

חובת השבה בפקדון

א

שנינו במשנה (בבא מציעא דף לח ע"א):

המפקיד פירות אצל חבירו אפילו הן אבודין לא יגע בהן, רבן שמעון בן גמליאל אומר מוכרן בפני בית דין מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים.

ובגמרא שם:

אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן מחלוקת בכדי חסרונו אבל יותר מכדי חסרונו דברי הכל מוכרן בבית דין.

במחנה אפרים (הלכות שומרים סימן ל"ה) הסתפק אם מה שמוטל עליו למוכרן הוא משום חיוב שומרים או משום השבת אבידה, ונפ"מ אם חייב בתשלומין כשלא מכר. במחנה אפרים הוכיח מתוספות (בבא מציעא דף ל ע"א) שחיובו משום שומרים ולא משום השבת אבידה. בגמרא שם שנינו שהמוצא כסות מנערה אחד לשלשים יום ושטחה לצרכה אבל לא לכבודו, הגמרא דנה האם מותר לשטחה לצורכו ולצורכה, ולהלכה מותר רק לצורכה ולא לצורכו. בהמשך אומרת הגמרא:

כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון פקדון מאי עבידתיה גביה אמר רב אדא בר חמא אמר רב ששת בפקדון שהלכו בעליהן למדינת הים. **וכתבו** התוספות (ד"ה לצורכו ולצורכה):

דוקא בשיטוח כסות מבעיא לה וכל דדמי ליה דשמא יניחנה שטוחה יותר מכדי צרכה עד שתתקלקל אבל בספר אמרינן דקורא בהן אע"ג דצורכו הוא כמו צורכה... וכלי נחשת דתניא לקמן דמשתמש אפי' בחמין וכלי כסף בצונן אפי' לצורכו מותר כיון שעל ידי אותו תשמיש אינו יכול לבא לידי קלקול ותדע דאי

דוקא לצורך הכלי מאי פריך פקדון מאי עבידתיה גביה כיון שהוא שומר יש לו לעיין שלא יתקלקל אע"פ שהבעלים אינם אומרים לו להשתמש.

לדעת התוספות, בכל פקדון חובתו של השומר לעיין שלא יתקלקל, ולכן אם השומר לא עשה כן חייב לשלם. אבל מלשון הרמב"ם הוכיח המחנה אפרים שהחיוב אינו מדין שומרים אלא משום השבת אבידה. וז"ל לשון הרמב"ם (בהלכות שאלה ופקדון פרק ז' הלכה א):

המפקיד פירות אצל חבירו ה"ז לא יגע בהן ואע"פ שהן חוסרין ומתמעטין והולכין, בד"א כשחסרו חסרון הראוי להן בכל שנה, אבל אם חסרו יותר מכדי חסרונו מוכרן בב"ד מפני שהוא משיב אבידה לבעלים.

מלשון הטור הוכיח המחנה אפרים שהחיוב הוא מדין שמירה (או"ח סימן תמ"ג): "ישראל שהיה בידו חמץ של חבירו בפקדון והגיע הפסח יעכבנו עד שעה חמישית ואם לא באו בעליו ימכרונו לעכו"ם ואם לא מכרו צריך לבערו בזמן איסורו אפי' אם אינו חייב באחריותו", וכתב על כך המחנה אפרים:

יש לדקדק מדבריו שכל שקבל עליו אחריות כדין כל השומרים אם לא מכרו ה"ז חייב באחריותו אם יאבד אחר זמן איסורו ואע"ג דהשתא לא שוה מידי שכבר נאסר בהנאה, משמע דס"ל דהשומר שעבר ולא מכרו פשיעה חשיב שע"י נאסר בהנאה והלכך חייב לבערו משום דכל היכא דאיתיה בעיניה מצי פטר בנפשיה דאומר לו הרי שלך לפניך.

בשו"ע (חו"מ סימן פ"ו) נחלקו הקצות (ס"ק ד') והנתיבות (ס"ק א') לדעה שחיוב השואל הוא רק משעת אונסין, אם יש עליו חיוב השבה כל זמן שהוא בעין, כחיוב ההשבה שיש לגזלן. לדעת הקצות אין חיוב כלל קודם, ואף לא חיוב השבה בעין, ולדעת הנתיבות יש חיוב החזרה כשהחפץ בעין. הנידון הוא במה שכתב השו"ע גם בפקדון שייך שעבודא דרבי נתן, היינו במקרה שראובן נושה בשמעון ולשמעון פקדון ביד לוי, שבית דין גובים מלוי ונותנים לראובן. הקצות (ס"ק ד') חולק על השו"ע וסובר שאין דין שעבודא דרבי נתן, ואף שיכול ראובן לגבות את הפקדון כשאר מטלטלין, אכתי יכול שמעון להקנות את החפץ ללוי כיון דעדיין לא נשתעבד כלל. ואם היה נוהג דינא דרבי נתן, כתב הקצות שאינו יכול להקנות לנפקד את החפץ כפי שאינו יכול למחול על החוב.

