

ההוא ארבא

הקדמה

ההלכה מחדשת חידוש גדול ביחס שבין שמירת הרכוש לשמירת הגוף, שהרי דין כדא"ג מאפשר לצדדים להיאבק ועלולים להינזק בגופם כשיריבו על החפץ. עניין דומה לזה מצינו בסוגיית "עביד איניש דינא לנפשיה", המתירה להזיק לגופו של אחר כדי לזכות בממון: "שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל" או "לינקוט פזרא וליתיב" (ב"ק כז ע"ב). יעקב אבינו נאבק עם המלאך במעבר יבוק, ואמרו חז"ל (חולין צא ע"א) שחזר על פכים קטנים והסתכן בלילה להצלת רכושו, ומכאן לצדיקים שממונם חביב עליהם מגופם. נמצא שיש לאדם רשות להזיק וגם להיות ניזוק בגופו כדי לשמור על רכושו.

מותר לאדם להסתכן בנפשו באופן קבוע כדי להביא לחמו, כדברי הפייטן "בנפשו יביא לחמו". כך דרשו חכמים על הפסוק "ביומו תתן שכרו ולא תבוא עליו השמש כי עני הוא ואליו הוא נשא את נפשו" (דברים כד, טו) – וכי למה עלה זה בכבש ומסר לך את נפשו, לא שתתן לו שכרו בו ביום? (ספרי שם).

יתרה מזו, לכשנדוק בדין בא במחותרת המתיר להרוג את הגנב, נמצא שהוא מבוסס על החזקה "אין אדם מעמיד עצמו על ממונו" (סנהדרין עב ע"א), שזו הסיבה להערכת המצב שהגנב מתכוון להרוג את בעה"ב לכשיעמוד להציל את ממונו, ומעתה נחשב כרוצח. הלא ניתן היה לכאורה לדרוש מבעה"ב שלא לעמוד על ממונו, וממילא לא היה הגנב בן-מוות! אף מכאן ראייה ששמירת הרכוש הינה זכות-יסוד שאינה ניתנת לערעור, ולעתים אף גוברת על שמירת-החיים. הסבר לתפיסתה של ההלכה, כתב הרב חרל"פ (הקדמה לפירושו 'מי-מרום' על מסכת אבות), שהיות האדם בעלים על רכושו הוא עניין צלם א-לוהים וכמ"ש "אני שליט בעליונים ואתה שליט בתחתונים", שלכן היחס המיוחד לענייני בעלות על רכושו.



א. אף שיש סיפורים על צדיקים שצעקו אחר הגנב "מחול לך" – לאו מר בר רב אשי חתום עליהם. גם אם אכן היו הדברים מעולם – אין זו דרכה הסלולה של ההלכה, וכנראה עשו לפנים משורת הדין ובמקרים יוצאי-דופן. עוד בנושא זה, ראה דברי הרב שלמה אישון תחומין עמ' 313 ואילך.

מקורות ושאלות

כל דאליס גבר

כדי להבין את דין כדא"ג יש ללמוד את הסוגיא עד לה ע"ב ולשים לב להבחנות בין המקרים בהם אומרים כדא"ג לאלה שיש בהם כללים אחרים. כמו כן יש לשים לב להגדרות הראשונים בדין זה עצמו.

- א. האם כדא"ג הוא פסיקה של בית דין או הסתלקות מלדון והשארית הוויכוח במקומו? רשב"ם לד ע"ב ד"ה "וכדא"ג וד"ה "לא מפקינן", לה ע"א ד"ה "התם"; רא"ש סי' כב [שלושה נימוקים, ויש לעיין מה משקלו של כל נימוק]; תוס' ב"מ ו ע"א ד"ה "והא" עד "דלא אלים הקדש"; ש"ך סי' קלט סק"ב, קובץ שיעורים אות קנב; שו"ת הרא"ש תחילת כלל עז; שו"ע סי' קלט ס"ב.
- ב. האם יש תלות בין דין "תפסינן" לדין "מפקינן" ובין דין "לא תפסינן" לדין "לא מפקינן"? רשב"ם; תוד"ה "רב הונא"; ר' יונה. באיזו סברא נחלקו האמוראים לפי השיטות הנ"ל? איך כ"א מהם מבין את כדא"ג?
- ג. באילו מקרים אומרים כדא"ג ובאילו אין אומרים? האם כדא"ג הוא אפשרות מועדפת או רק כשאין מוצא? סוגיית הגמ' כאן עד סופה, תוד"ה "ההוא ארבא", ר"י מיגש, תרומת-הדשן סי' שנ"ב.
- ד. איך מגדירים רב אשי ונהרדעי את המצב שגורם לכל דאליס גבר, ואת הדין עצמו? רשב"ם, רמב"ן.

שודא ויחלוקו

- ה. עי' כתובות צד ע"א: "איתמר שני שטרות... לאו בתורת הכי אתית ליה" – מהן שתי האפשרויות להסביר מח' רב ושמואל ובמה נחלקו לפי השיטה שכולי עלמא ס"ל כר"א? עיין בסוגיא ב"ב לה ע"א – האם מדובר בשטר ראייה או מכר? תוד"ה "ומאי שנא". באיזה מקרה מודה רב לשמואל ולמה? תוד"ה "רב אמר". האם קושיית הגמרא היא מרב ושמואל או רק משמואל? רשב"ם ד"ה "שודא", תוס' הנ"ל.
- ו. מהי סיבת החלוקה לדעת רב? רשב"ם ד"ה "יחלוקו"; רמב"ן ד"ה "ומאי שנא", "והא דאמרינן".
- ז. מהו שודא דדייני? למה דוקא מומחה עושה אותו? עיין גם קידושין עד ע"א תוד"ה "שודא". מה הטעם לפי רש"י ולפי ר"ת? מה המחלוקת בסברות בין ר"ח לתוס'? סוד"ה "שודא".

