

חבל נחלתו

בפת"ש שם ס"ק לח שהבי"ד יראו לפשר ביניהם כדי שלא יבואו לידי שבועה, ועי' פת"ש סי' יב ס"ק ג ששיעור הפשרה הוא כפי ראות עיני הבי"ד, ועי' פד"ר כרך ז עמ' 350, ועי' שבות יעקב ח"ג סי' רפב במחוייב שבועת הנוטלים שהפשרה היא שיטול שלישי בעד השבועה, ועי' תרשיש שהם חו"מ סי' עא שבמחוייב שבועת הנפטרים אם זו שבועה דאורייתא נוהגים לפשר לחצאין, ובמחוייב שבועה דרבנן נותן שלישי. עולה שצריך לפשר למנוע עונש שבועה מן הפקידה. ונראה שכיון שהיא פקידה של הישוב הישוב צריך לשלם את הפשרה ולא הפקידה.

מסקנה

על הישוב שהפקידה עובדת מטעמו לשלם למפקיד סך 16.66 שקל.

היסת לפי הכלל המוציא מחברו עליו הראיה, ואם אין שם ראיה הרי זה פטור וישבע היסת". וכן פסק בהלכות מכירה (פ"כ ה"ז).

וכן נראה מדברי הרמ"א (חו"מ סי' צחר ס"ב): "מפקיד שאמר: נגנב לי מן הפקדון, והשומר אומר: איני יודע, נשבע שאינו יודע, ופטור. (תשובת רשב"א סימן אלף קל"ד)". והמדובר שם בשומר שכו.

ו. אולם בימינו כדי להינצל מעונש שבועה אנו מטילים פשרה ביניהם. והמחוייב שבועה צריך לשלם שלישי מהנתבע ממנו כדי להיפטר מהשבוע כן העלו ב'פסקי דין – ירושלים' (דיני ממונות וביורוי יהדות ג, עמ' סח): "ופסק השו"ע חו"מ סי' יב סעי' ב שאם חייבו בי"ד שבועה לאחד מבעלי הדין רשאי הבי"ד לעשות פשרה ביניהם כדי להיפטר מעונש שבועה, וכתב בשער המשפט סי' פז ס"ק כז והובא

סימן נה

קבוע ופירש בדיני ממונות

ומיעוט אינו נידון כרוב אלא דינו מסופק. עולה ששני כללים אלו נוגדים את הכלל של המוציא מחברו וכו', ולכן בדיני ממונות אין נוהגים על פיהם. ומצאתי בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה א ח"א סי' רנד) שיוצא לומר שלא שייך כלל דין קבוע בדיני ממונות, ואלו דבריו: "והנה ענין קבוע בד"מ לפע"ד אין לו ענין דדוקא היכא דשייך ללכת בתר רוב בזה גלתה התורה דאם ה' קבוע נעשה ספק אבל בממון דלא אזלינן בתר רובא א"כ העיקר דלא אפשר להוציא מספק וא"כ מה נ"מ אי

א. המושגים: "כל קבוע כמחצה על מחצה דמ"י" (יומא פז ע"ב וכתובות טו ע"א ובמקומות נוספים) וכן "כל דפריש מדובא פריש" (שם) מוכרים ככללים להכרעה בדיני איסור והיתר, ולא ככללים להכרעה בדיני ממונות. בדרך כלל בדיני ממונות אין הולכים אחר הרוב, אלא המוציא מחברו עליו הראיה, והמוחזקות בממון היא הקובעת ומשליכה על הצד הרוצה להוציא את חובת הראיה על מנת להוציא מהמוחזק את הממון. המושג 'קבוע' יחודו בכך שפרט שהוצא מתוך כלל שיש בו רוב

