

שער שני - אבידה ושומרים

סימן ח

נזק כתוצאה מהשבת אבידה

ראשי פרקים

א. חובת ההשבה - לבעלים או לשומר

ב. החיוב להחזיר לבעלים

ג. אם יכולים הבעלים להתנגד להחזרת המציאה

ד. איני יודע אם נתחבתי או איני יודע אם פרעתיך

ה. כאשר החיוב ודאי

גמ"ח להשאלת ציוד רפואי, השאיל מכשיר למדידת לחץ דם לראובן, ומכשיר דומה לשמעון. שני המכשירים אבדו. לאור זאת התבקשו ראובן ושמעון כ"א לשלם את עלות המכשיר שהושאל. לאחר זמן, ובטרם שילמו לגמ"ח, מצא לוי מד לחץ דם אחד, וכיון שהיה עליו שם הגמ"ח, החזירו לגמ"ח. הן ראובן והן שמעון והן גבאי הגמ"ח אינם יודעים האם המכשיר שנמצא הינו המכשיר שהושאל לראובן או המכשיר שהושאל לשמעון, ואין אפשרות לברר זאת בשום אופן, לא מחמת המקום שנמצא ולא מחמת סימן אחר. כמו-כן הואיל והיה סימן (שם הגמ"ח) על המכשיר, לא התיאשו ממנו בעלי או גבאי הגמ"ח. ונשאלתי: א. האם בנסיבות הקיימות יכולים הן ראובן והן שמעון לפטור עצמם מתשלום המכשיר שאבד בטענה שיטען כ"א מהם, שמא המכשיר שנמצא הוא המכשיר שהושאל לו. ב. במידה ושניהם יכולים לפטור את עצמם, האם יכול הגמ"ח לבקש מלוי שלא יחזיר להם את המכשיר, מאחר ובהחזרת המכשיר הוא גורם להם נזק של עלות מד לחץ דם אחד.

א. חובת ההשבה - לבעלים או לשומר

יש לדון בתחילה בשאלה אחרת הקשורה לנדו"ד. נניח שלא היו כאן שני שואלים אלא שואל אחד, וידוע ודאי שהחפץ נאבד ממנו, למי חייב המוצא להחזיר, לבעלים או לשואל. כשהתורה ציוותה להשיב אבידה, האם השבת האבידה היא לבעלים, או שהתורה ציוותה להשיב למי שיש לו חסרון כס כתוצאה מהאבידה. ונפק"מ במקום שנתן לשומר חפץ ונאבד מבית השומר, והשומר איתא קמן כדי לשלם, דלבעלים אין כל חסרון כס אלא לשומר, ואף שאם יחזיר לבעלים, לא יהיה לשומר חסרון כס,

מ"מ נפק"מ למציאות כנדו"ד, שלשומר שיש לו חסרון כיס, אינו יכול להחזיר, כיון שאינו יודע ממי מבין השומרים אבד, ואם יחזיר לבעלים, או שלא יהיה חסרון כיס לשומרים, או שלבעלים יהיה חסרון כיס. ועל הצד שצריך להחזיר לשומר, א"כ בנדו"ד שאינו יודע מי השומר, אפשר שיזכה המוצא בחפץ, כיון דלבעלים אין כל חסרון כיס מאי השבת האבידה.

ובמצות השבת אבידה מצאנו שני דינים: דין אחד של מצות השבת אבידה לבעלים, ודין שני של מניעת נזק ממון מהשומר, שהוא גם בכלל מצות השבת אבידה. דין מניעת נזק נלמד מהא דאיתא בגמ' ב"מ לא, א דחייב לגדור בפני מים שבאים לשטוף שדה חבירו, וכן נפסק בשו"ע חו"מ רנט, ט, והיינו שמצווה להציל ממון חבירו שלא ינזק, וילף לה מקרא: "לכל אבידת אחיך" - אפילו אבידת קרקע. ובאבידת קרקע אין זה כאבידה הכתובה בתורה אלא מניעת נזק, והיינו דאיצטריך לריבוי של "לכל", לחייב מדין מצות השבת אבידה. וכן מבואר שם בגמ' בדין פרה הרצה בין הכרמים, דאף במקום שאינה ניזוקת בקוצי הכרם, מ"מ תיפוק ליה משום אבידת קרקע דחייב להציל. ותירצה הגמרא דמייירי בכרם של כותי. והקשתה הגמרא, ותיפוק ליה משום אבידת גופה. ותירצה הגמרא באתרא דמתרו והדר קטלי, עיי"ש. והא אבידת גופה אינה כאבידה רגילה אלא מניעת נזק ממון, ומכאן מוכח שאף מניעת נזק ממון התרבתה בדין השבת אבידה.

ואף שיש בהשבת אבידה גם דין של מניעת הפסד ממון, יש לדון כאשר באותו חפץ יש שני גברא, האחד הבעלים והשני מי שיש לו הפסד ממון, האם יש חיוב להשיב לבעלים או למי שיש הפסד ממון. והנה האחרונים דנו בנכרי שהפקיד ביד ישראל ונאבד הפקדון. הגר"ש קלוגר (בהגהות על שו"ע חו"מ רסו, א) כתב דחייב המוצא להחזיר. והגרע"א בחידושו לב"מ (כב, ב ד"ה אבידת אחיך) דן בשאלה הנ"ל, וז"ל:

"היה נלענ"ד שיש על המוצא חיוב השבה, אף דגוף החפץ של נכרי, מ"מ הוא מציל הישראל מן ההפסד שלא יצטרך לשלם. לא מיבעיא לרבי שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי, הוי החפץ ממון הישראל, אלא אפילו לרבנן היינו שאין זה החפץ של השומר, אבל מ"מ הוא מציל הנכסים של ראובן שלא יתחייבו לשלם. כך היה נראה לענ"ד בסברא בפשיטות גמור. אמנם חבירי ידידי הרב מו"ה ישראל נ"י מפקפק בדבר, דמ"מ י"ל לרבנן דרבי שמעון הך חפץ לא מיקרי אבידת אחיך ... וצ"ע לדנא."

מדברי הגרע"א מבואר שגם כאשר אין חיוב השבה לבעלים, כגון באבידת נכרי, מ"מ אם לישראל נגרם הפסד ממון כתוצאה מאי השבת האבידה, יש על המוצא חיוב להשיב את האבידה. ובפשטות - אין נפק"מ אם יחזיר לבעלים הנכרי או לישראל השומר, בשני האופנים תושג התוצאה של מניעת נזק מהישראל. אולם הגרע"א מביא דעה נוספת, דכל הנ"ל רק אם נפסוק דדבר הגורם לממון הוא כממון, אבל לרבנן דרבי שמעון דדבר הגורם לממון אינו כממון, א"כ אין כאן "אבידת אחיך". לאמור - הואיל והבעלים הם נכרי, אף שלישראל יש כאן הפסד ממון, מ"מ התורה צוה להשיב דוקא כאשר הבעלים הם "אחיך".

