



הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

בענין קנין בשומרים, ודין שכחה

שאלה:

בחור בישיבה ביקש מחבירו שיטול חבילתו לביתו בעת שישע לשב"ק לביתו, ענה לו חבירו הנח בחדרי ואטלנו משם, וחבירו הניחו בחדרו על הרצפה, כשיצא לביתו שכח ליטול את החבילה, וביום א' כשחזר לא היתה החבילה, וכנראה שנזרק ע"י הפועל נקיון בסברו ששייך לאשפה, כיון שהי' מונח סמוך לאשפה, ולשאלו הגיע האם חייב בחיובי שומרים מדינא או לציי"ש? והנידון בבחור שיושן בחדרו של השומר, או שישן בחדר אחר.

תשובה:

אין חיוב על הבחור שהסכים ליטול החבילה, וגם לא לציי"ש. וגם פטור משבועת השומרים.

מקורות:

ענף א' שומר בעי קנין, וחצר השותפין

המשכיר לשוכר לתשמישים הצריכים לו אבל לקנות ע"י החצר בקנין חצר לזה לא זכה השוכר בבעלות החצר ולכן נשאר זכות זה למשכיר וא"כ בחצר שאולה שדינה כמו חצר שכורה ובענין שכתב הש"ך בסימן קצ"ח ס"ק ו' בשם הריטב"א עיי"ש וה"ה הכא לסברת הקצו' שניתן לו החצר רק לשימושי החצר אינו יכול לקנות בקנין חצר. וכ"כ הנתי' בפתיחה לסי' ר' דאין חילוק בין שאלה ושכירות.

בשו"ע חו"מ סימן רצ"א סעי' ה' כתב וז"ל ויש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקיבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע אע"פ שלא משך ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמשוכה קונה עכ"ל, וכתב הש"ך בס"ק י"ג וכן נראה עיקר וכו' עכ"ל ומבואר דדעת הש"ך דבלא מעשה קנין אינו חייב בחיובי שומר.

וא"כ לפמשי"כ הש"ך בסי' רצ"א שבלא קנין אינו נעשה שומר, הרי שהבחור שהניחו בחדרו שדינו כחצר שאולה לא נעשה שומר, כיון דחצר כזו אינה יכולה לקנות עבור השואל. ולא חלו עליו חיובי שמירה.

והנה בחור בישיבה י"ל דחדרו נחשב כחצר שאולה, שהישיבה משאילה לו את החדר למגורים, ובחצר שכורה פסק בשו"ע חו"מ סימן ש"ג סעי' ג' דאם נפלה מציאה לחצר אין קונה השוכר את המציאה, אלא בעל החצר קונה, ופירשו הקצו' שם בס"ק א', וכ"ה בנתי' בפתיחה סימן ר' דסתמא דמילתא מקנה לו

אמנם הנתי' בפתיחה לסימן ר' כ' לחלק בדין זה, דאם השוכר רוצה לקנות

שאין כאן קנין שמירה ע"י חצר המשותפת ואינו חייב בחיובי שומרים.

והנה בשו"ע חו"מ סימן קע"ו סעיף ב' כתב נשתתפו בשאר מטלטלין כיון שקנו מידם וכו' או ששכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהם הרי אלו שותפין בהם וכו' עכ"ל והק' רבוותא הקצוה"ח בס"ק א' והנתי' בס"ק א' הא חצר השותפין אין קונים זה מזה ואיך זכו כ"א בחלקו של חבירו ע"י החצר ששכרו בשותפות. ובמחנ"א הלי' קנין חצר סימן ו' תי' דחצר השותפין אין קונים זה מזה היינו כשהי' שם החפץ וליכא הוצאה מרשות לרשות, אבל כל שהביא עכשיו חפץ והניחו בחצר השותפות כדי שיקנה חבירו קנה. [ועיי"ש מה שכתב לבאר דברי הר"ן בקידושין ח' ב'] ולדברי המחנ"א יכול לקנות בחצר השותפין זה מזה כאשר מניח עתה בחצר שיקנה חבירו, וא"כ בשומר בכה"ג יש מעשה קנין ע"י חצר השותפין כאשר הניחו בשביל להיות שומר ע"י חצרו, [ועי' תוס' בב"מ צ"ט א' ד"ה כיון וכו' שכי' כע"ז וז"ל דהתם מיירי שהי' מתחלה מונח וכו' אבל הניח ע"ג קרקע בסימטא לשם קנין קונה עכ"ל].