והוכיח הקצות דין זה מגמרא כתובות שם וז"ל: דהא התם בפרק אלו נערו גבי שואל שטבח הפרה בשבת פטור ללישנא בתרא ומשום דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיעה ובאותה שעה קים ליה בדרבה מיניה, ואמאי הא חיוב הוי עלה משעת שאלה, אלא ע"כ דליכא שום חיוב ושעבוד אלא בשעת פשיעה וכל זמן שהוא בעין ממון בעלים הוא וכל זמן שיתבענו לוקחים ממון שלהם, וא"כ גם שעבודא דר' נתן לא שייך ביה ויכול ליתנו לנפקד כמו שאר מטלטלים וזה ברור.

הנתיבות שם ס"ק א' חלק וכתב:

והא ודאי ליתא כמו שנתבאר בסימן נ"ח בש"ך ס"ק ט', וז"ל שם, כיון שבא לידו

ונראה, שנעלם ממנו שכן כתב המגן אברהם (שם ס"ק ה') שאם לא מכרו חייב לשלם, דהא שומר חנם שהיה יכול להציל ברועים ובמקלות ולא הציל חייב. ובמשנה ברורה (ס"ק יב) כתב שרוב האחרונים מסכימים דבין שומר חנם ובין שומר שכר פטור. וביאר, משום דזה לא נכנס בכלל שמירה, שלא קיבל עליו אלא לשמור את החפץ שיהא ברשות בעליו ושיחזירנו לו בשלימות, אבל לא קיבל עליו למוכרו, שהרי אדרבה במכירה זו מוציאו מרשות בעליו, ואינו צריך למוכרו אלא מטעם מצוות השבת אבידה, ולא מצינו חיוב תשלומין במי שאינו משיב אבידה. ונראה שהמגן אברהם סובר שכיון שחייב למוכרו מדין שומר אבידה ממילא הופך חיוב זה להיות מחיובי שומרים.¹

ב

בסוגיה בכתובות (דף ל"ד ע"ב) ישנן שתי לשונות בגמרא אם שומר מתחייב משעת פשיעה או משעת שאלה, ונפקא מינה לשואל שטבח בשבת, האם מיתה וממון באין כאחד וקלב"ם, או שחיוב תשלומין קדם וחייב אם טבח בשבת כדברי רב פפא שם. להלכה, דעת הרמב"ם (הלכות שאלה פרק א' הלכה ה') שמתחייב משעת שאלה ולכן אם מתה ביד יורשים והניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם. אבל דעת הרא"ש (בבא קמא פ"י סימן א') כרב פפא שהחיוב חל בשעת מיתה או אונסין, ולכן רק אם סבורים של אביהם היא וטבחוה חייבים לשלם ולא אם מתה באונס (סמ"ע סימן שמ"א ס"ק י"ג).

1 ע' אבן ישראל לר' י"י פישר זצ"ל חלק ט' בהערותיו על המשנה ברורה שהעיר על כך.

רסיסי

חובת השבה בפקדון

טל

קסא

בתורת פקדון דצריך לעשות השבה גמורה כו' ע"ש.

ודחה את ראיית הקצות מגמרא כתובות:

לאו ראייה היא, דשם (אינן)² דנין על חיוב תשלומין שנתחייב על הטביחה לשלם מן העליה, דזה ודאי לא יתחיל עד שעת הטביחה, דחיוב החזרה אינו רק כשהפקדון עדיין בעין, אבל כשאינו בעין, פקע חיוב חזרה ומתחיל חיוב התשלומין.³

אם כן נחלקו הקצות והנתיבות האם בפקדון יש חיוב השבה כל זמן שהוא בעין. ולכן לדעת הנתיבות, שיש חיוב השבה, אם ראובן נושה בשמעון ולשמעון פקדון אצל לוי, גובה ראובן מלוי אותו מדינא דרבי נתן.

