

שער שלישי - שלוחים, שותפים, פועלים

סימן טו

נזקי פיחות בגזבר עמותה

ראשי פרקים

א. אחריות הגזבר כאפוטרופוס

ב. פשיעה או אונס

ג. חיובו באונס

ד. שימוש במה שהלוה במסגרת הגמ"ח

נדוננו בעמותה, שעקב השקעות בנדל"ן ובמניות, נקלעה לקשיים תקציביים גדולים, עד כדי סכנה של אי יכולת להחזיר חובות. ביהמ"ש מינה את ראובן לגזבר (עם סמכויות של כונס נכסים, דהיינו שאינו צריך להתייעץ עם אנשי העמותה על כל פעולה משפטית או קנינית), וזאת ללא שכר עד לתשלום כל החובות, כשתפקידו למצוא את הדרך להחזיר את החובות מנכסי העמותה - ההשקעות והחובות שחייבים לה. אמנם ביהמ"ש רצה לקצוב את שכרו של ראובן, אך ראובן סרב והסכים לקבל עליו את התפקיד ללא שכר. יחד עם זאת הוסכם בין ראובן לעמותה, שהואיל ומדובר בעמותה העוסקת גם בצדקה וחסד, והואיל ולראובן קופת גמ"ח המגלגלת סכומים גדולים, יש לראובן רשות להלוות כספים של העמותה עד לפרעונם לחייבים במסגרת הגמ"ח, ובתנאי שראובן ידאג לשמירת ערכם ושהעמותה לא תינזק מאי החזרת החובות (דהיינו שאחריות ההלוואות על ראובן), ובתנאי שכל ההלוואות יהיו במסגרת הגמ"ח.

לפני כחודש נמכרו מניות שהיו בחזקת החברה (מתוך חשש של ירידת ערך, חשש שהתברר כנכון), ותמורתם זוכה חשבון העמותה בסכום של למעלה מ-700,000 שקל. החוב לארבעה בעלי חוב, העומד על סכום של קרוב ל-200,000 דולאר (חוב שכמעט כולו צמוד לשער היציג של הדולאר), תאריך פרעונו היה כשבועיים עד שלושה ממועד מכירת המניות. עקב כך סגר ראובן רוב הסכום השיקלי שהתקבל ממכירת המניות בפק"מ (620,000 ש"ח), והנותר (80,000 ש"ח) הלוה בשקלים למשך ימים ספורים במסגרת הגמ"ח שהוא מנהל. כשבוע לאחר מכירת המניות, ארע פיחות בדולאר בשעור של כ-4%.

אנשי העמותה טוענים כי מדובר בנזק של כ- 25,000 ש"ח, אילו היה ראובן משקיע את הכסף שהתקבל ממכירת המניות במט"ח במקום להשקיע בפק"מ, משלא עשה כן הרי זה בבחינת פשיעה, ועליו לשאת בנזק. עוד טוענים כי מיד כשמכר את המניות, היה עליו לשלם ולפרוע את החובות, ולא להמתין עד הזמן הפורמאלי.

ראובן טוען ששיקול דעתו היה סביר לחלוטין, מאחר והפיחות היה צעד מפתיע, ובדרי"כ לא כדאי לקנות ולמכור דולארים לתקופה כה קצרה עקב העמלה שבקניה ובמכירה. לדבריו - אילו לא היה מוכר את המניות אלא כשהגיע זמן פרעון החובות, היתה העמותה מפסידה סכום של כ- 60,000 ש"ח. באשר לטענה מדוע לא פרע את החובות מיד כשהתקבל הכסף ממכירת המניות, טוען ראובן שלא ראה טעם לשלם לפני הזמן, כיון שיכל להרויח בפק"מ, וכן לעשות חסד עם חלק מהסכום, דבר שהותנה מפורש ומראש עם העמותה. הוא מציין שכך נהג במשך חודשים וכך סבר לנהוג גם במקרה זה, והפיחות שהפתיע את כולם הוא בבחינת אונס בלתי צפוי. עוד טוען, כי כל בעלי החובות מחזיקים בשיקים של העמותה לתאריך מועד הפרעון הקבוע, כאשר הפרעון נעשה באמצעות הבנק, ומעולם לא הלך לבעלי החוב ובקש מהם את השיק שיש בידם ולהמירו בשיק לתאריך מוקדם יותר, ולא ראה כל הגיון לנהוג כך גם במקרה זה.

לשאלתי - מדוע לא הלוח את הסכום של 80,000 ש"ח צמוד לשער היציג (כפי שנוהגות קופות גמ"ח רבות, ורבים מהפוסקים סוברים שאין בכך איסור ריבית), השיב ראובן, שכך הוא גם נוהג בגמ"ח שלו להלוואות לתקופה של עד חודש, מאחר ומנסינו היו מקרים רבים שהלוה צמוד לשער היציג, ושערו ביום הפרעון היה נמוך משערו ביום ההלוואה, ובכך נגרם הפסד לגמ"ח (אף כי הפסד מועט).

