

הרב יהודה זולדן, באר יהודה – בבא מציעא, פרקים א-ב, עמ' 232-251

שיעור טז

יִיאֹשׁ וְהַפְקֵר

(בבא מציעא כא ע"א – כב ע"ב)

פתיחה

א. פירות מפוזרים

ב. מעות מפוזרות... ולשונות של ארגמן

ג. אבידה מדעת

ד. ייאוש אינו כהפקר גמור

סיכום

פתיחה

במשנה (כא ע"א) צוינו עשר דוגמאות לחפצים אבדו והדין הוא: "הרי אלו שלר" – של המוצא:

מצא פירות מפוזרין, מעות מפוזרות, כריכות ברשות הרבים, ועגולי דבילה, ככרות של נחתום, מחרוזות של דגים, וחתיכות של בשר, וגיזי צמר הלקוחין ממדינתן, ואניצי פשתן, ולשונות של ארגמן – הרי אלו שלו, דברי רבי מאיר.

במשנה לא נזכר טעם הדין, ובגמרא נאמר שהנימוק הוא שהבעלים התייאשו מהחפץ שאבד. רש"י ציין בכמה מקרים שהבעלים הפקירו את החפץ. אחרונים דנו בהתאמה ובזהות שבין ייאוש להפקר. להלן נעייין בעיקר בדברי רש"י בסוגיה ובמשמעות של ייאוש, ובמקרים שלגביהם כתב רש"י שהבעלים הפקירו את החפץ.

א. פירות מפוזרים

הגמרא (שם) דנה במקרה הראשון שמופיע במשנה – "מצא פירות מפוזרין":

מצא פירות מפוזרין. וכמה? אמר רבי יצחק: קב בארבע אמות.

היכי דמי? אי דרך נפילה – אפילו טובא נמי, ואי דרך הינוח – אפילו בציר מהכי נמי לא!

אמר רב עוקבא בר חמא: במכנשתא דבי דרי עסקינן.

רש"י (ד"ה וכמה) הסביר: "וכמה חשוב פיזור?", כלומר מה שטח הפיזור של הפירות, ולא מה כמות הפירות שהתפזרו. תשובת רבי יצחק: "קב בארבע אמות". קב זה מידת נפח. מדובר על פירות בנפח של כשני ליטרים שהתפזרו בשטח של ארבע אמות – כשני מטרים רבועים.

השאלה הבאה בגמרא היא: "היכי דמי?", איך קרה הפיזור – דרך נפילה או דרך הינוח? תשובת רב עוקבא בר חמא: "במכנשתא דבי דרי עסקינן". המקרה המדובר במשנה הוא מסוים מאוד, וכפי שהסביר רש"י (ד"ה במכנשתא דבי דרי): "בשעת אסיפת גרנות, וכאן דשן בעליהן, ונשאו את העיקר ונותרו אלו". בעת שאוספים את הפירות, לפעמים נופלים כמה מהם. הבעלים אינם טורחים לאסוף אותם ומסתפקים במה שבידיהם.

בהמשך הגמרא הובאו בעיות שהעלה רבי ירמיה, ומהם נלמד שהפירות שנזכרו במשנה יכולים להיות כל סוגי הפירות, הירקות והקטניות: שומשומין, תמרים, רימונים.¹ הדיון הוא ביחס שבין שווי הפירות ובין הקושי או

¹ במקומות נוספים פירות הם שם עצם כולל גם לסוגים שונים של ירקות דגנים וקטניות (במשנה כו ע"ב – כז ע"א נאמר: "הלוקח פירות מחבירו..."), ובגמרא שם נאמר: "...תני תנא קמיה דרב נחמן: לא שנו אלא בלוקח מן התגר, אבל

הקלות לאסוף אותם בשטח הפיזור. לאורך כל הדיון בגמרא בנוגע ל"פירות מפוזרין" ובהקשר לבעיות שהעלה רב ירמיה, נזכר השורש פק"ר – הפקר (11 פעמים). "מפקר להו" או "לא מפקר להו". אף פעם לא נזכרה המילה ייאוש. הדיון הוא באיזה מצב בעל הפירות הפקיר במודע את הפירות שהתפזרו בעת איסוף הגרנות. בהמשך הסוגיה (כא ע"ב), לאחר ה"תיקו" בעקבות הבעיות שהעלה רב ירמיה, הובאו בגמרא עקרונות הנוגעים לייאוש בעקבות חפץ שאבד.

א. חפץ שאין בו סימן – במקרה שהמאבד עדיין איננו יודע שאיבד והמוצא כבר מצא – זה מוגדר כייאוש שלא מדעת, ואביי ורבא חלקו אם הוי ייאוש. אביי אמר לא הוי ייאוש כי הבעלים עדיין אינם מודעים לכך שהחפץ נפל מהם. רבא אמר הוי ייאוש כי כשידע שנפל ממנו, יתיאש כי הוא יודע שאין לו סימן בחפץ.

ב. חפץ שיש בו סימן – הבעלים אינם מתייאשים, למעט חפץ שאבד בזוטו של ים ושוללית של נהר – מותר מהתורה לקחת.

הרב אלחנן וסרמן (קובץ שיעורים, חלק ב, ה) כתב שהמחלוקת בין אביי לבין רבא בסוגיית ייאוש שלא מדעת היא עקרונית:

אביי ורבא לאו ביאוש נחלקו, אלא בכל התורה כולה כדמוכח שם בסוגיה דמייתי מתרומה [בבא מציעא כב ע"א: "תא שמע: כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה?"] והכשר [שם: "תא שמע: עודהו הטל עליהן ושמה"]. והיינו דבכל מקום דאינו צריך רצון הבעלים בחיוב אלא בניחותא דידה שלא יהא בעל כרחו, בזה סבירא ליה לרבא דסגי בניחותא בכח, ואביי סבירא ליה דבעינן שיהיה הניחותא בפועל.

לפי אביי צריך שהבעלים יתיאשו בפועל, שיבטאו באופן ברור את רצונם ומחשבותיהם על החפץ שאבד, ואילו לפי רבא אין צורך שהבעלים יתיאשו בפועל. מספיקה לנו הידיעה שכאשר יגלו הבעלים שהחפץ אבד הם בוודאי יתיאשו.²

ב. מעות מפוזרות... ולשונו של ארגמן

בעקבות הכללים הללו ניסתה הגמרא להוכיח מארבעה מקרים ממשנתנו שההלכה בהן היא "הרי אלו של", כדעת רבא שייאוש שלא מדעת הוי ייאוש.

בלוקח מבעל הבית – חייב להחזיר. אמר ליה רב נחמן: וכי בעל הבית בעצמו דשן? רש"י (ד"ה בלוקח מן התגר): "שאף הוא לקח תבואה זו מאנשים הרבה... דשן – וכי הוא עצמו דש את התבואה הזאת, הלא פועלים הרבה דשו אותה"; במשנה (מ ע"א) נאמר: "המפקיד פירות אצל חבירו – הרי זה יוציא לו חסרונות, לחטים ולאורז – תשעה חצאי קבין לכור, לשעורין ולדוחן – תשעה קבין לכור, לכוסמין ולזרע פשתן – שלש סאין לכור"; בגמרא (מז ע"ב): "משך הימנו פירות ולא נתן לו מעות – אינו יכול לחזור בו וכו'. אמר רבי יוחנן: דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה – גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה", ועוד.

² מקורות נוספים בנוגע לבכוח ובפועל בשיטות אביי ורבא, ראה: הרב אחיקם קשת (קובץ יסודות וחקירות, עמ' 817). הרב שלום נתן רענן [חתנו של הרא"ה קוק] (בשמן רענן ב, עמ' צא), הסביר באופן זה את מחלוקת אביי ורבא בסוגיית ייאוש שלא מדעת וקישר זאת לדיון נוסף בין אביי לבין רבא בצעירותם על פי המסופר בגמרא (ברכות מח ע"א): "אביי ורבא הוו יתבי קמיה דרבה. אמר להו רבה: למי מברכין? אמרי ליה: לרחמנא. ורחמנא היכא יתיב? רבא אחוי לשמי טללא [כלפי התקרה]. אביי נפק לברא אחוי כלפי שמיא. אמר להו רבה: תרוויכו רבנן הויתו, היינו דאמרי אינשי בוצין בוצין מקטפיה ידיע: "והענין בזה שרבא מתחשב בכל דבר עם הרעיון והפנימיות, וכשמראים שרחמנא יתיב בשמי טללא, מובן שהמדובר הוא במה שלמעלה מהגג, זאת אומרת השמים. ואביי חושב כל דבר כמו שהוא ולא מחשיב את המובן ממילא, לא הסתפק בשמי טללא, אלא יצא לחוץ והראה את השמים. מתוך זה נובעת גם מחלוקתם בייאוש שלא מדעת, אם צריכים ייאוש בפועל או מספיק המצב של ייאוש כפי שמובן לנו". ראה עוד (שם עמ' צג), שהזכיר שוב בהקשר אחר את המבט של אביי ורבא בסוגיית ייאוש שלא מדעת. ראה גם: זאב פרנק (דבר קטן, עמ' 129, 251), שמנה בספרו רכ"ח מחלוקות שיש בתלמוד הבבלי בין אביי לרבא, ואפיין אותן בשש קטגוריות. את המחלוקת בסוגיית ייאוש שלא מדעת הוא אפיין תחת קטגוריה מס' 3. אביי הצביע על הפן המעשי מציאותי, ורבא הצביע על הפן התיאורטי. עוד על מחלוקת אחרת בין אביי לבין רבא בסוגיית הרחקת נזיקין, ראה בספרי: "הבא לסמוך בצד המיצר", באר יהודה – בבא בתרא, עמ' 326–338.

