

יחלוקו או יהא מונח בהכרעת סכסוכים נטולי ראיות

מבוא

מעשה בשתי משפחות אשר בלילה אחד פרצו גנבים לבתיהם וגנבו מהן כסף מזומן ותכשיטים. כעבור זמן רב נתפסו הגנבים ונמצא בידם תיק של אחת המשפחות ובו רוב הרכוש של שתי המשפחות. כל אחת מהמשפחות זיהתה את רכושה. דא עקא, שבתוך הרכוש הייתה שרשרת יקרת ערך אשר ניזוקה ופניה הושחתו במקצת, שלגביה היה ספק לשתי המשפחות האם היא שייכת להן. מחקירת הגנבים עלה שכל הרכוש בתיק שייך לשתי המשפחות והם לא ערבו בו רכוש אחר. נשאלה שאלה הלכתית כיצד להכריע בספק זה לגבי השרשרת. ספק זה מזמן דיון עקרוני בשאלה כיצד מכריעים ספק שבו הנתבע מודה שהוא חייב לאחד משני תובעים, אך אינו יודע למי מהם ומנגד התובעים טוענים טענת שמא.

דין זה נוגע בסוגיה נכבדה, אשר השלכותיה נוגעות לא רק לדיני גניבה אלא גם לדינים נוספים שבהם ברור שיש להשיב ממון לבעליו, אלא שיש ספק גם לצדדים מי מבין השניים הוא הבעלים. כגון החזר עקב גביית יתר שיש ספק למי יש להשיבו, או דין ירושה באופן שיש מספר יורשים ולא ברור מי הראשון לרשת וכדו'.

נקודת הדיון היא מהם הכללים המנחים כשעמדת הצדדים בסכסוך שווה, ולעיתים אף נטולת מוחזקות: האם מוצדק לחלוק את הממון בין הצדדים למרות שברור שהממון שייך לאחד מהם והחלוקה תגרום לו הפסד, או שמא עדיפה דחיית ההכרעה עד שיובאו ראיות שיפשטו את הספק או שהצדדים יגיעו להסכמה ביניהם. שאלה זו נשאלת גם מבחינת תפקידו של ביה"ד: האם נכון מבחינתו להגיע להכרעה בכל מקרה, אף שבוודאות היא לא אמיתית, או שמא עדיף שביה"ד ימתין בהכרעתו ולעיתים אף יסתלק לגמרי מהכרעה כדי לאפשר לצדדים להביא ראיות או למצות את הדיון בכוחות עצמם. יצוין שהדיון במאמר זה לא נכנס לשאלת סמכותו של ביה"ד לכפות פשרה על הצדדים, שאינה מן הדיון, ונעסוק בשלב הקודם לכך, **מה על ביה"ד לעשות מעיקר הדין.**

מעיון במקורות נמצא שיש ביטוי לשתי הגישות העקרוניות הללו ובכל אחת מהן נמצא שיש הבחנות נוספות. בחלק מהמקרים הועדפה העמדה שלא לנקוט עמדה או להניח את הממון ביד ביה"ד, ובחלק מהמקרים הועדפה העמדה לחלוק בין

הצדדים. עוד נמצא שחלק מהפוסקים נטו באופן עקבי לעמדה הראשונה וחלק מהם נטו לעמדה השנייה. במאמר ננסה להתחקות אחר העקרונות מתי ההכרעה היא 'יחלוקו' ומתי 'יהא מונח' או 'כל דאליס גבר', ונראה שהכרעת יחלוקו אינה בהכרח פשרה, ומנגד ההכרעה 'יהא מונח' אינה בהכרח הסתלקות.

א. גנב מאחד משניים ואינו יודע ממי

בנידוננו, ברור שהגנבים חייבים ממון לאחד משניהם, זאת על פי הכלל 'הודאת בעל דין כמאה דמי' (ב"מ ג, א). אך מאחר ולא ידוע למי התשלום, יש להסתפק האם עליהם להעביר לידיהם את השרשרת והם יתחלקו בשוויה, או שמא אין עליהם לשלם כלל כל עוד לא ברור מיהו התובע, או אולי עליהם לשלם לכל אחד את מלוא שוויה של השרשרת, מאחר והם יצרו את הספק וזו הדרך הוודאית היחידה להשיב את הגניבה לבעליה.
המשנה בב"מ (לז, א) דנה במקרה דומה:

אמר לשנים: גזלתי לאחד מכם מנה, ואיני יודע איזה מכם... נותן לזה מנה ולזה מנה, שהודה מפי עצמו.

לעומת זאת, במשנה ביבמות (קיה, ב) נחלקו התנאים במקרה הבא:

גזל אחד מחמשה ואין יודע מאיזה גזל, כל אחד אומר אותי גזל - מניח גזילה ביניהן ומסתלק, דברי רבי טרפון; רבי עקיבא אומר: אין זו דרך מוציא מידי עבירה, עד שישלם לכל אחד ואחד.