א. אחריות הגזבר כאפוטרופוס

לכאורה דינו של הגזבר כאפוטרופוס על נכסי העמותה, לנהל את עניני הזכויות והחובות, ולדאוג שמכספים שמתקבלים מהכנסות העמותה ומכירת נכסיה, ישולמו החובות. איתא בגמרא בב"ק לט, א, בענין שור של קטן שיש לו אפוטרופוס, ונגח השור, דאיפלגו בגמרא מעליה של מי משלם. רבי יוחנן סובר מעליית יתומים, ורבי יוסי בר חנינא ס"ל מעליית אפוטרופוס. רבי יוחנן אמר מעליית יתומים, דאי אמרת מעליית אפוטרופוס, ממנעי ולא עבדי. רבי יוסי בר חנינא אמר מעליית אפוטרופוס, וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי. ובתוס' שם (ד"ה דאי) הביא בשם הר"ר חיים, דאפוטרופוס לא משלם אפילו פשע בנכסי היתומים, מהא דס"ל לרבי יוחנן דאפוטרופוס פטור אפילו פשע בשור היתומים. ודעת הר"ר שלמה בחור ב"ר יוסף, דחייב בפשיעה, והביא ראיה מסוגיא דספסירא (ב"מ מב, ב). ועל סתירת הגמרות בין דברי רבי יוחנן לסוגיא דספסירא, מישבים התוס' בשם ר"י, וז"ל:

"דודאי מחייב אפוטרופוס לשלם בפשיעה ולא ממנעי בין מינהו אבי יתומים בין מינהו בית דין כדמפרש טעמא בהניזקין, אבל כאן דשלא בשביל היתומים ממנין אותו, דטוב היה להם שלא היה להם אפוטרופוס, אלא בשביל תקנת העולם ממנין אותו כדי שישמור השור שלא יגח, אי אמרת דמשלם, ממנעי ולא עבדי."

וכך גם הביא הרא"ש (פ"ד ה"ה) בתוספת הסבר, דהכא מיירי שפשע השומר בשמירת השור, עיי"ש. (ועיין עוד בשיטה מקובצת (ב"ק לט, א סד"ה ח"מ). לדבריהם - כל היכא שהיתומים עצמם אינם צריכים לאפוטרופוס, והוא מתמנה רק מפני תיקון העולם, פטור האפוטרופוס אפילו בפשיעה. וצ"ע בנדון שלפנינו אם הוי כמינוהו

לטובת העמותה או לתיקון העולם, דמצד אחד כל המינוי הוא כדי שיהיה ניתן לשלם חובות ושלא תגיע העמותה למצב של פשיטת רגל, א"כ עצם המינוי הוא לטובת העולם, ולדעת ר"י יהיה פטור מפשיעה. אך מאידך שונה נדו"ד ממינוי אפוטרופוס לשור של יתומים. בשור של יתומים, אם אין להם אפוטרופוס - לא ישלמו, וע"כ זה אינטרס שלהם שלא ימנו אפוטרופוס. משא"כ כאן העמותה תתפרק ויש כאן גם לכאורה אינטרס של העמותה שימנו לה גזבר שיוכל להציל מה שניתן מנכסי העמותה.

ובשיטה מקובצת (ב"ק לט, א ד"ה ח"מ) הביא תרוץ נוסף מהר"ר אליעזר יקר, וז"ל:

"דודאי אפוטרופין משלמי כי פשעי ומזקי לאחרני, כי התם דמוקי בספסירא, שמשלם הספסירא ליתומים, ובהא קאמר לימא ליה לאפוטרופא זיל שלים לספסירא, אבל במה שהפרעון בא ליד היתומים, פטור האפוטרופוס. והכא הואיל ושור היתומים הזיק, הם חייבים לשלם, ופרעון האפוטרופוס, ליתומים הוא, ובהא שייך ממנעי ולא עבדי."

לפי חילוק הר"ר אליעזר יקר, דכאשר התשלום הוא ליתומים, אין האפוטרופוס חייב בפשיעה, וחובו הוא רק כלפי צד שלישי. ואף במקום שהנזק הוא לצד שלישי, אם יש על היתומים חיוב לשלם, וכעת הדיון הוא אם על האפוטרופוס לשלם ליתומים מה ששילמו עקב נזק שנגרם לצד שלישי בפשיעת האפוטרופוס, הוי ג"כ חיוב של האפוטרופוס ליתומים ופטור מפשיעה. לפ"ז בנדון שלפנינו שהחיוב הוא בפשטות כלפי העמותה בלבד, שאף אם כתוצאה מהנזק שנגרם יחסר לבע"ח לגבות, מ"מ אין החיוב של ראובן כלפי בעלי החוב אלא כלפי העמותה, ובכגון זה לפי תרוצו של הר"ר אליעזר יקר, יהיה פטור אף מפשיעה, דאל"כ ממנעי ולא עבדי. וא"כ חיוב פשיעה בנדו"ד תלוי לכאורה בשני התרוצים הנ"ל.