מהלך השיעור

מחלוקת רשב"ם ורא"ש אם כל דאליס גבר הוא דין או הסתלקות. ספק אם ניתן לחזור ולתקוף גם לדעת הרא"ש. קושיית קוב"ש ויישובה ע"י הגדרה מצמצמת של דעת הרא"ש שכדא"ג אינו דין ממש. האם סברות המחלוקת 'תפסינן' ו'מפקינן' תלויות בהגדרת כדא"ג? אם תלויות בזה, אזי יש שלש גישות אמוראים בהערכת כדא"ג – אפשרות גרועה שאפשר לוותר עליה, בירור לא גמור או פתרון

טוב במצב שנוצר. כדא"ג וחלוקה – מה עדיף? הסבר קושיית הגמרא מדין שני שטרות ותירוצה לפי מחלוקת רשב"ם ורא"ש, ובאופן אחר.

העדפת כדא"ג על חלוקה גם לדעת רשב"ם והסיבה לכך. דעת ר"ח ור"ת בסיבת החלוקה של שנים אוחזים והעדפתה המעשית על כדא"ג, לעומת ריב"א המעדיף עקרונית את החלוקה על כדא"ג, לפי הגדרתו לסיבת החלוקה. תה"ד מעדיף חלוקה על כדא"ג והסברו ברשב"ם.

מחלוקת נהרדעי ורב אשי בהגדרת מצב כדא"ג בתור זיקת ממון. מחלוקת רמב"ן ורשב"ם בדין השבת גזילה במצב זה.

מחלוקת הראשונים כאן ובריש ב"מ בסיבות דין יחלוקו, ולפ"ז מתי אומרים יחלוקו, מתי יהא מונח ומתי כדא"ג. דעת הרא"ש לשיטתו בהסבר דין כדא"ג והעדפתו על חלוקה.

הבדל בין חלוקה מחמת הספק כשאינן דררא דממונא, וחלוקה מחמת הוודאי כשיש דרד"מ. תירוץ על שיטת ר"ת מסוגיית הבית והעליה, והגדרה חדשה למוחזקים בממון.

האם מחלוקת רב ושמואל בשני שטרות אם להעדיף שודא או יחלוקו, תלויה במחלוקת ר"א ור"מ על עדי מסירה או עדי חתימה? האם קושיית הגמרא כאן היא משמואל או גם מרב? הסבר רשב"ם במחלוקת רב ושמואל האם עדיף לעשות צדק חלקי בודאות או ספק צדק מוחלט. מה הדין אם נדע למי נמסר השטר קודם – מחלוקת רשב"ם ורמב"ן. אפשרות להסביר את קושיית הגמרא כאן מרב אליבא דר"מ, אם נאמר שהחלוקה מדין ספק. הגדרת שודא דדייני – הערכת המצב או הכרעת הויכוח. הצורך במומחה לביצוע שודא לפי רשב"ם ור"ת. שיטת הגאונים בדין שודא ויישובה מקושיית התוס'.

שיעור

כל דאליס גבר

א. דין או הסתלקות

מדברי רשב"ם (לה ע"א ד"ה "התם") עולה שמשמעות כדא"ג היא, שבי"ד לא נזקקים לבעלי הדין אלא מסתלקים מהדין ומניחים אותם להסתדר ביניהם. לעומתו תוס' (ד"ה "ההוא ארבא") נקטו לשון "הדין כדא"ג", וגם הרא"ש כתב שכדא"ג הוא "דינא". לדעתם כדא"ג הוא מעין בירור של בי"ד, וביאר הרא"ש שכדא"ג הוא דין, מפני שלא מסתבר שבי"ד יתקנו שיהיו בעלי הדין כל ימיהם במריבה ומי שתגבר ידו יזכה, ולכן לדעתו לאחר שאחד מהם תופס אי-אפשר להוציא מידו אלא בראיה.

הרא"ש כתב שלושה נימוקים לדעתו שכדא"ג הינו דין: 1. מי שהדין עמו קל לו להביא ראיות. 2. מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו.³ 3. השקרן יוותר כי יאמר מה בצע

ב. בבבא-מציעא סי' א כתב הרא"ש שתגבר ידו בכח, ועי' פלפולא-חריפתא שם.

שאמסור את נפשי והיום או מחר יביא זה ראייה ויוציא ממני. נראה ששורש כל הטעמים אחד הוא, שדרכו של הבעלים להתאמץ יותר מהשקן.