המקרה הראשון הוא "מצא פירות מפוזרין". הדין הוא "הרי אלו שלו", והטעם הוא שאין בהם סימן, ולכן הבעלים מתייאשים מהפירות. והרי בשעה שהמוצא מצא את הפירות בעל הפירות עדיין לא ידע שהפירות נפלו ממנו והרי זה ייאוש שלא מדעת? מכאן מוכח שייאוש שלא מדעת הוי ייאוש, כדעת רבא. הגמרא דחתה שכבר בתחילת הסוגיה הסביר רב עוקבא בר חמא ש"הכא במכנשתא דביזרי עסקינן דאבידה מדעת היא". אין מדובר במקרה שהפירות נפלו ממנו בלי ידיעתו, ועל ייאוש בעקבות חפץ שאבד למורת רוחם ושלא ברצונם של הבעלים, אלא על הפקר במודע, וכדברי רש"י (ד"ה דאבידה מדעת היא): "שלא נפלו ממנו, מדעת הניחם הפקר". תשובה זו היא רק לפי אב"י. אך לפי רבא אין צורך להסביר כך. ניתן להסביר שהפירות אכן נפלו ממנו ואין מדובר שהוא הניחם שם, והדין הוא "הרי אלו שלו" מפני שכשיודע לו שהפירות נפלו הוא יתייאש.

שלושת המקרים האחרים הם: "מצא... מעות מפוזרות", "מצא... עיגולי דבילה וככרות של החתום", "מצא... לשונות של ארגמן". במשנה לא כתוב במפורש הנימוק לדין "הרי אלו שלו". בגמרא נאמר שלפי אב"י במקרים אלו המאבד היה מודע לכך שאיבד, וכשהמוצא מצא – היה זה לאחר ייאוש:

- "מעות מפוזרין הרי אלו שלו" – ע"פ רבי יצחק שאמר שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה.
 - "עיגולי דבילה ולשונות של ארגמן הרי אלו שלו" – הם כבדים והבעלים שמו לב.
 - "לשונות של ארגמן הרי אלו שלו" – הם חשובים ואדם ממשמש בכיסו בכל שעה וכדברי רבי יצחק.
- לפי רבא אין צורך בהסברים אלו. כל החפצים הללו נפלו מהבעלים, וכשיודע לבעל החפץ שהוא נפל הוא יתייאש, ולכן כבר עכשיו, עוד לפני שהתייאש, הדין הוא "הרי אלו שלו".
- אחר כך הובאה ברייתא שאף היא עוסקת במציאת מעות:

המוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, ובכל מקום שהרבים מצויין שם – הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתייאשין מהן.

בברייתא זו נאמר מפורש שזה הטעם לדין "הרי אלו שלו". גם כאן מדובר בכסף ועל פי רבי יצחק אדם ממשמש בכיסו בכל שעה, וכשהמוצא מצא – היה זה לאחר ייאוש הבעלים. גם כאן רבא לא נזקק לנימוק של רבי יצחק. מכאן ואילך הובאו הוכחות נוספות לדברי רבא או אב"י. המכנה המשותף שלהן הוא שהן אינן עוסקות באבדות שנפלו מהמאבד, אלא אבדו באופן אחר: פירות נשרו מהעץ, חפץ נגנב או נגזל, שיטפון בנהר שסחף את חפציו, פועל שלקח חפץ ללא ידיעה של בעלים, טל שירד על פירות והוא שמח ובכך הוכשרו לקבל טומאה. בתחילת הסוגיה, מיד לאחר דברי המשנה (כא ע"א) בדיון על פירות מפוזרים, נזכר רק שורש פק"ר ולא נזכר כלל השורש יא"ש. מתחילת הדיון במחלוקת אב"י ורבא בנוגע לייאוש שלא מדעת (כב ע"ב) לא נזכר בגמרא כלל השורש פק"ר, אלא רק יא"ש. גם כשהגמרא ניסתה להוכיח מדין פירות מפוזרין לטובת רבא שייאוש שלא מדעת הוי ייאוש, התשובה הייתה שבמקרה זה מדובר על שעת איסוף הגרנות וזו אבידה מדעת. רש"י (ד"ה דאבידה מדעת היא) הוא שהסביר שהמאבד הפקיר.

הבחנה בין המקרה של פירות מפוזרים לבין שאר המקרים במשנה בולטת בפירוש רש"י במשנה (כא ע"א):

מצא פירות מפוזרין – נתייאשו הבעלים מהן כדאמר בגמרא, והפקר הן.

מעות מפוזרות – הואיל ואין להם סימן ניכר – איאוש מיאש, והווי להו הפקר, וזהו טעם כולם.

בנוגע לפירות מפוזרים רש"י כתב: "נתייאשו הבעלים מהן כדאמר בגמרא, והפקר הן". רש"י התכוון לשני מצבים: "נתייאשו הבעלים מהן כדאמר בגמרא" – הפירות התפזרו בדרך נפילה, הבעלים התייאשו והרי אלו של המוצא, וכך עולה גם משאלת הגמרא: "אי דרך נפילה אפילו טובא נמי". המצב השני הוא "והפקר הן" – כשהבעלים הפקירו במודע בשעת איסוף הגרנות.³ בנוגע למעות מפוזרות כתב רש"י: "הואיל ואין להם סימן ניכר – איאוש

³ הרמב"ם פסק את שני המצבים להלכה. הרמב"ם (הל' גזלה ואבדה טו, ח) כתב: "מצא פירות מפוזרין, דרך הנחה לא יגע בהן, דרך נפילה הרי הן שלו". וכן (שם יב) כתב: "מצא פירות מפוזרין במקום הגרנות, אם היו כמו קב בתוך ארבע אמות או ביתר על ארבע אמות הרי אלו שלו מפני שאין הבעלים מטפלים באסיפתן, היו מפוזרין בפחות מארבע אמות

מיאש, והוה להו הפקר, וזהו טעם כולם". כיוון שאין להם סימן הבעלים התייאשו, "והוה להו הפקר" – נהיו כמו הפקר, ולא כמו שרש"י כתב בנוגע לפירות מפוזרים: "והפקר הן". ועוד הוסיף רש"י: "וזהו טעם כולם" – כל המקרים הבאים במשנה. רש"י לא כתב שזהו הטעם של המקרים הבאים במשנה כשהסביר את דין "פירות מפוזרין", מפני שבפירות מפוזרים יש סימן. יש לקרוא את המשנה כך:

"אלו מציאות שלו, ואלו חייב להכריז" [כותרת]

"אלו מציאות שלו – מצא פירות מפוזרין" [מקרה ראשון, ודין]

"מצא מעות מפוזרות... ולשונות של ארגמן – הרי אלו שלו, דברי רבי מאיר" [המקרים ממעות מפוזרות ואילך, הדין, וכן התנא שאמר את הדין].

דברי רש"י: "וזה טעם כולם" – מהמקרה של מעות מפוזרות וכל המקרים שבמשנה. לפי הגמרא "בפירות מפוזרין" מדובר בהפקרה מודעת של הבעלים.

רש"י הוא שיצר זהות והתאמה בין ייאוש לבין הפקר, על אף שכאמור לעיל בגמרא עצמה יש הבחנה ברורה בין המקרה של פירות מפוזרים, שם מדובר שהוא הפקיר ובמודע, לבין המקרים האחרים שהוא התייאש. האומנם ייאוש הוא הפקר? אם כן, מדוע בגמרא יש הבחנה בין הפעולות הללו?

נציין עוד שבסוגיה המקבילה בירושלמי (ב, א) נזכר רק ייאוש ולא נזכר כלל הפקר, ואין הבחנה בין המקרה של פירות מפוזרים לבין המקרים האחרים שבמשנה.⁴

ג. אבידה מדעת

המושג "אבידה מדעת" נזכר בתחילת הסוגיה (כא ע"ב) בהקשר לפירות מפוזרים שהתפזרו בשעת איסוף הגרנות, והוא מופיע עוד כמה פעמים בהמשך הפרק, ופעם נוספת בגמרא בבבא בתרא. נעניין במשמעות של הביטוי "אבידה מדעת".

[א] חביות פתוחות

בגמרא (כג ע"ב) נאמר:

אמר רב: חביות של יין ושל שמן ושל תבואה ושל גרוגרות ושל זיתים – הרי אלו שלו.

והא תנן: כדי יין וכדי שמן חייב להכריז!

אמר רבי זירא אמר רב: מתניתין ברשום. מכלל דברייתא – בפתוח, אי בפתוח – אבידה מדעת היא!

אמר רב הושעיא: במציף.

רש"י הסביר מדוע כשמניח את החבית פתוחה זו אבידה מדעת: "...אבידה מדעת היא, שהניחה פתוחה וכל שקצים ורמשים ונחשים שותים הימנה". אדם מודע לכך שאם ישאיר חבית פתוחה ייכנסו לתוכה שקצים ורמשים, ומכאן שהוא הפקיר במודע את התכולה של החבית. אין צורך שיאמר בפה מלא שהוא מפקיר, אך צריך שיהיה ברור שהוא היה מודע לאובדן החפץ.