חבל נחלתו

אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, הב"ע דאזלה איהי לגבייהו והוה ליה קבוע. ולא דמי להיכא דהיו בנות נשואות והיו באין גם בעליהם כל אחד אומר אשתו מתה אחרונה דאז ודאי כל אחד נוטל חלק ששי דיש כח לזה כמו לזה, אבל השתא דליכא אלא שני בעלי דינין ואע"ג דזה בא מכח הבעל וארבע בנותיו זה בא מכח אחותו גרידא **כיון דאמרינן כל קבוע שקולין הן ויחלוקו.** ואין לומר שמא לא נהרגו במקום קביעותם אלא כשיצאו חוץ לבית דכה"ג פריך בניזר ודלמא בשוקא אשכח וקדיש, דהא לא קשיא דאפילו אם נהרגו חוץ לבית אמרינן ראשון ראשון שיצא נהרג וכל דפריש מרובא פריש, דאיכא למימר דתחלה נהרגו ארבע האב ושלוש בנותיו עד שלא נשאר אלא אחד מהם והאשה היא אחת מהנך שנשארו, ואיכא חדא ספיקא איזה מהם נהרג תחלה ויחלוקו. **ואין לומר דלא אשכחן כל קבוע אלא בדיני נפשות ואיסורא ולא בדיני ממונות** זו מניין אי משום דקרא דוארב לו דילפינן מיניה קבוע בדיני נפשות כתיב א"כ באיסורא מנין אלא ודאי אין לחלק. וקצת יש להביא ראיה מדאמרין פרק מי שמת נפל הבית עליו ועל מורישיו אע"ג דיש לפרשו על אחד ממורישיו משמע נמי אם היו מורישין שנים כן הדין דיחלוקו לב"ש בעל חוב ויורשי מורישיו אע"ג דיורשי מורישיו באים מכח שני כחות ובעל חוב מכח אחד. ועד כאן לא פליגי ב"ה ואומרים נכסים בחזקתן אלא משום דיורשי האב ויורשי מורישיו [ודאי] ובעל חוב ספק ואין ספק מוציא מדי ודאי דאפילו מתו מורישיו תחלה וירשם ראובן אין לו לבעל חוב עד שיגברוהו בית דין דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כדאמרינן פרק החולץ אבל בנדון

הוה קבוע או לא סוף סוף מידי ספיקא לא יצא.

אמנם מצינו בכמה מקומות שימוש בגדרים אלו בדיני ממונות, וצריך לדון באלו מצבים משתמשים בכללים אלו בדיני ממונות.

ב. כתב המרדכי (בבא בתרא רמז תרלח): "כתב רבינו מאיר וז"ל ראיתי מכתב רבותינו בדין נפל עליו הבית ועל ארבע בנותיו ועל אשתו לאה, יורשי הבעל אומרים אשתו מתה ראשונה ואח"כ מת הבעל וארבע בנותיו והננו יורשין אותו ואחיה של לאה אומרים לאה מתה אחרונה והננו יורשין כתובתה ויש מרז"ל שאומרים שלא יטול אחי לאה אלא חלק שנים עשר מן הנכסים ויש שכתבו שלא ליטול אלא חלק ל"ב מן הנכסים וחשבי ליה כספיקות וספיקי ספיקות דלמא הבעל מת אחרון, ואם תימצי לומר לא מת אחרון שמא בת אחת מתה אחרונה ושמא השניה ושמא השלישית ושמא הרביעית. ואני בעניתי נראה בעיני אע"ג דהוא בא מחמשה כחות מכח ראובן וארבע בנותיו **מימי אין זה אלא כח אחד דכיון דכולהו הוו קבועין** הא אמרינן קבוע כמחצה על מחצה דמי ולא שקולה כנגד כולן וא"כ לא שייך למימר ספק ספיקא ולא דמיה כלל האי מלתא לספק ספיקא דעלמא כדפרישית מטעם כל קבוע. והא דאמרין בפרק שני דנזיר האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה כו' עד אמינא לך איסורא דלא נייד פירוש האשה שקבועה בבית משום דכל כבודה בת מלך פנימה ואיכא למימר דאסור בכל הנשים אע"פ שלא קדש אלא אחת מטעם כל קבוע כו' וכן פרי"ו ולר"ת דפירש שם בע"א אין ראיה משם אבל יש ראיה מסוף פ"ק דכתובות דגרסינן התם אי דאזלי

זאת ניתן לומר שמהרוב פרשו תחילה ומתו ונותרה בת שלא מתה והאם והרי זה ספק השקול וחולקים. לעומת זאת, אם הבנות היו נשואות, כל אחד מבעליהם טוען בעצמו ולכן מחלקים את הכתובה לששה חלקים. במקרה זה לא היתה מוחזקות בממון ולכן השאלה היתה האם להכריע עפ"י רוב או עפ"י כללים אחרים.

ג. ופסק הרמ"א בשולחן ערוך (ח"מ סי' רפ ס"ב) כמהר"ם: "הגה: ראובן ואשתו עט ארבע בנותיהן שהיו בבית, ונפל עליהם הבית ומתו, יורשי ראובן ואומרים שמא ראובן או אחד מבנותיו מתו באחרונה, והם יורשין הכל, אפילו הכי חולקין עם יורשי האשה, **דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי**. אבל אם הבנות נשואות ובא בעל של כל אחד ומבקש חלקו, חולקין הממון על ששה חלקים, ארבע חלקים לבעלי הבנות, וחלק אחד ליורשי ראובן, וחלק אחד ליורשי האשה (מרדכי פרק מי שמת)."

