

# האבידה והיאוש

## מבוא

ממבט ראשון נדמה כי דיני השבת אבידה הם עוד נישא בעולם הדינים של התורה. גם העיון בחקירות הרבות שמסתובבות בסוגית הייאוש נדמה כלימוד אזוטרי ללא השלכות נרחבות. מדיני השבת אבידה לא יצאו ממזרים ואין אף איסור כרת. אם כן, איזה עניין מהותי ניתן למצוא בלימוד סוגיה זו? נראה כי מצוות השבת אבידה היא דוגמא לקונפליקט עצום בין עולם האתיקה לבין עולם החוק והמשפט. דרך הפריזמה של סוגייתנו ננסה לבחון את הנסיון לעשות פורמליזציה לאתיקה.

הנושא המרכזי במאמר הוא מהות מצוות השבת אבידה כפי שעולה מהפסוקים לעומת האופן בו תפסו חז"ל את מצוות השבת אבידה. הלימוד יתחלק לשני חטיבות כאשר הראשונה עוסקת בלימוד הפסוקים אל מול דין הייאוש כמאבחן. לאמור, מתוך הבנת מושג הייאוש ותפקידו ננסה להגדיר את הקו המהותי העומד מאחורי מצוות השבת אבידה בעולמם של חז"ל. בחטיבה זו לא נעסוק בחקירות הקלאסיות המסתובבות בבתי המדרש ממבט למדני אלא בנסיון אובייקטיבי היסטוריוסופי להגדיר את הסטטוס של גדר הייאוש. נטען כי הייתה חדשנות מסויימת באופן בו קראו חז"ל את מצוות השבת אבידה. בחטיבה השנייה ננסה להבין מה המניע העקרוני שהביא את חז"ל ליצור פרשנות חדשנית זו. הלימוד יתבצע באמצעות הצעה של הרב מיכאל אברהם לחקירה בין יחסו של המשפט העברי למצוות השבת אבידה לבין היחס של המשפט הכללי. ברצוני לטעון לאור הניתוח בחלק הראשון כי הצעתו של הרב מיכאל אברהם לכאורה איננה תואמת את דין השבת אבידה כפי שעולה מהתורה. בסופו של דבר אנסה להציע תיקון להצעתו של הרב מיכאל אברהם לאור לימודנו בדין ייאוש בחלק הראשון.

בחלקו האחרון של המאמר נדון ביחס בין האתיקה והחוק. טענתנו היא כי בסוגייתנו חז"ל בכוננת תחילה יצרו פער מסויים בין עולם האתיקה ועולם החוק. פער זה לא מגיע ממקום מושחת שמזלזל באתיקה אלא להפך דווקא הפער הזה הוא שנותן לאתיקה את משמעותה. נבאר כיצד דווקא חוקה אשר מתעלמת מהאתיקה מעניקה למוסר את כח החיים שלו.

## חלק א'

### המצב הבסיסי

בטרם ניגש לגופו של עניין ברצוני להבין מה היה המצב הנתון אליו ניגשה התורה? קרי, מה היה המצב אילו לא היתה התורה מחייבת אותנו להשיב את האבידה? אפרוורית ניתן להציע שתי דפוסי פעולה של אדם נורמטיבי הנתקל באבידה. ניתן להציע כי האדם הנתקל בחפץ אבוד רואה אותו כמופקר וחושק לקחת אותו לעצמו. לפי זה ניתן

להסביר כי התורה באה לחדש כי אין למוצא רשות לקחת את זה לעצמו ועליו להשיב אותו לבעליו. הצעה שניה אשר ניתן להציג טוענת כי ברור לאדם הנורמטיבי כי לחפץ יש בעלים ואסור לו לקחת את זה. עם זאת, הוא איננו רוצה להתעסק עם האבידה ולכן הוא מבקש להתעלם מהחפץ אשר הוא נתקל בו. לפי זה ברור כי התורה לא באה להכריע למי שייך החפץ אלא לחייב את המוצא בפעילות אקטיבית על מנת להשיב את החפץ למאבד.

נראה כי את שתי ההצעות האפריוריות ניתן לראות בפסוקים. נעיין אם כן בקצרה בטקסט ונראה מה הייתה מטרת התורה:

### כי תפגע שור איבך או חמורו תעה השב תשיבנו לו

#### שמות פרק כג פסוק ד

ממקור זה ניתן בהחלט להבין כי התורה התמודדה עם ההוה אמינא הראשונה שהצענו. קרי, המוצא הרגיל היה חושב לקחת לעצמו את האבידה ועל כך התורה חידשה כי חלה עליו חובה להשיב את האבידה. תובנה זו אפשרית כאן משום שעניין ההתעלמות איננו מוזכר כאן כלל. לעומת זאת, אנו מכירים מקור נוסף בתורה העוסק בחובת השבת האבידה:

לֹא תִרְאֶה אֶת שׁוֹר אָחִיךָ אוֹ אֶת שׁוֹר גֵּדִי חַיִּים וְהֵתַעַלְמֵתָ מֵהֶם הַשֵּׁב תְּשִׁיבָם לְאָחִיךָ:

וְאִם לֹא קָרַב אָחִיךָ אֲלֵיךָ וְלֹא יָדַעְתָּ נֶאֱסַפְתָּ לְתוֹךְ בְּיַד הַחֹזֵר וְרָשָׁתָּ יְדֵי אֲתוֹ וְנִשְׁבְּתוּ לוֹ:

שָׁה לְתַמְרוֹתָם וְשָׁה לְשׂוֹמְרֵיהֶם לְתוֹךְ וְכֵן תַּעֲשֶׂה לְכָל אֲבֵדֵי אָחִיךָ אֲשֶׁר תֵּאבְדֵם מִפְּנֵי וּמֵצָאָה לֹא תוּכַל לְהֵתְעַלֵּם:

#### דברים פרק כב פסוקים א-ג

אם נעיין בפסוק הראשון נראה כי התורה מתמודדת ישירות עם ההוה אמינא של האדם הנורמטיבי. לאמור, התורה מפרשת כי האדם היה חושב שמותר לו להתעלם מאבידת אחיו ועל כך התורה באה וחידשה שעליו להתאמץ ולהשיב לו את החפץ. התורה חוזרת ומגישה את הדבר שנית בפסוק האחרון. הפסוק נחתם באיסור להתעלם מה שמצביע על רצונו האינסטינקטיבי של האדם להתעלם מהאבידה. לאור הדברים ננסה להבין מה הייתה מגמת התורה בתקנת השבת האבידה.