אך בתוס' בקידושין ח' ב' ד"ה אם וכו' מוכח דלא ס"ל סברת המחנ"א שהק' לפרש"י שפירש סלע של שניהם שהניח מעות הקידושין על סלע השייך לשניהם ותתקדש ע"י קנין חצר, והק' תוס' הא חצר השותפין אינם קונים זה מזה כשמניח על הקרקע ואיך תתקדש, הרי להדיא דאף שהניח עתה בחצר המשותפת לצורך הקידושין מ"מ אינה יכולה לקנות מבעלה את כסף הקידושין ע"י החצר, ומוכח דבכל גווני אין חצר השותפין קונים זה מזה, וגם לדעת הר"ן שפירש בספיקת הגמ' דלמא אקנויי

ע"י החצר מרצונו דבכה"ג קני ע"י חצירו. ומה שפסק בשו"ע סימן שי"ג סעי' ג' דאם נפלה מציאה קונה המשכיר, איירי כשנפלה המציאה שלא מדעתו של השוכר ורק בכה"ג אינו קונה בחצירו. ובטעמא דמילתא כתב הנתבות דהוי כפועל ששכרו סתם והפועל מצא מציאה הרי היא לעצמו דסתמא לא שכרו עבור מציאות. אבל שכרו סתם ואח"כ אמר לו ללקט מציאות הרי מציאתו לבעה"ב וכמבואר בסימן ע"ר סעיף ג' וכן בחצר כששכרו סתם ונפלה מציאה שלא מדעתו הרי שהמציאה לבעל החצר, שמסתמא לא השכיר לו החצר למציאות. אבל אם רוצה השוכר לזכות בו מציאות, הוי כאומר לפועל שילקט לו מציאות שהרי החצר כיד המשכיר וכפועל שלו וכמ"ש הנמוק"י ברפ"ק דב"מ, ובה יישב הנתבות מה שהק' על הרמב"ם מ"ג וזקנים עיש"ב.

ולפי שיטת הנתבות שחצר שכורה יכולה לקנות לשוכר כשדעתו לקנות ע"י חצרו, א"כ בניד"ד י"ל שכיון שהניח בחדר חבירו ודעתו הי' שישמור לו בחדרו ואח"כ ישאנו עמו לביתו, א"כ כשהניחו בחדרו נעשה שומר ע"י קנין חצר, ואפשר שיהי' חייב על אובדן חבילתו.

אך זה אינו בהקדם מה שאמרו בב"ב פ"ד ב' דחצר השותפין אין קונים זה מזה ורק בהניח לתוך קופתו של חבירו קנה אבל בהניח בחצר אין קונים זה מזה, וא"כ כיון שחדרי הישיבה שאולים לשניהם והם כשותפים בחצר השאולה, [שהרי אין קפידא מצד הישיבה בשימושם בחדרי הישיבה] וכיון שאין קונים זמ"ז, א"כ אינו נעשה שומר למאי דפסקינן בסימן רצ"א סעי' ה' דבעינן קנין הראוי לקנות במו"מ, וכיון שא"א לקנות בחצר המשותפת זה מזה, ה"ה



דליכא קנין חצר וכמשנ"ת בענף א', והנה בשו"ע סימן רצ"א סעיף ב' כתב וז"ל וקיבל עליו לשמור ואפילו לא קיבל עליו בפירוש אלא שאמר לו הנח לפני הוא ש"ח, אבל אם אמר לו הנח לפניך או הנח סתם וכו' אפילו ש"ח לא הוי ואינו חייב שבועה כלל וכו' עכ"ל וא"כ בניד"ד שהשומר אמר לחבירו הנח בחדרי ויודע המפקיד שאינו שומר עתה והניחו במקום שאינו משתמר, שהרי חדרי הישיבה בדרך כלל אינם נעולים ופתוחים להיכנס בו, אין כאן קבלת שמירה שהרי לא אמר לו הנח לפני דזה מורה על קבלת שמירה, אבל בניד"ד שהניחו במקום שאינו משתמר ושלא בפני השומר ליכא כאן קבלת שמירה.

