

דין שומר אבידה לעומת שומר פקדון: שנוי דיניהם לענין דין השבה, חיובי שמירה ודין רשותם

הגמ' (ב"מ כח.) אומרת בענין אבידה: "סימנים וסימנים יניח".
וברש"י (שם ד"ה סימנין וסימנין, יניח) מסביר שבאו שנים ונתנו כל אחד
סימניה, הדין הוא שיהא מונח עד שיבא אליהו.

ובחידושי הגרע"א (ד"ה סימני' וסימני') הקשה דמאי שנא סימנים
וסימנים דפוסקים "יהא מונח" מהא דאיתא בדף ב. לגבי שנים אוחזים
בטלית דאמרינן "יחלוקו"? הא לשיטת התוס' (ב. ד"ה יחלוקו), במקום
שהחלוקה יכולה להיות אמת, (כגון ששניהם אחזו הטלית בבת אחת או
שא' מקנה לשני חציו) הדין הוא יחלוקו, ובמקרה של סימנים וסימנים, הרי
יכולה להיות אמת משום די"ל דשמא האחד מקנה לשני חצי האבידה וצ"ל
הדין יחלוקו.

ובספר דגל ראובן להרה"ג ר' מיכל כץ זצ"ל (סי' ל"ג) מובא שבעולם
הלומדים (בשם הגר"ח ועי' בספרו על הש"ס סי' ש"ו) מתרצים דשאני גבי
סמנים וסימנים שמדובר באבידה ומש"ה יש מצות השבה, והדין יחלוקו
לא הוי השבה מעלייתא דבעי להשיב כל החפץ להבעלים האמיתיים¹.
משא"כ בשנים אוחזין שמדובר שמצאו הטלית בעיר שרובה עכו"ם (עי'
ברא"ש א' א') דאין כאן מצות השבה² רק ספק ממון ביניהם ומתוך כך,
הדין הוא שיחלוקו. אלא שיש מקשים ע"ז מקושיית הגמ' (דף ג.) על
שיטת ר' יוסי גבי מנה שלישי (היינו באחד שקיבל מעות בתורת פקדון מב'

¹ ועי' בתוס' הרא"ש בב"מ כח. וז"ל: "והשתא פריך שפיר מההיא שגול אחד מחמשה
ואינו יודע ממי גול דמניח גולה ביניהם ומסתלק מדבעי' השבה מעלייתא וכי שקלי
כולהו ואזלי ליכא השבה לנגול". הרי להדיא שלא מועיל חלוקה אלא בעינן השבה
מעליא.

² עי' בב"ק קיג. שאבידת עכו"ם מותרת ולא עוד אלא יש איסור להחזירו לו דמחזיק ידי
עוברי עבירה (רמב"ם הל' גזילה יא: ג.) וע"ז נאמרה "לא יאבה ה' סלוח לו" (עי' סנהדרין
עו: מימרא דר"י אמר רב). ובתוס' כתובות טו: ד"ה להחזיר מביא את זה כאיסור ממש
ולא סתם מליצה בעלמא.

אנשים, מחד מאתיים ומחד מנה ועכשיו אינו יודע ממי לקח מה) שפסק יהא מונח הכל (היינו כל השלש מאות נגד החכמים שפסקו דנותנים מנה לכל א' והשאר יהא מונח) למה במתני' דשנים אוחזים הדין הוא **יחלוקו** ולא **יהא מונח**? ומקשים האחרונים, דהא לפי חילוקו של הגר"ח הנ"ל בין אבידה לסתם ספק ממון, מה מקום לקושיית הגמ'? הרי במנה שלישי מדובר **בפקדון** שיש **מצות השבה** ומש"ה דינו שוה לדין **אבידה** דבעי "השבה מעלייתא". וא"כ, שפיר הוה אמרינן "יהא מונח" כמו גבי סימנים וסימנים, משא"כ בשנים אוחזין שמצאו את הטלית בעיר שרובה עכו"ם ומת"כ אין מצות השבה אף לר' יוסי יחלוקו.

ונראה לדחות טענת האחרונים, דהא השוואת חיוב ההשבה באבידה לחיובו **בפקדון** אינו מוכרח כלל, דהיכן מצינו דיש **מצות השבה** בפקדון? אלא נראה שדין השבה אצל שומר פקדון אינו בתורת **מצוה**, אלא היא חלק אינטגרלי של **חיובי שמירה** שלו. במלים אחרות, גדר חיובו הוא אך ורק מפאת **דיני ממונות**, אבל **מצות השבה** ליכא גביה כלל וכלל.³ משא"כ באבידה דכתיב ביה (דברים כ"ב:א) "השב תשיבם לאחריך", יש מצות עשה להשיב אבידה לבעלים. עפ"ז אין מקום לקושיית האחרונים על הגר"ח ממנה שלישי דשם מדובר **בפקדון** וכה"ג אין **מצות השבה** כלל אלא **חיוב ממון** בעלמא. ולכן אתי שפיר קושיית הגמ', דלמה לר' יוסי גבי מתני' דשנים אוחזין קתני "יחלוקו" ולא "יהא מונח", דשם ג"כ כל הנידון הוא בענין **ממון**, ואינו שייך לנידון של **מצוה**. משא"כ סימנים וסימנים מדובר באבידה ויש מצות השבה ולא סגי בחלוקה אלא הדין הוא "יהא מונח".

א. חיוב השבה לעומת מצות השבה בפקדון

ועוד יותר, מובא בקצה"ח (ש"מ:ד' בא"ד ולפענ"ד) שפסק דלענין פקדון לא שייך ביה **מצות השבה** ואפי' **חיוב השבה** מדיני **חיובי שמירה** ליכא. וז"ל "והוא משום דשומר אין עליו **חיוב השבה** כלל כל זמן שהוא בעין ודוקא גנב וגזלן הוא דמחייב בהשבה אבל שומר אינו חייב בהשבה

³ והאמת היא דכך מובא להדיא בריטב"א בב"מ פב: להסביר למה כל שומר חנם לא נעשית שומר שכר משום פרוטה דר' יוסף (עי' לקמן אות ב' שדנו בשיטתו באריכות) וז"ל: "וי"ל דגבי שומר כיון דמיד בעלים בא לו וכל עיקרו לא נחת אלא לשמירה דעלמא וקבלו סתם, אנן סהדי דלא נחת אלא להיות ש"ח ואע"פ דלא פירש כפירש דמי אבל באבידה שבאה לו שלא לדעת הבעלים ולא בא לו משום שמירה אלא משום **מצוה** אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דר' יוסף". הרי להדיא שחילק במה **שאבידה** היא **מצוה** לעומת **פקדון** שהיא רק **התחייבות מדעת**.

אלא כל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהם... והרי מבואר דכל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפילו מצות השבה אינו בשומרין...אלא אם הבעלים רוצין בפקדונם, הולכים לביתו של שומרים ולוקחין את אשר להם".⁴

היוצא לדעת הקצה"ח ב' נקודות: א' שאין מצות השבה כלל גבי שומר פקדון. ב' אף אין חיוב השבה, אלא הבעלים יצטרכו לבוא אצלו ולקח חפצם.^{5,6}

ב. שומר אבידה: דינו כשומר חנם או שומר שכר?

בנוסף להחילוק הנ"ל בדיני השבה, גם בעצם חיובי שמירה של שומר אבידה ושומר פקדון איכא שינויים מסויימים. מצינו (ב"ק נו:): גבי שומר אבידה מח' בין רבה ור' יוסף אם לדונו כשומר חנם (רבה) או כשומר

⁴ ועי' בנתה"מ (פ"ו:א) שחולק על הקצה"ח ולדעתו יש חיוב השבה והביא רא' ממה שמצינו גבי שומר פקדון דחשוב איני יודע אם פרעתי וחייב, ואילו להקצה"ח יצטרך להיות איני יודע אם הלוינתי ופטור. ברם, אפילו לשיטת הנתיחה"מ, נראה לומר דחיוב איכא, אבל מצוה ליכא, דרק באבידה יש מצוות השבה משא"כ בפקדון.

⁵ מלשון הקצה"ח לבסוף שכתב "ואפי' מצות השבה אינו בשומרים" משמע דיותר פשוט לו שיהי' חיוב השבה ממצות השבה וזה היפוך הדרך שהבאתי עד כאן. ולכאור' הדבר צריך עיון, דמסברא גבי פקדון יהא חיוב מצד הדין שהרי התחייבות מדעת היא מה שקיבל השני על עצמו להיות שומר אבל להגיד שיש מצוה דרחמנא לכאור' בעינן קרא, דמהיכי תיתי לחדש מצוה (בניגוד לשומר אבידה שהתורה מינה לו לשומר והיינו חלק ממצות השבה דרמי עליה)? ! ובדומה למה שמצינו גבי הלואה שיש מח' אי פריעת בע"ח מצוה (עי' סוגיא ארוכה ערכין כב. אי יורשי הלוה חייב לפרוע חובת אביהם אי לא) דודאי בעי קרא (רש"י כתובות פו. מביא הפסוק של "הינן צדק" דרשינן שיהא הן שלך צדק ובשיטמ"ק שם מביא בשם הר"י הפסוק של "והאיש אשר אתה נושה בה יוציא אליך את העבוט"). אבל הפשטות היא דלא כן, אלא חיוב ממוני יש לו כמו בכל התחייבות מדעת וכן היא הפסק להלכה (שם ערוכין כב.). ולכאור', ה"נ דשמירה דומה להלואה דהוי התחייבות מדעת.

⁶ ונראה להוסיף שכן משמע בגמ' ב"מ (פ:): שאומרת: "שואל שלח ביד שלוחו להחזירו להמשאל ונאנס חייב...בד"א תוך ימי שאילתה אבל אח"כ פטור". וכ' רש"י (שם ד"ה אבל) "ואפי' בביתו של שואל מתה וכו'" ומשמע שאין עליו חיוב כלל להביא אותה לבית הבעלים דאל"ה, נמצא שהוא פושע במה שלא החזירה ואמאי פטור? נניח שאינו שואל אבל ש"ח מיהא איכא. האמת היא שדין השואל אחר ימי שאילתה כשומר שכר דבההיא הנאה וכו' (שם דף פא. ובחור"מ ש"מ:ח') אבל רואין דלא חשיב פשיעה כלל במה שלא הביאה לבית המפקיד וטעמא מפני שעל המפקיד לבוא אצלו ליטול חפצו ולא להיפך.

שכר(ר' יוסף). ובטעמא דר' יוסף דכש"ש הוא מובא ב' טעמים: א' הואיל ולא בעי לתת ריפתא לעניא בשעה שעוסק בשמירת החפץ (דהיינו "פרוטה דר' יוסף", ע"פ הדין "עוסק במצוה פטור מן המצוה", סוכה כה). חשוב קבלת שכר. ב') דשיעבודיה מן השמים בע"כ. ולהלכה, המחבר (חומ"מ רסז:טז) פוסק כר' יוסף והרמ"א מביא דעת הרא"ש דפסק כרבה ונשאר אצלינו כספיקא דדינא.