#### חידוש התורה

לעת עתה ברצוני להתמקד בפרשנות של הפסוקים מספר דברים העוסקים בעניין ההתעלמות, נראה כי בסופו של דבר יש לפרש את הפסוק בספר שמות לאור ההבנה מהפסוקים בספר דברים. אם כן, התורה מחדשת כי אסור להתעלם מהאבידה אולם כאן ניתן לחלק את הדין לשתי סיטואציות המפורטות בפסוקים. המצב הראשון עוסק במצב בו ברור למוצא מי הוא המאבד ועל כך התורה ציוותה על האדם לפעול על מנת להשיב את האבידה לבעלים ולא לעמוד מנגד. המצב השני בו דנה התורה עוסק במצב בו אין למוצא יכולת להשיב לו את החפץ משום שהוא איננו יודע מיהו. לכאורה במצב זה הייתה יכולה להיות לגיטימציה להתעלמות שהרי אין לו יכולת להיות אקטיבי אולם גם כאן התורה מחייבת את המוצא להיות אקטיבי. התורה מחייבת את המוצא לקחת את החפץ ולשומרו עד שיבוא המוצא וידרוש אותו.

מה היסוד המחשבתי העומד מאחורי תקנת התורה של השבת האבידה. נראה כי בעצם השאלה טמונה התשובה. קרי, מטרת מצוות השבת האבידה היא השבת האבידה לבעליה המקוריים. העקרון שמוביל את התורה לחייב את המוצא להיות אקטיבי ואף לאסוף את החפץ לביתו במצב בו הוא לא מכיר את המאבד הוא קידום אופטימלי של השבת האבידה לבעליה.

בפשטות איננו פוגשים אף גבול שהתורה מציירת על מנת לומר שמשלב כזה או אחר יש רשות למוצא להפוך לבעלים. כלומר, מושג הייאוש נראה לא רלוונטי לגבי המוצא שצריך לעשות את המקסימום מבחינתו על מנת להשיב את החפץ למאבד. נראה כי למצוות השבת אבידה יש צביון מוסרי-אתי אשר לא מושפע כלל משאלת הייאוש. קרי, ברור לכולם כי החפץ שייך למאבד ואפילו לאחר ייאוש נראה יותר מוסרי להשיב לו את החפץ. כאשר התורה מצווה להשיב לאחיק את החפץ אם הוא דורש אותו לא נראה שהיא מבררת קודם האם הוא התייאש לפני שהוא מצא אותך.<sup>1</sup>

שאלת הגבולות של הציווי המוסרי חשובה ביותר כאשר אנו מתרגמים את הציווי התורני הלכה למעשה. לדוגמא, אם אני מוצא במשרדי שעון יד אשר מחייב אותי במצוות השבת אבידה. לאחר ביצוע כל חובות ההכרזה אני למעשה תקוע עם שעון שאנני יכול לעשות עמו דבר. וכן הדבר גם בפריטים זולים ומיותרים אשר אינני רשאי להתעלם מהם, להשתמש בהם וק"ו שאסור לזרוק אותם. האם אפוא דרישת התורה היא שהחפץ יהא מונח עד שיבוא אליהו? לסיכום, אנו רואים כי מתוך עיון בלתי אמצעי בפסוקים נראה כי מצוות השבת אבידה נושאת אופי מוסרי-אתי. היה אמנם לשייך את המצווה כתת נושא בתחום איסור הגניבה אולם נראה כי מצווה זו עומדת בפני עצמה. ראינו כי המניע המרכזי בציווי הוא השבה מיטבית של החפץ למאבד מבלי להגביל את החובה הזאת בפשטות. בסופו של

---

<sup>1</sup> בדיון ממוסגר ניתן לשאול מהיכן נולד חיוב ההכרזה. בפשטות מהפסוקים ניתן להבין כי התורה מחייבת את האדם לאסוף את החפץ לביתו ולחכות שהמאבד ימצא אותו אולם לו אין חובה לרדוף אחרי המאבד. לא רק שלא מצינו התמודדות של חז"ל עם הבנה שכנו אלא אף לא לימוד מיוחד של חיוב הכרזה. הדבר נראה לכולם כברור מאליו. ייתכן כי מסברה לא נוח לאדם כי החפץ יישאר בביתו שהרי בכל מקרה אסור לו ליהנות ממנו ולכן עדיף לו כבר להיפטר ממנו. אולם סברה זו נראית קשה משום שאז לא הייתה חובת הכרזה אלא היתר להכריז. כלומר, נראה כי בפשטות יותר קל לאדם להשאיר את החפץ במרתף ביתו מאשר לרדוף אחרי פרסומים והכרזות. לאור הבנת המטרה שעומדת מאחורי חיוב ההשבה נראה כי חיוב ההכרזה ברור מאליו. כלומר, אם הקו המנחה שעומד מאחורי ציווי התורה הוא השבה אופטימלית של החפץ אז ברור כי ההכרזה היא שלב קריטי בכדי שהאבידה תוכל לשוב לבעליה.

דבר ראינו כי למעשה תפיסה זו נתקלת בשאלת הגבולות אולם הדגש המרכזי הוא כי מושג הייאוש כגורם מרכזי במצוות השבת אבידה איננו נמצא בפסוקים.<sup>2</sup> לאור תובנה זו נצא לעיין בסוגיית ייאוש בגמרא.

### היווצרות דין ייאוש

כל דין המסתמך על המוסר לבדו נתקל בחומת המציאות. התורה מטילה על האדם אחריות כבדה וחובת מאמץ גדול ללא הגדרת גבול. כאשר חז"ל ניגשו לפרט את דיני השבת אבידה נוצר פער עמוק בין גישתם ובין הגישה המוסרית שראינו עד כה. מוקד השינוי הבולט ביותר נמצא בדין ייאוש אשר בפשטות לא קיים בפסוקים ואילו בתורה שבעל פה הוא תופס מקום חשוב ביותר. נעיין בקצרה בשני שיטות ראשונים שלומדים את דין ייאוש ממדרשים שונים המפרשים את הפסוקים באופן שמעביר את המטרה המוסרית אל המציאות הפרקטית.

