

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ובירורי יוחסין

בהרכב הדיינים: הרב יהושע ווייס, אב"ד; הרב ש. חיים דומב; הרב יהושע הלוי לוי.

מקום שמירת ממון המוטל בספק

תיק מס': 905 סז המשך פג.

(ערך התביעה: כ-53,000 שקל. לתשומת לב: נימוקים אלו עתידים להתפרסם בספר "פסקי דין – ירושלים" כרך טז, לאחר השלמת עריכת הגהות תיקונים ותוספות)

נושא הדיון

בהמשך לתיק 905 שנידון בשנת תשס"ז, ושוב בשנת תש"פ (ראה כרך טו עמ' מז), מבקש צד ב' שהיה גבאי הבנין ומחזיק קופת הבניה, להפקיד בביה"ד את היתרה שבידו (בסך כ- 53,000 ₪), ולסיים את גבאותו. גם מבקש, שביה"ד יודיע לדיירים שיבואו לקבל את הכסף ממנו או מביה"ד.

לא לכל דיירי הבנין מגיע החזר, וגם לאלו מהם שמגיע, אין הסכומים שווים. יש כמה דיירים שנפטרו או העתיקו מגוריהם למקומות לא ידועים. שני דיירים הודיעו בעבר לביה"ד שהם תובעים החזר בסכום שאינו מבורר להם. מאז הפקדת הכסף ופרשת הסתבכות הקבלן עברו כבר כ-20 שנה.

במענה לשאלת ביה"ד אומר המבקש כי הכסף מעורה בחשבון הבנק שלו, ושמר את החשבונות כמה מתוך חשבונו שייד לקופה זו. ובמקביל אמורים להיות בידי הדיירים קבלות כמה הכניסו לקופה, ובידיו קבלות בחתימת הקבלן המאשרות כמה הוציא מהקופה, וההפרש נמצא בחשבונו.

בהסכמת ביה"ד הביא הנ"ל לביה"ד צ'ק מזומן על כל הסכום, שיוחזק בביה"ד למשך כחודשיים.

החלטת ביניים

לכב' כל השכנים; הכסף שהיה בידי הר' ... שיחי' מונח כעת בבית הדין למשך כחודשיים, והיות וכל השכנים, בין אלו שהודיעו שיש להם תביעה אך לא מצאו ראיות לחשבונם, ובין אלו שלא הודיעו כלום, כולם שותפים בכסף הנותר באחוזים בלתי ידועים לנו, ביה"ד מציע כפשרה למען כולם לחתום על המסמך המצור"ב, שהוא הסכמה לחלק את כל הנותר בין

כל השכנים שווה בשווה (ע"פ השו"ע בסימן ש סעיף א וסמ"ע סק"ח [וע"פ הש"ך בסי' עו סק"ז וסקט"ו]).

וע"ז באעה"ח

(-) ש. חיים דומב, אב"ד ; (-) יהושע ווייס ; (-) יהושע הלוי לוין.

השאלה לדיון

מה דין עודף כסף שביד גבאי אשר נמסר לו כדי לשלם לקבלנים, ואין ידוע למי להחזירו.

תשובה

לפי הנראה דינו כלוה שהרי קבל הכסף ובידיעת הנותנים הכניסו לבנק וא"כ הוה הלואה בידו. ועי' בסי' עו אחד שלוח משנים מזה ומזה מאתיים והודיעוהו משל מי היה המנה ומשל מי המאתיים וכשבאים לתובעו כל אחד אומר שלי המאתיים והוא אינו יודע וכו' צריך ליתן לכל אחד מאתיים אחר שישבע כל אחד ע"כ, ולכאורה בנדו"ד הם לא תובעים אבל אם יתבעו היה צריך ליתן לכל אחד כמה שמבקש לאחר שישבע. אבל באמת זה אינו דהתם בהלואה הוה ליה למידק כמה כל אחד נתן לו וחייב להחזיר לו והוה פשיעה מצד הלוה, אבל בנדו"ד קבל הכסף מכל השכנים על מנת לתת לקבלן ולא להחזיר להם וא"כ לא הוה ליה למידק שהרי נתן לכל אחד ואחד קבלה כמה שנתן, ולקבלן הוא נתן את הכסף מבלי לידע כמה כל אחד נתן וא"כ לא הוה ליה למידק ואין כאן פשיעה מצד הגבאי, ולכן אם יתבעו כל אחד אין חייב לתת רק על פי הקבלה שנתן בזמנו.

ומש"כ ידידי ורעי הגר"י לוין שליט"א להלן באות א' מ"מ אי הידיעה במצב הנוכחי אינו כפשיעה דלכ"פ הוה כהפקידו זה בפני זה שפטור ע"כ, צ"ע מדוע הוה כהפקידו זה בפני זה הרי כל אחד נתן וקיבל קבלה על מה שנתן ואינו צריך הגבאי לומר לקבלן כמה כל אחד נתן, אלא נותן הכל יחד.

