

סוגיות ההכרזה והטיפול באבידה

(כח, א - ל, ב)

חובת ההכרזה ; גדרי ההכרזה ; דינא דמלכותא באבידה ; חובת הטיפול באבידת בעלי חיים וגדריה ; דיני שומר אבידה ודמי אבידה ; חובת הטיפול והיתר שימוש בחפצי אבידה ופיקדון

האם חובת ההכרזה היא מן התורה?

המשנה פותחת בשאלה: 'עד מתי חייב להכריז?'. יש שאמרו⁶², ששאלה זו באה בהמשך למשנה הקודמת, שלמדה מן המילים 'וכן תעשה לשמלתו', שיכל שיש לו סימנים ויש לו תובעים - חייב להכריז. אולם, לשון הרמב"ם בדין זה (יד, א) היא 'חייב להחזיר'. לענ"ד, ניתן להבין במשמעות זו גם את הלשון 'חייב להכריז', שהכוונה היא לעצם חלות מצוות השבת אבידה.

לשון התורה (דברים כב, א-ב) במצוות השבת אבידה היא: '...השב תשיבם לאחיד. ואם לא קרוב אחיד אליך ולא ידעתו, ואספתו אל תוך ביתך והיה עמך עד דרוש אחיד אותו והשבותו לו'. בדברי התורה מפורשת חובת השמירה של המוצא, אך לא מפורשת חובה להכריז על האבידה.

במשנה אנו מוצאים מחלוקת תנאים כיצד מקיימים את חובת ההכרזה. מתוך הדברים נראה שאין על המוצא חובה נוספת לבקש את בעל האבידה לאחר שמילא את חובת ההכרזה המוטלת עליו. בהתאם לכך, בגמרא נשאלת השאלה מדוע ממתנינים אחר הרגל האחרון שבעה ימים בלבד, ולא לוקחים בחשבון אנשים שגרים במקומות רחוקים יותר. תשובת רבא היא: 'לא הטריחו רבן באבידה יותר מדי'.

בשעורי ר' דוד למסכת בבא מציעא (כח, א אות שא) יצא מתוך הנחה שחובת ההכרזה הוא מן התורה, ולכן התקשה:

וצ"ב בהא דאינו מחויב להכריז רק לפי תיקון המשנה, ולא הטריחוהו יותר מדאי.

דלכאורה הא הוי עליו חיוב מצות השבה, [ובפשוטו חיוב הכרזה הוי מעיקר המצוה של השבת אבידה], וא"כ מ"ט לא ישתדל לקיים המצוה כמו כל חיוב מצוה דלא שייך גבול עד כמה עליו להשתדל לקיים המצוה⁶³, דאיזה גבול איכא לזה דנימא עד כאן מחויב ולא יותר.

⁶² קרית ספר הלכות גולה ואבדה פרק יג: 'הכרזת אבדה הוי מדאורייתא וכדמשמע ממתניתין דף כ"ו: 'אף השמלה היתה בכלל כל אלה וכו' מה שמלה מיוחדת שיש בה סימנין ויש לה תובעין אף כל דבר שיש לו סימנים ויש לו תובעים חייב להכריז'. כך היא הנוסחא בכל הספרים, אלא שהרב ז"ל לקמן פרק י"ד כתב 'חייב להחזיר'.

⁶³ אמנם, מצאנו גבול כמה חייב אדם להשתדל בממונו לצורך קיום מצוה, כמבואר בפירוש המשנה של הרמב"ם למסכת פאה (א, א), אך נראה שכוונתו להשתדלות המעשית בגופו, שאם לא הצליח להשלים את המצוה היום, לא פקע ממנו החיוב וימשיך להשתדל גם מחר.

מתוך כך, מעלה ר' דוד את האפשרות שעצם חיוב ההכרזה אינו אלא מדרבנן, ולכן נתנו חכמים גבול לתקנתם:

ואולי נימא דכל עיקר דין הכרזה הוי רק תקנת חכמים, [ולא הוי מעיקר המצוה, ושפיר תקנו חכמים רק עד גבול זה, ולא יותר].

ומשום ד"ל דעצם דין הכרזה אינו מוטל על המוצא, כי אם על האובד, דעליו לחפש את המוצא.

והביאור דכל דין חיוב השבת אבידה שמוטל על המוצא הוי רק מה דהאובד עצמו אינו יכול לעשות, אבל מה דהאובד יכול לעשות ואינו עושה, הרי אין על המוצא לעשות בשבילו.

ולכן כיון דלהכריז שאבד הרי יכול אף האובד, לכן מדאורייתא ליכא מצות עשה על המוצא להכריז, ורק רבנן הם שתקנו הכרזה.

כאמור, מלשון הפסוקים בהחלט נראה כדבריו, שהציפייה שלנו היא שהמאבד ידרוש את אבידתו. ר' דוד מוסיף לכך סברא שמתיישבת גם עם עקרונות שנראה להלן במצוות פריקה וטעינה שהוסמכו בתורה למצוות השבת אבידה - התורה חייבה את האדם לעשות עבור חברו את מה שהחבר אינו מסוגל לעשות בעצמו. אם כן, במצוות השבת אבידה עיקרה של המצווה הוא החובה לשמור על רכוש חברו מאבדן, כאשר חברו אינו מסוגל לעשות זאת בעצמו, משום שאינו נמצא במקום, ויתכן שאינו יודע כלל היכן רכשו נמצא.

ההבנה שמדובר בתקנת חכמים יכולה להקל עלינו גם להבין את הברייתא המובאת בהמשך סוגיית הגמרא, שמתארת כיצד השתנו דיני ההכרזה בהתאם לשינוי התנאים המדיניים, באופן שלא נראה שחכמים בקשו להשיג את יעד מסויים של איכות הכרזה, אלא דרשו מהאדם הכרזה בהתאם לתנאים הקיימים במקומו ובזמנו.

מחלוקת רבי מאיר ורבי יהודה

- במשנה מופיעות שתי דעות בשאלה היכן וכמה זמן המוצא חייב להכריז.
- א. דעת רבי מאיר - כדי שידעו בו שכניו. בגמרא מבואר, שהכוונה היא לשכני המקום שבו נמצאה האבידה, כיון שמסתבר שמהם נפלה האבידה.
 - ב. דעת רבי יהודה - מכריז בירושלים במשך שלושה רגלים, ועוד שבעה ימים לאחר הרגל השלישי.

במה נחלקו רבי מאיר ורבי יהודה?

ברשימות שיעורים של הרי"ד סולובייצ'יק (כת, א) הציע להסביר שבניגוד למקומות אחרים שרבי מאיר הוא החושש למיעוט,⁶⁴ כאן רבי יהודה הוא שחושש למיעוט העוברים במקום שנמצאה האבידה שאינם מבני המקום, כיון שחלה עליו מצוות ההשבה, ודווקא רבי מאיר הולך אחר רוב העוברים במקום המציאה, שמסתבר שהם משכני המקום:

⁶⁴ כגון: יבמות סא, ב בדין חשש איילונית בקטנה; שם קיט, א בדין האשה שהלך בעלה וצרתה או חמותה למדינת הים.

לכאורה, היה נראה לבאר המחלוקת בין ר"מ ור"י האם חייבין להכריז רק עד כדי שישמעו שכני מקום שנמצאה האבידה או להכריז בג' רגלים עבור כל העולם, דר"מ סובר דאזלינן בתר רוב לענין חיוב השבה עצמה, ומכיון דעפ"י רוב האבידה נפלה משכני מקום שנמצאה שם, מכריז המוצא רק להן. ואילו ר' יהודה סובר, דכיון דחל חיוב השבה דהויא דבר שיש בו סימן חייב להכריז עבור כל העולם, אף על פי שעפ"י רוב נפל משכני מקום האבידה. ודומה קצת לשיטת הראב"ד (מובא בשיטמ"ק דף כג ב ד"ה לא צריכא לאהדורי לצורבא מרבנן) דבדבר שאין בו סימן חייב להכריז לצורבא מרבנן שיכיר את האבידה בטביעות עין, דאע"פ שעפ"י רוב אי אפשר לקיים מצות השבת אבידה בטביעות עין, אעפ"כ מכיון דבאיסורא אתא לידיה דהגביהה קודם יאוש ונתחייב בהשבה חייב להכריז עבור המיעוט שהם ת"ח. וכמו כן סובר ר' יהודה דמכיון שחל חיוב השבה והכרזה חייב להכריז אף עבור המיעוט שהאבידה היא משאר באי העולם ולכן חייב לעלות לירושלים בג' רגלים ולהכריז.

העיקרון שעליו מבוססים דברי רבי מאיר, לתלות את האבידה באנשי המקום, הוא מוסכם. עיקרון זה בא לידי ביטוי כאשר מצא את האבידה במקום של רוב גויים, שהמוצא רשאי לתלות את האבידה ברוב, ולפטור את עצמו מהכרזה (לעיל כד, א ובתוס' שם ד"ה 'כי קאמר' וד"ה 'בטמון').

אולם, שם הדבר מבוסס על ייאושו של המאבד (עיי"ש בתוד"ה 'כי קאמר'. אמנם, בתוד"ה 'בטמון' נראה שהתירו גם אם מצאה קודם ייאוש, משום שתולה את האבידה בגוי, שבגללו לא חלה מצוות ההשבה מלכתחילה. כאן אנו עוסקים באבידה שיש בה סימן שאבדה במקום של רוב ישראל, ולכן אין סיבה לתלות במאבד גוי, וגם הבעלים אינם מתייאשים.

אם כן, קשה להסתפק בהסבר שיטת רבי מאיר על היסוד של הליכה אחר הרוב בפני עצמו, ומסתבר שדבריו מבוססים על ההנחה הכללית שיחברך חבא אית ליה, ולכן דבר ההכרזה צפוי להתפשט למקומות הרלוונטיים, כפי שאנו אומרים בדינים אחרים, כגון דין מחאה בפרק חזקת הבתים.

לגבי היסוד שהציע הרי"ד בהסבר דעת רבי יהודה, שכיון שבמצב זה חל כבר חיוב ההשבה, על מנת שהמוצא יוכל לצאת ידי חובתו הוא צריך להכריז לכל העולם, ולא לאנשי המקום בלבד, יש להעיר, שאם חובת ההכרזה היא מן התורה, הסבר זה מחזק את שיטתו של רבי יהודה לעומת רבי מאיר, כפי שהבאנו לעיל בשם ר' דוד בהבנתו הראשונית, שאין אדם יכול לפטור את עצמו מהשלמת מצוה דאורייתא בהשתדלות חלקית בלבד.

אולם, אם חובת ההכרזה היא מדרבנן, כפי שהציע גם ר' דוד עצמו בגלל שגם רבי יהודה שם גבול לחיוב ההכרזה, יותר מסתבר לומר שאף רבי יהודה מסתמך על ההנחה שיחברך חבא אית ליה, ואם כן, המחלוקת בין רבי מאיר לרבי יהודה היא לאיזה מעגל נכון יותר לפנות מלכתחילה, כאשר המטרה היא להעביר את הקול על מציאת האבידה באופן שיוכל להגיע למאבד המקורי. להלן, נציע הבנה בשיטת רבי יהודה, שמחזקת כיוון זה.

דין הכרזת שבעה אחר הרגל

המאירי הסביר מדוע הצורך בהמתנת שבעה קיים רק ברגל השלישי ולא בשניים הראשונים, ובכך נתן משמעות נוספת לצורך שהמכריז יציין באיזה מספר רגל של ההכרזה הוא נמצא בשלב זה:

ורגל ראשון היה אומר ראשון – כלומר, גלימא מצאתי, וזהו רגל ראשון, כדי שלא יטריח את הבעלים לילך לביתם ולחזור, ודיו שיחזור ברגל שני... כלומר, דין ההכרזה לוקח בחשבון אפשרות שהכרזה ברגל אחד תוביל להשבה שתקרה רק ברגל הבא אחריו. דברי המאירי מבוססים על עיקרון שמפורש בדברי רבי יהודה ביחס לרגל השלישי, שדרושה המתנת שבעה כדי לאפשר למאבד לשוב לביתו, ורק אז לחזור לתבוע את אבידתו.

דברי רבי יהודה הנ"ל, 'כדי שילך לביתו שלושה ויחזור שלושה ויכריז יום אחד', גרמו לחלק מן הראשונים להרחיב את משמעותו המילה הכרזה. בשיטה מקובצת (כח, א) הביא את רבנו יהונתן, שפירש שהמושג הכרזה הוא 'חיפוש', ולכן הוא שייך לא רק למוצא, שמחפש את המאבד, אלא גם למאבד שמחפש את חפציו:

ויש לפרש להכריז יום אחד זאת מלשון חפוש, כדאשכחן בפסחים על ששה דברים הנאמרים על עמי הארץ וקא חשיב ואין מכריזין על אבידתו, ואי אותה הכרזה הכרזה ממש היא היאך יאמר אין מכריזין על אבידתו ומי יודע שהיא של עם הארץ שלא יכריז עליו? שמא של תלמיד חכם היא וחייב להכריז? אלא ודאי לשון חפוש הוא. כלומר, אין אנו מחפשים וטורחים אחר אבידתו כדי שתשוב אליו. הכא נמי רצה לומר ויחפש יום אחד כל ביתו מה שנאבד ממנו. משום הכי צריכין לומר שבעה ימים שלשה להליכתו ושלשה לתשובתו ויום אחד בנתיים לחפש ביתו. וכל לשון הכרזה נמי חפוש הוא כלומר שהוא מחפש מי שנאבדה ממנו האבידה. ה"ר יהונתן ז"ל.