לא יגע בהן שמא הבעלים הניחום שם, היו כמו חצי קב בשתי אמות, או קבים בשמונה אמות, או שהיה הקב משנים ושלשה מינין כגון שומשמיין תמרים ורמונים, כל אלו ספק, לפיכך לא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז".

⁴ השורש יא"ש נזכר בירושלמי בפרקנו (ב, ג) פעם נוספת, כשסופר על רבי שמעון בר ווא שהלך אחרי רבי אלעזר, ומרבי אלעזר נפל דינר. רבי שמעון הרים והושיט לרבי אלעזר את הדינר. רבי אלעזר השיב: "כבר נתייאשתי מיניה" כי חשבתי ששום מוצא לא ידע למי להחזיר את הדינר. בגמרא נאמר שאין ללמוד ממקרה זה הלכה, כי רבי אלעזר איבד בכוונה את הדינר על מנת לזכות את הדינר באופן מכובד לרבי שמעון בר ווא שהיה עני. סיפור זה מזכיר את דברי רבא (כו ע"ב): "אמר רבא: האי מאן דחזי דנפל זוזי מחבריה בי חלתא, ואשכחיה ושקליה לא מיחייב לאהדורי ליה. מאי טעמא? ההוא דנפל מיניה מיאש הוא, אף על גב דחזייה דאייתי ארבלא וקא מרביל, מימר אמר: כי היכי דנפול מינאי ידי, הכי נפול מאיניש אחרינא, ומשכחנא מיד". ראה גם ברמב"ם (הל' גזלה ואבידה יד, ט).

[ב] זורק לאשפה העשויה להיפנות

בגמרא (כה ע"ב) נאמר:

מצא כלי באשפה – מכוסה לא יגע בו, מגולה – נוטל ומכריז. ורמינהו: מצא כלי טמון באשפה – נוטל ומכריז, שכן דרך אשפה לפנות!

אמר רב זבד: לא קשיא הא בכובי וכסי, הא בסכיני והמניק. בכובי וכסי – לא יגע, בסכיני והמניק – נוטל ומכריז.

רב פפא אמר: הא והא בכובי וכסי, ולא קשיא. כאן באשפה העשויה לפנות, כאן באשפה שאינה עשויה לפנות.

אשפה העשויה לפנות אבידה מדעת היא! אלא, באשפה שאינה עשויה לפנות, ונמלך עליה לפנותה.

רש"י (ד"ה אבידה מדעת היא) הסביר מדוע מי שזורק גיגית וכוסות לאשפה העשויה להיפנות זו אבידה מדעת: "דהוה ליה לאסוקי אדעתיה שיפנוה". היה לו להעלות על דעתו שיפנו אותה. אם בכל זאת הוא זרק לאשפה זו, כנראה הוא הביא בחשבון שיפנו גם את הכלים הללו.

[ג] פרה שמזיקה בכרם לאחר התראה

הגמרא (לא ע"א) דנה במקרה שפרה נכנסה לכרם והזיקה שם, וכבר התרו בבעלים שיהרגו אותה אם תיכנס ותזיק. על זה אמרה הגמרא: "אי אתרו בה ולא אזדהרו בה – ודאי אבידה מדעת היא". אם התרו בבעלים ובכל זאת הבעלים לא נזהרו, זו אבידה מדעת ואין חייבים להשיב הפרה. גם כאן ההנחה שהבעלים מודעים למשמעות של כניסה נוספת של הפרה לכרם, ועל כן זו אבידה מדעת.

[ד] שולח את בנו לחנווני ושבר את הצלוחית

במשנה (בבא בתרא פז ע"ב) נאמר:

השולח את בנו אצל חנווני ופונדיון בידו [מטבע ששווה שני איסרים], ומדד לו באיסר שמן, ונתן לו את האיסר. שבר את הצלוחית ואבד את האיסר – חנווני חייב.

אדם שלח את בנו הקטן לחנות עם מטבע פונדיון ששוויו שני איסרים על מנת לקנות שמן בשווי איסר. המוכר מילא לו שמן בשווי איסר ונתן לו עודף איסר. אם הבן שבר את הצלוחית ואיבד את האיסר, החנווני חייב. הגמרא שאלה מדוע החנווני חייב לשלם כשהילד הקטן שבר את הצלוחית – "אבדה מדעת היא!" מצדו של אבי הילד. הרשב"ם (ד"ה אבדה מדעת היא) הסביר: "דכי מסרה לתינוק שאינו יודע לשמרה, הפקר הוא זה ואינו חושש אם יחזירנה בנו בידו ריקנית".

המכנה המשותף לכל המקרים הוא שהבעלים היו מודעים לכך שהם עלולים לאבד החפץ – חבית היין הפתוחה, הכלים באשפה, הפרה שנכנסה שוב לכרם והצלוחית שבידי הילד הקטן. וכך גם בפירות שהתפזרו בשעת איסוף הגרנות. הפירות התפזרו והבעלים החליטו במודע לא לאסוף אותם. כל אדם רשאי כמובן להפקיר אף את כל נכסיו, כאמור בגמרא (ט ע"ב): "דאי בעי מפקר נכסיה והוי עני".

הטור (חושן משפט סימן רסא) כותב באופן ברור בנוגע לפרה שנכנסה לכרם לאחר שהתרו שיהרגו אותה אם תיכנס שוב: "דאבידה מדעת הוי הפקר". הטור ציין לדברי הרמב"ם (הל' גזלה ואבדה יא, יא) שלא כתב כן:

המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו. כיצד? הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו, השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, וכל כיוצא בזה הרי זה אבד ממונו לדעתו. ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר שנאמר "אשר תאבד" פרט למאבד לדעתו.⁵

⁵ הרב יוסף קארו (שולחן ערוך חושן משפט סי' רסא, ד) כתב כרמב"ם, והרמ"א (שם) ציין לדברי הטור. בדבריהם דנו נושאי הכלים שם (ש"ך ס"ק ג; קצות החושן ס"ק א; נתיבות המשפט ס"ק א). ראה גם: הרב נפתלי טרופ (חידושי הגרנ"ט, בבא מציעא סי' קנב); הרב איסר זלמן מלצר (אבן האזל, הל' גזילה ואבידה יא, י); הרב משה פיינשטיין (שו"ת

המקור שציין הרמב"ם הוא מדרש תנאים (דברים כג, ב):

"אשר תאבד ממנו" – פרט למאבד ממונו לדעת, שאין נזקקין לו.⁶

מכאן שאסור למוצא לקחת את הרכוש הזה לעצמו, אך הוא איננו חייב לטפל בהשבתו. מכל המקרים קשה במיוחד מהמקרה של מצא פירות מפוזרים בעת איסוף הגרנות, שם הסביר "רב עוקבא בר חמא: במכנשתא דבי דרי עסקינן, קב בארבע אמות דנפיש טרחייהו – לא טרח איניש ולא הדר אתי ושקיל להו, אפקורי מפקר להו". הרמב"ם גם כתב זאת בהלכה (שם טו, יב). נראה שיש להבחין בין מקרים שבהם ברור שהבעלים הפקיר כמו בפירות מפוזרים בשעת איסוף גרנות, לבין המקרים האחרים. כך כתב הרב אפרים נבון (מחנה אפרים, הל' זכיה מהפקר סי' ו):

מי שזרק כלי לשברו מתוך כעסו וקדם אחר והצילו וטוען כבר זכיתי אני מן ההפקר וזה טוען אני לא הפקרתי אותו אלא הייתי רוצה לשברו להניח דעתי.

תשובה: איכא פלוגתא באבידה מדעת אי חשיב הפקר אי לא, דהר"מ ז"ל והרמ"ה סבירא להו דלא הוי הפקר, והטור בס' רס"א כתב דהוי הפקר, ואיברא דסוגיא דשמעתין ריש פרק אלו מציאות הכי ריהטא דמקשה לאביי דאית ליה יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ממתני' דמצא פירות מפוזרים הרי אלו שלו והא לא ידע דנפל מיניה, ומוקי לה במכנשתא דביזרי דאבידה מדעת היא. מוכח בהדיא דאבידה מדעת הרי היא הפקר...

דיש חילוק באבידה מדעת בין היכא דגמר בדעתו לאפקורי כגון ההיא דפרק אלו מציאות דאנן סהדי דקב בד' אמות דנפיש טרחייהו לא טרח איניש ולא הדר אתי ושקיל להו דכי האי גוונא הוי הפקר גמור ודאי, אבל כל דליכא אומדנא כל כך לא הוי הפקר לגמרי.

