

בענין הפקר הרי הוא כנדר

הרמב"ם כתב פ"ב מהלכות נדרים וז"ל ההפקר הרי הוא כנדר, ואסור לחזור בו, והחזור בו עובר בלא יחל דברו. ואעפ"י שהוא עצמו יכול לזכות בו זהו מדין הפקר ככל אדם, אבל לא מתורת חזרה עכ"ל. — והקצוה"ח בסימן רע"ג סק"א טרח למצוא מקור לדברי הרמב"ם הנ"ל. והביא ראי' מגמ' נדרים (ו'), דאיבעיא שם אי יש יד להפקר, דאמרינן שם מצד אחד, הפקר היינו צדקה, אלמא דהוא מתורת נדר וצדקה. — אבל נשאר בצ"ע. דהקשה כיון דהאיבעיא דש"ס אי יש יד להפקר עלתה בתיקו, והדין הוא שם דספיקא לקולא לנתבע והממע"ה, א"כ אינו בתורת נדר, דאי בתורת נדר ודאי יש יד לנדר וצדקה, עיי"ש.

ונלענ"ד דבאמת נוכל לתרץ ולהסיר קושייתו על ראיתו שהביא וראיתו נ"ל שראי' טובה היא. — ונבאר דברינו בסברא. דהנה הא דאמר בגמ' דסתם הפקר היינו צדקה, הוא משום דסתם הפקר הוא בשביל שיזכו בה עניים כדאמרינן שם, זהו מצד אחד, אבל מצד השני אמרינן שם דשאני צדקה, דצדקה לא חויה אלא לעניים, אבל הפקר הוא בין לעניים ובין לעשירים כב"ה, וממילא לא הוה היינו צדקה. ולכן נ"ל דיש סברא פשוטה לחלק, דהא דאמר בגמ' לכתחילה דהפקר סתם היינו צדקה זהו רק אם יש כאן ספק אחד, כוונתי בחפץ אחד דהספק הוא משום דבסתם הפקר הוא בשביל שיזכה בה עניים, ולכן הוה כצדקה, או דשאני מצדקה דבהפקר יכולין לזכות בין עניים ובין עשירים ולכן לא הוה כצדקה, ובספק אחד בחפץ אחד פסק שפיר הרמב"ם לחומרא כצד הראשון דהפקר היינו צדקה משום דבסתם הפקר הוא בשביל שיזכה בה עניים ואולינן בתר סתם דעת המפקיר. אבל בהאיבעיא דש"ס אי יש יד להפקר דעלתה בתיקו, והדין הוא שם דספיקא לקולא לנתבע הוא משום דיש כאן ספק ספיקא, א, אם בשביל דסתם הפקר הוא בשביל שיזכה בה עניים ולכן הוה כצדקה, או בשביל שהדין הוא כב"ה שגם עשירים יכולים לזכות בה ולכן אינו דומה לצדקה. ב, אפילו אם אמרינן כצד הראשון דבסתם הפקר הוה כצדקה, אבל כאן יש ספק

(* חידוש תורה זה מוקדש לעילוי נשמת הרבנית החשובה פנחס בת ר' גדליה אריה ז"ל שהלכה לעולמה ערב ראש חודש אלול תשכ"ט.

שני דאפשר דאין יד להפקר ולא נתכוין כלל שיוכה בה עניים רק לעצמו. — ולכן החילוק הוא פשוט, ביש יד לצדקה דהוא רק ספק אחד, מה הי' כוונתו בהחפץ השני לצדקה או לעצמו פסק הרמב"ם שפיר ג"כ לחומרא כמו בהפקר בחפץ אחד, משום דבספק אחד סברא לומר דאזלינן לחומרא כבכל מקום שהרמב"ם פסק כאת"ל, — אבל בהאיבעיא אי יש יד להפקר דיש כאן שני ספיקות כנ"ל, ושיטת הר"ן שם דספק ממון עניים לא הוי ספק איסורא אלא ספיקא דממונא ואזלינן לקולא לנתבע.

