

בעל הפירות **דנפל מיניה**, והרי זה יאוש שלא מדעת! (22)?

אלא, מוכח מכאן, שיאוש שלא מדעת —

הוי יאוש! (23)

ודוחה הגמרא: **הא אמר רב עוקבא בר המא, שהכא במכנשתא דבי דרי עסקינן, וכפי**

מסוגיין מוכח שבספק יאוש אזלינן לחומרא! ותירץ בכסף משנה, שמה שאמרינן שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, היינו שאסור לו ליטול. אבל אם עבר ונטל — זכה, שהרי אין לו למי להחזיר, כיון שאין בה סימן, ואף למקום שנטל אין לו להחזיר, וממילא זכה במציאה. ואין אומרים יהא מונח עד שיבוא אליהו — אלא במקום שאמרו זאת. ועיין בדרישה [סימן ר"ס] מה שהקשה על דבריו.

והש"ך כתב בדעת הרמב"ם, שסבירא ליה שמה שאמרו שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, היינו שחייב להחזיר אם נתברר לו מיהו בעל האבידה, ואין אומרים שכיון שנתייאש בעליה — זכה בה המוצא. אבל כל זמן שלא נתברר לו, יכול לעשות בה מה שירצה. ולפי זה צריך לומר שמה שהקשתה הגמרא ממה ששינו במשנתנו "הרי אלו שלו", היינו משום ששמע למקשה, שגם אם נתבררו הבעלים בעדים וכדו', הרי הם של המוצא.

23. הקשה המהרש"א, מה ראייה ממתניתין, שמה אב"י סובר כרבה, שמקום לא הוי סימן, ושסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, ואם כן, אפשר להעמיד את משנתנו בדרך הינוח, וכפי שכתבו התוס' לעיל [עמוד א, ד"ה כריכות]!

ותירץ, שהקושיא היא לדידן, שקיימא לן כרבא שמקום הוי סימן, וסימן העשוי לידרס הוי סימן, ואם כן, על כרחך משנתנו מדברת בדרך נפילה. ואף קיימא לן כאב"י, שיאוש שלא מדעת — לא הוי יאוש, ואם כן, יקשה ממתניתין אהלכתא!

ויש שתירצו, שהתוס' נתכוונו לומר, שלמאן דאמר מקום הוי סימן, אפשר להעמיד את

במניח עירוב לכל הרוצה לילך לבית המשתה, שמועיל רק אם קיבל עליו מבעוד יום. ושואלת הגמרא: "שמעת מינה אין ברירה! דאי יש ברירה, תיגלי מילתא למפרע דמבעוד יום הוה ניחא ליה! אמר רב אשי: הודיעוהו ולא הודיעוהו קתני". ומפרש רש"י: לא הודיעוהו עד שחשכה, מאי ברירה איכא, הא לא הוה ידע דאיכא עירוב, דנימא דעתו עילויה! מוכח מדבריו, ש"יש ברירה" אינו עושה חוסר ידיעה כידעה.

22. כתבו הראשונים והאחרונים, שאף שנקטה הגמרא לשון "והא לא ידע וכו'", אין הכוונה שודאי לא ידע, אלא, שמה לא ידע שנפל ממנו. וכתב המגיד משנה [פי"א מהל' גזילה ואבידה, הלכה ה'], שמוכח מכאן, שספק יאוש שלא מדעת — אסור. וביאר הגרעק"א ברו"ח, שאף שהמוצא מוחזק בחפץ, מכל מקום מעמידים את המציאה בחזקת מרא קמא [וכתב בשערי ישר, דאף במטלטלין שייך חזקת מ"ק כנגד מוחזק, במקום שאין הבעלים עושים מעשה הוצא מרשותם ברצון ובכוונה].

והפנ"י לקמן [כה ב] כתב, שמעמידים את המאבד על חזקתו, שכשם שלא ידע על האבידה בשעת הנפילה, כך אינו יודע עתה, בשעה שהגביהה המוצא. ועיין בשערי ישר שהקשה עליו, שהרי זו חזקה דמעיקרא, וכנגדה יש חזקה דהשתא! עיי"ש.

ועיין במגיד משנה שם, שהקשה מסוגיין על דברי הרמב"ם, שכתב גבי ספק הינוח: "ואם עבר ונטל, אם היה דבר שאין בו סימן, זכה בו, ואינו חייב להחזירו", למה זכה בו, הרי בא לידו באיסור קודם יאוש, ואף שספק הוא, הרי