ומה שדן ידידי הגר"י לוין שליט"א באות ב' בתמיהת המפרשים דב"ק בסי' רכב ב כתב המחבר שיניח בבי"ד ובפקדון בסי' ש כתב דיניח בידו, דיד שומר כיד הבעלים וכו', עי' תומים סי' עו ג והביא ראיה מב"מ ג. דפריך הגמ' בין לרבנן ובין לרבי יוסי אמאי לא נפקי ממון מבעה"ב וכו', משמע דמוציאין מידו לבי"ד וזה ראיה דיהא מונח הוא ביד בב"ד. וכתב דאף כי הוא נוסחת רב יהודאי גאון אף הוא כדאי לסמוך עליו, וכתב לחלק עפ"מ"כ הריטב"א (ב"מ לו. ד"ה אמר) דבפקדון כל היכא דאיתא ברשות המפקיד איתא, יהא מונח אצלו. אבל במקח וכדומה שהוא ברשות הלוקח ואם כן במה מקיים חזרה, ואינו מקיים רק בהניחו ביד ב"ד וכו'. וכן נראה לדינא בהלוואה וכיוצא"ב צריך להניח בב"ד. אבל בפקדון דמונח ברשותא דמרא יניח בידו ולמה יטפל בו ב"ד ומה לב"ד בעסקיהם. עכ"ל.

וא"כ בנדו"ד שהכסף שביד הגבאי הוא הלואה, רק שלא הו"ל למידק מפני שהתחייב לתתו לקבלן ולהם נתן קבלה, חייב להוציא מידו ולהניחו בבית הדין.

ועי' באור שמח פ"ה שאלה ה"ד כתב לחלק דבמקח שכל אחד אומר שמכר לו על האופן שיתן לו דמי החפץ ולא להניח הדמים אצלו וכו' בגזל וכו', מניח בב"ד דאיהו לא מהימן להו ואין רצונם שיהא המעות שהוא של אחד מהם אצל זה האיש, משא"כ כשהפקידו בכרך אחד דאיהו לא פשע מידי שלא היה לו להיזהר, ודאי דאמרינן דכמו דהאמינתו ליה מעיקרא כן תאמינו לו עכשיו שלהיות מונח אצלו הפקדתם ואין ב"ד צריכים להזדקק ויהא מונח בידו כמו שהיה מונח קודם שעל דעת זה נתתם בידו ולא איבד נאמנותו ומניח בידו. משא"כ בלוקח שלא האמינהו כלל ולכן מניח ביד ב"ד. וא"כ אפשר בנדו"ד הרי האמינהו שיתן לקבלן ולא איבד נאמנותו אצלם, א"כ אפשר שישאר מונח בידו.

ומה שדן ידידי הגר"י לוי' שליט"א האם חייב הגבאי שבועת השותפים וכו' שחייבים גם בתביעת שמא.

לכאורה נראה דבנדו"ד אין לחייב את הגבאי שבועת השותפים מאחר דכשכל אחד ואחד נתן את הכספים לגבאי קיבל כל אחד ואחד שובר על כמה שנתן וכשנתן לקבלן קיבל שובר ממנו. ועל דעת כן נתנו לגבאי. ולכן הכל יכול להתברר ע"י השוברים, ומשום כך אין לחייב את הגבאי שבועת השותפים.

יהושע ווייס.

ב

השאלות לדיון

א, גדר הממון הנותר ביד גבאי שאינו יודע למי להחזיר העודף, ואין תובעים אותו.

ב, ממון המוטל בספק ואין ידוע למי להשיבו, האם יהיה מונח בידו או ביד ב"ד.

ג, האם הגבאי נפטר בלי שבועת היסת.

ד, אי חייב הגבאי שבועת השותפין או האריסין, והאם יש על זה משאיל"מ.

תשובה

א, במשנה ב"מ דף לז א אמר לשנים גזלתי לאחד מכם ואיני יודע איזה מכם או אביו של אחד מכם הפקיד לי ואיני יודע איזה הוא נותן לזה ולזה שהודה מפי עצמו, ושם בגמ' רמי פקדון אפקדון, ומסיק רבא לחלק בין הפקידו אצלו בקפידא שהיה עליו לזכור כי קיבל עליו חיובי שמירה, לבין קיבל זה בפני זה שאינו צריך לשמור יותר ממה ששמרו הבעלים. ותו רמי ממשנה ביבמות דף קיח ב גזל אחד מחמשה ואינו יודע איזהו מניח גזילה ביניהם ומסתלק, ומסיק לחלק בין תבעוהו ובין בא לצאת ידי שמים. ועתוס' שם שגם בפקדון ובמקפיד שומר פטור מלבד בבא לצי"ש, כיון דלא פשע. ובב"ק דף קג ב מעשה בחסיד אחד שבא לפני רבי טרפון וא"ל הנח דמי מקחך ביניהם והסתלק, ואפ"ל דמקח שאני דאפילו לצי"ש אינו חייב כי לא פשע באי ידיעתו. וכ"כ תוס' בפרק הגוזל שם. אבל בתוס' בב"מ

שם (לז' א ד"ה התם) משמע דגם במכירה חייב לצי"ש לשלם לכל אחד, ומה שאמר לו הנח דמי מקחך ביניהם זה מעיקר הדין.

