

חיוב אחריות בשומר אבידה

הרב משה לסקר

ראשי פרקים:

- א. פתיחה
- ב. חיוב גולן בנזקין
- ג. חיוב שמירה וחיוב השבה
- ד. יסוד החיוב בשומר אבידה
- ה. ארנק זהב מצופה כסף
- ו. 'פרוטה דרב יוסף' במודר הנאה

א. פתיחה

הגמרא (בבא קמא נו, ב) מביאה את מחלוקתם של רבה ורב יוסף בשאלת הגדרת סוג השמירה של שומר אבידה, האם נחשב כשומר חנם או שומר שכר. רבה סבור כי דינו הוא כשומר חנם, שהרי הוא לא מקבל שום שכר על שמירה זו: 'מאי הנאה קא מטי ליה?'. רב יוסף לעומתו סבור כי דינו הוא כשומר שכר, ובסוגיה מובאים שני טעמים שונים בנימוק דבריו.

הטעם הראשון הוא משום שבכל זאת יש כאן שכר מועט, שהרי כיוון ששומר אבידה עוסק במצווה הוא פטור מלתת צדקה לעני מכח הכלל התלמודי 'עוסק במצווה פטור מן המצווה', ושכר זה מספיק כדי להגדירו כשומר שכר. לדעת החולקים, הטעם הוא משום שהתורה שיעבדה את האדם לקחת את אבידת חבירו ולשמור עליה, וממילא התורה הגדירה שהוא שומר שכר, כדי שהאבידה תישמר באופן מעולה. לדעה זו, אין צורך לומר שיש שכר בפועל על שמירת האבידה, אלא התורה הטילה על השומר חיוב אחריות של ש"ש, אף אם בפועל הוא אינו מקבל שכר על שמירת האבידה.¹

- נערך על ידי יחיאל לב מתוך שיעור כללי שהועבר בישיבה.

מכל מקום, לדעת כולם על שומר האבידה ישנה חובה בסיסית לשמור על האבידה שלא תינזק ברשותו, אלא שנחלקו מהי רמת השמירה בה הוא מחויב. כעת ברצוננו לברר מהו דינו של שומר אבידה לעניין האחריות על נזקים שעושה הבהמה, האם אחריות השמירה שלו כוללת גם נזקים שכאלו, או שמא כל חיובו הוא דווקא לשמור על הבהמה שלא תינזק? בכדי לברר ספק זה, נקדים ונראה את הסוגים השונים של חיוב השמירה שמצינו בדברי הגמרא והראשונים, ולאחר מכן נברר מהו סוג החיוב המוטל על שומר האבידה, וממילא נוכל לקבוע האם ניתן לחייבו בנזקים שעושה הבהמה.

ב. חיוב גזלן בנזקין

בסוגיה הקודמת קבעה הגמרא כי אחריות הליסטים על נזקים שהבהמה גורמת זהו דין פשוט ואין בכך שום חידוש. התוס' (ד"ה "פשיטא") מברר מהו אכן המקור לדין זה, ומדוע כ"כ פשוט לגמרא שכך הוא הדין. פשוט לכל כי הליסטים אחראים על נזקים שקרו לבהמה, שהרי הם גנבוה וחייבים להשיבה לבעלים מדין 'והשיב את הגזילה', ולכן אם ניזוקה חובתם לפצות על כך את הבעלים. אלא שהטלת האחריות עליהם גם לגבי נזקים שהבהמה גורמת, זו כבר עליית מדרגה בחיוב השמירה של הליסטים, ולכן התוס' מבררים מהו המקור לכך.

בתחילה הם מציעים לומר שכיוון שמצינו דין שכזה אצל השומרים, אולי יש מקום לומר שכך הוא הדין אף אצל גזלן. כוונתם לדברי המשנה (מד, ב) הקובעת כי 'מסרו לשומר חינם ולשואל... נכנסו תחת הבעלים', ושם ברור שכוונת המשנה

