

ויקברם כראוי. ואם לא קשרם (סח) בדרך הזאת, אפילו נאנסו חייב לשלם, שהרי תחלתו בפשיעה:

הלכה ברורה

שאינו פושע שהרי מסרו לכן דעת, אלא הטעם הוא מפני שיכול לומר לנפקד אתה נאמן אצלי בשבועה והוא לא נאמן אצלי. ונפסקה ההלכה כרבא (שו"ע להלן סכ"ו).
ובביאור דעת רבא מצאנו שתי שיטות. שיטה אחת, שסברתו היא, כיון שהשני אינו נאמן לו בשבועה א"כ צריך הראשון לישבע, ומתוך שאינו יכול לישבע שהרי אינו יודע איך נאבדה חייב לשלם [ק"א]. [והוסיף בנתיחה"מ (סקכ"ח) שהשומר הראשון הוא כמזיק, מפני שעשה מעשה בגוף החפץ ונתנו לאחר, וכיון שאין השני נאמן בשבועתו יש לחוש שהפקדון עדיין ביד השני ומעלימו, וא"כ חויבו ג"כ מדין מזיק [ק"ב]. וי"א שהשומר הראשון חייב מדין אינו יודע אם פרעתוך, ומבאר בקצוה"ח (סי' שמ סק"ד) שאף שרוב פוסקים סוברים ששומר מתחייב משעת הפשיעה או האונס ולא משעת משיכה [ק"ג], אך הואיל ומסר לאדם שאינו נאמן בשבועה עצם המסירה היא תחילת פשיעה, וחויבו מתחיל משעת מסירתו, ועתה שאינו יודע אם נאנס הרי הוא כאומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר הלוינתי ואיני יודע אם פרעתוך שהוא חייב [ק"ד].

וכיון שהלכה כרבא שחייב משום שהשומר השני אינו נאמן אצלו בשבועה, לפיכך אם הראשון היה בעצמו בשעת האונס [או בשומר חנם אם היה בשעת הגניבה] ויכול הוא עצמו לישבע, או אם יש עדים על האונס, ואין אנו צריכים לנאמנותו של שני, פטור הראשון לפי שמסירתו לשני אינה נחשבת לפשיעה גמורה (תוס' ב"מ לו ע"ב ד"ה את מהימנת) [ק"ג]. וכן אם ידוע שהשני נאמן אצלו, וכגון שדרך

שאם שומרו מלפניו פטור, אבל אם ישמרנו מאחוריו יתחייב [ק"א]. ובפירוש המשניות להרמב"ם (פ"ג משנה י) כתב שאף אם שומרו מלפניו חייב, ורק אם שמרו בידו פטור, וביאר המבי"ט (ח"א סי' שמב) שהרמב"ם שם לא דיבר בשמירה בדרך אלא באופן ששומר בבית, שלדעתו אם שומר בבית בידו שמירה מעולה היא ואף שלא הטמין בקרקע ופטור, אבל קשרו מלפניו בבית חייב, שכל זמן שאינו טומנו בקרקע, צריך להחזיקו בידו: (סח) בדרך הזאת. כתב בש"ך (סקכ"ו) שמדברי השו"ע משמע שאף לפי מ"ש לעיל סעיף י"ח שדי להניחם במקום שמניח את מעותיו, מ"מ בדרך צריך לשמרו בידו או לקשרו על בטנו. אמנם המהרשד"ם (ח"מ סי' מז) כתב שאף בדרך אם הניחם במקום שמניח מעותיו פטור, וכן משמע בסמ"ע (סקל"א) שאע"פ שבשעה שלן בלילה לא יועיל להניחם עם מעותיו, מ"מ ביום כשהולך בדרך די שיניחם עם מעותיו:

הניחם במקום שמניח מעותיו

הקדמה לדיני שומר שמסר לשומר

קיי"ל (ב"מ לו ע"ב) שומר שמסר לשומר חייב. אין צריך לומר שומר שכר שמסר לשומר חנם שמועט בשמירתו שהוא חייב, אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר שהוסיף בשמירתו, חייב.

ושני טעמים נאמרו לכך בגמרא (ב"מ לו ע"א). אביי אמר שהטעם הוא מפני שהמפקיד יכול לומר לנפקד אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ופושע אתה שמסרת לו. ורבא אמר

טעם החיוב בשומר שמסר לשומר

ציוני הלכה

שם ס"א בשומר על שטרות והקדשות שמסרם לאחר ולא ידוע כיצד נאבדו, שחייב, והקשה הש"ך מכיון ששומר שמסר לשומר חייב מדין מתוך שאיל"מ, א"כ בשטרות והקדשות פטור, שאין שייך בהם דין מתוך, שהרי אין בהם חויב שבועה. וחידש הנתיחה"מ שהראשון דינו כמזיק, לפי שחושדים שהשטרות הן עדיין ביד השני ומעלימם, ונמצא שהזיקים הראשון שנתנם ליד הגנב, ולכן חייב אף על השטרות, וכתב שכ"כ בשו"ת שב יעקב (ח"מ סי' יא): [ק"ג] כמבואר להלן בסי' שמא ס"ד: [ק"ד] נמוק"י (ב"ק לט ע"א) בשם הרא"ה, ראה להלן ס"ק קל"א. ובמהרש"ל (ישי"ש ב"ק פ"י סי' ג) הקשה שהרי קיימא לן (סי' עה) שאם התובע טוען שמא פטור הנתבע אף אם טוען אינו יודע אם פרעתוך. ותירץ בקצוה"ח (סי' שמ סק"ד) שהרא"ה סובר שבמקום שהתובע לא היה צריך לדעת דינו כטוען טענת ברי. [וכמו שכתב במשנה למלך שאלה פ"ד ה"א]. ועיין בחזו"א ח"מ סי' ה סק"ט שחולק על הקצוה"ח, ועיין עוד בנחל יצחק סי' עב סקט"ו ענף ב. וראה עוד טעמים בדין זה באמרי בינה ט"ו סי' כח ובקהלות יעקב ב"מ סי' לג: [קמ"ז] אבל לדעת אביי כיון שפשע שמסרו ליד אחר, חייב בכל ענין ככל תחילתו בפשיעה וסופו באונס, שחייב באופן שיתכן שאצל הראשון לא היה נאנס:

