

שהשוכר יאמר תזכה לי חצרי מ"מ כיון שבשעת הזכיה אינו עומד בחצר יכול השוכר לזכות לעצמו.

ונראה לבאר לפימ"ש"כ לעיל דהא דמהני קנין בחצר שאינו משתמר בעומד בצידו הוא משום שעי"ז מבטל עצמו לחצר, ואז כשאומר תזכה לי חצרי הוי כאלו שהחצר עצמה פועלת את מעשה הקנין, והשתא א"ש דבצבי שבור כההיא דסי' ר"ס והתם אין החצר משתמרת אלא דדריס שם ועי"ז החצר משתמרת, א"כ מה שהחצר קונה הוא משום שעתה משתמרת היא, וכיון שהשימור נעשה ע"י שניהם שפיר קנו שניהם, אבל בזבליס השמירה היא משום שהחצר גדור ונעול, וא"כ הוי משתמר לדעת משכיר ושפיר קונה משכיר לחוד.

וא"ש דנקט השו"ע צבי שבור דבכה"ג בעינן שיאמר תזכה לי חצרי. ע"ש.

והנה אף כי הדמיון לפועל שפ"ד מ"מ אי"ז דומה כלל לההיא דסי' ר"ע, ראשית דחזינן ברמ"א (סי' שי"ג ס"ג) דלא ס"ל כהנה"מ, שהרי כתב שם שאם דיבק השוכר כלי תחת הבהמה לקנות זבליס קנה השוכר, ולהנה"מ בכה"ג אפי' יפלו הזבליס על הארץ נמי יזכה השוכר, ועוד דהתם בפועל כשאומר לו הבעה"ב שיזכה עבורו מציאות ע"כ היינו שמראה לו מקום המציאות ובכה"ג שפיר קונה הבעה"ב, אבל באופן שיראה הפועל מציאה ויאמר לו הבעה"ב זכה לי מציאה זו ודאי דאין הפועל חייב לזכותה הבעה"ב ויכול לזכותה לעצמו, וא"כ גם בזבליס אף

סימן קנא

בענין יאוש שלא מדעת

[כא, ב] בגמ', איתמר יאוש שלא מדעת אביי אמר לא הוי יאוש ורבא אמר הוי יאוש וכו', ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה, הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות וכו' הרי שבא בעה"ב ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה וכו', אמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע, תרגמה רבא אליבא דאביי דשוויה שליח וכו' דאי סלקא דעתך דלא שוויה שליח מי הוה תרומתו תרומה, והא אתם גם אתם אמר רחמנא מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, וזה היה הס"ד בגמ' לדמות תרומה ליאוש דבעלים, וזה הלא מדעת ה"ה בתרומה יכול כל אדם לתרום אפי' שלא מדעת בעה"ב היכא דאיכא ניהותא דבעלים, וזה היה הס"ד בגמ' לדמות תרומה ליאוש שלא מדעת. וע"ז מקשה מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, והיינו דאף כששליח תורם בעינן לדעתכם דבעלים ולעולם הבעלים עושים חלות התרומה, ומשו"ה לא מהני שלא מדעת אפי' לרבא וע"כ דהברייתא איירי דשוויה שליח.

ולפי"ן הא דמייתי הגמ' מאתם גם אתם לרבות שלוחכם, אין זה אמור דוקא בתרומה דלא מהני שלא מדעת בעה"ב, אלא דבכל חלויות בעינן דעת בעלים, אלא דבתרומה ס"ד דאין הבעלים צריכים לפעול החלות וכו"ל, וע"ז משני דאף תרומה

איתמר יאוש שלא מדעת אביי אמר לא הוי יאוש ורבא אמר הוי יאוש וכו', ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה, הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות וכו' הרי שבא בעה"ב ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה וכו', אמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע, תרגמה רבא אליבא דאביי דשוויה שליח וכו' דאי סלקא דעתך דלא שוויה שליח מי הוה תרומתו תרומה, והא אתם גם אתם אמר רחמנא מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, וזה היה הס"ד בגמ' לדמות תרומה ליאוש דבעלים, וזה הלא מדעת ה"ה בתרומה יכול כל אדם לתרום אפי' שלא מדעת בעה"ב היכא דאיכא ניהותא דבעלים, וזה היה הס"ד בגמ' לדמות תרומה ליאוש שלא מדעת. וע"ז מקשה מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, והיינו דאף כששליח תורם בעינן לדעתכם דבעלים ולעולם הבעלים עושים חלות התרומה, ומשו"ה לא מהני שלא מדעת אפי' לרבא וע"כ דהברייתא איירי דשוויה שליח.