אולם, ראשונים אחרים דחו פירוש זה, כפי שהביא שם בשטמ"ק מהריטב"א, שכתב:

ואין פירוש זה נכון. ולשון הכרזה לא משמע הכי. והיה דפסחים הכרזה ממש היא וכגון דאשתכח בשוקא דעמי הארץ וידעינן דהוא דעם הארץ, אלא דלא ידעינן מנו, וכדפרישנא התם בסייעתא דשמיא.

בכל אופן, גם הרמב"ם (יג, ח) פירש שלפי דברי רבי יהודה המתנת שבעה ימים אחר הרגל נועדה כדי לאפשר למאבד ללכת 'למשש את כליו', ובכך להיווכח שאכן החפץ אבד ממנו.

הסבר זה צריך עיון. מדוע אנו מרחיקים לכת לעכב את המוצא שבעה ימים נוספים בירושלים בגלל חשש רחוק שהמאבד כלל לא יודע עדיין על האבידה שאבדה ממנו? נוסף על כך, מסתבר שלאבן הטוען בירושלים לא היו מגיעים אנשים סתם, אלא מכיון שאיבדו משהו, ולכן קשה להבין כיצד עם זאת שכלל אינו יודע בוודאות שאיבד, שמע את ההכרזה בירושלים ויזכור אותה כאשר ישוב לביתו, ולכן ימשש את כליו ויחזור לירושלים לדרוש את אבידתו?

יתכן שחסרים לנו פרטים להבנת המציאות שהיוותה בסיס לתקנה, ובכל אופן הדברים צריכים עוד עיון.

רבנו חננאל הסביר את דברי רבי יהודה באופן אחר, שמאפשר להבין את ההיגיון שמאחורי גדרי התקנה שמתאר רבי יהודה:

כדי שילך לביתו שלשה ויחזור בשלשה ויכריז יום אחד. פירוש: כדי שילך שומע המכריז למקומו ויגיד, וישמע בעל האבידה ויבא מיד, וישמע ביום השביעי המכריז, ויתן סימניה ויקחנה.

כלומר, לא מדובר על אדם ששמע וחוזר הביתה לבדוק אם אכן אבדה לו אבידה, אלא דבר זה נועד על מנת שעולי הרגל יספיקו להעביר את השמועה למקומות מהם באו, ואם המאבד נמצא שם וישמע - יוכל לבוא לבקש את אבידתו בירושלים.

גם בספר 'תורת חיים' הבין את עניין הכרזת הרגלים באופן דומה לפירוש ר"ח, ובהתאם לכך הסביר את המציאות שבה התקיימה התקנה:

לפי שא"א שישמעו כל ישראל את קול הכרוז, לכך היתה שם אבן טוען. וכל אותן שכבר ידעו מאבידותיהן, כגון שידעו מעצמן או נשמע להן הכרוז ברגל שהיה לפני רגל זה - נפנו לשם. וכל מוצאי אבידה נפנו גם כן לשם. זה עומד ומכריז רגל ראשון וזה רגל שני וזה רגל שלישי, ובעלי האבידות נותנין סימנין ונוטלין אבידותיהן, וכיון שהן שומעין ג"כ שמכריזין שאר אבידות שהבעלים עדיין לא ידעו מידי, מסתמא מגידים מה ששמעו לחביריהן עד שנשמע הדבר לבעלים, דחברא חברא אית ליה.

ה'תורת חיים' טוען שעפ"י יסוד זה מובן יותר הצורך בשלושה רגלים של הכרזה:

ונראה דלהכי תיקנו להכריז שלש רגלים, דכיון דלא ברירא מילתא שיהא נשמע הדבר לבעלים אלא משום דחברא חברא אית ליה, לכך תיקנו שיכריז שלשה פעמים, דמסתמא בשלשה פעמים יגיע הדבר לבעלים. דבשאר דברים נמי אשכחן תקנת חכמים בשלשה פעמים כדאמרינן בקצירת העומר מגל זו מגל זו קופה זו קופה זו קופה זו ובתלת זימנין הוי חזקה וגבי הפרת נדרים צריך שיאמר ג' פעמים מופר לך.

אמנם, קצת קשה להבין כיצד נלמד עניין החזקה בהכרזת שלוש פעמים מהמקורות שמציין ומה שייכותו לכאן, אך עצם העיקרון שתכלית ההכרזה היא פרסום הדבר, שיגרום לו להתפשט עד שיגיע אל המאבד, ולא דווקא שהמאבד ישמע את המוצא עצמו מכריז, נראה מבוסס מצד עצמו. כפי שהראינו, יסוד הדברים נמצא כבר בפירוש רבנו חננאל. על יסוד דבריו אנו יכולים להשיב לשאלתו של ר' דוד, כיצד יכלו חז"ל להגביל את חובת ההכרזה ולומר שלאחר שלושה רגלים אינו צריך להמשיך להכריז. לפי דברי ר"ח והתנו"ח, הדבר מובן, כיון שלאחר שמילא את חובתו, הדבר כבר יכול להגיע מעצמו לאוזניו של המאבד, ולכן אין המוצא צריך להשתדל עוד בעניין ההכרזה.

דין ההכרזה בזמן הזה

בסוף הסוגיא מובאת ברייתא שתומכת במסורת של רבי יהודה ביחס לזמן שבית המקדש היה קיים, אך מסבירה שלאחר החורבן, כאשר לא ניתן היה לקיים את ההכרזה בירושלים בשלושת הרגלים, שינו חכמים את גדר חובת ההכרזה, והעבירו אותה לבתי כנסיות ולבתי מדרשות. הברייתא מוסיפה שגם תקנה זו בטלה לאחר שגזירת המלכות גרמה לכך שאם יכריז בפרהסיא יטלו את האבידה מן המוצא לאוצר המלך.

מן הברייתא עולה שבזמן הזה דין המשנה אינו מתקיים. בתוספתא למסכת בבא מציעא [ליברמן ב, יז (בדפוסים ב, ו)] מופיעה ברייתא דומה לזו שבגמרא בנוסח מעט שונה:

בראשונה היו מכריזין עליה שלש רגלים ואחר הרגל האחרון שבעה ימים.

ומשחרב בית המקדש התקינו שיהו מכריזין עליה **שלושים יום**.⁶⁵

ומן הסכנה ואילך התקינו שיהא מודיע לשכניו ולקרוביו ולמיודעיו **ולאנשי עירו ודי**.

יש להעיר, שהפוסקים לא התייחסו לתוספתא זו, שכן לא מצאנו בדבריהם התייחסות למשך לזמן ההכרזה לאחר שחרב בית המקדש, למרות שבתוספתא ובירושלמי שנינו שלושים יום.

ברי"ף הביא את פירוש הגמרא לדברי רבי מאיר, שהשכנים הם שכני המקום המקום שנמצאה בו האבידה, ולאחר מכן את הברייתא התומכת במסורת של רבי יהודה, אך מסבירה שתקנה זו בטלה לאחר החורבן. אם ההלכה היא כרבי יהודה, מדוע נזקק הרי"ף למשפט שנאמר בגמרא בפירוש דעת רבי מאיר?

יתכן לומר, שרבי יהודה אינו חולק על העיקרון של רבי מאיר, שצריך שידעו שכני המקום שנמצאה האבידה, אלא שסובר שכאשר מכריז שלושה רגלים בירושלים לכלל ישראל, נחשב הדבר שהכריז גם לשכני מקום מציאת האבידה, שהרי 'בכלל מאתיים - מנה'.

הקושי בהסבר זה הוא שאם כן, לאחר החורבן צריך היה לחזור לעיקר הדין של רבי מאיר, והברייתא מתארת את הדברים כתקנה חדשה של הכרזה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות.

יתכן שיש ללמוד מדברי הרי"ף שרבי יהודה כלל אינו חולק על רבי מאיר, ואף הוא מסכים שיש להכריז עד כדי שידעו שכני המקום שנמצאה בו האבידה, אלא שנוסף על כך, יש להכריז גם שלושה רגלים בירושלים.

בהמשך לכך, ניתן לטעון שגם תקנת ההכרזה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות באה להחליף את תקנת ההכרזה במקדש, בנוסף להכרזה במקום מציאת האבידה. לפי הבנה זו, ניתן לומר שזוהי משמעות השלב האחרון 'משרבו האנשים'. תכלית ההודעה לשכניו (למרות שאינם 'שכני אבידה') ולמיודעיו ('ולאנשי עירו', עפ"י

⁶⁵ הברייתא מופיעה בנוסח דומה גם בירושלמי, ובדפוס וילנא גרס 'שלושה ימים', וגירסת התוספתא יותר נראית.

התוספתא) היא כדי שתגיע ההכרזה לאוזני השכנים של המקום בו נמצאה האבידה.

הרמב"ם (יג, ח) הביא רק את דברי הברייתא בהתאם לנוסח שהובא בבבלי. ברמב"ם אין איזכור של דין ההכרזה לשכני המקום שנמצאה בו האבידה. יתכן שפוסק כרבי יהודה עפ"י הכלל המקובל במחלוקת רבי מאיר ורבי יהודה. כך כתב המגיד משנה.

אמנם, בהלכה ט הרמב"ם מביא את השלבים של התקנות המאוחרות. קשה להבין מדבריו אם משרבו האנשים בטלה תקנת ההכרזה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, או שרק במקום שיש בו אנשים יכול להסתפק בהודעה לשכניו ולמידעיו.

בטור (רסז) כתב דין זה במפורש:

'והיכא דליכא למיחש להאי אונסא צריך להכריז בבתי כנסיות ובבתי מדרשות.'

בשולחן ערוך (רסז, ג) פסק כנוסחת הבבלי, ומפורש בדבריו שבזמן הזה מתקיימות שתי התקנות האחרונות, בהתאם למקומו של המוצא:

'המוצא אבידה מכריז עליה בבתי כנסיות ובתי מדרשות. ובזמן שיש אנשים שאומרים: אבידה הנמצאת של מלך היא, מודיע לשכניו ומידעיו ודיו.'

כמו בדברי הפוסקים שקדמו לו, גם בדברי השו"ע לא מפורש מהו משך ההכרזה. לאור זאת, נראה שבכל אופן עלינו לחזור לדברי רבי מאיר, ולהסביר שגדר משך ההכרזה הוא כדי שידעו בו שכני אבידה.

ועי' בביאור הגר"א ס"ק ח, שציין לגמרא שעסקה בדעת רבי מאיר 'מאי שכני אבידה'. אמנם, יתכן שכוונתו היתה להביא מקור רק למילים שהוסיף הרמ"א 'ואינו מכיר את בעליה', שאם מכיר את הבעלים חייב להחזירה לרשותו, כפי שאומרת הגמרא: 'אי ידע ליה ליזול ולהדריה נהליה'. ובכ"ז, לאור העובדה שהרי"ף הביא דין זה, נראה שצ"ל למעשה כמו שכתבנו.

הבנה זו, שההלכה למעשה היא כרבי מאיר, נמצאת במפורש בשיטה מקובצת בשם הרמ"ך: 'ובמקום שיש רמאין או אנסין או מוסרים מודיע **לשכני מקום שנמצאת שם האבידה** ודיו'.

יש להעיר, שהרמ"ך הוסיף וכתב גם 'רמאים', ונראה שדבריו מבוססים על החשש, שהובא בפירוש ר"ח על המשנה הבאה בשם תלמוד ארץ ישראל: 'שמע סימניה בהאי כנישתא ואזל לכנישתא אחריתי יהיב סימניה - זהו רמאי. וכן כיוצא בו'. חשש זה מהווה סיבה שלא להכריז בבתי כנסיות, כיון שדבר זה מעורר אנשים לגלות את סימני אבידתם בציבור, ובכך לתת פתח לרמאים.

תוכן ההכרזה

הגמרא דנה בתוכן ההכרזה בכמה מקומות לאורך הפרק.

בדיון על סימן העשוי להידרס (כב, ב) נשאלה השאלה מה מכריז המוצא כריכות ברשות היחיד, ותשובת רבא היתה ש'מכריז מקום'. רש"י שם הסביר את דברי רבא כך:

'ואינו מכריז שם האבידה אלא שם המקום: מי שאבדה ממנו אבידה במקום פלוני יבא ויאמר מה איבד, וזה בא ואומר: אבדתי שם חפץ פלוני'.

תוספות מעירים על דברי רש"י, שפירושו מתאים להו"א של הגמרא לעיל (כ, ב) בדין מצא שטרות בחפיסה, שמכריז את מניין השטרות שמצא. אולם, למסקנה הוכיחו שם מכך שצריך דווקא שלושה שטרות, שמכריז סתם 'שטרות מצאתי', והמאבד צריך לומר גם את מניינם וגם את האופן שהיו כרוכים.

הגמרא שם למדה זאת מסוגיית המוצא שלושה מטבעות זה ע"ג זה, שגם שם עלתה ההו"א שמכריז 'מנין', אך מסקנת הגמרא שמכריז 'מטבעות מצאתי', והמאבד הוא שצריך לומר את מניינם.