בשתי המשניות מדובר שהגזלן מתוודה על כך שהוא גזל מאחד מהם - במשנה בב"מ הוכרע שישלם לכל אחד ואחד, ואילו במשנה ביבמות נחלקו: לר' טרפון משלם תשלום אחד ומניחו ביניהם, ולר"ע משלם לכל אחד ואחד. כיצד יש ליישב שתי משניות אלו?

הגמ' בב"מ (שם) מעמתת בין שתי המשניות ומבארת שבמשנה בב"מ מדובר שבא הגזלן לצאת ידי שמים, כפי שמוכח מהלשון "שהודה מפי עצמו", ולפיכך עליו לשלם לכולם. ואילו במשנה ביבמות מדובר שכל אחד מהחמשה טוען טענת ברי שממנו נגזל, והגזלן טוען טענת שמא, ואין הגזלן רוצה לצאת ידי שמים. דעת ר' טרפון היא שמניח גזילה ביניהם ומסתלק, משום שמספק אין מוציאים ממון מבעליו. ואילו לר' עקיבא עליו לשלם לכל אחד ואחד, משום שבמקרה זה ברי ושמא ברי עדיף. בביאור דעת ר"ע נחלקו ראשונים: לתוספות (ד"ה גזל) החיוב לשלם לכל אחד ואחד הוא מעיקר הדין, כיון שיודע בוודאי שחייב לאחד מהם.

לעומת זאת, להסבר הרמב"ם (גזילה ואבידה ד, ט) החיוב הוא קנס מדרבנן כיון שגזל, כפי שמשמע לשון ר"ע "לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה"¹.
 כדעת ר' עקיבא הכריעו הרמב"ם הנ"ל והשו"ע (חו"מ שסה, א).

ב. הדין בשמא ושמא

כך הדין בברי ושמא, ומה הדין בשמא ושמא כבמקרה שלפנינו? הגמ' שם מבארת שלר"ע בשמא ושמא יש להעמיד הממון על חזקתו. כך גם ניתן לדייק מהאמור עד כה, שדווקא בברי ושמא נחלקו ר"ע ור"ט, אך בשמא ושמא מודה ר"ע שאין להוציא מיד המוחזק, ובפשטות הוא יפסוק כר"ט שמניח הגזילה ביניהם ומסתלק.

יישומה המעשי של הלכה זו מעורר קושי, שכן בהנחת הגזילה ביניהם הוא גורם הפסד לנגזל. כך מקשה הגמ' (לז, ב):

אמר ר: מניח גזילה ביניהם ומסתלק. ושקלי לה כולהו ואזלי? והאמר רבי אבא בר זבדא אמר רב: כל ספק הינוח - לכתחילה לא יטול, ואם נטל - לא יחזיר!

ומבאר רש"י: "ואם נטל לא יחזיר... מידי דמספקא לן דמאן נינהו - צריך להניחו ביד מי שהוא, עד שיתברר הדבר". מיישבת הגמ': - "אמר רב ספרא: ויניח". ומבאר רש"י:

אמר רב ספרא ויניח - הא דקתני מסתלק - לאו דלישקלו אינהו וליזלו, ולא שיוציאנה מידו, אלא תהא מונחת בידו עד שיתברר הדבר, והאי מסתלק - סילוק הדין הוא, ויניח גזילה בפניהם בבית דין, ויאמר: ברו של מי הוא, ויטול, ומסתלק מן הדין, והגזילה יניח בידו עד שיבא אליהו".

תוספת ביאור בחתם סופר (על הגמ' שם): "ויניח, פירוש בפניהם, לפני בית דין זמן מה ואח"כ חוזר ונוטלם ונעשה נפקד או שומר על הגזילה הזאת וידו כיד בעה"ב בכל מקום שהוא".

1. התוספות (ד"ה גזל מחמשה) בארו שאין להשוות מחלוקת זו למחלוקת האמוראים בב"ק (ק"ח, א) בדין התובע את חברו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע. ראשית, לר"ט דווקא כאן מניח גזילה ביניהם ומסתלק משום שיודע בוודאות שלא גזל מכולם אלא מאחד, אבל שם יתכן שהנתבע חייב. ומוסיף התו' רא"ש (ד"ה מניח) שכיון שיודע שאינו חייב אלא לאחד הוי כטענת ברי מול ברי. תוספות (ב"ק קג, ב ד"ה דברי) הוסיפו לבאר שכיון שוודאי שאחד מהם משקר אין הברי שלו חשוב יותר מהשמא של הנתבע. מנגד, לדעת ר"ע, דווקא כאן משלם לכל אחד, משום שיודע בוודאות שחייב לאחד מהם, ואילו שם יתכן שאינו חייב כלל. אף לדעת הרמב"ם יש לחלק בין הסוגיות, שכן, רק בגזלן קנסו ולא בתביעה שיש בה ספק.