1 יש שהבינו שאין מחלוקת בין שני הטעמים שהובאו בגמרא, אלא הם משלימים זה את זה. כך למשל סבור הרב מאיר אויערבך כפי שהובא בספרו 'אמרי בינה' (הל' דיינים סי' לה, ד"ה "אך"). הוא מבאר כי אף אם טעם הראשון לפיו יש הנאה לשומר האבידה, עדיין לא ניתן להגדירו כש"ש מכח הנאה זו, שהרי יסוד חיוב התורה בש"ש הוא משום שהתורה אמדה את דעתם של בנ"א שמוכנים לקבל אחריות גבוהה בעד קבלת תשלום על מעשה השמירה, ואילו שומר אבידה מעולם לא גילה דעתו שרצונו בכך, אלא הוא פועל מכח חיוב התורה לקחת את האבידה. בכדי להשלים חיסרון זה, נוסף התירוץ השני: " על זה אמרו כיון דרחמנא שיעבדיה בעל כורחו שיקח לביתו וישמור האבידה, כשומר שכר דמי. וזה גם כן בחיוב התורה - הואיל ואין הבעלים כאן - שישמרנו המוצא כמו שומר שכר, ושכר מקבל הנאת פרוטה דרב יוסף. " אולם, באור שמח (שכירות י, א) כתב שהתירוץ השני הוא הוספה של הגאונים לאחר חתימת התלמוד ואינו חלק מהסוגיה המקורית.

לאחריות מלאה המוטלת על שומרים בתוכה כלולה אף חובתם לשמור שהבהמה לא תזיק, כפי שכתב רש"י שם.

אלא שאפשרות זו נדחית, שהרי מצינו דוגמאות שונות של דינים מהם מוכח שחובת השמירה של שומר מקיפה יותר מחובתו של הגזלן. כך למשל במקרה של פירות שהרקיבו מקצתם, אם הם הרקיבו ברשות הגזלן מוכח מהסוגיה בדף צח, ב שיכול הגזלן להחזירם לבעלים כמות שהם ולומר לו 'הרי שלך לפניך'. לעומת זאת, שומר אינו רשאי לנהוג כך וחיוב השמירה שלו כולל גם מקרים כאלו, וממילא חייב לשלם על הנזק שנגרם לבעלים. כיוון שכך, ניתן לומר שאף לעניין אחריות על בהמה שהזיקה, דין זה נאמר דווקא בשומר ולא בגזלן.

במסקנת דבריהם קובעים התוס' שמקור הדין הוא מסברא: "דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבים בשמירתה, ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם - יש על הגזלן לשומרה, דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבידו לשומרה".

סברא פשוטה היא שברגע שהגזלן מוציא את הבהמה מרשות הבעלים, אחריות השמירה שחלה על הבעלים עוברת ישירות אליו. אין צורך לומר שהגזלן נחשב בעלים של הבהמה לאחר שגזלה, אלא עצם העברתה של הבהמה לרשותו, מטיל עליו חיוב אחריות לשומרה שלא תזיק.

ג. חיוב שמירה וחיוב השבה

כפי שראינו בדברי התוס', לגבי שומרים היקף החיוב במקרים השונים רחב יותר מאשר לגבי גזלן. לכאורה הבדל זה לא מתקבל מצד הסברא, שהרי דווקא ביחס לגזלן שעשה מעשה פשיעה, מצופה שהתורה תחמיר ותטיל עליו את האחריות לשלם בכל המקרים. עלינו לברר אפוא אילו סוגי חיובים מוטלים על השומר בעת שהסכים לשמור על בהמת חבירו, ולעומת זאת מהו סוג החיוב אותו הטילה התורה על הגזלן בעת שגזל את בהמת חבירו. לאחר שנבחין בין שני סוגי החיוב השונים, נוכל לבאר מדוע קיים שוני בהיקף האחריות של שומר וגזלן.

סוג החיוב הראשון נקרא חיוב השבה. כלומר, בעת שהחפץ מגיע לרשותו של פלוני, בין אם בגזל ובין אם מרצון הבעלים שהפקידו אצלו, ניתן לומר כי חלה עליו מרגע זה והלאה חובת השבת החפץ לבעלים. המשמעות הפשוטה של חיוב זה היא שהמחזיק בחפץ מחויב לשומרו שלא יינזק, כדי שיוכל להשיבו לבעלים. חיוב ההשבה אף משפיע על ההכרעה במקרים בהם הבהמה ניזוקה ויש ספק מיהו האחראי

לכך. כך למשל בשומר שכר, אם נאמר כי אכן חל עליו חיוב השבה מרגע קבלת הבהמה, במקרה בו הבהמה תינזק, יחול עליו חיוב לשלם לבעלים כל עוד לא יוכיח שהנזק קרה באונס וייפטר.