ונראה בבאור מחלוקתם - דהגרע"א ס"ל דדין זה של מניעת נזק הוא דין הנלמד מריבוי דקרא במצות השבת אבידה, אך הוא דין נפרד, וכל מקום שיש נזק לישראל, מצווה המוצא למנוע נזק. או דס"ל דחיוב השבת אבידה אינו לבעלים בדוקא אלא לכל מי שיש לו נזק ממון מאי השבת האבידה. משא"כ הרב מו"ה ישראל ס"ל דחיוב זה של מניעת נזק אינו פועל בגדר נפרד מדין השבת אבידה אלא נגזר ממנה, וחיוב

זה קיים דוקא כאשר יש לניצול דין של בעלים, דכאשר אין להם דין של בעלים, אף שיש כאן לכאורה "אבידת אחיך", מ"מ כשהתורה צויתה להשיב אבידה, הציווי הוא דוקא לאבידה שאחיד הוא הבעלים שלה, והחיוב הוא להשיב את האבידה לבעלים. מדבריו נלמד לכאורה, שאם יש מציאות שלבעלים ישראל אין הפסד ממון, כגון בשומר שישלם לבעלים (וזה צ"ע, ויבואר להלן) וימנע נזק רק לשומר, כיון שמבחינת הבעלים אין כאן אבידה, והשומר אינו בעלים שבעטיו חייבה התורה השבה, יוכל המוצא להחזיק במציאה, דהרי אין כאן אבידת בעלים, דאם דין השומר כדין הבעלים מחמת נזק הממון, היה כאן "אבידת אחיך", ומדס"ל למו"ה ישראל דאין כאן אבידת אחיך, א"כ אין דינו כבעלים, וחיוב השבה הוא רק לבעלים. וגם בנדון הגמ' בב"מ הנ"ל דחיוב השבה יש באבידת קרקע ובפרה הרועה, שם החיוב הצלת הממון הוא לבעלי הקרקע ולבעל הפרה והוי בכלל אבידת בעלים, משא"כ כשאין על הניזק שם של בעלים, אין מצות השבת אבידה.

והגרע"א נשאר בצ"ע לדינא. אמנם כל זה הוא אליבא דרבנן דס"ל דבר הגורם לממון אינו כממון. ועיין בש"ך שפו, יא שהביא מחלוקת הרמב"ן והרש"ל אם קיי"ל כרבנן או כרבי שמעון, דדעת הרמב"ן (בדינא דגרמלי) במי שגזל חמץ ועבר עליו הפסח, שיכול לומר לנגזל הרי שלך לפניך, ובא אחר ושרף החמץ, שחייב לשלם לגזלן, "שהרי גרם להפסיד ממון מכיסו". ודעת הרש"ל דהואיל וקיי"ל כחכמים ולא כרבי שמעון, דדין שריפת חמץ תליא במחלוקתם כמבואר בגמ' ב"ק צח, ב, ע"כ פטור. והרמב"ן דס"ל דחייב, פסק כתרופץ הי"מ בתוס' ב"ק עא, ב (ד"ה וסבר). דמקושיית התוס' מבואר דאם קיי"ל דדניס דינא דגרמי, כל-שכן דמחייב בדבר הגורם לממון. ובתרוץ הראשון חילקו תוס' דדבר הגורם לממון גרע מדינא דגרמי, כיון שאינו שוה לכל העולם. והי"מ תירצו דרבי מאיר סבר לה כרבי שמעון, משום דרבי שמעון קאמר להדיא דחייב ד' וה' בדבר הגורם לממון, עיי"ש. ומבואר ע"פ תרוץ זה, דכיון דקיי"ל כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי, כל-שכן דמחייב בדבר הגורם לממון. וא"כ לפי הרמב"ן - בנדון הגרע"א בשומר ישראל לחפץ של נכרי - פשיטא שיש עליו חיוב להחזיר אבידה, דגם השומר בכלל בעלים הוא. משא"כ אליבא דהרש"ל, בזה נשאר הרע"א בצ"ע לדינא.

[והסתפקתי לשיטת הרש"ל דקיי"ל דבר הגורם לממון אינו כממון, ולשיטת מו"ה ישראל דאין השומר כבעלים, אם התיאשו הבעלים מהחפץ והשומר לא התיאש, אם הוי יאוש או לא. דהקצוה"ח רנט, א הסביר אליבא דהרמב"ן שיד שומר כיד הבעלים, "הלכך אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, היינו דכיון דהשומר אינו מתיאש, שהרי הוא תחת ידו וידו כיד הבעלים, א"כ יאוש דבעלים לא מהני". אם גם לשיטת הנ"ל דינו כבעלים לענין היאוש ואף עדיף מהם. ונראה דכל זמן דאתינן עלה מכח שמירתו, פשיטא אליבא דכ"ע דידו כיד הבעלים, ולא מהני יאוש בעלים כשהשומר אינו מתיאש. דבשמירה מונח כוחו לשמור או להתיאש. משא"כ כאשר אתינן עלה לא מכח שמירתו אלא מכח דבר הגורם לממון ומניעת הפסד לשומר, בזה נחלקו כנ"ל. ועיין בנתיבות רנט, א.]

ב. החיוב להחזיר לבעלים

ומש"כ לעיל דכאשר אין לבעלים נזק מהאבידה, כיון שתשתלם ממקום אחר (מהשומר), אין זה בכלל אבידה, סברתי כן מחמת הדין שצריך באבידה שיהיה בה שוה פרוטה, וכדקיי"ל בגמ' ב"מ כז, א. ואף בשותפים בעינן שיהיה שוה פרוטה לכאו"א, עיין ב"מ כז, ב ובשו"ע חו"מ רסב, א-ב, וא"כ במקום שמשלם ממקום אחר, לית בה דין שוה פרוטה לבעלים. אך זה אינו. דהיכא דאינו שוה פרוטה, אין כאן שם בעלים על הממון ואינו בכלל אבידת אחיך. משא"כ כאשר יכול להשתלם ממקום

אחר, יש על הבעלים דין של בעלים על הממון, אלא שיתמלא חסרונם ממקום אחר, אך שם בעלים יש כאן. ע"כ נראה דאף אם ישתלם ממקום אחר, מ"מ כיון שהם הבעלים, יש אליבא דכ"ע חיוב השבה לבעלים. ומחלוקת הגרע"א ומו"ה ישראל הינה דוקא במקום שאין בעלים להחזיר, כגון באבידת עכו"ם, אם יש חיוב להחזיר לשומר, אך במקום שיש בעלים, אליבא דכ"ע יחזיר לבעלים, דודאי דלא פקע מיניהו שם בעלים הואיל ויש "בעלים" אחרים מחמת דבר הגורם לממון. ומצות השבת אבידה היא לבעלים, וכמש"כ הרמב"ם בספר המצוות (עשין, רד): "היא שציונו להשיב האבידה לבעליה". וכן כתב הרא"ה בספר החינוך (מצוה תקלח): "מצות השבת אבידה - להשיב האבידה לבעליה". הרי שבהשבת אבידה החיוב הוא להשיב למי שבעלים על האבידה.