מבי"ט (ח"ג סי' לו) שכתב שא"צ לישן על הפקדון ואם הניחם במקום שהניח את מעותיו פטור: [ק"א] ובדברות משה (הערה מד) דייק מלשון הגמרא (ב"מ מב ע"א) 'צרון והפשילן לאחוריו מאי הוי ליה למעבד', שאף מאחוריו היא שמירה מועטת, אלא שבמקום שאין טורח מחוייב גם שומר חנם בשמירה מעולה:

[ק"א] שאילתות פרשת ויצא, הביאו הרמב"ן במלחמות ב"מ ב ע"א, וכן פירש בש"ך סי' עב (סקס"א) דברי הרא"ש ב"מ פ"א סי' ג [ועיין להלן שבקצוה"ח סי' פז סק"ט פירש דברי הרא"ש באופן אחר], וכ"כ בשו"ע סי' עב סעיף ל. ואף להפוסקים [דעת הראב"ד והרא"ש עיין להלן סי' רחצ בהקדמה] שלא אומרים מתוך שאיל"מ במקום שלא היה לנתבע לדעת, מ"מ חייב שהרי מחמת פשיעתו שמסרו לאחר אינו יודע. נתיחה"מ סקכ"ח: [ק"ב] שאם נאמר שחייב רק מדין מתוך שאיל"מ, אם מת יורשיו פטורים, שבירשים לא אמרינן מתוך (סי' עה סי"ט), משא"כ אם חויבו מדין מזיק גם היורשים חייבים. ואמנם אם יש עדים שמתה, אף שאפשר שע"י פשיעת השומר מתה, פטורים היורשים, שכבר אין חויבו מדין מזיק אלא מדין מתוך. [ובסי' שא (סק"ב) תירץ לפי זה את קושית הש"ך (שם סק"ד) שהקשה על מש"כ הרמ"א

כשהבעלים רגיל להפקיד ביד השומר השני

הבעלים להפקיד אצל השני דבר ששווי כהפקדון הזה [קטז], או שנתן לו הבעלים רשות להשאיל לו [קיא], פטור השומר הראשון מלשלם, לפי שאין המפקד יכול למעון שאינו מאמינו (ב"מ לו ע"א), אלא השומר השני ישלם אם פשע, או ישבע שלא פשע ויפטר.

עוד למדנו חז"ל (ב"מ מב ע"ב), שכל המפקד על דעת אשתו ובניו הוא מפקד, שידוע המפקד שאין השומר בכיתו כל היום וודאי כוונתו שגם בני הבית ישמרוהו (ס"מ ע סקל"א) [קיא]. וכשהם שומרים הם נכנסים תחתיו בחיובי השמירה, ואם פשעו ונפסד החפץ חייבים לשלם (רמב"ם שאלה פ"ד ה"ט).

ונחלקו הראשונים במקום שאין לבני ביתו לשלם אם חייב השומר עצמו:

דעת הרמב"ם (שם) שהשומר פטור, הואיל ובני ביתו נכנסים לגמרי במקומו [קטז]. ונחלקו האחרונים בטעמו, הסמ"ע (סקמ"א) וקצוה"ח (סק"ח) ביארו שכשהשומר מוסר את הפקדון למי שדעת המפקד מסכמת עליו הרי זה כהחזרה ליד המפקד, ופקע ממנו חיוב השמירה, וכאילו המפקד הפקידו עתה ביד השני. ובחזו"א (ח"מ ס"ה סק"א) חלק על זה וכתב שודאי לא נגמר חיובו של ראשון לשמרו, אלא שאם מסרה לבן דעת הרי זו שמירה טובה, וא"כ אם השני פשע אונס הוא אצל הראשון, ולכן פטור [קא]. וכתב החזו"א שלפי זה אם פשע השני והניחו במקום התורף וראה הראשון, חייב לקחתו ולשמרו [קא], וכן אם לא רצה השני לשמרו והחזיר הפקדון חייב הראשון לטפל בו].

מסר את הפקדון לאשתו וב"ב

כשלב"ב אין לשלם

ודעת רש"י (ב"ק יא ע"ב ד"ה שומר) שהנפקד חייב לשלם, כיון שעדיין יש לו דין שומר וחייב בשמירה, אלא שיכול לקיים את שמירתו על ידי מסירה לבני ביתו ששומרים עבורו, שאף בני ביתו נאמנים בשבועתם אצל מפקד, אבל אם פשעו ולא שמרו כראוי יש חסרון בשמירתו של השומר [קב]. וכן דעת ר"ת בתום' (ב"מ מב ע"ב ד"ה כל) והרא"ש (ב"מ פ"ג סי' כג). וכתבו ר"ת והרא"ש, שאם לא כן כל מה שהופקד אצל בעה"ב יאכלו אשתו ובניו ואין להם לשלם, וגם השומר יפטר.

