

[ספר חסידים]

הרב ישראל דנדרוביץ

ספק מלוה ישנה

ענף א'

קושיית הגה"ק מאוסטראוויצא והדברי חיים
דהממון שכופר משום סמ"י ליתיה בחזרה,
ויתמוך יסודו על דברי הרא"ש המהרי"ק
הרמב"ן.

א.

יביא הפלוגתא היאך משביעים חסיד אממונא, דלר' יוחנן אינו
חסיד אשבעתא ולאב"י משום סמ"י.

איתא בגמ' (נ"מ ה: ו.) וכי מאחר שזה תפוס
ועומד זה תפוס ועומד שבועה זו למה,
אמר ר' יוחנן שבועה זו תק"ח היא שלא יהא
כאו"א הולך ותוקף במליתו של חברו ואומר שלי
הוא, ונימא מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי
אשבעתא, לא אמרינן מיגו דחשיד אממונא
חשיד נמי אשבעתא, דאלת"ה האי דאמר רחמנא
מודבמ"ק הטענה ישבע, נימא מיגו דחשיד
אממונא חשיד אשבעתא, התם אשתמושי קא
משתמיט ליה כדרכה. תדע דאמר רב אידי בר
אבין א"ר חסדא הכופר במלוה כשר לעדות
בפקדון פסול לעדות. ובהמשך הגמ' נמי מוכיחים
דלא אמרינן האי מיגו, מהא דאמר רב נחמן
משביעין אותו שבועת הסת, דנימא מגו דחשיד
ותו מהא דתני ר' חייא שניהם נשבעים ונוטלים,
דנימא מיגו דחשיד, ותו מהא דאמר רב ששת

שלש שבועות משביעין אותו, שבועה שלא
פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה
שאינה ברשותי, דנימא מיגו דחשיד אלא מוכח
דל"א מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבעתא.

אולם מביאה הגמ' טעם אחר, דאף דחשיד
אממונא חשיד אשבעתא, מ"מ אפשר
להשביעו והוא דעת אב"י דאמר חיישינן שמא
מלוה ישנה יש לו עליו ופרך א"ה נשקול בלא
שבועה, ומתרצים דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה
יש לו עליו. ופרך, ולא אמרינן תפוס ממנו
מספיקא משתבע נמי מספיקא, ומסיק דאמר רב
ששת בריה דרב אידי, פרשי אינשי מספק שבועה
ולא פרשי מספק ממנו, מאי טעמא ממון איתיה
בחזרה שבועה ליתיה בחזרה.

קושיית הגה"ק הנ"ל דממון זה שכופר ליתיה בחזרה זהו

כשבועה, ושם א"א להשביעו.

ומצאתי להגה"ק ר' מאיר יחיאל מאוסטראוויצא
בספר מאיר עיני חכמים (מהדורק סי' ל"ח
ז'מ ד') שהקשה בזה"ל אך אמנם יש להקשות על
אב"י דאמר דספק מלוה ישנה יש לו עליו ואין
דעתו לגזול הלא אף אם נימא כן דיש לו ספק
מלוה ישנה, ג"כ אינו יכול לכפור בשביל זה, דהא
פ"י הטעם דספק מלוה ישנה, דאם יזכור ויודע

שהנתבע אינו חייב לו, יחזיר מה שכפר, והבא לא שייך זה דהא לא יקיים אח"כ מצות השבת גזילה, לפי מה דמבואר במס' ב"מ (דף כ"ו ע"ג) גמל סלע של אבידה לפני יאוש ע"מ לגזלה ונתיאשו הבעלים ממנו אח"כ, עובר על לא תגזול, ואע"פ שמחזיר לו מתנה הוא דיהיב ליה, ופי' שם הרמב"ן דכיון דנטלה ע"מ לגזלה, שוב מהני היאוש ונעשה שלו, ובשלמא בגזול דעלמא כיון דבאיסורא אתא לידיה לא נעשה שלו, אבל באבידה כיון דבהתירא אתי לידיה מהני אח"כ יאוש, ואעפ"י"כ עבר על לא תגזול כיון שנטלה לפני יאוש על מנת לגזלה, ע"כ. ולפי"מ דמבואר (לעיל) בשם המהרי"ק דיאוש בחוב מועיל, וכן הסכים הקצוה"ת, והטעם כיון דגמל בהתר. והנה מבואר ברא"ש ובאו"ת (ס"ה ס"ה) דאם כפר במלוה מיד הוי יאוש דהמלוה מתיאש כשכפר הכל משום דהבי"ד פטרו. א"כ איך אמרינן כאן דכופר במלוה אינו נקרא חשיד אממונא משום ספק מלוה ישנה דאפשר בחזרה לכשיזכור וכהנ"ל, וז"א דהא ליתא בחזרה דכאן באה לידיה בהתר, ממילא מועיל יאוש כמו גבי אבידה, ונעשה שלו וכשיחזיר אח"כ מתנה הוא דיהיב ליה ולא מקיים מצות השבת גזילה ושוב הוי חשיד אממונא ואיך משביעין אותו, ומצאתי קושיה זאת בספר דברי חיים מהגאון מצאנו זצ"ל. עכ"ל. ואכן קושיה זו איכא בספר ד"ח חרושים על ב"מ (עמ' ט' ד"ה עוד).

ב

יברר דקושייתם אינה אלא בכופר הכל.

ובתרם אבוא להאיר ולהעיר בהא, שומה עלינו

לברר על מה נסכו רב"ק ובהאי גוונא תיקשי זאת, ונחזי אחד לאחר, דהנה גבי שנים אוחזים במלית דחיישינן שמא תקף מליתו של חברו, דלר' יוחנן אפי' שהוא חשיד אממונא מ"מ לא חשיד אשבעתא, ואתא אביי למימר דאפי' למאן דחשיד אממונא חשיד אשבעתא, מ"מ בזה לא הוי חשיד אממונא משום הספק מלוה ישנה, בהא ודאי ליתא קושיין דביה כו"ע מודי ואפי' הרמב"ן, דהוא לא יקנה ביאוש משום דבאיסורא אתא לידיה דהא אפי' אם יודע אדם בבירור שיש לו אצל חברו מלוה ישנה אסור לו לילך ולתקוף ממנו, כפי שמפורש ברמב"ן גופו על אתר בסוגין, וכ"כ נמי הרא"ש (ס"ה ט) דהוא נחשב רשע וגזול. וגבי מודה במקצת, דלפום ריהטא משמע מלשונו דבזה קושיתו, גם בזה יש לפקפק טובא דהלא איכא ביה טעמא דאשתמוטי כדאמר רבה (ב"מ ג.) ופשוט דהוא לא חשיד אממונא, ולא איצטרכא לאביי לומר עליו טעם חדש של ספק מלוה ישנה.

וע"כ צ"ל דהקושיה קאי על הא דאמר רב נחמן גבי כופר הכל דמשביעין אותו שבועת הסת, דפרץ בגמ' דהוא חשוד אממונא. וכפי שפירש"י דהיות והעז פניו לכפור הכל לאו לאשתמוטי בעי וחשוד אשבעתא. אלא דכבר הקשו הראשונים דהלא בפירוש איתמר בשבועות (דף מ:) אהא דאמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת הסת מ"ט חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו, אדרבה חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, אשתמוטי קא משתמיט ליה. וא"כ משמע שגם בכופר הכל יש אישתמוטי.

דחשוד אממונא בלא עדים דאמר שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, דאל"כ תיקשה לאבוי מכל הלן דמוכת מינייהו דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשיד נמי אשבועתא, ע"כ.

קשה מה יענה להנפק"מ שהביא בריטב"א החדשים בטוענו

מנה דריבית קניניה.