ואף שמתוס' בכתובות בסוגיא דפ"פ הוכיחו דמוציאין ממון בס"ס עיי"ש, אבל רוב הפוסקים חולקין על התוס' וסוברים דבס"ס אין מוציאין ממון — ועיין במערכה י"ב בחידושי רעק"א למס' כתובות דכתב שם בדין ס"ס לענין אחר, וז"ל: לכן נ"ל די"ל דתלי בפלוגתא דרב ושמואל אם מוציאין ממון ברוב, דלמה דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"נ בס"ס, וא"כ י"ל דבאמת דלמאן דס"ל דבס"ס מוציאין ממון ס"ל כרב, דהולכין בממון אחר הרוב ונכון עכ"ל. — ולכך בג"ד דהרמב"ם פסק כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ולא כרב וממילא ג"כ זה הדין בס"ס דאזלינן לקולא לנתבע, ובאמת בכה"ג לכו"ע י"ל דהממע"ה, דעד כאן לא פליגי אלא אי מהני רוב להוציא ממון אבל להחזיק בודאי מועיל רוב, וכאן הרי הס"ס הוא לצד הנתבע, אבל בחומר איסור א"א, הסברא מחייב, דאפילו מצד ס"ס צריכים להחמיר אם הי' באפשרות לתקן או לברר כדברינו לקמן. — אמנם ראיתי ברע"א בגיטין פרק ג' דף כ"ח בד"ה "בגמ' אמר רבה ל"ש אלא בזקן שלא הגיע לגבורות" שמביא מגמ' יומא נ"ה ע"ב שכתבו בתוס' שם בחד תירוץ, שקאי ארישא דהשולח גט, משום חומר א"א וכו' וז"ל, ותמיהני דמה חומר א"א שייך כאן, דבין כך ובין כך אינה א"א דניתרת או בגט או במיתת הבעל, והחשש הוא רק משום יבמה לשוק שהוא רק חייבי, לאוין עיי"ש? ורוצה לתרץ, לפי מה שהקשה שם מגמ' ב"ב בנפלו לו נכסים כשהוא גוסס, משמע משם דגוסס אינו בר הקנאה? ומתרץ לחלק לשיטת הרא"ש פ"ג דקידושין שיש שני מינים גוסס, אחד שעדיין יכול לדבר או הוי מגורשת, אבל בגוסס סמוך למיתה עד שאינו יכול לדבר דאז הגט בטל והיא עדיין א"א, א"כ י"ל דאיכא חשש א"א דשמא נחלש כחו וא"א לדבר ועדיין חי הוא ואז הגט בטל והיא א"א, ומסיים, אמנם לקושטא דמילתא דוחק לומר כן, דזהו ודאי חשש רחוק" דהא הוי ס"ס, ספק שמא אינו גוסס כ"כ אלא גוסס כשהי', וספק שני שמא מת, וא"כ לגבי איסור א"א הוי ס"ס עכ"ל. — ונראה מזה דכוונת

רע"א להתיר מטעם זה דהוי חשש רחוק לאסור מצד ס"ס ורוצה להתיר חומר איסור ספק א"א. — ובמחכ"ת הגדול תמה אני, דנלענ"ד דבאמת אפי' מצד ס"ס צריכים להחמיר באיסור א"א, דהא בענין דשם, ג"ל דהא יכול להיות דאפשר לברר, דהא אפשר שהי' שם אנשים עדים בשעת גסיסתו והם יודעים אם בשעה זו הי' יכול לדבר או לא, ואם נחלש כחו כ"כ וא"א לדבר ועדיין חי הוא אז הא הגט בטל הוא, והיא א"א כמו שכתב רע"א בעצמו כן — ואם נאמר להיפוך, דאפשר שלא הי' שם שום אדם בשעת גסיסתו ואין אנו יודעים עכשיו לברר כלל אם הי' יכול או לדבר או אינו יכול לדבר, א"כ מטעם זה אנו צריכים להקל עליה כמו שכתב התוס' בריש גיטין ג' ע"א החילוק בין אפשר לתקן או לא אפשר לתקן, אבל לא מטעם דזהו ודאי חשש רחוק הוא, וכן עיי"ש בגיטין שהקשה ג"כ רע"א כעין קושיא זו על התוס' דשם ורוצה ג"כ להתיר מטעם דלא שייך שיבוא והוי כחשש רחוק והניח בצ"ע, אבל עיין בספרי "דגל מחנה אפרים" בדף כ"ב שתירצתי שם קושיתו על התוס', ובסברא זו מתורץ ג"כ קושיתו בידון דידן, כנלענ"ד.