ולפי רבי עקיבא במשנה גזל אחד מחמשה, משלם לכל אחד. ונחלקו ת"ק ורשב"א ביבמות שם האם פליג ר"ע במקח נמי או רק בגזל. ופסק רא"ש שם (באות יא) דהלכה כרבי עקיבא מחברו, ומשמע כלישנא דלא פליג אלא בעבר איסור ולא במקח. והש"ך סימן שסה ס"ק ב מביא חבל ראשונים שנחלקו אם הלכה כר"ט או כר"ע, ואפי' לר"ע אי"ז מדין אלא מקנס, (ואף דלא דיינינן קנסות בקנס זה דנים, רק דאין הלכה כר"ע כי המחלוקת בקנס ולא בדינא), ויש למוחזק קים לי. אמנם תוס' (ב"מ דף ג א ד"ה גבי) סברי שקונה גם פושע כשלא שם לב, והוה ליה למידכר ואיהו דאפסיד אנפשיה. וכשיטתם בדף לז, ולא כשיטת התוס' בב"ק שאין חיוב לקונה כיון שלא גזל ולא קיבל עליו שמירה ולא הו"ל למידכר.

והנה חיוב לצי"ש יש רק באיכא תובע ברי אבל בלי תביעה אפילו מלצי"ש פטור, ואפי' בגזילה ופקדון, כמבואר במשנה בב"ק דף קיח א האומר לחברו גזלתיך הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי וכו' והלכה כרבי יוחנן דאוקי ממוןא בחזקת מריה. אמנם תוס' בב"מ (דף לז שם) כתבו דבהו"ל למידק חייב גם בשמא ושמא, ובלא הו"ל למידק חייב לצי"ש רק בתובע ברי. ועיי' שנחלקו רש"י ותוס' אם לריו"ח חייב לישיבע היסת שאינו יודע. וכ"כ תוס' בב"מ דף צז ב ד"ה רב נחמן. ורש"י בהבית והעליה (ב"מ דף קטז ב ד"ה פטור מלשלם) כתב כתוס' דחייב לישיבע שאינו יודע. עכ"פ זה רק באיכא תובע בברי.

והנה נידוננו אינו גזל. דהגבאי קיבל ע"מ לשלם לקבלן כשיסיים השיפוץ, והקבלן עזב באמצע העבודה, וכל אחד מהשכנים לקח קבלן אחר לסיים השיפוץ שלו. ורק חלקם שילמו מעבר למה שעשה הקבלן הראשון ויש להם חלק ביתרה. ואולי אפילו אינו כשומר, כי לא קיבל עליו שמירה אלא עד לפרק זמן תשלום לקבלן, וכשהקבלן עזב והיה צורך לשום כמה בנה לכל אחד ולהשיב העודף המתאים, זה לא היה מתפקידו. ולחלק לכולם או להניח בין כולם ג"כ אינו צריך כי לא מבורר שלכולם יש חלק. לכל היותר הוא כלקח מאחד מחמשה (כלומר הכסף שאצלו שייך לחלק מתוך כלל השכנים, ולא לכולם, ואינו יודע למי מהם, וכמה), שאם נחלקו בזה ר"ע ור"ט ונפסקה הלכה כר"ע חייב לשלם גם לאלו שלא נשארה להם יתרה, אבל אם לא נחלקו או שלא נפסקה הלכה כר"ע אלא כר"ט, אינו חייב לכולם, וממילא הדין הוא "מניח ביניהם ומסתלק".

ונראה דאפילו אם דינו של הגבאי כשומר דחייב לפחות בפשיעה ולא ידענא פשיעותא היא, מ"מ אי הידיעה בנידו"ד אינה פשיעה. דמאמת שנתעכבו המעות אצלו ולא נדרשו עד ששכחו המפקידים כמה מגיע עודף לכל אחד, הוי מסתמא כהפקידו זה בפני זה שפטור אפילו מלצי"ש כמבואר בתוס' ב"מ דל"ז הנ"ל. ורק אילו היה עליו לפרוע לקבלן סכום שונה עבור כל שכן, חלה עליו אחריות לזכור כמה הכניס כל אחד, אבל התברר ששילם מהקופה לפי התקדמות הבניה הכללית, ולא נעשה חשבון כמה עבור כל אחד מהם מתוך הסכום ולא התחייב לדעת כמה נשאר לכ"א. לכן שמר כראוי. ואף דלשומר יש חיוב השבה (כגזלן), מ"מ חיובו מוגבל לאחריותו, ומה שלא התחייב באחריות הראשונה א"א לחייבו מצד דין השבה. (בעיקר גדר חיוב השבה דשומר יעוי' בבן לוי ס"י כה).