**אף השמלה היתה בכלל כל אלו, ולמה יצאת - להקיש אליה, לומר לך: מה שמלה מיוחדת - שיש בה סימנין ויש לה תובעין, אף כל דבר שיש בו סימנין ויש לו תובעים - חייב להכריז.**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כו עמוד א**

תוספות במסכת בבא קמא דף סו מצביע על המשנה הזאת כמקור לדין ייאוש. לאמור, התורה הדגישה במיוחד את השמלה בכדי לחדש שכל דין השבת אבידה חל על מה שיש בו סימנים והמאבד יוכל לקבל אותם על פיהם. יוצא אפוא כי במצב בו אין סימנים המאבד לא יוכל לזכות בחפצו על פי סימנים ולכן הוא מתייאש. אם כן, תוספות לומד ממקור זה כי במצב של ייאוש אין חובה של השבת אבידה.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> אנו נראה כי הגמרא בעיקרה לא ממשיכה את הקו המוסרי כפי שהוא עולה בפסוקים אולם ניתן למצוא אגדתה המספקת על רבי חנינא בן דוסא המייצגת את הקו המוסרי של התורה:

**אמר רב פנחס: מעשה ועבר אדם אחד על פתח ביתו והניח שם תרנגולין, ומצאתן אשתו של רבי חנינא בן דוסא, ואמר לה: אל תאכלי מביציהן. הרבו ביצים ותרגולין, והיו מצערין אותם, ומכרן, וקנה בדמיהן עזים. פעם אחת עבר אותו אדם שאבדו ממנו התרנגולין, ואמר לחבירו: בכאן הנחת התרנגולין שלי. שמע רבי חנינא, אמר לו: יש לך בהן סימן? - אמר לו: הן. נתן לו סימן ונטל את העיזין,**

**תלמוד בבלי מסכת תענית דף כה עמוד א**

סיפור זה מהווה מופת משום שעל פי דיני השבת אבידה, רבי חנינא כלל לא היה צריך לקחת את התרנגולין. וגם אם לקח מסתמא היה ייאוש ולכן הוא היה יכול ליהנות מהם. וגם אם לא היה ייאוש הוא לא היה חייב להשקיע בתרנגולים שציערו אותו אלא רק למכור אותם ולהשיב את הכסף. אולם הקו המנחה של רבי חנינא הוא ההשבה המיטבית של האבידה, ולכן ברור לו שעודף שהוא יאסוף אותם לביתו וישקיע בהם כך שהחפץ ישוב לבעליו באופן המיטבי בלי שום קשר לשאלת הבעלות.

<sup>3</sup> אם נעיין במשנה בסוגיה שם נראה כי יש מחלוקת בין רש"י לתוספות בפירוש המשנה. המשנה מדגישה את העניין של התובעים אולם צריך להבין האם ההדגשה באה לומר שבגלל שיש סימנים אז אין ייאוש ולכן הם תובעים או שזה פשוט בא למעט חפץ שאין לו בעלים. רש"י על המשנה מבאר כי לכל שמלה יש תובעים ובפשטות אין הדבר תלוי בסימנים אלא בכך שיש לשמלה בעלים והיא לא באה מהפקר. יוצא אפוא כי לרש"י מדאורייתא בעצם המוצא חייב להכריז על כל חפץ מלבד מה שהגיע מהפקר ואילו חז"ל הוסיפו וחדשו דין בו אם יש

רש"י שם חלק על תוספות והביא מקור שונה ללמוד את דין ייאוש:

**תא שמע, דאמר רבי יוחנן משום רבי ישמעאל בן יהוודק: מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת - דכתיב וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם, יצאתה זו שאבודה ממנו, ואינה מצויה אצל כל אדם**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כב עמוד ב**

מבואר בדברי רש"י כי ישנו מצב בו האבידה נשטפה על ידי הנהר ולכן היא אבודה ממנו ומכל אדם מה שגורם לבעלים להתייאש מהאבידה. כלומר, באבידה רגילה יש חובה להחזיר משום שהבעלים מקווה שהוא יצליח להשיב אותה אליו אולם במצב קיצוני שכזה בוודאי הבעלים נואש מאבידתו ובמצב שכזה לא חייבה התורה את המוצא להשיב את האבידה.

בין אם נלמד את דין ייאוש ממקור זה בין אם נלמד אותו ממקור אחר אנו רואים כי ישנו פער עצום שנפער בין פשוט הפסוקים לבין הדרש הנובע מהם. ראינו בתחילה כי התורה יצרה חובה מוסרית כללית אשר מטרתה להשיב את האבידה לבעליה ללא תלות בגורמים חיצוניים. לעומת זאת, מהמדרשים עולה כי במצב של ייאוש בו הבעלים נואש מלהשיב את האבידה אליו היא מותרת למוצא. מהו אם כן ההגיון שעומד מאחורי דין ייאוש.

## גבולות גזרה

ייאוש הוא מצב בו אנו אומרים שהמאבד איננו בעלים יותר של החפץ. בטרם ננסה לבאר בדיוק מהו ייאוש נגדיר את הגבולות של דין הייאוש. קרי, מה לא ייאוש. מה הם אם כן שני הקצוות הגודרים את דין הייאוש?

1. הפקר – ישנו מנגנון ידוע בו האדם על פי תנאים מסויימים מוציא חפץ מבעלותו. ברור כי ייאוש איננו

הפקר וזאת משום שהמאבד לא מסוגל לבצע את כל הדרישות הנצרכות על מנת להפקיר את החפץ.

לדוגמא בכדי להפקיר חפץ הוא צריך להיות ברשותך אולם האבידה כבר אינה ברשותו של המאבד ולכן

הוא לא יכול להפקיר אותו.

ייאוש אז גם חפץ עם בעלים מתייחסים אליו כאילו הוא הפקר. לכן גם ניתן להסביר שרש"י לומד את עצם דין ייאוש בכלל מהברייתא של זוטו של ים בעוד במשנה כאן מובא הדין הבסיסי של הכרזה בכל מצב בלי הלימוד של ייאוש. הייאוש היחיד שרש"י מכיר בו בשלב זה הוא ייאוש מפורש בו המוצא יודע בוודאות שהבעלים התייאשו ואז זה באמת כאילו הוא מצא הפקר אולם אין כזה דבר הנחה אפרוירית בה בכל חפץ ללא סימנים יש ייאוש.

לעומת זאת, תוספות לא מקבל את החילוק בין תובעים לבין סימנים. הוא מבאר כי אם אין סימנים אז אין תובעים משום שהבעלים לא מסוגל לתת סימנים ולזכות בחפץ ואפילו להשיג עדים בלי סימנים בלתי אפשרי. אם כן, תוספות לומד כבר במשנה שלנו את חובת הסימנים וממילא גם את דין הייאוש. לאמור, המוצא חייב להכריז בכל מצב בו יש סימנים משום שזה מה שמגדיר את הבעלים כתובעים. מתוך כך הוא גם לומד שבהגדרה אם אין סימנים אז אנו אומרים שהבעלים התייאשו ואין חובה להכריז.

2. בעלות מלאה – לאדם יש בעלות על חפציו גם אם הוא לא מודע לקיום ברגע זה. לדוגמה, העובדה שאינני יודע כרגע היכן העט שלי מונח לא מתירה לך לבוא אל ביתי ולקחת את זה מהמגירה שלי. אדם שייקח חפץ מבעלותי המלאה ייחשב כגזולן ועל אחת כמה וכמה שהוא יהיה חייב להשיב לי אותו.