וממילא מובן מאיליו דמה שאמר הגמ' בתחילה דהפקר היינו צדקה, זהו רק בהפקר "בפירוש" יש הוה אמינא דהפקר היינו צדקה, בשביל שרוצה שיזכה בה עניים, אבל ביש יד להפקר דאפשר דלא נתכוון להפקיר כלל את החפץ השני רק לעצמו ממילא לא שייך כלל לומר דהפקר היינו צדקה, ושאיני מיש יד לצדקה דשם יש רק ספק אחד כנ"ל. — ממילא מתורץ בזה קושיית הקצוה"ח על הרמב"ם.

ונרויח בזה הסברא, לתרץ ג"כ קושיא אחרת שהקשה האבני מלואים לשיטת הרמב"ם הנ"ל, עיין באבני מלואים אה"ע (סימן כ"ח ס"ק מ"ט) שמביא דברי הנודע ביהודה באבן העזר סימן ג"ח, שמחדש בדבר שאינו מקפיד שהוא מטעם הפקר, וז"ל: ואמנם זאת אמינא בטח שעכ"פ לא אמר הרמב"ם אלא בדבר שאין בעה"ב מקפיד נגד שום אדם בעולם, אבל אם מקפיד נגד שום אדם כמו שונאו וכיוצא, אין שום אדם יכול לזכות בו שלא בפניה, דזה ודאי סברא נכונה דלא עדיף סתמא דאינו מקפיד מדבר שהפקיר בפירוש, והרי דבר שהפקיר בפירוש אם לא הפקירו לכל אדם אינו הפקר כלל ואין שום אדם יכול לזכות בו דהל' כב"ה, ואפילו בהפקירו לכל אדם חוץ מאדם אחד יש בו משום גזל לכל אדם עיין בגמ' ב"מ (ל.) בעובדא דר' ישמעאלבר' יוסי דאמר לכו"ע אפקירינהו ולך לא אפקירינהו, ופריך הגמ' מי הוי הפקר כה"ג והתנן ב"ש אומרים זכו, וכל עצמו שהפקיר

ר' ישעמאל הי' כדי שלא יכשלו ב"א בגזל כמבואר בתוס' שם ד"ה אפקריה, והרי מוכח שאם הפקיר לכל העולם חוץ מאדם אחד לא הוי הפקר, ואם זה בהפקר ממש בפירוש ק"ו בדבר שאינו מפקירו בפירוש אלא שהדבר הוא מעצמו הפקר שאינו מקפיד עליו, שאם מקפיד עליו נגד שום אדם פרטי שוב הוי גזל לכל העולם, ומעתה בנ"ד הא ודאי בעל החפץ נגד אינו יהודי ודאי יקפיד אם יקחו את שלו שלא מדעתו, וא"כ לגבי ישראל הוי גזל גמור ואינה מקודשת כלל עכ"ל עיי"ש.