ולענין נדון דידן נראה דכולי עלמא יודו דלא הוי הפקר כיון שהשליכו מתוך כעסו ולא חשיב אבידה מדעת, ולפי מה שפירש רש"י ז"ל יראה דבנידון דידן מצוה על אחרים להצילם וכל שכן שיכול לומר אני לא הפקרתי אותם אלא רצוני היה להניח כעסי.⁷

מכאן שבמקרים שברור לגמרי שהבעלים אכן מודעים לתוצאות האפשריות, וייתכן שהחפץ יאבד ולא יחזור אליהם, יש לראות זאת כהפקר. אך אם אין אומדנא ברורה, אין זה הפקר, אך גם אין חובה להחזיר. הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק (חדושי רבי מאיר שמחה, בבא מציעא כא ע"ב), חידד עוד בעקבות דברי המחנה אפרים:

שם הכא במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא. הגאון מחנה אפרים (הל' זכיה מהפקר סי' ו') הקשה על הרמב"ם ז"ל דפסק (הל' גזילה ואבידה יא, יא) דהשליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, אף על גב דאינו חייב להכריז דאבידה מדעת היא, בכל זאת אינו רשאי ליטלה לעצמו יע"ש. ולענ"ד נראה דחילוקא דמילתא כך היא: דבמקום שאין דרך בני אדם לעשות כן, כמו להשליך כיסו לרשות הרבים או ליתן מעות ביד קטן, אף על גב דהוא השליך לרשות הרבים וכיו"ב, בכל זאת אסור ליטלו דהפקר לא הוי רק שיפקיר בפיו. אבל במכנשתא דבי דרי שדרך כל מי שיש לו גורן לקבץ כפי מה שיקבצו, והנותר קב בד' אמות דרך

אגרות משה, יורה דעה, א, סי' קנ, ענף א [התשובה היא לרא"ם שך]. הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק (בית הלוי על התורה, בראשית כח, י) ציטט את הטור ושאל מה ההבדל בין המקרה ש"זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל" (בבא קמא כו ע"ב), שם חלקו אם חייב או פטור. לפיו: "החילוק הוא דבמניח כיסו ברשות הרבים ולא איכפת ליה כלל מה שיהיה בו, הוא דסבירא ליה להטור דהוא הפקר. אבל בזרק כליו לשוברם דיש לו בזה כוונה ורצון לשוברו כל זמן שלא נשברו, הם שלו עדיין".

⁶ הרב שלמה יוסף זיון ("משפט שיילוק", לאור ההלכה [מהד' תשס"ד] עמ' תט) כתב: "המושג של 'אבידה מדעת' לא שייך בחייו של אדם. הממון של אדם שלו וברשותו הוא ויכול לאבדו מדעת, אבל נפשו וחייו אינם שלו".

⁷ בכיוון זה הסביר בהרחבה רבה גם הרב נחום רבינוביץ (יד פשוטה, רמב"ם שם). הוא הפנה גם לדבריו במקום אחר בנוגע לאבידה מדעת (הדר איתמר, עמ' קלט-קמד), שם הרחיב עוד.

בני אדם להניח ולבלי להטריח בקיבוצן, אם כן כיון דכולי עלמא דאית להו בד' הכי עבדי, בודאי הו' הפקירא גמור.

לפי האור שמח, הדוגמאות שכתב הרמב"ם ייחודיות. סתם בני אדם אינם מניחים פרה ברפת כשהדלת פתוחה והפרה איננה קשורה, וסתם בני אדם אינם זורקים ארנק ובו כסף ברשות הרבים.⁸ ייתכן שהם לא שמו לב או שקרה משהו אחר, אך אין ראיה ברורה שהם הפקירו. מנגד, אלו מקרים קיצוניים, וכל בר דעת מבין את התוצאה של פרה לא קשורה ברפת פתוחה או של ארנק שנמצא זרוק ברשות הרבים. ההנחה היא ש"לא שדי איניש זוזי בכדי" (כתובות לו ע"ב).⁹ לכן במצב כזה אין זה הפקר, אך המוצא אינו חייב לטפל באבדות אלו. אך אם ברור בוודאות שהבעלים אכן פיזרו את ממונם והחליטו לשחרר את הפרה, הרי הם הפקר. כמו שברור שהשארית פירות מפוזרים בשעת איסוף הגרנות היא הפקר מאחר שכך הכול נוהגים.

כך כתב הרא"ה קוק (אגרות הראיה, ג, אגרת תשפט [עמ' סא-סג]) על מחלוקת הרמב"ם והטור:

לא פליגי באבידה מדעת כי אם בדבר שהוא מוחזק בכללות שודאי בני אדם מקפידים עליו, ורק פרט אחד יוצא מן הכלל, אע"פ שעשה אותו לאבידה מדעת, ואינו מקפיד על שמירתו, מהני זה רק שלא להתחייב להשיב אותו בכלל השבת אבידה, אבל אין ראיה שכבר הפקירו לגמרי להסוברים דאבידה מדעת אינה הפקר. אבל דברים כאלה שישנם כמה בני אדם שאינם מקפידים, אע"פ שנמצאים גם כן מקפידים, זה די בגילוי מילתא בעלמא, שאם אין בעל הבית מקפיד עליהם כבר יודעים אנו שהוא מכלל אותם הרבים שאינם מקפידים, והוא בכלל הדברים שבלב כל אדם, שדינם כאילו הם דברים שבפה, והוא כאילו הפקיר אותם בפירוש.

יוצא אם כן שהרמב"ם והטור מסכימים שכאשר ברור שהבעלים מודעים לגמרי לתוצאה ושכך מקובל, הרי זה כהפקר ורשאי לקחת. מחלוקתם ממוקדת במקרים שיש להסתפק בכוונת הבעלים.¹⁰ יש לציין שגם רש"י כתב

⁸ הרב רבינוביץ (לעיל הערה 7) כתב שלא זכה למצוא מקור מפורש למקרה שהשליך ארנק לרשות הרבים, והציע שאולי יש להסיק זאת מהמסופר בגמרא (כד ע"ב): "מצא ארנקי בשוקא דבי גילדאי או בשוקא דרבנן. אמר לו: הרי אלו שלו. והלא עומד וצווח? נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים". הרי מפורש שאפילו אבד לו שם כיסו והוא עומד וצווח אין לו טענה כלל, כל שכן אם הוא עצמו השליך כיסו שם והלך לו". נראה להציע שהרמב"ם למד זאת מהגמרא (קידושין לב ע"א): "שאלו את רבי אליעזר: עד היכן כיבוד אב ואם? אמר להם: כדי שיטול ארנקי ויזרקנו לים בפניו, ואינו מכלימנו". זו דוגמה למעשה קיצוני שבני אדם נורמטיביים אינם עושים. הסיכוי שארנק שנזרק לים יימצא קלוש, לעומת ארנק שנזרק ברשות הרבים שיש סיכוי טוב שיימצא, ולכן הרמב"ם הדגים במשליך ארנק ברשות הרבים ולא בים. הרמב"ם (הל' ערכין וחרמין ח, יג) כתב על מי שמקדיש כל נכסיו ולא נשאר לו כלום: "ואין זו חסידות אלא שטות שהרי הוא מאבד כל ממונו ויצטרך לבריות, ואין מרחמין עליו, ובזה וכיוצא בו אמרו חכמים: 'חסיד שוטה מכלל מבלי עולם' (סוטה כ ע"א)". "ואין מרחמים עליו" כאמור בגמרא (ברכות לג ע"א; סנהדרין צב כ"א): "כל אדם שאין בו דעה אסור לרחם עליו". הרא"ה קוק (עין איה – ברכות, ה, צד) הסביר: "שם יתברך היה יכול לפרנס את עולמו בלי צורך לרחמי בני אדם, אלא שמדת הרחמים היא השלימות. אמנם מי שאין בו דעה להעריך ערך הרחמים, כשמרחמים עליו אינו פונה להשכיל צד השלימות שיש ברחמים, אלא יחשוב שכן היא המדה שלא לחוש על מדת המשפט כלל, ונמצא שע"י מה שמרחמים עליו יותר משורת הדין משרישים בו נטיה להפקר". ראה בספרי: "תקנת אושא – המבזבז או המפריש עד חומש", צדקות יהודה וישראל, עמ' 269–282.

⁹ ראה בדברי הרב ברוך אפשטיין (תורה תמימה דברים כב הע' כה) על דברי הרמב"ם.

¹⁰ בגמרא (סנהדרין מח ע"א) נאמר: "היו אביו ואמו מזרקין בו כלים - מצוה על האחרים להצילן". מדובר במקרה שאביו ואמו של המת זורקים עליו את בגדיהם יותר מהצורך. רש"י (ד"ה מצוה על) כתב: "מצוה על אחרים - הרואין אותם, להצילם וליטלן מעליו, דאין השבת אבידה גדול מזה". היד רמ"ה (שם מח ע"ב) כתב אחרת: "ולכא הכא משום אבידה מדעת דאגב מירייהו קא עבדי". הלכה זו נפסקה בשולחן ערוך (יורה דעה סי' שמט, ג), והש"ך (ס"ק ד) כתב שהטעם הוא "שיש בו משום השבת אבדה דודאי יתחרטו אחר כך". ההנחה היא שהם אינם עושים זאת בגמירות הדעת שהרי הם אינם שוטים ורק עכשיו עושים מעשה שטות; כאמור בגמרא (חגיגה ד ע"א) שאחד מסימני שוטה הוא שמאבד מה שנותנים לו. הרב אפרים נבון (מחנה אפרים, הלכות זכיה מהפקר, ו) הקשה שמאחר שזו אבידה מדעת אין כאן משום השבת אבידה: "ואילו פירושו הייתי מפרש דלאו משום השב אבידה אמרו אלא משום בל תשחית מוטו בה, והכי משמע בתוספתא (מסכת שמחות ט, כג)". כך כתב גם הרב יעקב לורברבוים (נתיבות המשפט חושן משפט סי' רסא ס"ק א). על דבריהם קשה שהרי הרמ"א (יורה דעה שם) פסק שאם הציל חייב בשמירתם כדין שומר אבידה. נראה ליישב שבמסכת שמחות (שם) נאמר: "כל המרבה כלים על המת הרי זה עובר משום בל תשחית". ההצלה של הכלים

שאבידה מדעת היא הפקר רק במקרה של "מכנשתא דבי דרי" ש"הוי הפקר". במקרים האחרים שנזכר הביטוי "אבידה מדעת" רש"י לא כתב זאת.¹¹

ד. ייאוש אינו כהפקר גמור

הגמרא (בבא קמא סו ע"א) דנה בשאלה מה המהות של פעולת הייאוש בהקשר של גזילה ואבידה:

יאוש – אמרי רבנן דניקני, מיהו לא ידעין אי דאורייתא אי דרבנן; אי דאורייתא, מידי דהוה אמוצא אבידה, מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני ליה, האי נמי כיון דמייאש מרה קני ליה, אלמא קני; או דלמא לא דמיא לאבידה, אבידה הוא דכי אתאי לידיה – בהתיירא אתיא לידיה, אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה – מדרבנן הוא, דאמור רבנן ניקני מפני תקנת השבים. ורב יוסף אמר: יאוש אינו קונה, ואפילו מדרבנן.