ולגבי פקדון, לפי האחרונים הנ"ל הסוברים דחייב ההשבה הוא בתורת מצוה, היכי משכחת לן הדין של שומר חנם כלל לר' יוסף? דהיינו, כל זמן שהוא עוסק בשמירת הפקדון, הרי הוא שומר שכר משום פרוטה דר' יוסף, וכמו שומר אבידה?⁷ אלא ודאי גדר ההשבה בפקדון הוא אך ורק דין ממוני ואין בו מצוה כלל.⁸ ואחר זמן מצאתי שכך העיר הריטב"א שבועות (מד.) עיי"ש. והפנ"י (בב"ק נו: ד"ה בתוספות בד"ה בההיא הנאה) ג"כ מתייחס לקושיא זו אר' יוסף, ותיריך כדברינו, אלא שהוא ממשיך לחדש שגם בשומר אבידה אין המצוה אלא ההתעסקות בתחלה (פי' בשעה שמצאתו) אבל מה דבעי להתעסק בה לעתים אחר שהביאו לביטולו אינו מצוה והוה כשומר פקדון בעלמא. (ועי' לקמן אות ט"ז מה שדנו בזה.)⁹

⁷ ויש לחלק דשאני דין השמירה דפקדון מדין השבה שלו דעד כאן לא אמרו רק דהשבת פקדון מצוה היא אבל השמירה עצמה דלמא לא. אלא דלא נראה לחלק הכי, דאי לומדים דין השבה דפקדון מהשבה דאבידה דגם בפקדון הוי מצוה למה לא גמרינן מיינה גם לעצם השמירה. אלא שלדעת הפנ"י שהבאתי כאן את"ש.

⁸ ועי' לקמן אות טו מה שהבאנו מהגר"מ הלוי להסביר למה אין פטור ד"בעליו עמו" אצל שומר אבידה. וע"פ יסוד שלו הסביר הרב זצ"ל שגם לדינא דר' יוסף בעינן שיהא השכר בא מיד הבעלים ליד השומר ולא שהתורה זכתה לו השכר ועי"ז יחשב שומר שכר כלפי הבעלים דמה הקשר ביניהם ודו"ק.

⁹ ויש לעיין אם האי מח' בדין דאורייתא פליגי או בתקנת חכמים, שבתורה לא מתייחס לחיובי שמירה של השומר אבידה להדיא אלא לחיוב השבה (ובמסגרת של החיוב השבה יש חיוב של "ראה היאך תשיבנו לו". עיין לקמן (אות ט') שהשומר מחויב לשומרה באופן שלא יפסיד החפץ עד זמן ההשבה. מכל מקום, אין זה מקור לגדר של שמירה שהתורה מחייבו, והראיה לזה היא שלא הביאו רבה ור' יוסף האי דרשא כמקור (לשיטתם). וא"כ, יש מקום להגיד שאינו אלא מדרבנן. וכן משמע מלשון המחנ"א (דבריו מובאים לקמן באות ג') שכתב כמה פעמים בלשון "שתקנו חכמים". ברם, משמעות הגמ' בין לטעם הראשון דשיטת ר' יוסף שמסברא צריך להיות שומר שכר מכח הפטור מלתת ריפתא לעניא (וכן נקט להדיא בפנ"י בב"ק נו: דהוה סברא בעלמא, דהקשה אמ"ד שומר חנם הוא: אמאי איצטרריך קרא לרבווי שומר אבידה לתשלומי כפל, ומאי שנא דין כפל מדין שמירה גופא בשומר אבידה דלא מצרכינן קרא אלא מסברא אמרינן דהוי שומר חנם

ג. דרגת אחריות שומר אבידה לעומת שומר פקדון (כתוצאה מעצם חיובם)

המשנה בב"מ (לח.) אומרת: "המפקיד פירות אצל חברו אפי' הן אבודין לא יגע בהן. רשב"ג אומר מוכרין בפני ב"ד מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים". ובמחנה אפרים (הל' שומרים סי' ל"ה) נסתפק אם עבר הנפקד ולא מכרן ונתקלקלו אי חייב הנפקד לשלם, וז"ל: "מי אמרינן כיון דהפסד זה אתי ממילא בלי שום פשיעת הנפקד הרי הוא דפטור... שחכמים הצריכוהו לעשות להם תיקון משום דדמי לרואה אבידת חברו או שרואה נכסי חברו שהולכים לאיבוד דחייב להצילם ולהחזיר אבידה, ומיהו אם עבר ולא הציל נהי דלא קיים מצות השבת אבידה מ"מ לא מחייב לשלם. או דילמא זיל לאידך גיסא ונימא כיון דקבל עליה הנפקד שמירה הרי זה חייב בכל מידי דיש בידו להציל ופשע ולא הציל, ואפי' במידי דאתי ממילא".

ולפי דיונו, יוצא עוד הבדל יסודי בין שומר פקדן לשומר אבידה, והוא בעיקר דין שמירתן (נוסף על חילוק דיני השבה שלהם). דהיינו, באבידה אם עבר ולא שמר כראוי והפסידה, אע"פ שלא קיים מצות השבה כראוי, מ"מ אין לבעל האבידה תביעת ממון על השומר: "נהי דלא קיים מצות השבת אבידה מ"מ לא מחייב לשלם". משא"כ בפקדון, דהמחנ"א מסופק אם יש לו חיוב שמירה אף כלפי הפסד דממילא, אבל פשיטא שעל מה שנכלל בשמירתו חייב לשלם. ולכאורה, חילוק זה נובע מהבדל יסודי בין שומר אבידה לשומר

א"כ הוא הדין לכפל), ובין לטעם שני ד"בע"כ שעבדיה רחמנא", לכאור' הוי דינא דין תורה (לענין דבר הנלמד מסברא דחשיב כדין תורה: עי' פנ"י ריש פ' שור שנגח את הפרה לגבי המוציא מחבירו עליו הראיה, שרצתה הגמ' לומר דלא בעי קרא ד"סברא היא" ומוכח שם דמשהו אותה לדין תורה. דאל"ה, הלא בעינן קרא ללמד שדינא הוא מה"ת?! ועי' עוד שם מה שהקשה לפ"ז מברכות ריש פ' כיצד מברכים (לה.) בענין ברכת הנהנין שלמסקנת הגמ' חיוב ברכת הנהנין נלמד מסברא, "דאסור לאדם ליהנות וכו'"). ויש נפ"מ טובא לגבי האי חקירה אי הוה דאורייתא או דרבנן: א] למ"ד מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר (בכורות מט:), יש לו לגבות מנכסים משועבדים של השומר. ב] אי הוה דין דרבנן, גם השבועה אינה מה"ת, ויש הרבה חילוקים בדיני שבועה בין שבועת התורה לשבועת דרבנן (עי' חו"מ פ"ז ט"ז-ג'). ג] לענין תפיסה. ולגבי מחלוקתם, בהכרח שאין כונתם שיש חלות שם שומר חנם או שומר שכר על השומר אבידה. אלא שכך הן חיובי שמירה שהתורה מחייבו, דאת"ל שהכונה דלגמרי נתכוונו לומר שיש דין ש"ח/ש"ש, לר' יוסף, צ"ל שיוכל לחזור על שמירתו כדין פועל (עי' קצה"ח ע"ד: א' שדן בזה), וזה ודאי אינו גבי שומר אבידה שהתורה מזהירו מלהתעלם, וכש"כ אחר שהתחיל לשומרה כבר. ועוד, דאי הוה ממש ש"ש, הרי יכול להתנות שלא יתחייב לשלם כדין שומרי פקדון כדמובא במשנה (ב"מ צד.) "מתנה שומר חנם להיות פטור מן השבועה והשואל להיות פטור מלשלם וכו'".

פקדון. דבשומר פקדון, עיקר חיובו הוא כשאר **חיובי ממון** כמקח והלוואה, דאם לא שמר כראוי חייב לשלם. משא"כ בשומר אבידה, שעיקר חיובו הוא רק **מצות השבה**, אלא שנכלל בזה דיני שמירה כל זמן שהאבידה אצלו, ובפסיידא דממילא כמו הרקבת פירות פטור מלשלם.¹⁰

ד. הא דאמרינן גבי פקדון

"כל היכי דאיתא ברשותא דמרה איתא" באבידה מאי?

בנוסף להחילוקים הנ"ל בין שומר אבידה לשומר פקדון (כגון בחיובי שמירה ודיני השבה שלהם), יש עוד הבדל ביניהם לגבי מי נחשב ה"בעלים" במשך הזמן שהחפץ נמצא ביד השומר: השומר או הבעלים האורגינגליים? לגבי גזילה, איתא מימרא הידועה של ר' יוחנן (ב"ק ע.): "גזול ולא נתיימשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו, זה [הגזול] לפי שאינו שלו, וזה [הנגזל] לפי שאינו ברשותו". דהיינו, בגזול יש פיצול בבעלות בין הגזול ובין הנגזל.

לעומת זאת, כשנמצא חפץ ביד הנפקד והקדישו המפקיד, דינו הוא שחל ההקדש דאמרינן "כל היכי דאיתיה ברשותא דמריה איתיה", דהיינו שהחפץ הוא ברשות הבעלים אף דהוה ביד השומר. ברם, באבידה, שאין השומר יודע כלל מי הם הבעלים ואיפה הם איך יכולים להחשיב רשותו כרשות הבעלים? ואם בעל האבידה יקדיש אבידתו בכל מקום שהיא לכאור' הדין הוא שאין הקדישו הקדש וכמו שאמר ר' יוחנן גבי גזילה שכה"ג לא חשוב "ברשותו".¹¹

והאי כללא של "כל היכי דאיתיה ברשותא דמריה איתיה" יוצר עוד נפק"מ בין שומר אבידה ושומר פקדון. דבשומר פקדון, הדין הוא שהמפקיד

¹⁰ ושם אף בכה"ג דפשיעתו בפועל גרם ההפסד, חיובו לשלם בא אך ורק בתורת מצוה ודמי למצות החזרת רבית קצוצה דאף שיוציא בדיינים מ"מ לא נחתינן לנכסיה, דלא דמי לפריעת בע"ח דבנוסף להמצוה יש שיעבוד וחיוב ומת"כ נחתינן לנכסיה. (עי' שערי ישר שער ה' באריכות) ונראה דהה"נ בשומר אבידה, שכל חיוב שמירה שלו הוא רק תולדה דמצות השבה, ואין שום שיעבוד וחיוב ממוני גביה.

¹¹ ויש לדון בהיקף של "שלו" ו"ברשותו". איתא בקונ' הספיקות (כלל א' סעיף ח') שמפפל אם אדם שמוחזק עכשיו בחפץ מסויים, אלא שאדם אחר רשאי מן הדין לתפוסה ממנו, אם המוחזק או השני קידש בו אשה האם היא בעי גט, ומסיק דקידושי שניהם הוו קידושי ספק. ולכאור', הא דקדושי השני בספק הוא מצד החומרא. אבל הא דקדושי המוחזק הוו קדושי ספק משום ספק להבא שהשני יתפוסה לכאורה הוא חידוש גדול. ועי' בשערי יושר (שער ה' פרק א') שחולק על הקונטרה"ס ולדעתו, כל זמן שנמצא החפץ בידו הוי שלו בתורת דאי, אע"פ שמן הדין יש רשות לאחר לתפוסו ממנו.

אצל חבריו ונגנבה מביתו ולאחר זמן מצא הגנב חייב תשלומי כפל. ואע"פ שכתוב גבי פקדון (שמות כ"ב:ו'), "וגנב מבית האיש" ודרשינן (ב"ק ס"ט): "מבית האיש, ולא מבית הגנב ולא מבית הקדש, ולא דרשינן "ולא מבית השומר", נראה, דהיינו משום שבשומר פקדון, אמרינן "כל היכי דאיתא, ברשותא דמרה איתא", ובית השומר היינו בית האיש. ולכאור' בית שומר אבידה דומה לבית הגנב, דלא חשוב ברשותא דמרה וכמו מימרא דר' יוחנן, ולכן לא יתחייב כפל אם נגזל מרשות השומר אבידה, ועדיין צריכה עיון.