והאבני מלואים השיג עליו וז"ל: ולבבי לא כן ידמה והוא דדבר שאינו מקפיד עליו לאו בתורת הפקר אתינן עלה דהפקר ליתא בחזרה וכמ"ש הרמב"ם פרק ב' מנדרים דאסור לחזור מהפקר והחזור בו עובר משום בל יחל דברו וכמ"ש הב"ח ח"מ סימן רע"ג אא"כ יזכה בו מתורת הפקר, וא"כ אי נימא דדבר שאינו מקפיד הוי הפקר א"כ יצטרך לחזור ולזכות בגוזה דבר זר... ולכן נראה דדבר שאינו מקפיד מתורת מתנה הוא דאינו מקפיד וחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו וכה"ג דהוא מתורת מתנה לא בעינן לכל אדם וכדתנן פרק לולב וערבה עיי"ש, והתם ודאי נגד אינו יהודי מקפיד על לולבו ואינו נותן לו במתנה, אלא כיון דהוא בתורת מתנה אינו צריך לכל אדם, ודוקא בהפקר דתיכף יוצא מרשותו אינו אלא כשמיטה שהוא הפקר לכל אדם, אבל מתנה אינו יוצא מרשות נותן עד דמטי לרשות מקבל, וכשם שיוכל ליתן לאדם אחד כך יוכל ליתן לכמה בני אדם ומי שירצה בו הוא שלו וז"ב עכ"ל. — ולדבריו דהוא מתורת מתנה דאינו מקפיד בדבר מועט למי שיטול, מובן שעדיין לא יצא מרשות הנותן, ולכן אינו צריך קנין לזכות בו, אלא מותר לחזור בו וליטלו, אבל לעג"ד נ"ל במחכ"ת שזה ג"כ דבר זר, לומר שדבר שאינו מקפיד כלל כמו דבר מועט או שאינו צריך לזה הדבר, איך שייך לומר שהוא נותן מתנה לכל אדם בדבר שאצלו אינו נחשב לשיווי ממון כלל, זהו נגד דעת בני אדם. — ועוד בדבר מועט אפילו במתנה אסור לחזור בו, הלא גמ' מפורשת בב"מ (מ"ט.) דבמתנה מועטת ר' יוחנן מודה דאסור לחזור בו דסמכה דעתיה דמקבל מתנה והחזר בו עליו לקבל המי שפרע, ומחוסר אמנה יש בו עיי"ש. אף דהבל יחל דברו אינו עובר דזהו רק בנדר וצדקה, אבל האיסור לחזור מדיבורו בדבר מועט יש ג"כ במתנה מועטת, ולשיטת הירושלמי בענין אסור לחזור בו אפילו במתנה מרובה דנעשה כנדר וצדקה עיין שם בנימוקי יוסף. — וחזן מזה קשה להבין מה שהאבני מלואים מדקדק שם לשיטתו, אמאי לא אמר ר' ישעמאל בר'

יוסי דהוא נותן לשם מתנה לכל העולם ורק לו אינו נותן, וע"ז לא הי' פירכת הגמ' שם, ומתרץ כיון דכל כוונתו הי' שלא יכשלו ב"א באיסור גזל עיי"ש בתוס' ושמא ידרסו ב"א עליה בלא כוונה לזכות בה ואז יהי' גזל ולכן הפקיר, וההפקר יוצא תיכף מרשותו אף בלא זכה בו אחר, מה שאין כן במתנה דהוא של נותן עד דאתי לידי' לרשות מקבל הזוכה עכ"ל. — ותמיהני, דאיך הוה גזלן אם לא כיוון לזכות בו רק לדורסו, בזה רק מזיק נקרא ובמזיק דבר שאינו מקפיד ואינו חסר, זה אינו נקרא מזיק כלל, רק בנהנה בדבר שאינו חסר יש שאלה בגמ' ב"ק מצד הטענה דהא נהנית, אבל במזיק דבר שאינו מקפיד ואינו חסר אינו נקרא גזלן כלל.