הגמרא דנה אם יש להשוות בין ייאוש מגזילה לבין ייאוש מאבידה. אם הם שווים, אזי לאחר שהבעלים התייאשו והחפץ הגיע לאדם אחר, החפץ של האחר. מנגד, ישנו הבדל. אבידה מגיעה לידי המוצא בהיתר, ואילו גזילה מגיעה לידי הגזלן באיסור, אלא שחכמים תיקנו שהחפץ יהיה של הגזלן מפני תקנת השבים שרוצים להשיב את הגזילה, שלא יצטרכו לטרוח אחר הגזילה עצמה אלא ישיבו דמיה. רב יוסף אמר: ייאוש אינו קונה, ואפילו מדרבנן, ועל הגזלן להחזיר את הגזילה עצמה.

על דברי הגמרא שבגזילה "דבאיסורא אתאי לידיה", כי הבעלים לא התייאשו, כתבו תוספות (בבא קמא שם ד"ה כיון):

מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור, דאם כן אפי' בתר דאתא לידיה באיסורא, יוכל לקנות מן ההפקר.¹² מה ההבדל בין ייאוש להפקר?¹³ הרב יצחק רבינוביץ' (הרב איצ'לה מפונוביץ', שו"ת זכר יצחק, א, סימן לא) הסביר כך את דברי התוספות:

היא שהכלים לא יושחתו, ואילו ההשבה לבעלים שבוודאי יתחרטו אחר כך היא השבת אבידה גדולה. הרב שלום נתן רענן (בשמן רענן, ב, עמ' צב) כתב שיש להשיב אבידה כי הם עושים זאת "מפני הצער שלא מדעת שקולה, והוי בכלל אבידה שלא מדעת".

¹¹ זאת בשונה מדברי הרב יצחק בלאזר (שו"ת פרי יצחק, ב, סי' סד ד"ה ועתה) שכתב ששיטת רש"י היא "דיאוש הוי הפקר". ראה עוד: הרב שמואל רוזובסקי ("בענין יאוש אי הוי הפקר והדין יאוש בגזילה", שיעורי רבי שמואל, בבא מציעא סי' כא).

¹² התוספות שם הזכירו את הגמרא (גיטין לט ע"א) שדנה במי שהפקיר את עבדו. הדין הוא שיצא לחירות אך יש דיון אם צריך גם גט שחרור. במסגרת הדיון שם נאמר כך (שם ע"ב): "אמר רבי יהושע בן לוי, אמרו לפני רבי: אמר נתיאשתי מפלוני עבדי, מהו? אמר להם, אומר אני: אין לו תקנה אלא בשטר". רש"י כתב: "נתיאשתי – לשון הפקר הוא". במקום נוסף (גיטין לח ע"א) כתב רש"י: "יאוש – הוי הפקר". התוספות (בבא קמא סט ע"א ד"ה כל שלקטו) כתבו: "והלא יאוש חשוב הוא כהפקר".

¹³ הרב יעקב לורברבוים (נתיבות המשפט, סי' רסב ס"ק ג) כתב שהייאוש פועל רק לאחר שהחפץ הגיע לידי אחר, וכל עוד לא הגיע – המאבד יכול זכות בו. אך בהפקר, מיד כשהפקיר אין זה שלו. ההבדל הוא במבחן התוצאה – באיזה מצב פועלות פעולת ההפקר ופעולת הייאוש. לפיו זו כוונת התוספות. כיון שמדובר בייאוש והייאוש פועל רק כשהגיע לידי אחר, מאחר שהגיע לידי באיסור – ממילא לא הייתה כאן פעולת ייאוש. אחרונים דנו בהבחנה הזאת, אך אנו נלך בדרך אחרת. ראה עוד: מהר"ל (באר הגולה, באר השני פרק ו עמ' לא-לג); הרב אפרים נבון (מחנה אפרים, הל' זכיה מהפקר סי' ז); הרב שמעון שקופ (שערי יושר, ה, יב, אותיות רנו-רס; חידושי רבי שמעון שקופ, בבא קמא סי' לח, ג; בבא מציעא, סי' כ); הרב חיים רבינוביץ' ("בגדרי יאוש", חידושי רבי חיים מטלז – בבא מציעא, עמ' קנג-קנו); הרב יחיאל מיכל אפשטיין (ערוך השולחן, חושן משפט רסב, ח) הגדיר כך: "ויאוש הוי כעין סילוק ומחילה לכל מי שימצא"; הרב חיים הלוי סולובייצ'יק (רמב"ם הל' גזלה ואבדה ט, א) כתב: "היאוש הוא דבר המועיל ומהני כמו הפקר". עוד כתבו על כך: הרב יחיאל וינברג (חידושי שרידי אש, בבא מציעא, סי' לד, ג); הרב אברהם ישעיהו קרליץ (חזון איש, כלים סי' לח ס"ק יב [חושן משפט סי' יח ס"ק א]); הרב שלום נתן רענן [חתנו של הרא"ה קוק] (בשמן רענן ב, עמ' צא); הרב משה פיינשטיין (שו"ת אגרות משה, יורה דעה, א, סי' קנ [ושם סי' קכח]; דברות משה, בבא מציעא סי' כא); הרב ישראל יעקב קנייבסקי (קהלות יעקב, בבא מציעא סי' כג); הרב יוסף דב סולובייצ'יק (רשימת שיעורים, בבא מציעא כא ע"א); הרב עוזיאל משה רוטשטיין (נחלת משה, בבא מציעא כא ע"ב), ועוד.

יִיאֹשׁ שֶׁהוּא דִּין הַתּוֹרָה שִׁיצֵאתָה מִרְשׁוֹתָיו עַל יְדֵי [יִיאֹשׁוּ וְנִעֲשָׂה] שֶׁאֵינוֹ שָׁלוּ לֹא תוֹכֵל לְהַתְקִיִּים. וְזֶהוּ הַפִּירוּשׁ בְּדַבְרֵי הַתּוֹסֵפוֹת (בְּבֹא קֵמָא סו ע"א ד"ה כִּיּוֹן) דִּיִּיאֹשׁ אֵינוֹ כֹּה־פֶקֶר... דֶּה־חִילּוֹק הוּא דֶּה־פֶקֶר הוּא עוֹשֶׂה הַפֶּקֶר, וְיִיאֹשׁ הוּא רַק דְּבִסִּיבְתוֹ עֲשֵׂאתָה הַתּוֹרָה לְהַפְקֵר. וְהוּא בְּרֹר בְּפֶשֶׁט דְּבִרֵי הַתּוֹסֵפוֹת.

הַהִבְדֵּל הוּא בְּאֹפִי הַפְּעוּלָה. הַפֶּקֶר הוּא פְּעוּלָה מוֹדַעַת וּמִתּוֹכְנֶנֶת. אָדָם הַחֲלִיט בְּמוֹדַע לְהִפְטֹר מִחֶפֶץ שֶׁלוֹ, אוֹ שֶׁבְּמוֹדַע הַחֲלִיט שֶׁלֹּא אִכְפַּת לוֹ שֶׁחֶפֶץ מִסּוּיִם יֵאָבֵד אוֹ יִינָזֵק. לְעוֹמֶת זֹאת, יִיאֹשׁ זֶה מִצַּב שֶׁנוֹצֵר שֶׁלֹּא מִיּוֹזְמָתוֹ וְשֶׁלֹּא מִרְצוֹנוֹ. אֵין סִימָן בְּחֶפֶץ וְהַמֵּאבֵּד מִבֵּין שֶׁהוּא לֹא יִזְכֶּה לְקַבֵּל הַחֶפֶץ שֶׁאֵבֵד לוֹ, וְלִכֵּן הוּא מוֹוֹתֵר וְאוֹמֵר "וְיִי לְחֶסְרוֹן כִּסִּי". כֹּאֵן חִידוּשׁ הַתּוֹרָה "הִרִי אֵלּוֹ שֶׁלּוֹ" וְאֵין הַמוֹצֵא צָרִיךְ לְהַחֲזִיר. זֹאת בְּשׁוֹנָה מִגִּזְלָן. כִּיּוֹן שֶׁ"בְּאִיסוּרָא אַתָּא לִידֵיָה", אֵין אֶת הַחִידוּשׁ שֶׁל הַתּוֹרָה שִׁיִּיאֹשׁ קוֹנֶה וְלִכֵּן לֹא יוֹעִיל הִיִּיאֹשׁ. הֶרֶב שְׁנִיאוֹר זִלְמָן מִלֵּאדִי, הָאֲדַמּוֹרִי הַזֶּקֶן (שׁוֹלְחָן עֵרוֹךְ הֶרֶב, חוֹשֵׁן מִשְׁפָּט הַלְכוֹת מִצִּיָּאָה וּפְקֻדוֹן סְעִיף א) כָּתַב גַּם כֵּן שִׁיִּיאֹשׁ אֵינוֹ הַפֶּקֶר גָּמוּר וְלֹא קֶשֶׁר לְדַבְרֵי הַתּוֹסֵפוֹת:

לִקַּח אֶת הָאֲבֵדָה לְעִצְמוֹ, בִּיטֵל מִצּוֹת עֲשֵׂה וְעוֹבֵר בְּשְׁנֵי לֵאוּיִן עַל "לֹא תִגְזוֹל" וְעַל "לֹא תוֹכֵל לְהַתְעַלֵּם". חֲזֹר בֵּה וְהַשִּׁיבָה לְבַעֲלִיָּה תִּקֵּן אֶת הַכֹּל, כְּמוֹ הַמְּשִׁיב אֶת הַגִּזְלָה. כִּי לֹא שֶׁל "לֹא תִרְאֶה" וְגו' הוּא נִיתַק לְעֲשֵׂה שֶׁל "הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם" כְּמוֹ שֶׁלֹּא שֶׁל "לֹא תִגְזוֹל" הוּא נִיתַק לְעֲשֵׂה שֶׁל "וְהַשִּׁיב אֶת הַגִּזְלָה". בְּמָה דְּבָרִים אֲמֹרִים? כִּשְׁהַשִּׁיבָה קוֹדֵם שְׁנִתִּיאֹשׁוּ הַבְּעֵלִים מִמֶּנָּה. אֲבָל אִם נִתִּיאֹשׁוּ הַבְּעֵלִים מִמֶּנָּה אַחֵר שֶׁנִּטְלָה זֶה הִרִי זֶה "מַעֲוֹת לֹא יוֹכֵל לְתַקֵּן". לֹא הָעֲשֵׂה וְלֹא הַלֵּאוּיִן. לְפִי שֶׁהִשְׁבֵּתוֹ אוֹתָהּ, מִתְּנָה הוּא שְׁנוֹתֵן לְבַעֲלִים מִשְׁלוֹ, כִּי כִּבֵּר קִנְיָה בִּיִּיאֹשׁ בְּעֵלִים.

וְאֵינוֹ דּוֹמֶה לְשֹׂאֵר מוֹצֵא אֲבֵדָה לְפָנֵי יִיאֹשׁ שֶׁחִיִּיב לְהַחֲזִירָה אֲפִילוֹ אַחֵר יִיאֹשׁ כְּמוֹ שִׁתְּבָאֵר. לְפִי שְׁכִיּוֹן שֶׁהַגְּבִיָּה עַל דַּעַת לְהַחֲזִירָה לְבַעֲלִיָּה וְלֹא לִיטְלָה לְעִצְמוֹ הִרִי זֶה נַעֲשִׂית פְּקֻדוֹן בִּידוֹ וּבְרִשׁוֹת בְּעִלְיָה עוֹמֶדֶת, לְפִיכֵךְ אֵין הִיִּיאֹשׁ מוֹצִיָּאָה מִרְשׁוֹת בְּעֵלִים שֶׁהִיִּיאֹשׁ אֵינוֹ כֹּה־פֶקֶר גָּמוּר. מֶה שֶׁאֵין כֵּן זֶה שֶׁנִּטְלָה לְעִצְמוֹ וְלֹא נַעֲשִׂית פְּקֻדוֹן בִּידוֹ, אֵינָה אֲצִלּוֹ כְּעוֹמֶדֶת בְּרִשׁוֹת בְּעִלְיָה אֲלֵא כְּמוֹנַחַת עַל גְּבִי קֶרֶקַע עוֹלָם שֶׁל הַפֶּקֶר, שֶׁהִיִּיאֹשׁ מוֹצִיָּאָה מִרְשׁוֹת בְּעִלְיָה וְכֹל הַמַּחֲזִיק בֵּה זֶכֶה בֵּה, לִכֵּן גַּם זֶה שֶׁהוּא מוֹחֲזֵק בֵּה וְעוֹמֵד זֶכֶה בֵּה, וְאֵינוֹ צָרִיךְ לְהַחֲזִירָה.

כֵּךְ כָּתַב בְּמִקּוֹם נוֹסֵף בְּשׁוֹלְחָן עֵרוֹךְ הֶרֶב (שֵׁם סְעִיף יח) בְּנוֹגַע לְהַשְׁבֵּת אֲבִידָה לְפָנִים מִשׁוֹרֶת הַדִּין:

בְּדַבֵּר שֶׁאֵין בּוֹ סִימָן, אִם יוֹדַע בְּבִירוֹר שֶׁל מִי הוּא, יַחֲזִירָנוּ לוֹ אֶף עַל פִּי שֶׁכֵּבֵר נִתִּיאֹשׁוּ, שֶׁהִיִּיאֹשׁ אֵינוֹ כֹּה־פֶקֶר גָּמוּר, שֶׁאֵינוֹ מִתִּיאֹשׁ וּמִפֶּקֶר מִרְצוֹנוֹ.

הַפֶּקֶר וְיִיאֹשׁ הֵם פְּעוּלוֹת מִשְׁפָּטִיּוֹת דּוֹמוֹת אֶךְ שׁוֹנוֹת בְּאֹפִיָּין. הַפֶּקֶר הוּא פְּעוּלָה שֶׁנַּעֲשִׂית בְּמוֹדַע וּבְרִצּוֹן, בְּעוֹד שִׁיִּיאֹשׁ לֹא נַעֲשֵׂה בְּרִצּוֹן, אֲלֵא כְּתוּצָאָה מֵאִילּוּץ,¹⁴ וּבְמִקְרָה שֶׁל אֲבִידָה הַבְּעֵלִים הִבִּינוּ שֶׁהַחֶפֶץ לֹא יוֹשֵׁב אֲלֵיהֶם. נִרְאֶה לְהוֹכִיחַ שֶׁרִשִׁי גַם כֵּן סִבֵּר כֵּךְ. כֹּאמֹר רִשִׁי בְּמִשְׁנֵה הַתַּאֲמִים בֵּין יִיאֹשׁ לְבֵין הַפֶּקֶר. גַּם בְּמַהֲלֵךְ הַסּוּגִיָּה הַתַּאֲמִים רִשִׁי וְזִיָּהָ בֵין הַפֶּקֶר לִיִּיאֹשׁ, אֶךְ לֹא בְּכָל מִקּוֹם.

[א] פִּירוֹת מְפוֹזְרִים, מַעוֹת מְפוֹזְרוֹת

בְּנוֹגַע לְפִירוֹת מְפוֹזְרִים כָּתַב רִשִׁי (כֹּא ע"א ד"ה פִּירוֹת): "נִתִּיאֹשׁוּ הַבְּעֵלִים מֶהֵן כְּדָאֲמֵר בְּגִמְרָא, וְהַפֶּקֶר הֵן",¹⁵ וְזֹאת עַל בְּסִיס הַדִּין בְּגִמְרָא בְּאִיזָה מִצַּב בַּעַת פִּיזוֹר הַפִּירוֹת בְּשַׁעַת אֲסִיפַת גְּרָנוֹת הַבְּעֵלִים "אֲפִקּוּרֵי מִפְקִיר לְהוֹ" אוֹ "לֹא מִפְקִיר לְהוֹ". "נִתִּיאֹשׁוּ מֶהֵן" – כּוֹוֹנָתוֹ לְדִין בְּהִלְכָּה זֶה בְּמִסְגֶּרֶת הַהוֹכָחָת נֶגֶד אֲבִי שֶׁסִּבֵּר שִׁיִּיאֹשׁ שֶׁלֹּא מַדַּעַת לֹא הוּי יִיאֹשׁ. אֲבִידָה מַדַּעַת אֵינָנָה נַחֲשֶׁבֶת אֲבִידָה כָּלל – הוּא הִתִּיאֹשׁ וּבִאֲמַת הַפֶּקֶר. אֶךְ בְּנוֹגַע לְדוּגְמָאוֹת הָאֲחֵרוֹת כָּתַב רִשִׁי (ד"ה מַעוֹת מְפוֹזְרוֹת): "הוּאִיל וְאֵין לָהֶם סִימָן נִיכֵר, אִיאֹשִׁי מִיֵּאֵשׁ וְהוּוֹ לְהוֹ הַפֶּקֶר, וְזֶהוּ טַעַם כּוֹלָם". מַדּוּעַ בְּפִירוֹת מְפוֹזְרִים כָּתַב "וְהוּוֹ לְהוֹ הַפֶּקֶר", וְלֹא כָּתַב "וְהַפֶּקֶר הֵן" כְּמוֹ שֶׁכָּתַב עַל פִּירוֹת מְפוֹזְרִים? וְכֵן מַדּוּעַ חֲזֹר שׁוֹב רִשִׁי בְּנוֹגַע לְמַעוֹת מְפוֹזְרוֹת עַל מֶה שֶׁכָּתַב לְגַבִּי פִירוֹת מְפוֹזְרִים, שֵׁם הִיָּה לוֹ לְכַתּוֹב שֵׁ"ז טַעַם כּוֹלָם"? אֲלֵא שֶׁכֹּאמֹר, בְּפִירוֹת מְפוֹזְרִים הוּא הִתִּיאֹשׁ בְּמוֹדַע וְהַפֶּקֶר אוֹתָם. בְּמִקְרִים

¹⁴ כֵּךְ אֲמַר שְׁלֵמָה הַמֶּלֶךְ (קֶהֶלֶת ב, כ): "וְסִבּוֹתֵי אֲנִי לִיאֵשׁ אֶת לְבִי עַל כָּל הָעֵמֶל שֶׁעֲמַלְתִּי תַּחַת הַשֶּׁמֶשׁ".