לאחר שהגדרנו את גבולות הגזרה של דין הייאוש ננסה להגדיר לעצמנו מהו ייאוש. בעקרו של דבר הייאוש הוא דין סובייקטיבי המתאר מצב נפשי של המאבד. אולם לא ייתכן כי גדר זה יהיה רלוונטי למוצא שהרי כיצד הוא יכול לדעת מה עובר בראשו של המאבד? ! אם כן, הגמרא מציירת מקרים אשר מהווים גבולות גזרה פנימיים לדין ייאוש:

1. זוטו של ים – מצב זה מייצג מצב של ייאוש אובייקטיבי בו האבידה נמצאת בקרקעיתו של הים. אובדן השליטה המוחלט על החפץ גורם לאובדן בעלות לא בחירי על החפץ. במצב זה גם אם האדם עומד לרגלי הים וצועק שהוא לא מתייאש אנו לא מאמינים לו ולכן המוצא חפץ זה רשאי לקחת אותו לעצמו.<sup>4</sup>

2. יש סימנים – אבידה שיש בה סימנים מחייבת את המוצא במצוות השבה. במצב זה אנו מניחים באופן גורף כי המאבד לא מתייאש מהחפץ משום שהוא מאמין שהוא יכול לקבל אותו בחזרה על פי סימנים. גם אם המאבד צועק 'ווי לי לחסרון כיס' כלומר, אני מתייאש עדיין חובת ההכרזה חלה על המוצא.<sup>5</sup>

אם כן, לפני שאנו ניגשים לחקור את הסברות שמאחורי דין ייאוש הצגנו את הגבולות של דין הייאוש. ראינו כי כאשר אדם פוגש חפץ ברחוב עליו לשאול את עצמו מספר שאלות. ראשית, אם החפץ הזה הינו בבעלות של אדם אחר והוא איננו בגדר אבוד אז אסור לו כלל לקחת את זה. שנית, ייתכן כי החפץ הזה הופקר על ידי בעליו המקוריים ועל כן מותר לכל אדם לקחת אותו מבלי להתחייב בדיני השבת אבידה. לאחר ששללנו את שתי האפשרויות האלה והגענו למסקנה שהחפץ הזה אכן אבוד עלינו להבין מה בדעתו של המאבד. אם המציאות מוכיחה בוודאות שאין למאבד סיכוי למצוא אותו אז יש כאן דין ייאוש בוודאי ומותר לך לקחת אותו כאילו היה הפקר. לעומת זאת אם החפץ בעל סימנים בסיטואציה נורמלית אזי חלה חובת השבה שהרי אינך יודע מה בדעתו של אדם.

לסיכום, בשלב הראשון של הלימוד, כאשר התמקדנו בלימוד הפסוקים היה ברור לנו שמהרגע שהגדרנו את החפץ כאבידה אז חלה חובת השבה מוחלטת. כעת אנו רואים לאור מקורות חז"ל כי גם לאחר מציאת החפץ צריך לחקור מה בדעתו של האדם. אם הוא מיואש בוודאי אז אין חובת השבה בעוד אם בוודאי הוא מחפש אחרי החפץ ומקווה שהוא ישוב אליו אז המוצא חייב להכריז. מדוע חז"ל הוסיפו את הרובד של ייאוש, למה לא נחייב כל מוצא בהכרזה בין אם המאבד התייאש ובין אם לא שהרי מכל מקום לתורה יש עניין להשיב את החפץ לבעליו המקוריים.

## ייאוש ממוני

<sup>4</sup> בבא מציעא כא ע"ב וברש"י שם וכן בבריתא בדף כב עמוד ב' וכן בבריתא דרבי שמעון בן אלעזר בדף כד וכן בראשונים שם. הרא"ש מדגיש שאפילו עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל.

<sup>5</sup> בבא מציעא דף כא עמוד ב' וברש"י שם ד"ה דמיאש לבסוף.

נראה כי גם לאחר שחידשנו את דין הייאוש על פני הרובד הבסיסי של התורה הייתה מחלוקת באשר להיקפו של דין זה. היו שראו בו כדין מוחלט העומד בפני עצמו ואשר בו תלויה כל מצוות השבת אבידה. הבנה זו באה לידי ביטוי במהלך פרק 'אלו מציאות' כולו בו הגמרא דנה האם ישנה חובת הכרזה על ידי השאלה האם הבעלים התיימשו בבסיסה של שיטה זו מונחת התבונה כי ייאוש הוא דין ממוני שבעצם מעביר את בעלות החפץ מהמאבד למוצא. אם הולכים עם תבונה זו עד הקצה יוצא כי מהותה של מצוות השבת אבידה השתנתה. בעוד בתורה היה נראה שישנה חובה מוסרית להשיב את האבידה ואין הדבר תלוי בשאלת הייאוש או הבעלות המשתנה, אחרי המצאת דין ייאוש נראה כי החובה חלה רק אם יש בעלים אחרים לחפץ אולם אם המוצא הוא הבעלים אז גם אם המאבד יעמוד מולו הוא לא יהיה חייב להשיב את החפץ.

נעיין בקצרה בגמרא אשר מציירת סיטואציה אשר מדגישה את עוצמת דין הייאוש:

**תא שמע דאמר רב אסי: מצא חבית יין בעיר שרובה נכרים - מותרת משום מציאה, ואסורה בהנאה. בא ישראל ונתן בה סימן - מותרת בשתיה למוצאה.**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב**

הדין שמובא בגמרא זו מתאר מצב בו אדם מצא חבית של יין בעיר של נוכרים. בפשטות הדין במצב זה הוא שהמוצא איננו חייב להכריז משום שהבעלים מסתמא מתיימש. <sup>6</sup> אולם ישנו איסור חיצוני בו אסור ליהנות מספק יין של נוכרים ולכן אסור למוצא ליהנות מהיין. המצב מגיע לידי אבסורד כאשר בדרך לא דרך מגיע המאבד למוצא ונותן לו סימנים בכדי לזכות בחביתו בחזרה. הדין לפי הגמרא הוא שאנו מאמינים לגמרי לישראל ועל סמך זה אנו מתירים את ההנאה מהיין אולם החבית נשארת אצל המוצא ולא עוברת לידי המאבד שנתן את הסימנים.

אם כנים דברינו, נראה כי ההבנה הבסיסית היא שחובת השבת אבידה איננה מוסרית אלא ממונית. כלומר, כל עוד המאבד עדיין הבעלים של החפץ אז המוצא חייב להשיב לו את החפץ. לכן חובת ההשבה תלויה בדין ייאוש משום שאנו מניחים שמהרגע שהוא מתיימש פוקעת בעלותו והחפץ מותר למאבד. <sup>7</sup> מתוך הבנה הזו אנו מגיעים למצב בו המאבד עומד בפני המוצא ונותן לו את הסימנים אך אין על המוצא חובה להשיב לו את החפץ. לסיכום, ראינו גישה קיצונית אשר רואה את הייאוש כדין מוחלט בעל אופי ממוני אשר במקרים מסויימים אף נוגד את המוסריות הבסיסית כפי שהיא עולה מהפסוקים.