על דברים אלו של הנתיבות כתב הקצות במשובב נתיבות:

והנה מ"ש דחיוב החזרה אינו רק כשהפקדון עדיין בעין, אבל כשאינו בעין פקע חיוב חזרה, ומתחיל חיוב תשלומין. כבר מבואר אצלינו סימן קצ"ח סק"ה, דגבי פקדון אין הנפקד חייב בהשבה לבעלים, דאינו חייב בהשבה אלא גנב וגזלן, וכדכתיב (ויקרא ה' כ"ג) והשיב, וכן לזה, דמלוה להוצאה ניתנה, אבל פקדון, כל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא, ועל המפקיד לילך לרשות הנפקד לקבל פקדונו, ומשו"ה אומר לו בא וטול את שלך.

ובהמשך הדברים מביא את דברי הריטב"א (כבא מציעא דף צז ע"ב):

דאפילו למ"ד התם שואל משעת משיכה מיחייב, לאו דמיחייב חיוב גמור לאלתר, דהא

ודאי כל כמה דהיא בחיים, כל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא וליכא על השומר שום חיוב, אלא לומר דכי נגנבה או נאנסה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה, ונפקא מינה למי שמכר נכסיו בינתיים כו', וזה ברור, אלא מקצת הגאונים נשתבשו בה קצת, עכ"ל. **וביאור** המחלוקת, שלדעת הנתיבות יש חיוב השבה בפקדון אבל אין זה חיוב כמו בגנבה. בגנבה מכח חיוב ההשבה נוצר חיוב ממון אם נאנס ואינו בעין. אבל בפקדון חיוב ההשבה הוא כל זמן שהוא בעין, דאז ישנו שעבוד הגוף להחזיר ושייך על זה שעבודא דרבי נתן, אבל כשאינו בעין פוקע חיוב ההשבה, ומתחדש חיוב תשלומין מדיני שומרים כל אחד כדינו.

אבל לדעת הקצות אי אפשר להפריד את חובת ההשבה מחובת התשלומין כמו במקרה של גניבה כשאינו בעין, ואם יש חיוב השבה בעין ע"כ שהוא גורם חובת תשלומין כשאינו בעין. ולכן, בשלמא אם נאמר שמשעת משיכה נשתעבדו הנכסים היינו שיש חיוב השבה, מכאן יש גם חיוב תשלומין כשאינו בעין. אבל למ"ד שמשעת פשיעה נשתעבד, ע"כ צריך לומר שאין חובת השבה כשהחפץ בעין, אלא הוא של הבעלים. והוא הדין לריטב"א שם אפילו למ"ד משעת משיכה משתעבד, דפירושו שמשתעבד למפרע אם יארע אונס אבל כל זמן שאין אונס אין חיוב קיים.

ולכן, אם נאמר כדעת הנתיבות שיש חיוב השבה גם כשעדיין החפץ בעין, אפשר להבין

3 ובמהדורה בתרא שעל השו"ע הוסיף הנתיבות "ועל התשלומין חל שיעבוד נכסי, אבל כשהוא בעין יש חיוב הגוף על החזרה ולא שיעבוד נכסי".

2 נמחק במהדורה בתרא שעל השו"ע.

לימא תהוי תיובתא דרב נחמן דאיתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב הונא ורב יהודה אמרי חייב רב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור.

ומקשה הרמב"ן והלא זה דומה לאיני יודע אם החזרתי שחייב גם לרב נחמן, ולא לאיני יודע אם לויתי שפטור לרב נחמן. ומתוך, שדין השואל שאינו יודע אם מתה בשעה שהיתה שאולה או בשעה שהיתה שכורה, תלוי במחלוקת בסוגיה בכתובות אם שומר מתחייב משעת משיכה או משעת האונס, והסוגיה בבבא מציעא היא אליבא דרב פפא שמשעת משיכה מתחייב רק במזונות ולא בפשיעה.