אלא שכל הנ"ל הינו אליבא דרבי יוחנן, ואילו לדעת רבי יוסי ברבי חנינא האפוטרופוס חייב, ולכשיגדלו היתומים ישלמו לאפוטרופוס, וכן פסק הרמב"ם בהל' נזקי ממון ו, ד, ועיי"ש ברב המגיד שהביא דעת החולקים הפוסקים כרבי יוחנן. וכן יש ראשונים אחרים הסוברים שאפוטרופוס חייב, עיין בר"ן גיטין (כו, ב, בעמוה"ר), וז"ל:

"וכתב הרמב"ן ז"ל דאף לענין תשלומין כן, דאם פשע ומינהו אבי יתומים פטור, דילמא מימנעי, והכי מוכח בפרק שור שנגח ד וה' ... ואע"ג דהתם מינוהו בית דין הוא, מ"מ הו"ל כמינהו אבי יתומים, כיון דלא נפיק עליה קלא בהכי דגברא מהימנא הוא, דאין ממנין אותו אלא לשמור השור שלא יזיק. ור"ת ז"ל סובר דכל אפוטרופא שפשע חייב, אע"פ שמינהו אבי יתומים ... וטעמא משום דהוי ליה נושא שכר משום פרוטה דרב יוסף, וההיא דב"ק שאני, דאינו נעשה אפוטרופא לתועלת היתומים אלא אדרבה להזיקם, ואי מעליית אפוטרופא מימנע, אבל כל שמשדל בתועלת היתומים, אינו נמנע מחמת תשלומין, שהוא אומר בליבו אני אזהר מלפשוע, ואין הפשיעה מצויה כל-כך."

עולה מדברי הר"ן, דלדעת הרמב"ן פטור מפשיעה דוקא במינהו אבי יתומים, דהסברא של מימנעי ולא עבדי שייכת דוקא במינהו אבי יתומים, אבל במינהו בית דין דנפיק עליה קלא דגברא מיהמנא הוא, אין את הסברא של מימנעי ולא עבדי. והוא

הדין במינוהו בית דין לא לטובת היתומים אלא לטובת העולם, לא נפיק עליה קלא דגברא מהימנא הוא, כיון שכל המינוי הוא לא לתועלת אלא למניעת נזק. ובפשטות נראה שדעת הרמב"ן ודעת הר"י בתוס' הנ"ל, היא דעה אחת. אולם המעין יראה לכאורה שיש חילוק בין סברת הרמב"ן לסברת ר"י. ר"י תירץ דבין מינהו אבי יתומים ובין מינוהו בית דין, חייב בפשיעה ולא ממינעי ולא עבדי, א"כ גם במינהו אבי יתומים, שאין כאן את הסברא דנפיק עליה קלא דגברא מהימן הוא, מימנע ולא עבדי, ורק מפני שאין כאן תועלת היתומים ולא בשבילם ממנים אותו אלא בשביל תקנת העולם, מימנע ולא עבדי. והסברא בדבריו, דדוקא כשיש בזה ענין של מצוה רבה של תועלת ליתומים, אדם לא נמנע לעשות בשביל שיחוייב בפשיעה, אבל במקום שאין בזה מצוה רבה כל-כך אלא תיקון לעולם שלא יוזק, אדם ימנע להתמנות כאפוטרופוס אם יחוייב בתשלומין. משא"כ לסברת הרמב"ן, כאשר מינהו אבי יתומים, כיון שאין את הסברא דנפיק עליה קלא דגברא מהימנא הוא, ימנעו מלהתמנות כאפוטרופוס אם יחוייב בפשיעה, והוא הדין במינוהו בית דין לא לתועלת אלא למניעת נזק, שזה לא בדרגת נאמנות כזו שאדם יסכים להתמנות ע"א הסיכון.

לפ"ז יהיה נפק"מ בנדו"ד בין פרוש ר"י לפרוש הרמב"ן. לפרוש ר"י לא ימנע מלהתמנות אלא במקום שיש מצוה רבה של תועלת ליתומים, ובנדו"ד הוי רק תיקון העולם, וע"כ אם יתחייב בפשיעה, ימנעו מלהתמנות. משא"כ לפרוש הרמב"ן שהכל תלוי אם יש כאן קול שגברא מהימנא הוא, א"כ נלענ"ד דגם אם ביהמ"ש ממנה אדם כמעין כונס נכסים שתפקידו להציל עמותה מפשיטת רגל, על דרך של גביית חובות ומכירת נכסים והחזר חובות, יש כאן קלא דגברא מהימן הוא, והחייב בפשיעה לא ימנע אותו מלהתמנות.