<sup>6</sup> הוא מתיימש או משום שהוא חושב שנוכרי מצא את זה או משום שהוא מבין כי גם אם ישראל מצא את זה הוא לא יכריז משום שהמוצא יניח שזה של גוי. הבנה זו תלויה בסוגיה בדף כד עמוד א' שם ניתן להבין את הדין הזה באופנים שונים. מכל מקום אני מבין לאור דברי רבי שמעון בן אלעזר בבבלי שם כי הדין של עיר שרובה נוכרים תלוי בייאוש ולא בסתם הנחה שהולכים אחר הרוב.

<sup>7</sup> בגמרא ישנו דיון כיצד בדיוק הייאוש מפקיע את הבעלות. מוצעות מספר אפשרויות למנגנון שיוציא את החפץ מבעלותו אולם ברור לכולם שהייאוש אכן מפקיע את בעלותו של המאבד. בהמשך אותה גמרא שהבאנו מובא הסיפור של שוקא דבי דיסא שם נראה למסקנה כי אם יש ייאוש אז הבעלות המוחלטת היא של המוצא ואין הוא חייב להשיב את האבידה מדין אלא אם כן הוא רוצה לפעול לפנים משורת הדין.

## יִיאוּשׁ בַּע"מ

ראינו כי הגישה הרווחת סוברת שייאוש הוא דין עצמאי בעל אופי ממוני הקובע את חובת השבת האבידה. אולם ניתן להציע גישה אחרת הרואה בייאוש הסתברות מוגבלת אשר לא קובעת באופן מוחלט. לאמור, ההנחה הבסיסית של המוצא היא כפי שראינו בתורה שצריך להשיב את החפץ. ראינו כי לחובה המוסרית הזו ישנן מגבלות מסוימות כאשר לא ניתן להשיב את החפץ וכדומה. לאור זאת דין ייאוש בא להציב גבול מסויים לחובה המוסרית הכללית של התורה ומעניקה למוצא בעלות על תנאי. לפי זה, גם לאחר ייאוש המוצא איננו הופך להיות בעלים מוחלט של החפץ אלא רק בעלים מספק. ברור אם כן, שאם בכל זאת יגיע המאבד וייתן סימנים תהיה חובה להשיב לו את החפץ אפילו לאחר ייאוש ואפילו כעבור זמן רב.

עקבות להבנה שכזו ניתן לראות בפסקי הרי"ד אשר דן בסוגיה של כלי אנפוריא וטביעות עין:

והנכון בעיני דלא גרסינן כל כלי אנפוריא אינו חייב להכריז, דמשמע מכלל דרבנן סברי חייב להכריז אלא אינו חייב ל"החזיר", מכלל דרבנן סברי חייב להחזיר לצורבא מרבנן בטביעותא עינא, אבל מיהו אינו חייב להכריז, דצורבא מרבנן דלא משני בדיבורה לא שכיחי כוליה האי שנתלה האבדה זו בהן ויכריז בעבורם, אבל אי איקרי ואתא ואמר דידי היא ומישתמודענא לה בטביעותא עינא יהבין ליה...

**פסקי הרי"ד על מסכת בבא מציעא דף כג עמוד ב**

אין ברצוני להיכנס לעובי הקורה בסוגיה זו אולם מקריאה קצרה ניתן לראות כי הרי"ד מציג מצב בו מצד אחד אין חובה להכריז ומצד שני יש חובה להחזיר. נראה כי הוא מבין שהייאוש איננו כלי מוחלט אשר מעביר בעלות אלא סתם גבול מסויים שחז"ל ציירו לחובת ההשבה הכללית. בכדי למנוע מהמוצא להיות אחראי לחפץ אשר הוא לא מסוגל ליהנות ממנו לנצח קבעו כי לאחר ייאוש הוא רשאי להתייחס לחפץ כאילו הוא הבעלים שלו. עם זאת, ברגע שהמאבד ייתן סימנים המוצא יהיה חייב להחזיר לו את האבידה.<sup>8</sup>

לסיכום, אנו רואים כי את הייאוש ניתן לראות בשני אופנים שונים. העמדה הבסיסית והרווחת בחז"ל מבינה כי ייאוש הוא דין ממוני אשר מוציא את החפץ מידי המאבד ומעביר אותו לידי המוצא. הבעלות שנוצרת בעקבות הייאוש הינה מוחלטת עד כדי יצירת פטור מחובת החזרה למאבד. עם זאת, הצענו הבנה נוספת של הייאוש בה אין כאן דין ממוני מוחלט אלא פשרה מסוימת. החובה המוסרית לפעמים דורשת יותר מידי ולכן הייאוש מאפשר למוצא להתייחס לחפץ כאילו הוא הבעלים שלו אם כי ברור שעדיין הוא חייב בהחזרת החפץ למאבד. בסופו של

<sup>8</sup> מעניין בהקשר זה לשאול האם המוצא אחרי ייאוש יהיה מותר למכור את החפץ. לפי ההבנה הראשונה פשוט שמותר לו משום שהוא בעלים לכל דבר אולם לפי ההבנה שהצענו ברי"ד ייתכן כי יש סברה לאסור. עם זאת, נראה שגם לשיטתו ניתן להסביר מדוע זה מותר שהרי בכל מקרה כל השיקול הוא תכליתי. לאמור, מטרת מצוות השבת אבידה היא להשיב את החפץ בצורה המיטבית. הייאוש לפי זה איננו אלא התפשרות מסוימת עם המציאות בה החפץ נמצא עם המוצא ולכן מהרגע שהתפשרנו אין סיבה שלא נתיר לו גם למכור את זה ??? !

דבר נראה כי הגישה הרווחת אשר מסתדרת עם מירב המקורות היא הגישה הראשונה בה הייאוש הוא דין ממוני אשר מקנה למוצא את החפץ לכל דבר ועניין.

## סיכום ביניים

התורה ראתה את מצוות השבת אבידה כחובה מוסרית בעלת אופן תכליתי. לאמור, הקב"ה רוצה שהאבידה תשוב לבעליה בצורה המיטבית ולכן הוא אוסר על המוצא להתעלם ומצווה עליו להשיב אותו לבעליו. בפשטות חובה זו חסרת גבולות ולמעשה היא דורשת אנרגיה רבה מצד המוצא. חז"ל הוסיפו רובד נוסף על חובת ההשבה הבסיסית בשאלת האם המאבד התייאש. הם הכריעו כי כל חובת ההשבה תלויה בשאלת הייאוש ובכך בעצם המירו את הדיון מהמישור התכליתי למישור הממוני. קרי, כל עוד המאבד עדיין בעלים יש חובה להשיב בעוד אם הוא כבר איננו בעלים אין חובה להשיב שהרי החפץ בבעלותו של המוצא.<sup>9</sup> עם זאת יש לציין כי טרמינולוגיה ממונית לא בהכרח מתנגדת למוסר, במצוות השבת אבידה יוצא כי השיח התכליתי יותר מוסרי מהשיח הממוני. בחלק זה של המאמר חקרנו את דין ייאוש ולאורו הצגנו שתי הבנות במהות מצוות השבת אבידה. כעת ננסה להבין מה גרם לשוני בין פשט התורה שדיברו בשיח תכליתי לחז"ל שדיברו בשיח ממוני ומהי הסברה העומדת בבסיס ההתפתחות?