מהדברים עולה שבהעדר בירור של מי הגזילה, תישאר הגזילה ביד הגזלן.
לעומת זאת, פסק הרמב"ם (גזלה ואבדה ד, י):

אמר לשנים גזלתי אחד מכם או אביו של אחד מכם ואיני יודע איזהו, אם בא לצאת ידי שמים חייב לשלם גזלה לכל אחד ואחד אבל בדין אינו נותן אלא גזלה אחת **והן חולקין אותה ביניהן**, שהרי אין אחד מהן יודע שנגזל אלא זה בא והודיעם ולא קנסו חכמים בדבר זה מפני שאין לו תובע.

עולה, אפוא, שלפנינו מחלוקת מהותית בדין גזלן המחויב להשיב את הגזילה: לדעת רש"י לאחר שמוצו הניסיונות לברר את האמת הגזילה תישאר ביד הגזלן בכדי למנוע הפסד מהבעלים, ואילו לדעת הרמב"ם ביה"ד יחלוק את הגזילה בין הצדדים.

אולם, יש לעיין בפסיקת הרמב"ם הסותרת לכאורה את דברי רב ספרא שלא חולקים אלא יהא מונח. כן מקשה הלחם משנה (שם) ומיישב בדוחק שאכן מעיקר הדין 'יהא מונח' וברמב"ם מדובר בחלוקה מוסכמת. אכן, הבנה זו דחוקה ברמב"ם, מדוע הוא נטה מדברי הגמרא שלא כדרכו. זאת ועוד שבהלכות שאלה ופקדון (ה, ד) פסק הרמב"ם במקרה המובא במשנה (ב"מ לז, א), נפקד שמחזיק ממון שיש ספק של מי הוא, שיהא מונח אצלו:

שנים שהפקידו אצל אחד זה מאה וזה מאתים וכל אחד משניהם אומר אני הוא שהפקדתי המאתים והשומר אומר איני יודע... אם הביאו לו השנים כאחד שלש מאות בכרך אחד ובאו ותבעו וכל אחד אומר המאתים שלי נותן מנה לזה ומנה לזה **והשאר יהיה מונח אצלו** עד לעולם או עד שיודה האחד לחבירו.

מה בין שני דינים אלו, מדוע בדין הגזלן פסק הרמב"ם יחלוקו ואילו בדין הנפקד 'יהא מונח'?

פסיקות אלו של הרמב"ם הועתקו לשו"ע (דין הגזלן בחו"מ שסה, ב, דין הנפקד בס' ש, א), ונחלקו נושאי הכלים ביישובן. בטרם נביא את הסבריהם ונדון בהם, נרחיב בהבנת היחס שבין הכרעת 'יחלוקו' להכרעת 'יהא מונח', על מנת שנוכל לעמוד על שורש שיטת הרמב"ם והשו"ע בפרט והראשונים בכלל.

ג. יחלוקו לעומת כל דאלים גבר

להבנת הקריטריונים על פיהם ההכרעה היא יחלוקו או יהא מונח, יש להתייחס לכלל הכרעה נוסף, 'כל דאלים גבר'. בביאור כללים אלו העמיקו הראשונים (ב"מ ב, א וב"ב לד, ב) בשלוש סוגיות סותרות לכאורה. במשנה בתחילת ב"מ (ב, א) בדין שניים או חזין בטלית וכל אחד טוען שכולה שלו, הוכרע שכל אחד יישבע

ויחלוקו. לעומת זאת, בספינה ששניים טוענים לבעלות עליה, הוכרע בב"ב (לד, ב) 'כל דאלים גבר', ומבאר רשב"ם (שם): "בין בראיות בין בכח". סוגיה שלישית היא במשנה בב"מ (לז, א) שהוזכרה לעיל, שניים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכל אחד מהם טען שהוא הפקיד מאתים (להלן דין 'מנה שליש'), ובה הוכרע כחכמים שהמנה המצוי במחלוקת יהא מונח עד שיבוא אליהו. הראשונים דנו בהבהרת העקרונות המנחים בהכרעות השונות. מדובר בסוגיה נכבדה מאד, ולהלן ננסה לתמצת את הדברים ולהוציא מהם עקרונות שיסייעו להבנת נדוננו. בהבהרת ההבחנה שבין דין יחלוקו לדין כל דאלים גבר, נאמרו בראשונים שתי גישות עקרוניות.

לדעת חלק גדול מהראשונים,² בשניים אוחזין בטלית הסיבה להכרעת יחלוקו היא המוחזקות שיש לשני הצדדים. לעומת זאת, בספינה אף אחד לא מוחזק ולכן הדין הוא כל דאלים גבר. בהסבר הבחנה זו קיימים מספר הסברים בראשונים, ונתמקד בשלושה עיקריים.