וקשיא לי טובא על דברי הרא"ש שכתב דאין נפקותא בין ר' יוחנן לאבוי הלא איכא נפק"מ טובא כפי שכתב הריטב"א החדשים בזה"ל ותו נ"מ לדעת מורי הרא"ה נר"ו אם טוענו שנטל הימנו מנה של ריבית קצוצה והלה כופר דלר' יוחנן משתבע אבל לאבוי אינו נשבע, דאם איתא חשוד הוא על הממון ולא משביעין ליה מספיקא ואינו דומה לטוען גולת מנה שהוא נשבע לד"ה, דהתם כי פריש משום שבועה מתקן לאויה, אבל ריבית לא מתקן לאויה בחזרה, לדברי רבינו הגדול. עכ"ל הנצרך לכאן.

ובוונת דבריו הוא שתובעו שיחזיר לו ריבית שנטל הימנו והלה כופר ומכחיש שלקח וכופר הכל דדינו הוה דבעי להשבע שבועת הסת, אלא דהוא חשוד אממונא, וא"כ לר' יוחנן אפי' שהוא חשוד אממונא לא הוי חשוד אשבועתא ושפיר יכול להשבע, אלא לאבוי דס"ל דמאן דחשוד אממונא חשיד אשבועתא, הבא לא שייכא טעמא שמעכב משום ספק מלוה ישנה, דהרי אם יתברר שהוא אינו חייב לו, שוב לא יוכל להחזיר המצב לקדמותו, משום דס"ל לרא"ה וכ"ה נמי בחי' הרמב"ן (לקמן סי' ד"ה מכלל) דריבית

וראה מ"ש הרמב"ן לתרץ ע"ז בזה"ל ואיכא למימר הא דאמרינן בשבועות אשתמוטי משתמיט ליה לומר דלא אלימא חזקה אין אדם מעיז בפני בעל חובו כחזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, שיש מעיז פנים כדי להישמט מתביעה שחבירו תובעו אם אין בידו לשלם וכופר בכל, אבל אין לך תובע אלא אם כן הוא סבור שיש לו, אבל מכל מקום מי שמעיז פניו כ"כ שכופר הכל חשוד הוא על ממון שבידו שלא לשלם ונימא מתוך שהעיז פניו ונשמט ישבע ג"כ להישמט מחבירו עד שלא ישלם לו. ע"כ. וא"כ דתי' הרמב"ן דלית התם אשתמוטי, וכן בהמשך דבריו התם כ' דעל הא נמי כתב אבוי טעמא דספק מלוה ישנה, וא"כ הקושיא עמדה וגם ניצבה איך אמרינן ביה דהממון איתיה בחזרה.

ענף ב'

יתרץ שהרא"ש שהוא מיסודי הקושיא אזיל שיטתו ולא קשיא מידי.

ג

שיטת הרא"ש דאין נפק"מ להלכה בין אבוי לר' יוחנן, ובכל

אופן אפשר להשביעו גם מטעם דסמ"י.

והנראה לענ"ד ביישוב זה הקושיא הבנויה ביסודה גם על דברי הרא"ש דהרא"ש לשיטתו אזיל ואלכיביה לא תיקשי מידי בהקדים דעת הרי"ף, שפסק דמאן דחשיד אממונא חשוד אשבועתא מדלא הביא אלא דברי אבוי, וכתב עלה הרא"ש בזה"ל אע"ג דסוגיא דגמ' מסיק דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, ומיהו אין נפקותא בה דלא אשכחן לאבוי מאן

דהחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, וא"כ לאב"י שכל פטורו משבועה הוא משום דחשוד, ישבע שכנגדו ויטול ממנו כל כסף הריבית, אולם לר' יוחנן שפטור מהשבועה מחמת שזהו אינו יוצא בדיינין בודאי שלא יוכל השכנגדו להשבע ליטול ממנו. וא"כ הדק"ל על הרא"ש דס"ל דאין נפקותא בין אב"י לר"י הלא איכא כדאמרן.

יזכיר דע"כ ס"ל להרא"ש כדעת הריטב"א הישנים דלא הוי

חשוד אממונא היכא דלא משמע איסורא, ומיוסב הקושיה.

ולתרץ זאת נוכח לומר דס"ל להרא"ש כשיטת הריטב"א הישנים (סוד"ה מ"ה) שכתב דאי אמרינן דלא משמע לאינשי דריבית לא מיתקין לאויה בחזרה, הו"ל ריבית כגזל גמור ויכול להשבע ולהפטר. וא"כ הרא"ש גמי ס"ל מיסוד זה וע"כ כתב דליכא נפ"מ ביניהם, משום שאפ"י באופן זה יודה אב"י שיכול להשבע דהוא לא יודע שאין ביכולתו לתקן הלאו דריבית כשיחזיר הכסף, אך משבועה דכו"ע יודעים דזהו ליתא בחזרה לא ישבע מחמת ספק מלוה ישנה.

השתא דאתינן להכי דס"ל להרא"ש כיסוד הריטב"א הישנים מתורץ שפיר קושית הגה"ק מאוסטראווצא והדברי חיים דלכא' אותו דחיישינן ביה שכופר משום המלוה ישנה הוה חשוד אממונא, משום דזהו ליתא בחזרה דאף אם יחזיר מתנה הוא דיהיב ואסורא דעבד עבד, דהרי שכפר לו, המלוה נתיאש וקנאו ביאוש, מ"מ הוא אינו חשיב חשוד אממונא משום דלאינשי לא משמע ליה דלא יתקן איסורא כשהוא יחזיר

לא מתקן לאויה בחזרה, והוי האי הממון ליתא בחזרה, ואם הוא מעבב ממון כזה א"כ הוא חשוד נמי אשבועתא ולא יוכל להשבע. (וע"ע נב"י סי' ע"ה).

ד

יפקפק בעצם הנפק"מ מסיסת ר' יוחנן גופיה בפרק איזהו נשך,

ושני ישובים בדבר.

ומריש כד חזינא להאי נפק"מ אמרתי לפקפק בהא לדעת ר"י דאמרינן דאליביה ישבע, עפ"י מה דאיתא בפרק איזהו נשך (דף ס"ה:). משמיה דר' יוחנן דס"ל דריבית קצוצה אינה יוצאת בדיינין, ואתיא התם למילף הא מכמה קראי, וא"כ נדחה הנפק"מ דשוב הן לאב"י והן לר"י לא ישבע, לאב"י משום דחשוד אשבועתא, ולר"י משום שאפ"י אם יודה בפירוש שלקח לא יוצאו הדיינין זאת ממנו, וכ"ש כשמכחיש שלא יחייבו אותו ב"ד שבועה.

אלא דיש לדחות ולומר דאה"נ אליבא דר' יוחנן גופו לא יהיה נפ"מ בינו לבין אב"י משום שלשניהם לא ישבע אלא דאנן דנין אליבא דטעמיהו דהני, משום דאנן פסקינן דריבית קצוצה יוצאת בדיינין, וא"כ בעינן למידע אם יש נפ"מ אם נאחו מהמעם של חשוד אממונא לא חשוד אשבועתא לבין הטעם דספק מלוה ישנה. וביותר מכך אפשר"ל דאיכא נפ"מ אפ"י בין אב"י לר"י גופו, משום שברור שישנו חילוק מה הטעם שאינו נשבע, אם זה משום שהוא חשוד אשבועתא או משום שפטור דריבית קצוצה אינה יוצאת בדיינין, עפ"י מ"מ דא"י במשנה (שנועם מד:).

מעילה, וא"כ רואים שחשיד על הממון הזה
דליתא בחזרה א"כ הוא חשיד גמ' על השבועה
דליתא בחזרה, וכיצד משביעין אותו.