ונראה לבאר, דזה פשוט דכדי לפעול חלות לא מהני הא דמהשתא ניהא ליה מעיקרא נמי ניהא ליה, דכדי לפעול חלות בעינן ש"יקנה" ואם אינו מקנה לא מהני, ואינו ענין לפלוגתא דאביי ורבא, וכל הפלוגתא הוא רק באופן דבעינן ניהותא וכגון ביאוש דאין כאן ענין חלות, רק היכא

הוי כשאר חלויות וכמשנ"ת. ונראה ראייה ברורה לזה מגמ' קידושין (נב, ב) דקאמר ההוא אריסא דקדיש בפרומא דשיכרא אתא מריה דשיכרא אשכחיה א"ל אמאי לא תיתיב מהאי חריפא, אתא לקמיה דרבא אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד וכו' אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד ואינה מקודשת, ובתוס' ד"ה אם כתבו דצ"ל גבי פרומא דשוויה שליח דאל"ה לא מייתי כלום מכלך אצל יפות דהא בב"מ מוקי לה בדשוויה שליח עיי"ש. הרי דינא דאתם גם אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם אינו דין מיוחד בתרומה דבעינן שהשליח יתרום מדעת בעה"ב, אלא בכל חלויות דינא הכי דבעינן דעת בעלים, דהא סוגיא דהתם קיימא כרבא דסבר דאמרינן מדהשתא ניחא מעיקרא נמי ניחא ולמאי בעינן לאוקמי דאיירי דשוויה שליח, וע"כ דהוא דין בכל חלות דבעינן דעת בעלים.

אך לפי"ז קשה טובא על מש"כ הפוסקים דמותר ליטול אתרוג של חברו או לישב בסוכת חברו שלא מדעתו משום דניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה, ואע"ג דהשתא מיהא לא ידע, והרי התם בעינן הקנאה דהא באתרוג בעינן לכס, ולפמש"נ דלאשוויי חלות לכו"ע בעינן דעת בעלים ולא אמרינן מדהשתא ניחא מעיקרא נמי ניחא, א"כ האיך מהני שלא מדעת. ועי' בקצה"ח (סי' רס"ב סק"א) שהקשה כן להלכה דקיי"ל כאב"י דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, אולם לפמש"נ תיקשי אף לרבא, ותירץ על פי מש"כ הב"י ליתובי שיטת הרמב"ם דפסק (בפרק ד' מהל' תרומות הלכה ג') דדינא דכלך אצל יפות אמרינן אפי' בדלא שוויה שליח דלא כמסקנת הגמ' בסוגיין, וכתב הב"י דהרמב"ם סמך על הסוגיא דקידושין הנ"ל דלא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד ולא הזכיר דאיירי דשוויה שליח, ומשום דמצוה שאני כדמפרש הגמ' להלן בעובדא דאמימר וזוטרא, והיינו משום דבמצוה ניחא ליה ולא בעינן דעתו להדיא ומהני אף שלא מדעת, ולפי"ז ניחא דמהני באתרוג ליטול מחבירו שלא מדעת דמצוה שאני.

ועדיין צריך ביאור, דהלא הבעלים צריכים להקנותו ומה מהני הא דהוי מצוה וניחא ליה, מ"מ הרי לא הקנהו. ועו"ק דבקצה"ח (סי' רמ"ג סק"ח) מביא שיטת תרומת הדשן דיכולה

משרתת להפריש חלה מעיסה של בעלת הבית שלא ברשותה היכא דאזיל לאיבוד דהוי זכות, והקשה עליו מגדלים (לו, ב) דאיבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעת בעלים או אינו צריך דעת בעלים כיון דהוי זכות, והרשב"א והתוס' שם הקשו מה מהני מה דניחא ליה והלא בעינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, ותירצו דהני מילי בתורם משל חבירו על של חבירו הוא דבעינן לדעתכם אבל משלו על של חבירו לא בעינן לדעתכם, ואין הדבר תלוי אלא אי הוי זכות דזכין לאדם שלא בפניו. ולפי"ז הקשה הקצה"ח על התה"ד האיך מועיל מה שהמשרתת מפרשת מעיסת בעה"ב בלי רשותה ואף אי הוי זכות, והלא הוי משל חבירו על של חבירו ולא מהני וכמש"כ הרשב"א. ולפי מה שהבאנו לעיל תיקשי נמי על מש"כ הקצה"ח בעצמו (בסי' רס"ב) דבמצוה מהני לתרום שלא מדעת בעה"ב דמצוה שאני דניחא ליה, והלא הוי זכיה מאדם ולא מהני.