ועי' באבן האזל חלק משפטים בהוספות בחי' לטו"נ סי' עו סעיף א שכתב חילוק בין פקדון לבין גזל והלוואה, שבשני האחרונים חייב לשלם לשניהם כששכח למי חייב ר' ולמי חייב רק ק', ואילו בפקדון פטור. שהמבחן על מי האחריות בזה הוא מי אמור לבוא אל מי לשלם, ובפקדון המפקיד אמור להגיע לשומר לבקש פקדונו לכן אין על השומר לזכור, ומשא"כ בגזל ובהלוואה אין הנגזל והמלווה צריכים לבוא לדרוש כספם אלא חובת הגזלן והלווה לבוא להשיב ממילא בכלל חובתם גם לדעת ולזכור את הסכום ובלא"ה לא קיימו חובתם. ונראה דאף לפי חילוק האבהא"ז ואע"פ שבנידו"ד גדר חיובו הוא של הלוואה מאחר והתברר בביה"ד שהכסף נשמר בחשבון העו"ש שלו ודינו כלוה שאינו יודע כמה לוה ממנו. (וראה להלן בסוף אות ב'). מ"מ היות ולא היה מדובר שישב למלווים דבזה מוטל עליו לזכור כמה, אלא הופקד בידו על מנת להעביר לקבלן אז ובלי לחשב לכל אחד את הסכומים המדויקים של חלקו בתשלום, ממילא אף שהיה לו רשות להשתמש בכסף וחייב באחריותו כלוה, מ"מ לא הטילו עליו המלוים חובה לזכור יותר מפקדון שהמפקיד בא אל השומר לתבוע דלא נכלל בקבלת אחריותו זכירת סכומו המדויק של כל אחד. ודו"ק.

ב, אם דינו כפקדון, עי' בסימן ש ברמ"א סעיף א' בשם המרדכי בהמפקיד וכו' הש"ך בסק"ט דכ"כ התוס' בהגוזל ב"ק דף קג. שיהיה מונח בבית דין. ועי' ב"י שם שהביא שיטות דיהיה מונח בידו.

ואם דינו כגזל, עי' בשטמ"ק בב"מ לו ובמאירי ב"מ ג. שיהיה מונח בבית דין.

אולם אם דינו כמקח, יש מקום לומר דדוקא בדבר ששייך בו חיוב השבה חייב להוציא מידו לבי"ד, אבל בכסף רכישה הרי אין דין השבה, והכסף אתי לידיה בהיתרא, והמע"ה, ויהיה מונח בידו עד שיהיה תביעה מבוררת. ועי' בשו"ע סימן רכב סעיף ב' שכתב המחבר שיהיה מונח בבי"ד (כדעת הרב המגיד ברמב"ם והריטב"א), וכתב ע"ז הש"ך סק"ה שיהיו מונחים בידו של הקונה עד שיתברר מי המוכר (כפשטות הרמב"ם ועוד ראשונים), וכתב ע"ז הנתיה"מ סק"ד דהעיקר כהש"ך בזה. (והאו"ז בב"מ קיח אות ג' כתב שאפשר בידו או ביד בי"ד).

אגב, בהא דתמהו המפרשים מנין לרב המגיד לפרש הרמב"ם בהלכות מכירה "שיניחנו בידו" הכוונה בבי"ד שלא כפשטות לשונו, הראני ידידי הרב אליהו פנט שליט"א שיש לזה סמך מהרמב"ם בהלכות תשובה פרק ב' הלכה יא שכתב ואם היה חייב לו ממון וכו' (ולא כתב דוקא מגזילה ומשמע כל חוב) יניחנו בבית דין וכו'. ודפח"ח. שוב הראני ידידי הרב הנ"ל שיח"י שהרמב"ם לשיטתו כבר פסק כן בפרק ז משאלה ופקדון הלכה יב לענין מפקיד שהלך למדה"י ורוצה השומר ג"כ ללכת ממקומו למדה"י שאם הפקיד בבי"ד יצא ידי חובתו ובי"ד ממנים איש נאמן שישמור, ומוכח שבי"ד הוא המקום לקיים שמירה כשאין השומר יודע למי להשיב. ועי"ש שכתב הכס"מ דאין לרמב"ם מקור בגמ' אלא הוא מילתא דמסתברא. וכן פסק המרדכי בהמפקיד סימן רעח. וכן פסק המחבר בשו"ע סימן רצג סעיף ג, ואין חולק. ובמושכל שני נראה דדין דפ"ז משאלה וסי' רצג שונה משאר המקומות שדנים אם יהיה מונח בידו או ביד בי"ד, דבכולהו דנים לגבי קיום השבה, ואילו בפ"ז משאלה וסי' רצג הנידון הוא איך לקיים השמירה דיש איסור שומר שמסר לשומר והפסד אם יקח עמו את החפץ לחו"ל, והפתרון הוא ע"י בי"ד מידי דהוי פירות שמרקיבים ביד שומר יותר