אבל דעת הריטב"א שם, והביאו הקצות הנ"ל במשובב, שאין הסוגיה בבבא מציעא תלויה בלשונות הסוגיה בכתובות, משום שכל זמן שהפרה בחיים, כל היכא דאיתא ברשות בעלים איתא, אפילו למ"ד משעת משיכה מתחייב, אלא שאם תיגנב או תיאנס וחייב לשלם, נכסיו משתעבדים משעת משיכה, אבל כל זמן שהיא בעין הרי זה כאומר איני יודע אם נתחייבתי, ועדיין אין חיוב משעת משיכה. לפי הרמב"ן דס"ל ד'משעת משיכה' הוא כפשוטו דיש חיוב משעת המשיכה, יש לברר מה ישיב לטענת הריטב"א שודאי לכ"ע כל זמן שהפרה בעין עדיין לא נתחייב. אך לפי הסברנו בקצות אתי שפיר, שהרי לסברת הקצות כתבנו שאי אפשר להפריד בין חיוב ההשבה לחיוב התשלומין. אם יש חיוב השבה בעין, נובע ממנו חיוב תשלומין כשאינו בעין, וממילא סברת הרמב"ן אינה שמשעת משיכה יש חיוב תשלומין, אלא דיש עליו חיוב השבה בעין, וכתוצאה מחיוב ההשבה

שבפירות אבודים או בדברים שצריכים לנער אותם, אף אם מצד חיוב שמירה אין עליו חיוב למכור, אבל מצד חיוב השבה כשהחפץ בעין עליו לדאוג שלא יתקלקל בכדי שיוכל לקיים את חיוב ההשבה. ואם אינו יכול להחזיר את הפקדון גופו, חייב להחזיר את דמיו, ומה לי הן ומה לי דמיהן. וזו שיטת המג"א הנ"ל שכתב לגבי חמץ שאם השומר לא מכר את החמץ חייב לשלם.

ואפילו אם לא נקבל את ההסבר הזה, ונאמר שחובת ההשבה לפי הנתיבות לא תגרום חיוב תשלומין אם לא מכר, מכל מקום יש לומר שכיון שיש חובת השבה, יתכן שאין מחלוקת בין התוספות (בבא מציעא דף ל' ע"א) שכתבו: "כיון שהוא שומר יש לו לעיין שלא יתקלקל אע"פ שהבעלים אינם אומרים לו להשתמש", ובין הרמב"ם דלעיל שכותב: "אבל אם חסרו יותר מכדי חסרונן מוכרן בב"ד מפני שהוא משיב אבירה לבעלים". גם הרמב"ם יודה שמדין שומרים עליו לעיין ולנער שלא יתקלקל, אלא שאי לאו חיוב השבת אבירה אפשר היה לומר שאף כשמחזיר את הכסות פגומה ומנוקבת מקיים חיוב השבה, אלא שמאחר וזה מוגדר כאבירה ממילא נוצר חיוב מדין שומר גם לדעת הרמב"ם ויתחייב בתשלומין, וכמ"ש המגן אברהם ומחנה אפרים בדעת הטור לגבי חמץ.

ג

והנה, בבבא מציעא (דף צז ע"ב) הגמרא משווה את דין המשנה בשואל את הפרה חצי יום ושכרה חצי יום, והמשאל אומר שמתה בשעה שהיתה שאולה והלה אומר איני יודע חייב, לדינו של רב נחמן:

נוצר חיוב ממון כשאינו בעין ממש כמו בגנב וגזלן.

אלא שלפי זה נצטרך לומר דלסברת מאן דאמר שחייב משעת משיכה, חיוב השבה בעין אמור רק בשואל ולא בשאר שומרים, דאם נאמר שחיוב תשלומין נובע מחיוב השבה בעין, מה אכפת לן אם החפץ אינו בעין מחמת גנבה ואבידה או אונס, ומדוע לא יתחייבו גם שומר חנם ושומר שכר לשלם שהרי יש עליהם חיוב השבה, ויתחייבו על הכל. וצריך לומר ששומר חנם ושומר שכר לא מתחייבים משעת משיכה ולכן פטורה התורה שומר חנם מהכל ושומר שכר מאונסין. רק בשואל יש חיוב השבה ורק בו אפשר לומר שמשעת משיכה התחייב.

אם כן, הרמב"ם שפוסק בהלכות שאלה ופקדון (פרק א' הלכה ה) דמשעת משיכה נשתעבר, וכן הבינו בדבריו המגיד משנה והכסף משנה, צריך לומר דרק בשואל ס"ל כן. ואין להידחק ולומר שהוא הדין גם בשומר שכר ובשומר חנם, אלא שאף אם חיוב תשלומין נובע מחיוב השבה, יש פטור מיוחד לשומר שכר מאונסין ולשומר חנם מגניבה ואבידה, דאם כן, למה לרמב"ם לומר ששומר חנם חייב בפשיעה בעבדים ושטרות משום מזיק כמו שכתב בהלכות שכירות (פרק ב' הלכה ג),⁴ לימא חיוב פשיעה בשומר חנם נובע מחיוב השבה אלא שהתורה פטרה בגניבה ואבידה ולא בפשיעה.