אמנם נראה דדבר זה אי זכין מאדם שלא בפניו או לא תליא בפלוגתא, דיעויין באבני מילואים (סי' ל"ו סק"ב) שהביא דברי הב"ש דאם אשה גילתה דעתה דניחא לה להתקדש לזה, יכול לזכות לה שום אדם ולקבל בשבילה קידושין שלא בפניה, וכתב האבני מילואים דאין להוכיח דבר זה ממש"כ הרא"ש בקידושין (פרק ב' סי' ו') וכ"ה בשו"ע (אבה"ע סי' ל"ה סעיף ד'), דאיש שגילה דעתו ואמר לשליח לשדך לו אשה פלונית והלך השליח וקידשה דהויא מקודשת דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו, דרק להאיש מועיל זכיה משום דהזכיה הוא לאדם, אבל היכא דרוצה לזכות קידושין בשביל האשה שתהא האשה מתקדשת לאיש הוי זכין מאדם ולא מהני וכמש"כ הרשב"א בנדרים הנ"ל.

ודברי האבני מילואים צ"ע, דלכאורה צ"ב מ"ש זכין לאדם דמהני מזכין מאדם דלא מהני הא תרומתו מידי דזכות הוא, וצ"ל דהגדר הוא דזכיה מהני רק היכא דלא בעינן דעת הזוכה וכגון בלקנות, דקנין מצד המקנה לחוד ג"כ מועיל, וראיה לזה מהא דקטן קונה מדאורייתא היכא דאיכא דעת אחרת מקנה, ולכך יכול אדם לקנות בשבילו היכא דזכות הוא לו, אבל להקנות דבעינן דעת המקנה בשביל חלות ההקנאה לא מהני היכא דאדם אחר

דניחא ליה זכות הוא לו אנן סהדי שמחשבתו ודעתו שכל מי שיעשה בשבילו הוי כשלוחו והוי כדעת המקנה.

וא"כ לפי"ז צריכין לומר דהא דסובר הרא"ש דיכולין לקדש אשה לאיש משום זכות, משום דס"ל דזכות חשיב כאילו עשהו שליח ממש וטעמא דמילתא כמו שכתבו בתוס' בכתובות (יא, א) דכוונתו דכל מי שירצה לעשות זכות עבורו שיעשה שליח, וא"כ ס"ל דגם זכין מאדם אמרינן וכן ס"ל להרמב"ם ומשו"ה מהני אף בתרומה משום נוחותא דמצוה כמו שכתב הב"י ז"ל דאף בהפרשת תרומה הוי זכין מאדם אבל מ"מ מהני משום דחשיב כאילו עשהו שליח וכן סובר התה"ד ז"ל, אבל הרשב"א ס"ל דזכיה ל"ה כאילו עשהו שליח ממש הלכך לא מהני היכא דזכין מאדם הוי.

עושהו בשבילו, ואפי' אי הוה זכות כל זמן שלא מינהו שליח אינו כהבעלים ולא מהני להקנות.

ולפי"ז עולים הדברים היפך ממש"כ האבני מילואים, דזכיה בשביל האשה שתהא מקודשת צריך להועיל כיון דאין האשה פועלת בחלות הקידושין, וכמש"כ הר"ן נדרים (ל, א) דהאשה רק מפקרת עצמה להאיש, ומשו"ה יכול אדם אחר לקבל הקידושין בשבילה, משא"כ לזכות להאיש בדין הוא דלא יועיל דהא האיש פועל חלות הקידושין, וכ"ז שלא מינהו שליח אין בכוחו לפעול החלות והוי כזכין מאדם דלא מהני וכמשנ"ת. ומדכתב הרא"ש דאיש שגילה דעתו לקדש והלך אחד וקידשה לו דהנ"ל קידושין, שמעינן דהרא"ש פליג ארשב"א וס"ל דאף זכין מאדם אמרינן, דכיון

סימן קנב

בענין אבידה מדעת

בש"ס ריש אלו מציאות (כא, ב) גבי מכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת הוא, ופירש"י דאבידה מדעת הוא שלא נפל ממנו ומדעת הניחם הוי הפקר, אלא דאבידה מדעת בכל דוכתי פירושו שהוא הפקר, ולהרמב"ם צ"ל דאבידה מדעת דהכא אין פירושו כמו אבידה מדעת דהתם והוא דוחק גדול, עכ"ל.