## חלק ב'

### שיטת הרב מיכאל אברהם

במאמרו של הרב מיכאל אברהם על בעלות ממונית בתחום ההלכה והמשפט הוא מביא תיק משפטי הדין בסוגיית השבת אבידה. במאמר יש ניתוח של דעת השופט ברק אשר שואב את הנחות היסוד שלו מתוך העולם הכללי אל מול דעת השופט אלון אשר מתיימר להסתמך על המשפט העברי. בנייתו זה עולה כי הקו המנחה של המשפט הכללי הינו טליאולוגי בעוד המשפט העברי נצמד לשיח הממוני והבעלות. במילים אחרות, במשפט הכללי בסיס חובת השבת אבידה הוא עצם ההשבה ולאור זאת ניגשים לשאלת הבעלות בעוד במשפט העברי השאלה הבסיסית היא מי הבעלים של האובייקט ולאור זאת הכרעת השאלה האם יש חובת השבת אבידה. לאור זאת שואל הרב מיכאל מדוע דווקא המשפט העברי לכאורה מתנגש עם המוסר בעוד המשפט הכללי הוא זה שמאמץ את הקו המוסרי-אתי של חובת ההשבה?

לשאלה זו מציע הרב מיכאל שתי תשובות המבארות את נקודת המחלוקת. הראשונה מצביעה על הבנות שונות של המציאות בעוד ההצעה השנייה מתמקדת בהבנות שונות של מהות החוק. עם זאת יש לציין כי שתי ההצעות חולקות תובנת יסוד זהה. נראה אם כן בלשונו את הצעתו הראשונה:

<sup>9</sup> אמנם הצענו גם את שיטת הרי"ד אולם נראה כי היא אזוטרית ולא מהווה נדבך חשוב בגישת חז"ל לדין ייאוש. בחלק השני של המאמר נתיחס גם לשיטה זו בתוך הניתוח הכללי לשיטת חז"ל.

”ההלכה רואה בבעלות עניין שבעובדה. לכן היא אינה חושבת שקביעת הבעלות מסורה בידה. אפילו שיקולי צדק ויושר לא מובילים את חכמי ההלכה לעצב אחרת את דיני הקניין. הסיבה לכך היא שעובדות לא ניתן לשנות. עקרונות הצדק והיושר יכולים, לכל היותר, להוות קומה נוספת של דרישות, אך לא להגדיר את דיני הבעלות עצמם. לעומת זאת, החוק האזרחי רואה בבעלות קביעה נורמטיבית-קונבנציונליסטית (=הסכמית) שמסורה למחוקק, ונקבעת על ידו לפי שיקולי צדק ויושר. אין כאן 'עובדות' שלא ניתנות לשינוי.”<sup>10</sup>

בקצרה, הרב מיכאל טוען כי לאדם יש בעלות מטפיזית על חפציו שמקורה בסדרי עולם שהקב"ה קבע ולכן הדיינים נאלצים לקבל זאת כנתון. לכן, כל מצוות ההשבה שיסודה בעקרונות מוסריים-אתיים תלויים בשאלות הקטנות של הכרעת הבעלות על החפץ. כלומר, המונע מחכמים ליצור קו מוסרי יותר של השבת האבידה כמו המשפט האזרחי הוא לא אחר מהקב"ה עצמו. לעומת זאת המשפט הכללי לא רואה בבעלות יותר מאשר הסכמה חברתית אשר ניתנת לשינוי על ידי המחוקק ולכן לאור היסוד הצודק והיושר של השבת אבידה ניתן גם לכופף את חוקי הבעלות.

ההצעה השניה אותה מציע הרב מיכאל מתמקדת בהבנות שונות של מהות החוקה אולם בבסיסה היא תמונת ראי של ההסבר הראשון. לאמור, יסוד ההבדל נעוץ בכך שהחוק האזרחי יוצר את החוק ממשום פוזיטיביסטי בעוד המשפט העברי רואה את החוקה ממקום 'טבעי'. כלומר, החוקה של המשפט הכללי נוצרת על ידי המחוקק המשכיל מתוך מחשבה אמפירית בעוד המשפט הטבעי כשמו כן הוא שואב את כוחו מתוקף המציאות וממנו הוא נובע.

לסיכום, טענת הרב מיכאל במאמר היא שהחוק האזרחי נובע מחשיבה אמפירית של המחוקק ולכן החוקה באופן כללי שואפת לתיקון עולם כפרמטר מרכזי. כיון שכן, השבת האבידה נושאת אופי מוסרי-אתי על אף שפעמים אין הדבר תואם את מושגי הבעלות המקובלים. לעומת זאת, המשפט העברי שואב את כוחו מהקב"ה ולכן הוא מושעבד למציאות מטפיזית בה יש לאדם בעלות על החפץ. ממילא הגדרת מצוות השבת האבידה איננה נושאת אופי מוסרי אלא היא מוגדרת על ידי המציאות הקיימת.

### אז מה התורה באמת רצתה?!

כבר בגוף המאמר מצביע הרב מיכאל במידה מסויימת על הבעייתיות בהבנה שלו. הוא עצמו מקשה ואומר שגם אם נגיד שחז"ל היו משועבדים לרצון הקב"ה צריך עדיין לשאול מדוע הקב"ה לא חוקק את מצוות השבת האבידה באופן טליאולוגי כפי שעשו במשפט האזרחי. הוא מבאר כי הקושיה היא לא רק על חז"ל שלא שינו את מגמת התורה לטובת ההבנה המוסרית אלא על הקב"ה עצמו. הרב מיכאל שואל האם לקב"ה לא היו חשובים הצדק והיושר? הוא עצמו טורח להדגיש כי את כל מושג הייאוש והפיכה מצוות השבת אבידה לעניין ממוני עשו חז"ל בעצמם בעיקר בסברה. אולם הרב מיכאל מכאן ממשיך ומסביר את התיאוריה הבסיסית שלו בה חז"ל מושפעים מהמציאות הבעלתית ולאור זאת הם נתנו גם פרשנות מגמתית לתורה.