ובמקום שמסר למי שרגיל הבעלים להפקיד בידו ופשע השני ואין לו לשלם, כתב הרשב"א (ב"מ לו ע"א) שאף לדעת ר"ת פטור השומר הראשון [קג]. והסמ"ע סי' עב (סקצ"ו) כתב שאף לדעת הרמב"ם חייב השומר הראשון, ומבאר במשנה למלך (שאלה פ"ד ה"ח) שבאשתו ובניו הרי זה כמו שהפקד בידו על דעת שימסור להם, אבל ברגיל להפקיד אף שאינו יכול למעון שאינו נאמן אצלו אך מ"מ לא הפקיד בידו על דעת למסור לו [קד]. והש"ך (שם ס"ק קלד) כתב שהפוטרים במסר לאשתו ובניו יסברו שפטור גם ברגיל להפקד, והמחייבים באשתו ובניו יחייבו גם ברגיל להפקד [קה].

שומר שכר שמסר לשומר חנם שרגיל להפקיד בידו ומיעט בשמירתו, שהרי שומר חנם אינו מחוייב לשמור שמירה מעולה. כתב הרמב"ם (שכירות פ"א ה"ד) שהשומר הראשון פושע הוא ומשלם.

ציוני הלכה

קיבל על עצמו רק לשמור שמירה מעולה, והרי שמו: [קכא] וכ"כ בתשובות מהר"ם אלשיך סי' כ: [קכב] [שיטה זו סוברת ששמירת השומר השני הוא במקום שמירתו של השומר הראשון, ולכן אם בסופו של דבר השני לא שומרו כראוי הרי שנחסר משמירתו של השומר הראשון]: [קכג] וכ"כ בנמוקי בדעת ר"ת, וכ"כ מהרש"ל (יש"ש ב"ק פ"ק סי' לב) ומבאר שבזה הרי לא שייך הטעם הנ"ל שכל מה שהופקד וכו' יאכלוהו אשתו ובניו [שאם השני יאכלנו ישלם לבעלים], והובא בש"ך (סי' עב ס"ק קלד): [קכד] והוכיח כן מסתימת הרמ"א בסי' עב (סעי' ל) שהשומר הראשון חייב, ולא הביא ב' דעות כמש"כ כאן. וכ"ד הגר"א (סי' עב ס"ק קנא). וביאר במשנה למלך (שם) שלדעת הרא"ש עיקר טעם החיוב הוא משום שהמפקד טוען כנגדו לא הסכמתי להפקיד אצלו, ואע"פ שאני מאמינו בשבועה אבל איני מסכים לפטור את הראשון מחיובו, אלא שבאשתו וב"ב היה אפשר לומר שיפטר מחמת שעל דעת כן הפקידו בידו, לכן הוסיף טעם אחר שאם נאמר כן יאכלו ב"ב את הפקדונות, ועוד שאין זה טעם אלא הוכחה שעל כרחך ההלכה שבעה"ב חייב. אמנם באופן שידוע ששומר זה רגיל להפקיד פקדונותיו אצל אחרים יודה הרא"ש שהראשון פטור, כיון שאי אפשר לומר בזה את ב' הטעמים, שהרי המפקד ידע שהוא רגיל להפקיד אצל השני ועל דעת זה הפקיד אצלו וגם יש לו לשלם: [קכה] ומה שסתם הרמ"א שם הוא משום שסמך על מה שכתב כאן שהוא עיקר מקומו. ש"ך שם. והגר"א (כאן סקמ"ג ליקוט) כתב שהרמ"א סובר להלכה שחייב ולכן סתם כן בסי' עב:

[קטז] אבל אם שווה הפקדון יותר מהסכום שרגיל להפקיד אצלו יכול המפקד לומר שבסכום כזה אין השני נאמן אצלו. סמ"ע סקמ"ז: [קיא] [ובאופן זה גם אביי מודה שאין טענת אין רצונו]: [קיא] עיי"ש בסמ"ע שפירש כן בדברי רש"י (ב"מ מב ע"ב) שכתב שהמפקד נותן לו על דעת שבניו הגדולים והנאמנים לו יסייעוהו בשמירה. [ובתוס' רי"ד (שם) כתב טעם אחר, שלא עדיף ממון המפקד ממון השומר, וכשם שבני ביתו שומרים לפעמים ממון שלו ה"ה שיכול ליתן להם לשמור את הפקדון. וכן משמע בשו"ע הרב (ח"מ הלכות פקדון ס"ל). ונפק"מ באופן שאינו מוסר את מעותיו לבניו שלו. שלדעת רש"י והסמ"ע מ"מ יכול למסור להם את הפקדון שעל דעת כן הופקד, ולדעת תוס' רי"ד אסור למסור להם. וכ"כ בערוה"ש (סעי' נב) שאסור למסור להם]: [קיא] וכ"כ ברמב"ן רשב"א ר"ן (ב"מ לו ע"א) ונמוקי" (שם יט ע"ב מדפה"ר): [קב] [וכן נראה שלמד הנתייה"מ (סקכ"ד, הובא בהל"ב להלן סקצ"ו), שחידש ששואל שמסר לשומר מודה הרמב"ם שהראשון חייב, משום שאף שהראשון מסר לבן דעת ושמו כפי שמוטל עליו, מ"מ שואל חייב גם אם נאנס, ומוכח מדבריו שלא נגמר חיוב השמירה של הראשון אף להרמב"ם, אלא ששאר שומרים פטורים כיון שעשו כהוגן משא"כ שואל שחייב אף כשעושה כהוגן]. ובנתייה"מ סי' עז (סק"א) כתב הטעם שפטור ברגיל להפקיד, הואיל ועשה השומר הראשון שמירה מעולה שמסר לבן דעת הנאמן לו, והרי זה כמו שהניח את הפקדון בחיבה נעולה היטב ונפטר מצד חיוב שמירתו, ומה שחייב השני על פשיעתו לא נעשה הראשון ערב בעדו, שלא