כל זה בדעת ר"י והרמב"ן. הר"ן הנ"ל הביא גם את דעת רבינו תם דאפוטרופוס דינו כנושא שכר ומדין פרוטה דרב יוסף, וכן מבואר מדברי הרשב"א בחידושו לגיטין (נב,ב ד"ה אבא שאול). ומבואר שם דמשום פרוטה דרב יוסף, אין חילוק בין מינוהו בית דין למינהו אבי יתומים. ודין של פרוטה דרב יוסף מובא בגמ' ב"מ כט,א בדין שומר אבידה, דרבה ס"ל דדינו כשומר חנם, ורב יוסף ס"ל דדינו כשומר שכר. ועיי"ש ברש"י (ובגמרא שבועות מד,א), דהוי שומר שכר משום דמצוה קא עביד, ועוסק במצוה פטור מן המצוה, ואילו מזדמן לו עני שיצטרך לתת לו פרוטה, יהיה פטור משום היותו עוסק במצוה. לפ"ז צריך להבין מדוע אליבא דרבינו תם כשמינוהו שלא לתועלת היתומים אלא שלא יגרם נזק לעלמא, אינו עוסק במצוה, והרי גם בשומר אבידה הוא מונע נזק מהבעלים ובכל זאת הוי עוסק במצוה, ומדוע כשעוסק שלא יגרם נזק לעלמא ולא לתועלת היתומים, אינו עוסק במצוה. וצריך לחלק בין נזק דאיתא קמן - שכבר קיים, לבין נזק דליתא קמן. דבאבידה כבר יש כאן נזק - עצם האבידה, ובשמירת האבידה הוא מונע נזק מהבעלים, וע"כ מצוה קא עביד. משא"כ בשמירת השור שלא יזיק, אין כאן נזק לפנינו ומניעת נזק קיים מעלמא, אלא שהאפוטרופוס שומר שלא יגרם אולי נזק, ומי אמר שהשור יגח לולי שמירת האפוטרופוס, וע"כ לא חשיב מצוה. או אפשר לחלק בין מניעת נזק לממון של אחר כתוצאה מאבידה, שאין כאן חיוב על השומר לשמור אלא מכח מצות התורה, משא"כ בשור יש חיוב על הבעלים מכח היותם בעלים לשמור על שורם שלא יזיק, וחיוב זה אינו בגדר מצוה אלא חיוב שיש על אדם לשמור על ממונו, וע"כ האפוטרופוסים שנכנסים במקום הבעלים, לאו מצוה קא עבדי ואינם פטורים מפרוטה דרב יוסף.

ומעיקרא היה נ"ל לכאורה שסברת ר"י בתוס' וסברת ר"ת, סברא אחת היא. אולם מעיון בדברי ר"י נראה דלא נחית לסברא של חיוב מדין פרוטה דרב יוסף. דעת ר"י

היא: "דודאי מחייב אפורופוס לשלם בפשיעה ולא ממנעי בין מינהו אבי יתומים בין מינהו בית דין", והיינו שיש עליו חיוב כשומר ואין עליו את הפטור של מימנעי ולא עבדי, ועדיין צ"ע.

ב. פשיעה או אונס

לפי"ז בנדון שלפנינו שמחולקים אנשי העמותה וראובן אם אי קניית הדולארים בזמן הפיחות היה אונס או פשיעה, יהיה תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל. אם כדברי ראובן שהיה אונס, מדין אפורופוס אין מקום לחייבו. ואף לדברי אנשי העמותה שאי קניית הדולארים היתה בבחינת פשיעה, הדבר יהיה תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל, וכמבואר לעיל. ואף אם לא הוי פשיעה, צ"ע דאפשר דהוי בגדר גניבה ואבידה. ודעת המחבר חו"מ רצ"כ, דבין מינהו בית דין ובין מינהו אבי יתומים, חייב בפשיעה ופטור מאונסין. ועיין בש"ך רצ"כ, כד דהוי ספיקא דדינא אם לחייבו משום פרוטה דרב יוסף כשומר שכר, ומהני תפיסה של היתומים. ומאידך - בס"ק שאח"ז (ס"ק כה) משמע שיכול לומר קים-לי כדעת הרמב"ן והר"ר חיים דפטור אף מפשיעה במינהו אבי יתומים, ואפשר דהוא הדין בנדו"ד, וכנ"ל.