<sup>10</sup> צריך למצוא את המקור של המאמר עצמו. הרב מיכאל במאמר מפנה גם למהר"ל בבאר הגולה, באר השני עמ' לא-לב, במהדורת ספרי מהר"ל. להבנתו דברי המהר"ל תואמים את התיאוריה שהוצגה.

נראה כי החלוקה העקרונית של הרב מיכאל יש בה ביאור יפה לשיטות השונות בעולם המשפט. אולם נראה כי ישנו פער מסוים בין האופן בו הוא הבין את אמירת התורה לבין הדברים העולים מלימודנו. בעוד הרב מיכאל משליך את האחריות על חוסר המוסריות על המשפט העברי על התורה אנו רואים כי דווקא התורה חתרה למישור המוסרי-אתי. הרב מיכאל מסביר כי החוקה הפוזיטיביסטית החילונית היא זו שמאפשרת לחוק האזרחי להיות אזרחי, אולם אנו רואים כי דווקא הקשה ושיעבוד כללי לחוקי התורה מאפשר להיות מוסרי לא פחות.

טענתנו היא אפוא כי כשם שהמחוקק הפוזיטיביסטי היה חופשי לקבוע את החוקה על פי אמות מידה ישרות וצודקות כך גם הקב"ה עצמו היה חופשי לקבוע חוקים מוסריים ואתיים ואכן כך הוא עשה. סיוע לטענה זו ראינו בחלק הראשון של המאמר בו טענו כי הצווי התורני נושא אופי טליאולוגי ורק חז"ל הכניסו מאוחר את הסברות הממוניות ובעצם את כל דיני הייאוש. לאור כל זאת, אם אנו לא מקבלים את הסברו של הרב מיכאל נצטרך להציע תוכנה מדוע חז"ל בחרו לתת למצוות השבת אבדה אופי ממוני בעלותי ולא מוסרי אתי כפי שלכאורה עולה מפשט הפסוקים?

### מגמת חז"ל

ראינו לעיל כי גם בתוך חז"ל היו מגמות שונות. ראינו מצד אחד מגמה קיצונית יותר אשר באמת שמה את הייאוש במרכז דיני השבת אבידה. אולם, ניתן ללכת גם על פי שיטה מינורית שייצג התוספות רי"ד אשר רואה את ייאוש כדין מוגבל יותר. לפי גישה זו ניתן לומר כי בבסיסו של דבר חז"ל מסכימים עם הזרם המוסרי-אתי אלא שהם מתעסקים עם שאלת הגבולות. לאמור, לדין הטליאולוגי יש חולשה דווקא בגלל עוצמתו. החיוב המוסרי האינסופי דורש מהמוצא המון מאמץ ואנרגיה אשר לא עוזבת אותו בפשטות לעולם. לאור זאת, חז"ל באו והכניסו את הדין המוסרי הכללי לגבולות מסוימים של ייאוש. בקצרה, דיני ייאוש אינם משנים את כל מהות דיני השבת אבידה, אלא הם רק מציבים להם גבול מסויים. גם במשפט האזרחי אשר נושא במובהק את דגל היושר והצדק יש הצבת גבול מסויים בו משתמשים גם כן במושג של ייאוש. יוצא אפוא כי חז"ל גם כן הונעו מכוח המניע הטליאולוגי אלא שבתקנותיהם הם הציבו גבולות על מנת שהיה ניתן לקיים את החוק באופן ריאלי.

זאת ניתן לטעון על פי ההבנה המינורית במקורות חז"ל אולם אם אנו מבינים כי באמת חז"ל הולכים באופן מוחלט אחר דיני ייאוש נצטרך להסביר מדוע חז"ל הסיתו את מגמת מצוות השבת אבידה ממקום מוסרי למקום ממוני. נראה אם כן כי מחד חז"ל קיבלו את ההנחה הטליאולוגית כנכונה בעיקרה שהרי זו מגמת התורה הברורה. עם זאת הם פעלו מאידך על פי הנחות ממוניות וזאת כביכול כנגד הקו המנחה של התורה. ברם, ברצוני לטעון כי דווקא החתירה כנגד הקו הטליאולוגי מחזקת אותו ונותנת לו משנה תוקף.

נראה כי התיאור של מצוות השבת אבדה מבקש מהמוצא להשיב את החפץ ממקום של צדק ויושר. כאשר חז"ל באו לעגן עקרון זה בחוק עמדו מולם שתי דרכי פעולה אפשריות. הראשונה היא נסיון לכמת מה שאפשר אל תוך גבולות החוק. אילו חז"ל היו פועלים בדרך זו המשפט היהודי היה נדמה באמת לחוק האזרחי. היתרון של דרך זו ברור שהרי הוא פועל על פי הקו המנחה של הפסוקים בתורה. אולם בדרך זו ישנו חסרון כפול, הנסיון לכמת עקרון מוסרי-אתי אל תוך מערכת משפטית תמיד יהיה מוגבל שהרי כל מקרה תלוי הקשר ונסיבותיו. מעבר לכך, עצם הפורמליזציה

של העקרון המוסרי מעקר את המוסר מהטוהר והצדק שלו. האם אנו רוצים שכאשר אדם מעביר זקנה בכביש הוא יעשה זאת משום שאם הוא יסרב אז היא תוכל לתבוע אותו בבית המשפט? ! הקב"ה רוצה שהאדם ישיב את האבירה מתוך רצון טהור של עזרה לזולת ולא מתוך חובות חוקיות.

לאור תפיסה זו בחרו חז"ל בכוונה תחילה ליצור פער בין החוק הפורמלי לבין השאיפה המוסרית. המשפט העברי יוצר רשת בטחון בסיסית בה כל אדם חייב לעמוד בדרישות מינימליות של הכרזה על אבירה במצב בסיסי בו אין ייאוש. חובה זו באה למנוע מצב של הפקרות בו המוסר מהווה המלצה בלבד בעוד איש הישר בעיניו יעשה. עם זאת, בהגדרה החוק הזו מוגבל מכיון שבריק שהוא משאיר הוא מאפשר לאנשים להשיב את האבירה מתוך מוסריות טהורה אפילו שהבעלים כבר התייאש. באופן זה, המשפט העברי מונע מחד הפקרות וחופש פעולה מלא לאנשים בני בליעל ומאידך מאפשר לאנשים ישרים לקיים את המצווה מתוך בחירה חופשית ורצון טהור ולא מתוך כפייה אשר מעקרת את טוהר הכוונה.<sup>11</sup>

## סיכום

בכדי להגיע למקום בו אנו נמצאים כעת היה עלינו לטעון שתי טענות. בשלב הראשון רצינו להראות שמצוות השבת אבדה בתורה נושאת אופי טליאולוגי בעוד בספרות חז"ל היא בעלת אופי ממוני קונקרטי. ראינו כבר בשלב זה כי קריאה שכזו איננה מוכרחת אולם מהלך לימדנו אכן הראה שזה הכיוון בו יש ללכת. לאור קריאה זאת הצגנו בקצרה נסיון פרשנות של הרב מיכאל אברהם להבדלים בין המשפט העברי כפי שהוא עולה מעולמם של חז"ל לבין המשפט האזרחי. בקצרה, ניתן לומר כי הרב מיכאל מצביע על הקב"ה ורצונו העליון כאחראי על הפער הזה. אנו טענו כי פרשנותו של הרב מיכאל יוצרת אירוניה מסויימת מכיון שבחלק הראשון של המאמר ראינו שהשבת האבירה כפי שהיא עולה מתוך הפסוקים נושאת אופי טליאולוגי בדיוק כפי שעולה דווקא מהחוק האזרחי. בסופו של דבר ניצבנו מול השאלה הגדולה מה גרם לחז"ל לסטות מהפרשנות הטליאולוגית ולחתור לכיוון ממוני.