א. הרא"ש כותב (ב"מ א, א):³

דכל דבר שאנו רואין ביד אדם חשבינן ליה שהוא שלו אף על פי שאחר מערער ואומר שלי הוא... הלכך אי אפשר לפסוק כאן דין כל דאלים גבר כדאמרין פרק חזקת הבתים (דף לד ב) גבי ארבא האי אומר דידי היא והאי אומר דידי... דהתם שאני שאין אחד מהן מוחזק בדבר שמערערין עליו ואין ב"ד מחוייבין למחות למי שבא ליקח דבר שאין אנו יודעין של מי הוא והוא אומר שלו הוא הלכך אין ראוי לפסוק להן דין חלוקה שמא נפסיד לאחד מהן שלא כדין... אבל הכא דשניהם מוחזקין בגוף הטלית אנו מחוייבין למחות שלא יגזול האחד את חברו.

היה מקום להבין מתחילת דבריו, 'דכל דבר שאנו רואין ביד אדם חשבינן ליה שהוא שלו', שדין שניים אוחזין הוא כדין אחד אוחז, וכשם שכאשר אחד אוחז הוא נחשב כבעלים⁴ והבא להוציא מידו עליו הראיה - כך גם שניים. אולם,

2. תוספות ב"מ ב, א ד"ה ויחלוקו; תוס' ב"ב לד, ב ד"ה ההוא ארבא; רמב"ן ב"מ ב, א וב"ב לד, ב; רא"ש ריש ב"מ ועוד.

3. כהסבר זה נראה לבאר את דעת ר"ת בתו' ב"ב דף לד, ב ד"ה ההוא ארבא.

4. בהסבר חזקת מה שתחת ידי אדם שלו, כתב הקובץ שיעורים (ח"ב סי' ט) משום שאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקין (שבועות מו, ב), ולכן העובדה שהוא מוחזק בחפץ מלמדת שהיא שלו. עפ"י זה באר, לדוגמה, מדוע לגודרות אין חזקה (ב"ב לו, א), מפני שהן הולכות מעצמן ולכן הן יכולות להיות ברשות התופס אף שהוא לא קנאן או גזלן, וממילא אין למוחזק סברת אחזוקי בגנבי. בדומה לכך גם בכלים העשויים להשאל ולהשכיר המוחזקות בהם אינה מהווה ראיה, כיון שיתכן שהגיעו לידו בהיתר. במקום

מהמשך דבריו - 'אי אפשר לפסוק כאן כל דאלים גבר' - משתמע שיש שוני בין אחד שאוחז לשניים אוחזין, שהרי אפשרות זו לא הייתה עולה כלל לגבי תפיסת אחד, שכן כשאחד תופס הוא נחשב בעלים על הדבר.⁵ לפיכך נראה לבאר, שאחיזת שניים אינה נחשבת כבעלות מוחלטת, משום שאחיזת האחד מנטרלת את ראיית הבעלות של אחיזת השני. מאידך, אחיזת שניהם מצביעה על בעלות מסוימת על החפץ, ולכן אין להתעלם ממנה ולפסוק כל דאלים גבר. מדבריו עולה שבהכרעת ספק היה עדיף להכריע כל דאלים גבר, והטעם לכך נתבאר בדברים שצוטטו וכן בהמשך דברי הרא"ש שם, בבארו מדוע במקום שאין מוחזקות נפסוק כד"ג ולא יחלוקו:

דהתם שאני שאין אחד מהן מוחזק בדבר שמערערין עליו... הלכך אין ראוי לפסוק להן דין חלוקה שמא נפסיד לאחד מהן שלא כדין. ויותר ראוי לומר להם שכל מי שתגבר ידו בכח או בראיות שיזכה וסומכין על זה שמי שהדין עמו קרוב להביא ראיות. ועוד שמי שהדין עמו מוסר נפשו להעמיד את שלו בידו יותר ממה שמוסר האחר נפשו לגזול ועוד יאמר זה מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידי. אבל הכא דשניהם מוחזקין בגוף הטלית אנו מחוייבין למחות שלא יגזול האחד את חברו. הלכך אם היינו פוסקים להם כל דאלים גבר אחד מהן היה גוזל מה שביד חברו. הלכך אנו צריכין לפסוק להן דין חלוקה.⁶

לרא"ש הכרעת כד"ג אינה הסתלקות של ביה"ד, אלא מתן אפשרות לבירור מכח הצדדים, ובירור זה עדיף על הכרעת ביה"ד.⁷ עולה אפוא שעקרונות יש להעדיף כד"ג על פני חלוקה, בשל החשש שהחלוקה גורמת הפסד לאחד מהם שלא כדין.

אחר באר הקובץ שיעורים (ב"ב אות קנג) באופן שונה, ולדבריו שם חזקה מה שתח"י שלו אינה מבוססת על "אומדנא ובירור שכן הוא, אלא שד"ת הוא, שאין צריכין לחוש שמא אינו שלו, ודוגמא לזה כעין דין חזקה באיסורין, דאינה מבררת המעשה ומכל מקום הוא דין ודאי".