ועיין בקצוה"ח ק,א מה שהקשה על דברי המרדכי (ב"ק סי' קע) וחילק בין הדיוט שהזיק קדשים שחייב באחריותם, דאליבא דרבי שמעון דדבר הגורם לממון כממון דמי, חייב לשלם לניזק, לבין קדשים שחייב באחריותם שהזיקו להדיוט, שאין הניזק יכול ליטול את הקדשים. ובהסבר החילוק נלענ"ד, שאליבא דרבי שמעון דדבר הגורם לממון כממון דמי, היינו שיש לו כח של בעלים במקום שאין בעלים ממש שכלפיהם יש חיוב, וע"כ כאשר הזיק קדשים, כיון שאין כאן חיוב כלפי הבעלים, יש כאן חיוב כלפי הבעלים מכח דבר הגורם לממון. משא"כ כאשר הקדשים הזיקו, הרי יש כאן בעלים ממש - הקדש - שהם פטורים מהנזק, בזה אין יכול הניזק לטעון שיש כאן בעלים מכח דבר הגורם לממון, כיון שכח זה קיים רק כאשר אין כאן בעלים אחרים ואין להם כל תביעה ומענה בנזק שארע, אבל כאשר הבעלים קיימים והם פטורים, אין לבעלים מכח דבר הגורם לממון כח לבטל הבעלות הממונית ממש. וכן הוא בנידון האבידה. גם אם יש לשומר דין בעלים מכח דבר הגורם לממון, מ"מ אין כח זה יכול לבטל את כח הבעלות המקורית הקיימת, וע"כ החיוב להשיב את האבידה הוא לבעלים המקוריים.

וראיתי בחלקת יעקב (תחו"מ סי' כב, במהדורה הישנה - ח"ב סי' נ) שדן במי שמצא מעות מזומנים המבוטחים בחברת ביטוח של נכרים, אם מותר למוצא האבידה להשתמש במעות כיון שלא יהיה לבעל האבידה כל נזק באי השבת האבידה. והשיב דאף דבמעות אין לבעלים כל נזק (בניגוד לאבידת חפץ שרוצה בקב שלו), מ"מ אין הביטוח נהיה בעלים על הממון אלא ישראל הוא הבעלים, ויש עליו חיוב השבה לבעלים. אך מה שהביא ראיה מדין הוזלה האבידה בין מציאה להכרזה וכעת אינה שוה פרוטה, דקיי"ל בשו"ע חו"מ רסב,א דחייב להחזיר כיון שהיתה שוה פרוטה באבידה ובמציאה, לכאורה כשמבוטח בחברת ביטוח, כבר בשעת המציאה אינה שוה פרוטה לבעלים, ולכאורה אינה ראיה לנדון. ולמש"כ אתי שפיר, כיון שאף שיכול להשתלם ממקום אחר, הוי בעלים על הממון, ודין שוה פרוטה בעיניו כדי שיהיה על האבידה שם ממון, וכיון ששוה פרוטה, העובדה שיכול להשתלם ממקום אחר לא מפקעת מהאבידה שם ממון.

ואין לתלות שאלתנו במחלוקת הראשונים בדין נגנב הפקדון והוכר הגנב. דהנה בגמרא ב"ק קח,ב אתמר: נגנבה באונס והוכר הגנב. אמר אביי, אם שומר חינוס הוא, רצה עושה עמו דין רצה נשבע. אם שומר שכר הוא, עושה עמו דין ואינו נשבע. רבא אמר, אחד זה ואחד זה עושה עמו דין ואינו נשבע. ובגמרא מבואר דרבא מודה במקום שקדם ונשבע, עיי"ש. ופסקו הרמב"ם והמחבר כדעת רבא. וז"ל הרמב"ם בסוף הל' שאלה ופקדון (ח,ו):

"נגנב הפקדון באונס ואח"כ הוכר הגנב, אחד שומר חינוס ואחד שומר שכר עושה דין עם הגנב ואינו נשבע. קדם ונשבע ואח"כ הוכר הגנב, אם שומר חינוס הוא, רצה עומד בשבועתו רצה עושה דין עם הגנב. ואם

שומר שכר הוא, עושה עימו דין."

וכך היא לשון המחבר בשו"ע חו"מ רצד, ו. וברש"י שם (בד"ה עושה עימו דין), כתב: "משלם לבעלים והוא יפרע מן הגנב". בניגוד לרמב"ם שבדבריו לא נזכר שהשומר משלם לבעלים ואח"כ עושה דין, מבואר ברש"י שעל השומר לשלם לבעלים בטרם יפרע מן הגנב. וברב המגיד (שם) עמד על מחלוקתם, דלדעת הרמב"ם חיוב השומר הוא רק בטירחה לעמוד בדין עם הגנב, משא"כ לרש"י יש עליו חיוב תשלומים. ולכאורה לפי רש"י יש כאן חיוב תשלומים מהשומר לבעלים, ויש חיוב של הגנב כלפי השומר, והשומר הוא הבעל דין ודברים עם הגנב לא רק כטורח בשם הבעלים אלא כבעל דין. ועיין בסמ"ע רצד, ז מש"כ בזה.

ולכאורה לפי שיטת רש"י שהשומר הינו הבעל דין ודברים עם הגנב ויש חיוב ממון של הגנב כלפי השומר, א"כ הוא הדין באבידה יש חיוב של המוצא כלפי השומר מחמת החיוב שיש לשומר כלפי הבעלים, משא"כ לשיטת הרמב"ם שאין כל חיוב ממון מהגנב לשומר אלא רק דין לטרוח, ודין זה מחיובי השמירה, א"כ במוצא אבידה שאין טירחה שיחזיר לבעלים, חובתו להחזיר לבעלים ולא לשומר. אולם לאחר העיון נראה דסברת רש"י אינה כמש"כ, ואין כאן חיוב ממון מהגנב לשומר. דהנה הש"ך בחו"מ רצד, ח, כתב וז"ל:

"מיהו אף לרש"י והטור היינו כשידוע שיחזור ויוציא את שלו מהגנב, הלכך צריך לשלם כיון שאינו מפסיד כלום אלא שטורח להוציא מידו, כן הוא ברש"י וטור להדיא, ופשוט הוא."

ודייק כן ממש"כ רש"י: "והוא יפרע מן הגנב". ומבואר מדברי הש"ך דמחלוקת רש"י והרמב"ם הינה על כמות הטירחה שמחויב השומר כלפי הבעלים, אך לא שיש כאן חיוב ממון של השומר כלפי הבעלים (בהוכר הגנב) וחיוב של הגנב כלפי השומר. הרמב"ם ס"ל דהטירחה מוגבלת לטירחה בלבד, ורש"י ס"ל דחייב לשלם ולטרוח, שהיא טירחה יתירה. דאם היה כאן חיוב ממון, א"כ גם אם לא יוציא מן הגנב, חייב לשלם לבעלים. ע"כ גם בענין אבידה, שאין כל ענין של טירחה בזה, אין למוצא כל דין ודברים עם השומר אלא עם הבעלים, והיינו שבעית הגמרא היתה דוקא בגניבה ולא באבידה.