וכן באר זאת בערוך השולחן (ח"מ סי' רפ ס"ז): "מעשה בראובן ואשתו וארבע בנותיהן שהיו בבית ונפל הבית על כולם ומתו וטענו יורשי האשה כיון שיש ספק שמא מתה האשה באחרונה ויורשים כתובתה יחלוקו בהכתובה כדין ספק וספק ויורשי ראובן טוענים כיון דאם רק אחד מהחמשה נפשות מת אחר האשה אין ליורשי האשה כלום דבנותיה יורשין אותה והם יורשים מהבנות וא"כ נלך אחר הרוב דמסתמא נשאר אחד מהחמשה אחרי מות האשה ופסקו דחולקין **ואין הולכין אחר הרוב** דכיון דכולם היו קבועים בהבית כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ואפי' בממון יש דין קבוע כמ"ש בסימן רצ"ב גבי פקדון. ואפילו לא היו קבועות בעת מיתתן אלא

זה אידי ואידי ספיקא נינהו הללו באין לירש והללו באין לירש דברי הכל יחלוקו ואפילו אם הלכה כשמואל דאמר אין אדם מוריש שבועה לבניו שהרי אם הבעל מת ראשון היא ראויה ליטול כתובתה [בלא] שבועה [רמז תרלט] דכל כה"ג דמת פתאום לא חיישין לצררי. וכן פי' רבינו שמשון ממנביל"א על קושיא דמקשינן גבי נפל הבית עליו ועל אשתו ואפי' למ"ד נכסים בחזקתן [הוי וכו'] ויחלוקו והא אין אדם מוריש שבועה לבניו ופירש הכא דמת פתאום לא אסיק אדעתיה לאתפשי צררי אלא כשמת על מטתו כדרך כל הארץ ביישוב הדעת וכל כה"ג הבו דלא לוסיף עלה על מילתא דרב ושמואל ואפילו אם תימצי לומר דרב ושמואל איירי בכל ענין מדלא משני התם פ' כל הנשבעין הכי על כמה פירכות דפריך להו מיהו אגן לא קי"ל בהא כוותיה דהא אפילו הוא דשכיב ושבק אחין הוה ס"ד למימר הבו דלא לוסיף [עלה] ונחי דמסקינן מה לי שלא פקדני אבא מה לי שלא פקדני אחי ה"מ התם דאין טעם לחלק אבל הכא שיש טעם לחלק כדפרישית (נמי) נימרו הבו דלא לוסיף עלה ושלום מאיר ב"ב. תשובה זו הובאה בתשובות מיימוניות (משפטים סי' ה) וכן בשו"ת מהר"ם (ד"ק קעב וד"ל שעח). והזכיר זאת הב"י בחו"מ (סוף סי' שפ).

היינו, המהר"ם מכריע על פי דין 'קבוע', וכיון שקבוע כמחצה על מחצה דמי, אע"פ שיורשי האשה באים רק מכוחה ויורשי הבעל באים מכח האב והבנות והיה מקום לומר שנלך אחר הרוב, בכ"ז נחשב הדבר למחצה על מחצה, ויורשי הבעל ויורשי האשה חולקים. ואף אם תאמר שכלם פרשו ממקום קביעותם ומתו שם, בכל

חבל נחלתו

ח"א סי' תתסג, ואולי זו אותה תשובה). היינו, ישנן שלש אפשרויות לפסוק בדין זה: א) שכל בעלי הממון יחלקו לפי הממון שהיה לכל אחד. ב) הנפקד אינו מפסיד כלום משום המע"ה, וההפסד כולו על המפקידים בשתי אפשרויות אם נלקח ממקום הקביעות כל קבוע כמחצה על מחצה וחולקים בשווה, ג) אם הוא פרש למקום אחר כל ההפסד על בעל הרוב ובעל המועט מרוויח. הריב"א פסק כאפשרות השניה שהמוציא מחברו עליו הראיה והמפקיד את הרוב הפסיד חלק מממונו.

ה. מקרה נוסף מובא בשו"ת מהר"ח אור זרוע (סי' לו) שם הוא מכריע עפ"י כל דפריש מרובא פריש, וז"ל: "הביא אתרוגים בסל אחד ד' שותפין. לאחד היו כ' ולאחד ח' ולאחד ג' ולאחד ב' וסימנו בקשרים של כל אחד. ובא האנס והוריק כולם מן הסל והתיר הקשרים ולקח עשרה מהם והשאר החזיר להם, ועתה אבדו הסימנים ואין ידוע שלמי נלקחו. ושמא היה שייך לומר כל דפריש מרובא פריש וכשלקח הגוי לקח מן הרוב דהיינו משל אותו שהיו כ' שלו, כהויא דתערובות ונכבשינהו דניידי ונימא דכל דפריש מרובא פריש. ואע"ג דקיימא לן כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב. היכא שאין אחד מהם מוחזק אפילו שמואל מודה דהולכין אחר הרוב. כך פירשו התוס' פ"ק דיבמות בשמעתתא דתני רב ביבי בר אביי. וכאן אפילו אחד מהם