מכדי הפסדס שימכור בבי"ד. ובזה אין צד דיהיה מונח בידו. [ולישב תמיהת האחרונים שלא סברו שלמד מהרמב"ם בהל' תשובה, אמר לי בני רב"י שיחי' שבהל' תשובה מסתבר שמדובר בדברים שצריך לחזור עליהם בתשובה, וכגון גזילה. אבל קונה ששכח לא צריך לשוב בתשובה].

ויש צד לחלק דדוקא לוקח יהיה חייב להניח בבי"ד ולא להניח אצלו, היות וקנה מהמוכר ומשתמש בחפץ שקנה בלי לשלם, וגם בכספו משתמש, ומרוויח כפול נגד רצון המוכר, בזה מסתבר שיחוייב להוציא הממון מידו. אבל שומר אתא לידיה בהיתרא וגם לא משתמש בו אלא שומר לבעלים, וממתין שהבעלים האמיתי יבקשו מידו, כל עוד שאין ברור מי הוא מניח בידו שהיא יד בעלים כיון שנתמנה לכך. (וגזלן דאתא לידיה באיסורא וחייב בהשבה מעליא אם תובעים אותו חייב לכל אחד ואחד ואם לא תובעים אותו חייב לשלם לכל אחד לצי"ש, אבל בדיני אדם אין מחייבים אותו לכא"א אלא הם חולקים ביניהם, ולא מניח בידו ולא ביד ביי"ד, וכמבואר בשו"ע בסימן שסה. ולהאמור מובן הסברא שחייב להוציא מידו כמ"כ לגבי קונה).

ובזה לכא"ו מיושב סתירת לשון המחבר בשו"ע שהקשה הגר"א בסימן ש סעיף א אות ה, דבסי' רכב גבי קונה מאחד מחמשה כתב שיניח בבית דין ובסי' ש גבי שומר כשלא הו"ל למידק כגון שהפקידו זה בפני זה או בכרך אחד כתב שהשאר יהיה מונח בידו. דבאמת יד שומר כיד בעלים ואין חיוב להוציא מידו כדי לקיים השבה. אבל קונה סו"ס לא שילם והחפץ אצלו וחייב להוציא מידו הכסף שנמצא בכיסו ובשימוש, וע"כ יביאנו לבי"ד. [ובני הרב ב"י שיחי' אמר לישב הסתירה באופן מרווח טפי, שדוקא שומר (דסי' ש) יניח בידו, כי קיבל על עצמו שמירה, והבעלים נתן לו מדעתו. אבל קונה צריך לשלם מידו לכה"פ לבי"ד כי הבעלים לא נתן לו ואין ידו כיד בעלים. (וכיוון בזה לתומים בסי' עו סק"ג). ועוד, דשומר מסתמא לא מערב עם כספו שלו ועי"ז שנשאר ביד שומר זה נחשב ביד המפקיד. אבל קונה הרי כספו מעורב בשלו ומשתמש בו ולא נחשב ביד מוכר עד שיוציא מידו. ומסתברים הדברים]. ודעת המרדכי שנפסק ברמ"א בסי' ש דיהא מונח בבי"ד, אין זה מחמת חיוב הוצאה מידו כנ"ל אלא מטעם חדש שלא יערים ויאמר איני יודע וירוויח. עי' בהגהות מיימוני ובדרכי משה.