¹⁵ הֶרֶב יוֹסֵף חֲבִיבָא (נִמְוִקִי יוֹסֵף יב ע"א בְּדִפִּי הִרִי"ף) כָּתַב: "נִתִּיאֹשׁוּ הַבְּעֵלִים מֶהֵן כְּדָאֲמֵר בְּגִמְרָא, דֶּה־פֶקֶר הֵן".

האחרים מדובר על אבידה שלא מדעת, ובעקבות הייאוש "הוי ליה הפקר", התוצאה היא שהאבידות הללו הן כמו הפקר, אבל הוא לא הפקיר מרצון ובמודע. לכן שינה רש"י את לשונו וכתב "איאוש מייאש והווי להו הפקר", כתוצאה מהייאוש ממילא הן כמו הפקר, אבל לא מפני שהוא באמת הפקיר.¹⁶

[ב] תאנה עם נפילתה נמאסת

רש"י הזכיר את פעולת ההפקר בהקשר לייאוש בסוגייתנו אך לא בכל המקרים וההוכחות. יושם לב שרש"י כתב כן רק במקרים שהבעלים הפקירו מיוזמתם ובמודע. בגמרא (כא ע"ב) נאמר:

תא שמע: קציעות בדרך, ואפילו בצד שדה קציעות. וכן תאנה הנוטה לדרך, ומצא תאנים תחתיה – מותרות משום גזל, ופטורות מן המעשר. בזיתים ובחרובים – אסור.
בשלמא רישא לאביי לא קשיא, אגב דחשיבי – ממשמש בהו. תאנה נמי – מידע ידיע דנתרא. אלא סיפא, לרבא קשיא. דקנתני: בזיתים ובחרובים אסור!
אמר רבי אבהו: שאני זית, הואיל וחזותו מוכיח עליו, ואף על גב דנתרין זיתי מידע ידיע, דוכתא דאיניש איניש הוא.
אי הכי, אפילו רישא נמי!

אמר רב פפא: תאנה עם נפילתה נמאסת.

לפי רבי אבהו אסור ליטול זיתים שנפלו מהעץ "הואיל וחזותו מוכיח עליו". רש"י (ד"ה חזותו) כתב: "מראיתו ניכר של מי הוא. הלכך, מריה לכי ידע דנפיל לא מיאש, דמימר אמר כולי עלמא ידעי דדידי נינהו, ולא הפקר הן, ולא שקלי להו". ניתן לזהות של מי הזיתים ולכן הוא אינו מתייאש, כי הכול יודעים שהם שלו ושהוא לא הפקיר. אך בנוגע לתאנה כתב רש"י (ד"ה תאנה): "תאנה עם נפילתה נמאסת – הלכך: כיון ידיע דנתרא, מעיקרא מיאש משום מאיסותא, דמכי נפלה לא חשיבא עליה, ומפקר לה".¹⁷ בעל התאנה יודע מראש שיש תאנים שנושרות ונמאסות, ולכן הוא הפקיר אותן מראש. אין מדובר על אבידה שלא מדעת, אלא על מצב שידוע מראש. אמנם יש להבחין בין סוגי פירות – בין פירות כמו זיתים שניתן לזהות את בעליהם לאחר שנפלו, לבין פירות שנמאסים עם נפילתם.

[ג] לא היו הבעלים מרדפין אחריהם

בהמשך הסוגיה (כב ע"א) נאמר:

תא שמע: "שטף נהר קוריו עציו ואבניו ונתנו בתוך שדה חבריו – הרי אלו שלו, מפני שנתיאשו הבעלים".¹⁸
טעמא דנתיאשו הבעלים, הא סתמא לא! הכא במאי עסקינן כשיכול להציל.
אי הכי, אימא סיפא: "אם היו הבעלים מרדפין אחריהם, חייב להחזיר". אי ביכולין להציל, מאי אריא מרדפין? אפילו אין מרדפין נמי! הכא במאי עסקינן – ביכולין להציל על ידי הדחק, מרדפין – לא אייאוש, אין מרדפין – אייאוש מיאש.

¹⁶ דברים ברוח זו כתב גם הרב דוד פוברסקי (שיעורי רבי דוד, בבא מציעא כא ע"א).

¹⁷ תוספות (שם ד"ה תאנה) הסבירו כמו רש"י אך על פי גרסה אחרת בגמרא. תוספות כתבו שיש ספרים שבהם הגרסה בגמרא היא: "שאני זית הואיל וזיתו מוכיח עליו". ההסבר לפי גרסה זו: "כלומר לפי שהם תחת הזית יחשבו הבעלים שהמוצא לא יקחם לתלות בעוברי דרכים, אבל 'תאנה עם נפילתה נמאסת' פירוש מתלכלכת ונמאסת בעיניו ומפקירה". הבעלים מודע למצב התאנה כשהיא נופלת ועל כן מפקיר. תוספות הרא"ש (שם) כתב: "בתאנה תלי ברובא דעלמא משום דליכא הוכחת חזותא דעם נפילתה נמסית, פירוש מתמסמסת ומשתברת ואין ניכר בה מראית שאר התאנים שבתאנה... ולא גרסינן נמאסת באל"ף דמשמע שמחמת כן הפקירה". אמנם תוספות מודים: "אבל ברוב ספרים גרסינן 'הואיל וחזותו מוכיח עליו'... 'אבל תאנה עם נפילתה נמסת'. כן גרסינן בערוך נמסת בלא אל"ף, ואין דומין לאותן שבאילן. אי נמי גרסינן 'נמאסת' ומחמת שמתלכלכת אינה דומה לתאנה שבאילן".

¹⁸ המקור הוא בתוספתא (כתובות ח, ד; בבא קמא י, כד): "שטף נהר עצים ואבנים וקורות מזה ונתן לזה אם נתיאשו הבעלים – הרי אילו שלו. ואם היו בעלים מרדפין אחריהן או שהיו במקום אחר – הרי אילו של בעלים". ניסוח שונה מהמובא אצלנו.

רש"י (ד"ה על ידי הדחק) כתב: "ואם לא ימהר להציל לא יצילו. הלכך, אין מרדפין – אפקורי אפקרינהו, דהא ידעו ולא הצילו". מדובר במצב שניתן להציל את מה שהנהר שטף, אם כי יש לעשות מאמץ גדול לשם כך. אם הבעלים ממשיכים להתאמץ ולעשות מה שביכולתם, ברור שהם לא הפקירו, אך אם הבעלים אינם רודפים אחרי מה שהנהר שטף, זאת אומרת שהם במודע ויתרו והפקירו. גם כאן אין מדובר על אבידה שנפלה מהכיס, ובזמן שהמוצא מצא הבעלים עדיין לא ידעו שנפל, אלא הבעלים החליטו במודע להפקיר את מה ששטף הנהר.¹⁹

[ד] יתמי לאו בני מחילה ניהו

לאחר ההכרעה ש"הלכתא כאביי" נאמר בגמרא (כב ע"ב):

אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: וכי מאחר דאיתותב רבא, הני תמרי דזיקא היכי אכלינן להו?
אמר ליה: כיון דאיכא שקצים ורמשים דקא אכלי להו, מעיקרא יאושי מיאש מניהו.
יתמי דלאו בני מחילה ניהו, מאי? אמר ליה: באגא בארעא דיתמי לא מחזקינן.

אם ההלכה היא שייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש, אם כן מה ההיתר לאכול תמרים שהרוח משירה מהעץ? הרי ייתכן שבעליהם עדיין אינם יודעים שנשרו, והרי זה ייאוש שלא מדעת! רב אשי השיב שמאחר שיש שקצים ורמשים שאוכלים את אותם תמרים מיד כשהם נופלים מהעץ, לכן עוד לפני שנפלו, הבעלים מתייאשים מאותם פירות שייפלו מהעץ. אמר לו רב אחא: ואם התמרים הם של יתומים קטנים, והם אינם בני מחילה, הרי במקרה כזה צריכים התמרים להיות אסורים! ואם כן, למה אין אנו חוששים שמא נפלו התמרים מעץ של יתומים? רש"י (ד"ה יתמי) הסביר מה הייתה כוונת רב אחא ש"יתמי לאו בני מחילה ניהו": "שאין הפקדם הפקר". דברי רש"י כאן דומים לדבריו לעיל (כא ע"ב ד"ה תאנה): "הלכך כיון דידיע דנתרא, מעיקרא מיאש משום מאיסותא, דמכי נפלה לא חשיבא עליה, ומפקר לה". לקטנים אין כוח להפקיר. על כך השיב לו רב אשי שאין אנו צריכים להחזיק את כל הבקעה בחזקת קרקע יתומים, ולאסור את כולה משום ספק קרקע יתומים, אלא הולכים אחר הרוב שאינם יתומים.