ב) והנה שם בשו"ע כתב בשם הרא"ש דמי שהי' מהלך בדרך ואמר לו חברו הולך המנעלים עמך ואמר לו הניחם על החמור והניחם שם ולא קיבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניחם המפקיד על החמור כך הולכים ולא קשרם והלך לו מן הצד להסך רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים הוי שומר חנם והו"ל פושע וחייב לשלם וכתב ע"ז בהג"ה וז"ל דלא אמרינן אם אמר הנח סתם שאינו שומר חנם דוקא במקום המשתמר אבל בדרך וכיוצא בו בודאי קבל עליו שמירה ויש חולקין וסבירא להו דאפי' במקום שאינו משתמר לא הוי שומר חנם עד שיאמר "הנח לפני" עכ"ל ועיין סמ"ע בס"ק ה' שביאר סברת הרא"ש דכיון שהבעלים הולכים ונשארים כאן ובעל החמור שעל גבם המנעלים הולך למקום אחר, א"כ בודאי קיבל עליו שמירה אפילו בהנח סתם, דאם לא קיבל עליו לשומר מי ישמרם, עייש"ב. ולפי"ז בניד"ד שהמפקיד הניח חבילתו בחדר השומר "שלא בפניו" ויודע שאינו שומר עתה, א"כ אי אפשר לפרש כונת השומר הנח ואנטרנו לך, ואפילו

מקני לה מקום בחצר אין כונתו לסברת המחנ"א שכוון שהניחו לצורך הקנין מהני, אלא כמו שפירש האבנ"מ בסימן ל' ס"ק ג' עפ"י דברי התוס' בבכורות י"ח ב' דכשיש אומדנא שמקנה לו חצירו יכול לקנות אפילו בלא דיבור ע"י הנחת החפץ קונה חלקו בחצר ונעשה החצר שלה לזמן הקידושין וזהו רק בקידושין אבל בסתם מקח ליכא אומדנא זו כדמוכח מהאי דינא גופי' דאין חצר השותפין קונים זה מזה ולתוס' אפילו הניחו לצורך הקנין ורק בקידושין שרוצה לקדשה יש לדון עפ"י האומדנא שרוצה להקנות לה חלקו בחצרו ועיי"ש באבנ"מ באורך. וכ"כ התיבות בסימן קע"ו ס"ק ב' דלא משמע בסוגיות הש"ס בב"ב פ"ד ב' כסברת המחנ"א.

ולפמשנ"ת אפילו אם נאמר כהנתיבות דחצר השכורה קונה לשוכר מדעתו מה שבחצר דדמי לפועל שאמר לו לקט לי מציאות, מ"מ בחצר השותפין א"א לקנות זה מזה, ולדעת השו"ע בסימן רצ"א דשומר בעי קנין הא בניד"ד ליכא קנין ולא נתחייב בחיובי שמירה.

ענף ב' לשיטת הפוסקים דא"צ קנין.

א) ועתה נדון לשיטת הראשונים שאין צריך מעשה קנין להתחייב בחיובי שומרים אלא כיון שקיבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע אעפ"י שלא משך וכמ"ש בשו"ע סימן רצ"א סעי' ה' לדיעה קמיינתא, והיא דעת תוס' בב"מ צ"ט א' ד"ה כך וכו' וכ"ה דעת הרא"ש שם. [ועי' תוס' ב"ק ע"ט א' ד"ה תקנו וכו' דמשמע דס"ל דרק ע"י קנין משיכה מתחייבים בחיובי שומרים עיי"ש ובבהגר"א סימן רצ"א ס"ק י"ג בליקוט עיי"ש] א"כ יש לדון אם נעשה שומר אף

בקרוב לפשיעה דהא פטור מאבידה דחשיבא קרוב לפשיעה וכמ"ש תוס' שם בב"ק כ"ז ב', א"כ מוכח דגם ש"ח אם שכת ועי"ז נפסד הפקדון אינו חייב בתשלומין דהוי כקרוב לפשיעה וש"ח פטור בזה.