ואם כנים הדברים ברמב"ם, יש ליישב את קושיית קצות החושן (סימן רצ"א ס"ק א') על המגיד משנה, שכתב בדעת הרמב"ם (הלכות שאילה ופקדון פרק ח' הלכה ג) דשומר משלם כשעת הפשיעה, וכתב הקצות שמהרמב"ן משמע שדבר זה תלוי במחלוקת אם משעת משיכה נתחייב או משעת פשיעה (ובשו"ת הרשב"א חלק ד' תשובה של"ב מפורש דתלוי במחלוקת אם משעת משיכה נתחייב או משעת פשיעה), והרי הרמב"ם פוסק דמשעת משיכה נתחייב ואיך כתב המגיד משנה בדעתו דמשלם כשעת הפשיעה. אך אם כדברינו, דרק בשואל ס"ל לרמב"ם דמשעת משיכה נתחייב אבל בשאר שומרים ס"ל דמשעת פשיעה, אתי שפיר דברי המגיד משנה, דשם מדובר בשומר שכר. ותלי"ת בדבר זה כונתי לדעת האבני נזר (שו"ת אה"ע חלק ד' סימן רצ"א).

ד

והנה, במחלוקת זו שבין הקצות והנתיבות, מצאנו בענין אחר, שהים של שלמה והש"ך ס"ל כנתיבות, ואולי זו גם דעת הרמב"ן, הרשב"א, הרא"ש והטור. ולעומתם, הקצות מוכיח כשיטתו מדברי הנימוקי יוסף עצמו וממה שהביא בשם הרא"ה, וכן מדעת רבנו שבתלמידיו הרשב"א, שאין חיוב השבה בשומרים, אלא שלענ"ד הבנת הקצות בשיטות אלו אינה הכרחית.

אינו חייב לבער, משום שחיובו בפשיעה משום היזק. וצריך לומר שלענין חיוב אחריות בחמץ יש הבדל בין שומר חנם לבין שומר שכר, ולא כמו בנידון דידן.

4 ועיין רמב"ם בהלכות חמץ ומצה (פרק ד' הלכה ג) שישראל שקיבל חמץ מגוי וקיבל עליו אחריות מגניבה ואבידה חייב לבער, אבל אם קיבל אחריות של שומר חנם פטור (וע' רא"ש פסחים פ"א סימן ד'). ובמאירי פסחים דף ה ע"ב כתב ששומר חנם

כתב הנימוקי יוסף (בבא קמא דף לט ע"א באלפס) לגבי הא דהניח להם אביהם פרה שאולה שמשתמשים בה כל ימי שאילתה, דאם מתה אין חייבים באונסיה ואם טבחה והניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם. וביאר, שאם טבחה זו פשיעה, שהרי אביהם היה צריך להודיעם שזו פרה שאולה, והנכסים השתעבדו משעת הפשיעה. והוסיף:

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

לעומת דברי הנימוקי יוסף, הרא"ש בפרק השואל (סימן ד') הסביר את גדר מתה מחמת מלאכה:

ומתה מחמת מלאכה היינו כגון שדרך הילוכה נכשלה ונפלה ומתה והשואל לא שינה בה ולא פשע בה. או נתייגעה ונתחממה ומתה אבל אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח בדרך לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה. שמה אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה.

וכן כתב הטור בשמו וכן הרמ"א בחו"מ (סימן ש"מ סעיף ג). והבית יוסף (סימן שמ) כתב על דברי הרא"ש:

יש לתמוה דאטו משום שמא מחייבין ליה אדרבה זה ראי' ראוי לומר דכיון דמתה בדרך מסתמא מחמת מלאכה מתה ואין צריך לישבע אלא שמתה בדרך ופטור.

ובש"ך (סימן רצ"א ס"ק מ"ד) כתב בדין שומר שמסר לשומר שחייב, שמצאנו מחלוקת אם שומר שאינו יודע אם באונס או בגניבה, אם הוא כאיני יודע אם נתחייבתי או כאיני יודע אם פרעתוך:

כתב ב"י בשם תלמידי רשב"א שומר שמסר לאשתו ובניו או למי שרגילי' הבעלי' להפקיד אצלו דעת הרמב"ן שאלו נשבע השני שהוא ש"ח שלא פשע בה ואומר שנגנבה או שנאבדה אע"פ שאין אנו יודעים הראשון חייב ולא מצי למימר שמה באונס מתה ופטור אני שעליו לברר. וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני שמתה כדרכה או שהלך למדינת הים, הראשון חייב ולא מצי למימר שמה באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני כ"כ מורי ר"ש.