ולכן נלענ"ד לברר הענין בדבר שאינו מקפיד ג"כ בזו הסברא שאמרנו מקודם בענין יש יד להפקר לשיטת הרמב"ם לחלק בין הפקר בפירוש, להפקר סתמא דשם נ"מ לענין דיש ס"ס דאז לא אמרינן דהפקר הרי הוא כגדר, כמו כן נ"ל דנוכל לחלק ג"כ לענין דבר שאינו מקפיד — ונבאר דברינו. דבאמת בדבר שאינו מקפיד הוה כמו באבידה מדעת במכנשתא דבי דרי, דלפי התירוק בגמ' ב"מ מועיל אפי' לאביי משום שלא נפלו ממנו רק מדעת הניחו שם, רש"י. ולפי"ז גם בדבר שאינו מקפיד ג"כ מדעת הניחו שם, ולכן סברא נכונה לומר דג"כ מועיל בזה מצד יאוש, אף שאח"כ ממילא הוא כהפקר, אבל בכ"ז שאני לגמרי מהפקר בפירוש, דיאוש אינו כהפקר גמור, שאינו יוצא תיכף מרשותו כמו בהפקר. — והנה אף שהרמב"ם פסק בהלכות גזילה ואבידה פ' י"א הל' י"א בהשליך כיסוי לרה"ר שאסור לרואה ליטול לעצמו שאינו הפקר וכמו שמסביר הכסף משנה שם, — אבל במכנשתא דבי דרי גם הרמב"ם פסק שם פ' ט"ו הל' י"ב, דהרי אלו שלו, וממילא נוכל לומר כן דגם בדבר שאינו מקפיד מועיל ג"כ מצד יאוש, מפני שאין הבעלים מטפלין באסיפתם עיי"ש, וכמו דאמרינן שם בגמ' דמטעם יאוש אנו דנין בזה, ולכן אמרינן ג"כ בדבר שאינו מקפיד הבעה"ב ג"כ אינו רוצה לטפל באסיפתם ומתייאש הוא מזה ג"כ ומותר הרואה ליטלו והרי הוא שלו. — אבל ביאוש הא כ"ז שלא נטל שום אדם את התפץ, אם הבעה"ב בעצמו רוצה עכשיו קודם המוציא לחזור וליטלו לעצמו בודאי אינו צריך שום קנין דאכתי ברשותו הוא ושלו הוא, דאינו דומה להפקר בפירוש דתיכף יצא מרשותו, וממילא הוה הדין ביאוש כמו הדין במתנה דאפילו אם יקפיד לאדם אחד לא הוה חסרון לכל העולם, כמו בהפקר ממש, ומותר לכל אדם ליטול את הדבר שאינו מקפיד, וגם הוא אם מתחרט ומקדים ורוצה ליטול לעצמו ג"כ יכול לחזור וליטלו בלא

קנין. — ועיין ב"ק ס"ו ע"א בתוס' ד"ה כיון דבאיסורא אתי לידיה, וז"ל מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור כו' לא משום דכי מתיאש הרי הוא מפקירו וכו' עיי"ש דמסיים דא"כ אפילו בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר. — ומשמע מזה, דאינו ממש כהפקר גמור, אבל קצת הפקר יש כאן, כלומר שנתן רשות שמותר לכל אדם ליטול את החפץ שאין כאן איסור גזל, אבל עדיין ברשותו הוא ושלו הוא ג"כ לענין זה שלא יצא תיכף מרשותו לגמרי כמו בהפקר, רק עדיין נשאר אצלו ג"כ הזכות שאם יתחרט ומתקדם ליטול לעצמו שג"כ יהא מותר לחזור וליטלו בלא שום קנין כבעלים. — וזה נ"ל ראי' כדברינו, בדבר שאינו מקפיד מטעם יאוש אנו דנין בזה, ויאוש אינו כהפקר גמור, ויש חילוק בין הפקר בפירוש ליאוש, כמו במכנשתא דבי דרי. וג"כ בדבר שאינו מקפיד הדין כן דעדיין הוא שלו, וממילא אף שאם יקפיד לאדם אחד אינו חסרון לכל העולם כמו בהפקר בפירוש.