כשלושומר השני אין לשלם

שור"ש שמסר לש"ח שהבעלים רגיל להפקיד אצלו

המפקיד שאין השני שומר שלו, שוראי אילו היה כאן בשעה שמסר לשני לא היה מסכים, שהרי רצה בפעם הזו שמורה מעולה של שו"ש ולא של שו"ח, וכיון שאינו שומר שלו אינו מחויב להאמין לשבועתו[קפז].

ואולם רבינו ירוחם (נתיב ל ח"ב) חולק על הרמב"ם וכתב שאף במיעוט בשמירתו נפטר הראשון ע"י שבועת השני, ואינו פושע כלל, כיון שמסר לבן דעת שרגיל להפקיד בידו. ויתבאר בעה"ת להלן סעיף כו. [ובדין שו"ש שמסר לאשתו וב"ב שהם שו"ח, ראה להלן סכ"א].
ואם השומר השאיל או השכיר לאחר חייב בכל ענין ככל שליחות יד.

ובאופן זה שהשומר הראשון היה שומר שכר והשני [שדרך הבעלים להפקיד אצלו] היה שומר חנם, אם השני נשבע כדינו שלא פשע, ועדיין יש ספק, שאם נגנב או נאבד חייב הראשון ואם נאנס פטור, כתב הרמב"ן (ב"מ לו) שהראשון חייב, שעליו לברר מה אירע לפקדון. וכן אם השני הלך למדינת הים [או שאינו רוצה לישבע שלא פשע, ואין לו לשלם] יכול המפקיד לתבוע מן השומר הראשון שישלם, כיון שאינו יודע מה אירע לפקדון. וכ"כ הרשב"א (שם ד"ה ומיהו) שהשומר הראשון חייב לשלם עד שיברר או שישבע שנאנסה[קל]. [ומעמם, או מפני שאינו יכול לישבע חייב לשלם או מפני שהרי הוא כטוען א"י אם פרעתין]. ותלמידי הרשב"א כתבו בשם רבינו (הובא בב"י סכ"ה) שהשומר הראשון פטור, הואיל והרי זה כאומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם הלוינתי שהוא פטור[קלא].

ונחלקו הפוסקים בביאור דבריו: דעת הש"ך (סקמ"ו) שפושע ממש הוא, ולפי זה גם אם יש עדים שנאנס אח"כ אצל השומר השני חייב הראשון כדיון תחילתו בפשיעה וסופו באונס[קכ], ומה שכתב הרמב"ם (שם ה"ה) 'אם הביא השומר השני עדים שמתה הבהמה כדרכה הרי השומר הראשון פטור', היינו דוקא במתה כדרכה, שהואיל ולא בא האונס מחמת הפשיעה אינו חייב מדיון תחילתו בפשיעה, כמבואר לעיל ס"מ[קכ].
דעת המשנה למלך (שכירות פ"א ה"ה) והמחנה אפרים (שומרים סי' לא) שאין כוונת הרמב"ם שהוא פושע ממש, שהרי מסרו לבן דעת ולמי שרגיל להפקיד אצלו ונאמן עליו, אלא כוונתו לומר שאם נגנב הפקדון או שאבד, שהשני פטור הואיל והוא שומר חנם, חייב השומר הראשון, מפני שנשבע השני שלא פשע ולא נשבע שנאנס[קכח], ואכן אם ישבע השני שנאנס פטור את הראשון.

והקצוה"ח (סקי"ב) והנתי"מ (סקל"א) סוברים ג"כ שאין כוונת הרמב"ם שנעשה פושע ממש וכנ"ל, אלא שסוברים שאין שבועת השני מועילה לראשון לפוטרו משבועה, אף אם נשבע השני שנאנס, ומתוך שאין הראשון יכול לישבע ישלם, אלא אם כן יש לו עדים שנאנס, פטור. [והמעם שאין שבועת השני מועלת, ביאר קצוה"ח ששומר חנם יכול לישבע רק שלא פשע, אבל לענין גניבה ואבידה שאינו חייב עליו, דינו כאיש אחר שאינו שומר, שאינו נאמן בשבועה. ובנתי"מ חלק עליו שוראי מועילה שבועת שו"ח שנאנסה לפטור גם את השומר שכר, וביאר שאין שבועת השני מועלת כאן מטעם אחר, שהואיל וגרע לשמירתו יטען