סוג חיוב נוסף הינו חיוב שמירה. חיוב שכזה אנו מוצאים דווקא בדיני השומרים, שם אכן כל תפקידם הוא לשמור על הפיקדון. מכח חיוב השמירה, חייב השומר לדאוג לכך שהבהמה לא תינזק ואף לא תזיק לאחרים. חובת השמירה המוטלת על המחזיק בפיקדון בסוג חיוב זה הינה מקיפה וכוללת הרבה יותר מאשר מי שמוטלת עליו חובת השבה, שם החובה לשמור על החפץ הינה חובה משנית הנובעת מחיוב ההשבה החל על המחזיק בחפץ.

כעת, ניתן לומר שדברי התוס' מושתתים ביסודם על התאמה בין שומר וגזלן לבין סוג החיוב החל עליהם. ביחס לגזלן אנו קובעים כי חל עליו חיוב השבה בלבד, ואילו על השומרים השונים מוטל חיוב שמירה בלבד.² כך מובן מדוע היקף האחריות של השומר רחב יותר מאשר הגזלן. שהרי כל חיוב האחריות שלו כלפי החפץ נובע מחיוב השמירה החל עליו, ולכן מסתבר שהוא אכן יתחייב בשמירה בין אם הבהמה הזיקה ובין אם הוזקה, כפי שביארנו לעיל. לעומת זאת, הגזלן שחל עליו אך ורק חיוב השבה, אמנם מתחייב בכך לשמור על הבהמה שלא תזוק, אבל אין שום יסוד לחייבו בנזקים שהבהמה גורמת לאחרים, שהרי האחריות על סוג נזקים שכזה אינה שייכת לחיוב ההשבה החל עליו.

כיוון שזהו יסוד החיוב של הגזלן, מובן מדוע התוס' נזקקים למצוא סברא מיוחדת לפיה גזלן מתחייב גם כאשר הבהמה מזיקה, שהרי נזקים שכאלו לא כלולים בחיוב ההשבה החל עליו. כך גם ניתן להסביר את ההבדל בין גזלן לשומר בדין פירות שהרקיבו מקצתם: שומר שחל עליו חיוב שמירה מתחייב באחריות אפילו במקרה הזה, ולעומתו הגזלן יכול להחזיר את הפירות לבעלים כמות שהם ועדיין לצאת ידי חובת ההשבה בה נתחייב.

2 כך קובע הקצות (סי' שמ, ס"ק ד): "ודווקא גנב וגזלן הוא דמיחייבי בהשבה אבל שומרין אינן בהשבה כלל...". אמנם הנהיבות (סי' פו) חולק עליו ולדעתו גם בשומר יש חיוב השבה.

ד. יסוד החיוב בשומר אבידה

לאחר שראינו שישנה הבחנה ברורה בין סוג החיוב החל על השומר לבין החיוב החל על הגזלן, נגדיר מהו יסוד החיוב של שומר אבידה, וממילא נוכל להכריע למי מהם הוא שווה בדין זה.

בפשטות נראה לומר שסוג החיוב של שומר אבידה תואם לגזלן, ואף הוא מתחייב בחיוב השבה בלבד. הסיבה לומר כך היא מפני שמסתבר לומר כי חיוב שמירה יכול לחול רק ע"י הסכם שנעשה בין הבעלים לבין פלוני שנתרצה להיעשות שומר, וכאן מעולם לא נעשה הסכם שכזה ובטח ששומר האבידה לא הביע רצון שכזה. חיובו של שומר האבידה הוא אך ורק מכח ציווי התורה לקחת את האבידה לביתו, ולכן מסתבר לומר שהוא מתחייב רק בחיוב השבה. יש לציין כפי שכבר הבאנו לעיל, שאף אם יסוד החיוב הוא מדין השבה, וודאי שכפועל ישיר מחיוב זה חלה החובה לשמור על החפץ כראוי שלא ייזוק, אלא שחובת שמירה על הבהמה שלא תזיק כלל לא קיימת בסוג החיוב הנ"ל.