ושם בגמרא (ב"ק קח, ב) הביאו את הבעיה הנ"ל באופן שונה: נגנבה באונס והחזיר גנב בבית שומר ומתה בפשיעה, מהו, מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא ליה שמירתו, או דלמא כיון דהדרה, הדרה לשמירתו, תיקו. ודין זה הובא להלכה ברמב"ם בסוף הל' שאלה ופקדון, ופסק שם דהשומר פטור מלשלם, ואם תפסו הבעלים לא מוציאים מידם. ובשו"ע חו"מ לא הובאה הלכה זו. ועיין בקצוה"ח רצד, ז דהדין תלוי מאימתי חל שעת החיוב, משעת פשיעה או משעת משיכה, דדעת המחבר דחל משעת פשיעה, ע"כ לא חל עדיין שעת החיוב מחמת האונס ולא כלתה שמירתו, ויכול להחזיר לשומר. משא"כ לשיטת הרמב"ם הואיל וחייב משעת משיכה, איבעיא בגמרא אי מחמת האונס כלתה שמירתו או לא, עי"ש. ומ"מ נראה דבשואל שחייב באונסין, לכולי עלמא משעת האבידה, אף אם היתה באונס, כבר כלתה שמירתו, וא"כ כשם שהגנב לא יוכל להחזיר לבית השומר ועליו להחזיר לבעלים, הוא הדין מוצא האבידה חייב להחזיר לבעלים ואינו יכול להחזיר לשומר.

ג. אם יכולים הבעלים להתנגד להחזרת המציאה

על הצד שאכן בהחזר המציאה יגרם נזק לגמ"ח, האם יכול הגמ"ח להתנגד להחזרת

המכשיר בטענה של נזק? לענין נראה שאינם יכולים, מאחר והחפץ כבר במציאתו כביד הבעלים, ורשות המוצא כרשות הבעלים, ואם אינם חפצים כעת במציאה, אפשר דהוי הפקר, אך מ"מ האבידה הושבה לבעליה, ובהנחה שבהחזרת האבידה אין הגמ"ח יכול לתבוע לא מראובן ולא משמעון (ענין שיתברר להלן), אין הגמ"ח יכול להתנגד להחזר האבידה, ולא יוכל לתבוע לא מראובן ולא משמעון.

דין זה נלמד מהא דקיי"ל דשומר אבידה דינו כשומר שכר (ב"מ כט, א). והרמב"ן במלחמות (ב"מ יד, ב בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"... ואבידה נקנית ביאוש היכא שלא נטלה וגזלה ... וזו כיון שנטלה לגזולה ולא להשיבה, הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה, דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא על-מנת לגזולה קודם יאוש, דאי אפשר לקנותה ביאוש מפני שידו כיד בעלים ושומר שכר שלהם הוא, הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים..."

מבואר מדבריו דהיכא דנטלה על-מנת להשיבה, הרי היא משעה שנטלה ברשות הבעלים. לפ"ז מה מהני אם יאמרו הבעלים שאינם חפצים בהשבתה, הרי האבידה כבר ברשותם, ואם כעת אינם חפצים, הרי הם כמפקירים לחפץ משעה זו, וכבר זכו השומרים בדין. וכן מבואר בדברי הריטב"א (ב"מ כא, ב ד"ה כי פליגי), וז"ל:

"... ואפילו למאן דאמר בעלמא דיאוש כדי לא קני, שאני הכא שלא נטלה בתורת גזל, וכיון שבשעת נטילה לא זכה, הרי ידו כיד בעלים וכנפקד שלהם, שאין יאוש מועיל בו..."

ועיין בקצוה"ח רנט, א ובנתיבות רנט, א מה שכתבו בדברי הראשונים הנ"ל, ומה שנחלקו אם ברשותו מהני יאוש. ומ"מ לדברי הכל חשיב החפץ כעת ברשות הבעלים, ומה שייך להתנגד לא לקבלו בחזרה. אלא ברור שאפילו במקום שיגרם נזק לבעלים ע"י שהשומרים לא יצטרכו לשלם וכבנדו"ד, לא מעלה ולא מוריד רצון הבעלים בהחזרת החפץ והרי הוא כבידס, וזכו השואלים בדין.

ד. איני יודע אם נתחייבתי או איני יודע אם פרעתיך

אלא שמעתה יש לדון בשאלה הבסיסית, האם לאחר שהוחזר המכשיר לידי הגמ"ח, אם יכולים לתבוע את ראובן ואת שמעון, או שהגמ"ח הפסיד מכשיר אחד. השאלה לכאורה הינה אם טענת ראובן ושמעון היא בבחינת "איני יודע אם נתחייבתי", או בבחינת "איני יודע אם פרעתיך". האם זהו ספק בחיוב או בפרעון (בהשבה). והנה הנימוק"י (ב"ק לט, א בעמוה"ר), כתב דחיוב השומר הוא משעת הפשיעה או האונס ולא משעת הפשיעה, והביא מדברי הרא"ה, וז"ל:

"דמשעת פשיעה הגורמת לאונס, מתחייב השואל עלה. ונפקא מינה לשואל חמור לרכוב עליה שלוחו ומתה בדרך, והדבר ספק אם מחמת מלאכה מתה אם לאו, דכיון דקיי"ל שאינו חייב עליה עד שעת אונסין, הרי הוא פטור, שהרי זה כאומר איני יודע אם הלותני אם לאו. אבל השואל את החמור לרכוב עליה ונתנה לשלוחו, והדבר ספק אם מתה בפשיעה או באונס, חייב, שהרי הוא פושע עליה כשנתנה לשלוחו, שהרי אין השואל רשאי להשאל, והוא מתחייב משעת פשיעה, והרי זה כאומר הליתני ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו, שהוא חייב, עכ"ל."

מבואר מדברי הרא"ה דהדין תלוי אימתי נולד הספק, אם הספק נולד קודם שעת החיוב - שהוא שעת הפשיעה -, הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון שבשעת החיוב אינו יודע אם התחייב. משא"כ אם קדמה שעת החיוב, א"כ החיוב הוא ודאי והספק נפל על הפטור, והוי איני יודע אם פרעתיך שהוא חייב.

ודין זה של הרא"ה, אינו מוסכם מהראשונים. דהנה הרא"ש בב"מ (פ"ח ה"ד) כתב במי ששאל פרה, דפטור במתה מחמת מלאכה: "אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עיפות טורח בדרך, לא יוכל להשבע שמחמת מלאכה מתה". מבואר מדבריו דכאשר יש ספק אם מתה מחמת מלאכה, כיון שאין השואל יכול לטעות בתורת ודאי שמתה מחמת מלאכה, חייב לשלם. ומדברי הרא"ש הנ"ל, למד תרומת הדשן (סי' שלג) במי ששמר כראוי, ולאחר זמן פשע בפקדון, ויש ספק אימתי נגנב ונאבד, האם נגנב בשעה ששמר כראוי ופטור, או שנגנב לאחר הפשיעה וחייב (עיי"ש בפרטי המעשה). וסובר התרומת הדשן דכיון דהוי ספק, חייב השומר לשלם, וז"ל:

"דכיון דכל שומר צריך להשבע שלא פשע, היאך יוכל שמעון כאן להשבע בודאי שלא פשע ... ואם תאמר, מנלן דחייב להשבע כהאי גוונא שהוא ודאי שלא פשע, דלמא כל היכא שנולד ספק שלא יוכל לידע, אמרינן עלה אוקי ממזנה בחזקת מריה ... הא ליתא, כדאיתא להדיא באשר"י פרק השואל גבי מתה מחמת מלאכה ... ואע"ג דהתם נמי אינו יכול לידע הספק, אפילו הכי לא אמרינן אוקי ממזנה בחזקת מריה ונימא דמתה מחמת מלאכה ..."