ציוני הלכה

יודע אם פרעתין וחייב, שאע"פ שקיימא לן (סי' שמא ס"ד) שנכסי השומר משתעבדים רק משעת האונס או הפשיעה, מ"מ מיד בשעת קבלת שמירה מתחייב להחזיר את הפקדון כל זמן שהוא בעין, ואם הפקדון נאנס הרי זה כאילו החזיר את הפקדון, ואם אינו יודע דינו כאיני יודע אם פרעתין. [וכתב בחזו"א (ח"מ סי' ה סק"ו) שדברי הש"ך הם נגד כל הראשונים שסוברים שאם הנכסים משתעבדים משעת אונסים הרי זה כמי שטוען איני יודע אם נתחייבתי. וכתב עוד בש"ך (שם) שגם הרא"ש (ב"מ פ"ח סי' ד) והטור (סי' שמ ס"ה) סוברים כן, שכתבו שהשואל בהמה ומתה הבהמה בדרך והשואל לא הרגיש בה עייפות טורח הדרך, אין השואל יכול לישבע שמחמת מלאכה מתה וחייב לשלם, וכן כתב בתרומת הדשן (סי' שלג) כדעת הרא"ש, וגם הרמ"א סי' ס"ג סתם כדבריו. [וכתב בנתי"מ סי' שמ (סק"ו) שאף שהנתבע אינו יכול לדעת מחמת מה מתה, חייב, הואיל ויש ספק לבי"ד בלא טענות הבעלי דין [דררא דמונא], לא נפטר בספק פרעון, ועוד הביא בשם שו"ת מהרח"ש (ח"א סי' פט) שביאר שבמקרה שדיבר בו הרא"ש אילו היה השואל מדקדק היה יכול לדעת]: [קלא] משום שאין הנכסים משתעבדים עד שעת האונס או הפשיעה, ועתה שספק לנו אם נתחייב בשעה שנאנסה דינו כאיני יודע אם נתחייבתי. ומוסיף בקצוה"ח (סי' שמ סק"ד) שכל זמן שהפקדון בעין אין חיוב השבה כלל, ובכל מקום שנמצא ברשות הבעלים הוא, ואם הבעלים רוצה את פקדונו הולך לבית השומר ולוקח את שלו.

[קכו] ולדבריו אם מיעט בשמירתו גרע יותר ממסר למי שאינו רגיל להפקיד בידו ולא מיעט בשמירתו]: [קכז] וכן פירשו מהר"א שטיין ומהרש"ל בביאורי סמ"ג, וכ"כ בעיר שושן: [קכח] ומש"כ ברמב"ם 'פושע הוא' כוונתו שמספק אם נאנסה או לא אמרין שהרי הוא טוען איני יודע אם פרעתין. מחנ"א שם: [קכט] ונפק"מ בין סברת הקצוה"ח לסברת הנתי"מ באופן שפשע השני ואין לו לשלם, שלדעת קצוה"ח היא תלוי הדבר במחלוקת הרמב"ם והרא"ש המבואר בסכ"ד, אבל לדעת נתי"מ מודה הרמב"ם באופן זה שהראשון חייב מפני שכשמגרע את השמירה לא נעשה השני שומר של ראשון ועדיין החיובים על השומר הראשון. נתי"מ שם. [ובשו"ת ושב הכהן (סי' טו, הובא ב"פ סק"א) הסיק שאין שבועת השני מועלת, משום ששבועתו קלה משל ראשון, שהשני אם כופר אינו כופר ממון ושבועת בטוי היא שחייבים עליה חטאת, אבל הראשון שבועתו חמורה שכופר ממון, ועל שבועת כפירת ממון חייבים אשם. ובחזו"א (ח"מ סי' ה סק"א) כתב לחלק בין שבועת ביטוי לשבועת הדיינים. וכתב שלפי זה אם ישבע שלא פשע לא יועיל שיחזור וישבע שנאנס, אבל אם נשבע בפעם אחת שמתה כדרכה ושלא פשע נראה שנפטר הראשון בשבועת השני, ונשאר בצ"ע. וראה עוד הסברים בדעת הרמב"ם בחי' הפלאה, ובדברי משפט סכ"ו, ובקהלות יעקב סי' לא]: [קל] ומבאר בש"ך (סקמ"ד), שלדעה זו כל שומר שאינו יודע כיצד נאבד הפקדון [אף שלא פשע במסירת הפקדון לאחר], הרי הוא כטוען איני

כשלא יודע מה אירע לפקדון, האם השומר חייב לשלם

ובש"ך (סקמ"ד) הכריע כסברא הראשונה שהשומר הראשון חייב, מפני שאומרים בשבועת השומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכן מפני ששומר שאינו יודע מה אירע הרי הוא כמוען איני יודע אם פרעתין^[קל"ב].

[ובקצוה"ח סי' שמ (סק"ד) האריך לבאר דעת הפוסקים, וכתב שהואיל והיה מותר לשומר למסרו למי שהבעלים רגיל להפקיד בידו, אין חיובו מתחיל אלא משעה שהשני פשע, וכיון שאינו יודע אם פשע או לא דינו כאיני יודע אם נתחייבתי ופטור. ואין לחייבו מדין מתוך שאין יכול לישבע, משום שדעת רבינו כדעת השו"ע סי' רצד (ס"ב) שעיקר השבועה בשומרים היא שאינה ברשותו, ושאר השבועות ע"י גלגול הם באות, וכאן שהשומר מכיר את הבהמה שמתה אלא שאינו יודע אם מחמת פשיעה או מחמת מלאכה, נמצא שרק את שבועת הגלגול אינו יכול לישבע, וסובר רבינו שעל גלגול שבועה אין אומרים מתוך שאין יכול לישבע משלם, ובפרט במקום שהשבועה העיקרית באה על ידי תביעת שמא^[קל"ג]].

ובנתי"מ (סקכ"ח) הכריע כסברא השניה שהשומר הראשון פטור. [וטעמו, הואיל ולא היתה לשומר אפשרות לדעת מה אירע לפקדון, פטור, ואפילו אם אומר איני יודע אם פרעתין^[קל"ד]].

