

בפשיעה —

אם שילם הנפקד ולא רצה לישבע שנגנבה

שלא בפשיעתו, ואף שהיה יכול לעשות כן, שהרי אמרו: שומר חנם נשבע ויוצא:

משום שאין כאן באמת מחשבה להקנות, אלא שמכל מקום מועיל, ואם כן למה לנו לומר שנעשה כאומר לו בשעת מסירה; [וראה מה שהובא בהערות שם, ליישב דעת רש"י בשם ה"קצות החושן", ומזה למדנו שכן הוא הפירוש גם לפי דעת ה"קצות החושן"].

וב"שיעורי רבי שמואל" אות רנו, כתב לפרש בטעם רש"י שלא פירש כהמהרש"א, כי לדעתו, חז"ל אמדו וירדו לסוף דעתו, שבשעה שמוסר לשמירה, יש בדעתו, דבאופן שהשומר ישלם, הרי הוא גומר בדעתו להקנותו את החפץ, וכל זה נכלל בעצם מעשה השמירה למסירה; [ומיהו ראה במהרש"א שם שהוכיח כשיטתו, ממה שאפילו בני המפקיד מקנים, ראה שם].

והרשב"א לקמן לד ב ד"ה שילם לבנים, **כתב:** "דהא מפקיד לא אקני ליה פרתו ממש, אלא ד"נעשה כאומר לו" אמרו, לומר, דלב בית דין מתנה בכך, משום דירדו חכמים לסוף דעתן של בריות, דכל דאית ליה בהמה או כלים ביד שומר ניחא ליה דלא נטרח בבי דינא, וליקנו שומרים כפילא דאתי מעלמא", וראה ב"שיעורי רבי שמואל" אות רנו שלדעתו היא תקנת חכמים; [ויש לעיין, שהרי בגמרא מבואר בהדיא שההקנאה היא בדרכי הקנינים, ואמרינן "כלתה קנינו", ונמצא שתיקנו חכמים שתועיל ההקנאה בלי דעת מקנה וקונה, וצריך תלמוד].

[שיטת הירושלמי היא, שדין המשנה נלמד מן הכתוב שנאמר: "אם המצא תמצא בידו הגניבה משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם", וכי אין אנו יודעין שאם ימצא הגנב ישלם שנים, ומה תלמוד לומר "שנים ישלם", אם אינו ענין לו תנהו ענין לשלפניו, כלומר לפרשת שומרים, והיינו בכי האי גוונא שנגנב

מבית השומר; וראה מה שהביא והאריך בשיטת הירושלמי, ב"שיעורי רבי שמואל" אות רנ].

ב. מאיזה טעם רוצה המפקיד להקנות את הכפל:

ברש"י בסוגיא מבואר, שהמפקיד משום שרוצה הוא להיות בטוח בקרן, לכן מקנה הוא לנפקד את הכפל, שעל ידי זה ירצה הנפקד לשלם לו; והקשו האחרונים: [ראה "אילת השחר" ו"ברכת אברהם"], שהרי מאתו טעם שהמפקיד מעדיף להיות בטוח בקרן מאשר להיות בספק כפל, גם הנפקד לא מעונין בזה יותר, ומה ימריצנו לשלם קרן ודאי, על מנת לזכות בספק כפל?! וראה מה שכתבו בזה.

והנה בעיקר הדין הביא ב"ברכת אברהם" שיש לומר, שאין הכוונה משום שהמפקיד מעונין להקנות את הכפל, אלא שהמפקיד מסכים להקנות את הכפל לנפקד בתמורה לתשלומי השומר; והעיר, דלכאורה מוכח כן ממה שאמרו בתחילת הסוגיא שיש לומר שהמפקיד אינו מקנה אלא בבהמה דנפיש טירחא של הנפקד לשומרו, ולקמן לד ב מבואר, שהמפקיד מקנה את הכפל משום שעשה לו הנפקד נייח נפשיה.

ג. באיזה אופנים זוכה הנפקד בכפל:

הנפקד זוכה בתשלומי הכפל כששילם ולא רצה לישבע, בין באופן שהתברר לאחר זמן שהיא נגנבה שלא בפשיעתו, ובין אם התברר שהיא נגנבה בפשיעתו, [וראה ברמב"ן שכתב להכריח שהדין הוא כן, שאם לא כן האיך הוא זוכה בכפל, והרי היות ולא נשבע, יש לומר שמה פשע בה, ועל צד זה אינו זוכה בכפל]; ואין הבדל אם טען שהוא פטור מלשלם רק שאינו רוצה לישבע, לבין אם הודה שהוא פשע והוא חייב לשלם, כי היות והיה יכול