ובקצוה"ח (סי' רס"א סק"א) כתב דיש מקומות שאבידה מדעת הוי הפקר כמו שהוכיח לעיל, ויש מקומות שמוכח דאבידה מדעת לא הוי הפקר, וכמו שמוכח מגמ' ב"ב (פז, ב) דאמרינן שם, בשלמא באיסר ושמן פליגי דרבנן סברי לאודועי שדריה ור"י סבר לשדורי ליה שדריה, אלא צלוחית אבידה מדעת היא וכו', ומסיק שנטלה למוד בה אחרים ושואל שלא מדעת גזלן ועל האיסר חייב משום שהפונדיון נשאר אצלו, ואם היה מחזיר הפונדיון עצמו גם בזה פטור כיון דהוי נמי אבידה מדעת וכו'. ואי נימא דאבידה מדעת הוי הפקר ומותר לכל אחד ליקח בעד עצמו, א"כ אמאי חייב

[כא, א] כתב הרמב"ם (פרק יא, מהל' גזילה ואבידה הלכה י"א), וז"ל: "המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו, כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת והלך לו לדרכו וכו', ואע"פ שאסור לרואה ליטול דבר זה לעצמו, אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד מדעתו" עכ"ל. ועיין בטור (סי' רס"א) שהביא דברי הרמב"ם דאסור ליטלה לעצמו, וכתב שכן כתב הרמ"ה, וסיים: "דאין נראה כן דאבידה מדעת הוי הפקר". ועיין בש"ך (סי' רס"א סק"ג), שכתב דהא דכתב הב"י ע"ז דלאו מילתא היא, הוא משום שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שיפקירם וכו', ומסיק הש"ך וז"ל: "דלא ירדו לסוף דעת הטור, דאין כוונת הטור להשיג על הרמב"ם מסברא כיון שאין מפקח על נכסיו מפקירם, אלא כוונתו להשיג, דאבידה מדעת דאמרינן בכל מקום בש"ס פירושו דהוי הפקר, וכמו שמוכח גבי אשפה שאינה עשויה לפנות דקאמר בש"ס (כה, ב) דאבידה מדעת היא, והיינו דהפקר הוי והוא שלו, וה"נ מוכח

על השמן אפי' למ"ד לאודועי ליה שדריה, כיון שזכה הפונדיון מן ההפקר וכל מה דיהיב בעד הפונדיון אינו אלא מתנת חנם, וא"כ מוכח דאבידה מדעת אינו הפקר. ומה שהביא הש"ך ראייה מפרק אלו מציאות דבמכנשתא דבי דרי עסקינן וכו', אין ראייה, דהתם פריך לאביי דסבירא ליה יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואף על גב דמייאש לבסוף לא מהני דבאיסורא אתי לידיה, ופריך הש"ס מפירות מפוזרין הרי אלו שלו אף על גב דלא ידע דנפל, ומשני במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת הוי, והיינו כיון דמייאש לבתר דידע מהני היאוש, ואף על פי שבכל מקום הוי באיסורא אתי לידיה ולא מהני מה שנתייאש בתר הכי, אבל הכא כיון דאבידה מדעת הוי ל"ה באיסורא אתי לידיה ואם נתייאש אחר כך מהני, דטעמא דבאיסורא לא מהני תו היאוש כתבו התוס' במרובה (סו, א ד"ה ה"נ) דהוא משום דכבר נתחייב בהשבה עיי"ש, ובאבידה מדעת כיון שאינו מחוייב בהשבה — כמבואר ברמב"ם הנ"ל דכתיב אשר תאבד פרט למאבד מדעתו — לכך אם נתייאש אחר כך מהני היאוש וקני. ויותר נכון לפי מה שכתב הרמב"ן במלחמות דטעמא דבאיסורא אתי לידיה לא מהני היאוש, הוי מטעם כיון שמחוייב להחזיר ומגביה להשיבה נעשה שומר על האבידה ויד שומר כיד הבעלים ויאוש ברשותו לא מהני, אבל באבידה מדעת דאינו מחוייב להחזיר אין נעשה שומר דבעלים ומהני יאוש דאחר כך דהוי כמונחת על גבי קרקע והוי כמגביה לאחר יאוש דקני, ע"כ דברי הקצוה"ח עיי"ש. אבל באמת קשה לומר דהתירוצ' של הש"ס דאבידה מדעת היא, היינו דאינו מותר ליטלה לאלתר לעצמו רק לאחר יאוש כמו שר"ל הקצוה"ח, דבפשוטו משמע דמיד הוי שלו.