ועיין בקצוה"ח הלכות אבידה ומציאה סימן רס"א סעיף קטן ד' בד"ה דאבידה מדעת הוה הפקר, וז"ל דזהו מדברי הטור והבית יוסף כתב על דברי הטור, דלאו מילתא הוא, שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירם, וזהו ג"כ כמו שמסביר המשנה למלך על הרמב"ם, ומביא דעת הש"ך שמצדיק שיטת הטור ומביא ראי' מגמ' ב"מ דאבידה מדעת פירושו שם דהוי הפקר, וממילא צ"ל בכל דוכתי דהלשון אבידה מדעת פירושו ג"כ דהוי הפקר, ולהרמב"ם צ"ל דאבידה מדעת דהכא אין פירושו כמו אבידה מדעת דהתם, והוא דוחק גדול. והקצה"ח כתב ע"ז וז"ל, ולענ"ד אין זה מן המדה, במה דכיל הש"ך דאבידה מדעת כיון דאשכחן בחד דוכתא דהוה הפקר דהכי הוא בכ"מ. ומביא ראי' להיפוך, מב"ב פרק הספינה דף פ"ז והתם ודאי הלשון אבידה מדעת אינו הפקר עיי"ש באריכות. והקצה"ח דוחה ראיית הש"ך ואדרבה מדאשכחן בפרק הספינה שם דודאי אינו לשון הפקר א"כ ראוי לומר בכ"מ דאינו לשון הפקר כדברי הרמב"ם. ומסיים כיון דפירושו מתחלף כאן, א"כ ראיית הש"ך אינו, וכתב דלפענ"ד נ"ל להיפוך, דאם ראוי לומר שלא יתחלף לשון אבידה מדעת פעם בלשון הפקר ופעם לא, כמ"ש הש"ך, א"כ נראה לומר דמוכח יותר כדברי הרמב"ם דאבידה מדעת בכל דוכתי בש"ס אינו לשון הפקר מדאשכחן פ' הספינה כן, ומדחה הראי' מב"מ, דהלשון אבידה מדעת שם במכנשתא דבי דרי אינו מטעם הפקר אלא מצד יאוש, משום דהתם פריך הגמ' לאביי דסבר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הא לא ידע דנפיל

מיני' ומשני במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת הוא. — ובאבידה מדעת לא שייך באיסורא אתי לידיה. לדעתינו התירוץ פשוט, כמו שרש"י מסביר, שלא נפלו ממנו ומדעת הניחם הפקר, ולכן אמרינן שמתייאש מיד שהניחם. — כמו במעות מפוזרות שרש"י מפרש התירוץ עשוי למשמש, וקודם שמצאו זה נודע לבעלים שנפלו ונתיאשו, וכן כל התירוצים שם. אבל הקצוה"ח מסביר דאפילו אתי לידיה קודם יאוש, קני לה ביאוש שאח"כ באבידה מדעת דכיון דלא שייך באיסורא אתי לידיה דמדעת הניחם שם, דלא נתחייב בהשבה כלל ואינו שומר כלל, לפי מ"ש הרמב"ן בס' המלחמות, והוי כמונח בקרקע ונקנית אפילו בתר דאתי לידיה קודם יאוש ביאוש דאח"כ עיי"ש באריכות. היוצא לנו מדברינו, שסברתינו שאמרנו מקודם שדבר שאינו מקפיד, דזהו הוה כמו אבידה מדעת במכנשתא דבי דרי שמדעת הניחו שם, ומטעם יאוש אנו דנין גם בזה, ושאני "מהפקר גמור" הוא סברא נכונה. ויש לנו ג"כ ראיות ע"ז. דעיין בגמ' שבועות דף כ"ו דאמר שם שמואל דאף אם גמר בלבו בנדר צריך להוציא בשפתיו שנאמר לבטא בשפתים ואז עובר על בל יחל דברו אבל בסתמא כמו בדבר שאינו מקפיד שלא דיבר כלל איך שייך לומר שעובר על בל יחל דברו? — וכן עיין ברמב"ם הלכות נדרים הל' ב' וז"ל: אין הנודר נאסר בדבר שאסר על עצמו עד שיוציא בשפתיו ויהי' פיו ולבו שוין. וכן עיי"ש בהל' י"ד כתב: ההפקר אעפ"י שאינו נדר, הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו. ומה הוא הפקר, הוא שיאמר אדם נכסים אלו הפקר בין במטלטלין בין בקרקעות. — משמע מלשוננו, דאם לא אמר בפירוש אעפ"י שעשה מעשה כמו שהשליך כיסו לרה"ר לא הוי הפקר. ובאבידה מדעת בב"מ מטעם יאוש אמרינן שם בגמ', כסברת הקצוה"ח שהבאנו, ואנחנו הוספנו נופך משלנו, דגם בדבר שאינו מקפיד הוה כמו במכנשתא דברי דרי דג"כ מדעת הניחו שם, וממילא לא שייך בזה הפקר הרי הוא כנדר. וגם לא שייך הכלל עד שיפקיר לכל.