והחזו"א (ח"מ סי' ה סק"ה וסוף סק"ו) חולק וכתב שלכו"ע אומרים 'מתוך שאיל"מ' בשבועת השומרים, אף באופן שלא היה לשומר לדעת ואפילו אם התובע מודה שהנתבע אינו יודע, לפי ששיעבר נפשו שיהיה באחריותו כל זמן שלא ישבע שנאנס, [ואף אם השבועה באה רק ע"י גלגול], ולדעתו אם השני נשבע שלא פשע חייב הראשון לכו"ע מדין 'מתוך', אלא שנחלקו הרמב"ן ורבינו רק באופן שהשני לא רצה לישבע, שלדעת רבינו הראשון פטור, משום שכל זמן שלא נשבע הנים אותו כאילו פשע, וממילא השני חייב והראשון פטור [וכדעת הרמב"ם (מובא לעיל ד"ה דעת הרמב"ם) שהראשון פטור אפילו אם אין לשני לשלם]. ולדעת הרמב"ן הראשון לא נפטר אלא אם ודאי פשע השני, אבל כל זמן שאין אנו יודעים אפשר לתבוע גם מהראשון שמא נגנב. [אבל לדעת החולקים על הרמב"ם (מובא לעיל ד"ה דעת רש"י) וסוברים שאם אין לשני לשלם הראשון חייב ה"ה כאן הראשון חייב]^[קל"ה].

מסקנת הדיון בשומר שאינו יודע מה אירע לפקדון: לדעת הש"ך חייב לשלם. לדעת קצוה"ח אם אינו יכול לישבע שאינה ברשותו חייב, ואם נשבע שאינו ברשותו ורק אינו יכול לישבע שלא פשע, לשיטת הסוברים (סי' רצד ס"ב) שאף שבועה זו מעיקר שבועה חייב, ולשיטת הסוברים (שם) ששבועה זו רק מדין גלגול תלוי במחלוקת (המבוארת

ציוני הלכה

הש"ך שמחייב הוא לשיטתו שגם בשבועה ע"י גלגול אומרים מתוך שאיל"מ. וראה סי' שד"מ ס"ד בהרחבה דעות הפוסקים אם אומרים מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה. [ועיין בקצוה"ח סק"א ובסי' שמ סק"ד שנראה שהכריע כסברא השניה שהשומר הראשון פטור. ואולם בסק"ו ובסק"י"ב נראה שמכריע כדעת המחייבים, וצ"ע. וראה להלן ס"ק קל"ה]: [קל"ד] ודוקא באופן זה שלא פשע בכך שלא יכול לדעת, אבל באופן שהיה אסור לו למוסרו לשני חייב, הואיל ופשע במה שאינו יכול לדעת דינו כמו שיכול לדעת. [והש"ך שמחייב סובר שאף באופן שלא פשע בכך שאינו יכול לדעת חייב מדין איני יודע אם פרעתין ומדין מתוך שאיל"מ. ובנתי"מ הקשה על דברי הש"ך שהרי אם התובע מודה שהנתבע אינו יכול לדעת מודה הש"ך (סי' עב סקנ"א) שהנתבע פטור, וכאן הרי התובע מודה שהנתבע לא יכול לדעת וצריך ליפטר]: [קל"ה] וראה לעיל ס"ק קלא בסופו מה שביאר את דעת הרא"ה. [ולדעת הש"ך גם לדעת הסוברים לעיל שאם אין לשני לשלם הראשון חייב, י"ל כאן שלדעת רבינו הראשון פטור הואיל ויש צד לומר שנאנסה ואזי גם השני פטור, א"כ מספק אין לחייב את הראשון]. [נמצא שלדעת הש"ך (סקמ"ד) הקצוה"ח (סק"א) והנתי"מ (סקכ"ח) הרמב"ן ורבינו נחלקו גם באופן שהשני נשבע שלא פשע, וא"כ הרמב"ם (שכירות פ"א ה"ד) והשו"ע (להלן סכ"ו) שהובאו לעיל ודאי חולקים וסוברים שהראשון חייב. ואולם דעת החזו"א (ח"מ סי' ה סק"א) שהרמב"ן ורבינו מדברים דוקא באופן שהשני לא נשבע כלל, אבל אם השני נשבע שלא פשע גם רבינו הנ"ל מודה לרמב"ם והשו"ע שהראשון חייב. ובשומר שמסר לשומר ולא מיעט בשמירתו והשומר השני הלך למדינת הים, לדעת הפוסקים את הראשון כשאין לשני לשלם ודאי גם כאן פטור הראשון. ולדעת המחייבים, לש"ך ולסיעתו גם דין זה תלוי במחלוקת רבינו והרשב"א האם אומרים בשומרים 'מתוך