ו"ל דהנה הרמב"ן כתב במלחמות על הא דאמרין (כו, ב), ואמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש על מנת לגזלה עובר בכולן, וז"ל: "דהיינו טעמא דגזילה ואבידה היא זו, ואבידה היא נקנית ביאוש היכא שלא נטלה וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם, ואת"ל נקנית דמים מיהא משלם, וזו כיון שנטלה לגזלה ולא להשיבה הרי הוא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה, דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא ע"מ לגזלה קודם יאוש דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו

כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש וישנה ברשות הבעלים, אבל היכא שנטלה ע"מ לגזלה הרי הוא לבעלים כמונחת ע"ג קרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין 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 עכ"ל. ובשטמ"ק מבאר דברי הרמב"ן יותר, וז"ל: דהא דלאו דגזילה ניתק לעשה, היינו גזילה גרידא שלעולם אינה נקנית שלא יהא מחוייב אפי' בהשבת דמיה, אבל הכא דין אבידה פתיך ביה דאבידה מדעת היא וכו', עכ"ל. וקשה דנהי דהשב תשיבם דאבידה לא קיים דנקנה לגמרי ביאוש, אבל והשיב דגזילה יקיים דהא גזילה אפי' אחר יאוש מקיים.

והנראה ליישב כל הני, דהנה יש לחקור, מה פעלה התורה כאשר ציוותה העשה דהשב תשיבם, ד"ל דבלא הציווי הוי אמינא דאמנם אסור ליטלה לעצמו אבל לטפל ולהשיבה נמי לא חייב, וציוותה התורה להשיב אבידה דחייב לטפל ולהשיבה, או דילמא בלא ציווי התורה הו"א דמותר לו לקחת לעצמו, דכיון דאבוד ממנו אין כאן גזילה, וליכא לאו דגזילה רק כשגזלה מידו או מרשותו, וציוותה התורה דאע"פ שאבוד ממנו אסור לו ליטלה לעצמו וחייב לטפל ולהשיבה לו.

ונראה דבזה תלוי ההו"א והמסקנה דגמ' ב"ק (קיג, ב), דאיתא התם אמר ר"ש חסידא גזל עכו"ם אסור אבידתו מותרת וכו', מנין לאבידת עכו"ם שהיא מותרת שנאמר לכל אבידת אחיך, ואימא הני מילי היכא דלא אתי לידיה דלא מחייב לאהדורי בתרה, אבל היכא דאתי לידיה אימא ליהדרא, אמר רבינא ומצאתה דאתי לידיה משמע, ופירש"י ואפ"ה אחיך ולא עכו"ם. דבההו"א סבר דגזל עכו"ם אסור ובאבידה בישראל בלא חידוש התורה הוה ידעינן דאסור ליטלה לעצמו, רק התורה חידשה דחייב לטפל, משו"ה מקשינן בגמ' ואימא הני מילי היכא דלא אתי לידיה דאינו חייב לטפל בה, דבעכו"ם לא ציוותה התורה ליטפל ולהשיבה לו, אבל היכא דאתי לידיה ליהדרא דגזל עכו"ם אסור וא"כ אסור ליטלה לעצמו מדין גזל, ומשני רבינא ומצאתה דאתי לידיה משמע, דבאבידה בישראל בלא פסוק הו"א דמותר לקחת לעצמו

ליכא איסור גזל ולכך מותר ליטלה לעצמו, וא"ש הקושיות שהקשינו לעיל, דכל שאין מחוייב להחזיר מותר לקחת לעצמו. ובדעת הרמב"ם צ"ל דס"ל דבלאו קרא דהשב תשיבם נמי היה אסור לגזול רק לא היה מחוייב לטפל בה ולהשיבה, וא"כ בנ"ד נהי דאין מחוייב בהשבה מקרא דאשר תאבד פרט למאבד מדעתו, מ"מ אסור לו לקחתה לעצמו, דזה אף ללא קרא היה אסור וכמשנ"ת.