תוספות מקשים על דברי רש"י מהמשנה (כח, ב): 'אמר את האבידה ולא אמר סימניה לא יתן לוי, ומתרצים שדין זה נאמר רק כאשר הטענה היחידה של המאבד היא שאיבד חפץ מסוג זה, שאז אנו אומרים לו שיתכן שגם אדם נוסף איבד. לעומת זאת, כאשר טוען שאיבד חפץ מסוג זה במקום מסויים, אין אנו חוששים שמא אדם נוסף איבד חפץ כזה במקום ההוא.

דברי רש"י מבוססים על גישה עקרונית שאינה חוששת שהאדם הטוען לבעלות על האבידה הוא רמאי, ולכן הוא נאמן שאיבד חפץ כזה, ואם הוא טוען שאיבד אותו במקום זה, יש לתת לו את החפץ.

אולם, תוספות עצמם פירשו את לשונו של רבא 'מכריז מקום', שכוונתו לומר שמכריז את האבידה, והמאבד צריך לומר את מקומה כסימן.

בגמרא (כח, ב) מובאת מחלוקת בין רב יהודה לרב נחמן אם המוצא טלית מכריז 'גלימא' והמאבד צריך רק לומר את סימניה, או שמכריז סתם 'אבידתא', והמאבד צריך לומר גם מה איבד.

הגמרא מסבירה שרב יהודה אומר להכריז 'אבידתא' משום שהוא חושש לרמאי שלאחר שידע על מה הוא מכריז ילך ויברר מי באמת איבד חפץ כזה, וכך יגלה את סימני האבידה. לעומת זאת, רב נחמן אינו חושש לכך, ש'אם כן אין לדבר סוף'.

דברי רב יהודה, לכאורה, מדוייקים מן המשנה (כח, ב) 'אמר את האבידה ולא אמר סימניה - לא יתן לוי, שהרי אם המכריז כבר אמר מהי האבידה, אין שום הו"א שיתן את האבידה מבלי שהמאבד יתן משהו נוסף. אולם, רב ספרא מסביר שלפי רב נחמן, יש להידחק קצת בלשון ולהסביר שכוונת המשנה איננה לומר שאין די באמירת האבידה לבדה, אלא שגם אם אמר סימנים שאינם מובהקים, אין די בהם עד שיאמר את סימניה המובהקים של האבידה.

לעומת זאת, ביחס למשנה הקודמת (כח, א), רבינא טען שדווקא סברת רב נחמן מתאימה יותר לדין ההכרזה אליבא דרבי יהודה, כיון שאם אין המוצא מכריז מהו סוג האבידה שמצא אין המאבד יכול לדעת אם זו אבידתו עד שיעשה 'ספירת מלאי' של כל חפציו, ודבר זה דורש יותר זמן.

רבא שם⁶⁶ טען שאין בכך קושיא על סברת רב יהודה, משום שיש לומר שבכל זאת לא הטריחו את המוצא להמתין יותר מדי.

אולם, עדיין נראה שבהכרזה באבן הטוען ללא אמירת שם האבידה שנמצאה, כמעט ולא יכולה להיות תועלת, אלא אם כן כל מאבד יעבור אצל כל המוצאים שנמצאים שם, וישאל כל אחד מהם אם מצא את אבידתו, וזה נראה מאוד דחוק.

בשיטה מקובצת (כח, ב) כתב שמסתבר שרב יהודה אינו חולק עקרונית על רב נחמן, וסברתו שאינו מכריז אלא 'אבידה מצאתי' מתייחסת רק לזמן שרבו הרמאים. לדעת השטמ"ק סברא זו מוכחת מן הסוגיות הקודמות שהזכרנו, שבהן היה מפורש כדבר פשוט שהמוצא מכריז את סוג האבידה שמצא, והספק היה רק אם יאמר גם את המניין או המקום:

נראין הדברים דלא נחלקו אלא אחר שרבו הרמאין, ומטעמא דמפרש ואזיל, והיינו דאייתי ליה תלמודא הכא, אבל מן הדין דכולי עלמא 'גלימא' מכריז, וכדאמר רבינא בפרק קמא 'טיבעי מכריז'.

יש לעיין אם לאור דברי השטמ"ק ניתן לומר שמשנת 'עד מתי חייב להכריז' נאמרה בזמן הבית, שזה קודם שרבו הרמאים, ואילו משנת 'אמר את האבידה ולא אמר סימניה' נאמרה לאחר חורבן הבית משרבו הרמאים.

השבת אבידה משרבו האנסים

חכמים תקנו לקיים את חובת ההכרזה באופן מוגבל יותר, בגלל החשש שהאבידה תילקח מהמוצא אם דבר המציאה יפורסם. ניתן לראות בתקנה זו איזון בין תקנת ההכרזה על האבידה, לבין חובת השמירה עליה המוטלת על המוצא מן התורה. יתכן גם לטעון שתקנה זו נועדה להגן גם על המוצא, מפני החשש שאם ייטפלו אליו אנסים, הם עלולים לפגוע בו או לקחת ממנו גם את רכושו האישי.

הגמרא מסבירה שהאנסין שהוזכרו בברייתא אינם סתם גזלנים פרטיים הלוקחים את האבידה לעצמם, אלא מדובר בשלטון המדיני בארץ 'דאמרי אבידתא למלכא'.

הריא"ז (קונטרס הראיות) שאל: מדוע לא נאמר בזה דינא דמלכותא דינא? ותירץ:

דדוקא במכסי' ובמסיו' שמטיל על כל העם ראוי לומר דינא דמלכותא דינא, וכן אם רוצה לפרוץ גדרות ולחתוך אילנות לצורכו, אבל אם רוצה ליטול שום ממון אדם שלא כדין אין ראוי לומר 'בזה דינא דמלכותא דינא', אלא [אונס] ודרך גזלה הוא, ואבדה נמי אם יש עליה סימנ' הרי היא לבעלה, ואם אין בה סימנ' הרי היא של מוצאה, ואין למלך עליה שום דין, ומאי דשקיל באונס שקיל.

טענתו היא שאין תוקף לדין זה משני טעמים: מצד אחד אין למלך שום שייכות לאבידה, ואין דרך להצדיק מס זה בצורך של המלך, ומצד שני אין בו הצדקה, כיון

⁶⁶ וצ"ע כיצד מופיעים דברי רבא כדחיה לדברי רבינא.

שמדובר במס שבפועל אינו חל באופן שווה על כולם, אלא באופן מקרי אם מצאו אבידה.

אמנם, יש לעיין בטענותיו משתי הבחינות:

- א. כלפי הטענה הראשונה יש לומר, שיתכן שתקנה זו נעשתה לטובת שלום הציבור, על מנת למנוע מריבות ומחלוקות על אבידות.⁶⁷
- ב. כלפי הטענה השנייה יש לשאול: אם החוק חל על כולם באופן שווה, ואין בו התנכלות לאדם פרטי, מדוע לא ניתן לראות בזה מס כמו כל מס אחר שהמלכות מטילה על מוצרים מסויימים או פעולות מסויימות?

לעומת דברי הרי"ד, שרואה באבידה רכושו של המוצא, שניטל ממנו שלא כדין, מצאנו תשובות ראשונים שלמעשה כן דנו בתוקף דינא דמלכותא להפקיע קניינו של המוצא אבידה, שדינה מן התורה שתהיה שלו.

דינא דמלכותא באבידה

לעניין עצם חלות דינא דמלכותא בדיני אבידה ומציאה, הביא במרדכי (אלו מציאות רמז רנז) את תשובת רבנו גרשום בדין מציאות שמקורן בשללה של ספינה שנטרפה בים:

על עסקי היהודים ההולכים בספינה וטבעה הספינה וניצולו הנפשות, והממון היה בתיבות. עמד יהודי אחד שניצל מן הספינה ושכר עובד כוכבים אחד לעזור לו להציל הממון. והציל העובד כוכבים תיבתו של ראובן, אבל לא היה יכול להוציאה אל היבשה לפי שהיתה מלאה מים. והוצרך העובד כוכבים לשברה ולהוציא ממון שבתוכה, ושאר הממון שבספינה לא יכול להציל הכל, כי היה חשך ואישון לילה ואפילה. והעובדי כוכבים נתאספו לשם וחספו מן הממון ושאר נכסים והוליכו לביתם. למחרת נתנו שוחדים למושלים ולשופטים לחקור ולפשפש ביד האנשים הנחשדים שנתקבצו שם, וגם הקהלות גזרו חרם על כל מי שבא לידו מנכסי ספינה שנאבדה שיחזיר לבעלים. ובתוך ל' יום שהיה ראובן מחזר על אבדתו, מכר עובד כוכבים אחד מן הממון ומן הנכסים הנאבדים בספינה לשמעון. ואינו רוצה להחזיר לראובן, ואומר שכבר זכיתי בה, שאבידה ששטפה נהר מותרת. והשיב: כך דעתי נוטה שאין בדברי שמעון ממש.

כי מה שטוען אבידת נהר מותרת אינה טענה שהרי לא הציל הוא מן הנהר אלא העובד כוכבים הצילה. ומושלי העיר כבר צוו להחזיר ודינא דמלכותא דינא, ובדיני עובד כוכבים המציל מן הנהר נוטל שכר טורחו כשמודה בה ומחזירה לבעליה בחנם. ועובד כוכבים שכופר בה דינו כגנב.

⁶⁷ אמנם, לא נראה שכך תפסו חכמים את המלכות עפ"י המעשה המוזכר בירושלמי (ב"מ פ"ב ה"ה דפוס וילנא ח, א) באלכסנדר מוקדון ומלך קציה. יש להעיר, בנוגע לטעמים שהצענו לצמצום תקנת ההכרזה, שמשם נראה גם שאכן יש חשש סכנה למוצא אם יוודע דבר המציאה למלכות.

ודינו של שמעון זה כלוקח מן הגנב, ועשו בו תקנת השוק, וישבע כמה נתן ויטול. כדתנן המכיר כליו וספריו ביד אחר אם יצאה לו שם גניבה בעיר ישבע כמה הוציא ויטול.

וגם מפני תקנות הקהלות צריך שמעון להחזיר האבידה לראובן אפילו אם נתייאש ראובן, דהפקר בית דין הפקר, שנאמר: 'וכל אשר לא יבא לשלשת הימים בעצת השרים והסגנים יחרם הוא וכל רכושו'. וליכא למימר דוקא בדורות של שמאי והלל או של ר"ג, שהרי אמרו חכמים: 'למה לא נתפרשו שמותם של שבעים זקנים? שלא יאמר אדם פלוני כאלדד ומידד ופלוני כנדב ואביהוא. וכתוב: 'וישלח ה' את ירובעל ואת בדן ואת יפתח' וגו' לומר לך יפתח בדורו כשמואל בדורו, ומי שמתמנה פרנס על הצבור כאביר שבאבירים.

ע"כ יחזיר שמעון את אשר קנה, כי מכמה טעמים לא זכה בו, וכן הדין. ושלוש גרשום ברבי יהודה'.

קצת נראה מדברי רבנו גרשום, שהזכיר שחל דינא דמלכותא דווקא ביחס לגוי המוצא, אך אם ישראל היה מוצא, היה מותר לו לקחת את האבידה לעצמו, לולא תקנת הקהילות.

בדרכי משה (ס"ס רנט) הביא דברים אלה בקצרה:

'כתב המרדכי ריש אלו מציאות (סי' רנז) על ספינה שטבעה בים ובאו גוים והצילו מה שהיה בתוכה, והמושלים צוו להחזיר הכל לבעליהן. גם הקהילות נתנו חרם להחזיר הכל. ואחד קנה מן הגוים שהצילו, ואמר שאין צריך להחזיר דהוי ליה אבידה ששטפה נהר. ופסק רבינו גרשום מאור הגולה דצריכין להחזיר. חדא, דדינא דמלכותא דינא (נדריים כח א), ועוד דהפקר בית דין הפקר (יבמות פט ב), והם צוו להחזיר. ולכן הקונים מן הגוים שהצילו כקונים מן הגנב, ויש בו משום תקנת השוק (ב"ק קטו א) ועיי"ש'.

וכן פסק בשולחן ערוך חושן משפט הלכות אבידה ומציאה סימן רנט סעיף ז:

ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך או ב"ד חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב"ד הפקר. ולכן פסקו ז"ל בספינה שטבעה בים, שגזר המושל גם הקהלות שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה היא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן (מרדכי ריש פרק אלו מציאות).

רמ"א בדרכי משה ובשו"ע מתאר את המציאות שהתקיימה באותו מקרה, שקנו את שלל הספינה מן הגויים, אך מראשית דבריו בשו"ע משמע שגם אם היה מדובר ביהודי שמצא בעצמו, היה צריך להשיב מכח דינא דמלכותא, למרות שזה נגד דין יזוטו של ים'.

ב'קצות החושן' (ס"ק ג) ציין לדברי הש"ך בחושן משפט סימן שנו ס"ק י בעניין המלווה על המשכון ונמצא גנוב, שמחייבים את הבעלים לשלם למלווה מה שמפסיד משום 'תקנת השוק', שמקורו בדברי תה"ד סי' שט:

ואף ע"ג שהוכחתי לעיל סימן ע"ג ס"ד באריכות דלא אמרין דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתנו, מ"מ דיינין הכי שפיר בלישנא דהכי נהיגי עכשיו כלו' דגם בישראל נהיגי כן. ובת"ה א"ש טפי, דכתב דהכי דייני עתה כו'. ואף על גב דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק ל"ה וכמה דוכתי, י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך, ופשיטא די ש ביד הדור לתקן תקנות, ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן. ודוק.