לעומת הרא"ש, תוס' (ב"מ ו ע"א ד"ה "והא הכא") כתבו שבדין כדא"ג אם יחזור השני ויתקוף לא נוציא ממנו. הש"ך (סי' קלט סק"ב) הביא ראשונים רבים הסוברים כתוס'³, ולפי התלות שיצר הרא"ש בין הגדרת כדא"ג בתורת דין לבין אי האפשרות לחזור ולתפוס, נראה שראשונים אלה יסברו כרשב"ם שכדא"ג הוא הסתלקות (ולפי"ז תוס' ב"מ חולקים על תוס' כאן שכתבו שהוא דין). אמנם ייתכן שסוברים שכדא"ג הוא דין, אלא שחלותו אינה יציבה ככל דין אחר שפוסקים ב"ד.⁷

קוב"ש (אות קנב) הקשה על הרא"ש למה בדליכא למיקם עלה דמילתא – כגון בשני שטרות היוצאים ביום אחד – לא נפסוק כדא"ג, והרי זה בירור! וי"ל לפמ"ש רשב"ם (ד"ה "התם") "שהרי השטרות שוין בזמנן...הלכך רב אמר יחלוקו", שהמצב ההלכתי בפועל הוא שהרכוש שייך לשניהם בשווה, שהרי לשניהם שטרות מאותו יום על אותו רכוש, ומה יועיל כדא"ג? מעין זה כתב הרא"ש עצמו בב"מ (פ"ק סי' א) בדין שנים או חזין בטלית: "אבל הכא דשניהם מוחזקים בגוף הטלית אנו מחויבים למחות שלא יגזול האחד את חברו", וזו הסיבה שלא פוסקים כדא"ג.

אמנם תירצנו את קושיית הקוב"ש לפי דעת רב שפסק בשני שטרות 'יחלוקו', אבל לשמואל שפסק 'שודא דדייני' לכאורה השאלה עדיין קיימת, שהרי אם ע"פ ראות עיני הדיינים החפץ שייך לאחד מבעלי הדין – מי שהחפץ שלו יתאמץ יותר. אלא שיש לתרץ לפי טעמי הרא"ש בדין כדא"ג, שהרי אם שניהם קיבלו בשווה וכל אחד בטוח שהנותן אוהב אותו יותר, לא יהיה מי שיתאמץ יותר מחברו. ביחוד לפי שיטת ר"ת שהחלטה בשודא היא שרירותית – לא קשיא מידי, שלפי"ז הגדרת המצב היא מבוי סתום עד כדי כך שהדיין עושה מה שבלבבו. לדעתו י"ל ששמואל קיבל את סברת רב שא"א לעמוד על בירור הדברים, ולכן א"א לפסוק כדא"ג. אלא שההוראה לדיין שונה מדעת רב, ואינו מחלק את הרכוש אלא מחליט למי לתת אותו.

ג. ראוי לציין כאן שלדעת הרמב"ם בסוגיית המע"ה, כל מי שיתפוס – על חברו להביא ראיה, וכשיתפוס השני מהראשון על הראשון להביא ראיה אם רוצה שישב לו את החפץ וחוזר חלילה (עיין גר"א יר"ד סי' שטו סק"ב). לדבריו יל"ע מה ההבדל בין כדא"ג להמע"ה.

ד. מעין זה מצינו בדעת הרמב"ם הנ"ל בהערה הקודמת, שאע"פ שהמע"ה דינא הוא לכ"ע, מ"מ אינו יציב ואפשר לשנותו, כיוון שהפסיקה בו נובעת מחמת ספק וחוסר ידע.

לרשב"ם הוויכוח בין רב לשמואל הוא, האם עדיף לעשות דין שיש בו סבירות ראויה לעשיית צדק ואפילו הוא צדק חלקי, או שמא להעדיף דין שיש בו סיכוי לעשיית צדק מוחלט, כמו גם סיכון לעשיית עוול מוחלט (עיין להלן סעיף ו-ז). אבל לר"ת הגדרת המצב היא מבוי סתום, ולכן הדין עושה מה שרוצה ונותן למי שירצה (או לעמיתו בתומ"צ כדברי הנמו"י כאן), ואינו מתחשב בשאלה למי הייתה נוטה דעת הנותן. עוד יש לתרץ את קושיית הקוב"ש לפי מש"כ בתשובות הרא"ש (כלל עז) שאם אחד גבר על חברו ותפס בדין כדא"ג, יכול הלה להשביעו שבדין תפס. הסיבה לכך היא שכדא"ג "לאו דינא הוא דמצי למימר בי"ד פסקו לי כדא"ג וגברה ידי וזכיתי מכח בי"ד, ואין לי לישבע. אלא מחמת שאין בי"ד יכולין לברר של מי הוא ואין שום אחד מהם מוחזק אחז"ל כדא"ג" (כך גם פסק שו"ע סי' קלט סע' א). לכאורה דבריו סותרים למה שכתב כאן שכדא"ג הוא דין, אבל י"ל שאין סתירה בדבריו. מ"ש כאן שהוא "דין", היינו שזו הוראה של בי"ד ולא הסתלקות שלהם מלדון, ולכן יש הזדמנות רק לאחד לגבור והוא שיזכה. אלא שאין כאן בירור גמור של בית-הדין, שהרי נתנו להם לריב ולהגיע בעצמם לתוצאות, לכן יוכלו חברו לדרוש ממנו שבועה, וזה חלק מהבירור שביניהם. זו הסיבה שאם ליכא למיקם עלה דמילתא לא נפסוק כדא"ג, שאפילו לדעת הרא"ש אין זה בירור טוב כלל ועיקר, ועדיף בכה"ג לעשות דין יחלוקו או שודא.