ה. מצא אבידה בעיר שרובה ישראל

הגמ' בב"ק (ק"ג): אומרת "גזל כנעני אסור, אבידתו מותרת". ובכתובות (טו): איתא "מצא בה תינוק מושלך [בעיר] אם רוב עכו"ם – עכו"ם, אם רוב ישראל – ישראל". ובהמשך הסוגיא שם, אומרת הגמ' דהאי דינא דרוב ישראל – ישראל הוה לענין "להחזיר לו אבידתו" (פי' שראה חפץ של האי גברא דספק ישראל ספק עכו"ם ברה"ר, האם חייב להשיב לו, שאם דנים אותו כישראל חייב להשיב ואם כעכו"ם, לא). והתנא מלמד אותנו דבעיר שרובה ישראל, דינו כישראל וחייב להשיב לו. ובתוס' שם (ד"ה להחזיר לו) מקשים דאנן קיי"ל כשמואל (בב"ק מו:): "שאיין הולכים בממון אחר הרוב", ואיך כ' כאן דבעי להחזיר לו אבידתו מחמת שרוב העיר ישראל? ותירצו דרק במקום דאיכא חזקת ממון קאמר שמואל דאין הולכין אחר הרוב, דלהוציא ממון מחזקתו בעי ראייה מעלייתא כעדים ולא סגי לן ברוב. משא"כ באבידה, דאין השומר חשוב מוחזק בה, אלא הוא עצמו מודה שאין החפץ שלו, ככה"ג אף בממון אזלינן בתר רוב. והיוצא מזה הוא דבאבידה (בניגוד לפקדון) לא נקרא שהבעלים מוחזקים כל זמן שהיא ביד השומר, ורק כאן שראה ממי נפל נותנים לו. ולגבי פקדון, אם בא אחד אצל השומר וטוען שהחפץ הוא שלו ע"פ איזה רוב, לא היינו מוציאים אותו מידו, דכל זמן שהוא בידו כאילו היא תחת יד המפקיד וחשוב מוחזק בידו ולא יועיל רוב להוציאו.¹² (ועי' בס' גנת אגוז לר' שכטר שליט"א סי' מ' אות ב' שכ' בדומה לזה.)

ו. סימנים - אמאי מהני להוציא מיד שומר אבידה?

ע"פ דברינו הנ"ל (אות ה') מובן לכאור' מה שסימנים מועילים להוציא אבידה (משנה בב"מ כז.), ולא בעי ראייה מעלייתא (כעדים, וכו')

¹² עי' בב"מ דף ע. במעות של יתומים שמתר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד שאין לוקחים משכון בדבר מסויים משום חשש שמא יבא אחר ויטעון שהוא פקדונו ובתוס' שם ד"ה אתא מריה מאריך בנידון זה.

כמו בשאר עניני ממון. דגבי אבידה אין מוציאין מיד מי שהוא **מוחזק** בדבר, אלא ממי שמודה שהדבר **אינו שלו**, ואם היינו מגדירים **שומר אבידה** כמו ה"בעלים", הלא הוא כמוחזק בה עבור הבעלים ואיך יתכן שיספיק סימנים להוציא ממנו?^{13 14}

ז. דין שהשומר פקדון משלם כשעת הפשיעה ולא כשעת תחילת השמירה

בשו"ע (חו"מ רצ"א) פסק אם מתחלה שוה החפץ ד' זוז ובשעת ההיזק הוקרה ושוה ח', השומרים משלמים **כשעת ההיזק**. משא"כ גבי גזלן כה"ג דמשלם **כשעת הגזילה**. וההבדל הוא דבגזלן, בשעה שנטל החפץ מרשות הבעלים, נכנס לרשותו לענין חיוב אונסים והשבה, ומאותה שעה מתחייב. ולפ"ז, מה שהוקרה אח"כ הוקרה בשלו (וכן מצינן גבי שבח ששיבחו אח"כ, גיזות וולדות של הגנב הם, עי' ב"ק צג: במשנה ריש פ' הגוזל עצים). משא"כ **שומר פקדון** שרשותו **כרשות הבעלים** וחייבו לא בא עד **שעת ההיזק**, ברשות הבעלים הוקרה וחייב השומר כאותו שעה. ולכאור' ע"פ דברינו גבי **אבידה**, אפילו אם הוקרה לבסוף ואח"כ פשע השומר, נראה דמשלם כשעת מציאתה, דבהאי שעתא אין הבעלים מוחזקים בה, ומאותו שעה מתחיל חובת השמירה כמו בגנב.¹⁵

וע"פ דברינו, יש מקום לומר דלא שייך כלל מושג של **מצות השבה** גבי פקדון דמתוך שרשותו כרשות הבעלים חשוב כאילו הוא ברשותם כל

¹³ ולאחר זמן מצאתי דברינו מפורשים בתוספות חולין צו. (ד"ה פלניא) וז"ל: "ואם תאמר והיאך מחזירין שטר חוב בסימנים והא אי אתו סהדי ואמרי פלוני דהאי סימניה והאי סימניה [היינו שהעידו על סמנים בגופו כמו ארוך או גוף וכדומה] לזה מפלוני לא מפקינן [מן הלוה]. וי"ל דלא דמי שטר שנמצא ביד שומר אבידה שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא, מהדרינן שפיר אבל **ממון שביד הבעלים** אין להוציא ע"י סימנין דה"נ לא הוה מפקינן חפץ מיד בעלים אי אתו סהדי ואמרי ההוא חפץ דהאי סימניה והאי סימניה דפלניא הוא". הרי להדיא שמחלקים בין **חפץ המוחזק** ביד הבעלים ובין **אבידה** ביד השומר, דמשום דאינו חשיב מוחזק, מועילים סימנים להוציא מידו.

¹⁴ ולכאור', הראיה מסימנים אינה מוכרחת, דהא מצינו שיועילו סימנים אף אצל דברים חמורים (כמו בעניני עיגון, באשה שהלך בעלי למדינת הים ובא עדים והעידו על סימני הגוף דבעלה). אבל זה אינו דהתם בענין **סימנים מובהקים**, ובאבידה, סגי לן בסימנים **שאינם מובהקים**.

¹⁵ אבל האי סברא אינה מוכרחת, דשמא גם אצל שומר אבידה, חיוב התשלומין נובע מהפשיעה, ובעי לשלם כאותה שעה. ולענין "רשותו" היינו אומרים דבשעת מציאה כבר אינו "ברשות הבעלים", אבל אינו נכנס ל"רשות המוצא" עד אחר יאוש ועדיין צ"ע.

הזמן, אלא שמבחינת מצב הפיזי של החפץ הוא נמצא ברשות השומר. משא"כ באבידה, דכל זמן שהחפץ אבודה מבעליו אפי' כשנמצא ברשות השומר, אינו חשוב ברשות הבעלים ועליו התחייבה התורה להחזיר האבידה לבעלים.¹⁶

ח. שיטות הראשונים אי אבידה ברשות השומר חשוב ברשותו דבעל האבידה אי לא

עד כה הבאנו מהלך חדש בגדר דין שומר אבידה בניגוד לשומר פקדון ע"פ סברות שלנו עם ראיות מכמה דינים שלכאור' מתאימים עם אותה הבנה. עכשיו נראה אם בל' הראשונים עצמם מצינו מהלך זה. הרמב"ן (מלחמות ה' ב"מ יד: בדפי הרי"ף, וכן ביחדושויו שם על הש"ס) מסביר שהרואה סלע שנפלה, ונטלה קודם ייאוש על מנת להחזירה, אפי' אם אח"כ נתיאשו הבעלים אינו קונה אותה הואיל וידו כיד בעלים ושומר שכר שלהם הוא. משא"כ אם נטלה ע"מ לגזולה שקונה בייאוש אח"כ, עיי"ש. הרי לדעתו, המח' רבה ור' יוסף אי שומר אבידה כשומר שכר או כש"ח אינו רק לענין דרגת חיובי שמירה שלו (פי' שהתורה מחייבו לשמור כדין האי שומר או האי, אבל לא שהוא ממש או ש"ח או ש"ש עם כל שאר פרטי דיניהם, כגון שבועת השומרים, וכו'), אלא לגמרי משהו המוצא

¹⁶ במאמר שלי בכרך זה "בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס" (אות ח') הבאנו ששומר שמסר לשני לשומרה ונאנסה חייב הראשון לשלם מפני שיש לבעה"ב לטעון "את מהימנת לי בשבועה האין [השני] לא מהימן לי בשבועה" (בב"מ לו:). וכן באחד ששכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ונאנסה, והבעלים רוצים לדון עם השואל (פי' השני) שהוא חייב באונסין ולא בהשוכר שפטור, יש לו לטעון לשוכר "דל את ודל שבועתך" (שם לה:), היינו לכאור' מפני ד"יד הבעלים על העליונה". ואע"פ שהני ב' טענות מיוסדות על "סברות הפוכות", שע"י טענת "את מהימנת וכו'", מסלקים הבעלים מלדון עם שומר השני, ואילו בטענת "דל את וכו'", מזכהו לדון עם השני. וע"פ מה שראינו דגבי פקדון רשות השומר כרשות הבעלים אתי שפיר, שהרי הבעלים חשובים מוחזק בפקדון כל משך ימי הפקידה ויש להם לטעון כל הני טענות. ויש לדון לגבי אבידה, כגון אם א' מצא אבידה ומסר לשני לשומרה ואחר שמצא בעל האבידה נגנבה או נאנסה האם עדיין יש לבעל האבידה לטעון הני טענות? או דילמא הואיל והיא אבודה ממנו, לא הוה ברשותו ופקע מיני' חזקתו, ואזיל ליה הני טענות? ובעי לעיין עוד, ולא באתי רק להעיר. וצריך לעיין אם השומר אבידה יוכל למנות שליח בשמירתו. והיה נראה לומר דבאמת היינו שאלה כללית אצל מצות דכהת"כ אם יוצאים ע"י פעולת שלוחו (עי' קצה"ח קפ"ב:א). אבל, באבידה אין המצוה מוגדרת כמעשה שמירה וחיפוש בעליו, אלא התוצאה היא העיקר, שהחפץ מתקיים בתקופו וחזור לבעליו, נמצא שאינו מצוה שבגופו כתפילין וכדומה אלא כעשיית מעקה בגגו וכדומה, ע"פ ההבדל שהביא הקצה"ח.

אבידה כהאי שומר, ומש"ה רשותו כרשות הבעלים כמו שהיא אצל פקדון.¹⁷

ונראה שברמב"ם לא משמע כן. בהל' מכירה (כ"ב:ט) כותב: "מי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי זה [הבעלים] מקנהו בין במכר בין במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא והרי הוא בחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו, אינו יכול [הבעלים] להקנותו שזה כמי שאבד שאינו ברשותו".

הרי דעת הרמב"ם להדיא שפקדון ביד השומר חשוב כרשות הבעלים ואילו אבידה לא הוה ברשותו, וכמו שכתב "אם השומר פקדון כפר בו ה"ה כמי שאבד שאינו ברשותו".