הש"ך טוען שחובת התשלום אינה מבוססת על דינא דמלכותא בעיקרה, אלא על תקנת חכמים, שתקנו כן משום שראו דין זה כנכון וצודק, ומתאים גם לדין המלכות. ב'קצות' כתב שלפי דבריו יש לומר גם בדין השבת אבידה מזוטו של ים וכדו', שעיקר הדין אינו מבוסס על דינא דמלכותא, אלא על תקנה לעשות לפנים משורת הדין:

אמנם נראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב וישר הוא, דכיון דאמרו בגמרא (ב"מ כד, ב) דאבידה לאחר יאוש מחזירין לפנים משורת הדין, והוא משום ועשית הישר והטוב (דברים ו, יח) דמהכא נפקא לן לפנים משורת הדין, וכן ביאוש ושינוי רשות אמרו בפרק הגוזל בתרא (ב"ק קיד, א) בירא שמים מחזיר לבעלים הראשונים, ומשום הכי כשראו חכמי הדור לתקן שיחזיר לאחר יאוש אין זה מנהג גרוע ח"ו.

וכן כתב במרדכי פרק אלו מציאות (ב"מ סי' רנ"ז) ז"ל: אמר ליה לפנים משורת הדין, ואשכחנא נמי בפרק הגוזל בתרא חייב בבא לצאת ידי שמים, וכיון דחזינן דהוי כייפי להו [הכי] כדאיתא פרק האומנין (ב"מ פג, א) גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות דתני רב יוסף (שם ל, ב) והודעת להם את הדרך (שמות יח, כ) כו', וכן פסק ראב"ן וראב"ה דכייפינן להו לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל.

והיינו, דאע"ג דבעלמא לא כייפי למיעבד לפנים משורת הדין, הכא ראו הב"ד לתקן תקנה זו, ואין זה מנהג גרוע כיון דיאות למיעבד לפנים משורת הדין, ובפרט שהוא נמי דינא דמלכותא דינא.

לדבריו, יש נפקא מינה להבנה זו במקרה שהמוצא הוא עני:

ותדע דהא כתב הרמ"א סעיף ה' דאם הוא עני ובעל אבידה עשיר א"צ להחזיר, וכיון דכתב דהשתא דינא הכי משום דינא דמלכותא דינא א"כ למה נהדר פני דל דודאי [ל]עני ועשיר משפט אחד הן מצד דינא דמלכותא דינא או מצד הפקר ב"ד. ודוחק לומר דהרמ"א סעיף ה' מיירי היכא דליכא דינא דמלכותא דינא וליכא נמי הפקר ב"ד. אלא כיון דעיקר הטעם אינו משום דינא דמלכותא דינא אלא משום דראוי נמי למיעבד לפנים משורת הדין להכי דיינינן הכי בישראל ועשו כפיה לעשות הישר והטוב, ולפנים משורת

הדין אינו אלא למי שהיכולת בידו⁶⁸, ומשום הכי אין העני מחויב להחזיר ודי לו לעני במשפט כתוב.

דין האבידה לאחר שהכריז עליה כל צרכו

מה עושה המוצא לאחר שיצא ידי חובת ההכרזה?

כתב הרמב"ם (יג, י): 'תהיה המציאה מונחת אצלו עד שיבוא אליהו'.

בשו"ע (רסז, טו) העתיק דברי הרמב"ם, וציין הגר"א את מקורו מדין 'שם דמיהן ומניחן' לאחר טיפול של י"ב חודש (ובבאר הגולה מצויין כח עמוד א. יתכן שזו ט"ס. וציין גם לפסוק בתורה. והקשה מהשו"ע רס, ט בדין עבר ונטל ספק הינוח, שזכה בו, ותירץ שאין זה אלא בדבר שאין בו סימן). אם כן, אבידה שלא ניתן היתר למוכרה, לכאורה, לא ניתן היתר גם להשתמש בה.

לעיל בסוגיית יאוש שלא מדעת (סי' רס סעיף ט) הבאנו מסברות האחרונים בהסברת הרמב"ם בדין מי שנטל ספק הינוח שאין בו סימן, שהסבירו שבתנאים מסויימים כן רשאי לקחת את האבידה לעצמו.

הסמ"ע שם (סי"ק מב) כתב שהנטל אבידה קודם ייאוש על מנת להשיבה לא חל עליו דין 'באיסורא אתא לידיה', ולכן זוכה באבידה אם וודאי שהבעלים כבר התיימש.

הב"ח טען שלא אמרו שיהא מונח אלא כאשר מדובר בממון שבאופן וודאי יש לו בעלים שלא התיימשו, אלא שאינם ידועים למוצא, אך אם הוא ספק הפקר כי התיימשו הבעלים- יכול לקחת לעצמו.

הש"ך (רס ס"ק כו) לא קיבל את דבריהם, אך כתב שעדיין יהיה מותר למוצא להשתמש באבידה, כיון שדין 'יהא מונח' אינו אלא בממון שהבעלים לא התיימשו ממנו כלל, או שהמוצא יודע למי הוא שייך, שאז חייב להשיב לבעלים, אפילו אם יודע שכבר התיימש:

'כיון שא"י למי יחזור יכול לעשות בו מה שירצה, והא דק"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש וכדלקמן סי' רס"ב ס"ג, היינו דאם נתברר של מי הוא צריך להחזירו, ולא אמרינן כיון דנתיימש זכה זה בו. אבל כ"ז שלא נתברר של מי הוא יוכל זה לעשות בו מה שירצה. ואפשר גם כוונת הב"י והכ"מ כן בישוב דעת הרמב"ם, אלא דלשונו קצת מגומגם'.

אמנם, בסי' רס"ז כתב הש"ך (סי"ק יג) שלא ניתן להחיל דין זה על אבידה שיש בה סימן:

'אף ע"ג דלעיל סי' ר"ס ס"ט ס"ל להרמב"ם ומחבר דזכה בו, היינו בדבר שאין בו סי', אבל הכא מיירי בדבר שיש בו סי', דאיכא למיחש כל שעה שמא יבא בעליו, לכך יהא מונח עד שיבא אליהו. ודו"ק'.

⁶⁸ כפי שמפורש בדברי המרדכי (ב"מ רנז) שציטט קודם לכן.

נראה מדבריו, שהיתר השימוש שחידש באבידה שאין בה סימן, מבוסס על ההנחה שאין באמת סיכוי שהמאבד יוכל להוכיח את בעלותו על החפץ, ולכן באבידה שיש בה סימן היתר זה איננו קיים.

זכייה באבידה שלא נמצאו בעליה מכח דינא דמלכותא

עד כה ראינו שכל הפוסקים מסכימים שלא ניתן לזכות באבידה שהגיעה לידי בזמן שהיתה בה חובת השבה, וגם המתירים לקחת לעצמו אבידה שאין בה סימן מתבססים על כך שחובת ההשבה לא היתה מוחלטת מלכתחילה, או שההיתר אינו אלא היתר שימוש ולא העברת בעלות גמורה.

בשנת תשל"ג נחקק בישראל 'חוק השבת אבידה'.

החוק אינו מבחין בין אבידה שיש בה סימן לאבידה שאין בה סימן, אך כן פוטר מחובת השבה במקרה ש'בנסיבות העניין יש להניח שבעל האבידה התייאש ממנה מחמת מיעוט שוויה'.⁶⁹

בסעיף 4(א) קובע החוק, שאם קיים המוצא את הוראות ההשבה (כגון הודעה למשטרה או הודעה לבעל הרשות שבה נמצאה האבידה), ולא נתגלה בעל האבידה תוך ארבעה חודשים 'ראו כאילו התייאש ממנה, והמוצא יהיה לבעל האבידה'.

לאור זאת, לכאורה, ישנה אפשרות כיום לזכות באבידה שלא נמצאו בעליה⁷⁰ מכח דיני המדינה, אם מקיימים את הוראות החוק ומודיעים למשטרה באבידה שערכה מצדיק זאת, לאחר המתנת פרק הזמן הנדרש.

ראינו לעיל בתשובת רבנו גרשום (ולפחות באופן שהובאה להלכה ע"י הרמ"א) שדינא דמלכותא יכול לחייב להשיב אבידה שעפ"י דין תורה היתה שייכת למוצא. האם דינא דמלכותא יוכל גם להפקיע את בעלות המאבד ולהעביר את המציאה לרשותו של המוצא?

החוק משתמש במושג 'יאושו', אך למעשה מרוקן אותו מתוכן, כיון שאינו מתייחס אליו באמת בשום שלב. בשלב המציאה, החוק מחייב השבה גם באבידה שהתייאשו בעליה (וגם ביחס לאבידה שהוא פוטר את המוצא מלהשיבה מחמת מיעוט ערכה, הוא אינו מעביר אותה לבעלותו של המוצא עד לאחר תקופת ההמתנה הנ"ל), ולאחר תקופת ההמתנה החוק מעביר את האבידה לרשות המוצא (או המדינה) גם אם הבעלים לא באמת התייאשו.

⁶⁹ סעיף 2(א).

⁷⁰ באבידה שיש עליה חיוב השבה, ובדינא דמלכותא יכול לקחתה לעצמו כתב בספר השבת אבידה כהלכה (עמ' קע) בשם ר"מ פיינשטיין, שלא חל דינא דמלכותא, כי אין זה נחשב תקנה לטובת בני המדינה. לכן בדברינו אנו עוסקים רק באבידה שדינה הוא שתהא מונחת עד שיבוא אליהו, כי לא מצא את הבעלים. ובפתחי חושן הלכות אבידה פרק ב הערה נג כתב שמותר להשתמש בה לצרכו מכח דינא דמלכותא, ונראה שהוא מצרף את סברת הש"ך בסי' רס ס"ק כו בדין אבידה שבאה לידי קודם יאוש בעלים, ואין בה סימן.

אם נאמר שדינא דמלכותא לא יוכל להפקיע את הבעלות על החפץ, כיון שאין בזה צורך של המלכות עצמה, כדברי הרי"ד שראינו לעיל,⁷¹ יש לבחון את האפשרות שכיון שבפועל דינא דמלכותא הוא החוק היחיד שמחייב את האנשים במדינה, הוא יגרום לכך שהבעלים יאלץ להתיימשך מאבידתו לאחר שעברה תקופת ההמתנה. אולם, נראה שדבר זה לא יועיל למוצא האבידה, ש'באיסורא אתא לידיה' ולא תפקע ממנו חובת ההשבה.

עם זאת, יתכן שיש מקום להשתמש בחוק זה על מנת לשחרר את האחראים מחובת שמירת האבידות שמושארות במקומות ציבוריים כגון בתי ספר ובתי מדרש, מקוואות וכדו', שאנשים שמאבדים בהם ציוד יאלצו להתיימשך מאבידתם לאחר פרק הזמן המוגדר בחוק.

ישנם מקומות שמגדירים בעצמם תנאים כלפי המשתמשים המאבדים/משאירים רכוש, שתוך פרק זמן מסויים או לאחר תאריך מסויים יהיו האחראים רשאים לעשות ברכוש כפי שיקול דעתם. גם אם ניתן להניח שכל המשתמשים מודעים לתנאי זה, והמקום הוא כזה שניתן להתנות את השימוש בו בקבלת התנאים, הרי מן הסתם המאבד לא צפה שרכושו יישאר שם, וכאשר קיבל את התנאי היה זה בגדר אסמכתא בלבד (אלא אם נאמר שעושים תנאי זה ברשות בית דין חשוב, ואז הוא חל בע"כ של המשתמשים מכח 'הפקר בי"ד').

אם כן, גם למקומות שהתנו תנאי או הודיעו על הנהלים הנ"ל, תהיה רשות לקחת את האבידות רק לאחר שעבר פרק הזמן שבו יש להניח שהבעלים התיימשכו בפועל, בתנאי שלא התחייב כבר אדם בהשבת האבידה לפני ייאושם.

כיון שבדרך כלל מדובר ב'ודאי הינוח' במקומות אלה, נראה שבאמת לא חלה מצוות השבת אבידה גם על מי שמזיז את החפץ ממקום למקום, כגון ליפינת השבת אבידה, כל עוד לא הוציאו את החפץ מאותו מקום המשתמר, שהבעלים ידע לחזור ולבקש בו את הרכוש שהשאיר, וניתן להסתמך על ייאוש הבעלים כאשר אבדו זכויותיו בחפץ עפ"י החוק.

החוק עצמו מתייחס (בסעיף 7) לרכוש שהושאר במקום שבו מתאכסנים או מבקרים בני אדם, והופך אותו לאבידה לאחר חודשיים מיום שהושאר, ומגדיר את בעל המוסד או המקום כמוצא.

אם כן, נראה שלאחר תקופה של חודשיים, בתוספת ארבעת חודשי ההמתנה, ובוודאי לאחר תום שנה מאז הזכייה על פי החוק (שבמשך שנה זו עדיין יש למאבד זכות לפדות את החפץ על פי סעיף 5 לחוק), יש לומר שמאבד יאלץ כבר להתיימשך מאבידתו, בגלל שחושש שאיבד כבר את זכויותיו ביחס אליה.⁷²

⁷¹ ויש לציין גם לדברי הרמ"א בשולחן ערוך חושן משפט (שסט, יא), שיסודם בתשובת הרשב"א (ו, רנד) והמהרי"ק בשורש קפז: 'לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל'.