והוסיפו שם דלכא' אפשר לתרץ רבין דקתני
במס' ערכין (דף כ"ג) שהוא מוסיף עוד
דינר ופודה את הנכסים, וקיי"ל דהקדש דשוה
מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל, כמחולל
וא"כ יצא מתורת הקדש ולית ביה מעילה, אולם
מ"מ תיקשי לפי"מ שכתבו התוס' בתמורה (דף כ"ז
ע"ב ד"ה לא) ובמנחות (דף ע"א ע"ב ד"ה וממין) דכל
האי דינא דאמרינן שהקדש מחולל בפחות משויו
הוא בדוקא אם הבעלים עצמם פודים, אך אדם
אחר לא סגי ליה בהא ובעי ליתן כל שוויו. והנה
אפי' דקרקע איתמעית ממעילה מ"מ הלא כתב
הרימב"א בקידושין (דף נ"ד ע"א) דאית ביה אסור
הנאה מהתורה וא"כ הקושיה עמדה וגם נצבה
דהרי אליבא דהתוס' כשאחר פודהו לא יוצא
מכלל הקדש, וא"כ אית ביה אסור הנאה מהתו',
וזהו הלא ליתא בחזרה ומדחזינן דחשיד עלה שוב
יחשד גם על השבועה דליתא בחזרה, וכיצד
משביעין אותו, וראה בספר זרע אברהם להגאון
ר' מנחם זמבא (סי' י"ד סק"ט) שגם הביא לקושיה זו
וכתב עלה דהיא קושיה מפורסמת, והחלקת יואב
נשאר בצע"ג.

י"ס"ף להק' ע"ד הרא"ש דאין נפק' בין אב"י לר"י מאופן דהקדש.

ויש להוסיף בקושיה זו ולהקשותה על דברי
הרא"ש שכתב דלית נפק"מ בין אב"י לר' יוחנן
משום דבכל דוכתא נימא או דאינו חשיד

הכסף, והוה ממש כריבית, וע"כ שפיר יכולים
להשביעו משום דזה כבר ברור לכולם דשבועה
ליתא בחזרה.

ענף ג'

קושיית גדולי האחרונים דלאב"י איך נשבעים
להקדש, ויתרץ עפ"י הנ"ל דהראשונים אזלי
שיטתם.

ד

המהרי"ל דיסקין והחלקת יואב הקשו לשיטת הרימב"א

הישנים דהקדש איסורו ליתא בחזרה, איך נשבעים לו.

וברדך זו נוכל לישב גמ' קושיה עצומה שנתחבטו
בה גדולי האחרונים, דהנה אי' במשנה
ר"פ שבועת הדיינין (שנועם דף ל"ט) אבל נשבעין
לקמן ולהקדש, ועיי"ש בגמ' (דף מ"ב:) דהיינו בבא
ליפרע מנכסי הקדש, ופירש"י (נ"ד"ה ליפרע) בזה"ל
המקדיש נכסיו ויצא עליו שטר חוב ובא ליפרע מן
הנכסים צריך שבועה. והקשה המהרי"ל דיסקין
בשו"ת (קונטרס מורת האהל מידושים עמ"ס שנועם דף ל"ט)
והגאון ב' חלקת יואב בקונטרס קבא דקשייתא
(קושיא ע"ז) דאליבא דשיטת אב"י כיצד משביעין
אותו, דהלא סיבת השבועה היא דחשדינן ביה
אממונא, וא"כ לר' יוחנן אע"פ שהיא חשוד
אממונא לא הוי חשיד אשבועתא ושפיר
משביעים אותו, אלא לאב"י דאיהו ס"ל דחשוד
אממונא חשוד אשבועתא, רק בכל דוכתי אמרינן
מעמא דספק מלוה ישנה, ופרשי אינשי מספק
שבועה ולא פרשי מספק ממנוא משום דממון
איתא בחזרה ושבועה ליתא בחזרה, אבל הכא
ליכא למימר הכא משום דכשיתבע מנכסי הקדש,
הוה הא ליתא בחזרה, דהרי עבר על אסור

אשבעתא או דאינו חשיד אממונא משום הספק מלוה ישנה, ולכא' להג"ל מצאנו נפקותא טובא בינם היכא דתובע מהקדש, דהלא האסור ליתא בחזרה, וא"כ לר"י יכול להשבע משום דלא חשדינן ביה אשבעתא אך לאביי לא יוכל להשבע משום דהוה חשיד עלה וליכא למימר ביה סמ"י דהלא זה ליתא בחזרה, וכוונתי בזה היות וראיתי מתרצים דהמשנה איירי באופנים דלית ביה אפי' אסור הנאה, אך לדידיה מה נעשה לדברי הרא"ש הלא איכא למימר אופן שיחוייב שבועה להקדש בכה"ג דאיכא ביה כן אסור דליתא בחזרה ושוב איכא נפ"מ בין אביי לר"י.

ו

יתרץ דהן הריטב"א והן הרא"ש אולי לשיטתם דאינו חשיד

דיכא דלא משמע איסורא.

והנראה לענ"ד ליתרץ בעיקר הקושיה דהלא כל הקושיה בנויה על דברי הריטב"א בקדושין, ואיכא למימר דהריטב"א לשיטתו לא תיקשי עלה מידי משום שכבר הבאנו יסודו גבי ריבית דאפי' דהאיסור ליתא בחזרה וא"א לתקנו, מ"מ היות ואינשי לא ידעי זאת ומשויים בנפשם שאם יחזירו כסף הריבית יתקנו את האסור ע"כ לא הוי חשודים אממונא, וא"כ אפש"ל הא נמי הכי דאינשי לא ידעי שהאסור הזה ליתא בחזרה ובליבם יאמרו דאם יתברר שאין להם מלוה ישנה, יחזירו הקרקע ואפי' ישלמו מה שנהנו וע"כ לא הוי חשודים אממונא, ושפיר יכולים להשבע דהא ברירא לכולי עלמא דמילות השבועה ליתא בחזרה וע"כ הם לא ישבעו לשקר ומתורץ קושית

האחרונים במו"ט. ולפי"ז ממילא נדחה קושיין דהרי כבר הוכחנו דהרא"ש נמי ס"ל מיסוד הריטב"א דהיכן דאינשי לא ידעי חומרת האסור ושהאי הממון ליתא בחזרה לא נהיים הם בכך חשודים אממונא, ושפיר יכולים להשבע. וא"כ ממילא נדחה הנפק"מ הוה שהבאנו שאכן אליבא דתרווייהו יוכל להשבע הן לר"י משום דלא חשיד אשבעתא והן לאביי משום שבכך לא נהיה חשוד אממונא.

ענף ד'

יתרץ קושיה קמייטא דהמהרי"ק שאף הוא מיסודי הקושיה אזיל לשיטתו.

ז

כידוסלמי הובא מחלוקת האם יאוש בטעות הוי יאוש, וקושית

הפוסקים דלמ"ד דל"ה יאוש, הרי כל יאוש הוא בטעות.

עוד היה נלענ"ד לת' בקושיה קמייטא, ונחזי דהמהרי"ק דהוא גם מעמודי התווך של הקושיא אזיל לשיטתו, והוא בהקדים הא דא' בירושלמי (כ"ק פ"ד ה"ט סנהדרין פ"ו ה"ג) דשור היוצא ליסקל וגמצאו עידיו זוממין ר' יוחנן אמר כל הקודם בו זכה ור"ל אמר דיאוש בטעות הוא, והרמב"ם פסק כר' יוחנן בפ"א מהל' נז"מ ה"ג.