[עוד כתב, שאף למאן דאמר ששומר מתחייב משעת המשיכה, כבר כתב הריטב"א (ב"מ צו ע"ב ד"ה ש"מ) שאין זה חיוב גמור לאלתר משעת המשיכה, אלא שאם יגנב או יאנס משתעבדים נכסיו למפרע משעת משיכה]. **וכתב** הש"ך (סקמ"ד) שכן דעת הרא"ה (הובא בנמוק"י ב"ק לט ע"א) שפטור. שכתב לגבי מי ששאל חמור כדי שירכב עליו שלוחו ומת החמור בדרך, ואין השואל יודע אם מתה מחמת מלאכה, שהוא פטור, לפי שדינו כאומר איני יודע אם נתחייבתי. [אבל אם שאל את החמור לרכב עליו בעצמו ונתנו לשלוחו, וספק אם מת בפשיעה או מחמת מלאכה, חייב השואל, כיון שפשע כשנתנה לשלוחו, שהרי אין השואל רשאי להשאיל, וכיון שמתחייב משעת הפשיעה הרי הוא כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתין. ומבאר בקצוה"ח (שם) שמיד כשמסרו לאחר באיסור הרי זו תחילת פשיעה ומאותה שעה מתחייב, אלא שאם הפקדון נאבד באונס הרי זה כפרעון, ולכן כשאנו יודע איך אבד הפקדון הרי הוא כאומר איני יודע אם פרעתין]. אבל בחזו"א (שם סק"ד) חולק על הש"ך והקצוה"ח וכתב שהרא"ה מדבר דוקא באופן שפטור משבועת השומרים ולכן אינו חייב מדין 'מתוך שאיל"מ', וכל הדיון הוא אם נחשב ספק חיוב או ספק פרעון. אבל באופן שיש חיוב שבועה ודאי חייב מדין 'מתוך שאיל"מ': [קל"ב] ביאר בנתי"מ (סקכ"ח) שאם התובע טוען שמא, פטור הנתבע גם אם משיב איני יודע אם פרעתין, אלא שחייב מדין מתוך שאיל"מ, ואם התובע טוען ברי, חייב גם מדין איני יודע אם פרעתין. [ויתכן שלפי מ"ש הש"ך בכמה מקומות (עיין סי' עב ס"ק קטו) ששבועת השומרים חייבה תורה רק בטוען טענת שמא, א"כ בטענת ברי אין לחייבו מדין מתוך שאיל"מ]. וראה בציוני הלכה בס"ק הקודם שנתבאר מה הנפק"מ מאיזה טעם מתחייב: [קל"ג] והרא"ש שמחייב, הוא לשיטתו שגם שבועה שלא פשעתי בה היא מעיקר שבועה. [וכן

ר. טס זנמז"ס פ"ד משאלה ופקדון לין ח'. מימלא דרנאל טס ז"מ מ"ז ר"ט ע"ז: ר. * קן הוא זנמז"ס טס:

כא (סט) **י** כל המפקיד אצל בעל הבית בין כלים בין מעות (ע) **על דעת (עא) אשתו ובניו (עב) ובני ביתו [י* הגדולים] (עג) הוא מפקיד.**

מסירת פקדון לאשתו ובני ביתו

הלכה ברורה

להפקיד בידו פטור הנפקד, וא"כ אפילו אם הוא שומר שכר יכול למסרו לבני ביתו. וכן פסק בש"ך (סקכ"ד) [קלח]. ובקצוה"ח (סק"ו) כתב שהעיקר כדעת הרמב"ם, הואיל והוא שומר שכר ואשתו ובניו שומרי חנם יכול המפקיד לטעון שאינו מאמין לשבועתם [קלח]. ולכו"ע אם נגנב ביד בנו חייב האב, שאע"פ שיכול למוסרו ביד בנו שישמרנו אף שהבן שו"ח, מכל מקום לא פטרו המפקיד בזה מחיובי שומר שכר (שו"ת דברי ריבות סי' ריז-ח, ש"ך סקל"ח): **(עא) אשתו ובניו ובני ביתו.** ואף בני ביתו שלא היו בכיתו בשעת ההפקדה ורק לאחר מכן נהיו בני ביתו, דעתו גם עליהם, וכן בני ביתו שאין המפקיד מכירם הם בכלל בני ביתו (מהריט"ץ סי' ריט) [קפ]. **(עב) ובני ביתו.** היינו קרובים השרויים עמו בבית או הסמוכים על שולחנו [קפא], וגם חתנו בכלל (מהר"ם ד"פ סי' תתקסג, הובא במנחת פתים סכ"ב): **(עג) הוא מפקיד.** לא אמרו על דעת אשתו ובניו אלא כשהנפקד בעיר ומשגיח עליהם וכל שעה יכול לתובעם, ולא כשיצא מן העיר לזמן ארוך (מהריט"ץ סי' ריט). ויש חולקים וסוברים שאף אם אין הנפקד בעיר, על דעת בני ביתו מפקיד (רשב"ש סי' שצ, הובא בפעמוני זהב) [קמב]. מסר לו חפץ כדי שימכרנו אינו רשאי לתת לאשתו שתמכור, לפי שיכול לומר לא מסרתי אלא לך שאתה בקי במשא ומתן (מהריט"ץ שם) [קמג].