אמנם לכאורה קשה מש"ס דב"מ ל"ה א' ההוא גברא דאפקיד כיפי גבי חברי' אמר לי' הב לי כיפי אמר לי' לא ידענא היכא אותבינהו אתא לקמי' דר"נ אי"ל כל לא ידענא פשיעותא הוא זיל שלים וכו' וכ"ה בשו"ע חו"מ סימן רצ"א סעי' ז' ואי נימא דשכחה לא הוי פשיעה וכדמוכח בגמ' דחשיב רק קרוב לפשיעה אמאי ש"ח חייב כששכח היכן הניח הפקדון הא שכחה אינה כפשיעה.

והנה בנתיבות סימן רצ"א ס"ק י"ד פירש בהאי דינא דלא ידענא היכא אותביתי' דחייב, אינו משום חיוב פשיעה אלא דחיובו מדין מזיק, ואפי' אם יהא בעליו עמו בתחלת השמירה שאינו חייב בפשיעה כדקיי"ל בסימן רצ"א סעיף כ"ח, מ"מ בגוונא שאומר לא ידענא היכא אותבינהו חיובו מדין מזיק וכתב הנתיבות בטעמא דמילתא וז"ל דאפילו מי שאינו שומר כלל חייב בכה"ג כגון אם ילך ראובן לבית שמעון ויקח מעות של שמעון ויקברם בקרקע וכונתו לטובת שמעון שלא יוגנב, ובכה"ג לא נעשה ראובן גזלן, וישכח באיזה מקום קברו דודאי חייב ראובן לשלם דכיון שעשה מעשה בחפץ חבריו ועי"י מעשיו ניזק חפץ חבריו מזיק גמור הוא, וה"נ השומר הזה שלקח החפץ ממקום המגולה והטמינו במקום שא"א להימצא וניזק עי"י מעשיו חייב לשלם עכ"ל, ולכאורה צ"ע סברתו דהרי בשעה שהניח במקום המוטמן וזכר מקומו אין זה מעשה היזק שאין שום נזק בחפץ, ואדרבה הניחו שם לשומרו לטובת הבעלים, ורק אח"כ כששכח היכן

אם הניחו במקום שאין משתמר, מ"מ הרי הבעלים ידעו שאין השומר בחדרו לישב ולשמור חבילתו, ואין בדעתו להתחייב לשמור וכיון שאמר הנח בחדרי, גם להרא"ש ליכא קבלת שמירה. וכ"ש להחולקים וס"ל דגם במניח במקום שאין משתמר אין כונתו לקבל שמירה כשאומר הנח סתם דבודאי לא נעשה שומר בנידון דידן. ולכן אין עליו גם חיוב שבועה שאינו ברשותו ושלא פשע, כיון שלא נעשה שומר כלל.

ענף ג' שכחה בש"ח אי הוי פשיעה.

א) בש"ס ב"ק כ"ו ב' אמר רבה היתה אבן מונחת לו בחקו והכיר בה ושכחה לענין נזקין חייב לענין ד' דברים פטור ופרש"י ד"ה לענין ד' דברים פטור דאע"ג דהכיר בה ושכחה שוגג הוא ולא "פשיעה" עכ"ל, והא דחייב בנזקין משום דנזקין אתרבו לעיל מפצע תחת פצע לחייב על האונס כרצון ועל השוגג כמזיד אבל לענין ד' דברים לא אתרבי ומשו"ה פטור. וכתבו תוס' לקמן כ"ז ב' ד"ה ושמאל וכו' דאדם המזיק חייב רק בגוונא דהוי אונס הקרוב לפשיעה. אבל קרוב לאונס פטור אפי' בנזקין עי"ש באורך.