אולם, מדברי ה'אור שמח' עולה לכאורה שלא כדברינו, ובפשטות דבריו נראה כי יש צד לומר ששומר אבידה מתחייב באחריות על כל סוגי הנזקים:

נסתפקתי בשומר אבדה אם מחייב בנזיקין שתזיק האבדה... וסברת רבנן דתוספות ב"ק דף נ"ו לא שייך בזה, כיון דלא רצה לקבל שמירה ולא הוציאה מרשות בעלים שיכול לשומרה, דדוקא גזלן דמוציאה מרשות הבעלים שחייב בשמירתה שלה איהו נכנס להתחייב בכל מילי שהיו הבעלים חייבים, ונראה דתליא בזה, אם נאמר דבההיא הנאה דמיפטר מלמיתב רפתא לעניא הוי שומר שכר אז איהו חייב בנזיקין שתזיק הבהמה לאחרים כמו כל שומר שכר דעלמא, ואם נאמר מטעמא דרחמנא שעבדו בע"כ, אינו מחוייב רק אם תאבד האבדה או תגנב, אבל לשומרה מנזיקין דעלמא לא על זה שעבדתו תורה, דרק לטובת בעל האבדה שעבדו רחמנא, לא שלא תזיק אחרים.³

הוא תולה את הספק שהצגנו בשני הטעמים שהובאו בסוגיה בהסבר שיטת רב יוסף. אם אכן הסיבה ששומר זה מוגדר כש"ש היא משום שיש לו הנאה וזהו שכרו, אכן הוא נחשב כמו כל ש"ש ומתחייב אף אם הבהמה הזיקה. אבל אם אינו מקבל שכר על שמירתו, אלא שהתורה הטילה עליו חובת שמירה כמו של ש"ש, מסתבר שהוא

3 נזקי ממון ד, ד ד"ה "נסתפקתי".

מחויב בשמירה רק במה שנוגע לבעלים ולא ביחס לאחרים ולכן פטור אם הזיקה.⁴ מכל מקום, מדבריו יוצא כי יש צד לומר ששומר אבידה מתחייב בנזקי הבהמה, ואילו לעיל הסברנו כי שומר אבידה לא מתחייב בחיוב שמירה, אז כיצד אפוא ניתן לחייבו בנזקים שכאלו?

ניתן להסביר בכוונת דבריו, שאף לשיטתו חיוב השמירה הבסיסי של שומר אבידה נובע מחיוב השבה בלבד, אלא שלאילו הסוברים כי יש כאן הנאה - נוצרת קומה נוספת של חיוב שמירה. דהיינו, לכו"ע התורה חייבה את מוצא האבידה לקחתה לביתו וחייבתו לשומרה אך ורק מכח חיוב ההשבה החל עליו. מכח חיוב זה, אכן הוא אינו מחויב לשמור על הבהמה שלא תזיק, אלא אך ורק לשומרה שלא תינזק. אמנם, לאילו הסוברים כי יש לו הנאה משמירת האבידה, ממילא יוצא שכעת חל עליו חיוב נוסף של שומר שכן, ומוטל עליו אף חיוב שמירה הכולל בתוכו אחריות לכך שהבהמה לא תזיק. אם כן, גם לשיטת האור שמח יש לומר כי מצד חיובו הבסיסי לשמור על האבידה, הוא אינו מתחייב באחריות על נזקים שעושה הבהמה.⁵

4 ציווי התורה נועד לדאוג לבעלים שאבידתו תישמר באופן הראוי ותושב אליו בבוא הזמן, ולכן השומר מחויב לשמור על החפץ שלא יינזק. לא מסתבר לומר שהתורה הטילה על שומר אבידה חיוב לשמור שהבהמה אף לא תזיק כדי להגן על ממונם של שאר הסובבים, לא לשם כך נועד ציווי התורה במצוות השבת אבידה.