הצענו מניע כפול למהלכם של חז"ל. הנימוק הטכני מצביע על קושי לכמת את העולם האידיאלי והמוסרי אל תוך סעיפים מוגדרים בחוק. עם זאת ישנו מניע מהותי אשר דווקא רוצה לחדד את הפער בין המוסר לבין החוק. ביארנו בקצרה כי למרות האינסטינקט הטבעי אשר רוצה להכניס את עולם המוסר לחוק, חז"ל יצרו דיכוטומיה דווקא על מנת שלא יכהה כוחו של עולם המוסר. חז"ל יצרו מצד אחד חוקה אשר תמנע מאנשים מקולקלים 'לאסוף' אבירות

<sup>11</sup> במנגנון דומה השתמש הרב שרלו בשיעורו הכללי בסוגיית כופין על לפנים משורת הדין. הוא טען כי מצד אחד ישנה מגמה לכפות גם על לפנים משורת הדין מה שמראה כי התורה לא מתעלמת מהעולם המוסרי-אתי. עם זאת הוא טען כי בראשונים אנו רואים מגבלות רבות לכפייה הזאת, כאשר לא מדובר ממש על טריפת נכסים ועונשים ממשיים אלא בחרמות ולחצים. מעבר לכך הוא הציע את שיטת המרדכי שטוען שכופין רק על מי שיכול לעמוד בכך כגון שהוא עשיר וכדומה אולם אם מדובר בעני לא כופים אותו. לאור זאת טען הרב שרלו כי מחד יש עניין להקפיד גם בעולם המוסרי ומאידך יש עניין לא לכמת הכל אל תוך עולם החוק. נימוקים לכך ראינו במגיד משנה שאומר שזה בלתי אפשרי להכניס את כל העולם המוסר לתתי סעיפים פורמליים. זאת משום שהמוסר הוא תלוי קונטקסט וממילא בלתי אפשרי להכניס הכל אל תוך גדרים חוקיים. זאת ועוד, בשיעור הביא הרב שרלו את הרב קוק שמבאר שהמוסר לא נכנס לחוק לא רק בגלל מגבלות טכניות אלא תוך כוונה תחילה. התורה לא רוצה עולם של דינים בו בני אדם מתייחסים זה לזה על פי החוק אלא עולם של חסד בו הדברים נעשים מתוך אהבה, רצון ובחירה חופשית.

לעצמם ומצד שני השאירו מקום פתוח בכדי שאנשים כשרים יוכלו מתוך רצון חופשי וטהור להשיב את האבידה אפילו לאחר זמן ממושך.<sup>12</sup>

## תורת ארץ ישראל

בישיבת פתח-תקווה יש מספר ביטויים לתורת ארץ ישראל. במאמר זה ניתן למצוא שני בטויים ללימוד תורה ארץ ישראלי. הראשון הוא ניתוח הסוגיה ומציאת ה'תמצית' האידאית של השיטות שונות. כך ראינו כי ישנה תפיסה טליאולוגית המתנגדת לתפיסה הטבעית. הביטוי השני בו נעסוק עכשיו הוא ההשלכות הכלליות של הרעיונות הללו. כלומר, כיצד הדבר ניתן ליישום גם בעולמנו המודרני בארץ ישראל בה יש מדינה וחוקה.

בכל מדינה יש עיסוק אינטנסיבי בשלושה הגדרות בסיסיות. שאלת הטריטוריה, הבטחון והזהות. במדינת ישראל יש עניין רב סביב שתי הנקודות הראשונות אולם דווקא הנקודה השלישית קצת נשכחת. לאמור, חלק מהגדרת הזהות של המדינה הוא החוקה בה בעצם מוטמע הקוד הגנטי של האומה. לדוגמא, בחוקה הבריטית ניתן למצוא נורמות אשר קיימות באומה מזה מאות שנים. מהי אם כן תרומתה של היהדות ליצירת החוקה של מדינת ישראל? נראה כי במאמר הזה ישנו מבט מסוים על היכולת והמוטיבציה להכניס את המוסר אל תוך החוקה.

השאלה הגדולה היא האם להכניס את האתיקה לחוקה. לכאורה הכנסת האתיקה לחוק יוצרת יכולת אכיפה אשר תועיל לעולם האתיקה. אולם למהלך זה יש מחיר כפול. המחיר הראשון הוא האינסופיות של עולם האתיקה אשר לא ניתן להכיל אותה בתוך מסגרות החוק הפורמלי. המחיר המהותי והחשוב יותר הוא התודעה של האנשים בה הם יתייחסו אל האתיקה כאל חוק. תודעה שכזו מביאה למציאות בה כאשר יש פרצה בחוק הדבר הופך למותר. לאמור, במקום שאנשים יתייחסו לעולם האתיקה כמוסד פנימי אשר נתון לרצונם החופשי והישר הם מתייחסים אליו כחוק קר. זאת ועוד, יש לנו עניין מיוחד שאנשים יתייחסו לעולם האתיקה ממקום מוסרי ולא מפחד שמא יבוא שוטר או שמא יוכלו לתבוע אותי בבית משפט.

<sup>12</sup> בהקשר זה יש לציין כי באבחנה שאנו יוצרים יש הקבלה בין המישור הטליאולוגי לבין המישור המוסרי. גם הרב מיכאל אברהם במאמר דן בהשוואה זו אשר לא בכל מקום היא מוכרחת. לאמור, אין כאן השוואה אוטומטית בין התכליתיות לבין האתיקה ואולי אף ברוב המקומות האידאיות הללו דווקא מתנגשות. עם זאת בהקשר של מצוות השבת אבידה הקריאה התכליתית יותר מתיישבת עם עולם המוסר והיושר בעוד דווקא הקריאה הממונית – 'המשפט הטבעי' יוצרת פער מסוים.