⁷² אולם, יש מקום לדחות גם טענה זו, כיון שהחוק משאיר פתח [בסעיף 4(ג)] לשר המשטרה לקבוע בתקנות שעל אבידות יקרות ערך, או בעלות ערך רגשי וכדו' לא יחולו פרקי הזמן האמורים, או שיחולו פרקי זמן שונים.

דיני הטיפול באבידה

המשנה (כח, ב ; כט, ב) עוסקת בגדרי חובת הטיפול באבידה מלבד חובת השמירה הבסיסית. מאופן הטיפול באבידה מסתעף גם דיון בגדרי חיובי השמירה הנובעים מכך. אולם, בגמרא מתברר שגם ביחס לאבידה שאינה כרוכה בטיפול ישנו דיון בגדרי חיובי השמירה.

יסוד חובת הטיפול

המשנה מחלקת בין שני סוגי אבידות :

דבר שעושה ואוכל - יעשה ויאכל. בתוספתא (ליברמן ב, כ) מבואר שאסור לו לעשות מלאכה מעבר לנדרש לכיסוי הוצאות הטיפול באבידה.

דבר שאינו עושה ואוכל - ימכר.

המשנה אינה מגבילה את משך הזמן שיש לטפל באבידה שמכסה את הוצאותיה מצד אחד, ואינה מגדירה זמן מינימאלי להחזקת אבידה שדורשת הוצאות ואינה מכסה אותן.

המשנה הבאה עוסקת בחפצים דוממים, שלא צריכות להיות הוצאות על מנת לשמרם, אך חלקם דורשים טיפול מסויים. המשנה מגדירה את התדירות והאופן שבה נדרש המוצא לטפל באבידה, ומתייחסת לשאלה אם מותר לו לקבל הנאה מטיפול זה.

לכאורה, ישנו חילוק ברור בין בעלי חיים שאוכלים, לחפצים דוממים שאינם אוכלים. אולם, בגמרא אנו מוצאים אפשרות של מכירה גם בחפץ דומם. שמואל אומר שהמוצא תפילין 'שם דמיהן ומניחן לאלתר'. הגמרא מסבירה שפתרון זה מתאפשר דווקא בתפילין משום שהן מצויות לכל מבקש. מה שאין כן ביחס לספרים, שאינן מצויים, ולכן דורשים מהמוצא לשמר אותם באמצעות טיפול חודשי.

אם כן, מסתבר שאין אנו דורשים ממוצא אבידה לטרוח עבור האבידה אלא כאשר אין ברירה. כך מסביר רש"י על המשנה (כח, ב) גם בדין בעלי חיים, שהסיבה שמטפל בהם י"ב חודש היא משום 'שכל אדם נוח לו בבהמתו שהכירה בו כבר ולימדה לרצונו'.

והשבותו לו'

בגמרא מבואר שדין מכירת דבר שאינו עושה ואוכל, מבוסס על דרשת הפסוק 'והשבותו לו', אשר מחייבת את המוצא לשמר את שווייה של האבידה, שתישאר בעלת אותו ערך עבור המאבד.

בשיטה מקובצת מביא את רבנו יהונתן שמתלבט אם יש לפרש את דין 'והשבותו לו' כגזירת הכתוב, שהשבת האבידה חייבת להיות ככל הניתן בשלימותה כפי שנמצאה, או שהדין בעצם מבוסס על סברא שלוקחת בחשבון את האפשרות שלמוצא יהיו הוצאות שהבעלים לא היה נדרש להוציא לצורך הטיפול ברכושו לולא הלך לאיבוד :

'כלומר, ראה שתעשה לו השבה. שאם יניחם ויוציא עליהם הוצאתן, בחדש אחד יוציא אחד מן העגלים. נמצא שלא החזיר לו אותו העגל, והוא נתחייב

בכולם להשיבם. ואף על גב שגם הבעלים היו מוציאים הוצאות כאלו בהן, דהא לאו בני מעבד מלאכה נינהו, אפילו הכי חייבתו התורה שיחזור לו את כולן, והאי לא אפשר אלא במכירת אחת מהן, ד'כל דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום'. ולא רצה להחמיר על המוצאה שיאכילנה משלו, דדי לו מה שטרח בהן בגופו.

אי נמי יש לומר, שהבעלים לא היו מאכילין לעגלים, שיש להן שדות וכרמים ומכניס אותם שם ורועים במרעה טוב, אבל זה המוצא אין לו נחלת שדה וכרם ויצטרך לקנות הכל במעותיו ויחזור ויגבה מן הבעלים. כלומר, שיעכב אחד מן העגלים בשביל מה שהוציא עליהם. לפיכך טוב הוא לבעלים שימכרם מיד. ה"ר יהונתן'.

לכאורה, תהיה נפ"מ בין שתי האפשרויות ביחס לאבידה שמחייבת הוצאות בכל מקרה, וברור שהבעלים היה מוציא הוצאות אלה בעצמו, כגון חיית מחמד בימינו, שמלבד הוצאות מאכל מחייבת טיפולים וחיסונים שבוודאי עולים כסף. לפי האפשרות הראשונה, גם אותם יש למכור כדי לקיים השבה מלאה, ואילו לפי האפשרות השנייה יש לומר שבמקרה זה רשאי להוציא עליהם גם מעבר לשוויים, כיון שברור שכך היה עושה גם הבעלים (בהנחה שישנה וודאות שבעליהם באמת טיפל בהם, והיה מעוניין לשמרם אצלו).

אמנם, ביחס לחיית מחמד, יש לדון בהיבט נוסף, שהוא הערך הרגשי האישי של הבעלים כלפי חיית המחמד, שעשוי להיות פער עצום בינו לבין הערך הריאלי של החיה למכירה. יתכן שמטעם זה לכו"ע יהיה המוצא רשאי להוציא על חיית מחמד הוצאות מקובלות גם אם הן מגיעות לסכום גבוה מערך המציאה. עם זאת, עדיין יש מקום לומר שהמוצא לא יהיה חייב לעשות כך, אלא רשאי למכרם, אם רצונו בכך.

שם דמיהן ומניהן

רש"י (כח, ב) מפרש: 'מוכרן'.

הרא"ש מביא תוספות שמפרשים שמדובר בשומא עצמית של ערך האבידה, כיון שאין חשש לחשד באדם שהוא משיב אבידה.

הריא"ז (קונטרס הראיות בבא מציעא כח, ב) מקשה על שיטת התוספות:

ופת' זה של תוס' דחוק בעיני מאוד, דהא אמרי' בפ"ק דפסחי' מעשה באדם א' שהניח דיסקיא מליאה חמץ אצל ר' יוחנן חקוקה ונקבנה עכברים והיה חמץ מבצבץ ויוצא, ובא מעשה לפני ר' וכו' עד א"ל צא ומוכרו לשוק, ומקשו התם ונשקליה לנפשיה ומהדר משום חשדא, דתניא גבאי צדקה בזמן שאי' להם עניי' לחלק פורטי' לאחרים ואי' פורטי' לעצמן וכו', משמ' מהתם דבכל מקום חוששי' לחשדא אף על גב דההוא נמי כמשיב אבדה דמי, שכבר החמץ היה נאבד ונאסר בערב הפסח וזה טרח להציל, ואפ"ה חיישי' בזה לחשדא ולא היה רשאי למכור אלא לאחרים כדאמרי' נמי בגבאי צדקה, והם ה"נ הכא אי' רשאי למכור אלא לאחרים,

הריא"ז טוען שהמילה וימניחן יכולה להתפרש על הדמים, ובכל זאת אין זה סותר את הפסיקה כרבי טרפון, שמותר להשתמש בדמים:

ומאי דאמרי' נמי לקמן גבי תפילין שם דמיהן ומניחן לאלתר, ה"נ מתפרש דלאלתר יכול לשום דמיהם ומניח הדמי' שיהו שמורים בידו, או ע"י שמוש שמשמש בהן כר' ט', או שלא ישתמש בהן כר"ע, ולעולם כל זה למוכרן לאחרים קאמ' ולא לעצמו, ולקמ' בפ' המפקיד אמרי' בהיה גבי מפקיד פירות אצל חברו והיו אבודין יותר מכדי חסרון דמוכרן בב"ד, וכשהוא מוכרן לאחרים ולא לעצמו, והתם נמי משיב אבדה קרי ליה.

הריא"ז מפרש את הביטוי 'שם דמיהן' שרש"י לא התייחס אליו במפורש, וטוען שזוהי גם משמעות לשונו של הרי"ף בברייתא האחרונה שהובאה בגמרא:

והאי דקאמ' 'שם דמיהם' כלו' שמוכרן בפני כל אדם הבקיא' בשומא. ובה' ר' מפאס זצ"ל ראיתי כתו' בברייתא אחרונה: 'מכאן ואילך מוכרן בב"ד'. והיינו כדפרישי' 'שם דמיהן' - שמוכרם בפני בני אדם הבקיא' בשומא.

הריא"ז טוען שלשון הרי"ף בברייתא השלישית מלמדת על משמעות הביטוי 'שם דמיהן ומניחן' גם במקומות האחרים. לעומת זאת, הרא"ש ראה בכך שינוי לעומת הברייתות האחרות, ולכן כתב: 'רב אלפס ז"ל גורס בעגלים וסייחים באווזין ותרנגולים מוכרן בב"ד, ולא ידענא טעמא מאי'.

בחדושי המהר"ל הסביר ששינוי לשון הברייתא השלישית עפ"י גירסת הרי"ף היא מסיבה המיוחדת דווקא לדין זה ביחס לאחרים:

ולפי דעתי אין קשיא בהא דקתני אווזין ותרנגולים וכל דבר שטיפולן מרובה משכרן וכו', והשתא כיון שטיפולן מרובה משכרן א"כ מוכרן ולא יעכב לעצמו, דאחר שטיפולן מרובה משכרו אין אדם מעכב אותם לעצמו, ומכיון דאין אדם מעכב אותן לעצמו א"כ עדיף ליה דמוכר אותם בב"ד, וב"ד אף על גב שיפחות מדמיהן הוי המקח קיים, אבל אם ימכור הוא ויפחות לא הוי מקח קיים ולפיכך מוכרן בב"ד. אבל בדברים ששכרן מרובה בודאי מעכב אותם לעצמו, ואם יבוא בעל אבידה ויאמר שהם היו בזול צריך שיתן יותר, ולפיכך אין צריך ב"ד רק היכי שאין מעכבן לעצמו.

גם הבי"י (רסז) הבין שלשון זו של הרי"ף מכוונת להבחין בין דין עגלים וסייחים לדינים הקודמים, אך לדעתו, הרי"ף מפרש את דין 'שם דמיהן' שקיים בדבר שעושה ואוכל, כשומא לצורך הגדרת שותפות, כמו שכתב הרמב"ם שנביא דבריו להלן. לעומת זאת, דין 'מוכרן בב"ד' קיים דווקא ביחס לדבר שאינו עושה ואוכל, כיון שאינו מניב רווחים, ולכן לא ניתן להפוך את המוצא לשותף. כדלהלן.

הרמב"ם (יג, יד) פירש כשיטת תוספות שהמוצא רשאי לשום את האבידה ולקחת אותה לעצמו, ולכן את התפילין רשאי להניח בעצמו. אמנם, ביחס למציאה של בעלי חיים שעושים ואוכלים חידש הרמב"ם (יג, טו) שאם משאיר אותם אצלו 'הרי הם שלו ושל בעלים בשותפות כדין כל השם בהמה מחבירו'.

המאירי הזכיר את דברי הרמב"ם הללו, ונתן טעם לדבריו, אך דחה פירוש זה בגלל שנראה לו קשה לפרש את הלשון הזהה בבע"ח ובתפילין באופן שונה בכל אחד מן המקומות:

וגדולי המחברים פרשו שם דמיהן עליו והרי הן שלו ושל בעלים בשתפות כדין כל השם בהמה מחברו. וגדולי המפרשים מביאין ראיה לדבריהם שהרי שנינו שמין פרה וחמור וכל דבר שעושה ואוכל למחצה שכר והילכך כל שיוכל להחזיר אבדה לבעלים יחזיר. אלא שאין נראה לי לפרש בזו כן, שהרי לשון זה בעצמו נאמר למטה בתפילין כמו שיתבאר.

משכי זמן הטיפול באבידה וטעמיהם

במשנה מוצגת הבחנה מוחלטת בין אבידה שעושה ואוכלת, שאין מוכרים אותה, לאבידה שאינה עושה ואוכלת, שמוכרים אותה. אולם, בגמרא אומר שמואל, שגם חיוב הטיפול בבהמה ש'עושה ואוכלת' מוגבל לייב חודש, ובברייתא שמובאת לסייע לו מתברר שגם בבהמה שאינה עושה ואוכלת ישנו פרק זמן מסויים, החל משלושה ימים או שלושים יום ועד לשלושה חודשים, שהמוצא נדרש לטפל בה.

בגמרא מובאות שתי ברייתות, אשר האחת מגדירה חובת טיפול של שלושה חודשים בעגלים וסייחים ושלושים יום בכווזים ותרנגולים, ואילו הברייתא השנייה⁷³ מגדירה שחובת הטיפול בעגלים וסייחים היא רק שלושים יום, ובכווזים ותרנגולים שלושה ימים בלבד.

הגמרא מיישבת את שתי הברייתות, וטוענת שאין חולקות: בעגלים וסייחים קיים חילוק בין 'רעיא' ל'פטומא', ובכווזין ותרנגולים קיים חילוק בין גדולים לקטנים.