ב. תפסינן, מפקינן, הגדרת כדא"ג

לרשב"ם יש תלות בין תפסינן למפקינן: למ"ד מפקינן גם תפסינן, שלא הרענו את כחו של האחר במה שתפסנו באופן זמני עבור חברו. למ"ד לא מפקינן גם לא נתפוס, כדי לא להרע את כחו של הצד השני, שמא היה תופס בדין כדא"ג. מחלוקת האמוראים היא האם בי"ד יכולים לשחרר ממון שתפסו מבלי לקבוע מי בעליו, או לא. לכאורה היה אפ"ל שהמחלוקת היא בגדר כדא"ג: אם כדא"ג הוא דין נוכל להוציא את החפץ לכדא"ג למרות שתפסנו, ואם הוא הסתלקות לא נוכל להוציא לכדא"ג לאחר שתפסנו. אמנם בדעת רשב"ם קשה לומר כן, שהרי הוא סובר שכדא"ג אינו דין וכנ"ל, ולא מסתבר שיתלה זאת במחלוקת אמוראים. נראה שמשום כך הדגיש פעמיים שהשאלה היא האם בי"ד "רשאים להפקיר" ממון ישראל שבא לידם, הרי שלדעתו זה מעין הפקר ולא עשיית דין. פירוש הרשב"ם קשה, שכן נדחק להסביר שהסיבה שלדעת רב יהודה לא תפסינן היא בגלל החשש הרחוק שמגמת המבקש היא "תמות נפשי עם פלשתים", ועוד שכבר הסביר לעיל

(ד"ה "תפסינן") שסברת רב יהודה היא שלא למנוע מבעה"ב האמיתי אפשרות לגבור בכדא"ג. י"ל שדוקא לרשב"ם הסובר שכדא"ג אינו דין, בעינן תרוייהו כדי למנוע מבי"ד לתפוס עבורו. זאת מכיון שסברת הפסד האפשרות לכדא"ג לבדה או החשד שמא אומר "תמות נפשי" לבדו, אינם מספיקים, שהרי מסתבר שאם דורש לתפוס – יש דברים בגו. רק צירוף שתי הסברות יחד גורם לדין לא תפסינן.

לתוס' אין תלות בין תפסינן למפקינן: למ"ד לא תפסינן – לא תפסינן אפילו אי מפקינן, שאין לבי"ד להיכנס לדבר שלא ידוע אם יוכל לבררו. אם לא מפקינן, הסברא היא שבי"ד לא יתפסו כדי לא לקפח זכותו של מי שאולי יתפוס בצדק בכדא"ג. למ"ד תפסינן – אם מפקינן, פשוט שלא מפסידים כלום. ואפילו אם לא מפקינן מ"מ תפסינן, כיוון שיש להניח שבעה"ב האמיתי הוא זה שרוצה להביא ראיות, שהרי השקן בוודאי אינו מעוניין בדבר כזה שמונע ממנו לתפוס (ולהיפך מסברת רשב"ם למ"ד לא תפסינן). גם לתוס' אין הכרח לומר שהמחלוקת היא בהגדרת טיבו של כדא"ג, אלא בהנהגת בי"ד.

לר' יונה רק רב יהודה, שאמר גם לא תפסינן וגם לא מפקינן, תולה הסברות זו בזו – שמפני שלא מפקינן גם לא תפסינן כדי שלא לבטל את האפשרות לכדא"ג. למרות שאיננו חושדים בו שמבקש מבי"ד לתפוס משום "תמות נפשי" – ייתכן שרק חשב שיש לו עדים ויתברר לו שאינם. אע"פ שאנו נמנעים מלבטל כדא"ג, מ"מ אם תפסינן – לא מפקינן, דסו"ס אינו דין גמור שנוכל להוציא אליו מתפיסת הבי"ד, ומעין מש"ל בדעת הרא"ש שאמנם כדא"ג הוא דין, אך מ"מ לא בתוקף של פסק בי"ד. רב הונא שאמר רק 'תפסינן', אינו תולה זאת בדין מפקינן, וגם אם לא מפקינן נתפוס – שאין לחשוש מביטול דין כדא"ג, מכיוון שאיננו בטוחים שהבעלים האמיתי הוא זה שיתפוס. לדעתו כדא"ג איננו פתרון כה טוב עד שנחשוש לבטלו (דומה יותר לסברת רשב"ם לעיל א).

נמצא שלדעת ר' יונה המחלוקת בין רב הונא לרב יהודה היא בערכו של כדא"ג. לרב הונא אפשר לוותר עליו גם לכתחילה ולתפוס ולא להוציא, ובסברתו י"ל שכדא"ג לאו דינא הוא כלל אלא הסתלקות וכרשב"ם. לכן כשצד אחד דורש התערבות בי"ד כדי להביא ראיות – מקבלים את דרישתו. לרב יהודה לא מוותרים לכתחילה על כדא"ג כיוון שלדעתו יש בו בירור אבל אינו דין גמור וכרא"ש בתשובה (לעיל פרק א'), ולכן אם כבר תפסינן – לא מפקינן.

את דברי רב פפא שסובר מפקינן אפשר לפרש בשני אופנים:

האחד – גם אם תפסנו כדי לנסות לברר אם יש לו ראיה, א"א לוותר על כדא"ג. ר"פ חולק בזה על רב הונא ועל רב יהודה בהערכת דין כדא"ג, וסובר שהוא פתרון טוב, עד שראוי

אפילו להוציא מיד בי"ד ולאפשר ביצוע כדא"ג. לפי"ז נמצאו שלוש הערכות שונות לכדא"ג, הבאות לידי ביטוי במחלוקתם של רב יהודה רב הונא ורב פפא. **השני** – תפיסת בי"ד כדי לאפשר הבאת ראיה אינה מוגדרת תפיסה, וכמ"ש רשב"ם (ד"ה "מפקינן"), שהיתה זו מראש תפיסה כדי להוציא. לכן בלי קשר לטיבו של כדא"ג, כיוון שבעל הדין שביקש את התפיסה לא הביא את הראיות שהבטיח – מחזירים את המצב לקדמותו.