וכן איתא ברמב"ם הלכות נחלות (ג:א) וז"ל: "אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויין לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקין לאביו

¹⁷ ועי' עוד בריש המסכתא שמביאה בשם אב"י דהסבה שתקנו חכמים דשנים אוחזין בטלית יחלוקו בשבועה, ולא סגי בחלוקה לבד, היא משום דחיישנן שמא יש לו ספק מלוה ישנה אצל השני (ב"מ ו.). והק' שם הבעה"מ (ג. בדפי הרי"ף), למה חיישנן לזה, הלא אם יש לו ספק מלוה ישנה, יצטרך השני לטעון כן להדיא בפני ב"ד? ! אלא מוכח שאם טוען כן לא יועיל תפיסתו. ומזה העלה בעה"מ לדינא "שאסור לתפוס חפץ חבירו כשהיא עדיין ברשותו ואפי' פקדון שלו בידך אסור, דנחשב "ברשותי" דמריה". ומה שמצינו בהנהגו עיזי דאכלי חושלא בנהרדא שהסכימו חכמים בתפיסת העיזים עד כדי דמיהן שאני התם דברשות הניזק היו בשעה שתפסן (פי' דבעל החושלא תפסו אותם מיד בשעה שאכלו אצלו בשדהו דכה"ג אינו ברשותא דמרה). והרמב"ן חולק עליו, ולדעתו הכלל של "כל היכי דאיתא ברשותי דמרה איתא" נאמר אפי' כשהחפץ אינו ברשות הבעלים או אצל השומר פקדון אלא אפילו אבודה היא באיזה מקום שהיא (וכמו גבי הנהגו עיזי שתפסו בעל החושלא את העיזים כשהן חוץ מרשות בעליהם) נקרא תפיסה מרשות הבעלים ואפי"ה שרי (נגד הכלל של הבעה"מ שם שהסבה שהועיל התפיסה בעיזים היא אך ורק מפני שלא מרשות הבעלים קא תפסו).

ועי' עוד בנתה"מ (ק"ה:ב ד"ה אך אחר העיון) שמחלק בין דין ייאוש ובין דין הפקר. דאצל ייאוש כל זמן שלא זכה בו אחר, עדיין ברשותו הוא, משא"כ בהפקר דמיד יוצא מרשותו (ונפק"מ אם נמלך ורצה לחזור בו אי בעי לעשות קנין חדש אי לא) ומתוך דבריו משמע כדעת הרמב"ן דכל זמן שלא זכה בה אחר, עדיין ברשותו דבעלים היא. אלא דצ"ע, שהרי כל זה מיירי אחר שנתייאש, ולדעת הני פוסקים החידוש הוא דנקרא ברשותו כל זמן שלא זכה בו אחר. אבל קודם ייאוש, ודאי נחשב ברשות הבעלים. ולכאן זה אינו, דלמדנו מימרא דר יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו... וזה (הנגזל) לפי שאינו ברשותו. ושמא יש לחלק בין ייאוש דגבי אבידה לייאוש אצל גזילה, דבגזילה גרע טפי שהגזלן אוחו בחפצו משא"כ באבידה. אלא שאין זה מוכרח, דאפשר לומר שהיא הנותנת, דבגזילה מצפה הנגזל שימצאהו משא"כ באבידה שאינו יודע כלל היכן נמצא אבידתו.

שבאו לרשותו שנאמר בכל אשר ימצא לו. כיצד אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו הבכור והפשוט יורשין כאחד, וכן אם היתה לאביו מלוה או היתה לו ספינה בים יורשין כאחד".

ופירוש כוונת הרמב"ם לגבי ספינה הוא דחשוב אבודה כל זמן שנמצא בים, ומש"ה דינו כ"ראוי" ולא כ"מוחזק" ואין הבכור נוטל ממנו פי שנים. והיוצא מדבריו הוא שבדבר אבוד, לא הוה ברשותו דבעלים, ודלא כפקדון ביד השומר. ובהל' גזילה (י"א:י"א) איתא: "המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו...ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר וכו'". הרי שאינו חשוב שלו, ומש"ה פקע מיניה חיוב השבה (אלא דצ"ע למה אסור לאחר ליטלה).¹⁸

ודעת הרשב"א לא כ"כ ברורה, שהרי בדין "הרואה סלע שנפלה ונטלה קודם ייאוש על מנת לגזולה אע"ג דאהדר אחר ייאוש מתנה בעלמא הוא דקא יהיב ליה", מביא ביאורו של תוס' שביטל כבר העשה דוהשיב מחמת שנתייאש, וז"ל (ב"מ כו:): "ואינו מתחזיר בעיני כל הצורך דאברתו ודאי היא דכיון דאתא לידיה באיסורא (פי' שדעתו בשעה שנטלה לגזולה) אינו אלא כפקדון ביד המוציא וכו'".

משמע מלשונו דרק מפני שדעתו מתחלה לגזולה חשוב כפקדון בידו מפני שלא היה לו רשות לקחתו וכאילו עדיין ברשותא דמרה, הא אילו נטלה ע"מ להחזירו אז בהיתירא אתי לידי, ודינו של שומר אבידה לא חשוב כפקדון ואינו ברשותא דמרה עד שהחזירו לו (וכמו שהבין הרמב"ם). מש"ה, אם נתייאשו הבעלים אח"כ לכאורה קנוי לו. אבל, בריש דבריו כ' "דאבידתו ודאי היא" וממשיך לומר ומפני כך חשוב כפקדון ביד המוציא, ומשמע שאבידה הוה כפקדון ביד המוציא אא"כ נגיד שכונתו במלת "אברתו" היא רק לומר שיש חיוב השבה אבל לא שהיא אבידה ממש דבנטלה ע"מ לגזולה עסקינן.

והריטב"א ג"כ נתקשה בלשון הגמ' "מתנה הוא דיהיב ליה" וכתב: "אין זה אלא מחזיר לבעלים גזל שגזל". ועיי"ש שהוסיף שאפי' הנגזל

¹⁸ ואין לומר ששאני הכא כיון דלא הוה ברשות שום אדם, לעומת היכא דנמצא ברשות השומר, דאף כשהיא אצלו כבר חלה בה שם אבודה, והבעלים אינם יודעים שהיא ביד השומר וגם השומר אינו יודע מי הוא הבעלים ואפשר לומר שמדין "זכין לאדם שלא בפניו" אמרינן שביד השומר עדיף מעדיין אבודה לגמרי, אלא שגם זה לא כ"כ מסתבר משום א) דאינו יודע עבור מי מזכה. ב) דסתם דעת השומר להחזיק החפץ לעצמו אם לא תימצא הבעלים. ועי' לעיל שהבאנו מהרמב"ן שאף קודם שבא ליד השומר חשוב ברשותו דבעלים. יוצא שהמח' היא מן הקצה אל הקצה.

מודר הנאה ממנו, מצי לקיבולי' מיניה. וק' הא קמתהני מיניה ולמה שרי לקיבולי? ¹⁹ ונראה דכונתו כעין דברי הרמב"ן שהכלל דחפצו של אדם נקרא ברשותו כל היכי דאיתי' נאמר אפי' ביד השומר אבידה, אע"פ שאין הבעלים יודעים היכן נמצא החפץ, וגם השומר אינו יודע מי הם הבעלים. היוצא לפ"ז הוא שהחפץ לא יצא מרשות הבעלים, ונמצא שהחזרת החפץ אינו מתייחס לנדרו, דהנדר חל על חפצי המוצא, והאי אבידה אף שנתייאש ממנו לא יצא מרשותו וחשוב שלו. ²⁰

ט. הברל הדין "ראה היאך תשיבנו לו" בפקדון לעומת אבידה

המשנה בב"מ (כח:) מביאה שמי שמוצא אבידה שאינו עושה ואוכל, כגון אוזין ותרגולין שטיפולם מרובה משכרם, שהשומר חייב למוכרה אחר זמן מסויים ע"פ הפסוק (דברים כב:ב) "והשבותו לו", ראה היאך תשיבנו לו. ובדף לח., המשנה אומרת דמי שהפקיד אצל חבירו פירות אפילו הן אבודין, פליגי בה חכמים ורשב"ג אם הדין הוא ליגע בהם או למכרם. ובגמ' שם מובא בשם ר' יוחנן דעד כאן לא פליגי אלא בהרקיבו בכדי חסרונן (דהיינו בשיעור הנורמלי לרקוב באותו זמן) אבל יותר מכדי חסרונן מודים החכמים לרשב"ג שצריך למכור. וקשה, אמאי שינה התנא גבי אבידה (המשנה דף כח:): ודיבר על שמצא בעל חי שאינו עושה ואוכל, ואילו גבי פקדון (דף לח.). אוקמוה בהפקיד אצלו פירות? וברמב"ם (הל' גזילה ואבידה ז:א) כשמביא הדין של אבידה, לאחר שהביא הדין בבהמה שאינו אוכל ועושה שחייב למוכרה כתב "וכן לענין פירות". הרי שהשווה אותם, וצ"ע מה היתה כונת התנא שלכאור' מחלק ביניהם?

ונלע"ד, ע"פ מה שראינו, שדברי התנא מיושבים כמיזן חומר, אלא דקודם שבאנו לזה צריכים לעיין קצת בשקו"ט שם. הגמ' מביאה מח' ר'

¹⁹ ואין לומר שאין הנדר חל דמתנה ע"מ שכ' בתורה, דהא הנדר חל על החפצא והמצוה על הגבורא, ושפיר חל האי נדר. ועוד דא"כ, מה נתחדש הריטב"א בהוספה שאפי' נודר ממנו עדיין יש לו לקבולי'!

²⁰ אלא דק' להגיד זה דהא במקרה שנטלה ע"מ לגזולה עסקינן שהלשון של "מתנה הוא דיהיב ליה" נאמרה ע"ז. וא"כ, לכו"ע יצא מרשותו וכדינא דר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדיש...וזה (הנגזל) לפי שאינו ברשותו. הרי להדיא דגזל מועיל להפקיע החפץ מרשות הבעלים והדר קושייתנו לדוכתא למה שרי לי' ליהנות ולקבל האבידה מיד מי שנדר ממנו? אלא התי' הוא דשאני גזילה דהכא מגזילה דכהת"כ דכאן גזל חפצא שהיא בעצם אבידה ומצות השבה שלו מעכב אותה לצאת מרשותו, וכמו שלמד הרמב"ן כאן ע"ש.

כהנא ור' נחמן בר יצחק בביאור שיטת חכמים שאפי' הפירות אבודין לא יגע בהם: ר' כהנא סובר מפני "שאדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חבריו" ורנב"י סובר דחיישנן "שמא עשאן המפקיד תרומה ומעשר על מקום אחר". (פי' ואיך שרינן לשומר שימכרו, הרי אסור להאכיל תרומה לזרים.) ולמסקנא, פליגי בה הרי"ף והרא"ש איך קיי"ל לדינא. אבל דבר אחד הסכימו כולם²¹ והוא שבתוך שיטת החכמים קיימין כרנב"י נגד רב כהנא, דחיישנן שמא תרם המפקיד תרו"מ על מקום אחר. ועפ"ז את"ש מה שלא כתב התנא באבידה שמצא פירות, דרק לגבי פקדון שהדין הוא "דרשות שומר כרשות הבעלים", יש להבעלים היכולת לתרום מהם על מקום אחר כיון דהם ברשותו. משא"כ באבידה דחשיב האבדה כאינו ברשותו של בעל האבידה ואין לו היכולת להפריש ממנה על מקום אחר, ולכן אין שום מקום להאי חששא דרנב"י. ואת"ש מה דנקט התנא גבי אבידה שמצא בעל חי שאין אצלה האי חששא.²²

²¹ היינו חוץ מר' כהנא שהביא טעמא משום אדם רוצה בקב שלו וכו'. אבל אין שיטתו מובא לדינא בשו"ע וכוונתי "שכולם הסכימו" היינו בפוסקים.