5 יש לציין שדברינו אלו אמורים כלפי ההסבר העקרוני שהובא בדברי האור שמח בעניין חיובו של שומר אבידה, אך האור שמח עצמו לא סבור כפי שכתבנו והוא אמר במפורש שהוא סבור כי שומר אבידה חייב בנזקים שעושה הבהמה. עדות על כך הובאה בספר רשימות שיעורים של הגר"ד סולובייצ'יק (ב"ק נו, ב): "והנה באסיפת רבנים אחת באירופה התנהלה שיחה בין מרן הגר"ח זצ"ל לבין מרן הגאון ר' מאיר שמחה בעל אור שמח זצ"ל בנוגע לשומר אבידה אם חייב בשמירת נזקין או לא. הגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל הביע דעתו ששומר אבידה חייב בשמירת נזקין הואיל והאבידה ברשותו, כשם שגזלן ושומרים אחרים חייבים בשמירת הנזקין, כמבואר בתוס' שלפנינו 'אקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה', ה"ה שומר אבידה כל זמן שהיא אבידה אין הבעלים הראשונים יכולים לשומרה. משום כך שומר אבידה שבידו לשומרה נכנס תחת הבעלים וחייב בשמירת הנזקין. אך הגר"ח זצ"ל השיב לו שלדעתו אין לדמות דינו של שומר אבידה לגזלן. גזלן ושומרים דעלמא הוציאו את המזיק מרשות הבעלים ולפיכך לא יכלו הבעלים לשמור את המזיק. משום כך נכנסו הם תחת הבעלים וממלאים מקומם כי בידיהם בלבד לשמור את המזיק. מאידך, בעל האבידה לא היה יכול לשמור את המזיק מאז שנאבדה והמוצא את האבידה לא הוציאה מתחת יד שמירת הבעלים. לפיכך לא נכנס מוצא האבידה תחת הבעלים לשמירת הנזקין. וכן מורה לשון התוס' וז"ל דכיון שהוציא מרשות הבעלים שהיו חייבין בשמירה ואין הבעלים יכולים לשומרה כו' יש על

מכל מקום, אף לדעת אלו הסוברים שהשומר מקבל הנאה והיא הגורמת לו להיות ש"ש, עדיין זהו חידוש לטעון בשיטתם שהוא מתחייב באחריות על נזקים שעושה הבהמה. שהרי כפי שביארנו יסוד חיובו הוא חיוב השבה בלבד, ולכן אף אם מקבל שכר על שמירתו, ניתן לומר שרמת האחריות שלו עולה מדרגה לעניין שמירת הבהמה מהיזק, אבל מניין לנו שאף חייב בנזקים שעושה הבהמה? לכן צריך לומר שהאור שמח מחדש שכאשר שומר האבידה מקבל שכר על שמירתו, זה כולל עליית מדרגה בכל היקף חובות השמירה שלו, וכעת חל עליו גם חיוב שמירה ככל השומרים, ולכן מתחייב אף בשמירה על הבהמה שלא תזיק.

ה. ארנק זהב מצופה כסף

בספר 'קצות החושן' (רצא, ד"ה "אמנם") מסתפק בשאלה נוספת הקשורה אף היא לדיון כיצד בדיוק יש להגדיר שומר אבידה:

אמנם ראוי לספק בשומר אבידה שסבור שהוא כסף כגון שהיה מחופה כסף ובתוכו זהב, מי נימא כיון דהתורה רמי עליה נטירותא בעל כורחו... ה"ל כמו ארנקי בגדיש לר' יהודה דחייב.. כיוון שאינו תלוי בקבלתו, או נימא דגם בשומר אבידה גם כה"ג פטור.

הגמרא בדף סב, א מביאה את דברי רבא בעניין שומר פיקדון שלא ידע בבירור מהו שוויו של החפץ אותו קיבל לשמור. למשל אשה שקיבלה לשמור דינר של זהב, אלא שהמפקיד הטעה אותה ואמר לה שזהו דינר של כסף. אם אשה זו פשעה בשמירתה, קובע רבא כי היא יכולה לטעון שקיבלה אחריות דווקא על דינר כסף, ולכן אעפ"י שפשעה תשלם דווקא לפי שווי דינר כסף ולא זהב.

ה'קצות' מסתפק מה יהיה דינו של שומר אבידה במקרה זהה. אמנם הבעלים לא הטעה אותו בפירושו, אבל בכל זאת ארנק הזהב שמצא היה מצופה כסף, ולכן טעה בהערכת שווי האבידה. לכאורה מצד הסברא נראה כי יש לפוטרו כדינו של שומר, שהרי לא קיבל אחריות על ארנק זהב. אולם, הקצות מעלה צד של ספק לומר שכיוון שכל חיוב שמירתו מיוסד על חובה שהטילה עליו התורה בעל כורחו, ממילא

הגזן לשומרה עכ"ל. ואילו שומר אבידה לא הוציא את האבידה מרשות הבעלים ולכן פטור משמירת נזקין.