רש"י, וכן רבנו יהונתן (מובא בשטמ"ק) פירשו, שככל שהאבידה דורשת השקעה כספית יותר גדולה להאכילה חכמים הגבילו את הזמן שצריך לטפל בה, ולכן עגלים וסייחים שמסוגלים לצאת למרעה, ונמצאים במקום שיש בו מרעה - יש להחזיק שלושה חודשים, אך אם צריך לפטמם בגלל שהם קטנים מדי לצאת למרעה או שאין מרעה זמין אינו חייב להחזיקם אלא שלושים יום. גם ההבחנה בין אווזים ותרנגולים גדולים וקטנים מבוססת על כמות המזון שהם צורכים.

לדבריהם, עדיין צריך לתת הסבר להבדל שבכל זאת קיים בין משך הזמן שמחזיק את העגלים לפיטום - שלושים ויום, למשך הזמן שמחזיק את התרנגולים הגדולים - שלושה ימים.

בשטמ"ק הביא מדברי הרמ"ך שפירש הפוך את החילוק בין אווזים ותרנגולים גדולים וקטנים (כפי שפירשו גם ר"ח והרי"ף. עי' ריטב"א), ומתוך כך התייחס לטענה שככל שיחזיק ברשותו את בעלי החיים הצעירים והם יגדלו, המחיר שיקבל עליהם כשימכרם יהיה גבוה יותר:

אווזין ותרנגולים זכרים גדולים שלשים יום. והוא שאין הוצאתם מרובה מפני שמחטטין באשפות ואינו צריך לטרוח בהן הרבה. ואווזין ותרנגולים

⁷³ שמתאימה לתוספתא ליברמן ב, כ.

קטנים שאינו עושה כלל וטרחתו מרובה, אף על פי שירווח בהן בעל האבידה אם יגדלו אין המוצא מטפל בהם אלא שלשה ימים ואחר כך ימכרו בבית דין.

הרמ"ך עצמו התייחס לפירושו של רבנו יהונתן ההפוך ממנו. ניתן היה להסביר שהפירושים חולקים במציאות, או מתייחסים לתנאים שונים של גידול. אולם, הרמ"ך הסביר שדברי רבנו יהונתן מבוססים על אותה מציאות, אלא שלוקחים בחשבון את היחס שבין ההוצאה על המזונות של בעל החיים, לבין עליית הערך הצפויה בעקבות השהיית המכירה עד שיגדלו :

ודבריו צריכין פירוש כדי להעמיד הדין כדבריו: לפי שהגדולים הוצאתן מרובה משבחן אבל הקטנים שבחן מרובה מהוצאתן שבעודן קטנים אינם ראויין לאכילה ואין אדם מוצא בהן לוקחין וכשיגדילו מעט ימכרו ביוקר. עד כאן.

נראה שכוונתו שבמקרה שבו צפויה עליית ערך משמעותית בעקבות ההזנה, לא נכון לראות את החוב שיצטבר לבעל האבידה כלפי המוצא כפוגם בשלימות ההשבה, כיון שעלות המזונות והטיפול תיגרע מהשווי הגבוה של בעל החיים הצפוי במכירתו לאחר שגדל, ולא משוויו בשעת המציאה, אשר ביחס אליו עדיין תתקיים השבה מלאה.

האם מכירת האבידה היא חובה או רשות?

לאור דברי הגמרא, והברייתות שהובאו בסוגיא, ב'תורת חיים' תמה על לשון המשנה, שהציגה את דיני דבר שעושה ואוכל לעומת דיני דבר שאינו עושה ואוכל כשני דינים מנוגדים, בעוד שההבדל ביניהם למעשה אינו אלא כמותי - כמה זמן יש לטפל, ומתי יש למכור.

ה'תורת חיים' רוצה לתרץ קושיא זו עפ"י גירסת הרי"ף ושיטת הרמב"ם בדין 'שם דמיהן' בדבר שעושה ואוכל :

ורב אלפס ז"ל לא גריס בברייתא שם דמיהם ומניחן אלא גבי תרנגולת ובהמה גסה אבל גבי עגלים וסייחים וגבי אווזין ותרנגולין גריס מוכרן בבית דין, וכן משמע בהדיא מדברי הרמב"ם ז"ל. ולפי גירסא זו ניחא, דאיכא למימר דדבר שעושה ואוכל אינו מוכרו לעולם והא דקתני שם דמיהן ומניחן לאו כפירש"י ז"ל שמוכרן ומניח הדמים אצלו אלא כדפירש הרמב"ם ז"ל ששם דמיהן עליו והרי הן שלו ושל בעלים בשותפות כדין כל השם בהמה למחצית שכר וכן כתב הראב"ד ז"ל דכל מה שיוכל לעשות להחזיר ליד בעלים מחזיר, אבל דבר שאינו עושה ואוכל כיון דאין מקבלין אותן למחצית שכר לכך מוכרן בב"ד אחר זמן טיפולן.

השו"ע (רסז, כב) פסק כדברי הרמב"ם. אולם, התו"ח דוחה תירוץ זה בגלל הקושי על שיטת הרמב"ם מדין 'שם דמיהם' שנאמר גם במצוות תפילין. ומסביר שהמשנה נוסחה בלשון זו, כיון שקיים חילוק מהותי בין דבר שעושה ואוכל,

שהמוצא רשאי שלא למכרו לעולם, לדבר שאינו עושה ואוכל, שהמוצא חייב למכרו, על מנת שלא יאבד את כל ערכו עבור הבעלים. וז"ל:

לכך נראה לפרש דבדבר שעושה ואוכל לאו חיובא הוא למוכרו לאחר שנים עשר חודש שאם הוא רוצה לטפל בהן גם לאחר שנים עשר חודש ולהאכילן מה שהן עושין עדיף טפי לכך לא קתני בהו ימכר אבל דבר שאינו עושה ואוכל מחוייב למוכרו לאחר זמן טיפולו כדי שלא יאכיל עגל לעגלים וסיח לסייחין דכיון שאינן עושין ואוכלין נוטל מן הבעלים מה שמאכילן לכך קתני בהו ימכר לאשמעינן דצריך למוכרו.

כן כתב גם המהר"ם שיף (כח, ב):

במתני' דבר שאינו עושה ואוכל ימכר. אף על פי שיש לו ג"כ זמן קבוע מ"מ כשיגיע זמן צריך למוכרו שלא יאכל משא"כ דבר שעושה ואוכל שאין חיוב, אף לאחר י"ב חודש, שימכור וק"ל:

דין שומר אבידה ודמי אבידה

במשנה נחלקו רע"ק ורבי טרפון בשאלה אם יש למוצא רשות להשתמש בדמי האבידה לאחר מכירת דבר שאינו עושה ואוכל. המשנה אומרת שכתולדה של אותה מחלוקת נחלקו במידת האחריות של המוצא לדמי האבידה במקרה של אבידה.

מחלוקת רבה ורב יוסף בדין שומר אבידה

הגמרא מעמידה אל מול משנה זו את מחלוקת רבה ורב יוסף בדין שומר אבידה, שמובאת במקור בבבלי ב"ק (נו, ב). רבה סבר ששומר אבידה אינו אלא שומר חנם, שהרי אינו מקבל תמורה לשמירתו. לעומת זאת, רב יוסף סובר שהוא נחשב שומר שכר.

בסוגיית ב"ק מובאים שני טעמים לדעת רב יוסף:

א. למוצא יש רווח משמירת האבידה, כיון שבזמן שהוא עוסק בטיפול בה ובהשבתה הוא נחשב עוסק במצווה, ופטור ממתן צדקה לעני.

ב. כיוון שהוא לא נעשה שומר מבחירתו החופשית, אלא התורה שיעבדה אותו לשמירת המציאה,⁷⁴ תוקף השיעבוד של התורה הוא לשמירה במדרגה גבוהה של שומר שכר, שחייב גם בגניבה ואבידה.⁷⁵

⁷⁴ החת"ס (שבועות מד, א) שתהיה נפ"מ לפי הסבר זה לדינו של זקן שטיפל באבידה שאינה לפי כבודו לפני משורת הדין, שלא יהיה חייב אלא כשומר חנם. ונ"ל שיש מקום לדחות, כיון שברגע שהכישה כבר התחייב בה לגמרי, ולכן גם אותו שיעבדה התורה לחיוב השמירה.

⁷⁵ יש להעיר שהסבר זה מובא בסוגיא בלשון חריגה שלא מצאנו כמותה בש"ס: 'אית דמפרשי הכי'. נוסף על כך, בהמשך הסוגיא ובראשונים לא מצאנו התייחסות להסבר זה. גם בסוגיות אחרות ובראשונים מצאנו שמדברים על שיטת רב יוסף רק בהקשר של ההסבר הראשון של עוסק במצוה ששכרו הוא 'פרוטה דרב יוסף'. עובדות אלה מעלות את הסבירות שמדובר בתוספת מאוחרת, שיש לבחון ממתי יש לה עדות בכתבי היד של התלמוד. בכל אופן, בשיעורי ר' דוד

יש להעיר, שבהמשך סוגיית ב"ק (נו, א) מודה רבה לרב יוסף לעניין חיובי השמירה של שומר אבידה בבעלי חיים, שהם במדרגת שומר שכר, כיון דנקטי להו ניגרי ברייתא, בעי נטירותא יתירתא'. כלומר, רבה מודה שהתורה חייבה את המוצא בשמירה ברמה שמתאימה למצבו של החפץ, גם אם מדובר ברמת שמירה שבדרך כלל נוטלים עליה תשלום. נראה שהדברים מסתברים ועולים בקנה אחד עם העובדה שהתורה חייבה אותו בעצם הטיפול באבידה, למרות שהיא דורשת טירחה ואף הוצאות.⁷⁶

בשיעורי ר' דוד (ב"ק נו, ב אות עא-עב) האריך לדון בחקירה אם התורה חייבה את המוצא בהשבה, וכנגזרת של חובת ההשבה, הרי הוא מחוייב בשמירת האבידה, כדי שיוכל להשיבה כראוי, או שהתורה חייבה את המוצא בשמירת האבידה מצד עצמה. ונראה פשוט שהאמת היא כפי שדקדק בסוף דבריו מפירוש רש"י (שם ד"ה 'שומר אבידה'), שהזכיר את הפסוק 'ואספתו אל תוך ביתך', שאכן זהו פשוטו של מקרא, שהתורה חייבה את המוצא בשמירת האבידה במפורש בפסוק זה⁷⁷, והוא חיוב נפרד מחיוב ההשבה.

הכרעת ההלכה בדין שומר אבידה

למרות שישנו כלל בתלמוד שבמחלוקות רבה ורב יוסף הלכה כרבה (עי' ב"ב קמג, ב. מלבד שלושה מקומות, אך י"א שההגבלה לשלושה מקומות היא רק במסכת ב"ב) סוגיית הגמרא בב"מ עוסקת כולה בהסברת המשנה לשיטת רב יוסף.

המשנה מובנת כפשוטה לשיטתו של רבה, שסתם שומר אבידה הוא שומר חנם, וכאשר מותר⁷⁸ לו להשתמש בדמי האבידה הוא נעשה שומר שכר. לשיטת רב יוסף, צריך להסביר שהמשנה מדברת על אחריות אבידה ברמה של שואל⁷⁹ גם במקרה של אונס כגון שטבעה ספינתו בים.

פוברסקי לב"ק (נו, ב אות עט) הציע שני הסברים לרעיון זה: 'דיסוד שמירה הוי ש"ש דזהו השמירה כמה שאפשר לשמור, דאילו שומר חנם התורה מיעטה בשמירתו, ולכן כשהתורה עשאו למוצא אבידה שיהיה חייב לשמור היינו שמירה דש"ש. ועוד יש לבאר דהא הטעם דשומר שכר חייב יותר, היינו משום דיש דבר שמשעבדו, דהיינו הכסף, וא"כ ה"ה באבידה דהתורה משעבדת אותו א"כ הוי כמו כסף שמחייב אותו בהשמירה, ולכן בע"כ דהוי כש"ש'.

ועי' בשיעורי הר"ד סולובייצ'יק שהסביר בשני אופנים הפוכים: כאפשרות ראשונה כתב כר' דוד, שחיוב השמירה של שומר שכר הוא חיוב השמירה המעולה ביותר של שומר שאין לו הנאת שימוש, אך כאפשרות שנייה כתב שחיוב השמירה של שומר שכר הוא חיוב השמירה הפחותה ביותר של שומר שיש לו משהו שמחייב אותו בשמירה, כיון ששומר חנם אין לו באמת חובת שמירה, ולכן חיובו הוא רק במקרה של פשיעה, שאז אינו מתחייב על אי השמירה, אלא על כך שנחשב כמזיק.⁷⁶ יש להעיר, שדין זה בעצם מקרב את שיטת רבה לשיטת רב יוסף ביסוד דין שומר אבידה, במיוחד לפי ההסבר שטעמו של רב יוסף שנחשב שומר שכר הוא משום שהתורה שיעבדה אותו. סברות האחרונים שהובאו לעיל בהערה ביחס לשיטת רב יוסף, למעשה, יכולים להסביר גם את שיטת רבה בדין בע"ח.

⁷⁷ וציין שכן נקט הקצות בסי' רצא ס"ק ד.

⁷⁸ כפי שכתב רש"י, שכוונת הגמרא במילים 'כשנשתמש בהן' היא לאו דווקא שהשתמש בפועל, שאז פשוט שחייב באחריותם לגמרי, אלא משום עצם זה שהותר לו להשתמש בהם.