²² דברינו כאן בנויים על ההנחה שכח הבעלים להקדיש נכסיו שוה לכוחו לתרום. והעיר לי ידידי ר' משה מרכוס שלכאור' הבנה זו תלויה בפלוגתא גבי האיסור טבל, אי הוה איסור מעצמו או איסורו מחמת התרומה שמתערב בה (עיין רש"י יבמות דף פו. לפי גירסת התוס' שם ד"ה מה). דאי אמרינן דהאיסור מחמת התרומה המערב בו, יוצא שבעצם התרומה כבר נמצא בה ואין הפרשת הבעלים אלא כמראה מקום. משא"כ מי שמקדיש כליו למקדש אינו רק מראה מקום אלא פועל קנין חדש, ובודאי צ"ל שלו וברשותו. אבל אפשר לומר שאף אי אמרינן שאיסורו מחמת התרומה שבו (כדעת רש"י שם), האי הפרשה אינו רק מראה מקום אלא פועל היתר אכילה להשיירי (דעד שהפרישה אסור משום טבל ועכשיו מותר). ולא עוד אלא פועל היתר בהתרומה עצמה דעי' תוס' שם ד"ה מה שהק' על רש"י שאם האיסור טבל מחמת תרומה שנתערב בה למה הטבל אסורה לכהן?! ולכאור' מוכרחים להגיד שההיתר תרומה לכהנים היא בתור "משולחן גבוה קא זכי", שמצינו גבי קדשים וע"י שהפרישה זכתה רחמנא היתר אכילה לכהן. ומאד שמחתי אחר שמצאתי דרך מפרש הגאון ר' יוסף ענגיל בספרו "אתון דאורייתא" (כלל ב'). ולפ"ז מסתבר דגם לפי רש"י שהתרומה מעורב כבר, עכ"פ בעינן שתהא ברשות הבעלים כדי לתרום ממנו כיון דפועל חלות היתר השיירים לזרים וגם היתר גוף התרומה לכהנים. עוד ראיה לכאור' דבעינן לא רק שיהא התבואה שלו אלא גם ברשותו מהסוגיא דצנועין (בב"ק טז.), דשם מדובר בנטע רבעי שגנבו משדותיהם ועשו לפנים משורת הדין וחיללו קדושת פירות הגנובים על מעות שלפניהם כדי שלא יכשילו הגנבים. והעירה הגמ' דהצנועים פליגי אמירא דר' יוחנן. הרי שאלביא דר' יוחנן לא רק כדי להקדיש דבר בעינן ברשותו אלא גם לגבי חילול קדושה דפירות נמי בעי. וכעת מצאתי כמעט מפורש ברש"י (ב"מ עא. ד"ה קטן לית ליה שליחות) וז"ל: "דכי כתב שליחות בגדול כתיב, בראוי לתרום, שיהא הקדשו הקדש ודיבורו חל, דגבי הקדשות ונדרים - איש כתיב, וגבי תרומה מאת כל איש אשר ידבנו לכו". הרי שהמדובר שם היא

וחילוק זה רואים בלשון הרמב"ם באופן בהיר, שבהל' גזלה (יג:טז) גבי שומר אבידה כתב: "אווזים ותרנגולין גדולים מטפל בהן שלשים יום, מצא קטנים וכל דבר שטיפולו מרובה משכרו מטפל בהן שלשה ימים, מיכן ואילך מוכרין בבית דין, וכן פירות שהתחילו להקריב וכיוצא בהן מוכרין בבית דין".

ואילו גבי שומר פקדון (הל' שאלה ופקדון ז:א) כתב: "המפקיד פירות אצל חבריו ה"ז לא יגע בהן ואע"פ שהן חוסרין ומתמעטין והולכין, בד"א כשחסרו חסרון הראוי להן בכל שנה, אבל אם חסרו יותר מכדי חסרונן מוכרין בב"ד מפני שהוא משיב אבידה לבעלים, וכשהוא מוכרין ימכור לכהנים בדמי תרומה שמא עשו אותן הבעלים תרומה או תרומת מעשר על פירות אחרות".

הרי שבאבידה תיכף שהתחילו להקריב הדין הוא שמוכרין, ואילו גבי פקדון אין מוכרין עד שהקריבו יותר מכדי חסרונן ואין מוכרין אלא לכהנים משום חשש שמא יתרום בעה"ב ממקום אחר. עוד פעם, היסוד הוא דגבי אבידה דלא חשוב "רשות שומר כרשות הבעלים" ומת"כ אין ביכולת הבעלים לתרום ממנו או להקדישו, מוכרים אותו מיד ואפי' לישראל (פי' ולא בעי למכור לכהן דוקא) משא"כ בפקדון שרשותו כרשות הבעלים ויכול לתרום ממנו או להקדישו, חששא במקומה עומדת ובעי למכור לכהן.²³

י. "כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון"

יש מקום להקשות על דברינו הנ"ל מהא דאיתא בגמ' (ב"מ ל.): "כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון" (שם מדובר בדין שומר אבידה שמצא כלי נחושת שהדין הוא דמשתמש בו אפי' לצורך עצמו מפני דא"א לבוא לידי קלקול).²⁴ ואם נאמר דדין השומר פקדון שונה בעיקרו משומר

הפרשת תרומה שלמדים שליחות ממלה נוספת ד"גם" בפסוק "פן תרימו גם אתם תרומת יי (במדבר יח:כח)" לרבות שלוחכם. וכ' רש"י שמזה נמי הקדישו הקדש.

²³ ולדעת הרמב"ן ודעמי' י"ל חילוק אחר. וברש"ש שם לח. כתב דרק גבי פקדון שגילה המפקיד דעתו ע"י שהפקידו ביד חבריו במקום שהיה יכול למכורם ולקנות אחרות במקומן דרק כה"ג ניתן להאמר סברת ר' כהנא ד"אדם רוצה בקב שלו וכו'". ורק שם סובר ת"ק דלא יגע בו עד שירקב יותר מכדי חסרונן. משא"כ באבידה אילו מצאה פירות (בניגוד לבהמה) גם לדעתו ימכרנו מיד דלא אמרינן סברת ר' כהנא אלא כשגילה דעתו. יוצא מד' הרש"ש שדינא דר' כהנא לא כ"כ דין מרכזי ולא נאמרה אלא כשגילה הבעלים דעתם לכך.

²⁴ עיי"ש בתוס' (ד"ה לצורכו) שהביאו ראייה דכך היא כונת הגמ'.

אבידה וכן"ל, היכי משווים אותם כ"כ? ויותר מזה, כבר בררנו בשיטת הרמב"ם (אות ח' לעיל) דאבידה אינה כפקדון, דהא באבידה לא חשיב ברשותי דמרי' כל זמן שהיא אבודה ואעפ"כ הרמב"ם פוסק דדין פקדון כדין אבידה (הל' שאלה ופקדון ז:ד). ברם, אם מדייקים בלישנא דהרמב"ם, יוצא דהרמב"ם לא כתב הלשון של הגמ' בדיוק, אלא שינה קצת וז"ל: "הפקיד אצלו כסות של צמר מנענעה אחת לשלושים יום כדרך שאמרו באבידה כן אמרו בפקדון...שזו חובה עליו משום השב אבידה לבעלים". משמעות לשונו של הרמב"ם אינו שהדין פקדון היא כדין אבידה (וכפשטות לשון הגמ') אלא שבכל פקדון אף שמדיני פקדון אין לו אותה אחריות, עכ"פ מדיני השבת אבידה דכהת"כ יש לו האחריות.²⁵ ומש"ה אם באבידה חייב לגלגל הספר שמצא או לנענע הכסות, פקדון כה"ג נמי בעי מדין "השב אבידה לבעלים". ואפשר שיוצא נפק"מ גדולה בהבנת האי כללא דגמ', דהיינו אם עבר השומר ולא נענע או לא גלל הספר והפסידה (פי' שגורם ההפסד בשוא"ת) האם יש חיוב ממנו? אי אמרינן שכונת הגמ' שחיובו מדיני פקדון אז חייב לשלם דפשע בשמירתו. משא"כ אי נקטינן כדברי הרמב"ם שכל פקדון יש בו דין אבידה דכהת"כ, ביטול מצות עשה אבל חיוב ממון ליכא (עי' לעיל אות ג' מה שהבאנו בשם המחנ"א הל' שומרים סי' ל"ה).

יא. הבנה בדין דבעינן "דעת בעלים" גבי השבה דגזילה ופקדון ולא בהשבה דאבידה

הגמ' (ב"ק נז.) אומרת: "הכל צריכין דעת בעלים, חוץ מהשבת אבידה". ורש"י (שם ד"ה הכל צריכין) כותב: "גונב וגוזל או אחד מארבעה שומרינן"²⁶ שהחזיר צריך להודיעו לבעלים ואם לא הודיעו חייב

²⁵ וזה עולה יפה עם לשונו של הקצה"ח שהבאנו לעיל (אות א'): "והרי מבואר דכל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפי' מצות השבה אינו בשומרינן". היינו שיש דין שומר פקדון ועוד במצבים מסוימים שאין חיוב שמירה מצד פקדון יש את הדין שומר אבידה. אלא שצ"ע קצת דלפ"ז אי הוה ש"ח על הפקדון ומאיוזה סבה שהיא פקע דין שמירת פקדון ונשאר דין שומר אבידה, לשי' ר' יוסף דשומר אבידה שומר שכר הוא יתחייב בשמירה מעולה. (עי' לעיל אות ב' וג' שהערנו דלכאור' אין כונת רבה ור' יוסף להגיד שהשומר אבידה יש לו כל דיני ש"ח או ש"ש אלא בדרגת חיובי שמירתו פליגי.

²⁶ ואל יקשה לדעת הקצה"ח (הובא לעיל אות ב') שסובר דאין בכלל חובת השבה אצל פקדון מהא דרש"י נוקט הד' שומרים, דאפשר לומר שכונת רש"י לענין פקדון היא במקרה שהנפקד רוצה להחזירו כגון שקיבל לשמרו ל' יום ונמלך אחר כ' יום (ויכול לימלך דשומר דינו כפועל), ואז יצטרך השבה עם ידיעת הבעלים אבל לא שהוא חייב

המחזיר באחריותן". וכן פוסק הרמב"ם לגבי אבידה (הל' גזלה ואבדה יא:טז): "ראה בהמה שברחה מן הדיר והחזירה למקומה הרי קיים המצוה ואינו צריך דעת הבעלים". ולכאור' י"ל ע"פ מה שראינו דשאני אבידה מפקדון וגזילה, בפקדון וגזילה החפץ עדיין נקרא **שלו** של הבעלים (בפקדון לגמרי דאפי' **ברשותו** חשוב, ואילו בגזילה רק **שלו** אבל **אינו ברשותו** וכמימרא דר' יוחנן) משא"כ באבידה. ולכן, בפקדון וגזילה (בדלא נתייטשו הבעלים) לא מספיק להניחו ברשות הבעלים, דהא כבר היה "שלו" כל זמן שהיה ברשות השומר דהוה "כרשות בעלים" ומש"ה נצטרך **דעת בעלים** שמחזירים אותו בפועל. משא"כ באבידה דעד שהחזירו לא נחשב **שלו** לגמרי ולפחות **אינו ברשותו**, די בהשבה בלי ידיעת בעלים.