ועיין בגמ' בבא קמא קט"ז ע"א, במעשה דרב ספרא, דשדר חמרא לארי לאכול, ולא אכל, דקדים רב ספרא קודם שיחזיק בו אחר חכה ב"י. דהגמ' פריך, נהי דכי אפקריה אדעתא דאריה אפקריה אדעתא דכו"ע לא אפקריה, ולמה לי' להקדים לזכות? והנה אף שהלשון בגמ' שם הוא בלשון הפקר, אבל באמת הכוונה הוא שמטעם יאוש הוא. ועיין בתוס' שם שמחלק בין יאוש לגמרי ובין אינו מתייאש לגמרי, וממילא עדיין הוא שלו ולכן פריך הגמ' שפיר, למה לי' להקדים. וזהו כדברינו לעיל. ועוד יש לי ראיות על זה, ואכמ"ל. —

ואסיים. במה שהתחלתי ליישב קושיית הנודע ביהודה על הרמב"ם, במה שפסק בהלכות אישות פרק ה' הל' ח' בדין שאם נכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל שלא ברשות וקידש בו אשה דאינה מקודשת משום דהוי גזל, אבל אם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זה מקודשת מספק. והקשה דבטח יקפיד לאינו יהודי, וא"כ לגבי ישראל הוי גזל גמור ואינה מקודשת כלל, לשיטתו דאינו מקפיד סתמא לא עדיף מדבר שהפקיר בפירוש, וא"כ צריך להיות הדין בהפקר סתמא, באינו מקפיד כמו בהפקר בפירוש שיהי' הפקר לכל העולם גם לאינו יהודי, ובטח יקפיד לאינו יהודי, וא"כ הוי גזל גמור לגבי ישראל ואינה מקודשת כלל. — ולדברינו דהפקר סתמא, אינו כמו הפקר בפירוש, רק מצד יאוש הוא, וממילא אף שמקפיד לאינו יהודי אינו חיסרון לגבי ישראל, ואינו גזל גמור. אבל משום איסור ראשת איש אנו מחמירים שתהי' מקודשת מספק אפילו שיהי' כאן ספק ספיקא, א) שמא אינו שוה פרוטה אפילו במדי, ואת"ל דשוה אפשר דאינו מקפיד כלל. דכן משמע מלשון הרמב"ם דאמר סתם מקודשת מספק באינו מקפיד בכל אופנים, מצד חומרא דאשת איש, ושונה לגמרי מספק ממון עניים שאמרנו לעיל שיש חילוק בין ספק אחד לספק ספיקא, משום דספק ממון עניים לא הוי ספק איסורא אלא ספיקא דממונא וכשיטת הר"ן לעיל, והרמב"ם פסק רק בספק אחד לחומרא כאת"ל, אבל לא בספק ספיקא בממונא, אבל באיסור אשת איש בודאי הדעת נוטה להחמיר אפילו בספק ספיקא, ועיי"ש בלח"מ שהקשה כן דאי האי אגוז או תמרה מיירי בדאינו שו"פ דהול"ל דאינה מקודשת מטעם ס"ס, כנ"ל. ובפשוטו נראה לחלק כמו שכתבנו, דטפי יש להחמיר באיסור אשת איש מבנדרים וכמו שנתבאר.