ג. סדר העדיפות בפסק ההלכה: כדא"ג, שודא או יחלוקו

הגמרא הקשתה שתי קושיות על רב נחמן שפסק כדא"ג בסוגיית "זה אומר של אבותי". יש לשאול, האם המקשן העדיף פסיקה אחרת על פני כדא"ג? מהקושיה מדין "המחליף פרה בחמור" קשה להוכיח אם המקשן מתכוון להעדיף דין אחד על משנהו. אבל מדברי הגמרא על שני שטרות נראה שיש עדיפות לכדא"ג על שודא, וייתכן שגם על יחלוקו (אם נאמר שהשאלה היתה גם על רב) – שהרי תירוץ הגמ' הוא "דהתם (בשני שטרות) ליכא למיקם עלה דמילתא", כלומר שמכיוון שאין לנו יכולת לברר יותר אנו נאלצים לחלק ביניהם או לעשות 'שודא'. מסגנון זה עולה שהיה עדיף לחכות לבירור טוב יותר אם היה אפשר.

שתי אפשרויות להסביר את דברי המקשן והתרצן:

האחת – המקשן סבר שיש לפסוק כדא"ג כיוון שהוא דינא (כקושיית הקוב"ש לעיל פרק א). התרצן סבר שכיוון דליכא למיקם עלה דמילתא אין ערך לכדא"ג, שהרי לא יתברר דבר חדש בנוסף למה שאנו יודעים עתה שנתן את שני השטרות ביום אחד.

השניה – המקשן סבר כרשב"ם שכדא"ג זו הסתלקות, ולכן הציע פסיקת דין העדיפה על הסתלקות. התרצן ענה כדעת הרא"ש שכדא"ג אינו הסתלקות אלא דין ועי"ז אפשר למיקם עלה דמילתא. מה שאין כן במקרים האחרים שהובאו, שבהם יהיה הדין יחלוקו או שודא, משום שאין בי"ד מוציאים מתח"י דין שבא לפנייהם בלי להכריע בו. אפשרות זו דחוקה, כיוון שהיא תולה את מחלוקת הראשונים במחלוקת האמוראים.

מהרשב"ם (ד"ה "שודא" ו"יחלוקו") עולה שבקושיית הגמרא על רב נחמן רצו שיפסוק חלוקה או שודא במקום כדא"ג. אבל בתירוץ הגמרא משמע לרשב"ם (ד"ה "התם") שכדא"ג עדיף על חלוקה או שודא מכיוון שבי"ד מעוניינים בחקר האמת כל זמן שאפשר "דהואיל ואין לברר לעולם הדין עם מי, משתדלין בי"ד בדינן ודנין אותו". רק בדלית ברירה עושים דין שמבטא מצב נתון (יחלוקו) או שיש בו סיכוי לעשות צדק (שודא), למרות שאינו מבטיח צדק או אמת. כלומר, מה שאנחנו מעדיפים לא להכריע ולהשאיר מצב בספק אם יש

סיכוי להגיע בעתיד לאמת – ובינתיים מניחים להם לריב וכל דאלים גבר – עדיין לא אומר שכדא"ג עדיף מצד עצמו. אמנם בסוף דבריו כתב הרשב"ם "דשמא יבואו עדים ויסתרו את הדין שדנו בי"ד הלכך אין בי"ד נזקקים להם לדון דין שסופו לבוא לידי עיוות". לפי-זה, הסיבה לכדא"ג היא החשש מעיוות הדין. אבל נראה להסביר את סוף דבריו כתחילתם, שלא מחשש עיוות הדין לבדו אינם נזקקים לדין, אלא מפני שכל זמן שאפשר לברר אין לבי"ד לדון דין שסופו להיות מעוות.

גם לדעת ר"ח ור"ת, שהחלוקה תלויה באחיזתם – נראה שכדא"ג עדיף לכתחילה על פני חלוקה, אלא שאם שניהם תופסים את החפץ אין ברירה אלא לחלק אותו ביניהם. לכן כשאינם תופסים הדין הוא כדא"ג (כך משמע מלשונו בתוד"ה "ההוא ארבא"). גם מלשונו של ר"י מיגש בסיכום הסוגיא נראה שלכתחילה מעדיפים כדא"ג ואפילו שודא על פני חלוקה, הנעשית רק כשא"א לברר יותר.¹⁷

גם מלשון הרא"ש בתחילת ב"מ נראה שכדא"ג עדיף מדין יחלוקו, ובהתאם לשיטתו שכדא"ג הוא דין ולא הסתלקות. לדעתו – כמו גם לדעת הראשונים דלעיל – כנראה עדיפה פסיקה שיש בה סבירות ראויה שהצדק יצא לאור, מאשר פסיקה שבה אמנם בחצי מהסכום אנו עושים כדין, אך בחצי השני ברור שאיננו עושים כדין. לכן לא נחלק את החפץ ביניהם אלא כששניהם אוחזים וא"א להוציא מאף אחד מהם לגמרי. לעומת זאת, לדעת ריב"א (בתוס' שם) שהחלוקה נובעת מגוף הספק, הסיבה לכך שכאן לא מחלקים את הארבא הוא מכיוון שבוודאי יש רמאי. נמצא שלדעת ריב"א לכתחילה היינו מעדיפים לחלק, וייתכן שאפילו לפסוק שודא, מאשר לפסוק כדא"ג. נראה שלדעתו כדא"ג הוא הסתלקות של בי"ד המובילה לאלימות שאינה מבררת באמת של מי החפץ, ודלא כרא"ש. א"נ י"ל בדעת ריב"א שאין להשתמש באלימות כאמצעי לבירור גם אם ייתכן שאכן ייעשה בירור על ידה.