והקשו האחרונים אליבא דדעת ר"ל דיאוש בטעות לאו יאוש הוא, דא"כ נפלה בבידא כל דיני יאוש, שבכל יאוש יאמר המתאש שזה היה בטעות דהוא לא חשב שיוכל להחזיר לעצמו את החפץ, ובעינן למידע אימתי אמרינן דהוה יאוש ואימתי הוה טעות ומתבטל היאוש.

חילוק נכד התרומה"כ בין הייתה סיבת היאוש בעולם לבין

נתחדשה אח"כ.

וחזיתי לנכד התרומה"כ בהגה' לתרומה"כ (סי'
קס"ג אות 16) שעמד על מדוכה זו בזה"ל
אמנם הדבר הברור הוא בזה דודאי בדבר שהוא
מעוֹת לשעתו דבאו שהיה מיאש היה המעוֹת
בעולם בודאי לא עדיף מקנין גמור דאם נעשה
במעוֹת חוזר. אבל בדבר המתחדש אח"כ מהני
אף דבמעוֹת, דוגמא לזה קצת אין פותחין בנולד
(נדרס דף ס"ד) ולא משווי לנדר מעוֹת. אבל בדבר
שנעשה מעיקרא במעוֹת כו"ע מודי דל"ה יאוש.

ובהא פליגי ר"י ור"ל בירושלמי דר"ל סובר דלא
מהני דהוי במעוֹת, דהוה מעוֹת לשעתו
דהא בשעת שייאש עצמו היה במעוֹת דכמו
דאמרי' התם באם אמרו העדים רבע שורו הוא
בעצמו מידע ידע ולא מייאש דטרח ומייתי עדים
להזימם מכ"ש הכא דאם היה יודע בשעת היאוש
ששקר בפי העדים הוה טרח ומייתי עדים ולא
היה מייאש. ור"י סובר דהא דאמרינן באם אמרו
הוא בעצמו רבע טרח ומייתי עדים אין הדבר
בבירור שבודאי לא מייאש עצמו משום דיטרח
ויביא עדים, אך דספק הוא עכ"פ אולי אינו
מייאש עצמו דדילמא יאמר בליבו שיטריח ויביא
עדים וממילא לא יכול אדם לזכות בו, אבל
באמרו נרבע שורך דודאי מייאש עצמו אם אח"כ
באו עדים והזמו עדים הללו ליכא למימר דמכח
הספק דדילמא אם היה יודע אז שיבואו עדים
ויזמו לעדים הללו לא היה מייאש עצמו דיאמר
בליבו שיטריח עצמו ואייתי פהדי להזימם דהא

אין ספק מוציא מידי ודאי יאוש ולא נעשה מזה
מעוֹת לשעתו ולכן סובר ר"י דכל המחזיק בו זכה
ודו"ק אבל היכי דהוה מעוֹת לשעתו בודאי גם ר"י
מודה דלא מהני גם גבי יאוש. עכ"ל הנצרך לכאן.

וכוונת דבריו בזה הוא דאיכא חילוקא בין תרי
גווני דיאוש, דאם בשעת היאוש גופו
היה סיבת המעוֹת בעולם, בודאי כו"ע מודי דלא
הוי יאוש ואם בשעת היאוש לא היה שום מעוֹת
רק לאחר מכן נתחדש שהיאוש היה מעוֹת לא
מצי האי מעוֹת שנתחדשה לעקור היאוש וע"כ חל
היאוש, ובהא נמי כו"ע מודי. אלא דפלוגתא ר"י
ור"ל היתה איזה מעוֹת מיחשיב במעשה דשור
הנסקל והזמו עדין, דלר"י הוה מעוֹת שנתחדשה
אח"כ וע"כ היאוש חל וכל הקודם בו זכה. ולר"ל
הוה המעוֹת בשעתו וע"כ מיקרי יאוש במעוֹת.

ח

זכר"ד המהרי"ק דיאוש עם טעוֹת בשעתו ל"ה יאוש, ויביא

סברות האחרונים בדבר.

וליסוד זה דאכן הלכתא דיאוש עם טעוֹת
בשעתו ל"ה יאוש, כפי שבארנו עתה
דאף ר"י דכוותיה הוה הלכתא מודה דיאוש
במעוֹת בשעתו ל"ה יאוש, הסכים המהרי"ק
בשורש ג' דהנה הוא נשאל התם גבי קהל שהללו
לשר ואמר לנכות להם מהמיסים ואח"כ לא רצה
ונתיאשו מהחוב ואח"כ קם בנו תחתיו וניכה להם
מהמיסים שמשלמים עתה. ואותן שהיו עשירין
וירדו מנכסיהם רצו שיתנו להם חלקם משום
שהם אינם כבר משלמים מיסים, ובין טענותיהם

היה שמה שנתיאשו היה בטעות, ופסק המהרי"ק דאין צריכין לשלם להם חלקם והוה הקהל כזוכים מן ההפקר היות ובשעה שהתיאשו אכן היו צריכים מסברה להתיאש שהרי השר סירב להחזיר להם, ומה שרוצה בנו עתה לשלם זהו דבר שנתחדש עתה ואין בכוחו לבטל היאוש.

ויעויין בעוד רבים מהאחרונים שהסכימו להאי דינא דיאוש שבשעתו היה טעות ל"ה יאוש. וראה שו"ת בית אפרים או"ח סי' ל"ז ד"ה אמנם יש, ועוד יש רבים, ואכ"מ, רק עיון בהמשך דברינו שיש שביארו דכן ס"ל נמי להרמב"ן. ובטעמא דמילתא כתב הגאון ר' שמעון שקאפ בחידושו (צ"מ סי' כ') דענין היאוש הוא התרצות והוא דכיון שהחפץ אבוד ממנו ורחוק הדבר שישגנו, הוא מתרצה שיזכה בו אדם אחר כיון שחושב שבין כך לא ישיג החפץ ואין לו שום הפסד במה שיתנהג בו אדם אחר, והוה ענין יאוש דבר שאינו מקפיד וא"כ כפי שבוה שייך טעות כך שייכא נמי ביאוש. דהיינו באם התיאש מחמת שחשב שלעצמו לא יהיה מזה תועלת ונתברר לו שלא כך, ל"ה יאוש. אולם החידושי הרי"ם (מ"מ סי' כ"ה סק"ד) כתב דזהו כמו דינא דקנין בטעות לא מהני, כן יאוש בטעות נמי ל"מ. וכן פירש נמי נכד התרומה"כ בסו"ד שהובאו לעיל.

וא"ש דכיון דהוי יאוש בטעות שוב הוי הממון איתיה בחזרה.

ולפי כל זה דנתבאר לן שיטת המהרי"ק דיאוש בטעות לא הוי יאוש והביאור בזה, נפתח לן שערי אורה לישב הקושיה דאח"נ כל כופר במלוה

מתיאש המלוה מכספו, ואפי' אם אח"כ ירצה להחזיר הכסף לא יתבטל היאוש מחמת יאוש בטעות, משום שכבר נתבאר דהיכא שהטעות הוא דבר שנתחדש אח"כ אין בכוחו לבטל את היאוש, וכאן הלא בשעת הכפירה והיאוש לא היה טעות היות ולא רצה להחזיר. וכן בכל נוטל אבידה על מנת לגזלה היאוש שמתיאש אז אינו יאוש בטעות משום שלמעשה המוצא רוצה לגזלה. אולם אליכא דאביי דאיהו ס"ל דחיישינן לספק מלוה ישנה, א"כ למעשה זה שכופר במלוה רוצה להחזיר כבר כעת, רק מחכה לבדוק אולי הכסף שייך לו מחמת מלוה ישנה, וא"כ כשיחזיר המלוה איגלאי מילתא למפרע שכבר אז רצה להחזיר והיאוש שהלה נתייאש היה בטעות ומתבטל היאוש משום שזה היה טעות בשעתו, וא"כ לא קנה זאת הלוה כשכפר ויכול להחזיר לו כספו כשידע שאין לו עליו מלוה ישנה, וע"כ לא הוי חשיד אממונא ושפיר יכול להשבע.