5. הבנה זו בדעתו עולה ממספר אחרונים, לדוגמה ראה שיעורי ר' שמואל (אות ד).
6. באופן דומה כתב בתרומת הדשן סימן שיד: "ולענין שנים אוחזין בטלית חשבינן להו מוחזקים לענין דלא נימא כל דאלים גבר", אולם מדבריו עולה שבניגוד לרא"ש, יש להעדיף חלוקה על פני כד"ג, משום "דבלא"ה דינא דכל דאלים גבר דומים קצת לדינא דפרסאי, והיכא דאיכא קצת טעמא דחינן ליה ואמרינן יחלוקו".
7. הוכחה לכך גם מהרא"ש (ב"ב ג, כב) שכתב שכל שגבר אחד אין חברו יכול להוציא ממנו, משמע שזהו דין ולא סילוק. כן משמע מהב"י (חו"מ קלט) שציטט מהרא"ש. אמנם, יעויין בשו"ת הרא"ש (כלל עז סי' א) ממנו עולה שכד"ג הוא הסתלקות ב"ד מחמת שאין ביכולת ב"ד לברר של מי הממון, וצ"ב.

אולם בשניים אוחזין, אף שאין ראייה מוחלטת לבעלות, לשניהם יש זיקה לחפץ הניכרת מהמוחזקות, ולפיכך אין אפשרות לפסוק כל דאלים גבר, אלא יחלוקו כברירת מחדל. אך, פסיקת היחלוקו אינה פשרה אלא הכרעת ביה"ד שיש להחשיב את הזיקה של השניים לחפץ כבעלות.

ב. הסבר אחר להשפעת המוחזקות עולה מדברי הרשב"א (ב, א וכן ג, א) משמו של ר"ח (וכן עולה מהר"י מיגאש):

ותירץ ר"ח ז"ל דשאני הכא משום דתפיסי... אנו סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא אלמא תפיסה מהניא כאלו נחלקה הילכך יחלוקו ולא עוד אלא דדייקינן עלה בגמ' שבועה זו למה.

לרשב"א, כאשר שניים אוחזין בטלית רואים את הטלית כאילו נחלקה לשניים וכל אחד אוחזי בנפרד בחצי ממנה, ולכן הבא להוציא מחבירו עליו הראיה. משמע מהדברים שהוא משווה שניים אוחזין לאחד אוחזי, ולגבי אחיזת כל אחד מהם אנו אומרים חזקה מה שתחת ידיו הוא שלו.⁸ הוא מוסיף שהשבועה קודם החלוקה אינה נדרשת להכרעה 'יחלוקו', משום שהחלוקה היא מכוח המוחזקות. השבועה, לעומת זאת, היא תקנת חכמים נפרדת, שלא יהא כל אחד תוקף בטליתו של חבירו. עולה אפוא שלרשב"א חלוקת הטלית היא מעיקר הדין והכרעת ביה"ד היא שיקוף של הנראה לעינינו.⁹

הסבר שלישי להכרעת יחלוקו עולה מרש"י (ב"מ דף ב, ב ד"ה בשבועה פלגי לה). לדבריו, בשניים אוחזין כל אחד נחשב מוחזק בכולה ואף אחד לא מוציא מחבירו, אלא שמחוסר גוביינא במה שחבירו תופס, ולפיכך הצריכו שבועה, כיון שאין להוציא

8. האחרונים הקשו מדוע כשאומר חציה שלי יקבל רק רבע, הרי הוא מוחזק בחציה ואנו סהדי שהחצי שלו. ומיישב בשיעורי ר' שמואל (ב"מ ב, א אות ד): "דאם טוען רק על חציה אז נחשב שתופס רק חציה, וממילא דהחזקה ואנו סהדי קאי רק על מה שיש כאן דין תפיסה לשניהם, וע"ז הוא דאיכא לדינא דיחלוקו". כלומר, כשטוען על חציה, הרי שהמחלוקת ביניהם היא על אותו חצי ולגביו נחשב אף השני מוחזק בחצי מהחצי, מכח אנו סהדי.

9. בהבנת התוספות (ב"מ ב, א ד"ה ויחלוקו) נחלקו האחרונים. יש המפרשים (אבן האזל ט"ג ט, ז ד"ה והנראה; קהלות יעקב סוף סי' א; וכן משמע בשיטמ"ק ד"ה ויחלוקו) דעתם כרשב"א, שהאחיה של שניהם היא ראייה מוחלטת על הבעלות, וכך משמע מלשונם: "דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנו סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא". ויש המפרשים (המהר"ם מלובלין שם) דעתם כרא"ש, מכך שהם משווים דין זה למנה שלישי, אף ששם הצדדים אינם תופסים בפועל במנה. הרחבה בבאור שתי הגישות בשיעורי ר' שמואל ב"מ ב, א אות ד.