להלן סי' שד"מ ס"ד) האם בגלגול שבועה אומרים מתוך שאיל"מ. לדעת הנתיחה"מ במקום שלא הו"ל לשומר לידע ולא פשע במה שלא ידע פטור, ובמקום שהו"ל לידע או שפשע במה שלא ידע חייב. לדעת החו"א אף במקום שלא הו"ל לידע ולא פשע במה שלא ידע חייב [קלז]. **כא** (סט) **כל המפקיד וכו' על דעת אשתו ובניו וכו'.** לפיכך אם נתן הנפקד את הפקדון ביד בניו או בנותיו הגדולים או ביד אשתו ואבד או נגנב, פטור הנפקד, שעל דעת כן מסרו המפקיד שיהא לו רשות למסרו להם, ומשעה שמסר להם חלים עליהם דיני השמירה: **(ע) על דעת אשתו ובניו.** מבואר להלן (סעיף כו) שדעת הרמב"ם (שכירות פ"א ה"ד) שנפקד שומר שכר שמסר לשומר חנם ונאנס הפקדון, אף אם הבעלים רגילים להפקיד אצלו חייב הנפקד, כדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, כיון שמיצט בשמירתו, ולפי זה מה שנאמר כאן שאם מסר לאשתו ובניו שהוא פטור היינו דוקא כשהנפקד שומר חנם וכשמסר את הפקדון לא מיעט בשמירה, אבל שומר שכר אין לו למסור לאשתו ובניו. וכן פסק במהרש"ך (ח"ב סי' פה) [קלז]. אולם בתשובות ר"י לבית לוי (סי' פז) הקשה על המהרש"ך, שהרי רבינו ירוחם (נתיב ל ח"ב, הובא בכ"י סכ"ה) כתב שרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ם וסוברים שאף אם ממעט בשמירה אם הבעלים רגילים

שו"ש אם מותר למסור ביד אשתו

נשא אשה אחר שהגיע פקדון לידו

למסור ביד ב"ב כשיצא מהעיר

טרטור אם רשאי ליתן לאשתו

ציוני הלכה

שכר וישמרו שמירה מעולה, ואין זה ממעט בשמירתו. ובנתיחה"מ (ח"י סקכ"ו) מביא את דעת הש"ך, ומשמע שפוסק כמותו, ונראה שהוא על פי מ"ש בסי' שמא (סק"ג) שאף להרמב"ם שסובר שמיעוט בשמירה פשיעה היא מ"מ מודה בבניו וב"ב, שכיון שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד הרי זה כאילו התנה על כך]: **[קלז]** והיינו לשיטתו (בסק"ב, הובא בהל"ב בהקדמה ס"ק קיב) בדעת הרמב"ם, ששומר שכר שמסר לשומר חנם אין צריך המפקיד לסמוך על שבועת השני אף ברגיל להפקיד בידו אלא לגבי פשיעה, אך אינו נאמן בשבועתו שנאנס, שמאחר שפטור בין בגניבה בין באונס אין ערך לשבועתו והרי זה כמו שאדם זר נשבע. וראה לעיל ס"ק קל"ג שנראה שהכריע שהשומר הראשון פטור, וצ"ע]: **[קמ]** וכ"כ בדברי משפט (סי' קה סק"ב) שאם בשעת ההפקדה לא היה נשוי ואח"כ נשא אשה, אף בזה על דעת כן הוא מפקיד. אולם במהריט"ץ (שם) כתב בשם הרב יאשיהו פינטו שצריך שידע המפקיד מי הם הסמוכים על שולחן השומר, וכ"כ בשו"ת עדות ביהוסף סי' ל: **[קמא]** כן משמע במ"מ (שאלה פ"ד ה"ח), אבל בב"ח (סכ"ג) משמע שגם אחרים השרויים אצלו בבית או סמוכים על שולחנו דינם כבני ביתו: **[קמב]** וכ"כ בכנה"ג סי' רצג הגה"ט ס"ט. וראה בהלכה ברורה שם סקי"ג: **[קמג]** ועיין גם בנתיחה"מ סי' שמא סק"ד שאין רשות לבנים לעסוק בעסקא שקיבל אביהם:

שאי"ל, ולחזו"א בזה לכו"ע חייב: **[קלז]** ולענין אם שומר נחשב לא"י אם פרעתין או לא"י אם נתחייבתי. נחלקו הראשונים בדבר [כמבואר להלן סי' שד"מ ס"ד בהל"ב סקי"ד]. ודעת הנמוק"י שהרי זה כא"י אם נתחייבתי אלא שאם היה תחילת פשיעה הרי זה כא"י אם פרעתין. והסכים עמו הקצה"ח (סי' שמ סק"ד). ודעת הש"ך (סקמ"ד) שהרי זה כא"י אם פרעתין. [ודעת המהרש"ל ונתיחה"מ (סקכ"ח) שבא"י אם פרעתין חייב רק בטוען התובע ברי. ודעת קצוה"ח (שם) שבלא הו"ל לתובע למידע אף בשמא ושמא חייב. ועוד כתב בנתיחה"מ (שם) שבמקום שהנתבע לא הו"ל למידע ולא פשע בכך, פטור אף בא"י אם פרעתין. ולש"ך (שם) אף בלא הו"ל למידע חייב]:

כא [קלז] וכ"כ בריטב"א (ב"מ מב ע"ב) שדוקא שומר חנם מותר למסור לבני ביתו, והביאו ב"י (בד"ה סכ"ד) ובש"ך סי' עב (ס"ק קלז): **[קלח]** וכ"כ בנמוק"י (ב"מ כד ע"א) שאף שו"ש מותר למסור לב"ב, והביאו בש"ך סי' עב (ס"ק קלז). וכתב הש"ך שם שכן משמע מדברי תלמידי הרשב"א (המובאים בב"י סכ"ה), ומסיק הש"ך (כאן סקמ"ו) להלכה דלא כהרמב"ם. [ובקצוה"ח (סק"ו) הביא דברי הריטב"א (במיוחסים, ב"מ לו ע"ב ד"ה אמר רבא) בתירוצו השני, שאף הסוברים כהרמב"ם שאם מסרה למי שרגיל להפקיד אצלו ומיעט בשמירתו פושע הוא, מ"מ ודאי אם מסרם לאשתו וב"ב אינה פשיעה, כיון שאימתו עליהם, לפיכך הם כשומרי