ענף ה'

יבאר מחלוקת התוס' והרא"ש בסוגיין על דרך החרוד ויתרץ בזה קושיות האחרונים.

ט

שיטת התוס' דהמעכב ממון משום סמ"י ויודע שלא יזכור עוד,

יחזירנו. והרא"ש פליג. ויציב סברת מחלוקתם.

ואם כנים אנו עד כה יתורץ לן בזה תרי קושיות נוספות בסוגין דהנה אמרי' בגמ' דממון איתיה בחזרה, וכתבו תוס' בזה"ל אם לא יזכור יחזיר ולא יעכבנו מספק אבל אין לפרש אם יזכור שאינו חייב לו יחזיר אבל אם לא יזכור יעכבנו

והרא"ש ע"ד החידוד ולפי"ז יתורץ שפיר הקושיה בשיטת התוס'. דהנה הבאנו קושית הגה"ק מאוסטראווצא והד"ח אך הוי הממון איתיה בחזרה, הלא הוא קנאו ביאוש ואיסורא דעבד עבד, ותירצנו עתה דהוי האי יאוש בטעות בשעתו ולא חל היאוש משום שמה שלא רוצה להחזיר זהו אינו מחמת שרוצה לגזול אלא שרוצה לבדוק אם הוא אינו חייב לו מלוה ישנה, ואם אכן חייב לו הרי שיקח זאת במקום החוב, וא"כ ס"ל לתוס' דלומר דהוי יאוש בטעות לשעתו אפשר רק באם הוא יעכב לעצמו כאשר אכן מגיע לו ואם יהיה לו ספק ועאכו"כ אם ידע בבירור שלא יחזיר מיד. בהא איכא למימר דהוי יאוש בטעות לשעתו אך באם נאמר שאם יהיה לו ספק הוא בכ"ז יעכב לעצמו, א"כ היאוש ל"ה בטעות דמאן יימר לך דהוא אכן יזכור והרי אם לא יזכור הוא יעכב לעצמו זאת מספק, אפי' שאכן לא מגיע לו, וא"כ אין שום טעות ביאוש דהרי אפי' אם הוא זכר לאחמ"כ ויחזיר הרי שהטעות תהיה דבר שנתחדש דהרי במצב של כעת הוא לא זוכר, ואם המצב הזה ימשך הרי הוא לא יחזיר וא"כ מה שמחזיר הוה דבר שנתחדש ואין בכח זה הטעות לבטל היאוש ואם היאוש חל הרי שהממון ליתיה בחזרה, וא"כ הוא חשיד גם על השבועה דליתא בחזרה ולא יוכל להשבע, וע"כ היה מוכרח תוס' לפרש דבאם יהיה לו ספק הוא יחזיר ולא יעכב לעצמו ושוב הוי הטעות יאוש בטעות בשעתו ולא חל היאוש והוי הממון איתיה בחזרה.

אולם הרא"ש דפליג וס"ל דמספק יעכבנו אצלו

אע"פ שידוע שלא יזכור עוד דא"כ גם מספק שבועה לא יפרוש. אך מל' הרא"ש משמע דפליג עליה, מדכתב (סי' ט') בזה"ל ממון אפשר בחזרה הלכך תפס מספק ואם יזכור שלא היה חייב לו יחזירנו. ומשמע דס"ל להרא"ש דבאם לא יזכור יעכבנו מספק ודלא כהתוס' דס"ל שבמצב כזה יחזיר. ונצרך להבין מהו סברות מחלוקתם בזה.

קו' בן דברות משה הביא קושיה ע"ד התוס', דאפי' אם יעכב

הרי"ז רק ספק גזל, ומ"מ יפרוש משבועה שזה ודאי אסור.

ובספר דברות משה להגר"מ פיינשטיין זצ"ל (סי' כ' הערה מ"א) כתב בשם בנו הר"ר דוד שליט"א להקשות על שיטת התוס' מדוע ס"ל דבאם יעכבנו מספק גם לא יפרוש מספק שבועה הלא מצד איסור גזל הממון יהיה לו לעולם רק ספק ולא פריש מספק, אבל בשבועה כשישבע בכפירתו הרי"ז שבועת שקר, יעוי"ש בלשונו היטיב. ויש להעיר דאם לזו כונת קושיתו יש לפקפק בהא עפימ"ש המהרי"ל דיסקין בסו"ד שהובאו לעיל בשם הש"ך (יו"ד סי' קל"ג ס"ד) דס"ל דהתו' התירה להציל ממנו ע"י שבועת שקר, ומקורו טהור בירושלמי דנדרים (פ"ד ה"ד) וא"כ לא הוי הא ודאי אסור. אך איכא למימר בכונתו בפשטות דכונת הגמ' היתה שהיות וממון יש לו מעלה של איתיה בחזרה א"כ אינשי מקילים בהא, וא"כ המעלה הזו נשארת גם כשמעכבו מספק.

י

יתלה מחלוקתם בסני הת"י הג"ל, ויתרץ קו' בן הדברות משה.

והנראה לענ"ד לבאר סברת פלוגתת התוס'

ולא יחזיר, זהו משום דהוא תי' על קושיה הגה"ק מאוסטראוטא והר"ח כפי שהבאנו לעיל דאה"נ אין הממון איתיה בחזרה, אך היות ואינשי לא ידעי דהאיסור אינו בחזרה ע"כ ל"ה בזה חשיד אממונא, וכשנ"ת, א"כ אליכיה איכא למימר דגם מספק יעכבנו אצלו, ובכ"ז אינו חשיד אממונא עי"ז, משום דאינשי מדמי שעדיין איתיה בחזרה.

היוצא מדברינו הוא דפלוגתת התוס' והרא"ש הוא בתרי תירוצי שהובאו לעיל לת' קושיה קמייתא, דהתוס' תירץ כתי' הב' וא"כ מוכרח היה לומר דמספק יחזיר ולא יעכבנו אצלו. אך הרא"ש אזיל לשיטתו דהלא כבר הוכחנו דאיהו ס"ל כתירוצ' הא', וא"כ א"צ להגיע לחילוק התוס' ושוב אפשר"ל שמספק לא יחזיר. ולפי"ז הביאור מתורץ שפיר קושיית בן הדברות משה ע"ד התוס' ואכן אם יעכב מספק שוב לא יפרוש משבועה דהרי באם יעכב מספק ממילא יחול היאוש ולא יהיה יאוש בטעות בשעתו, דהרי אפי' אם יחזיר יהיה טעות שנתחדש אח"כ וא"כ הוא יקנה זאת, ושוב לא יוכל להחזיר ואסורא דעבד עבד, וא"כ דלא פריש מאיסור זה שוב גם לא יפרוש מאיסור השבועה.

ענין ו'

ית' קושיה קמייתא שהרמב"ן אזיל לשיטתו.

יא

קושיית הרמב"ן בסוגיין דלאב"י אמאי פסול הכופר בפקדון

נימא דכפר משום סמ"י, ותירץ דסאני ביה ספסולו ודאי.