ודרך אגב, אציג פה מה שנ"ל ליישב קושיית רע"א בס' דרוש וחדוש למס' גיטין (ט.) בד"ה משום דלאו כרות גיטא, וז"ל: לפירש"י ותוס', בכותב עצמך וכל נכסי קנויין לך חוץ מקרקע פלוני מהני, כיון דלא שייר מידי בתיבת שיחרור דהיינו לעצמך. אבל הר"ש כתב דלאו כרות גיטא כיון דיש זכות האדון בשטר זה במה דכתב חוץ מקרקע פלוני הוה כאילו השטר אגוד גביה ולא מקרי כריתות, ולפי"ז גם במפרש עצמך וכל נכסי חוץ מקרקע פלוני לא מהני ג"כ — והקשה לשיטתו, מסוגיא דלקמן בגיטין (מ.) דאמר לה צאי בו והתקדשי בו ד"מ סבר יש בלשון הזה לשון שיחרור, נימא ג"כ אף שהוא לשון שיחרור מ"מ כיון דנכתב בו ג"כ זכותו דהתקדשי בו לא מקרי כריתות? ועיי"ש שהאריך קצת בתירוץ. — ולענ"ד

נ"ל דנוכל לתרץ בקיצור בפשטות החילוק. דבעבד הבעה"ב הוא תמיד שותף בשטר השיחרור הזה, אף לאחר שמשחרר את העבד דיש זכות להאדון במה דכתוב בו חוץ מקרקע פלוני, ולכן הוא כאילו השטר אגיד גביה תמיד ולכן לא מקרי כריתות לשיטת הר"ש, אבל התם בענין צאי בו והתקדשי בו הוא כמו גיטה וידה באין כאחד, וכמו דאמרינן שם בגיטין (כ:) בנתן לה גיטה על טס של זהב, ואמר לה התקבלי גיטך והתקבלי כתובתך, דהדין הוא דנתקבלה גיטה ונתקבלה כתובתה אף דיהיב לה בתורת פרעון אבל כיון דבאין כאחת אין זה חסרון, ולכן נ"ל דג"כ בנידון דידן נוכל לומר דכיון דבאין כאחת גיטה וידה אין כאן חסרון ומקרי כריתות. — אך קשה לי בהרי זה גיטך והנייר שלי דאמרינן שם דאינה מגורשת, ורש"י מסביר הטעם משום דכיון דהנייר שלו לא נתן לה כלום, דנמצא אותיות פורחות באויר, אמאי לא נוכל לומר בפשטות משום דהוא אגוד גביה דהנייר שלו הוא. ז"א דאפילו אם חשבינן דהנתינה כעת הוא נתינה, מ"מ יש כאן חסרון מצד אגוד גביה, כמו נתן לה גט ומשיחה בידו, כיון דיכול לנתקו ולהביאו אצלו אין זה כריתות ואינה מגורשת, כ"ש כאן שעצם הנייר הוא שלו בודאי הוא חסרון מצד אגוד גביה. — ואולי אפשר לומר, דזהו ג"כ כוונת רש"י ז"ל, משום דהדין הוא דלא יוכל לגרשה בדיבור לבד בלא שטר משום דאותיות פורחות באויר, רק דצריך ליתן לה את הגט ויהי' שייך לה שיהי' נשאר אצלה. וממילא כיון שאינו רוצה ליתן לה את הנייר אפילו לכתחילה, רק רוצה לגרש לה בדיבורו, אף שאמר לה, הרי זה גיטך, אבל כיון שהנייר שלו הוא, הוא כמו אותיות פורחות באויר, ולכן הוא בעצם הגט אגוד גביה ואין זה כריתות ואינה מגורשת. אבל באמת נ"ל שאין לשון רש"י ז"ל משמע שכן כוונתו, דא"כ העיקר חסר מן הספר, דהחסרון הוא מצד אגוד גביה. וצ"ע.