וחידשה התורה דאסור ליטלה לעצמו וחייב להחזירה, וזהו דוקא באחיך ולא בעכו"ם דבעכו"ם כיון דליכא מצות השבת בידה מותר לקחת לעצמו ואפי' היכא דאתי לידיה, וזה נכון.

ובזה מבואר דברי הטור שכתב דאבידה מדעת הוה הפקר ומותר ליטלה לעצמו, והק' הב"י אטו משום שאינו חושש לפקח על נכסיו נאמר שהפקירם. ולפמש"נ אתי שפיר דהיכא דאינו חייב להשיבה

סימן קנג בענין זוטו של ים

שתיאשו בפירוש, אבל בנהר שאין הפוסק א"צ יאוש בפירוש אלא אפי' בסתמא הוי יאוש, ע"ש. ודבריו לא מתפרשים בדברי הרמב"ם שהרי בנהר הפוסק הוי יכול להציל וא"כ למה כללו הרמב"ם עם ארי וכו' דהוי אינו יכול להציל.

והנה בדין זוטו של ים רבו השיטות, דדעת התוס' (כב, א ד"ה שטף) דזוטו של ים רחמנא שריא ולא מטעם יאוש הוא, ואפי' ודאי לא נתיאש נמי מותר, ומדעת הרמב"ם לכאורה משמע דהוא מדין יאוש שהרי כתב (פי"א מגזילה ואבידה ה"י) דהמוצא אבידה בזוטו של ים וכו' ה"ה של מוצאה וכו' שזה ודאי נתיאש ממנה, ע"ש, הרי שכתב הטעם מטעם יאוש, ולפי"ז היכא שאין הבעלים יודעים שנאבד מהם הו"ל יאוש שלא מדעת וקיי"ל כאביי דאינו יאוש, והוא כמש"כ המ"מ הנ"ל, ודעת הריטב"א דזוטו של ים הוא מטעם יאוש, שכתב בההיא דאיתא התם בגמ' (כב, א) אמימר ור"א אכלי, והקשה דהיכא אכלי, ותירץ דסמכו עצמם דודאי יהא ניחא למרי ב"א שיהנו ת"ח מנכסיו, ומה שהקשו ע"ז בתוד"ה מר, דהוי יאוש שלא מדעת, כתב הריטב"א דניחותא שיהנו ת"ח מנכסיו הוי להו כ"כ ברור עד דהוה לדידיהו כזוטו של ים. ובאמת בשיטת הריטב"א צ"ב דמה בכך דהוה ברור להו דניחא ליה, מ"מ הרי לא ידעו הבעלים, ואי נימא דטעמא דזוטו של ים הוא משום דהוה ודאי יאוש א"כ אמאי בדבר

[כב, א] כתב הרמב"ם (פ"ו מגזילה ואבידה הלכה א"ב) ח"ל: קורות עצים ואבנים ששטפו הנהר אם נתיאשו הבעלים מהן הרי הם מותרין והרי הן של מוצאן ואין צ"ל אם היו הבעלים מרדפין אחריהם, לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים וכו' ומן העכו"ם ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס אם ידוע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר, עכ"ל. ובהשגות כתב הראב"ד וז"ל: אילו דברי תימה הם, עכ"ל. ובאמת שדברי הרמב"ם צ"ב דהא מיירי במקום שאין יכול להציל שהרי השוה זאת למציל מהארי וכו', וא"כ הוי כאבודה ממנו ומכל אדם, ואפי' אי נימא דאבודה ממנו ומכל אדם מותר מטעם יאוש, אך מ"מ בסתמא ודאי הוי יאוש, והרמב"ם כתב אם ידוע בודאי שנתיאשו הבעלים. ולמאי בעינן שידע בודאי הא אף בלא ידיעה מותר מטעם יאוש, ואדרבא בעינן ידיעה שלא נתיאשו, ועי' במ"מ שכתב דאולי כוונת הרמב"ם דלא ידעו הבעלים שנאבד מהם והו"ל יאוש שלא מדעת, וע"כ היכא שאין ידוע אם נתיאשו והיינו שאין ידוע אם יודעים הבעלים שנאבד מהם, הו"ל ספק יאוש שלא מדעת, ואסור, ע"ש. ודבריו צ"ב דהא לפימש"כ בזוטו של ים היכא דלא ידע אי נפל מיניה הו"ל יאוש שלא מדעת, ובגמ' (כד, א) מבואר דבזוטו של ים לא פליגי אביי ורבא כלל, ובמל"מ כתב דהרמב"ם מיירי הכא בנהר הפוסק וע"כ בעינן