מבואר מדברי הרא"ש ותרומת הדשן דכל היכא שיש לנו ספק באופן האבידה או הגניבה, אם היתה בדרך המחייבת או בדרך הפוטרת, דחייב לשלם כיון דהוי ספק בפטור ואינו יכול להשבע שבועת השומרים אלא בטענת ודאי. אלא שבמשנה למלך (שאלה ופקדון ד, א) כתב על דברי תרומת הדשן הנ"ל, דיש לחלק בין דין איני יודע אם פרעתיך לנדון תרומת הדשן, דגבי איני יודע אם פרעתיך, "השמא הוא גרוע, דהוה ליה למידע אם פרע אם לאו, ומדלא ידע בברור, ודאי לא פרע". משא"כ בנידון תרומת הדשן, "אע"ג דהוא ברי בחיובא וספק בחזרה, מ"מ השמא אינו גרוע, דלא הו"ל למידע". ולכאורה צ"ב מדוע הוי שמא טוב בנידון תה"ד, דהרי היה על השומר לשמור באופן שלא יתן לאחר להכנס לחדר בו החפץ, ואם נתן, היה לו לשומרו בזמן שהייתו או לקחת החפץ אצלו. ולא דמי לנידון שמא טוב שנאמר בדין יורש בטענה כנגד אביו שלוח, עיין בספר התרומות (שער לח, ג, ד), וכן ברדב"ז בתש" (ח"ד סי' סט) בענין אשה שלקחה בהקפה מלבוש, ובא בעלה לגרשה, היא אומרת שאינה חייבת ובעלה אומר שאינו יודע. וע"כ נראה לחלק בין יורשים ובעל לנדון שומר, דבשומר אף שכעת אינו יודע באמת, מ"מ היה לו לדעת ע"י שמירה טובה יותר. ועיין עוד בנתיבות עה, דכל היכא שחסרון הידיעה נובע מפשיעת המוכר, לא חשיב כלא הו"ל למידע וחייב כשטוען איני יודע אם פרעתיך. והוא הדין לכאורה בנידון תה"ד דפשע השומר. ועיין עוד בנתיבות בכללי התפיסה (סי"ק יא) שכתב דדעת רוב הפוסקים דאפילו במקום דלא הו"ל למידע, חייב באיני יודע אם פרעתיך. ועי"ע בקצוה"ח עה, טז, דכיון דכל הלימוד הוא מיורשים, הדבר תלוי במחלוקת הראשונים אם ילפינן מיורשים. ומ"מ צריך להיות דומיא דיורשים, ונדון תה"ד שונה וכמשי"כ, כנלענ"ד לבאר דעת תה"ד.

ועיין עוד בתוס' ר"י (קידושין סה, ב) שכתב לחלק בין דין איני יודע אם פרעתיך לדין מי שטוענים אותו "שורך הזיק" ומשיב שאינו יודע. דבהלואה הו"ל למידע אם הלווה אם לאו או אם פרעו, והיכא שטוענו שהלווה והו"ל מחויב שבועה

ואינו יכול להשבע, קיי"ל דמשלם, דהו"ל למידע. משא"כ "אם העידו על דבר שלא היה יכול לידע, כגון שאמר לו שורך הזיק", אפילו במודה במקצת פטור ולא מקרי מחויב שבועה, וממשיך התוס' רי"ד לענין מי ששאל את הפרה חצי יום ושכרה חצי יום, דאמרינן דבאינו יודע מתי נאנסה מיחייב כשיש עסק שבועה ביניהם:

"משום דכיון דלקח הפרות מחבירו, בין בשאלה בין בשכירות, נתחייב לדעת אנסיהן באיזה ענין יהיה שיפטר ובאיזה ענין יתחייב, הלכך חייב".

והיינו דכל היכא שאינו טוען טענת ודאי לפטור, חייב לשלם ואינו בכלל לא הו"ל למידע. ובב"י (חו"מ רצא, כה) הביא בדין זה, אם טענת שמא של השומר יכולה לפטרו, ב דעות, וז"ל:

"כתבו תלמידי הרשב"א, שומר שכר שמסר לאשתו ובניו או למי שהבעלים רגילין להפקיד אצלו, דעת הרמב"ן שאילו נשבע השני, שהוא שומר חנם, שלא פשע בה ואומר שנגנבה או שאבדה, שהראשון הוא חייב, שהרי זה פטור בשבועתו, וכיון שהוא פטור ואומר שנגנבה או שאבדה, אע"פ שאין אנו יודעים, הראשון חייב, ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני, שעליו לברר. וכן היכא שאינו רוצה להשבע השני שמתה כדרכה, או שהלך למדינת הים, הראשון חייב, ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני, וכן כתב מורי ר"ש. אבל דעת רבינו, דשומר שכר שמסר לשומר חנם ואין השני רוצה להשבע או שהלך לו, שהראשון פטור, ואפילו הלה תובעו בברי שנגנבה, מפני שזה טוען שאינו יודע אם נגנבה והוא חייב, או אם נאנסה או מתה בפשיעה והוא פטור, והו"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי לך, דפטור."

מבואר מדברי תלמידי הרשב"א ב דעות כאשר השומר טוען טענת שמא הדבר הנפקד נאבד באופן הפטור. דעת הרמב"ן דעל השומר לברר, וכל היכא שאינו מברר, בין ע"י שבועה ובין בדרך אחרת, הוי טענת שמא דשומר כטענת איני יודע אם פרעתין שהוא חייב. ודעת הרשב"א דאפילו הבעלים טוענים טענת ברי, כל היכא שהשומר אינו יודע, הו"ל איני יודע אם נתחייבתי שהוא פטור. וכדעת הרמב"ן מבואר לכאורה ברמ"א חו"מ שג, ומקורו מדברי המרדכי ב"מ סי' שעו, וז"ל הרמ"א:

"אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה שומר שכר עליהם, הוי אונס, אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא ע"י אחרים. ודוקא שיוודע בודאי שנשרפו, אבל אם אינו יודע בברור רק שהיו בבית שנשרף, אינו יכול לישבע שנשרפו דדילמא עכו"ם נכנסו וגנבו אותו ולכן חייבים לשלם, אא"כ עכו"ם הנכנסים הם ליסטים מזוינים, דאז ישבע שנשרפו או נגנבו בליסטים מזוינים ופטור."