והנה לקמן כ"ז א' קאמר נפל מראש הגג ברוח שאינה מצוי' והזיק ובייש חייב על הנזק ופטור בד' דברים, ברוח מצוי' והזיק ובייש חייב בד' דברים ופטור על הבושת, ומבואר בגמ' דכדי לחייב ד' דברים בעינן פשיעה ממש כרוח מצוי', אבל רוח שאינה מצוי' דהוי רק כקרוב לפשיעה אף שחייב בנזק, פטור מדי' דברים. וכיון דחזינן דאפילו הכיר בה ושכחה פטור מדי' דברים וחייב רק בנזק מוכח דשכחה הוי קרוב לפשיעה וכמש"כ רש"י דהוי שוגג ולא "פשיעה", וא"כ בש"ח שחייבו רק בפשיעה ולא



לומר הרש"ל עיי' שייך בחו"מ סימן שסייג
 סייק ז' משייכ בשם המהרש"ל ועייע
 במג"א סימן ת"מ סייק א' עיי"ש
 דשכחה הוי פשיעה ואפילו שייח חייב,
 ואייתי ראוי מגמ' הנז"ל בב"מ ל"ה א'
 דכל לא ידענא פשיעותא הוא. והוקשה לו
 מגמ' דב"ק כ"ו ב' הנז"ל דמבואר דפטור
 מד' דברים ורק בנזק חייב דהוי רק
 קרוב לפשיעה, ותי' בן השער אפרים
 דהתם לא אסיק אדעת' שישכח. ואפי'
 ישכח לא אסיק אדעת' שבנפילת האבן
 יזיק לחברו. אבל בני"ד הו"ל לאסוקי
 אדעת' שישכח ועיי' יאסר החמץ מיד
 שהרי יעבור בב"י וב"י עיי"ש, ונראה
 דכונתו לחלק בין שכחה שבזמן מועט
 יגרם הנזק, לבין שכחה שצריך עוד
 פעולה או זמן רב שיגרם הנזק ובכה"ג
 אינו צריך כ"כ לאסוקי אדעת', אך
 לפי"ז תיקשי מהגמ' דכל לא ידענא וכו'
 דהתם השכחה לא תגרום נזק מיד, רק
 אם ישכח ממנו לזמן רב ואפי"ה חייב,
 וצריך לומר דאם השכחה גופא גורמת
 הנזק חייב וזהו כהך דכל לא ידענא וכו',
 וכן בחמץ שעצם מה שישכח מלמכור
 יגרום נזק ובזה הוי פשיעה, אם השכחה
 גרידא לא תגרום נזק, אלא בצירוף עוד
 מעשה שיקום ממקומו והאבן תיפול על
 ממון חבירו ויזיקנו דמלבד שכחתו צריך
 עוד פעולה שיוזק ממון חבירו בזה ל"ה
 שכחתו פשיעה גמורה רק קרוב לפשיעה.
 [ועיי' שם שכי' להוכיח מערובי תבשילין
 בביצה ט"ז ב' דשכחה הוי פשיעה והתם
 ג"כ השכחה גרידא היא פשיעה]

אמנם בשו"ת שבות יעקב ח"ב סימן
 קמ"ח (חלק אבהע"ז) דן במי שאמר
 בב"ד שאין לו שום תביעה על הנתבע
 ואחר זמן טען ששכח לתבוע עוד איזה
 תביעה האם הפסיד זכות תביעתו וכתב
 שם דתליא אי שכחה הוי פשיעה או שוגג
 ואונס דאי הוי פשיעה הפסיד זכות
 תביעתו ואי אין זה פשיעה יכול לתבועו,

הניחו נוצר נזק בהטמנתו, וא"כ אם
 אינו חייב מחמת פשיעתו שהרי הי' בעליו
 עמו, אמאי יתחייב, הרי אין פעולת
 ההטמנה גרידא גורמת ההיזק אלא
 שכחתו אח"כ כאשר כבר החפץ מוטמן,
 ואינו עושה עתה שום מעשה, ואיך
 יתחייב מדין מזיק.