דעת תה"ד (סי שנב)

1. בספקא דדינא שעלה בתיקו – לדעת הרי"ף (ב"מ יח ע"ב בדפי הרי"ף, וכן דעת ר"ח ב"מ לד ע"ב על הגיליון) חולקים, ולדעת הרא"ש (ב"מ, פרק המפקיד סי' ב) המע"ה. תה"ד עצמו סובר שכשיש פלוגתא דרבוותא ואף אחד אינו תופס בחפץ, כדא"ג עדיף מיחלוקו

ה. הגמרא שאלה על ר"נ מדברי סומכוס, מכיוון שסברה שבכה"ג גם חכמים יודו, שהרי בההיא ארבא אין מר"ק וממון כזה המוטל בספק יחלוקו גם לדעתם. תירוץ הגמרא המנמק את החלוקה כתוצאה מהגדרת המצב כ'אין מוצא', מראה אף הוא שלדעת רבנן 'יחלוקו' היא האפשרות האחרונה, ועדיף לפסוק לפי חזקת מר"ק כשהיא קיימת, למרות שאין בה בירור של הספק.

ושודא, אבל בספקא דדינא שהסתיים בתיקו – חולקים. נראה שסברת החילוק של תה"ד היא כך: בספקא דרבוותא א"א לומר יחלוקו, מכיוון שכל צד יאמר שסובר כפוסקים האחרים, מעין "קים לי", ולא נוכל לפעול נגדו. אבל ספקא דדינא הוא ספק מוחלט שיוצר מוחזקות לשני הצדדים ולכן יחלוקו.¹

2. תה"ד דייק מסוף דברי רשב"ם הנ"ל, שהסיבה העיקרית שאין חולקים היא מחשש שהדין שידונו יתבטל. לפי"ז חלוקה או שודא עדיפים לכתחילה, וכדא"ג פוסקים רק כאשר יש חשש שייסתר הדין, ולא כמ"ש לעיל. אלא שלתה"ד היתה גירסה אחרת ברשב"ם: "דשמא יבואו עדים ויעידו של מי הוא ונמצא דברי בי"ד שבורים ונסתרים במה שפסקו כבר חלוקה", כדבריו שם. הסבר זה מתאים לשיטת רשב"ם שכדא"ג הוא הסתלקות ולא דין, ולכן בי"ד היו מעדיפים לפסוק יחלוקו.

לדעת תה"ד חשוב יותר לסיים את הסכסוך בחלוקה – גם במחיר הקטנת היכולת לבירור האמת הקיימת, שהסיכוי לה גדול יותר אם נפסק כדא"ג ונשאיר את המצב ללא הכרעה. סברא זו חולקת על הפירוש שכתבנו לעיל בדעת רשב"ם, ולפיו עדיף להשאיר פתח לבירור מלהכריע את הדין. לשיטתו, כתב תה"ד שבספקא דרבוותא נפסק יחלוקו, משום שאז איננו חוששים לשבירת הדין. אבל במקרה שהחלוקה עלולה לגרום לשניהם הפסד פסקו כדא"ג,² ועוד שלפעמים מתקנים לא לחלוק אלא כדא"ג. מסוף דבריו נראה שאין כללים ברורים בדבר, והכל תלוי במה שהיה נראה לחכמים לתקן, כיוון שסו"ס אין כאן הכרעות. כך אפשר להבין גם את דברי ר"ח המובאים בתוס' (כתובות צד ע"ב ד"ה "אימיה דרמי"), שחכמים תיקנו לפי מה שהיה נראה להם, לכן תיקנו דין שודא דווקא בקרקע ודווקא בדיין מומחה כר"נ בדורו. תה"ד עצמו כתב שבדורנו אין לנו דיין מומחה כר"נ ולא עושים שודא דדייני.

ד. מחלוקת נהרדעי ורב אשי

נהרדעי ורב אשי נחלקו במקרה שזה אומר של אבותי וז"א של אבותי – ובא אחד מן השוק והחזיק בקרקע (ע"פ רשב"ם לה ע"ב ד"ה "אם בא"). לנהרדעי אין מוציאין אותה מידו ולרב אשי מוציאין, ונחלקו הראשונים בביאור דבריהם.

לדעת רשב"ם – נהרדעי סוברים שבמקרה שפוסקים כדא"ג, מי שחוטף הוא גזלן של רבים ולא שמייה גזלן, שהרי אף אחד משני בעלי הדין אינו מוחזק בממון, ואולי ע"פ האמת לאף

1. בדומה לסברת רעק"א לעיל, שיעור על שטרא זייפא.

2. כמו בבור שמימיו מספיקים רק לשדה אחת, וכשיחלקו את מימיו נמצא שאף שדה לא הושקתה כראוי ויפסדו פירותיהם (גיטין ס עמ' ב).

אחד מהם אין חלק בו, ולכן אין כאן מוחזקות או בעלות. מדבריו עולה שאמנם בי"ד אינם יכולים לכופו להחזיר, אבל ראוי שיחזיר מעצמו. רב אשי לעומתם, סובר שגם אם ההחלטה לגבי שניהם אינה אלא כדא"ג – נוציא מידו כדי לאפשר לבעלי הדין להתמודד. בטעם הדבר י"ל, שטענותיהם של בעלי הדין מהוות 'זיקת ממון' כלפי הקרקע היוצרת מעין בעלות, למרות שלא היו מוחזקים בפועל וגם לא הביאו ראיות. למרות שלדעת רשב"ם כדא"ג אינו דין – זהו רק מצד בי"ד, אבל מצד המתדיינים עובדת היותם דנים על החפץ עושה אותם כבעלים. לכן החוטף מחויב במצוות השבה למי שהחפץ שלו – אלא שמפני שאינו יודע למי יחזיר הוא מחזיר לדין כדא"ג. מצבו דומה למקרה של ההוא ארבא, שגם שם איננו יודעים למי היא שייכת ולפיכך "אי תפסינן לא מפקינן" – כל-שכן במקרה זה שהוא גזלן וחייב לקיים מצות השבה, לכן אינו מתכפר במה שהחזיר לדין כדא"ג.