ב. דין שבועת השומרים אצל שומר אבידה

ועיין במשנה גיטין (מח:): וז"ל: "והמוצא מציאה לא ישבע, מפני תיקון העולם". ופירוש "תיקון העולם" הוא שאם יצטרך השומר אבידה לישבע, חשו חכמים שהמוצא אבדה יתעלם מן החפץ מפני חיוב השבועה ולא יקיים מצות השבה.²⁷ וצריך לעיין, מה היתה השבועה שהיינו מחייבים השומר אבידה? בתורה מצינו ג' שבועות: א) שבועת עד אחד ב) שבועת מודה במקצת ג) שבועת השומרים. ומסברא היינו אומרים שהשבועה שמתאים לשומר אבידה היא שבועת השומרים, דבאמת מדובר ב"שומר". ברם, כד נעיין ברש"י (שם על המשנה ד"ה והמוצא) שמפרש שמדובר במקרה שכשהחזיר האבידה לבעליו טוען בעל האבידה שלא החזירו הכל (כגון שהחזיר לו ב' וטוען שהיה לו ה'), ונמצא שהשומר הודה **במקצת**, דבדרך כלל בעי לישבע וכאן אצל אבידה לא ישבע מפני תיקון העולם. (ואין זה אוקימתא של רש"י, אלא יצא לו מהגמ' שם בהמשך דף נא., וכן הביא הרמב"ם הל' גזילה יג:כ.)

ומסברא איכא להקשות, למה מוקמינן המשנה במקרה כזה של שבועת מודה במקצת, ולא בשבועת השומרים, פשוטה?! ונראה דאין זו קושיא אלא אליבא דאלו שהשוו שומר אבידה לשומר פקדון. אבל לדברינו ניחא, **דשומר אבידה אין לו דין שומר פקדון**, אלא שסוג השמירה

להחזירו. אבל בגולן ודאי הכונה **שחייב** להחזירו וכמו שכתוב "והשיב את הגזילה אשר גול".

²⁷ וז"ל הרמב"ם (הל' גזילה יג:כ): "המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם, שאם אתה אומר ישבע ניחא המציאה והולך כרי שלא ישבע".

שחייבו רחמנא הוא או כש"ח (דעת רבה) או כש"ש (דעת ר' יוסף). אבל אין לו חלות דין שומר פקדון והאי שבועה שלא פשע (פי' שבועת השומרים) נתחדש רק גבי שומר פקדון דקרא כתיב (שמות כב: ט - י) "כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור... שבועת ה' תהיה בין שניהם וכו'". ולכן מוכרחים להעמיד המשנה במקרה של מודה במקצת, דבהאי שבועה דין שומר אבידה שוה לשאר חייבי שבועה דמודה במקצת ורק מפני תקון העולם פוטרו משבועה ודו"ק.

ג. א"ר יוחנן "הטוען טענת גנב באבידה חייב תשלומי כפל"

ברם, לפי דברים הנ"ל, קשה פסקו של הרמב"ם הל' גניבה (ד:ד) שכתב אצל שומר אבידה: "הטוען טענת גנב באבידה ונשבע ואחר כך באו עדים שהאבידה ברשותו ושקר טען, משלם תשלומי כפל שנאמר "על כל אבידה", והוא שיטעון שנגנבה בליסטים מזויין שהוא אנוס ופטור, אבל אם טען שנגנבה בלא אנוס פטור מן הכפל מפני שהוא חייב לשלם על פי טענתו ששומר אבידה כשומר שכר הוא כמו שיתבאר" עכ"ל.

הרי להדיא פסק הרמב"ם שדין שבועת השומרים נתחדש גם אצל שומר אבידה, ולכאור' כנגד דבריננו. ועוד, בסוף ההלכה מסביר הרמב"ם דרך חייב כפל כשטען טענת "לסטים מזויין", ולא סתם גניבה משום "ששומר אבידה כשומר שכר", ובגניבה יתחייב בקרן מיד ולא כפל אפי' באו עדים אח"כ.

ונלע"ד לתרץ דבעצם אין שבועת השומרים הרגילה שייכת לשומר אבידה, אלא דבמקרה דטוען טענת גנב חידשה התורה דחייב לישבע. אבל, בלי טענתו אין בעל אבידה יכול להשביעו, וכמו שבארנו לעיל במשנה גיטין מח:.. ובביאור הענין, אפשר לומר דשומר אבידה הגדרתו שונה משומר פקדון כדבארנו, אלא דבכמה דינים השוו אותו לפקדון (כגון בדרגת חיובי שמירה שלו דפליגי בה רבה ור' יוסף אי כש"ח אי כש"ש). והאי שבועה שמחויב בה במקרה של טוען טענת גנב, גזר רחמנא דבעי לישבע.²⁸ ולפ"ז, את"ש מה שבארנו לעיל למה הוכרחו להעמיד המשנה

²⁸ ועי' ברשימות שיעורים להגרי"ד (ב"ק עמוד שיד' ד"ה וביאר הגר"מ) שבתוך דבריו יסד שחל בשומר ב' דינים: א) מה שהוא מתחייב עצמו מדעת (ובחלק זה יש לו האפשרות להטיל תנאי וכדין המשנה "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועתו"). ב) מה שהתורה הטילה עליו, כגון דיני טוען טענת גנב (או שליחות יד). ועפ"ז את"ש מה שהעלנו כאן דשאני ט"ג שהיא גזה"כ ונתחדשה גם בשומר אבידה, אבל אין לגמור מזה שדין שומר אבידה כדין שומר פקדון בשאר תחומי ההלכה.

בשבועת מודה במקצת ולא בשבועת השומרים. דאף שכאן מצינו **שבועת השומרים** גבי שומר אבידה מ"מ דחוק להעמיד המשנה במקרה שטען השומר אבידה טענת גנב.

אלא דלכאור', הא דבארנו דטוען טענת גנב הוה יוצא מן הכלל וגזיה"כ אינו נראה בפשטות הפסוקים. אלא להיפך, במשפטים (כב:ח) הכתוב אומר: "על כל אבידה אשר יאמר כי הוא זה וכו'" שהמדובר היא השבועה (עי' בב"ק קו: שמביא האי קרא כמקור שיש דין טט"ג גבי שומר אבידה). וכן ויקרא (ה:כא - כה) "נפש כי תחטא וכחש בעמיתו...או מצא אבידה וכחש בה ונשבע על שקר וכו'" ?!

ואולי יש לתרץ שאין שומר אבידה נכלל בדין שבועת השומרים. אלא דכ"ז הוא רק כשדינו כשומר אבידה, דהיינו קודם מסירת הסימנים. אבל לאחר שבעל האבידה הגיד סימניה, מיד פקע שם אבידה ונשתנה להיות פקדון וצריך לישבע. ולכאור' מוכרחים להגיד כן, דאי היינו אומרים שאף קודם הגדת סימנים יכול להשביעו, הלא הפסוק אומר "ונקרב בעה"ב אל האלוהים" (משפטים כב:ו), ובהמשך כתיב "שבועת ה' תהיה בין שניהם" (שם פס' י'), וכן "ולקח בעליו ולא ישלם". הרי בכולן, רק הבעלים יכולים להשביעו וקודם מסירת הסימנים, אין לשום אדם השם בעלים ולא מצי להשביעו.

ועפ"ז אפשר להסביר הגמ' בב"ק (קו:): שלפום ריהטא מחוסרת הבנה. דשם איתא (אחרי שמביאה מימרא דר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן ש"הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל"), שואלת הגמ' מאי שנא מקטן (פי' אצל פקדון כתוב "כי יתן איש אל רעהו כסף וכו'") ודרשינן מיניה איש ולא קטן דאין נתינת קטן כלום) שהפקיד אצל חבירו ותבע ממנו כשהוא גדול שאף בכה"ג אין דין שבועת השומרים, דהא בעינן נתינה בתחילה ונתינת קטן לאו כלום היא, הרי אבידה תוכיח שאין שם נתינה כלל מיד הבעלים ליד השומר ואפ"ה יש אצלו שבועת השומרים? ועיין שם בגמ' שמתרצת בשם ר' אשי: "לא דמי אבידה קא אתיא מכח בן דעת והא [קטן] לא אתיא מכח בן דעת". וקשה, דמה נתחדש במימרא דר' אשי שלא ידעה הגמ' מעיקרא? אלא, שלפי דברינן את"ש דהמקשה הבין דלא בעינן נתינה כלל וכמו שרואים באבידה, ולכן בקטן ונתגדל נמי ישבע השומר. וע"ז השיב לו ר' אשי שבודאי בעי נתינה וכלשון הפסוק "כי יתן איש", אלא דהשבועה בשומר אבידה לא נתחדשה אלא לאחר שנתן הסימנים ואנו יודעים מי הוא בעל האבידה דבאותה שעה נשתנה מדין

אבידה לדין פקדון, וזה כונת ר' אשי ד"באבידה קא אתיא מבן דעת".
ופירושו דלבסוף, לאחר שמכירים מי הוא הבעלים, אז הוי כאילו נתן לו
החפץ לשמור ומש"ה חייב שבועה.

יד. חובת השמירה באבידה מהוה חלק ממצות השבה, חובת השבה בפקדון מהוה חלק מחיובי השמירה

ולסיום הדברים, אפשר להציע שעצם חיובי השמירה השייכים
בשומר אבידה כולם נובעים אך ורק ממצות השבה, וכלשון המשנה (הנ"ל
לח.) גבי המפקיד פירות אצל חברו והתחילו להרקיב, דסבר רשב"ג
"מוכרן בפני ב"ד מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים". וברמב"ם (הל'
שאלה ופקדון ז:א) לא רק "כמשיב" עם "כ" הדמיון, אלא "מפני שהוא
משיב אבידה לבעלים". והאי חיוב למוכרם לומדים מהפסוק (דברים כב:ב
- עיין לעיל אות ט') "והשבותו לו", שדרשינן מיני' "ראה היאך תשיבנו
לו", שהיא המקור למצות השבה. והיוצא מזה הוא שחיוב שמירה של
השומר אבידה נובע מחיובו להחזירו לבעלים. משא"כ בשומר פקדון, דאין
לו מצות השבה כלל, ולכמה שיטות ליכא אפי' חיוב השבה (עי' לעיל אות
א') אלא כל חיובו מדיני שמירה הן.

ועפ"ז מובן מה שהבאנו בשם המחנ"א (לעיל אות ג') ששומר אבידה
שלא שמר כראוי לא מקיים מצותו, אבל תביעת ממון נגדו אפשר שאין,
דאף השמירה שחייבו רחמנא היא רק פרט במצות השבה, אז בדלא שמר
כראוי, ביטל מצות עשה, אבל תביעת ממון אין לו עליו.²⁹

טו. האם אמרינן הפטור ד"בעליו עמו" אצל שומר אבידה (פגישת האור שמח עם הגר"ח והגר"מ)

וברשימות שיעורים להגאון מורינו ורבינו הגר"ד הלוי לבב"ק (עמוד
ש"י) הביא מעשה דפעם באיזה אסיפת הרבנים נפגשו ר' מאיר שמחה הכהן

²⁹ ורציתי לתרץ עפ"ז הערת הפנ"י שהבאנו לעיל (אות א) לאחר שהביא ראי' שאין
התעסקות השומר עם הפקדון חשובה מצוה הוא ממשיך להגיד שגם בשומר אבידה היא
כן ורק מה שעסק בתחלה בנטילת האבידה ממקום שמצא להביאה לביתו הוי מצוה.
ולענ"ד הא כדאיתא והא כדאיתא, בשומר פקדון ליכא מצוה כלל בין בתחלה בין באמצע
בין בסוף אלא כולו דין ממון כמו הלואה ומקח משא"כ אבידה בין העסק דמעיקרא בין
העסק כשהיא אצלו בבית ובין העסק דבסוף כשיצטרך למוכרה, כולה בכלל מצות השבה
שלו. והאמת הוא דגם הפנ"י עצמו כ' כעין זה לבסוף ע"ש.