אמנם לענין עצם השאלה נראה שאין כאן פשיעה אלא אונסין. דאף אנשי העמותה לא טוענים שהפיחות היה צפוי, אלא טוענים שהיה עליו לא להשאיר את הכסף בשקלים אלא לקנות דולארים, ובה נראית לי התנהגותו של ראובן כסבירה לחלוטין, שהרי אם לא היה פיחות, היתה העמותה מפסידה את העמלה שיש בהפרשי השער בין קנייה למכירה, ולמשך תקופה זו, ההשקעה בפק"מ נראית כסולידית ולא ברת סיכונים, ע"א הריוח המינימאלי. באשר לטענה שטוענים אנשי העמותה מדוע הלוח את הסכום של 80,000 ש"ח צמוד לשער היציג, גם בזה נלענ"ד טענתו של ראובן כמתקבלת על הדעת, שהרי השער יציג הוא קבוע פחות או יותר, עם תנודות למעלה ולמטה, ובתקופה קצרה של כמה ימים, בהחלט יכול להיות מצב שיקבל פחות מאשר נתן. ולהלוות צמוד לשער היציג וצמוד לשקל, דהיינו שהכסף יוצמד לשער היציג רק אם השער יעלה, בזה ידועה דעת הפוסקים לאסור משום ריבית (אף אלה המתירים לגמ"ח להלוות צמוד לשער היציג), כך שמידת הסיכון נותנת להלוות את הכסף בשקלים בלבד.

גם בענין טענת אנשי העמותה, שהיה על ראובן לפרוע את החובות לאלתר ולא להמתין עד לזמן הפרעון הפורמאלי, נראית טענת ראובן משני הטעמים שהעלה. אם הפרעון מתבצע באמצעות שיקים שבידי בעלי החוב, לא מקובל ללכת ולפרוע בטרם הזמן, וע"כ התנהגותו היתה סבירה. כמו-כן אם אנשי העמותה הסכימו שראובן ישתמש בכסף במסגרת הגמ"ח שהוא מנהל, אם כדבריהם שיפרע לאלתר את החובות, כיצד יתקיים התנאי שיוכל להלוות את הכסף שבידו במסגרת הגמ"ח. אלא שגם הם הסכימו שהכסף שיתקבל לא יפרע לאלתר אלא במועדו, ועד למועד הפרעון יוכל להשתמש בכסף לצורכי הגמ"ח.

לפי"ז בנדו"ד אין כאן גדר של פשיעה. כמו-כן נראה דאין כאן גדר של גניבה ואבידה, דהחילוק בין גניבה ואבידה לאונס, דגניבה ואבידה אם היה שומר שמירה מעולה יותר, לא היה נגב או נאבד, וע"כ מחייבים שומר שכר שהיה לו לשמור שמירה מעולה יותר, משא"כ אונס לא היתה מועלת גם שמירה מעולה של שומר שכר. א"כ בנדו"ד נראה דאף שמירה מעולה לא היתה מועילה, וראובן נהג ע"פ שיקול דעת נכון בהתאם לנתוני המקרה, וע"כ הוי בגדר אונס. [ע"כ אין אנו צריכים להזקק לטענת ראובן שבמכירת המניות הרויחה העמותה. אך לעצם הטענה, אין כאן תשובה. מה שהרויח או מנע הפסד במכירת המניות, היה זה במסגרת תפקידו, וכך היה חייב

לנהוג. ואין בהתנהגות נכונה אחת, כדי לחפות על גרימת נזק, אם אכן היה כאן נזק.]

ג. חיובו באונס

אלא שגם אם נאמר שבנדו"ד הוי בגדר אונס, יש מקום לדון אם לחייב את ראובן מצד אחר. דהנה במשנה ב"מ מג, א תנן: המפקיד מעות אצל שולחני, אם צרורין, לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן. מותרין - ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו חייב באחריותן. ונחלקו בגמרא רב הונא ורב נחמן אם במעות מותרין חייב אפילו באונסין, רב הונא ס"ל דחייב אפילו באונסין, ורב נחמן ס"ל דאינו חייב אלא בגניבה ואבידה. ועיי"ש ברש"י (בד"ה ואפילו) דמחלוקתם היא אם חייב באונסין אפילו לא השתמש, דלדעת רב הונא "מהשתא הוי שומר עליהם", ודעת רב נחמן "כל זמן שלא נשתמש לא הוי שואל". והרי"ף (כד, ב בעמוה"ר), פסק וז"ל:

"והלכתא כרב נחמן, והני מילי היכא דאבדו ועדיין לא אשתמש בהו, אבל אי אשתמש בהו, הוו להו הלואה גביה וקמו להו ברשותיה..."

ובנימוק"י שם הקשה מהא דקיי"ל בשומר אבידה כרבי טרפון, דיכול להשתמש בדמי אבידה, וכיון שהתירו לו רבנן להשתמש בהם, חייב באונסין אע"פ שלא השתמש בהם, (ב"מ כט, א): "כיון דשרו ליה רבנן לאשתמושי בגוייהו, כמאן דאשתמש בגוייהו דמי וחייב באחריותן", ומאי שנא שומר אבידה מפקדון. ותירץ בנימוק"י, וז"ל:

"התם הוא משום דמעיקרא אפילו לא היה יכול ליהנות מהם, הוי חייב בגניבה ואבידה משום דהוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, שהיה פטור לתת פרוטה לעני בעוד שעוסק בה, ומשום שיכול להנות ולהשתמש בהן מסקינן ליה לדינא לחייבו כשואל..."