עוד היה נראה לענ"ד לתרץ האי קושיה אלימתא

ולומר דהרמב"ן שהוא יסוד הקושיה הציל עצמו מזה בבאורו לדברי אב"י דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. דהנה רש"י פי' על אתר דאב"י חולק על ר' יוחנן וס"ל דאי הוה חשיד לן שילך ויתקוף בטליתו של חבירו חנם, הוה חשיד לן נמי אשבועתא. אלא טעמא דמתניתין היינו דלא הוי חשיד אממונא דחיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו. ואכן מודאי ממונא שאינו שייך לו פריש אינשי ומאן דלא פריש חשיד נמי אשבועתא. והקשה הרמב"ן דא"כ איך נפרש דברי ר' חייא דאמר ששניהם נשבעין ונוטלין מבעה"ב, אליבא דאב"י, הלא המה חשודים אממונא וא"כ הוה חשודים נמי אשבועתא, ואיך אמר ר' חייא שישבעו, ואין לתרץ דאמרינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו ולפיכך הוא תובע ממון זה או כופר, דא"כ אמאי פסול הכופר בפקדון נימא מלוה ישנה יש לו עליו.

ותי' הרמב"ן דאפשר"ל שאכן בכולם חוששין לאב"י לספק מלוה ישנה אלא שהוא רק ספק וחששא, ולכך כשהוא בא לפנינו ולא הוחזק כפרן עדיין ואינו פסול, אנו חוששים שמא עכשיו הוא כופר משום סמ"י, וכי נירמי עליו שבועה יודה. אבל הכופר בפקדון שפיסולו ודאי שהרי יש לנו עדים שכפר ונקטי ליה בדידה עליו להביא ראיה דמשום סמ"י כפר דאין ספק מוציא מידי ודאי.

חידושו של הרמב"ן דלאב"י נמי חשיד אממונא ל"ה אשבועתא.

אלא דבהמשך דבריו כתב הרמב"ן בזה"ל ויש לפרש דאב"י לא פליג אהא דאמרינן דמאן

בדברי אב"י דאמר חיישין שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, חדא דכתב דאפשר לומר והוא דאב"י סובר דחשוד אממונא חשוד אשבעותא, ובכל הני דאמרינן שישבע בעינן למימר ביה טעמא דספק מלוה ישנה, ואכן לפי"ז יקשה קושיון, אולם אי נימא כפירוש בתרא דמשמע מלשוננו שזהו עיקר פירושו דעליו כתב דיש לומר לא תיקשי מידי, משום דאכן אב"י ס"ל דמאן דחשוד אממונא לא חשיד אשבעותא, וכל מה דאתא אב"י למימר הוא שאין הפירוש כר"י כפשוטו דהשבעה היא למנוע תקיפת טלית חבירו בחנם, אלא למנוע תקיפת טלית חבירו משום ספק מלוה ישנה. וא"כ אפי' אם נימא דבדר' נחמן כשהוא כופר מיד מתיאש המלוה ומהני יאוש בחוב והוא קונה זאת כהרמב"ן, וכבר אינו יכול להחזיר ואסורא דעבד עבד, מ"מ איכא לאשבעי אותו דהרי הוא לא חשיד אשבעותא, וא"ש.

ענף ז'

יתרץ באופן אחר דהכא לא יסבור הרמב"ן את שיטתו דעלה קאי הקושיה.

יב

מחלוקת התוס' והרמב"ן בסוגיא דראה סלע שנפלה האם יכול

לקיים העשה דהטב תשיבם.

עוד היה נראה לענ"ד לתרץ בזה הקושיה בהקדים הצעת דברי הגמ' שעליה חידש הרמב"ן דינו ומה שיש להעיר בזה, דהנה איתא בגמ' (נ"מ דף כ"ו:) בזה"ל ואמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש על מנת לנחלה עובר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם

דחשיד אממונא לא חשיד אשבעות. אלא אדר' יוחנן פליג דאמר שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו, ואתא אב"י ואמר ח"ו שאין חוששין לכך, שאין אדם תוקף בטליתו של חבירו חנם, אלא היינו טעמא דמתניתין מפני שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו משום ספק מלוה ישנה ואומר שלו היא, כלומר חוששין שמא משום מלוה ישנה תפס בה.

ואקשינן ולא אמרת תפס מספיקא משתבע נמי מספיקא, פי' לאו משום דחשיד אממונא חשיד אשבעותא, אלא את אמרת דלא עבד איניש שיתקוף בטליתו של חבירו בחנם ואעפ"כ משום ספק מלוה תפסה משום דמעו בחושבנייהו ובשיקול דעתם שאין אדם רואה חובה לעצמו ופעמים שאין חבירו חייב לו כלום והוא סבור שהוא חייב לו, א"כ אשתבע נמי מספיקא. ומהדרינן פרשי אינשי מספק שבעותא משום דלא אפשר בחזרה אבל ספק ממונא אפשר בחזרה, ושקיל ליה מספיקא מימר אמר שקילנא ליה מיניה דאי אית לי לא ליפסוד ואי לית לי מהדרנא ליה ואינו סבור לעבור עליו בכלום. אבל אודאי ממונא לא חשידי כלל דהא איכא משום כל תגזול לדעת הילכך משנתינו אין חוששין שמא יתקוף בטליתו של חבירו בחנם. ומיהו אפי' מאן דחשיד אודאי ממונא לא חשיד אשבעותא. עכ"ל.

לפי"ז מתורץ הקושיה דאף דהמסמון ליתיה בחזרה והוי חשיד

אממונא, ס"ל לאב"י דאינו חשיד אשבעותא.

הרי לנו מפורש יוצא מדעת הרמב"ן ב' ביאורים

יזכיר מדברי הרמב"ן האלו דאף הוא ס"ל דיאוש בטעות לא

הוי יאוש וכדעת המהרי"ק דלעיל.

ובראשונה יש להעיר במה שכתב הרמב"ן דלא מהני היאוש באם היא באה לידו קודם יאוש, משום דידו כיד הבעלים והוא שומר עבורם, וא"כ זהו ברשות הבעלים ולא מועיל בה היאוש, דהקשה הקצוה"ח (סי' נ"ט סק"א) דמשמע דלא מהני יאוש אלא דוקא ברשות שאינו שלו, והלא מצאנו בכמה דוכתי דמהני יאוש אפי' ברשותו, ויעוי"ש בארוכה.

ובספר אמרי משה (סי' ל"ז אות ג') כתב לתרץ וכ"ה בעוד מהאחרונים דהרמב"ן ס"ל דיאוש בטעות לא הוי יאוש, וא"כ מה שמתיאש הכא זהו משום שסבור שהאבדה אינה ברשותו, ולמעשה הרי זה שהגביהה שומרה עבורו וא"כ היא כן ברשותו והוה יאוש בטעות דאילו ידע שהמוצא שומרה עבורו לא היה מתיאש וע"כ לא חל היאוש, אך באם סיבת היאוש היא לא משום שסבור שזהו לא ברשותו א"כ כבר לא הוי יאוש בטעות ומהני היאוש, והן הן הדברים אשר אמרנו דהרמב"ן נמי ס"ל מהיסוד דיאוש בטעות ל"ה יאוש.

יג

יברך ד' האחרונים אימתי נקטינן דאין הגולן קונה ביאוש.

איברא דבעיקר דברי הרמב"ן יש לעיין טובא דהלא אה"נ דמטעם אבידה ביאר הרמב"ן שפיר דיכול לקנות משום שלא נעשה שומר של הבעלים, אולם דל מהכא ענין דאבידה ותיפוק ליה דאית הכא איסור גזילה נמי

ומשום לא תוכל להתעלם, ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב ליה ואסורא דעבד עבד, והקשו הראשונים דהלא אי' בגמ' (מולין דף קמ"א) דלאו דלא תגזול מיקרי לאו הניתק לעשה וא"כ כיון דלענין גזילה לא מיקרי מתנה מדוע גם השב תשיבם לא תיקן, ותי' התוס' בד"ה מתנה דהא דאמרין דאיסורא עבד היינו בדוקא על הלאו דלא תוכל להתעלם שעבר על שלא החזיר קודם יאוש. ואכן הוא תיקן הלאו דלא תגזול וקיים ההשב תשיבם.