⁷⁹ כך היא לשון הגמרא, אך בתוספות (כט, א ד"ה 'והוי שואל') מבואר שנחשב לוה, כיון שאינו מחוייב להשיב דווקא את אותם הדמים אפילו אם הם קיימים עדיין ברשותו.

הרי"ף פסק כרב יוסף, וכן כתב הרמב"ם בהלכות גזלה ואבדה (יג, י):

כל זמן שהאבדה אצלו אם נגנבה או אבדה חייב באחריותה ואם נאנסה פטור ששומר אבדה כשומר שכר הוא מפני שהוא עוסק במצוה ונפטר מכמה מצות עשה כל זמן שהוא עוסק בשמירתה.

הרמב"ם השתמש בטעם של עוסק במצווה, אך לא הזכיר דווקא את הצד הממוני שבפטור ממצוות שכרוכות בהוצאה⁸⁰.

הסיבה לפסוק כרב יוסף כנגד רבה הינה העובדה שגם סוגייתנו, וגם סוגיית הגמרא להלן בפרק האומנין (פב, א) מפרשות את המשניות עפ"י רב יוסף. יש שטענו שגם סוגיית הגמרא בנדריים (לג, ב) סתמה כרב יוסף שהמשיב אבידה מקבל הנאה של הפטור ממצוות צדקה.

אולם, בתוספות (כט, א ד"ה 'והוי שואלי') דחו טענות אלה, וכתבו שבנוסף לכלל שעל פיו יש לפסוק כרבה, יש להוכיח מן הסוגיות דווקא שההלכה היא כרבה, וכן כתב הרא"ש (ב, יז).

בגמרא (כט, ב) פסק רב יהודה בשם שמואל שההלכה היא כרבי טרפון לעניין היתר השימוש בדמי האבידה, והאחריות הנלווית לכך. אולם, רב הונא הגביל הלכה זו לדמי אבידה שטיפל בה ומכרה בלבד, אך המוצא מעות, שלא טרח בהן- לא הותר לו להשתמש בהם כלל.

מלשון הגמרא נראה שהיתר השימוש בדמי האבידה הינו סוג של גמול לשומר על הטירחה שבטיפול באבידה, ולכן אינו רשאי להשתמש במעות אבידה שמצא.

בשו"ע (רסז, טז) פסק ששומר אבידה נחשב שומר שכר כרב יוסף, ובעקבות סוגייתנו פסק בהמשך הסימן (רסז, כה), שביחס לדמי אבידה שמכר, כיון שמותר לו להשתמש, הוא נחשב כשואל וחייב באונסין. ברמ"א כתב בשני המקומות את דעת התוס', הרא"ש והטור החולקים וסוברים ששומר אבידה נחשב שומר חנם בלבד כרבה.

בסמ"ע (ס"ק לח) כתב שממילא יש לומר ששיטה זו חולקת גם בדין דמי אבידה, וסוברת שהיתר השימוש אינו מעלה אותו אלא דרגה אחת⁸¹ להיחשב כשומר שכר, ואינו חייב באונסים כשואל.

⁸⁰ ע"י ב'אבן האזלי שטען שהרמב"ם נקט לשון זו משום שבגמרא בנדריים לג, ב למדנו שפרוטה דרב יוסף לא שכחא, ולכן אינה נחשבת הנאת ממון לגבי המודר הנאה, ולדעתו, בשומר כל טובת הנאה, גם אם אינה נחשבת הנאת ממון נחשבת שכר. אמנם, בנמו"י שם בנדריים כתב שלמרות שפרוטה דרב יוסף אינה נחשבת הנאה, היא כן נחשבת שכר לעניין שומר שכר.

⁸¹ בש"ך (ס"ק יז) העיר שלשון הסמ"ע על העלאת דרגה אחת מזכירה את סברת רבנו אפרים, שנדחתה ע"י התוספות [דברי רבנו אפרים הובאו בידי בעל המאור (טו, ב-טז, א ברי"ף) כהסבר בשיטת רב יוסף לחילוק בין שומר אבידה שנעשה שואל מחמת היתר השימוש במעות לדעת רב יוסף, לבין שלחני שהפקידו אצלו מעות שאינן צרורים (במשנה מג, א), שהיתר השימוש במעות עושה אותו לשומר שכר בלבד]. התוספות דחו את דבריו בטענה שאם היתר השימוש אינו עושה אותו אלא שומר שכר, אין סיבה שבגלל שיש לו שכר נוסף מלבד היתר זה הוא יהפוך להיות שואל, שהרי אינו אלא שומר שכר שהוסיפו על שכרו. ונראה שיש ליישב סברת רבנו אפרים, שאמנם שומר שכר שהוסיפו על שכרו אינו משתנה להיות כשואל, אך במקרה זה אין כאן רק שומר שכר שנעשה שינוי כמותי בשכרו, אלא יצירת יחסי שמירה חדשים, כיון שבמקום לשומר על אבידה

בין המוצא ספרים למוצא תפילין

במשנה (כט, ב) אנו לומדים שספרים צריכים איורור על מנת שלא יתעפשו, ולצורך כך יש לגלול אותם אחת לשלושים יום. במועד זה רשאי המוצא לקרוא בספר בתנאים שלא מגבירים את החשש לנוק.

בגמרא אמר שמואל, שיהמוצא תפילין- שם דמיהן ומניחן לאלתר, משום 'דתפילין בי בר חבו משכח שכיחי'. כלומר, אדם יכול למכור אבידה ובכך לפטור את עצמו מחובת הטיפול בה, אם לא יגרם בכך שום הפסד לבעלים.

הסיבה שאינו רשאי למכור את הספרים היא משום ש'לא שכיחי'. אם כן, אנו צריכים לומר שגם ביחס לכסות אינו מצוי למוצא לקנות טלית בדיוק כמו הטלית שאיבד, שמתאימה לו, או שאנו מעריכים שיש לבעלים יחס מיוחד כלשהו אליה.

בין שומר אבידה לשומר פיקדון ושואל

אגב היתר הקריאה בספר עם מגבלותיו, הדיון על שטיחת הכסות, והיתר השימוש בחלק מסוגי הכלים, הגמרא משווה בין דיני מציאה לדיני פיקדון, ודנה בכמה מדיני השמירה:

א. האם שואל רשאי להשאל - רש"י מבין שדין זה מבוסס על סברת 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר', שנאמרה גם ביחס לשומר חנם ושומר שכר שאין להם זכות שימוש.

האם המוצא אבידה רשאי למסור אותה לשמירתו של אחר? לכאורה, לא שייכת כאן סברת 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר', שכן המאבד לא מסר את האבידה למוצא מרצונו. אולם, יש לדון בדבר מצד חיוב המצוה שחל כבר על המוצא - האם הוא רשאי או יכול להשתמט ממנו?

ב. האם יש מגבלות שימוש לשואל - הברייתא אומרת שאפילו שואל, שהחפץ נמצא בידי לצורך שימוש בהסכמת הבעלים, מוגבל באופן השימוש בחפץ, שיעשה אך ורק בתנאים שלא יסכנו את שלימות החפץ או יעצימו את מידת שחיקתו מעבר לשימוש הבסיסי שכלפיו נועדה ההשאלה מן הסתם. בחידושי הרמב"ן כתב שהמגבלות שהטילה הברייתא על השואל הן מיוחדות לספר תורה, ולאופן השימוש המקובל בו בזמנם:

נראה לי דהאי דינא ליתיה אלא בס"ת ונביאים וכתובים, שמי שהוא רגיל בהם אינו צריך ליגע בהם כלל, ומי שאינו רגיל בהם נוגע בהם ומושך אילך ואילך ויש לחוש שמא יקרע.

אבל עכשיו שנהגו לכתוב התלמוד, אם השאילו מסכתא, אינו כן שכל אדם שוין בו, והשונה פרקו מאה פעמים ומי שלא שנה אותו מעולם - כולם נוגעין בהם וממשמשין בהם, שאין לך אדם שלא יהא צריך עיון ומחשבה

הוא נעשה שומר של כסף. כיון שבמסגרת יחסים אלה נוספה לו הנאה חדשה של זכות שימוש, יש להגדירו ביחס אל כסף זה כשואל/לווה כבר מרגע הגעת הכסף לידיו]. בכל אופן, השי"ך הסכים עם הסמ"ע להלכה, שייחשב לדעת הרמ"א שומר שכר בלבד, כיון שאם פוסקים כרבה שנחשב שומר חנם אין סיבה להוציא את המשנה ששנתה 'אם אבדו מפשוטה, ולומר שדיברה על אבידה באונס.

יתירא ולמשוך אילך ואילך ולגלול אותו מתחלתו לסופו ומסופו לתחלתו כדי לעיין בהלכות הצריכות לו לאותה הלכה שהוא שונה. הילכך יד כל אדם שוה בו וילמוד בו בתחלה.

כלומר, מגבלות השימוש הינן תולדה של ההנחה הפשוטה ביחס לתכלית השאלה, ולכן הן משתנות בהתאם להשתנות תכלית השאלה בסתמא. ג. האם מותר להשתמש בפיקדון לצורך עצמו במסגרת הטיפול בו - לעומת הספרים שביחס אליהם הגדירה המשנה היתר שימוש לכתחילה במסגרת פרקי הזמן שבהם יש צורך בגלילתם לטובת שימור הספרים, ביחס לכסות הגבילה המשנה במפורשת את שטיחתה לצורך עצמה בלבד, ולא לצורך שומר האבידה.

תוס' (ל, א ד"ה 'לצרכו ולצרכה') מסבירים בהמשך לכך גם את ספק הגמרא אם מותר לשטוח את הכסות לצרכו ולצרכה, שדווקא בכסות יש חשש שהיתר ליהנות ממנה יגרום לו לשטוח אותה גם באופן או במשך זמן שעלול להזיק לשימורה.

לעומת זאת, הרשב"א סובר שצריך היה ללמוד מדין הספרים וכלי הנחושת במשנה, שאין בעיה בשימוש של המוצא כאשר הוא לצורך הכלי, ולא קיבל את תירוצם של התוספות שדווקא בכסות קיים החשש להארכת השימוש באופן שעלול להזיק.

אולם, הריטב"א כן קיבל את תירוץ התוספות, וחילק בין כלי נחושת, שבהם גם שימוש עודף אינו עשוי לגרום נזק משמעותי (ובלבד שאינו משתמש בהם באופן מזיק כגון ע"י האור - שמשחיקן, כמבואר בברייתא להלן), לעומת כסות, שהנזק בשימוש עודף עשוי להיות משמעותי.

הר"ן כתב שהסיבה להבדל בדין היא שהנזק הפוטנציאלי לכלי המתכת בהעדר השימוש בהם בכך שעלולים להעלות חלודה הוא גדול מהנזק שעלול להיגרם בשימוש, ולכן היתר השימוש הוא לטובת הבעלים. לעומת זאת, בכסות מדובר בטיפול מאוד בסיסי ופשוט, שאין הצדקה להתיר בשבילו שימוש שעלול להזיק. לדבריו, דין הספרים צריך היה להיות דומה לכסות, לולא היה צד של מצוה בשימוש בהם, שבגללו אנו אומרים שנוח לבעלים להתיר למוצא את השימוש.

מתי ישנה חובת טיפול בפיקדון, ומתי היא הופכת להיתר שימוש?

בדין המפקיד ספר תורה אצל חברו, שהברייתא הורתה שהוא צריך לגוללו כל שנים עשר חודש, ובזמן זה רשאי לקרוא בו, מופיעה השאלה 'מאי עבידתיה גביה'. פירש רש"י: 'מאי עבידתיה דהאי גבי ספר תורה לקרות בו לצורך עצמו'. כלומר, התמיהה אינה אלא מתוך ההו"א שהנפקד פתח את ספר התורה לצורך עצמו. בהתאם לכך, התשובה היא שההיתר אינו אלא שכאשר פותחו לצורך ספר התורה, אז רשאי השומר גם לקרוא בו.

להלן (ל, א) שנינו בברייתא העוסקת במוצא כלים מסוגים שונים 'כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפיקדון'. שם נשאלה אותה שאלה, אך רש"י פירש מעט שונה:

'מה לו להשתמש בו לצורך עצמו - יבוא בעליו וישתמש בו'. כלומר, התמיהה היא על עצם הטיפול בפיקדון.

בחידושי הרשב"א פירש באופן זה גם את שאלת הגמרא לעיל בעניין גלילת ספר התורה:

מסתברא דה"פ למה גוללו דקס"ד דחייב לגלול כדרך שהוא חייב במוצא, ומשו"ה אקשינן מאי עבידתיה גביה ואמאי מחייבין אותו לגלול יבוא בעל הפקדון ויגלול את שלו ואם אינו עושה כן אבדה מדעת היא.

לעומת זאת, מדברי התוספות (שם. ד"ה 'לצרכו ולצרכה') נראית גם בשאלה על דין שומר הכלים הבנה יותר דומה לפירוש רש"י לעיל, שכן הם מוכיחים משאלה זו שמדובר בשימוש לצורך עצמו. לתוספות ברור שאם סיבת השימוש היתה לצורך הכלי לא היתה מתעוררת שאלה, 'כיון שהוא שומר יש לו לעיין שלא יתקלקל אע"פ שהבעלים אינם אומרים לו להשתמש'.