לכאורה גם בנידון שלפנינו שבמצוה קא עסיק - פריעת בעל-חוב מצוה, לדאוג שבעלי החוב של העמותה יוכלו לקבל את כספם חזרה, יש בו את הפטור של פרוטה דרב יוסף, וחייב באונסין אפילו לא השתמש בכסף, כיון שיש לו רשות להשתמש בכסף. הרשב"א בחידושו לבי"מ (מג, א) הביא ג"כ תרוץ זה (וכן את תרוץ הראב"ד דלהלן), וכן נמצא במאירי ב"מ כט, א. ועיין במחנה אפרים, שומרים סי' כח שכתב דהרשב"א כתב שתרוץ רבינו אפרים "שהוא הנכון", וברשב"א שבידינו לא מצאתי נוסח זה, ואפשר שהכונה לתש' הרשב"א סי' שלו. ובריטב"א (ב"מ כט, ב ד"ה אמר שמואל) כתב על תרוץ זה "ונכון הוא", וכן בבעל המאור (ב"מ טו, ב-טז, א בעמוה"ר) כתב על תרוץ זה "ונראין דבריו".

אלא שבתוס' (ב"מ כט, א סד"ה והוי) דחו תרוץ זה, דאין סברא לומר דכיון דדינו כשומר שכר מטעם שמותר לו להשתמש בהם, שיהיה דינו כשואל משום פרוטה דרב יוסף. גם הרא"ש (ב"מ פ"ג הכ"ו) כתב לדחות את התרוץ הנ"ל, "דשכר הנאת שימוש שוה בכל מקום, ואם נתוסף בדמי אבידה פרוטה דרב יוסף, אטו בשביל שהשכר מרובה יחשב שואל, אין חילוק בין שומר שכר ששכרו מרובה ובין שומר שכר ששכרו מועט". (ועיין בסמ"ע רסז, לח, ובש"ך רסז, יז ובט"ז שם). והביא הרא"ש תרוץ אחר לישוב הסתירה, וז"ל:

"והראב"ד ז"ל תירץ דהנאת שימוש דהכא גריעה מהנאת שימוש של דמי אבידה, לפי שירא לשלוח בהן יד לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד לתבוע פקדונו. אבל בדמי אבידה, יודע שישהה אצלו ימים רבים..."

(וכן הוא בשיטה מקובצת כט, א בשם הראב"ד). החילוק לפי הראב"ד - דבדמי פקדון אין לו הנאת שימוש, כיון שהוא ירא להשתמש, לכן עצם ההיתר לשימוש אינו היתר כל-כך, דהא פקדון יכול לתובעו גם תוך זמנו (עיין סמ"ע רצב, טז, ובפת"ש רצג, ב בשם הגליא מסכתא) וירא להוציא הכסף, ורק אם השתמש הוי לוח עליהו. משא"כ בדמי אבידה אין לו מורא זה, וע"כ ההיתר לשימוש הוא היתר מרווח, שיכול להשתמש ללא כל חשש. ותרוץ זה הביא גם הנימוק"י בפרק אלו מציאות (טו, ב בעמוה"ר). לפ"ז בנדו"ד שאינו מתירא שמא יבואו הבעלים ויתבעו, ויש לו רשות להשתמש בהם עד לזמן פרעון החובות, גם אם לא השתמש, חייב באונסין.

תרוץ נוסף בישוב הקושיא הנ"ל, נמצא בריטב"א בחידושויו לב"מ (כט, ב ד"ה אמר שמואל), וז"ל:

"דהתם מדעת הבעלים באו לו, ומן הסתם כך היה דעת שניהם שלא יתחייב אלא בגניבה ואבידה מפני הנאת שימוש. אבל הכא שלא באו המעות לידו ברשות הבעלים, ובית דין הוא דיהבי ליה רשותא להנפוקינהון, דאלו מדינא לא היה לו ליגע בהן, לא רצו חכמים לתת לו רשות, אא"כ הן אצלו מעכשיו כמלואה גמורה להתחייב באונסין."

מבואר מדברי הריטב"א דדין חיובו באונסין אף אם לא השתמש, הוא רק בשומר אבידה שאין כאן דעת בעלים אלא דעת בית דין שנתנו לו רשות להוציאם ע"א שהבעלים אינם כאן להרשותו, ובית דין נתנו לו את הרשות להוציאם רק על-דעת כן שהמעות אצלו עכשיו בהלואה גמורה. והסברא - הואיל ובית דין אינם הבעלים כדי להרשות, ורק נתנו לו רשות כשומר אבידה, לא רצו להרשות אא"כ יש כאן גם טובת הבעלים, שיתחייב באונסין עוד קודם שהוציאם. משא"כ כאשר הבעלים הם נותני הרשות, מן הסתם כיון שמדובר בפקדון ולא בהלואה, דעת שניהם שיהיה להלואה משעה שישתמש, שאם יהיה דינם כהלואה מיד, איזה פקדון יש כאן. אלא בהכרח דעת שניהם שיהיה כפקדון רק בשעה שישתמש. ועיין בפני יהושע (ב"מ כט, א ד"ה ועוד ראיה) שחילוקו נראה כחילוק זה של הריטב"א בתוספת הסבר, עיי"ש.