ממון בלא כלום. מאחר וכל אחד מוחזק בכולה, על פי מה נקבעת החלוקה? מבאר הרמב"ן (ב"מ ב, א) שהחלוקה היא בהתאם לטענות, וכל אחד מקבל חצי מטענתו. בכך מוסבר מדוע הטוען חציה שלי מקבל רבע בלבד. נראה שלהסבר זה הכרעת בי"ד אינה בירור של המציאות אלא סידורה. **החלוקה היא פשרה שמטרתה לאפשר לכל אחד לזכות לפחות בחצי מהמגיע לו.**¹⁰

לפנינו אפוא שלושה ניתוחים שונים למשמעות המוחזקות הכפולה, ועל פיהן שלושה הסברים שונים להכרעת יחלוקו. לרשב"א החלוקה היא מעיקר הדין, מאחר וחזקה מה שתחת יד כל אחד הוא שלו. על פי הרא"ש החלוקה היא הכרעת ביה"ד להחשיב מוחזקות כל אחד כבעלות, ועל פי רש"י ורמב"ן החלוקה היא פשרה.

לעומת האמור עד כה, דעת מיעוט מהראשונים¹¹ כי דין יחלוקו בשניים או חזין בטלית אינו נובע מהמוחזקות, אלא מהעובדה ששניהם נמצאים בעמדה שווה בסכסוך, ואין לאחד יתרון על השני. על פי זה, מדוע בספינה לא פוסקים יחלוקו? משיב הריב"א שבשניים או חזין יתכן שאין רמאות כיון שקיימת אפשרות שהם הגביהו את הטלית כאחד; מה שאין כן בספינה, שבה וודאי לנו שאחד מהם רמאי ואין לשתף פעולה עם רמאות.¹² עולה אפוא שלדעתם הכרעת 'יחלוקו' היא פשרה הנובעת מחוסר יכולת להכריע, אף שאין לה תימוכין במוחזקות.

ד. יחלוקו לעומת יהא מונח עד שיבוא אליהו

כעת נבחן מהם העקרונות על פיהם נבחר מתי לפסוק 'יחלוקו' ומתי 'כל דאלי' גבר'.

כאמור, במשנה (ב"מ לז, א) נאמר ששניים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים, וכל אחד טוען שהפקיד מאתים - לדעת חכמים המנה השלישי יהא מונח עד שיבוא אליהו, ולר' יוסי כל השלוש מאות זוז יהיו מונחים עד שיבוא אליהו. הגמ' בדף ג, א דנה ביחס שבין המשנה שמכריעה יחלוקו למשנה זו. לדבריה, בשניים

10. גישה זו עולה מרש"י (ב"מ ח, א ד"ה ממשנה יתירה) שכתב שמצב זה של שניים הגביהו הוה ליה ממון המוטל בספק וחולקין.

11. ריב"א בתוס' ב"ב לד, ב; רש"י ריש ב"מ עפ"י נחלת דוד (ב"מ ב, א ד"ה ודברי) וכן משמע מרש"י שם (ח, א ד"ה ממשנה); הגהות מימוניות טו"נ פ"ט, ז בדעת הרמב"ם שם; וכן דו"ח לרע"א ב"מ ב, א, בדעת הרמב"ם גזילה ד, י.

12. יצוין שבסוף דבריו התו' מביא שריב"א סובר שאם יש מוחזקות חולקים גם אם יש רמאי.

שהפקידו, המנה השלישי הוא וודאי של אחד מהם ובמקום שיש רמאות אין לחלוק. לעומת זאת, בשניים או חזין יתכן שהטלית אכן שייכת לשניהם וכגון שהגביהו אותה בו זמנית, ולכן יש מקום לחלוקה. בהבנת המסקנה העולה מגמ' זו הראשונים נחלקו, ונתמקד בשלושה מהם בקצרה.

רש"י (ב, א ד"ה מקח וממכר), רמב"ן (ב"ב לד, ב) וראשונים נוספים, אימצו את מסקנת הגמרא כפשוטה ולדעתם כשיש רמאי אין מקום לחלוקה אלא יהא מונח עד שיבוא אליהו, ואפילו כשיש צורך להוציא מהמוחזקות, וכגון שניים שמוחזקים בטלית וכל אחד אומר 'אני ארגתיה'. מדבריהם עולה שאף שהכרעת יחלוקו היא פשרה, אם יש בה רמאות עדיף לפסוק יהא מונח. זאת למרות שגם במקרה של שניים או חזין, קרוב לוודאי שהטלית שייכת לאחד מהם והפשרה אינה משקפת את האמת, אך די בכך שיש אפשרות רחוקה שהטלית של שניהם כדי לפשר. נראה שסברתם היא שחלוקה היא עוול מידי כלפי הבעלים האמיתיים המפסיד חצי מממונו, בעוד שהנחה ביד בי"ד עד שיתברר הדין מאפשרת עשיית צדק מלא. מניעת השימוש הזמנית היא עוול קטן יותר מהעוול המוחלט בהפסד חצי הממון. בנוסף, הפשרה היא אפשרות רק כשיש סיכוי שהיא תואמת את האמת, ואם לא כן אין לבית הדין להתערב. דברי רש"י אלו הם המשך התפיסה שהוצגה לעיל בדבריו בדין גזלן, שעדיפה המתנה מהכרעה אם ההכרעה המיידית אינה משקפת את האמת.