לדעת רמב"ן – כיוון ששניים מתווכחים על החפץ הם נחשבים כבעלים, ובוה קיבל את סברת רשב"ם הנ"ל. אבל חלק עליו במהות השבת החפץ הגזול – שלדעתו היא השבת החפצא למקומו ולא השבה לגברא. לכן אם בא אדם מהשוק ותפס את החפץ שעליו הוויכוח – הוא יכול להחזירו למקומו ובוה מתכפר.¹ על מה שכתב רשב"ם ללמוד ק"ו מסוגיית "לא מפקינן", השיג הרמב"ן שרק בי"ד אינם יכולים להוציא מרשותם דבר שאין ברור למי הוא שייך והם חייבים לברר את האמת, אבל מידו של אדם שתפס שלא כדין – מפקינן. לכן פירש שרב אשי שאמר גזל של רבים אינו ניתן להישבון לא התכוון למקרה של ההוא ארבא וכדו', משום שכאן יכול להניח החפץ בין בעלי הדין ולהסתלק, אלא למי שגזל את הרבים ואינו יודע את מי, כגון שמכר במידה מזויפת.²

שודא ויחלוקו

ה. שני שטרות היוצאים ביום אחד

"שני שטרות היוצאים ביום אחד – רב אמר יחלוקו ושמואל אמר שודא דדייני". הגמרא (כתובות צד ע"א) מביאה שתי אפשרויות להסבר מחלוקת רב ושמואל:

- ח. מעין מ"ש רש"י בספר יהושע (כד, לב) על קבורת יוסף בשכם, שממקום שנלקח לשם הושב, למרות שיעקב ששלח אותו והתאבל על העלמו כבר אינו בין החיים.
- ט. מחלוקת זו מקבילה למחלוקתם של רשב"ם ורמב"ן בריש ב"מ, אם בסוגיית מנה שלישי לא נוציא מהשליש כדי לעשות כדא"ג בגלל סברת "לא מפקינן" (רשב"ם), או בגלל שנחשבים כאוחזים (רמב"ן).

האחת – רב סובר כר"מ שעדי חתימה כרתי, וכיוון שקיבלו את השטרות ביום אחד הקרקע של שניהם בשווה. שמואל סובר כר"א שעדי מסירה כרתי, ואמנם אחד זכה אלא שאין ידוע מי הוא. בשלב זה נקטה הגמרא שהסובר כר"א יעדיף שודא על פני חלוקה.

השניה – כו"ע סוברים כר"א, וחלקו רק בשאלה מהו הפיתרון המועדף – חלוקה או שודא, והסברות במחלוקתם כדלעיל אות ג.

תוס' (ד"ה ומאי שנא") העמידו את סוגיית שני שטרות במכר או מתנה דווקא, כיוון ששטר שעבוד תופס רק ממחרתו גם לר"א, ובזה לא יאמר שמואל "שודא", ששניהם באמת חלים כאחד. עוד כתבו התוס' (ד"ה "רב אמר יחלוקו") שלפי הלישנא דרב כר"מ, רב מדבר על שטר קניין, שבו לפי ר"מ עדי חתימה כרתי ולכן לא משנה מתי נמסרו ודינם כשטרות שעבוד הנ"ל התופסים ביחד למחרת היום (חוץ מירושלים שכותבים בה שעות כמ"ש בכתובות שם). אבל במקרה של שטרות ראייה יודה רב לשמואל דשודא עדיף, שאין השטר עושה את הקניין אלא המעשה. לפי זה, לאותה לשון לא הקשו מדברי רב שם על דין "זה אומר" וכו', כיוון שבההיא ארבא אין שטרות או דבר אחר שיכריח חלוקה או שודא. לדעתם, מה שהקשו כאן מרב שייך רק ללישנא דפליגי אליבא דר"א, ופירוש הקושיא הוא: כיוון שבשטרי קניין שנחתמו ביום אחד ואין ידוע איזה נמסר קודם אמר רב יחלוקו – גם בזה אומר של אבותי וכו' היה הדין צריך להיות יחלוקו, ולא כדא"ג. רשב"ם כתב (בד"ה "שודא") שהקושיא היא מרב ושמואל גם יחד. לפי דברי התוס' (הנ"ל) אפשר לפרש את דבריו, שרב כר"א ללישנא בתרא דכתובות (צד ע"ב), וכמסקנת רב נחמן (שם) שחוץ מירושלים לא מתחשבים בשעות אלא בימים.

ו. סיבת החלוקה

הרשב"ם סובר שדברי ר"נ (כתובות שם) לפסוק שודא בדין שני שטרות היוצאים ביום אחד קיימים גם אם נדע למי נמסר קודם, שכן כתב (ד"ה "התם"): "ואפילו אם יבואו עדים ויעידו זה נכתב ונמסר בבוקר וזה בערב – הלא אין הקדמה בשעות וכו'". דין זה דומה לשטר שעבוד שהביאו התוס' (לד ע"ב ד"ה "ומאי שנא"), שזמנו תמיד בסוף היום בלי קשר לזמן נתינתו.