אולם הרמב"ן ס"ל כרב יהודאי גאון דכשיחזיר לא תיקן שום אסור מאלה שעבר עליהם ואכן אינו מחויב להשיב, וז"ל במלחמות והכי הוא סברה דגאון ז"ל דגזילה ואבידה הוא זו ואבידה נקנית ביאוש היכא שלא נמלה, וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם, ואת"ל נקנית דמים מיהא משלם, וזו כיון שנמלה לגזילה ולא להשיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה. דכשלמא היכא שנמלה בתורת אבידה ולא ע"מ לגזילה קודם יאוש דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, אבל בזו שע"מ לגזילה נמלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדן מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה, הלכך אע"פ שהחזירה עובר בכולן, וזה הפירוש ברור ונכון. עכ"ל.

לזכות בה דהלא היא אבידה לאחר יאוש, ומביא שם דלכא' נראה דדוקא היכא שהיאוש הוא מפני הגזילה לא מהני היות ובאיסורא אתא לידיה אבל הכא דגם בלא הגזילה נתיאשו הבעלים דהרי היא אבודה, הרי דבכה"ג הגולן וכל אדם שוים, ולמעשה זוהי גמי סברת הגר"ח מטעלו והגרמ"ש.

אמנם הוא מקשה עלה דמסוגיא דהתם משמע איפכא דאקשינן בגמ' (נ"ק דף ס"ו) דגול חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך והאי כיון דמטא זמן איסורא מייאש מרה מיניה, ומזה פרכינן למ"ד יאוש קנה, ומשמע דלמ"ד לא יאוש בגזילה לא קנה ניהא, והלא אפי' למ"ד לא קנה היינו טעמא דהגולן גרם לבעלים להתיאש ולכא' הרי בגול חמץ ומטא זמן איסורא, הרי הבעלים התיאשו מחמת זה ולא מחמת הגולן, וא"כ אליביה דמ"ד לא קנה גמי תיקשי דהכא הו"ל לקנות החמץ מחמת שהיאוש אינו מחמתיה.

ושמעתי מאמו"ר שליט"א לתרץ והיא לו נדפסה בספרו אמרי חמד עמ"ס ב"ק (ס"י י"ד אות ג') דיש לחלק בין הדבקים דבגול חמץ ומטא זמן איסורא, הרי דאם הגולן לא היה גחלו היו הבעלים אוכלים זאת קודם זמן האסור, ולא היה להם שום פסידא מיניה, אלא דהגזילה מעכבתו מלהשתמש בחמץ וא"כ בודאי מיחשיב פעולת הגולן שהיא גרם ליאוש הבעלים, משא"כ בגול ונאברה אח"כ הרי מחמת הגזילה לחוד לא היו הבעלים מתיאשים כלל כדחזינן, וסיבת יאושם היא רק מחמת שנאברה, ויוצא דבמצב

ומדחמתיה לא הוה ליה למיקני ביאוש, ככל גולן דאינו קונה ביאוש.

ונודע תירוץ הקצוה"ח (ס"י קכ"ג) דהכא לא מיחשיב באיסורא אתא לידיה כבכל גולן, משום דלית הכא מעשה אסור אלא רק מחשבה אסורה. והקשו האחרונים עלה דממ"נ דאי לא הוי באיסורא, א"כ מדוע אי' בגמ' שהוא עובר על לא תגזול. וא"כ מוכרח דהוה גולן, וא"כ שוב הדרה קושיה לדוכתא מדוע לא יחשב דבאיסורא אתא לידיה.

והגר"ח מטעלו (נמוג' דנאסורא סוף לידה) כתב לתרץ דמה דלא מהני יאוש בגזילה הוא רק באם מתיאש הגולן מחמת גרמתו של זה דגול הימנו, דהיינו שבכל גזילה הסיבה שמתיאש הגולן הוא משום שהגולן לקחה הימנו, ואמרה תורה דהיות ואתה גרמת לזה היאוש, אין חוטא נשכר ולא קונה בזה היאוש. והילכך בנמל האבידה ע"מ לגזולה, הרי מה שנתיאש המאבד הוא אינו משום שהמוצא הרימו לגול אלא מחמת שהיא איבר זאת, וא"כ לא המוצא גרם להיאוש ושפיר יכול לזכות כבכל יאוש דאבידה. וכ"ה בחידושי ר' מאיר שמחה עהש"ס.

אלא דיעוין בקובץ שיעורים להגר"א וסרמן (נ"ק אות כ"ד) דעלה ונסתפק אם נאברה הגזילה קודם היאוש והבעלים ידעו שנאברה מהגולן, ונתיאשו מפני שנעשית אבודה ולא משום עצם הגזילה, ואח"כ מצא הגולן את גזילתו, אי יכול

עתה אין הגנב גורם כלל ליאוש הבעלים ושפיר איכא למימר שיקנה בזה היאוש.

יתרץ הקושיה עפ"י הסברא דהגורם ליאוש אינו יכול לקנות.

ולכן הוי כאן הממון איתיה בחזרה.

ועתה דזכינו לברר מקחו דהרמב"ן בהא, נתנה ראש ונשוכה לתרץ קושיית הגה"ק מאוסטראווצא והדברי חיים, משום שנחזי אנן דכל דברי הרמב"ן נאמרו בדוקא כשהוא לא גרם לבעלים להתייאש, דהלא הם נתיאשו מפני שנאבדה מהם האבידה וע"כ יכול לקנות, אולם הכא הרי אילולי זה שכפר לבעלים במלוה לא היה המלוה מתיאש כלל ורק הוא שגרם להם להתיאש והוה ככל גולן שאמרה תורה שלא יוכל לקנות עם היאוש שגרם, ושפיר יוכל להחזיר לבעלים כשיודע לו דאין חיבים לו מלוה ישנה, ושוב לא הוי חשיד אממונא ומובן אך יכולים להשביעו, ומתורץ בטוב.

ענף ח'

יוביח דקושיה מעיקרא ליתא משום דליכא למיפרך מהני שיטות הראשונים יחדיו, דאין מסכימים אהדדי.

יד

טעם המהרי"ק דמהני יאוש בחוב הכוא בק"ו מממון, וקושיית

החכם צבי עלה דהוה ק"ו פריכא.

אולם לאחר העיון נראה דאיכא למידק טובא בגוף הקושיה דהנה המהרי"ק דס"ל דמהני יאוש בחוב תמך יסודותיו דהדברים ק"ו דמה ממון שהוא מוחזק ביד בעליו בעין אפ"ה

מועיל בו יאוש, חוב בעלמא דאינו בעין וספק אתי ספק לא אתי כ"ש דמהני ביה יאוש, ויעוי"ש עוד בשורש ג' מה שהרחיב בהא.

והנאון חכם צבי בשו"ת סי' קמ"ד ובהגה"ה בט"ז חו"מ סי' קס"ג האריך לסתור דברי המהרי"ק וכתב עלה דקל וחומר פריכא הוא דהא באבידה גופה אמרינן דנטלה לפני יאוש על מנת להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגזולה, עובר משום השב תשיבם, (כ"מ כ"ו:) אלמא אע"ג דבהתירא אתא לידיה ואח"כ נתיאש מיניה אפי' הכי מחויב להחזירה שהרי מצות השבה חלה עליו משעה שגזולה עד ששייבנו, וא"כ ה"ה נמי בפריעת בע"ח דהוה מצוה, לא סרה ממנו המצוה עד ששייב.

ביאור הקצוה"ח דמהרי"ק ס"ל כדעת הרמב"ן דלעיל ושפיר

מהני יאוש בחוב.