לכאורה, נראה שגם לשיטתם, מתשובת הגמרא בפיקדון שהלכו בעליהן למדינת הים יש ללמוד שהיתר השימוש בפיקדון למעשה אינו אלא מדין משיב אבידה, כאשר הבעלים אינם מסוגלים לטפל בפיקדון בעצמם. אם כן, גם תוספות יצטרכו להודות שלמסקנה אין לשומר חובה לטפל בפיקדון שבעליו נמצא בעיר.

אולם, בתוספות הרא"ש כתב דברים דומים לדברי התוספות בביאור שאלת 'מאי עבידתיה גביה', והוא ביאר גם את תשובת הגמרא, והסביר שהאוקימתא בפיקדון שהלכו בעליו למדינת הים נועדה להסביר מדוע מותר לשומר להשתמש בכלי גם לצורך עצמו בלבד:

כלי כסף וכלי נחשת אין מתקלקלין בתשמיש מועט ויכול להשתמש בהם אפילו לצורכו בלבד משום דניחא ליה לבעל אבדה שישתמש בהן אפי' לצרכו כיון דאינן מתקלקלין משום דדילמא ישכח ולא ישתמש בהם ויתקלקלו.

וכן מוכח מדפריך בסמוך אברייתא דכלי עץ וכלי נחשת פקדון מאי עבידתיה גביה ואם לא התירו אלא לצורכו של כלי מאי קשיא ליה הא כיון שהוא שומר יש לו ליזהר שלא יתקלקל הכלי שהבעלים סומכין עליו שיזהר שלא יחלידו ואם לא נזהר פושע הוא, אבל אי שריא אפילו לצרכו לבד אז פריך שפיר דאין לו להשתמש לצרכו אלא על פי הבעלים.

ומשני שהלכו בעליו למדינת הים, ובשעה שהפקידו לא היה דעתם לילך, ושוב נמלכו והלכו. ומאחר שנתרחקו, רוצים הבעלים שישתמש בהן לצורכו, כדי שלא יתיאש מלהשתמש.

לדברי תוספות הרא"ש, נותרת בעינה הסברא שהבעלים מצפים מכל שומר שידאג לכך שהפיקדון לא יתקלקל. וקצת צ"ע, שכן הרא"ש עצמו כתב בפסקיו (ב, כ) כרשב"א, שאם הבעלים נמצא בעיר אין הנפקד חייב לטפל הן בספר והן בכלים, מאחר שהמפקיד יכול לשמור חפציו שלא יתקלקלו.

ויש להתלבט אם על יסוד סברת התוספות שעל השומר לעיין שלא יתקלקל הפיקדון אע"פ שהבעלים אינם אומרים לו, יש מקום לומר שמצופה מהשומר

לפנות אל הבעלים, או שגם התוספות יסכימו לסברא שכתב הרשב"א כבר לעיל לגבי ספר תורה, שאם אין הבעלים בא לטפל בפקדונו הרי זו אבידה מדעת, וממילא אין על השומר כל חובת טיפול גם מדין משיב אבידה.

האם אומרים ניחא ליה לאיניש דתיעביד מצוה בממוניה?

שנינו בברייתא שהשואל ספר תורה מחבירו אינו רשאי להשאילנו לאחר. בפשטות, החידוש בדין זה הוא שלמרות שהבעלים נתנו לו רשות להשתמש בספר, על אף שהדבר גורם לבלאי מסויים, אין לומר שהם מחלו על הבלאי שעלול להיגרם משימוש של אנשים נוספים בספר. דין זה מצטרף למגבלות גם על השימוש העצמי של השואל, שהברייתא מלמדת שלא ייעשה באופן שעלול לגרום לבלאי מוגבר (כגון, ללמוד בתחילה או עם אחר), למרות שהדבר לא הותנה בפירוש בשעת השאלה.

הגמרא שואלת מדוע הברייתא שנתה דין זה דווקא ביחס למשאיל ספר תורה, הרי רשב"ל למד שדין זה קיים בכל פיקדון - 'אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר', ומשיבה שהחידוש הוא שגם בספר תורה שיש מצוה בשימוש בו, אני לא אומר שבגלל שנוח לאדם שתיעשה מצווה בממונו, יהיה מותר לשואל להעביר לשומר אחר.

בחידושי הריטב"א הסביר מדוע באמת לא אומרים סברא זו, ומתירים לשואל להשאיל את הספר לאחר שילמד בו, ומתוך כך לומד לחפצי מצוה אחרים שיש היתר לשאלם שלא מדעת הבעלים:

פי' קמ"ל דבהא כיון דאיכא קפידא לקלקול הספר לא ניחא ליה דהא יצא שכרו בהפסדו כי היום או מחר לא יהיה לו ספר במה ללמוד, אבל במידי דליכא שום חשש קלקול ודאי יכול לשאול שלא מדעת הבעלים למעבד מצוה, כגון אם מצא טלית או תפילין של חבירו בבית הכנסת וכיוצא בו רשאי להניחן שם ולהחזירן למקומן ולא חשיב גזלן כששאל שלא מדעת בעלים, מפי רבינו ז"ל.

גם בנימוקי יוסף במסכת בבא בתרא (מד, ב מדפי הרי"ף) בסוגיית 'שואל שלא מדעת', שנפסק להלכה שנחשב גזלן, הביא דין זה בשם רבו של הריטב"א:

אמר המחבר: וכיון דקי"ל כרבנן דאמרי גזלן הוי היה נראה שאסור לאדם להניח תפילין של חבירו או להתעטף בטליתו שלא מדעתו, אבל מורי נר"ו אומר דבדבר מצוה שאני דניחא ליה לאיניש דליעבדו מצוה בממוניה עכ"ל הריטב"א ז"ל.

אולם, הנמו"י תמה על פסק זה דווקא לאור הדינים המפורשים בסוגיא שלנו ביחס למוצא תפילין וביחס לשואל ספר תורה:

ותמיהני אני על פסק זה של רבותי ז"ל,

[1] דבהדיא אמרינן סוף פ' אלו מציאות [דף כט ב] מצא תפילין שם דמיהם ומניחן, ואם לא ששם אותם וקנאם לא היו מתירין אותו להניחם כשאר גוף אבידה שאסור להשתמש בה.

[2] ולא התירו משום מצוה (גבי) ס"ת נמי גבי אין השואל רשאי להשאל (שם כט ב) דאמרינן סד"א דניחא ליה לאיניש וכו' קמ"ל. ואילו היה לרבתי ז"ל שום ראייה הייתי דוחק עצמי ליישב זה אבל עכשיו תמיהני. ע"כ.

יש לחזק את טענות הנמו"י בכך שבכל המקומות שמצאנו בהם שימוש בטענה של 'ניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה' מדובר דווקא במקרה שבעל הממון הוא זה שזוכה לקיום המצווה: בפסחים (ד, ב) בשוכר או קונה בית בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק, שבודק בעצמו; בבכורות (יח, ב) באדם שמגדל ספק בכור בחצירו; שם (נח, ב) באדם שנמנע מלמכור ולשחוט קודם זמן מעשר בהמה כדי שיזכה לעשר את בהמותיו. אם כן, יש לומר גם כאן, שקמ"ל שלא אמרינן שנוח לאדם, כאשר אין מדובר במצווה שלו.

אולם, כאמור לעיל, בחידושי הר"ן (בבא מציעא ל, א) כתב שניתן לראות מסוגיית הגמרא שסברת 'ניחא ליה לאיניש דתיעבד מצוה בממוניה' כן מתקיימת במידה מסויימת בספר תורה בין באבידה ובין בפקדון, כיון שאנו רואים שהגמרא העלתה את שאלת 'לצרכו ולצרכה' רק ביחס לכסות, למרות שביחס לספר תורה נאמר במפורש שרשאי לקרוא בו כאשר גוללו, ולא העלו את החשש שמא יגרום הדבר שישהה אותו בחוץ יותר מצרכו, כפי שהעלתה הגמרא ביחס לכסות:

'ואף על גב דלעיל גבי ס"ת אמרינן גוללו וקורא בו, מצוה שאני, דאנן סהדי דבכי האי גונא ניחא ליה'.

פסק ההלכה

הפוסקים לא קבלו את טענת הנמו"י, והתירו את השימוש בתנאי שלא יעשה דבר שעלול להזיק לחפץ או לפגוע בבעלים, כדלהלן.

בפסקי הרא"ש למסכת חולין (ח, כו) התיר את השימוש לצורך מצווה, בתנאי שיחזיר את החפץ למקומו ולמצבו הקודם, שרק בתנאי זה ניתן לקיים את החזקה שאכן נוח לבעלים בשימוש לצורך המצווה:

ונהגו להתעטף בטליתו של חברו אפילו בלא ידיעה ומברך וסמכו על זה דניחא ליה לאיניש דליעביד מצוה בממוניה. ואם מצאה מקופלת יחזור ויקפלנה כבראשונה. דאי לאו הכי לא ניחא ליה.

לעומת זאת, בהגהות רבינו פרץ לסמ"ק מצוה לא הגהה כ, כתב שאם מצאה מקופלת צריך ליטול רשות, הדבר מורה על כך שלא נוח לבעלים בשימוש ללא דעתם, ולכן צריך לבקש רשות:

בתוספו' שאנ"ץ פי' המברך על טלית שאולה לא הפסיד. ולפי זה יש לברך על טלית של חברו אפי' בלא מתנה רק שיתן לו חברו רשות, ואפי' בלא רשות נמי דמסתמ' ניחא ליה לאיניש דנעביד מצוה בממוני'. מיהו טלית מקופל ומונח צריך ליטול רשות.

ביחס לדין טלית מקופלת, המהרש"ל ציין שבמרדכי (הלכות קטנות סימן תתק"נ) מסתפק בזה, שכתב:

ולי אני הדיוט נ"ל דאי מקפלו כבתחילה שרי, או שמא כיון שהבעל מקפלו גלי דעתו שמקפיד בדבר מלהשאילו ע"כ, ובסמ"ק (סימן ל"א הג"ה אות כ') נמי כתב, מיהו טלית מקופל ומונח צריך ליטול רשות. בשו"ת תרומת הדשן סימן ק למד מדברי הרא"ש לעניין טלית גם לדין נטילת לולב חבירו שלא מדעתו:

הא קמן, דכל היכא דנראין הדברים דלא מחסר ממונא דחבריה כל עיקר בהשתמשו בו, אמרינן לא קפיד וניחא ליה לקיימה ביה מצוה. ובנטילת אתרוג ולולב רק לברך ברכת הלולב ולנענע כהלכתה הדעת נוטה דליכא שום קפידא, וניחא ליה כמו בטלית. ולא דמי להא דאמרינן בפ' אלו מציאות מצא ספרים לא ילמד בהן, ולא אמרינן ניחא ליה לאיניש. דשאני ספרים דמטשטשים ומתקלקלים כשלומדים בהם. וא"ת סתמא קאמר לא ילמוד בהם, ואפילו מעט. י"ל דכיון דאין שיעור לתלמוד קפסיק וקאמר הכי. משא"כ בעטיפת הטלית ובנטילת האתרוג והלולב דגבול יש להו וק"ל. ואין להביא ראייה אנידון דידן מפסק ראב"ה במרדכי פ' אלו מציאות שכתב דכל מאן דמכוין למצוה לא מיקרי גזלן אפילו שלא מדעת. דהתם קאי אגברא גופא דלא מיפסל בהכי לשבועה, אבל מ"מ דבר הגזול מיקרי, ולא נפיק בהו.

למרות שתמה על רבותיו בב"ב, הנמו"י עצמו הביא את ההיתר ללא הסתייגות בהלכות ציצית (יב, א). אמנם, בעולת תמיד דקדק מלשונו שההיתר אינו אלא לשימוש חד פעמי, ולא בקביעות:

נהגו לברך על טלית שאולה מצויצת וכן דעת מורי ז"ל ובמקום שנהגו להניח טליתותיהן בבהכ"נ אם בא אדם להתעטף בה לפי שעה ולהחזירו למקומו מותר ולא חשיב שואל שלא מדעת גזלן הוי כיון דליכא הכא חשש כילוי קרנא ניחא ליה לאיניש דליעבדו מצוה בממוניה מה שאין כן בספרים דשמא יבוא לקרות בהן הרבה עד שיקרע מרוב משמוש. נראה שכן דקדק מלשונו גם המהרש"ל בים של שלמה מסכת חולין פרק ח סימן נג. לאחר שהביא דברי הנמו"י בב"ב כתב:

ונראה בעיני, דאינו דומה מה שבא באקראי בעלמא, דבודאי ניחא ליה למיעבד מצוה בממוניה, אפי' מצאה מקופל, רק שיקפלו כבראשונה, אבל באבידה, להניחם תמיד, ולהשתמש בה כבשלו, בודאי מן הסתם לא ניחא ליה, ומשום הכי שם דמיהן, וכה"ג כתב בנימוקי יוסף (ה"ק ה' ציצית)... המהרש"ל הוסיף סייג נוסף לתנאי השימוש:

גם נראה שאסור להוציאה מבית הכנסת וללבוש הטלית, או להניח התפילין, דלא ניחא ליה במאי שיוציא את שלו מחזקתו, דהיינו היכא שהניחו במקום מיוחד.

וכ"כ להלכה המשני"ב (יד, יג), וציין גם לדברי הפמ"ג, שכתב שבמקום שהדבר ניתן לבירור אין סומכים על החזקה, ויש לשאול את חברו.