ואפשר דכונתו שהניחו במקום שאינו
 הוה להימצא ובודאי ישכח מקום
 הנחתו, וחשיב כהניחו במקום ההולך
 לאיבוד, ולכן הוי מעשה היזק. אך צ"ע
 אם כך כונתו. ועוד אם כך מחייב
 המציאות שבעת הטמנתו עומד הדבר
 לישכח ולא ידע מקום המצאו ועיי'.

ועפ"י רהיטת הדברים משמע דחיובו
 משום שומר, ובשומר מוטל עליו לזכור
 מקום הנחתו, כדי שיוכל להשיבו לבעליו,
 והי' לו לרשום מקום הנחתו ולא לסמוך
 על זכרונו. וכעיי' חזינן בחו"מ סימן ש'
 סעי' א' ב' שהפקידו אצל א' זה מנה
 וזה מאתיים ולא הפקידו זה בפני זה,
 וכל א' משניהם אומר אני הפקדתי
 מאתיים והשומר אומר איני יודע וכו'
 נותן לזה מאתיים ולזה מאתיים, מפני
 שפשע שהי' לו לכתוב שם כל אחד על
 כיס שלו עכ"ל, הרי שמוטל עליו לרשום
 מי הפקיד כיס זה, וכן בהניח במקום
 המוטמן, הי' לו לרשום מקום המצאו של
 הפקדון, והוי פשיעה במה שלא רשם
 היכן הניחו. אבל בעלמא שפיר י"ל
 דשכחה הוי כקרוב לפשיעה, ורק אדם
 המזיק חייב אבל שומר חנם יפטר.

ובשו"ת שער אפרים סימן כ"ח דן
 בשותף שלא מכר החמץ מחמת שכחה
 ותבעו חבירו לשלם את הפסד החמץ
 שעבר עליו הפסח ופסק בהג"ה מבן
 המחבר הרב ר' יהודא ז"ל דחייב
 [להפוסקים דס"ל בשומר שאינו יכול
 לומר הרי שלך לפניך ורק בגזלן יכול

אלא שיתכן שהפועל נקיון זרקו לאשפה, בזה לכו"ע פטור ואין בזה פשיעה, דלא הוי לאסוקי אדעתי שישכח, וגם אם ישכח שינזק הפקדון ובכה"ג לכו"ע פטור.

ובסי דברי גאונים כלל צ"ט אות י' כתב בשם שו"ת מקור ברוך סימן נ"ב במי שפתח הארגז שבו הפקדון ואח"כ שכח לסוגרה, ונגנב הפקדון בעת ששכח לסוגרה, ומסיק שם דשכחה הוי אונס וישבע שבועת השומרים ויפטר, וכתב דהוא מחלוקת הפוסקים אי שכחה הוי אונס, ואין הספר תחת ידי ולפמשנ"ת י"ל דגם לשיטת בן השער אפרים יפטר דלא אסיק אדעתי שבזמן שכחתו לסגור הארגז יגנב הפקדון. ועיי"ש עוד בדי"ג בשם שו"ת סמיכה לחים סימן י"ז ששותף שהתרו בו שלא ימכור בהקפה ואח"כ שכח ומכר בהקפה ואח"כ נפסד החוב והלוקח לא שילם, ודן שם אי שכחה הוי פשיעה או אונס, ותליא לה בפלוג' דרבוותא הנז"ל, אך צ"ע דהתם השותף שומר שכר כמבואר בחו"מ סימן קע"ו סעי' ח', ובש"ש בודאי ששכחה לא הוי אונס וכדחזינן בב"ק כ"ו ב' דאדם המזיק חייב בהזיק מחמת שכחה, וע"כ דהוי לכה"פ קרוב לפשיעה, וא"כ בודאי שש"ש יתחייב במה שנפסד ע"י שכחתו וצ"ע, (ואין הספר תח"ל) ואפשר דס"ל דנזק שאירע אחר זמן מחמת שכחה דומיא דהתם דשכח שלא ימכור בהקפה, אך עדיין לא נעשה נזק מיד, ורק אח"כ נפסד החוב, ויתכן שהפסד החוב הי' אונס, אלא דאם השכחה הוי כפשיעה, הוי כתחלתו בפשיעה וסופו באונס דחייב, אבל כאן דאין זה פשיעה אפי' אי נימא דהוי כקרוב לפשיעה וכעין גניבה ואבידה מ"מ כיון שהפסד החוב הי' באונס, ותוס' כתבו בב"מ צ"ג ב' ד"ה אי הכי וכו' דאפי' בש"ש שחייב בגניבה ואבידה, מ"מ תחלתו בכעין גניבה