לפ"ז בנדו"ד ע"פ תרוץ זה של הריטב"א, כיון שהעמותה היא זו שנתנה רשות להוציאם, ואף אם ביהמ"ש היה נותן רשות זו, אם היתה הרשות על-דעת העמותה, הרי שדעתם שלא יתחייב בהלואה אלא בשעה שהוציא המעות. וא"כ שייך לדון לחייבו רק ב- 80,000 ש"ח שהלואה בגמ"ח ולא בכסף שהיה מונח בפק"מ.

וכך גם נראה להסיק מדברי המחנה אפרים (שומרים סי' כח). המחנה אפרים דן במי שהפקיד חפץ אצל חבירו ונתן לו רשות להשתמש בו, אם נעשה מיד שואל על החפץ. ומחלק המחנה אפרים, וז"ל:

"נראה ודאי דאי בעת שהפקידו אצלו אמר לו הכי; שמור לי ואם תרצה תשתמש בו, הרי זה פטור ואפילו לאחר שנשתמש, דאינו אלא כשומר שכו, דהוי כמי שאמר לו שמור לי ובשכרו תשתמש בו. כי קא מיבעיא לן היכא דבתר דהפקיד אצלו נתן לו רשות להשתמש בו."

ובהמשך דבריו דן המחנה אפרים על סוגיית הגמרא ותרוץ הרשב"א בסתירת הדינים בין שומר אבידה לשולחני. והסיק דמ"מ קודם שנשתמש, לא נעשה שואל, ואף אחר שנשתמש יש מקום לומר שאינו שואל, דשואל לא הוי אלא במקום שכל ההנאה שלו, "משא"כ בהפקיד אצל חבירו, דלהנאת בעלים ג"כ עומד אצלו, דכדי לשומרו לו

הפקידו מעיקרא". אלא שהקשה דמהסוגיא בב"מ מג, א משמע דכל מחלוקת האמוראים שם היא רק כשלא השתמש, אבל אם השתמש, לכ"ע נעשה שואל. וכתב לחלק בין מעות, שמיד הם הלואה אצלו, לבין השאיל לו חפץ. ומ"מ גם במעות, היכא שעדיין לא השתמש במעות, לא נעשו הלואה אצלו. (וע"ע בתומים עג, כ מש"כ בישוב סתירת הדין בין שולחני לשומר אבידה).

חילוק אחר בין דמי אבידה למפקיד אצל שולחני, נמצא לגרא"י באבן האזל (גזילה ואבידה יג, ז). בדמי אבידה נוכל לומר שנתנו חכמים למוצא זכות בהיתר תשמיש וקנין שאלה, ואף דכשיבואו הבעלים צריך להחזירם, מ"מ עד שלא יוכיחו את בעלותם בסימנים וכו', כיון שאין המוצא צריך להחזיר לו עדיין, יכול הוא להשתמש בהם אפילו ימחו בו הבעלים, כל זמן שלא יפסק שהמעות שלהם, "ונמצא שיש לו זכות תשמיש, לכן שפיר יכול להתחייב באונסין בקנין שאלה". לאמור - יש לו תועלת גם באפשרות התאורטית של השימוש. אולם נפקד, מיד שיבואו הבעלים ויבקשו ממנו להחזיר, וא"כ איזו תועלת יש לו בקנין שאלה, דהא כשיבוא המפקיד, יצטרך מיד להחזיר, וכשלא באו, יכול להשתמש ובשימוש יתחייב, ע"כ אין לו כל תועלת באפשרות התאורטית של השימוש. ע"כ במפקיד כל זמן שלא השתמש, לא חייב באונסין. ועיי"ש מה שביאר בדרך זו את דעת הרמב"ם. וע"ע באבן האזל (שאלה ופקדון ז, ה) שהסביר שוב את התועלת למוצא בקניית המעות לשימוש אף אם לא השתמש, וז"ל:

"והיינו אם יבוא האובד ויהיה ספק למוצא אם צריך ליתן לו המעות, כגון שאחד נותן מידת אורכו ואחד מידת רוחבו וכהאי גוונא כדאיתא בדף כח, ויהיה צריך לילך לבית דין, או שיהיה צריך לברר שאינו רמאי, ואז אפילו אם האובד יאמר למוצא שמעכשיו לא ישתמש במעות, אינו מחוייב לשמוע לו, כיון דע"פ דין קנה המעות להשתמש בהם עד זמן החזרה ..."