ולפי"ז בנידוננו לפי המחבר יש נ"מ בין אם דינו כקונה או כשומר, ויסוד החילוק הוא האם היה לו רשות להשתמש בכסף בנתיים וממילא יש עליו חיוב השבה להוציא מרשותו לבי"ד, דידו לאו כיד בעלים. או שכסף זה היה מונח בצד כל השנים ואינו כי אם שומר שידו כיד בעלים. ולפי הרמ"א בין כך ובין כך צריך להוציא מידו לבית דין. ומשמע בש"ך בסי' ש שם דפליג על הרמ"א גם שם, ולא ס"ל הטעם שמא יערים, וסגי שיהיה מונח בידו. ובשער משפט סימן מט ס"ק ד כתב וז"ל: אך מ"מ יש להוכיח כדברי הלחם משנה מההיא דלקמן בסי' ש' ס"א בהגה דכתב הרב בשם י"א דמנה השלישי יהא מונח בבית דין כדי שלא יערים, ואי אמרת דדינא הכי הוא דמצי לדחות לכל אחד משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה א"כ האין מוציאין ממנו להניחו בבית דין כיון שהוא פטור מדינא מלשלם משום המוציא מחבירו עליו הראיה, וכי משום שלא יערים מוציאין ממנו וכי גרע ממנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור מלשלם משום המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא ודאי כיון שודאי ממון שאינו שלו הוא לא שייך המוציא מחבירו עליו הראיה ומשום שלא יערים מפקינן

ממנו. וכו'. אך מ"מ מצאתי ראייה מפורשת בחידושי הריטב"א לב"מ (לז, א) בסוגיא דאמר לשנים גזלתי ד"ה אמר רב ספרא ויניח, דמחלק התם דלגבי מקח שלקח משנים ואינו יודע ממי לקח דצריך להניח דמי המקח בבית דין משום דדמי המקח הלואה הוא גביה שישתמש בהן עד שיבוא אליהו לפיכך צריך להניח דמי המקח בבית דין, משא"כ במתניתין גבי פקדון כיון שהוא פקדון ואינו יכול להשתמש בו יהא מונח ביד הנפקד עצמו ע"ש, הרי להדיא דאף בהלואה צריך להוציא המעות מידו מדינא ולא מצי לדחות לכל אחד, וזהו דעת הרב המגיד (פ"כ ממכירה ה"ב) והמחבר בסי' רכ"ב ס"ב גבי מקח שכתב הרב המגיד שם בשיטת הרמב"ם וכן המחבר בש"ע שיהיו הדמים מונחים בבית דין, ותמה הש"ך שם (סק"ה) דהא הרמב"ם בפ"ה מהלכ' שאילה (ה"ד) והמחבר בסי' ש' (ס"א) כתבו ומנה הג' יהיה מונח אצלו, ואשתמיט ליה דברי חידושי הריטב"א דמחלק בין מקח לפקדון וזהו שיטת הרב המגיד והמחבר, וכו'. עכ"ל. ולפי דבריו הדין יהיה כהמחבר ומיושבת קושית הש"ך ונדחה הנתיחה"מ.

והאבן האזל שם על סעיף ב באות ה' כתב אף הוא דלא כהנתיחה"מ יעוי"ש ומחלק מסברא בין מה שצריך להוציא מרשותו ומה שצריך להמשיך לשמור שאין לו דין להוציא. דבפקדון ישאיר אצלו וגזל וחוב יניח ביד ב"ד, והביא בשם חתנו הגרא"ק זצ"ל ראייה דחוב יניח ביד ב"ד מב"מ דף ג א אולם מצדד דאפשר שבלא התברר כלל למי התחייב כגזל א' מחמשה או לקח מא' מחמשה שישאיר בידו עד שיתברר חיובו (בגזל אליבא דרבי טרפון ובמקח לכולי עלמא), אבל בחנוני על פנקסו היות ולפועלים ודאי התחייב ואינו יודע אם פרע ולא יכול להשאיר שכרם בידו, לכן אא"ל יהיה מונח בידו רק בב"ד.

ומו"ר מרן רה"י הגרד"פ זצ"ל בשעורי ר' דוד ב"מ דף לו א כתב וז"ל: וגבי לקח כתב (בסי' רכ"ב) דאם לקח מאחד מחמשה בני אדם, חייב לצאת ידי שמים. וצ"ב מ"ש פקדון דפטור אפי' מלצאת ידי שמים, מלקח דחייב לצ"ש. וביאר הקצוה"ח (סימן ש' סק"א) דגבי פקדון הרי אין על הנפקד חיוב השבה להשיב ליד הבעלים, דלא כתיב והשיב אלא בגזילה, וא"כ רק בגזילה יש חיוב להשיב ליד הבעלים, וכן בהלואה יש חיוב להחזיר החוב ליד המלוה, משום דמלוה להוצאה ניתנה, אבל בפקדון הא כל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה. וכו'. ובדין מונח נראה דאיכא תרי אופנים, דהיכא דאפשר להניחו ולהשאירו ביד זה שהיה אצלו עד עכשיו הוי זה סילוק ב"ד דאין הב"ד נזקקין לעשות דין, וכגון בסימנים וסימנים, משאירים ביד המוצא עד שיתברר של מי הוא. אבל באופנים שאי אפשר להשאירו בידו או באופן דכבר אתי ליד ב"ד דמוכרחין הב"ד לעשות דין, בזה הוי המונח "דין" ופסק של ב"ד שפוסקין דין מונח. וכן מוכח מדברי השו"ע, דאיכא תרי אופנים של מונח. דהנה בשו"ע (חו"מ סי' רכ"ב סעיף ב') כתב הלוקח מאחד מחמשה בני אדם וכל אחד מהם תובע אותו ואומר אני הוא בעל המקח והוא אינו יודע ממי מהם לקח מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחים בב"ד עד שיוודו או עד שיבא אליהו וכו'. והש"ך שם (סק"ה) הקשה דהמחבר סותר את דבריו דבסימן ש' סעיף ב' גבי פקדון, לא כתב שיהא מונח בב"ד אלא ביד הנפקד, ומ"ט הכא כתב שמניח בב"ד. ובאמת דבחי' הריטב"א (דפוס ישן) כבר עמד בזה כאן וביאר מ"ט במקח המונח הוי ביד ב"ד ולא בידו משום דגבי מקח כיון דהוי מעותיו כל זמן שלא נתנן להמוכר לכן צריך להניח ביד ב"ד. [דאל"כ הרי המעות נשארים שלו כמקודם, ולא נתקיים דין מונח]. וכן גבי גזל ואינו יודע ממי גזל ג"כ צריך להוציא גזילה