הוטלה עליו בעל כורחו גם אחריות השמירה על החפץ אף שלא ידע את שווי האמיתי.

במסקנת דבריו הוא מכריע כי דינו של שומר האבידה הוא כשל שאר השומרים, ומתחייב לשלם שווי של ארנק כסף. הכרעה זו מבוססת על הנחת יסוד לפיה שומר אבידה צריך לעשות מעשה קניין כדי להתחייב בשמירת האבידה. אמנם, התורה הטילה עליו חיוב לקחת את האבידה אל תוך ביתו ולשומרה, אבל ברור לכל שאם אדם בחר להתעלם מהאבידה ולא לקחתה, הוא אינו מתחייב בשמירתה, אף שעבר על ציווי התורה. אם כך, כאשר השומר עושה משיכה יש כאן בעצם פעולת הקניין המחילה עליו חיוב שמירה מכאן ולהבא. מכח פעולת הקניין חל עליו חיוב ההשבה אותו הגדרנו לעיל, בדיוק כפי שאצל שומר רגיל בשעת המשיכה יחול עליו חיוב שמירה.

לכן, כאשר הוא מגביה ארנק זהב מצופה כסף, הוא מתחייב באחריות רק על ארנק כסף, כי רק ביחס אליו חלה פעולת הקניין. לא ניתן להחיל חובת שמירה על ארנק זהב, כל עוד שומר האבידה לא לקח עליו אחריות באופן מודע בשעת הקניין. וכלשונו של ה'קצות': "והיינו דהתורה רמי עליה ליקח אותו תוך ביתו, אבל כל זמן שלא משך, אע"ג דראה אותו - לא נתחייב בשמירה, וכה"ג דלא ידע ליה בזהב לא הוי משיכה..."⁶.

6 יש מן האחרונים שחלקו על הקצות, ולדעתם דווקא בשומר אבידה בניגוד לשאר השומרים המשיכה איננה פועלת בתור מעשה קניין, אלא היא אך ורק כביטוי לכך שאכן אדם זה לקח אחריות שמירה על האבידה. (ברכת שמואל ב"מ, סי' כה ב' בשם הגר"ח; אחיעזר ח"ג סי' ח, ז). הרב לסקר הציע לומר שאולי שורש מחלוקתם תלוי בשני תירוצים המופיעים בריטב"א: בכ"מ (פב, א) הוא שואל, מדוע לפי הסברא שיש הנאה מ'פרוטה דרב יוסף' לא נאמר שכל שומר חינם הוא שומר שכר? ותירץ ש"ח הסכים בדעתו להיות דווקא ש"ח ולא ש"ש, ואילו בשומר אבידה: "אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דרב יוסף, א"נ שתנאי בי"ד הוא שיהא ש"ש בכך". ואולי בדבריו טמונה המחלוקת העקרונית האם יש מקום גם לאומדן דעתו של השומר כאשר דנים במידת האחריות שלו לאבידה, או שמא התורה הטילה עליו חיוב שמירה מסוים ללא אומדן דעתו.

ו. 'פרוטה דרב יוסף' במודר הנאה

הרמב"ם (גזו"א יג, י) פוסק להלכה כדעת רב יוסף ששומר אבידה הוא שומר שכר, מהטעם הראשון שהובא בגמרא לפיו יש כאן הנאה בכך שנפטר השומר מלתת צדקה לעני. אולם, בהלכות נדרים (ז, א) הוא פוסק באופן שלכאורה עומד בסתירה לפסיקתו בסוגייתנו:

שנים שנאסרה הנאת כל אחד מהן על חבירו בין בנדר בין בשבועה הרי אלו מותרין להחזיר אבידה זה לזה מפני שהוא מצוה, ובמקום שדרכן שנוטל שכר המחזיר את האבידה יפול השכר להקדש, שאם יטול שכר נמצא נהנה ואם לא יטול נמצא מהנה.