מתו ביציאתן חוץ אמרינן כל דפריש מרובא פריש ונהרגו תחלה ארבע נפשות מראובן ובנותיו ונשאר אחד מהחמשה והאשה שהם מחצה למחצה והוה ספק וספק ויחלוקו ואם הבנות נשואות והיה להן ממון שלא מחמת אביהן ובאו בעלי הבנות ומבקשים חלקם שיורשים נשותיהם חולקין ממון הספק על ששה חלקים ארבעה חלקים לבעלי הבנות וחלק אחד ליורשי האשה וחלק אחד ליורשי ראובן [ומתורץ קושית הנה"מ] ואע"פ שלא נשבעה אשת ראובן על כתובתה מ"מ הכתובה בחזקתה דטעמא דשבועה הוא משום צררי ובמיתה פתאומית לא חיישינן לזה [סמ"ע]."

ד. בתשובות מיימוניות (משפטים סי' כח, להלכות שאלה ופקדון פ"ה) מובאת שאלה אחרת שהמשיב (הריצב"א) מקבל את העקרון עליו סמך המהר"ם: "אשר שאלת על ד' וה' כיסים אשר בתיבתך משלך ושל אחרים, ולקחה בתך ב' דינרים ואינה יודעת מאיזה. כך נראה בעיני כיון שלקחה מן הקבוע כמחצה על מחצה דמי ולא אזלינן בתר רובא. ואין לחלק בין נפקד לאחר ולדמותו לנמצא ביד גוי (חולין צה, א), כיון שהישראל לקח מן הקבוע וכל שכן כאן שבתך לקחה הב' דינרים שהיא כמו נפקד דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד (ב"מ לו, א) וכיון דהוי פלגא ופלגא דמי לאחד שהפקיד טלה אצל בעל הבית דאמרינן המע"ה¹ (בכורות יח, ב) ושלוש יצחק ב"ר אברהם תנב"ה". (ובדומה בשו"ת הרשב"א

1. רש"י (בכורות יח ע"ב): "ומשל דרבי עקיבא לאחד שהפקיד אצל בעל הבית – והניחה בעדרו ומתה בהמה אחת בעדרו ואומר שלך מתה והלה אומר אחת מאותן שלך מתה המוציא מחבירו עליו הראיה ומתני' נמי דמרע ליה ר' עקיבא לכחו של כהן כשישנן ברשות בעל הבית דהוי כהן מוציא מחבירו".

לכיס הביא שאם נגנב להם, השאר מביאין וחולקין לאמצע משום דנשתתפו בתחלה. **משמע לכאורה דאי לאו האי טעמא יפסיד כל אחד לפי חלקו ולא שיפסיד המרובה הכל.**

היינו תרוה"ד מציב מקרה דומה לכאורה, וממנו מקשה על פסקו של המהר"ח.

המהר"ל ענה לרבי ישראל בעל תרומת הדשן:

"מה שכתבת תשובת מהר"ח וקא מדמית לה לראשים [שנמצאת] טרפות באחד מהן דנימא אותו ראש טרפה הוי מן הרוב, **אי לא פריש אלא חד ראש הוי מצית לדמות לפי סברתך**, אבל כיון **דפירשו כולו** כמו שכתבת, מאי שנא דהטריפה מרובה פריש, ולא נימא אכל כשר וכשר מרובה פריש, דהתם באתרוגים אכל הני דפרשי אמרינן מרובה פריש [וממיעוטא] לא פריש כלל, מה שאין כן בנדון דידן דע"כ **ממיעוטא נמי פריש**. ולענ"ד אפילו בלא הך טעמא לא דמי כלל [דכל] היכא דאמרינן **מרובה פריש, היינו דפריש מהרוב והנך דנשארים פרושים גם כן מהא דפריש ונשארו כמעיקרא**, אבל הכא בטריפות ע"כ כבש הטריפה עודנה עם התערובת ומה שייך כל דפריש כו', לא נודע לנו ע"י הראש אלא דטריפה חדא בנייהו². ואם נפשך לומר איסורא ברוב איתיה, להא

תפסה אין זה כלום. דתפיסה ספק אחר שנולד הספק וגם לא טעין ברי לא מהני כמו תקפו כהן. כ"ש תפיסת שלוחו אפילו שווייה שליח דלא מהני דהוי תופס לב"ח דלא קנה אפילו שווייה שליח כדפי' בתוס' פ' הכותב".