לעומתם, תוספות סבורים (ב"מ ב, א ד"ה ויחלוקו) כי תירוץ הגמ' הוא על פי שיטת ר' יוסי, אך לרבנן למרות שיש רמאי יחלוקו. רק במנה השלישי אין לפסוק יחלוקו מאחר וחלוקת המנה אינה יכולה להיות אמת, שהרי אין ספק שהמנה שייך רק לאחד מהם. ראייה לכך מביאים התוספות מדין שניים אדוקין בשטר שבו פוסקים יחלוקו (שם דף ז, א) למרות שיש בוודאי רמאי (כך בתוספות שם ב, ב ד"ה אי תנא) משום שהחלוקה יכולה להיות אמת.

מהי הסברה להבחנות אלו? יש להקדים שתוספות סבורים לגבי המנה השלישי שהמעות השמורים ביד הנפקד הם בחזקת שני הצדדים כאילו הם עצמם מוחזקים בו, שכן הנפקד שומר על המעות עבורם. זו הסיבה שאין לפסוק בו כל דאלים גבר. אך, בשונה מדין שניים או חזין, אין לפסוק בו יחלוקו אלא יהא מונח. על פי פשט התוס' שכתבו "ובמנה אין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא ביד חברו", נראה שמדובר בעניין מציאותי. גם כשיש רמאי יש עדיין אפשרות מציאותית ששניהם בעלים על הממון, אך לא כשהחלוקה אינה יכולה להיות אמת. להסבר זה נראה שתוספות לא חששו מהפסד הבעלים, שהרי גם ברמאי פוסקים יחלוקו, אלא החשש הוא לפסיקה מוטעית בוודאות.

יש להעיר על הסבר זה שהגדר המציאותי של חלוקה שאינה יכולה להיות אמת אינו ברור, שהרי יתכן תיאורטית שהבעלים של המאיתיים הקנה מחצית מהמנה השלישי לחבירו. לכן נראה יותר לבאר הבחנה זו על פי הרא"ש, ונקדים: לעיל הסברנו במספר דרכים את דין יחלוקו בשניים או חזין. היסוד המשותף להסברי הרא"ש והרשב"א שהובאו לעיל הוא שבשניים או חזין המוחזקות גורמת לראיית כל אחד כבעלים על חצי מהטלית. לכן, גם כשיש רמאי, כל עוד לא הוברר מיהו, אין להוציא מיד המוחזק ועל כן יחלוקו. אולם, אם ברור שהחלוקה אינה יכולה להיות אמת, המוחזקות כבר אינה מלמדת שיש לכל אחד חצי.

מהאמור עולה שלתוספות יש להגביל את הכרעת יהא מונח רק למקרה שבו החלוקה אינה יכולה להיות אמת כך שלא ניתן להכריע יחלוקו, ומנגד בשל ההפקדה המשותפת לא ניתן להכריע כד"ג, ולפיכך יש להכריע יהא מונח. אין מגמתה של הכרעה זו דחייה לצורך בירור האמת כפי שעולה מרש"י, אלא היא נובעת מחוסר יכולת להכריע יחלוקו או כד"ג.

שיטה שלישית בסוגיה היא שיטת הר"ח המובאת ברשב"א (ב"מ ב, א ד"ה זה, ומרחיב בדף ג, א ד"ה אפילו) ועוד.¹³ לדעתם אין לקבל להלכה את ההבחנות העולות מהגמ' בדף ג, א. להבנתם אין מניעה לחלוק גם כשיש וודאי רמאי והחלוקה לא יכולה להיות אמת. המסקנה מכך היא שיש אך ורק שתי הכרעות אפשריות במצבי ספק – כאשר יש מוחזקות יחלוקו, ובלעדיה כל דאלים גבר.¹⁴ ההכרעה בדין מנה

13. כך כתב גם הר"י מיגאש (ב"ב לד, ב), וכן עולה מהרמב"ם (טו"נ פ"ט, ז; טפ"י, י על פי פרשנות המגיד משנה).