בעל האור שמח עם הגר"ח והגר"מ הלוי. ושאל ר' מאיר שמחה את הגר"ח, "באיזה ענין אתה עוסק?" והשיב לו ר' חיים שהיה עוסק בהגדרת שומר אבידה, ובפרט בקשר לב' עניינים: א) דינו לגבי שמירת נזיקין שבא מחמת אבידתו (כגון אם מצא שור ולאחר שהביאו לביתו הלך והזיק). ב) אם שייך בו הפטור ד"אם בעליו עמו" שמצינו בד' שומרים. והביא שם שהאור"ש השיבו לענין הראשון שלדעתו השומר נכנס תחת הבעלים וחייב בנזקי השור, ולגבי דין ב' נראה לו שחייב ואין לו הפטור אלא שהדבר צריך תלמוד. והגר"ח היה חולק עליו בשניהם (ע"ש שהביא ראיות שניהם). אחרי זה מובא שהגר"מ הלוי טען שלדעתו אין פטור דבעליו עמו אצל שומר אבידה, וביאר את דבריו באופן נפלא. הגר"מ העיר שע"פ טעם השני שמביאה הגמ' לשיטת ר' יוסף (דשומר אבידה דינו כשומר שכר) הוא "דרחמנא שעבדיה". וטען הגר"מ דמוכח מזה שאין השומר אבידה שומר של הבעלים ואין בעל האבידה הבעלים של השומר, אלא התורה נעשית כאילו היא ה"בעלים" והוא שומר דרחמנא. ולפ"ז מובן הא דלא שייך בשומר אבידה הפטור דבעליו עמו, שהלא בעל האבידה אינו הבעל! ועיי"ש שהוסיף דאף לפי טעם הראשון שהביאה הגמ' לשיטת ר' יוסף שהתעסקות בצרכי האבידה פוטרת אותו מלתת צדקה לעני חשובה שכר, יוצא ככה. וזה מפני דלו יצוייר שראובן הפקיד חפצו אצל שמעון בחנם ובא לוי ונתן לשמעון שכר עבור שמירתו, לא היינו מיישמים הפטור דבעליו עמו בין ראובן לשמעון, דלא שייך תשלומי לוי לחיובי שמירה דשמעון כלפי ראובן. וה"ה אצלינו, אין הרווח מהפטור צדקה בא לו מבעל האבידה אלא התורה זכתה לו, ואיך יקראו בו "אם בעליו עמו".

ובנוסף לנעימות דברי הגר"מ, גם אתי שפיר עם המהלך שלנו שאין דין השומר אבידה כדין שומר פקדון. אלא שהוא מוסיף לנו עוד חלק מתואר השומר אבידה שאינו כתואר השומר פקדון וזה שאין את הפטור של "בעליו עמו".³⁰

טז. למה לא אמרינן יחלוקן מפאת "הספק ממון" אע"פ שאין מקיימין בה "מצות השבה"?

ואם נחזור לדברינו בתחילת המאמר, עדיין קשה, שאף לפי הגר"ח שלמצות השבה בעינין השבה שלימה ומש"ה לא סגי בחלוקה, אמאי לא

³⁰ ועי' ל' רמב"ן במלחמות יד: בדפי הרי"ף שכ' גבי שומר אבידה "ושומר שכר שלהם (פי' של הבעלים) הוא" וזה לשי' דיד שומר אבידה כיד הבעלים בניגוד למה שבאר הגר"ם הלוי להרמב"ם דהוי ש"ש של הקב"ה.

מעלימים מה"מצות השבה" ופוסקים לכל א' מחצה מפאת הדיני ממונית שבו, וכמו בכל ספק ממון? ואאף לפי חכמים דסומכוס, הלא חכמים מודו לסומכוס היכי דליכא מוחזק או מרא קמא שיחלוקו?! ואף לר' יוסי (עי' המח' ר' יוסי ורבנן גבי מנה שלישי, בב"מ לז). ודאי רמאי אין כאן, וגם לדעת הרמב"ם לא בעינן שיהא שניהם אוחזים בו דאף כה"ג אמרינן "יחלוקו".³¹

וכי תימא דגבי אבידה אין דין ממון והוי אך ורק חיוב ומצות השבה,³² (היינו הל"ת ש"לא תוכל להתעלם" והעשה ד"השב תשיב"), זה אינו דכבר ראינו (כתובות טו:) דבעיר שרובה ישראל דינו כישראל (היינו תינוק הנמצא בעיר ואין אנו יודעים אם ישראל הוא או עכו"ם) לענין להחזיר לו אבידתו שנפלה ממנו. ובתוס' שם הקשו והא אנן קיי"ל כשמואל "דאין הולכין בממון אחר הרוב" ומה לי שרוב העיר ישראל. הרי

³¹ אבל לשי' תוס' שחולק עם הרמב"ם ומצריך ששניהם אדוקים בו שאין שומר אבידה חשוב תופס עבור הבעלים כל כמה שא"י מי הוא הבעלים, אין מקום לשאלתינו, דבלי תופסים לא אמרי' יחלוקו.

³² מצינו אריכות גדולה בהבדל דינים שעיקר המחייבם התחייבות מדעת (היינו היכא שאחד מחייב עצמו לשני ע"י הסכמה שעושים ביניהם) לאלו שהתורה מטילו עליו חיובו. ודוגמא לזה הוא דין של "אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו". ופירשו בה כמה ראשונים שהכונה דאף שפטור מלשלם, דקים לי' בדרכה מיניה (חיוב מיתה שבא על אמו פוטרת חיוב תשלומין עבור הזנות, מה שקוראים "שכירות פועלים"), עכ"ז לצאת ידי שמים יש עדיין לשלומי. ויש שהבינו שבכה"ג, יש גם חיוב לצאת בדיני אדם כיון דאתנן הוא התחייבות מדעת, ולא נאמרה הדין של קלב"מ אלא על חיובי ממון שהתורה מטילה עליו (לכא' הסברא לחלק היא דקלב"מ הוי פטור במקום שיש ב' עונשין וכאן החיוב תשלומין בא מכח התחייבות מדעת) יוצא שאינו בגדר עונש אלא חיוב ממוני בעלמא. ושמעתי שכן פירש הגרי"ד הלוי זצ"ל. ולכא' בכמה מצות יכול להיות שיש שני המחייבים, דהיינו שמלבד שהתורה מחייב לשלם גם יש התחייבות מדעת, וגבי השבת אבידה בנוסף להמצוה יש צד של דיני ממונות רגילה בדומה להתחייבות מדעת שיש בין אנשים. אלא שיש מקום לדחות ולומר דבאבידה, חידוש הוא דבעי להשיב ושמא ככה"ג שא"א לקיים מצותה אין תביעת ממון כלל. וכן ברבית קצוצה, שהדין הוא שמוציאין בדיינים (עי' ב"מ סא.), ואילו מת קודם שהחזירה אין היורשים חייבים בה הרי שאין באיסור רבית דין ממון כללי שמחוייב להחזירו ללוה אלא כולו מדין מצוה ואינו רמי על היתומים לקיימו כלל (עי' ברשב"א שהעיר כל זה וכן פסק לדינא שם). ויש כמה ראיות להבנה זו באיסור רבית (כגון הא דגם הלוה מוזהר בה מה שלא מצינו בשאר איסורים בין אדם לחבירו כמו אונאה דשם רק המאנה ולא המתאנה מוזהר בו). ובספר גנת אגוז, מסביר הר' שכטר שליט"א ששאני איסור רבית, מפני דבכה"ג, מצות שבין אדם לחבירו אם השני מוחל שרי. משא"כ רבית קצוצה שהיא מה"ת גדר איסורו היא בין אדם למקום (וכמו שהבין הברכת שמואל) ומש"ה גם הלוה מוזהר בו וגם לא יועיל מחילתו.

מוכח מתוס' שיש דין ממון אצל אבידה בנוסף למצות השבה. וגם למסקנת התוס' שתירצו דהאי כללא דשמואל נאמרה רק נגד מוחזק (פי' שרק במקום מוחזק אין הולכין אחר הרוב דלהוציא ממון לא מספיק רוב) ואצל אבידה אין "מוחזק", רואים שתוס' נשארו בהנחתם שיש באבידה דין ממון, אלא דהוי סוג ממון שיועיל בה רוב.³³

ועי' עוד בב"מ דף ל. במקרה של "כהן והיא [האבידה] בבית הקברות", שהדין הוא שאין לו ליטמא עצמו כדי לקיים מצות השבה ולעבור אלאו דלא תיטמא, משום שאין עשה דהשבה דוחה ל"ת ועשה דטומאה. "ועוד, מפני דלא דחינן איסורא (האיסור כהן ליטמא) מקמי **ממונא** (מצות השבה)". הרי להדיא שיש אצל אבידה דין **ממונא** בנוסף למצות השבה.³⁴

ונלע"ד ע"פ היסוד של המהר"י באסון (מובא בקונטרס הספיקות כלל א' סעיף ו') בקשר להשאלה למה גבי ממון יש להתופס מחבירו לטעון "קים לי" ואילו **בספק איסור** לא, הא כל ספק ממון צ"ל ספק איסור מחמת **האיסור גזל**? ותי' דאה"ג, אלא דבספק איסורא, אי הולכים לחומרא נפקי מידי האיסור משא"כ בספק ממון אפי' אם מוציאים מיד התופס שמא הדין עמו ונמצא דמה שנתנו לשני הוי גזילה. יוצא **דבממון**, בין כך לא נפקי **מספק גזל** ומש"ה ישאר ביד התופס. ועפ"ז נראה שגם בנ"ד שנמצא ביד שלישי, אם נגיד יחלוקו הלא יש ספק איסור גזל דע"פ רוב, החפץ של אחד מהם ובכה"ג, מוטב שיהא הדין "יהא מונח". אבל כששניהם אדוקים בו

³³ ובאמת, דגם בלי הני ראיות, אי אפשר להגיד שאין בכלל חיוב ממוני באבידה, דעי' לעיל (הערה 17), שהבאנו בשם הנתה"מ ההבדל בין ייאוש להפקר. ולכן אצלינו דלא הוה אפי' ייאוש שהרי שניהם נותנים סימניה וכה"ג לכו"ע אין ייאוש (פי' אפי' רובא ד"ייאוש שלא מדעת הוי ייאוש") שהרי בעל אבידה סומך על סימנים שלו (עי' ריש פ' אלו מציאות דאיתא כן להדיא). ויוצא שכל א' יש לו זכות ממוני בהאי אבידה ונבעי לחלקו מדין "ממון המוטל בספק" כשאין אחד מהם מוחזק או מרה קמא שכה"ג אף חכמים דסומכוס מודו שיחלוקו. (עי' תוס' בב"מ צו. ד"ה לימא וברמב"ם הל' מכירה כ:יא במקרה ששניהם טוענים טענת שמא שדינו יחלוקו. וצ"ע כאן ששניהם נותנים סימנים אם זה נחשב אי לאו, דלכא' אין א' מהם יודע אם אבידה שביד השומר שלו הוא, שהרי שניהם נתנו אותן הסימנים. ואפי' נימא ששניהם טוענים אמת, עכ"ז אין האבידה של שניהם ולכא' יוצא שבעצם שניהם טוענים **טענת שמא**.)