הכרעת המהר"ח או"ז שונה מהכרעת המהר"ם שכן לפי המהר"ם כיון שכל האתרוגים היו קבועים במקומם וידועים במקומם, היה מן הראוי לדון כאן דין קבוע ולומר שנטל מן הקבוע וכולם בספק אחד ולא להפיל על המרובה את כל ההפסד, ואילו המהר"ח מטיל זאת על בעל האתרוגים המרובים.

1. בשו"ת מהר"ל (סי' קסט) שאל בעל תרוה"ד את המהר"ל על פסקו של מהר"ח או"ז, וז"ל:

"ראם כן לפי דבריו דחשיב כה"ג רובה אם נשחטו צאן הרבה, לאחד כ', לאחד י' ולאחד ה'. וסימן כל אחד לפניו שלו, ואחר כך הותוו ראשיתו ולקח כל אחד שלו ולא ידעינן הי מינייהו קדים, ואז נמצא טרפות בראש אחד כמו שרגיל להיות, אם יש לדמות לזה ולומר באותן של כ' היו הטרפות דלדידיה אית לי' רובה, כי לענ"ד סברא מופלאה היא, דאם כן בכור ופשוט שנגנב להם טלה מן העדר יפסיד הבכור הכל משום כל דפריש, ולא לישתמיט בשום מקום לאשמעינן כה"ג, וכן גבי שלשה שהטילו

2. "וכוונתו דבשלמא אם היה נפרש כבש אחד הו' אמרינן עליו כל דפריש כיון דהוא פריש מהנשארים, משא"כ כאן שכל הכבשים עדיין בקביעותן רק הראש נפרש, ואין זה אלא שנתגלה ע"י שיש טריפה אחד בין הכבשים ואין כאן פירש כלל". (לשון בינת אדם בחכמת אדם שער הקבוע סי' יד).

חבל נחלתו

לא הוצרכת תשובת מהר"ח³. אבל מכל מקום נראה דלא דמי⁴, דודאי אי הוה כולוה מעורבות ופירש המיעוט למקום אחר מן הרוב הוה שייך למימר הכי, אבל כיון דכל חד וחד היו שלו מבוררות מנין ליה למיעבד הני רובא והני מיעוט, הני קביעי כמו הני וכמחצה על מחצה דמי⁵. אי איכא לדמוי ולמצוא צד היתר, יש לדון על תחילת המעשה כשהיו הצאן בחיים קודם השחיטה ואיגלאי מילתא למפרע דחד טרפה הוה בנייהו ונימא כל הני דשחטי המיעוט מרוב פרשי, דהרוב כשרות היו, הואיל ופירשו קודם שנולד ספק לא גזיין שמא יקח מן הקבוע כדפי' הרא"ש בתשובה בטור ומכל מקום גם על זה יש לגמגם דמאן קדיים. ועל

עיקר הדין דמהר"ח תמיה לי **כיון דהספק נולד במקום הקביעות דליהוי חשיב כמחצה על מחצה** כמו שכתב מהר"ם בתשובה על שלקח בתו מכיס אחד שהיו כמה כיסים בתיבה⁶, וכן בתשובה דנפל הבית על שנהרגו האב והאם, דכל הני חשיב קבוע. ולא דמי לנמצא ביד גוי דלא חזיין כי פריש".

המהר"ל מסדר את הסוגיא ומברר שאם לא פירש והספק הוא בכל התערובת לא ניתן להחיל את כללי קבוע ופירש. ונשאר בשאלה על המהר"ח או"ז מדוע באתרוגים לא ידון עפ"י דין קבוע וא"כ כולם צריכים לחלוק בהפסד ולא רק בעל רוב האתרוגים שהרי הגוי לקח ממקום הקביעות⁷, ואנו דנים למי שייכים