ואייתי למש"כ בנו של השער אפרים הנז"ל שכתב דשכחה הוי פשיעה וחלק עליו באורך דשכחה הוי שוגג ואונס, וכמו שהוכיח שם באורך מכמה דוכתי, ואח"כ כתב ומה שהוכיח בן השער אפרים מגמ' דב"מ ל"ה א' דכל לא ידענא פשיעותא היא כתב השבות יעקב וז"ל דשאני התם שהפקידו אצלו וראוי לזיהר בפקדונו להניח אצל אוצרו ותכשיטיו ולכתוב בפנקסו וזה לא עשה כן וכו' לכך הוי פשיעה גמורה, אבל בשאר כל הדברים שכחה הוי אונס או שוגג ואין זה פשיעה עכ"ל, הרי שפירש כמו שכתבנו לעיל דרק בכה"ג הוי שכחה כפשיעה, דהיי' לו לכתוב בפנקסו ולא להניחו במקום כזה, אבל בעלמא שכחה לא הוי פשיעה ורק שוגג ואונס [וע"ע באו"ח סימן תקכ"ז סעי' ג' ובמג"א שם ס"ק ו' שחילק בין שכחה סתם לשכחה מחמת עצלות וע"ע באו"ח סימן שי"ח במג"א ס"ק ג' ובפתחי תשובה שם, ובסימן ק"ח סעי' ח' ובמג"א שם ס"ק י"א ודימה להך דב"ק כ"ו ב' דאדם המזיק פטור מדי דברים עייש"ב ואכמ"ל בזה]. וכתב עוד שם בשבות יעקב דבזמנינו דנתמעטו הלבבות בודאי שכחה אינה פשיעה אלא שוגג ואונס עייש"ב.

העולה מזה דלדעת השבות יעקב בש"ח ששכח בודאי פטור דהוי שוגג ואונס ואין בזה פשיעה. אמנם לפי מה שבארנו בסברת השער אפרים י"ל דש"ח ששכח ואח"כ אירע סיבה ומקרה שגנבו החפץ או הזיקוהו ואין השכחה עצמה גורמת הנזק, כגון לא ידענא, או בגוונא שנאסר החמץ מחמת שכחתו, אלא שצריך עוד פעולה שיוזק החפץ כמו בב"ק כ"ו ב' שצריך שיפיל האבן על ממון חבירו בזה מודה השער אפרים דהוי כשוגג, א"כ בניד"ד ששכח ליטול החבילה, ובזה עדיין לא ניזק הפקדון,



שלא מונח בדבריו קבלת שמירה, והן מצד דשכחה הוי כאונס בשומר חנם. אך להאי טעמא דהוי כאונס חייב לישבע שבועת השומרים אם אין המפקיד מאמינו שכך אירע, אבל לטעמים הקודמים שלא נעשה שומר כלל גם משבועת השומרים פטור, דכל חיובי שומר בעו קנין להשו"ע, או קבלת שמירה לכו"ע.

ואבידה וסופו באונס פטור עיי"ש שהוכיחו כן מסוגית הגמ', וא"כ ניחא מש"כ בשותף שנפסד החוב מחמת שכחה, דאי שכחה אינה פשיעה אף דהוי כעין גו"א, מ"מ בהפסד החוב שאירע באונס יש לפטור השותף מלשלם ועיין.

העולה מכל הנ"ל דבניד"ד יש לפוטרו הן מצד שלא הי' קנין בפקדון, הן מצד