והדרך הברורה בביאור ובישוב דברי המהרי"ק הוא כפי שכתב הקצוה"ח בס' קס"ג עפ"י דברי הרמב"ן הנודעים שכבר הארכנו בהם, ח"ל ומבואר מדברי הגאון דהא דאבידה דאינה נקנית ביאוש היכא דנטלה על מנת להשיבה אינו אלא משום דכיון שנטלה להשיבה הרי געשה שומר שכר של הבעלים וידו כידו וכמונח תחת יד בעלים דמי, אבל נטלה ע"מ לגזולה דתו לא הוי ידו כיד בעלים נקנית לו ביאוש ואע"ג דמטי לידיה קודם יאוש ונתחייב בהשבה, מ"מ לא מיקרי באסורא אתי לידיה, ומשום דדוקא גזילה וגניבה הוא דהוי באיסורא אתי לידיה אבל אבידה אתי

וע"ש בדברי חכם צבי כמה שהארץ להשיג על מוהרי"ק ולפי מ"ש נדחו כל השגותיו ע"ש. עכ"ד הנצרכים לכאן ודפח"ח וש"י.

טו

יקשה דהא הרא"ש בחידושו דהכא ס"ל כמהרי"ק, ומ"מ פליג

התם על הרמב"ן.

והנה לפי"מ שהבאנו דהרא"ש ס"ל דמלוה שכפר לו הלואה מיד מתיאש מחובו, מוכרח דס"ל כמהרי"ק דמהני יאוש בחוב דאל"כ למאי אהני לן היאוש, ויל"ע בזה, דיעויין בתומים בס"י ס"ה סקי"ג האריך להוכיח מדברי הרא"ש בסופ"ק דב"מ (ס"י נ"ג) גבי המוצא שטרות דבעינן שיהיו כרוכים יחד דאל"כ מתיאש המלוה מחמת שחושש שמא לא נפלו ביחד, וכתב האו"ת דמכאן ראייה דס"ל כמהרי"ק דמהני יאוש בחוב, ולכאן' הו"ל לאוכחי מהא דלעיל, ועדיין צ"ב.

אך דא עקא דאין הכי נמי איכא למימר דמהרי"ק ס"ל כהרמב"ן וכן דהרא"ש ס"ל כמהרי"ק, אלא דאם כן יצא דהרא"ש ס"ל כהרמב"ן ובסוגיא דהתם (נ"מ כ"ו) מפורש להיפך ממש, דהנה כבר הבאנו קושית הראשונים אמאי אמרינן בנטל אבידה עלמנת לגזולה דאפי' אם יחזיר אסורא דעבד עבד, הלא כפי שיכול לתקן הלאו דלא תגזול דהוי לאו הניתק לעשה כן יכול לתקן ההשב תשיבם, והתוספות תירצו דכונת הגמ' היא בדוקא על הלאו דלא תוכל להתעלם ולעומת זאת תיקן הלאו דלא תגזול וקיים ההשב תשיבם, והרמב"ן פליג עליה וס"ל דלא תיקן מידי.

לידיה בהתירא אלא דבהשבה הוא דנתחייב, וכן דלא הוה באיסורא כי מטי לידיה שפיר נקנה ביאוש, הכין הוא שיטת הגאון.

ולפי"ז גבי חוב פשיטא דנקנה ביאוש דהא בשעת הלואה לאו באיסורא אתי לידיה דהא מדעת המלוה, אלא שנתחייב בהשבה ומשום חיוב דנתחייב בהשבה נקנית לו ביאוש דקל וחומר מאבידה שנטלה ע"מ לגזולה והוא לפני יאוש דהוא חייב בהשבה ואפ"ה לאחר יאוש קני ליה כיון דלאו באיסורא מטי לידיה, דכי מטי לידיה בהתירא הוי אלא שהיה ראוי לו ליטלה ע"מ להשיבה, וכיון דאבידה כה"ג נקנית ביאוש מכ"ש חוב דהא בחוב אע"ג דהלואה ע"מ לפרוע לא שייך ביה ידו כיד בעלים א"כ ודאי נקנית ביאוש, והא דאבידה שנטלה ע"מ להשיבה אינו נקנית ביאוש אינו אלא משום דידו כיד בעלים ושומר שלהם היא, משא"כ גבי חוב דלא שייך האי טעמא, א"כ ממילא נקנית ביאוש, וא"כ שפיר אית לן למילף ק"ו לחוב דנקנית ביאוש מאבידה שנטלה ע"מ לגזולה דמיקרי קצת באיסורא אתא לידיה במה שהיה בדעתו לגזולה ואפ"ה נקנית ביאוש ומשום דמטי לידיה בהתירא דנטלה בהתר אלא שדעתו אינה יפה ודוקא גזילה מטי לידיה באיסורא הוי, ומכ"ש חוב דכי מטא לידיה בהתירא ממש. ואי משום דנתחייב בהשבה ק"ו מאבידה ע"מ לגזולה דנמי נתחייב בהשבה וזה לא מיקרי באיסורא אתי לידיה אלא משום דשומר שכר הוא והוי ידו כיד בעלים, משא"כ בחוב א"כ מכ"ש דנקנית ביאוש לגמרי וזה נכון היטב וברור,

ד'הרא"ש נמי ס"ל כהמהרי"ק והוא פליג על הרמב"ן, רק מזה הציל עצמו הקצוה"ח משום דבסי' ס"ה סק"י דחה הראיה מרא"ש בסוף פרק קמא דבבא מציעא וביארו בע"א ושוב לית ראיה דס"ל כהמהרי"ק. יעוי"ש בקצוה"ח ובתומים סק"ג ובנתיבות המשפט סק"ח ובשער המשפט סק"ז. אך משימת הרא"ש דילן עדיין יקשה אליבא דהקצוה"ח.

אלא דלגבי נידו"ד קושיה מעיקרא ליתא דליכא למיפוך מהני ג' הראשונים יחדיו, הרמב"ן המהרי"ק והרא"ש דאפי' אם המהרי"ק יסבור כהרמב"ן הרי שהרא"ש בפירוש חולק על הרמב"ן, וא"כ נדחה הקושיה בתרתי, חדא דמאן יימר לך דהרמב"ן מודה לחדוש הרא"ש, ועוד דאליבא דהרא"ש אכן יוכל להחזיר הכסף אפי' לאחר היאוש ולתקן הלאו דלא תגזול ושוב לא הוי בסוגין חשוד אממונא ושפיר משביעין אותו לאביי.

ושימת הרא"ש על אתר בפסקיו (סי' ט') היא דהאסורא דעבד הוא רק הלאו דלא תוכל להתעלם ואילו את הלאו דלא תגזול אכן תיקן אך אינו ברור בדבריו דיו אם אכן תיקן גם העשה דהשב תשיבם ובפלפולא חריפתא (לוח ז') נקט בדעת הרא"ש דס"ל כתוס' דתיקן ההשב תשיבם אך הרדב"ז בשו"ת (סי' אלף ר"ג) והו"ד כאן בשיטמ"ק וכן הוא נמי בתוס' הרא"ש כתבו מפורש דס"ל להרא"ש דלא קיים ההשב תשיבם, וכפי שכתבו הראשונים תרי טעמי בהא חדא דהשב תשיבם משמע קודם יאוש אם יכול להחזיר. ועוד דזה לא מיחשיב שמחזיר אבידתו הואיל וכבר נתיאש ויצא מרשותו. ועכ"פ מוכח מדבריו דלא ס"ל כהרמב"ן משום דס"ל דתיקן הלאו דלא תגזול.

ישוב ד' הקצוה"ח, ויסיק דאין דעות הראשו' עולות בקנה אחד. ולכאורה זהו הוה נמי קושיא על הקצוה"ח אך ביאר דהמהרי"ק ס"ל כהרמב"ן בעוד