3. "כוונתו דאם דעתך משום די"ל איסורא ברובא איתא וא"כ ממילא המיעוט מותר, א"כ הוא גמרא בהדיא בפ' התערובות (זבחים עד, א) בטבעות של עכו"ם דפרשו מ' למקום א' וס' למק"א דאמרינן איסורא ברובא איתא לדעת קצת פוסקים", (שם בינת אדם).
4. "כוונתו לטבעות על עכו"ם" (בינת אדם שם).
5. "כוונתו דכל א' וא' לא מקרי כלל פירש רק קבוע בפ"ע = בפני עצמו = דכיון דלא היו מעורבים מתחלה אפי' אם ידעינן שזה שהי' לו הי' פירש מתחלה עם צאן שלו מבית השחיטה לביתו לא הי' פירש דכ"א וא' קבוע בשלו", (בינת אדם שם).
6. תשובת הריצב"א שהובאה לעיל.
7. הש"ך (סי' רצב ס"י ס"ק כט) תרץ: "אך מה שהקש' שם מהר"ל אמאי לא נימא דהוי קבוע נ"ל לתרץ דמיירי שלקח העכו"ם העשרה שלא בפנינו ועיין בי"ד סימן ק"י ודוק". ולכן נחשב כפירש ולא כקבוע (כיון דעכו"ם ליתא בהשבה – ערוה"ש). אמנם בקצות החושן (סי' רצב ס"ק ב) כתב: "אמנם לולי דמסתפינא הייתי אומר במה שכתבו הפוסקים דאם נכרי לקח אמרינן כל דפריש מרובא פריש, וכמ"ש בתשובת מהר"ל (סי' קס"ט) בשם תשובת מוהר"ח בעובדא דאתרוגים דעכו"ם מן הרוב לקח והובא בש"ך ס"ק כ"ט ע"ש. ולענ"ד נראה דע"כ לא אמרו לחלק בין לקח עכו"ם ללקח ישראל אלא בלקח מתשע חנויות מוכרות בשר שחוטא ואחת בשר נבילה, דכיון דאיסור נבילה ליכא בנכרי ומש"ה לא הוי ביה דין קבוע כיון דאין הספק נוגע אליו כלל, אבל באיסור גזל דנכרי מצווה כמו ישראל וחמיר ביה איסור גזל דאזהרתן היא מיתתן (סנהדרין נז, א), א"כ מה לי לקח ישראל ומה לי לקח נכרי, וא"כ אפילו לקח נכרי שלא בפניו אמרינן ביה דין קבוע כמחצה על מחצה. וא"כ ניחא דברי הירושלמי באלין אבנים שנגנבו כיון דלעולם הגניבה הו"ל דין קבוע ואפילו נגנבו ע"י עכו"ם ודו"ק". ובכנה"ג (סי' קעו הגב' סי' סט) כתב שאף מהר"ח או"ז כתב זאת בלשון ספק ולא שבקינן ספקותו של מהר"ח מפני פשיטותו של מהר"ל, ודנים זאת כקבוע.

הנותרים,

ז. בתרומת הדשן (סי' שיד⁸) כתב שאלה: "ראובן מסר לשמעון עשרה זהובים ולוי מסר לו ששה, ובקשוהו שיוליכם ממקום למקום, והיו גם לשמעון עצמו עשרים זהובים בכיסו ואמר להם הריני מניח זהובים שלכם עם זהובים שלי בכיסי ועל אחריות שלכם אוליכם, ויצא לדרכו ובלכתו בדרך ע"י טלטולו נתקרע הכיס קצת ונאבדו לו ד' זהובים, ואין לידע מאיזה זהובים נאבדו, והשלשה אלו באין לדין לאיזה מהן יגיע ההפסד, או אם לכולן לפי חשבון, היכא דיינין להא דינא?"

ובתחילה עונה בעל תרוה"ד שהנפקד שלא קיבל עליו אחריות אינו נפסד מפני שהמוציא מחברו עליו הראיה. והוא ממשיך מדוע לא נאמר שרוב יגבר על המוחזקות הממונית, וכיון שרוב המעות היו של הנפקד – מפסיד את המעות. ומוסיף תרומת הדשן שחזקת ממון מועילה כנגד רוב אפילו ברובא דאיתא קמו, כמו במקרה זה שהממון לפנינו ואין דנים לאיזו מטרה נלקח השור, והשאלה היא איך יתחלק ההפסד בין המפקידים. ולכן מסיק: "ולפי זה ההפסד אין מגרע כלום לשמעון, ואע"ג דרוב הזהובים שלו היו, אבל לראובן דלדידיה הוי ליה רוב נגד לוי, לכך ההפסד מן הד' זהובים מגיע לו הכל, דכיון דראובן אינו מוחזק כמו לוי ודאי אזלינן בתר רוב, ואמרינן כל דפריש מרובה קא פריש והיינו הזהובים של ראובן⁹."