מתחת ידו ולכן יהא מונח ביד ב"ד. אבל בפקדון דהוא נפקד על הדבר מניחין בידו כמו שהיה עד עתה, ע"ש. ולפי דבריו אין שום סתירה בדברי השו"ע.

אבל לפי דברינו מבואר יותר, דגבי פקדון דיכולין ב"ד להסתלק מן הדין ולהשאירו ביד הנפקד כמו שהיה עד עתה, א"כ בזה באמת לא הוי - הדין מונח - דין ב"ד רק סילוק ב"ד. דב"ד אינן נזקקין לדון אלא מניחים בידו כמו שהיה עד שיתברר של מי הוא. ולכן בזה כתב השו"ע (סימן ש') דיהא מונח בידו של הנפקד, כיון דהוי רק סילוק דין. משא"כ גבי לוקח וגזלן לא שייך סילוק ב"ד ולהשאיר המעות כמקודם, דהא בגזלן צריך הוא להוציא הגזילה מתחת ידו, וכן בלוקח הרי עד עכשיו היו המעות של הלוקח ואין להניח הדבר בלא דין כמו שהיה וכיון דמוכרחים לעשות דין חדש על המעות, א"כ בזה כשב"ד עושין מונח אין זה סילוק דין רק פסק דין של מונח. ולכן שפיר כתב השו"ע (סי' רכ"ב) דמניחין דוקא ביד ב"ד ולא ביד אחר. והנה השער המשפט שם (סי' ע"ו סק"ג) הקשה על הש"ך, וכו', אכן לפמ"ש"כ לעיל יש ליישב שפיר קושית השער המשפט. דהא ביארנו דאיכא תרי גוני מונח, דיש אופן דהוי רק סילוק ב"ד, ויש אופן של מונח דהוי דין ופסק ב"ד שפוסקים דין מונח. וכו', ולפי"ז ה"ה הכא גבי לוח נמי לא שייך מונח דסילוק רק "דין" מונח, דהא המעות הוו של הלוח כמו גבי לוקח, ואי אפשר להניחם בידו עד עכשיו וצריכים להוציאם מידו ולעשות מונח, וא"כ שייך בזה רק "דין" מונח. עכ"ל ועי"ש שהאריך עוד.

ודבריו מסייעים למשכ"ל, דהיות והכסף מעורב עם כספו והשתמש בו, דינו כלוה ולא כשומר שהכסף מופרש ממנו, וע"כ מסתבר שיסבור המחבר שיוציא ויניח בבי"ד. ועדיין לפי הש"ך והנתיחה"מ והבנת הגר"א ז"ל עדיף שיהיה מונח בידו. ולפי המגיד משנה בדעת הרמב"ם והמחבר ברכ"ב והב"ח שם והרמ"א בש' והשער משפט והגרד"פ עדיף שיהיה מונח בבית דין. (ואם יאותרו השכנים כולם ויסכימו לחלק באיזה אופן ביניהם בלי לברר, וימחלו זל"ז אם יש הפרשים, ישלם להם שוה בשוה ולא יניח לא בידו ולא בבי"ד).