משא"כ במפקיד, עיי"ש. ולפי חילוקו נלענ"ד בנדו"ד, כיון שאינם יכולים למחות בו עד זמן השימוש, ואף אם לא השתמש, כיון שקנה יש לו זכות עדיין להשתמש עד לזמן פרעון החובות, דמי לאבידה טפי מלפקדון, ויתחייב באונסין, כיון שאינם יכולים קודם הפרעון למחות בו שלא ישתמש, ועדיין צ"ע.

ד. שימוש במה שהלוח במסגרת הגמ"ח

לפ"י נדו"ד אם לחייבו בנזק שארע בכל סכום הכסף (לא רק בסכום שהלוח בגמ"ח), תלוי בתרוצי הראשונים והאחרונים הנ"ל, ואין להוציא מיד המוחזק. אך לענין מה שהלוח בגמ"ח, לכאורה פשוט שחייב אף באונסין, וע"כ על סכום זה צריך לשלם את נזק הפיחות.

וברי"ף (ב"מ כד, ב בעמוה"ר) הביא מרב האי גאון דאם נשתמש בהם, אפילו רב נחמן מודה שחייב באונסין. וברא"ש (פ"ג הכ"ה) הקשה מה הוצרך להביא ראיה מרב האי גאון, דהא פשיטא שחייב באונסין כשהשתמש. ותירץ דאשמועינן דחייב באונסין אפילו החזירים למקומם אחר שהשתמש. ועיין בש"ך רצב, ט שכתב דקמ"ל שדינו כלוח עליהם ולא כשואל, ונפק"מ שאם הוזל המטבע, אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך, משא"כ אם הוי שואל, יכול לומר לו הרי שלך לפניך (וענין הוזל המטבע, אינו שייך לנדו"ד, ואכמ"ל). ועיי"ש בנתיבות ס"ק י שכתב; "דאפילו לא הוציא רק פרוטה, דנתחייב בכולו ... והכי נמי כיון שהתחיל להשתמש בו, החזיק בו להשתמש בשלו", עיי"ש. ולפי הנתיבות, כיון שהשתמש בחלק מהסכום התחייב בכולו

באונסין.

אלא שבעיקר הדין לחייב את ראובן באונס של הפיחות בסכום שהלוה במסגרת הגמ"ח, לעני"ד אינו כן בנדו"ד. דהנה כל החיוב במה שנשתמש או במה שיכול להשתמש, היינו שהוא משתמש במעות לצורכו וכל ההנאה שלו, אולם כאשר אינו יכול להוציא את המעות לצורכו אלא רק להלוותם לנצרכים במסגרת הגמ"ח, אין זה נקרא שימוש של ראובן במעות, אלא חסד שעושה הגמ"ח של ראובן עם אחרים במעות של העמותה. ואף מה שקיבל את האחריות על ההלוואות, היינו דוקא אחריות שאם לא יחזירו הלווים, שהוא יהיה אחראי, כפי שנהוג בפקדונות שמפקידים אנשים בגמ"ח, אך לא אחריות של פיחות וכו', וכן אין בקבלת אחריות כדי שיהיה זה בגדר היותו של ראובן לזה לענין דין זה, דלענין חיוב באונסין צריך שיהיה לו רשות להשתמש במעות, וכאן אין לו רשות להשתמש אלא לעשות בהם צדקה, והוי טובת הנאה בלבד, ובודאי שאין כל ההנאה שלו לחייבו מדין שואל. ע"כ נלעני"ד דבנדון שלפנינו אין ראובן חייב בנזקי הפיחות, לא על הסכום שהיה בפק"מ, וכן לא על הסכום שהלוה במסגרת הגמ"ח.

לאור האמור לעיל, התביעה נדחית, וראובן פטור מתשלום הנזק שנגרם עקב הפיחות.

מסקנות

א. נחלקו הראשונים אם אפוטרופוס חייב בפשיעה, ויש הסוברים דחייב אף כשומר שכר.

ב. י"א דאם חיובו כלפי היתומים, בכל ענין פטור מפשיעה, דאל"כ ממנעי ולא עבדי.

ג. יש הפוטרים דוקא במינהו אבי יתומים ולא במינהו ביי"ד.

ד. במצב של תנודות קלות בשער הדולאר לכאן ולכאן, אי קנית דולארים או אי הצמדת שקלים לשער היציג לתקופה קצרה ופחת ערך הכסף, אינה בבחינת פשיעה.

ה. שומר מעות שיש לו רשות להשתמש במעות, חייב באונסין משעה שהשתמש במעות. ובשומר אבידה - אפילו קודם שהשתמש.

ו. י"א דכאשר אינו מתירא שיבואו הבעלים ויתבעו את כספם, גם אם לא השתמש, חייב באונסין.

ז. כאשר הרשות לשימוש נתונה מהבעלים ולא מבית דין, אינו חייב באונסין עד שישתמש.

ח. הלואה של שומר במסגרת גמ"ח, אינה בגדר שימוש ואינו חייב באונסין.