מבואר מדברי הרמ"א דכאשר השומר אינו טוען טענת ודאי לפטור, חייב לשלם, ואינו יכול להסתיר בטענת שמא, ואף שהיו החפצים בבית שארעה בו השרפה, עליו לדעת ברור שלא נגנבו החפצים. ועיין בפת"ש שג, מה שהביא מתש" חוט השני דהיינו דוקא היכא דשכיחי גנבי. והיינו מטעם שהיתה שריפה, ומהיכי תיתי לחשוש לגנבי במקום דלא שכיחי, אך במקום שלא היתה שריפה, אם אינו יודע כיצד נאבד, יש לחייבו מדין איני יודע אם פרעתין.

ונראה בדעת הרשב"א דס"ל דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי דוקא במקום שאין ודאי חיוב, וכגון במקום שאינו יודע השומר אם נגנבה או לא, ובמקום דלא הו"ל למידע, כגון בשומר שמסר לשומר, אבל במקום שיש ודאי חיוב, כגון בידוע שנגנבה אלא שהשאלה היא אם נגנבה באונס ופטור או שלא באונס וחיוב, בכגון זה אם אינו יודע, חייב השומר לשלם. כך עולה לכאורה מדברי הרשב"א בתש" (ח"א סי' אלף קלד). הרשב"א דן בשמעון שנסע למקום אחר, סגר ביתו ומסר המפתחות ללאה אשת ראובן, תמורת זכות להשכיר ולקחת שכירות מבית אחד. וכשחזר מצא מנעול ביתו פרוץ וביתו ריקן, ולאה אינה יודעת מה היה לו בבית (ועי"ש עוד פרטים בשאלה). והשיב הרשב"א דדינה כשומר שכר שחייבת בגניבה ואבידה, וחיבת לשלם אילו נודע מה היה בבית, "וכולם מודים שהיא לא ידעה מה היה בבית, ושמעון לא אמר לה כן וכן יש לי בתוכי". וס"ל לרשב"א שאם יש עדים שנכנסו אנשים לביתו והוציאו משם כלים טמונים או שיצא לו שם גניבה בעיר, דנים אותו כדין נגזל (עיין שו"ע חו"מ סי' צ), ונשבע שמעון ונוטל;

"אבל אם היא אינה מודה בכך, הרי היא נשבעה כי אינה יודעת ונפטרה, ואע"פ שמצאו המנעול שבור, ואע"פ שיש עדים שנכנסו אנשים לבית, שלא כל הנכנס לבית בלא רשות, גונב כלום ... ואינו דומה למדליק את הבירה ולשק צרור, דהתם כל שהודלקה הבירה בודאי נשרף כל מה שיש בה, אלא שזה טוען כן וכן היה בה וזה טוען איני יודע, וכן בשק צרור שנגנב השק ומה שבתוכו, אבל כאן שלא יצא לו שום גניבה ולא ראינו שום אדם נכנס ויצא בכלים טמונים, נשבעה שאינה יודעת ונפטרה."

וברשב"א מבואר לפטור כל היכא שאינו יודע אם נגנבה כלל, ואפשר דמה שהנחת אתה נוטל, משא"כ בידוע שנגנב, אם ע"י שיצא לו שם גניבה, נשבע שמעון ונוטל על מה שהוא אמוד, כבתקנת נגזל, וכן אם ידוע מה היה בבית וידוע מה נגנב, נוטל בלא שבועה. ולכאורה מדוע לא תפטר אשת ראובן בטענה שאף אם נגנב, אינה יודעת אם נגנב באונס או שלא באונס. אלא צ"ל דס"ל לרשב"א דהיכא שידוע שנגנב, חייבת לשלם אם אינה יודעת אם באונס אם לאו, ורק בדין שומר שמסר לשומר ס"ל לרשב"א דכיון דלא הו"ל למידע, הוי שמא דידיה כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון שאינו יודע אם נגנב או ליסטים מזוין או בדרך אחרת ולא הו"ל למידע. וכך נראה לכאורה מהגהה בסמ"ע רצ"ב. דהנה דינו של הרשב"א הובא להלכה ברמ"א רצ"ב. ובשו"ע חו"מ רצ"א, פסק המחבר (ומקורו מדברי הגמ' בב"מ מב, א) דאם השומר אינו יודע היכן הניח הפקדון, חייב לשלם. וכתב הסמ"ע שם בס"ק יב, וז"ל:

"דכל שומר מחויב לתת לב אנה יניחו ולהיותו במקום משומר (הגה); וכתב בתרומת הדשן סי' שלג, שומר שאינו יודע אם נגנב בפשיעה או שלא בפשיעה, מתוך שאינו יכול להשבע משלם, עיי"ש שהאריך). ונ"ל דוקא בזה כיון שמודה שנגנב, משא"כ לקמן סו"ס רצח (והוא דעת רשב"א) דנשבע שאינו יודע שנגנב ופטור, עיי"ש, והיינו משום דאינו יודע שנגנב, דיכול להיות שאינו נגנב הימנו כלום."

ואם נאמר דהרשב"א ס"ל דכל היכא שמודה שנגנב רק אינו יודע אם באונס אם בפשיעה, פטור לשלם מדין איני יודע אם נתחייבתי, א"כ לשיטתו לא מהני לחייב אם מודה שנגנב, אא"כ מודה שנגנב בפשיעה, וכן מה ענין תרומת הדשן לרשב"א, דבהא גופה פליגי. אלא צ"ל דס"ל לסמ"ע דגם הרשב"א מודה דהיכא דידוע שנגנבה או אבדה, דחייב השומר ואינו יכול לטעון דכיון שאינו יודע אם באונס ואם ברצון, שהוא פטור מדין איני יודע אם נתחייבתי. והפטור של הרשב"א הוא רק

בטענת שמא במקום דלא הו"ל למידע, וכגון בשומר שמסר לשומר. וכן נראה בנימוק"י מה שהביא מדברי הרא"ה (הובא לעיל), דמייירי ששאל את הפרה לרכב עליה שלוחו, ובכגון זה ס"ל לרא"ה דכיון דלא הו"ל למידע אם מתה מחמת מלאכה אם לאו, פטור השואל.

לפי"ז י"ל דלא פליגי הרשב"א והרא"ה, עם הרא"ש ותרומת הדשן הנ"ל. דהרא"ש מייירי בטוען שמא במקום דהו"ל למידע, שהרי הוא עצמו רכב עליה וכשאינו יודע אם מתה מחמת מלאכה אם לאו, יש כאן חיוב ודאי. גם תרומת הדשן מייירי שפשע בפקדון והו"ל למידע אם נגנב קודם פשיעה או אחריה, וע"כ חייב. ואף אם נאמר דהרא"ש ותרומת הדשן ס"ל דחייב אף בשמא במקום דלא הו"ל למידע, מ"מ מחלוקת זו אינה דוקא בדין שומרים אלא בכל מקום, אם שמא במקום דלא הו"ל למידע, דינו כטוען איני יודע אם נתחייבתי או איני יודע אם פרעתיך. ועדיין צ"ע, דמדברי הש"ך רצא, מד מבואר להדיא דפליגי. ועיין בנתיבות רצא, כח שכתב דלא פליגי, דהרא"ה מייירי במקום שלא פשע במה דלא הו"ל למידע, משא"כ כשפשע במה דלא הו"ל למידע דחייב, עיי"ש, והש"ך מחייב אף במקום שלא פשע במה דלא הו"ל למידע (כך נראה לכאורה מדבריו).