[ה] אף כל דבר שיש לו סימנין ויש לו תובעין

במסגרת הדיון אם השבת אבידה על פי סימנים בלי עדים היא מדאורייתא, או שרק מדרבנן מחזירים בסימנים אבל מדאורייתא מחזירים רק על פי עדים, ניסתה הגמרא (כז ע"ב) להוכיח מהאמור במשנה (שם ע"א):

תא שמע: אף השמלה היתה בכלל כל אלו, ולמה יצאת? להקיש אליה ולומר לך: מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעין חייב להכריז, אף כל דבר שיש לו סימנין ויש לו תובעין חייב להכריז!

בפסוק נאמר: "וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבדת אחיך" (דברים כב, ג). שמלה כלולה ב"כל אבדת אחיך", ומדוע נכתב עליה לחוד? בא ללמד שכשם שיש להשיב שמלה שיש לה סימנים ותובעים, כך גם בנוגע לכל אבידה. מכאן מוכח שסימנים מדאורייתא. על כך השיבה הגמרא:

תנא תובעין אצטריכא ליה, סימנין כדי נסבא.

¹⁹ במשנה (שבת קכ ע"א) נאמר שבמקרה של שריפה בשבת, מותר להציל אוכל שנדרש לו "ואומר לאחרים: בואו והצילו לכם. ואם היו פיקחין – עושין עמו חשבון אחר השבת". בגמרא נאמר שהבעלים מפקיר באמירה זו את רכושן, והאנשים שהצילו הם יראי שמים שאינם רוצים להנות מאחרים ועל כן ידרשו ממנו במוצאי שבת שכר וכך ישיבו לו את הרכוש. רש"י (ד"ה חסידי) הסביר שאינם רוצים להנות מאחרים "בזכייה דהפקירא דידע דלא מרצונו הפקירו. ובחנם נמי לא ניחא ליה דליטרוח". יושם לב, ההפקר הוא שלא מרצון אם כי הבעלים מודעים למשמעות של דבריהם. הר"ן (שבת מה ע"א, מדפי הר"ף) הוסיף שגם אם לא אמר להם בואו וטלו, "כיון שהוא אינו רשאי להציל, הרי הוא מופקר לכל. מידי דהוה אמציל מזוטו של ים ומשלוליתו של נהר [בבא מציעא כא ע"ב]. והא דנקט 'ואומר לאחרים', רבותא נקט שאע"פ שאומר להם כן על דעת שיצילו לו ולא יעכבו לעצמן, שרי". כאמור, הבעלים לא הפקירו מרצון, אך הם היו מודעים להפסד של הרכוש בדליקה כמו בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר. אמנם ראה בדברי רבנו יעקב (טור, אורח חיים סי' שלד) ובנושאי כליו (שם) שדנו בדברי הר"ן.

במשנה נזכרו סימנין ותובעין, אבל עיקר דברי המשנה באים ללמדנו שחייבים להחזיר אבידה דווקא כשיש לה תובעים ואגב זה הזכירה המשנה גם את הסימנים. מה כוונת הגמרא "תובעין אצטריכא ליה" ? רש"י הסביר (ד"ה תובעין): "קרא לתובעין אתא, ולמעוטי מידי דאיאוש ואפקריה". רש"י הזכיר כאן ייאוש והפקר, והסביר את המצב ההפוך כשאין לחפץ תובעים. כוונתו לומר שבמקרה שהבעלים התייאשו והתוצאה היא שמעמד החפץ הוא הפקר, אזי זה חפץ שאין לו תובעים. כאמור, ייאוש והפקר הם פעולות שדומות במשמעותן המשפטית אם כי התהליכים שונים. רש"י לא התכוון לומר כאן שייאוש זה הפקר.²⁰

לפי הסברנו נראה להציע שלזה התכוון רש"י בפירוש המשנה (כז ע"א) על האמור בנוגע לשמלה:

למה יצאתה – "וכן תעשה לשמלתו". סתם שמלה יש בה סימן, וכל שמלה יש לה בעלים תובעין אותה. שלא נעשית אלא בידי אדם, ולא באת מן ההפקר.

תוספות (בבא קמא סו ע"א ד"ה מוצא) ציינו משנה זו ופירשו אותה אחרת מרש"י ואף הקשו על רש"י:

"מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעים" פי' ע"י שיש לה סימנין יש לה תובעים, שאין הבעלים מתייאשין כיון שיש בהם סימן. ולא כמו שפירש הקונטרס שם "שיש לה תובעין שאינה של הפקר, דשמלה דבר הנעשה בידי אדם הוא". דהא למה לי קרא להכי, פשיטא דשל הפקר פטור, דלמי ישיב?

תוספות פירשו את המשנה שבעקבות העובדה שיש לאבידה סימנים – יש לה גם תובעים, והקשו על דברי רש"י שכתב שהאבידה לא באה מן ההפקר, שאם כן למה צריך לשם כך פסוק, הרי זה פשיטא שאם האבידה הפקר אין לאבידה תובעים ואין למי להשיב.

נראה להסביר שדברי רש"י שהיא "לא באת מן ההפקר" כוונתם שהוא עצמו לא הפקיר אותה כי יש בה סימנים. נראה שלזה התכוון הרב ישראל ליפשיץ (תפארת ישראל, בבא מציעא ב, ה, יכין אות מא):

תובעים. מדאין שמלה נעשית מאליה ובעליה תובעים אותה, לאפוקי בהניחה בעליה במקום שאינו משתמר, שאין בעליה תובעין אותה דאבידה מדעת היא. כנ"ל כוונת רש"י הכא, ומתורץ קושית תוספות בבבא קמא ס"ו א'.

"אבידה מדעת" היא אכן פעולת הפקר. ייאוש והפקר הם שתי אפשרויות דומות בתוצאה, אך שונות בהליך, ואם לא יתייאש או לא יפקיר, הרי שזו אבידה שיש לה תובעים.

סיכום

בדיון בגמרא בנוגע ל"פירות מפוזרין" שהדין הוא "הרי אלו של", נזכר רק השורש פק"ר, ולא נזכר כלל השורש יא"ש. רק לאחר שהגמרא דנה במחלוקת אביי ורבא בנוגע לייאוש שלא מדעת נזכר בגמרא השורש יא"ש ולא פק"ר. רש"י זיהה והתאים בין ייאוש לבין הפקר אלא שיש להבחין בין המושגים. מחד גיסא יש דמיון ביניהם מבחינת התוצאה המשפטית – החפץ איננו שייך עוד לבעליו. אך יש הבדל בתהליך: הפקר – הבעלים מודע ואולי אף יוזם את היפרדותו מהחפץ; ייאוש – הבעלים לא רצו ולא יזמו את איבוד החפץ, אך בשל המצב שנוצר הם הבינו ושכנעו עצמם שהחפץ כנראה לא יחזור אליהם, ואז הם נפרדו ממנו. רש"י לא התכוון לומר שייאוש הוא פעולה של הפקר, אלא שייאוש מביא לאותה תוצאה משפטית של הפקר, אך התהליך שונה.

²⁰ הרב נחום פרצוביץ (חדושי רבי נחום, בבא מציעא כז ע"ב, אות קמא) כתב: "ולשון רש"י בזה לא נתברר לי כל הצורך מהי כוונתו 'דאיאוש ואפקריה'. דלכאורה הך לישנא מורה דכל יאוש חשיב כהפקר מדעת, דכן הוא דעת הבעלים להפקיר את החפץ לכל, ויש כאן עשייה של הפקר. אולם כבר נתבאר כמה פעמים דבפשוטו אין הדבר כן. דלפום ריהטא הבעלים אינו מפקיר את החפץ מדעתו, אלא רק מסח דעתיה מיניה וממילא נעשה הממון הפקר לכל, דכך הוא דין התורה דכל ממון שנתיאשו הבעלים ממנו נעשה הפקר לכל, וצ"ע". לדברינו, אין כוונת רש"י לומר שייאוש הוא הפקר. רש"י התכוון לומר שיש שתי אפשרויות שלחפץ אין תובעים: ייאוש או הפקר. כאמור אלו פעולות דומות אלא שההליך שונה. ייאוש אכן בא מפני שמסיח דעתו ממנו, והפקר הוא פעולה משפטית ברורה. התוצאה בשניהם דומה. זו גם תשובה לדברי הרב יוסף דוד זינצהיים (יד דוד שם) שכתב: "וצ"ל לרש"י דס"ל דיאוש והפקר חדא מילתא... אלא וודאי דסבר רש"י דיאוש הוי הפקר".

אבידה מדעת – ראשונים חלקו מה דין אבידה מדעת. הטור כתב "דאבידה מדעת הוי הפקר" אך לפיו אסור למוצא לקחת את הרכוש הזה לעצמו, אך הוא איננו חייב לטפל בהשבתו. הרא"ה קוק הסביר שאם ברור שהבעלים מודעים לכך שרכושם יאבד, הרמב"ם והטור מסכימים שהרי זה כהפקר ורשאי לקחת. מחלוקתם היא בנוגע למקרים שבהם יש ספק מה כוונת הבעלים.