אולם תרוה"ד אינו נשאר בהכרעה זו. בסוף התשובה הוא חוזר בחלק ממסקנותיו, וז"ל: "אכן כי דייקנין שפיר בנ"ד לפי טעם וסברת הלב והעמיד דבר על בריו, ימצא לנו דלא שייך הכא למימר המע"ה ושלכם יפסדו או כל דפריש מרובא קפריש, לפי דברי אשרי דלעיל שחילק בראיות ריצב"א, משום דגבי חמרא לא הוברר חלקו לא שייך לומר שלך לומר שלך החמיצו, משום דשם כולם על כל חבית וחבית. ה"נ בנ"ד אע"ג דהיה לכל אחד כבר מבוררים הזהובים שלו, מ"מ לאחזר שעירבו מדעתו שם טיבעא חד הוא, ואם לא היה נפסד כלום מהם ודאי היו נטלים בלא קפידיא מן הכיס והיה מחזיר לכל אחד לפי המנין שנתן לו. ולא דמי למפקיד טלה דיש קפידיא בין טלה לחבירו וכל אחד מקפיד שיבא לידו את שלו. משא"כ בזהובים שהן כולם טבי ותקולי לא קפדי אינשי כלל שיבא לידם את שלהם, וא"כ שם כולם על כל זהוב וזהוב ולא שייך לומר בהן שלך נפסד וכל דפריש מרובא קפריש. ולד' וה' כיסים שבתובה שבתשובת ריצב"א דלעיל, דפשיטא דלא דמי דהתם היו כיסים חלוקים וידועים לכל אחד את שלו. ומ"מ כל משא ומתן דלעיל יש בו צורך, אם היה כה"ג טבעות של זהב או מרגליות שדומים זו לזו, שאין ניכר איזה מהן של מי הן דהוי כמו טלה וכיוצא בו".

היינו הוא מסיק שאם הפקידו דברים שאינם מסוימים כדוגמת מעות חולקים

8. החלק הראשון של תרומת הדשן הן שאלות שהוא הציג וענה עליהם, ולא תשובות לשאלות שנשאל ע"י אחרים.
9. אף שתרוה"ד חזר מהכרעה זו במקור ברוך (קלעי, סי' נב) פסק שאין להוציא מהמוחזק בממון בכל מקרה, והמפקידים יחלקו בהפסד.

חבל נחלתו

ט. נתיבות המשפט (ביאורים ס"ק טז) מחדש שכאשר דנים על מה שנשאר בתערובת ולא על מה שפירש (וכך המצב בבממונות ברוב המקרים) שאנו מעוניינים לדעת מה שנשאר איך לחלקו בין המפקידים. במקרה כזה תמיד המצב הוא קבוע ולא פירש ולכן חולקים בהפסד. ז"ל: "דלא מצינו הא דאמרינן כל דפריש רק כשדנין על זה שפירש שלא איקבע איסור עליו במקום זה ולכך אמרינן ביה כל דפריש, אבל כשבאנו לדון על הנשאר בקבוע, לעולם אמרינן על הקבוע הנשאר במקומו כל הקבוע כמחצה על מחצה דמיר". ולגבי תשובת ריצב"א ומהר"ח או"ז הוא נדחק לפרש שהיה כאן פירש, במטבעות שלקחה הבת הן נמצאו וצריך לדון למי להשיבן (וכנראה שנמצאו רק חלקן).

י. ערוך השולחן (ח"מ סי' רצב סכ"ח) מבאר את דעת הנתיבות והחולקים עליו, ומביא מן הירושלמי דעה נוספת: "ויש מי שחולק על עיקר הדין שכתבנו דמורבא פריש דזהו אם היינו באין לדון על הנפרשים כמו באיסור אבל הכא הרי אנו דנין על

בהפסד לפי חשבון ואין יכול לטעון המוציא מחברו עליו הראיה, אולם אם הפקידו דבר מסוים ואין יודעים משל מי היה ההפסד, כאן הנפקד יכול לטעון המוציא מחברו עליו הראיה, והמפקידים נפסדים וחלוקת ההפסד ביניהם היא עפ"י הרוב וכל ההפסד הוא על מי שהפקיד את הרוב.

ח. כדברי תורה"ד פסק הרמ"א (שו"ע ח"מ סי' רצב ס"ז): "הגה: וכן נתן לו מעות להוליכו על אחריותו (=סמ"ע: של המפקיד), ונתן עם מעותיו, ונאבדו מקצת המעות, ההפסד לפי ערך המעות¹⁰. ודוקא מעות וכיוצא בו שאינו דבר מסויים, אבל אם נתן לו להוליך טבעיות של זהב וכיוצא בו, וערבן עם שלו ונאבד אחד מהן, יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק: דלמא שלך נאבד. ואם שנים הפקידו אצל אחד, ונאבד או נגב אחד מהן, אזלינן בתר רובא וכל דפריש מרובא קא פריש¹¹ (ת"ה סימן ש"ד ותשובת מיימוני סימן ס"ח), ואם הוא קבוע, כמחצה על מחצה דמי (שם ותשובת רשב"א סימן תתס"ג)".