שני אנשים נדרו או נשבעו שלא לקבל הנאה אחד מהשני, והרמב"ם מכריע שמותר לאחד מהם להשיב אבידה לחבירו. לכאורה היינו חושבים שחבירו נהנה מכך שהושבה לו אבידתו ויהיה כאן איסור, לכן מסביר הרמב"ם שכיוון שפלוגי שמחזיר לחבירו את אבידתו עושה זאת מכח מצוות התורה, ממילא אין כאן גדר של הנאה לחבירו. ואם אכן במקום מסויים נוהגים לשלם שכר טירחה למשיב האבידה, השכר יפול להקדש, כדי שאף אחד מן הצדדים לא יהנה מהכסף הזה.

כעת יש לשאול, כיצד הרמב"ם מתעלם מההנאה שמקבל שומר האבידה בכך שנפטר מלתת צדקה לעני? הרי ראינו לעיל שהנאה זו מספיקה כדי להחשיב את שומר האבידה כש"ש, אז מדוע היא לא נחשבת הנאה לעניין מודר הנאה מחבירו?

מצינו בדבריו של ר' איסר זלמן מלצר חילוק עקרוני בין ההנאה הנדרשת בכדי להגדיר אדם כש"ש, לבין הנאה הנחשבת כאיסור לגבי מודר הנאה מחבירו. בספרו 'אבן האזל' (גזו"א, שם) כתב⁷ כך:

ובטעמא דמילתא נראה דמה שיש לו דין שיהיה פטור מלמיתב רפתא לעניא כשיבוא העני בשעה שעוסק, זהו טובת הנאה תיכף ונקרא שכר גבי שומר. ו[אילו] גבי מודר - מותר הנאה כזו, אלא דוקא הנאה של ממון ממש בשעה שבא העני כשהוא עוסק -[דווקא היא אסורה], ובזה אמרינן דלא שכיחא.

הקביעה כי שומר אבידה הינו שומר שכר איננה נובעת מכך שאנו יודעים בוודאות שאכן בזמן השמירה יבוא עני לבקש צדקה ואותו שומר יהנה מכך שיפטר מלתת לו. שהרי, בכדי להגדירו כש"ש אין אנו זקוקים לידיעה מסוג זה, אלא מספיק לומר

7 ההוספות בסוגריים הינם תוספת עריכה, ואינם חלק מהטקסט המקורי.

שיש לו פטור עקרוני שחל עליו בעת שהאבידה מגיעה לידיו - וזה עצמו נחשב לו שכר, גם אם בפועל לא הגיע עני.⁸

אלא שכל זאת נכון דווקא לגבי שומר שכר, ואילו לגבי מודר הנאה ישנה הגדרה אחרת: כדי לומר שמודר הנאה מחבירו עובר על נדרו, צריך שהוא יקבל ממנו הנאה ממשית ולא רק פטור עקרוני במקרה בו יבוא עני. כיוון שהגמרא קבעה כי 'פרוטא דרב יוסף לא שכיח', לכן לא ניתן לומר שהסיכוי הקטן שיבוא עני וייפטר השומר מצדקה, נחשב כהנאה ממשית הגורמת לו לעבור על נדרו. אם אכן היינו אומרים שזוהי מציאות שכיחה שיבוא עני ויבקש צדקה, אז שייך לומר ששומר האבידה נחשב שעבר על נדרו. אמנם גם אז אנו לא יודעים בוודאות שיבוא עני, אבל כיוון שזהו דבר מצוי, ניתן לומר שיש כאן הנאה כבר מרגע שלוקח את האבידה לביתו.

8 ניתן להביא דוגמה מעולם אחר כדי להדגים עיקרון זה: כאשר אדם עושה ביטוח מסוג צד ג' לרכבו, הוא משלם לחברת הביטוח עבור כך שייפטר מתשלום הנזק במקרה שיפגע ברכב אחר. האם הוא יודע בוודאות שאכן ייפגע ברכב אחר? וודאי שלא, ואפילו רוב הסיכויים שהוא לא ייפגע. אז מדוע הוא משלם? התשלום הוא על עצם העובדה שהוא יודע שהוא 'מכוסה' בכל המקרים, ואין לו לחשוש שמא יגרום נזק לרכב אחר ויאלץ לשלם פיצויים גבוהים.