³⁴ ועיין שם בתוס' (ד"ה הא) שהעיקר הוא כשינויא בתרא, שיש לדחות שינויא קמא דהעשה ול"ת דכהן אינו שוה בכל וכה"ג אמרינן עשה דוחה ל"ת ועשה (עי' תוס' יבמות ה. ד"ה ואכתי).

דאמרינן יחלוקו אין שם ספק גזל שהתפיסה עצמה מראה על חלקו של כל אחד שהיא שלו.³⁵

יז. ספק הינוח לא יטול, ואם נטל מה דינו?

ומצאתי דכבר פליגי בה הראשונים. שהרמב"ם (הל' גזילה ואבידה טו:א) פסק "ספק הינוח" לא יטול ואם נטל לא יחזיר. ואילו הרא"ש שם (בב"מ כה:): חולק ולדעתו אף אם נטלה צריך להחזיר. ובביאר הגר"א (חו"מ קנ"ה:ח) מסביר שהרא"ש הבין דהוה כשאר ספיקא דאורייתא לחומרא דהוי עיקרו מצוה (פי' המצוה להשיב). והרמב"ם דן אותה כספק ממון משום דעיקרו דין ממון. ובח"י הגר"ח (על הש"ס, ב"מ, כה:): בקשר לזה מסביר שיטת הר"ן בנטל אבידה ע"מ לגוזלה (ב"מ כו.) דעבר על מצות "השב תשיבם", ואעפ"כ אם נתייאשו נעשית שלו. שאף קודם שנטל החפץ יש חיוב השבה אלא דשונה חיובו קודם נטילה מלאחר נטילה. דחובתו מתחילה הוה אקרקפתא דגברא, בדומה למצות תפלין. ואילו אח"כ היא מחמת דררא דממונא, ובוה מיושב למה מקודם נטילה אם נתייאשו מותר ליטלה ונעשית שלו משא"כ אם נטלה ואח"כ נתייאשו לא, דחובת השבה משנטלה הוי מחמת דררא דממונא ולא מספיק ייאוש לבד להפקיעה. ועפ"ז מוכן דעת הרא"ש דעד שנטלה יש רק מצות השבה אבל דין ממון לא.³⁶

סיכום

ראינו חילוקו של הגר"ח בין תשלומין דחיוב ממונא להשבה גבי אבידה ורק בממונא ניתן הדין יחלוקו משא"כ גבי מצות השבה דבעי השבה שלימה.

בארנו קו' האחרונים עליו ממקרה דמנה שלישי (היינו באחד שקיבל מעות בתורת פקדון מב' אנשים, מחד מאתיים ומחד מנה ועכשיו אינו יודע ממי לקח) שלר' יוסי הדין הוא "יהא מונח" והק' הגמ' למה במתני' דשנים

³⁵ ועי' ש"ך ס"ק ה' שפסק דאה"נ יחלוקו מפאת דיני ממונות.

³⁶ ועי' בב"מ נה. על הדין המובא שם במשנה דחיוב להשיב אבידה אינו אלא באבידה שוה פרוטה. והעירה הגמ' דאפי' אם הוול אח"כ עדיין חייב בהשבתו. ולכאו' זה מוכן אם זמן חיובו מתחיל בשעה שנטלה, דהכל נקבע באותו זמן ומתוך דשו"פ באותה שעה חל חיובו להשיב. אלא שלדעת הר"ן שיש חיוב אפי' קודם שנטלה אז הקובע צ"ל שוויותו בשעה שאבדה מבעליו ולא בשעה שנטלה השומר אבידה.

אוחזין לא אמרינן כן אלא יחלוקו ולדעת רח"ה אין מקום לקו' דהא מנה שלישי יש מצות השבה דפקדון כמו באבידה ולא יועיל יחלוקו, משא"כ בשנים אוחזין שמדובר בעיר שרובה עכו"ם והמוציא אבידה שם שלו הוא, נמצא שהוי שאלה דממונא ולא מצוה וכה"ג יועיל יחלוקו. והתי' שהבאנו היא שמצות השבה ליכא גבי פקדון, ועוד יותר אף חיוב השבה מדין ממון ליכא אלא על המפקיד ללכת לבית השומר ליטול פקדונו (קצוה"ח שם: ד).

מה דפליגי רבה ור' יוסף אי שומר אבידה דינו כשומר חנם או שומר שכר י"ל שהכונה רק מפאת המצוה דשומר אבידה אבל לא התחייבות רגילה של שומר ומת"כ בשוא"ת שגרם להפסד כגון שנרקבו הפירות תחתיו יכול להיות פטור (דעת המחנ"א הל' שומרים סי' לה'). היינו שרק מצד המצוה שמוטל עליו פליגי אבל לא מדינא (פי' מפאת דין ממוני) דסוף כל סוף לא התחייב עצמו אלא רחמנא הוא דמחייבו וכ"ז רק מצד המצוה.

והמשיכו להביא עוד פרטים שיש בין שומר אבידה לשומר פקדון כמו מה דקיי"ל גבי שומר פקדון ד"כל היכי דאיתי' ברשותי' דמרי' איתא" משא"כ בשומר אבידה י"ל שאינו כן ואין הבעלים יכולים להקדישו היכי שעדיין אבודה וביד השומר.

עפ"ז מובן אף דבכהת"כ פסקינן כשמואל ד"אין הולכים בממון אחר הרוב", באבידה (כמו בעיר שרובה עכו"ם) כן סמכינן עליה, דרשות השומר אבידה אינו כרשות הבעלים (לעומת פקדון ביד הנפקד) וכל הדין של שמואל לא נאמרה אלא נגד חזקת ממון וביד שומר אבידה ליתי' (ע"פ תוס' כתובות טו. ד"ה להחזיר לו).

ועפ"ז מובן גם למה באבידה סגי בסימנים שאינם מובהקים (לעומת בעדות אשה) להוציא מיד השומר ולא בעי' ב' עדים כמו בכל דבר שבממון, דלעומת פקדון שאף ביד הנפקד ברשותי' דמריה קחשיב ויש חזקת ממון, באבידה אינו כן שרשות השומר אינו כרשותי' דמריה ואין כאן חזקת ממון ומת"כ סגי בסימנים (אות ו).

גם מובן למה שומר פקדון היכי דמתחלה שוה ד' זוז ובשעת ההיזק הוקרה משלם כשעת ההיזק לעומת הגנב שמשלם כשעת הגניבה דאצל השומר הוה ברשותי' דמריה עד שהוזק משא"כ אצל הגנב שנכנס לרשותו בשעה שגנבה כבר יצא מרשות הבעלים וחיובו מתחיל באותה שעה (אות ז).

הבאנו פלוגתת הראשונים אם בשומר אבידה חשוב ברשותי' דמריה (דעת הרמב"ם בכמה מקומות) נגד הרמב"ן גביה "הרואה סלע שנפלה,

ונטלה קודם ייאוש על מנת להחזירה, אפי' אם אח"כ נתייאשו הבעלים אינו קונה אותה" כתב טעמא הואיל הוי "ידו כיד בעלים". וכן נראה דעת הריטב"א (אות ח).

בארנו למה שינה התנא בדין "ראה היאך תשיבנו לו" (דבשניהם הדין הוא דבעי למוכרו שלא יפסיד הבעלים) דגבי שומר פקדון העמידו בפירות שהתחילו להרקיב לעומת השומר אבידה דתני "כל שעושה ואוכל יעשה ויאכל וכו'". דגבי הפירות החשש היתה שמא הפריש הבעלים תרומה ממנו ואילו מוכרו השומר נמצא מאכיל תרומה לזרים וזה לא שייך בשומר אבידה דאין רשותו רשות הבעלים ואין הבעלים יכולים להפריש מהם משא"כ גבי פקדון (אות ט).

מה שמובא בגמ' דף ל. "כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון" (המדובר שם היא בכלי נחשת שמצא השומר דשרי לי' להשתמש בה אפי' לצורך עצמו) לדעת אלו שאינם שוים אין הכונה להשוותם אלא להגיד שפעמים בפקדון אף שפטורים מצידה יש חיוב שמירה מדין אבידה (עי' בל' הרמב"ם הל' שאלה ופקדון ז: ד ובדברינו למעלה אות י').

בארנו מה דבעי דעת בעלים בחיוב השבה דגנב ופקדון אבל לא באבידה דפקדון כל הזמן נחשב ברשותו אז בעי להודיע משא"כ גבי אבידה שלא נחשב ברשותו אז מספיק בחזרה מועטת (אות יא').

בארנו שיש מקום לומר דפרשת שבועת השומרים לא נתחדשה אלא גבי שומר פקדון (פי' הד' שומרים) אבל שומר אבידה לא. וראינו את זה במשנה גיטין מח: דתני "והמוצא מציאה לא ישבע, מפני תיקון העולם". והעמידה הגמ' בשבועת מודה במקצת ולא בשבועת השומרים. ולמה לא הלא בשומר עסקינן ולמה נדחק לומר שמדובר במקרב שמודה במקצת מה שלא מובא כלל בדין המשנה. עוד הפעם לפי דברינו שדין שומר אבידה לא זהה עם שומר פקדון הדברים מאירים דלא נאמרה שבועת השומרים אלא גבי פקדון (אות יב).

אלא שראינו ברמב"ם שיש שבועת השומרים גם בשומר אבידה דפסק גבי "טוען טענת גנב באבידה" דבעי לישבע "שאינו ברשותו" והיא שבועת השומרים. ובארנו דשאני גבי טוען טענת גנב שרק מפאת טענת השומר בעי לישבע (פי' מה שטוען שנגנב ממנו) אבל אי שתיק אין בעל האבידה יכול לכופו לישבע.

מה שכתוב בקרא (משפטים כב: ח) "על כל אבידה אשר יאמר כי הוא זה וכו'". שהמדובר היא בשבועה (עי' בב"ק קו: שםביא האי קרא כמקור

שיש דין טט"ג גבי שומר אבידה) וכן ויקרא (ה:כא - כה) "נפש כי תחטא וכחש בעמיתו...או מצא אבידה וכחש בה ונשבע על שקר וכו". פירשנו שזה אחר שהבעלים נתנו סימניה דמקודם לא נקראו "הבעלים" עדיין. יוצא שהאבידה נשתנה באותה שעה מאבידה לפקדון ומת"כ יש לו לשומר לישיבע שבועת השומרים (אות יג).

יסוד גדול היוצא מדברינו הוא **שחובת השמירה** אצל אבידה היא פרט בעיקר מצותו להשיב אבידה לבעלים לעומת החובת השבה דשומר פקדון דהוי פרט בעיקר חיובו שהיא השמירה. והרבה חילוקי דיניהם מובנים ע"פ אותו הבנה (ע' למעלה אות יד).

הבאנו הפגישה של האור שמח עם רח"ה והגר"ם ופלוגתתם אי אמרינן הפטור ד"בעליו עמו" אצל השומר אבידה (ע' למעלה אות טו) חידושו של הגר"ם שהקב"ה חשוב "הבעלים" אצל אבידה ואיך שזה מתאים עם דברינו).

הערנו בסוף למה לפי רח"ה שהדין יחלוקו לא מספיק לקיים מצות השבה, לא אמרינן כן מפאת דיני ממונות (פי' אה"נ א"א לקיים המצות השבה אבל כל אחד יש לו עדיין תביעה ממון על מחצה מפאת (ע' כאן אות טז ויז).