ובש"ך הביא את היש"ש (ב"ק פ"י סי' ג) שהקשה על הרא"ה, דאי איירי שטוען המשאל ברי לי שמתה בפשיעה, א"כ אפילו גבי דידיה (ולא שליח) נמי מחייב;

"דהוי כהלוייתני ואיני יודע אם פרעתיך, דהא אתחייב ליה להשיב בהמתו ובטענת ספק רוצה לפטור עצמו נגד טענת ברי. ואי איירי שג"כ המשאל בא בטענת שמא, נ"ל דאפילו גבי שליח פטור, דהא אין כאן טענת ודאי לחייבו, ושמא ושמא הוא, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ודומה לאחד שאומר הלוייתני ואיני יודע אם פרעתיך, וזה ג"כ אינו יודע, דפטור."

לכאורה מעיון בדברי היש"ש, נראה דאין להביא ראיה לדעת הש"ך, דאף שהיש"ש חלק על הרא"ה וכתב דלא דק, מ"מ היש"ש ס"ל דהוי איני יודע אם פרעתיך דוקא במקום שטוענים הבעלים טענת ודאי, אבל בטענת שמא של הבעלים פטור. ולדעת הש"ך נראה דכל היכא שהשומר אינו טוען טענת ברי שמתה באופן הפוטר, חייב לשלם, וכמש"כ הש"ך בתוך דבריו: "דלענן דינא דכיון שאינו יכול לומר בבירור, חייב", ועיי"ש בהמשך דבריו, דשאלה (והוא הדין פקדון) כיון דהדרא בעינה, לא רמי חיובא אנכסיה דשואל כל זמן שהיא בעין חייב להחזירה, וא"כ כשאינו יודע אם מתה כדרכה או לא, הו"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך. ומשמע שאין חילוק בין אם טוען המפקיד טענת ודאי או לא.

ועצם הדמיון של היש"ש לדין מלוה שטוען הלוה איני יודע אם פרעתיך, וכן המלוה טוען איני יודע אם פרעתיני, שהוא פטור, צ"ע, דדוקא בהלוואה דהו"ל למידע למלוה אם פרעו או לא, ומדאינו יודע, אינו יכול להוציא ממון מספק. אבל בשומרים שאינו צריך לדעת כיצד מתה, הוי חיוב ודאי וספק בפטור, ואף אם הבעלים ג"כ שמא, הו"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב (ולעצם הדין של שמא ושמא בפרעון הלוואה בשטר, עיין בש"ך נט, א, ברע"א שם ובקצוה"ח שם, ואכמ"ל דאינו ענין לנדו"ד). ומ"מ לפי דעת הש"ך י"ל דבשומר אף דהוי שמא ושמא בפרעון, כיון שהמפקיד אינו צריך לדעת כיצד מתה, מסלקים טענתו והו"ל איני יודע אם פרעתיך. אמנם בנתיבות רצא, כח מפורש להדיא דגם אליבא דהש"ך דוקא בטוען מפקיד טענת ברי, אבל אם טוען טענת שמא, חייב. אך בנתיבות סייג את דבריו, וז"ל:

"לכן העיקר כדברי הנימוק"י דכשלא פשע במה דלא הו"ל למידע דפטור,
אבל כשפשע בזה, חייב מטעם מתוך (שאינו יכול להשבע משלם),
ואפילו גם המשאל טוען שמא."

ומבואר מדבריו דהא דמדמים אנו טענת שמא ושמא להלואה, היינו דוקא כאשר השומר
לא פשע במה שאינו יכול לטעון טענת ברי. (ובזה י"ל אף לתרומת הדשן הנ"ל,
דהגם שהמפקיד אינו טוען טענת ברי, מ"מ חייב כיון שפשע באי הידיעה). ואף דיש
חילוק בין מפקיד למלוה, דמפקיד לא הו"ל למידע כיצד מתה, משא"כ מלוה שעליו
לדעת אם החזיר לו. צ"ל דס"ל דחיוב באיני יודע אם פרעתיך בשומרים הוא מחמת
ריעותא בטענת השומר, דכל זמן שלא נתחייב בחיוב ודאי, אין כאן חיוב, משא"כ
בהלואה. ע"כ כאשר אין ריעותא בטענת השומר, אין לחייבו, משא"כ כאשר פשע במה
שאינו יודע, הוי ריעותא בטענתו וחייב, וע"ע במהרשד"ם חחו"מ סי' תנט, דבנדון
דידה ג"כ חייב מטעם תרומת הדשן, ובנדון שם הוי פשיעה במה שאינו יודע,
עיי"ש. ועיין מש"כ המשנה למלך בה"ל שאלה ופקדון ד, א, דשמא של איני יודע
בנידון תרומת הדשן, "השמא אינו גרוע, דלא הו"ל למידע", משא"כ באיני יודע אם
פרעתיך, דהשמא הוא גרוע, וע"ע שם בדברי המגיה. ועיין בדברי חיים (שומרים
סי' כד) מש"כ להקשות מהא דפסק בשו"ע חו"מ שמד, ד דהיכא ששניהם אינם יודעים
אם שאולה מתה או שכורה מתה, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וע"ע בדברי חיים
בסימן שאח"ז, ועיין עוד בחזון איש (חו"מ ה, ו) מש"כ בדברי הרא"ה והש"ך.

ה. כאשר החיוב ודאי

ונראה בנידון שלפנינו אליבא דכולי עלמא חשיב כאיני יודע אם פרעתיך. דכל
הדיון הנ"ל הוא כאשר בעצם החיוב - הגניבה או האבידה - יש ספק אם ארעה באופן
הפוטר או באופן המחייב, אך כאשר נוצר חיוב מכח אבידה וגניבה והחיוב הוא
ודאי, ויש ספק אם החזיר לבעלים, הוי ודאי ספק של איני יודע אם פרעתיך
וחייב. כן עולה מדברי הראשונים והאחרונים הנ"ל, וכן נראה מדברי הקצוה"ח
שמד, ד, לאחר שהביא את דברי הרא"ה והרא"ש והש"ך והיש"ש (הנ"ל), כתב וז"ל:

"ולפענ"ד נראה דברי הרא"ה נכונים מכל צד, והוא דודאי לדעת האומר
דשומר משעת פשיעה, א"כ כל זמן שהוא בעין, ליכא שום חיוב ...
משום דשומר אין עליו חיוב השבה כלל כל זמן שהוא בעין, ודוקא
גנב וגזלן הוא דמחייב בהשבה, אבל שומר אינו חייב בהשבה, אלא
כל היכא דאיתא, ברשות בעלים הוא ... אם הבעלים רוצים בפקדונם,
הולכים לביתו של שומר ולוקחים את אשר להם ... נראה דס"ל לרא"ה
דאפילו להך לישנא דשומר מתחייב משעת אונסין, אפילו הכי כל
שנותנו לאחר, כיון דהו"ל התחלת פשיעה, דאין השואל רשאי להשאל
משום דאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר, אע"ג דאם מתה באונסין
אח"כ פטור ... מ"מ מתחייב תיכף משעת התחלת הפשיעה שמסרו לאחר
..."