10. סמ"ע (סי' רצב ס"ק ל): "ההפסד לפי ערך כו'. קמ"ל בזה, דלא תימא דהוא דומה למפקיד טלה אצל חבירו והניחו בין טלאים שלו דיכול לומר שלך מת, וכן במפקיד טבעיות כמ"ש מור"ם אחר זה, דשאני התם דיש קפידא דכל אחד חפץ בשלו והיה מתחילה ברור וידוע למי הוא זה, וכיון דהנפקד הוא מוחזק יכול לומר להמפקיד שלך מת או נגב, והמוציא מחברו עליו הראיה, משא"כ בפירות ומטבע דשם חד עליהן ואילו לא נגבנו היה מחזיר לבעלים בלי קפידא, במדה או במנין, את פקדונו לידו, משר"ה ה"ל כאילו היה חתיכה אחת והחסרון הוא לפי ערך לכולם, וע"ש בתרומת הדשן סי' ש"ד שהאריך בחילוקים הללו". וכן הש"ך (ס"ק כד) כתב: "לפי ערך המעות כו' – ואף שאחד מוחזק א"י לומר דילמא שלך נאבד וכן נמי לא אזלינן בתר רובא לומר כל דפריש מרובא פריש אלא חושבים לפי ערך כגון ששלו היו ' ושל חבירו כ' ונאבדו או נגבנו ג' הוא מפסיד א' וחבירו מפסיד ב' וכן אם הי' להיפך שלו כ' ושל חבירו י' הוא מפסיד ב' וחבירו א'". וכתבנו לעיל שאין הלכה כתרומת הדשן, ואין מוציאין ממון מהמוחזק.

11. סמ"ע (שם ס"ק לא): "ואם שנים הפקידו כו'. זה קאי דוקא במה שסיים דהיינו שהפקידו טבעיות, דאילו הפקידו מעות ג"כ החסרון לכולם לפי ערך, וע"ש בתרומת הדשן".

חבל נחלתו

דהירושלמי מיירי שהיו בכיס אחד דהא אמר שם דכל אחד נוטל לפי כיסו".

מסקנה

אף שהרמ"א פסק כתרוה"ד (סי' שיד) האחרונים עפ"י שיטות ראשונים אחרות לא קבלו את כל דבריו להלכה, ונחלקו האם אומרים קבוע בדיני ממונות במקרים מסוימים או שחולקים בהפסד לפי חשבון.

הנשואים במקומן והם הרי קבועים וכמחצה על מחצה דמי. ודעה ראשונה ס"ל דכיון דהנשואים תלוים בטעם הנפרשים של מי נאבדו הוה עיקר הדין על הנפרשים אמנם בירושלמי דב"ק פ"ד איתא דההפסד לפי חשבון ונ"ל דהטעם הוא משום דא"א לילך בתר קביעות הנשואים כיון דהטעם תלוי בהאבודים וא"א לילך אחר האבודים ולילך אחר הרוב דהא אנו באים לדון על הנשואים ולפיכך הוי לפי חשבון ואין לומר

סימן נו

חיוב תשלום על פקדון מתשלומי ביטוח

לאחסן, הוא מקבל תשלומים אף על הפקדון, וא"כ למי שייך התשלום. ב. המשנה בב"מ (פ"ג מ"ב) כותבת: "השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר, א"ד יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים".

הביטוי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו", יכול להתפרש בכמה דרכים שיש בהם נ"מ למקרה לעיל.

מפרש ר' עובדיה מברטנורא: "השוכר פרה מחבירו – ועמד שוכר והשאילה לאחר ברשות המשכיר. שאם לא נתן לו המשכיר רשות, הא קיימא לן, שומר שמסר לשומר חייב". "ישבע השוכר – למשכיר".

"שמתה כדרכה – ופטור. שהשוכר פטור מן האונסין". "והשואל – שהוא חייב באונסין, משלם לשוכר, בשבועה שהוא נשבע למשכיר".

שאלה

אדם הניח חפצים אצל חברו במחסן, חברו קיבלם למחסנו בתור שומר חנם. המחסן ותכולתו נשרפו. כיון שהמחסן היה מבוטח מפני שריפות, בעל המחסן קיבל תשלום לפיצוי נזקיו מהביטוח. האם השומר צריך לשלם למפקיד על חפציו חברו שנשרפו מתשלומי הביטוח?

תשובה

א. נראה ברור שאם תשלומי הביטוח הם גלובליים, ללא בדיקה מה היה במחסן, הנפקד פטור מתשלומים. כיון ששריפה היא אונס ששומר חנם פטור ממנה, ואף אם חפצי חברו לא היו במחסן היה מקבל את אותם תשלומים בדיוק. ולכן הפקדון לעניין תשלומי הביטוח אינו מעלה ואינו מוריד, ולעניין תשלומי שומר חנם פטור. השאלה עולה כאשר התשלומים הם לפי התכולה שנשרפה, וכיון שלנפקד היתה זכות