אעפ"כ פירש רשב"ם שסיבת החלוקה היא הספק, וקשה – למה לא נאמר שהתכוון לתת לשניהם בסוף היום וכמו בשטר שעבוד, והחלוקה מדין ודאי? כנראה זו הסיבה שתוס'

י. אח"כ ראיתי שכן הקשה בספר קיקיון דיונה על אתר.

פירושו שלא הקשו כאן מדעת ר"מ, שלדעתו החלוקה היא מדין ודאי ואין המקרה של ההוא ארבא דומה לשני שטרות. וי"ל שגם לרשב"ם הקושיא היא אליבא דר"א שהמסירה חשובה, ולכן מתעורר ספק למי באמת התכוון לתת. משא"כ לר"מ, שכיוון שהשטר אינו מוכיח מתוכו למי ניתן קודם, אין כאן ספק והוי כשטרות שעבוד.

הרמב"ן (ד"ה "והא דאמרינן") הביא את פירוש רשב"ם הנ"ל בדעת ר"נ, וחלק עליו. לדעתו אם נדע מתי ניתן כל שטר נוכל להכריע של מי השדה, אבל כיוון שלא מדייקים בשעות חוץ מבירושלים, גם העדים לא זוכרים למי ניתן קודם. עוד הבין הרמב"ן מדברי רשב"ם שלרוב הסובר כר"מ, גם אם נדע מי קיבל ראשון את השטר הדין יהיה יחלוקן מכיוון שהתאריך זהה. מסתבר שזו אכן דעת רשב"ם, שהרי אפילו בדעת ר"א סובר רשב"ם שלא מתחשבים בשאלה למי ניתן קודם. הרמב"ן חולק וסובר שגם לר"מ הסובר עדי חתימה כרתי, אם חתמו העדים וכבר ניתן השטר – נתבצע הקניין ולא יוכל לכתוב שטר נוסף וליתנו באותו יום, שאין אפשרות לאדם לחזור בו אפילו ביום הכתוב בשטר. מה שאמרנו שקונים יחד בתורת ודאי, היינו כשחתם על שני השטרות ורק אח"כ נתן אותם (כנראה בבת-אחת).

ליישב את דברי רשב"ם הסובר שהחלוקה בשני שטרות היא מחמת הספק, יש לומר שלדעתו רב נחמן המחלק בין ירושלים לשאר מקומות סובר שבין לר"א ובין לר"מ לא מתחשבים בדיעת השעות אם השטר אינו כולל אותן, אלא בתאריך היום בלבד. לפי"ז אפ"ל שהקושיא מרב היא גם אם הוא סובר כר"מ, ולא כמ"ש לעיל, כיון שגם לר"מ החלוקה היא מדין ספק. הגדרת הספק נובעת מהעובדה שהשטרות לא ניתנו באותו זמן ביום, לכן לא ברור למי באמת התכוון לתת ואת מי רצה רק לפייס.

ח. שודא דדייני

פירוש "שודא" – לדעת רש"י (כתובות צד ע"ב ד"ה "שודא") ורשב"ם (כאן), שודא דדייני הוא אומדן שעל הדיין לעשות למי סביר יותר שהחפץ יהיה שייך. לדעת ר"ת (תוד"ה "שודא דדייני") למי שירצה הדיין ייתן. מה שמצינו ברש"י בשבועות (ל ע"ב ד"ה "אי-נמי") שנותנים למי שהוא יותר ת"ח, מתפרש לפמ"ש בעצמו (כתובות פה ע"ב ד"ה "שודא"), שכיוון שאדם זה נוהג בדרך ישרה יש להניח שהנותן העדיף לתת לו את החפץ או הקרקע. מעין סברא זו יש לומר גם לגבי מי שהוא ת"ח, שמעדיפים לתת לו כדי לזכות בברכות המובטחות למי שמהנה ת"ח מנכסיו. על קושיית תוס' מדין הולך מנה לפלוני, שם נאמר "מה שירצה שליח יעשה" וזה נקרא שודא (גיטין יד ע"ב) – כבר כתב

רש"י (שם), שהשליח צריך לעשות מה שנראה לו שהיתה דעת המשלח, וכך יש לפרש גם בשאר מקומות.

הצורך במומחה – לדעת ר"ת הדיין פועל מכוח הפקר בי"ד, וכמ"ש בסוגיא דקידושין (עד ע"א ד"ה "שודא"). תוס' (שם, בסופו) הקשו למה לשיטתו צריך מומחה דווקא, וכי רב ששת שאיננו מומחה לא יוכל לסבור סברא טובה? אבל יש לומר שצריך שיהיה מומחה כדי לתת לו סמכות הפקעה. רש"י יתרץ שהמומחיות נדרשת כדי לצבור את הניסיון בדין, ומעין מ"ש בב"ק (נג ע"א) על ר' נתן דדיינא הוא ונחית לעומקא דדינא. מכל הנ"ל נמצא שעשיית שודא אינה מועדפת, ולכן ייתכן שסברת הגאונים המובאת ע"י ר"ח שלא לעשות שודא אלא בקרקעות אינה מדינא. אמנם צדקו תוס', שבגמרא מצאנו שעשו שודא במטלטלין – אבל הגאונים צמצמו עשיית דין זה בגלל הקושי שבו. ייתכן גם שהגאונים סברו כרש"י בפירוש שודא, ועם ירידת הדורות קשה לנו יותר לעשות אומדנא נכונה.