ועיי"ש מה שכתב לישב הא דקיי"ל ברועה שהניח עדרו, דאומדין אותו אם יכול
להציל, ואם אין הדבר ידוע דחייב לשלם, היינו משום דהרועה פשע קצת במה שהניח
עדרו, "א"כ נתחייב תיכף, והספק שאחר כך אם נאנסה, הו"ל איני יודע אם
החזרתיו", ועיי"ש עוד באריכות דבריו. דהסוברים דבשומר הוי איני יודע אם
נתחייבתי, היינו לסוברים דהחיוב הוא משעת הפשיעה או הגניבה והאבידה, וכאשר
החיוב עצמו הוא בספק מחמת טענת השומר, הו"ל ספק בחיוב, משא"כ כאשר נוצר
חיוב מוקדם מחמת פשיעה, א"כ הספק הוא אח"כ בפטור, ובזה הו"ל איני יודע אם

פרעתיד. לפי נראה ברור דאם נוצר חיוב ודאי מכח אבידה ויש ספק אם החזיר את החפץ ששמר, הו"ל איני יודע אם פרעתיד וחייב.

והנה האחרונים נחלקו במי שחייב לחבירו ופרעו, ואחר הפרעון מצא המלוה מטבע מזויפת ורצה להחזירו ללוה, והלוה אומר איני יודע אם הוא משלי. דדעת הט"ז בחו"מ סו"ס עה דלא הוי איני יודע אם פרעתיד כיון דכבר פרעו. ודעת המהרשד"ם (הובא בש"ך חו"מ רלב, טו) דהוי איני יודע אם פרעתיד. ועיין בקצוה"ח עה, ומש"כ לחלק בין היכא שהיה כבר פרעון ודאי ונולד הספק אח"כ, דהו"ל כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון שנפטר בפרעון, משא"כ במקום שלא נפטר מחיובו. וע"כ י"ל גם בנדון דידן לאידך גיסא, כאשר החיוב הוא ודאי מחמת האבידה והספק הוא בהשבה, הרי שמעולם לא נפטר מחיובו שבא כתוצאה מהאבידה.

ואין דומה נדו"ד למש"כ התוס' ב"מ צח, בדין המשנה, שאלה חצי יום ושכרה חצי יום וכו', דהקשתה הגמרא, לימא תהוי תיובתא דרב נחמן דס"ל מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור. ובתוס' שם (ד"ה והלה), כתבו וז"ל:

"דוקא שאומר איני יודע אם הלוייתי, אבל הלוייתי ואיני יודע אם החזרתי לך, מתניתין היא בהגוזל בתרא דחייב. ומ"מ פריך שפיר לרב נחמן ממתניתין, דאע"ג דמודה שמסר לו שתי פרות, כיון שמחזיר אחת, הוה כאילו אומר איני יודע אם השאלתני אם לאו. וכן בפרה אחת כשאינו יודע אם מתה בעודה שאולה."

דהתם יש שני סוגי חיובים, ואינו יודע בשעה של איזה סוג קרה האונס, אם בשעת השאלה או השכירות, והוי ספק בעצם החיוב, וע"כ הוי איני יודע אם נתחייבתי כאשר מחזיר פרה אחת או בפרה אחת. משא"כ כאשר יש חיוב ודאי, אין הפטור מסלק החיוב אלא בפטור ודאי.

לאמור לעיל אין מציאת המכשיר האחד פוטרת את ראובן ואת שמעון. אמנם נראה שיכולים שניהם להחזיר מכשיר אחד בלבד לגמ"ח, ובזה יצאו ידי חובתם. דאף דלגמ"ח יש שני חיובים ושני דינים שונים, האחד כלפי ראובן והאחד כלפי שמעון, וא"כ לכאורה הגמ"ח תובע את ראובן ומחייבו, ואח"כ תובע את שמעון ומחייבו, וא"כ יגבה שני מכשירים נוספים מחמת הספק, מ"מ נראה פשוט שיכולים להחזיר מכשיר אחד בלבד, דהרי אם היו מוצאים שני מכשירים, ודאי שהיו נפטרים הן ראובן והן שמעון, שהרי נמצאה האבידה של שניהם גם אליבא דהגמ"ח, א"כ לא גרע אם יחזירו מכשיר אחד לגמ"ח בנוסף למכשיר שנמצא, מאם היו נמצאים שני מכשירים. (אמנם אם מאחד לא ניתן לגבות מסיבה כלשהי, פשוט שיוכלו לתבוע מהאחר אף ללא הדין של שותפים שלוו (עיין שו"ע חו"מ סי' עז), דלגבי כ"א יש חיוב של מכשיר שלם, ורק בתשלום מכשיר שלם נפטרו שניהם, ואין כאן רק חיוב של מחצית).

לאור האמור לעיל, על ראובן ושמעון לשלם דמי מכשיר אחד לגמ"ח.

מסקנות

א. במצות השבת אבידה נכללת גם המצוה לפעול למניעת נזק שעומד להיות לחבירו, כגון לגדור בפני מים הבאים לשטוף שדה חבירו.

ב. ממון נכרי שמופקד ביד ישראל ואבד, חייב להחזיר האבידה לישראל. י"א דזה דוקא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי. וי"א דלא מיקרי בכגון זה אבידת אחיך.

ג. גם כאשר משתלמים הבעלים ממקום אחר, לא פקע מהם שם בעלים ויש על המוצא חיוב להשיב להם את האבידה.

ד. כח בעלות מדין דבר הגורם לממון, נחות בדרגתו מדין בעלות ממש, וע"כ חיוב ההשבה הוא לבעלים.

ה. אף לשיטת רש"י הסובר שבנגב הפקדון והוכר הגנב, דהשומר הוא הבעל דו"ד עם הגנב, מ"מ באבידה על המוצא להחזיר לבעלים ולא לשומר.

ו. נמצאה האבידה - יד המוצא כיד הבעלים וכשומר שלהם, ולא שייך שיטענו הבעלים שאינם חפצים בהשבתה.

ז. כשיש ספק בחפץ המושאל אם נשבר מחמת מלאכה או באונס, ולא היה לשואל לדעת זאת, נחלקו הראשונים אם טענת השואל כטענת איני יודע אם נתחייבתי או כטענת איני יודע אם פרעתיך.

ח. נחלקו הפוסקים אם חייב לשלם באיני יודע אם פרעתיך ובמקום דלא הו"ל למידע.

ט. כאשר החיוב ודאי והספק בפטור, חייב השומר לשלם.

י. כאשר הספק הוא בהחזרת החפץ השאול, ודאי הוי כספק בפרעון וחייב לשלם.