אבל דעת רבינו דש"ש שמסר לש"ח ואין השני רוצה לישבע (או) שהלך לו שהראשון פטור ואפי' הלה תובעו בכרי שנגנבה מפני שזה טוען שא"י אם נגנבה הוא חייב או אם נאנסה או אם מתה בפשיעה והוא פטור וה"ל כמנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור.⁵

משעת שאלה וכדאית' בש"ס ופוסקים ונתבאר לקמן סי' שמ"א ס"ד היינו לענין דאין היורשי' חייבים לשלם ומטעם דלא אישתעבדו נכסים דשואל משעת

5 ובהמשך כתב: "ומה שדימה רבינו והנ"י זה לאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י ל"ד כלל דהתם כיון שנעשה שומר דמי לאומר א"י אם החזרתי לך, ואע"ג דלא נשתעבדו נכסי השומר אלא משעת אונסים ולא

הנה לפנינו מחלוקת בשומר שכר שטוען איני יודע אם הבהמה נגנבה או מתה באונס וכן בשואל שאינו יודע אם מתה באונס או מחמת מלאכה, אם זה נחשב כאיני יודע אם נתחייבתי. דעת הרא"ה ודעת רבנו שהביא הבית יוסף בשם תלמידי הרשב"א מפורשת דזה נחשב איני יודע אם נתחייבתי. ודעת החולקים לא ברורה אם חייב משום שס"ל שזה נחשב איני יודע אם פרעתיך או מצד דין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע שמשלם. ולפי זה מחלוקתם היא אם בלא הוה ליה למידע אומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם, או אולי כדעת הקצות (סימן ש"מ ס"ק ד') דמירי באופן שהבהמה מתה לפנינו ואי"צ להישבע שבועה שאינה ברשותו, והשאלה היא רק אם באופן כזה אומרים מתוך שאין יכול לישבע משלם.

ועל כל פנים כתב המהרש"ל (מובא בש"ך סימן רצ"א ס"ק מ"ד) שזה נחשב כאיני יודע אם פרעתיך. וכן הש"ך, אף על פי שהעלה בתחילת דבריו את הנימוק של מחויב שבועה, חולק על

הנימוקי יוסף גם מצד איני יודע אם הלוייתי, וכתב דנחשב כאיני יודע אם פרעתיך, ואפילו למ"ד משעת אונסין מתחייב, משום ששואל כל זמן שהוא בעין חייב להחזירה, והיינו כנתיבות.

לעומת זאת, הקצות מסביר את שיטת הרא"ה ודעת רבנו בתלמידי הרשב"א על פי שיטתו שאין על השומר שום חיוב להשיב כשהחפץ בעין, ולכן נחשב כאיני יודע אם הלוייתי. ודעת החולקים היא שחייב לשלם משום דין מחויב שבועה ואין יכול להשבע שמשלם.

ולענ"ד אין הכרח להסברו של הקצות בנימוקי יוסף, דאפשר לומר דהרא"ה מודה שכאשר הפקדון בעין יש עליו חיוב להשיב, אבל מכיון שכאשר אינו בעין (דהרי מתה) החיוב מופקע ומתחלף בחיוב תשלומין, כדברי הנתיבות, אם יש ספק אם מתה באונס או מחמת מלאכה, הרי זה נחשב כאיני יודע אם נתחייבתי.

נ"ל נכון וברור ודלא כמ"ש נ"י ר"פ הגוזל ומאכיל שם ובפ' השואל דכיון דקי"ל דלא נשתעבדו נכסים עד שעת אונסי' ה"ל כאו' א"י אם אני חייב לך ע"ש אלא כמ"ש ודוק".

שאלה ונ"ל הטעם דל"ד להלוואה דלהוצאה ניתנה א"כ חיובא רמי מיד אנכסים אבל שאלה כיון דהדר' בעינה א"כ לא רמי חיובא אנכסיה דשואל כ"ז היא בעין חייב להחזיר' וא"כ כשא"י אם מתה כדרכה או לא ה"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך וחילוק זה