והנה בסימן עו מובא בשו"ע דין יהא מונח וחיוב לצי"ש וכו' לענין לווה משנים מאחד ק' ומאחד ר' ואינו זוכר ממי לווה ר'. דאם הודיעוהו כשלוה מי ר' ושכח חייב מכיסו לשניהם, ואם הללו לו בשטר ש' יחד וכעת תובעים אותו שניהם ר', דאיכא ודאי רמאי, יהיה מנה שלישי מונח עד שיבא אליהו, ואם לא תובעים אלא הוא רוצה להחזיר דליכא רמאי בבא לצי"ש חייב לשניהם. וכתב שם הש"ך בסק"ג דבדיני אדם אם לא תובעים יחלוקו, ובשניהם תובעים ועל מנה שלישי אינם יודעים בעצמם, מנה שלישי יהיה מונח עד שיבא אליהו. וכאן לא פסק המחבר יהיה מונח בבית דין, וגם הרמ"א לא הוסיף זאת, ושונה ממ"ש בהל' מכירה והל' שומרים. והש"ך בסק"ח כתב לשיטתו דמונח הכוונה בידו. והנתיחה"מ בסק"ה כתב מטעם אחר שיהיה מונח בידו עי"ש. ולא כתב אף אחד מהפוסקים שיהיה חיוב להוציא מידו להניח ביד ביי"ד, ודלא כמשכ"ל וצ"ע. והראני הגר"י ווייס שליט"א דמ"מ הא דכתבנו מכוון היטב בדברי התומים שחולק על הנתיחה"מ כאן סי' עו סק"ג. ולמעשה איך לנהוג בהאי פלוגתת פוסקים ילע"ע. אבל לחלק ביניהם בהסכמתם ודאי יחייב גם לצי"ש כמבוא' בש"ך שם סק"ז.

ג, עי' ש"ך סי' רכב דחייב לישבע היסת, ונחלקו בזה רש"י ותוס' בב"מ כמבוא' לעיל באות א'. וגם כשמשליש בבי"ד עי' ש"ך ש' סק"י דנשבע שאינו יודע. אמנם נראה דכל זה דוקא

באופן המפורש שם ששניהם תובעים אותו בברי, אבל נגד שמא אין שבועה אפילו משאיר ביד עצמו.

ד, במשנה שבועות דף מה א ואלו נשבעין שלא בטענה השותפין והאריסין והאפוטרופין והאשה הנו"נ בתוך הבית ובן הבית, ונשבעין היסת אפילו בטענת שמא. ובגמ' שם מח ב מבואר שחיוב שבועה רק אם טוענים נגדם, אבל באין תובע שחושדו ותובעו פטור מהיסת זה. וטעם תקנת השבועה הוא מפני שיש להם מורה היתר לקחת כי משקיעים מעצמם בעסק. ונפסק בשו"ע סימן צז סעיף א אלו נשבעים בטענת שמא וכו' כל אחד מאלו נשבע מדבריהם בנק"ח שמא גזל חברו במו"מ או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם, ואין אחד מאלו נשבע בטענת ספק עד שיחשוד המשביע אותן בב' מעין כסף. והביא הש"ך בסק"ג מחלוקת הפוסקים אם בעינן גם הודאה במקצת וכפירה במקצת לגבי תקנת שבועה זו. וכתב הט"ז שהתובע בשמא חייב שתהיה לו סיבה לחשד, ולא משביעו בלי סיבה לחשד.

וכתבו בנתיח"מ ובשער משפט שם דאפילו יש תביעת ברי והנתבע כופר אין שבועה יותר מהיסת, ואי"ז שבועת המשנה בנק"ח אלא היסת רגיל של כופר הכל. דעל תביעת שמא תקנו שבועה, ועל תביעת ברי לא תקנו, ונשארה שבועת התקנה הקבועה של היסת. ועי"ש שדנו אם דינה של שבועת התקנה של שותפין ואריסין כדאורייתא גם לגבי היפוך כמו לגבי נק"ח. עוד נפסק בדין שבועת השותפין, שאינה אלא בעוד הם שותפין או בשעה שחולקין, אבל אם היו שותפין בעבר וכבר חלקו, וכעת תובע שותף אחד את שותפו לשעבר שנשאר בידו והלה מכחיש, אין שבועת היסת אלא בברי ככל טוען, ועי"ז לא נאמר שנשבעין בשמא.

ובנידו"ד שבנו ביחד והטילו לכיס אחד את הכספים לקבלן, וגם הגבאי בנה יחד ושילם עמהם, וגם השקיע מזמנו וכוחו לאסוף את הכספים ולשלם לקבלן ולהתחשבן אתו. הם שותפים דשייך בו המורי היתרא וסיבת תקנת השבועה. אולם לע"ע אין תביעה ואין מי שחושדו לגבאי, אכתי אין סיבה להשביעו וכמ"ש הגמ' בדף מח ב. אמנם לפי"ז אף שיתקיים השבה בחלוקה ע"י ביי"ד או בהפקדה למענם בבי"ד, עדיין לא נפטר לגמרי מחיובי השמירה למקרה ואחד מהם יתבע ממנו חשבון או שבועה וכדו'.

יהושע הלוי לוי.