14. להבנה זו יש קושי מכך שהרמב"ם (טו"נ ט, ז) פסק שגם אם שניהם יושבים בצד ערמת חיטים המונחת בסימטה או בחצר של שניהם, יחלוקו בשבועה, הרי במקרה זה שניהם אינם מוחזקים ובמה שונה דין זה מדין מחלוקת על ספינה שפסק הרמב"ם (טו"נ פ"י, ו) כל דאלים גבר. ויש לבאר עפ"י הטור (ח"מ סי' קלט) ששיבתם בצד הערמה במקום הראוי לקנייה מחשיבה אותם כאילו שניהם מוחזקים בה. ומוסיף הב"ח (שם) לבאר שאין מדובר בקניין אלא בישיבה סמוכה המגלה שהחיתים מונחים מכוחו ולפיכך נחשבת כמוחזקות. לדבריהם צריך לומר ששיבתו מהווה תחליף למוחזקות, משום שהמוחזקות באה לגלות את הזיקה של המוחזק לממון וכאן הסיטואציה מהווה תחליף לכך. מהבנה זו ברמב"ם עולה שהחלוקה נובעת מזיקה לחפץ, ועל פי זה נראה שהחלוקה היא פשרה. ברם, יש אחרונים (שער המשפט סי' קלח סק"א, ובאופן דומה בנתיבות המשפט קלח סק"א, ובאבן האזל טו"נ פ"ט, ז), שבארו שבישיבתם בצד החיטים יש קניין ד' אמות. הסבר שונה בדעת הרמב"ם מבאר הגהות מי' (שם) שדעת הרמב"ם היא כשיטת ריב"א שהוזכרה לעיל, שבכדי לחלוק אין צורך במוחזקות. וכן באר את הרמב"ם רעק"א בדו"ח ב"מ ב, א. ולאור זאת צריך לומר שבדין ספינה ההכרעה כד"ג נובעת מכך שיש בוודאי

שלישי יהא מונח, אינה דרך בהכרעת ספק, אלא מדובר בהכרעה האומרת שאין להוציא את הפקדון מיד נפקד. זאת משום שהוא קיבל את הממון על דעת להחזיר לבעליו ואין הוא רשאי להוציאו מתחת ידו כל עוד לא הוברר מי הבעלים.¹⁵ לפרשנות זו, יהא מונח היינו ביד הנפקד ולא ביד בית הדין, ומדובר בהלכה מהלכות שומרים. כן עולה מדברי הרמב"ם אשר הביא את דין שניים אוחזין ודין ספינה בהלכות טוען ונטען, ואת דין הנפקד בהלכות שאלה ופקדון, מה שמלמד שהוא לא ראה בהכרעת יהא מונח כלל הכרעה במצבי ספק, אלא רק במקרה ששניים נחלקו והממון מצוי ביד השלישי – לא מוציאים מידו.

לסיכום, עלה עד כה שדין יחלוקו לרוב הראשונים תלוי בכך שהצדדים מוחזקים. בדין יהא מונח יש שלוש הגדרות: לחלק מהראשונים הוא כלל בהכרעת ספק – לרש"י ורמב"ן משמעותו דחיית ההכרעה לצורך בירור האמת, ואילו לתוספות ולרא"ש הוא נובע מחוסר יכולת להכריע יחלוקו או כד"ג. לעומת זאת, לחלק מהראשונים דין זה אינו כלל בהכרעת ספק אלא דין בהלכות שומרים.

ה. פסיקת ההלכה

בנוגע להבחנה שבין הכרעת יחלוקו ליהא מונח, נחלקו הפוסקים להלכה. הטור (ח"מ קלח) הביא את דעת רש"י והרמב"ן הסוברים שאם יש וודאי רמאי, בין אם הם אוחזים בממון ובין אם הממון מונח ביד שלישי, יהא מונח עד שיבוא אליהו. ומנגד הביא הטור את דעת ר"י בתוספות (ב"ב לד, ב) והרא"ש (ב"מ א, א) שגם אם יש וודאי רמאי והחלוקה יכולה להיות אמת יחלוקו, ורק כאשר החלוקה לא יכולה להיות אמת יהא מונח. הב"י (שם) הביא את דעת הרמב"ם על פי פרשנות המגיד משנה לפיה פוסקים יחלוקו בכל מקרה שבו יש מוחזקות, גם אם יש רמאות והחלוקה אינה יכולה להיות אמת, והוסיף שכן כתב הרשב"א. השו"ע (ח"מ קלח, א) ציטט את דברי הרמב"ם ונראה לבארו על פי דבריו בב"י, שהוא נוקט ברמב"ם כפירוש המגיד משנה. הסמ"ע (שם, סק"ו) הכריע כדעת הר"י הרא"ש והטור, שאפילו כשיש רמאות חולקים אלא אם כן החלוקה לא יכולה להיות אמת, וכך פסק הנתניבות (שם, חידושים סק"ה).

רמאי. ברם, הבנה זו שדין כד"ג תלוי בכך שיש רמאי אינה מוזכרת כלל ברמב"ם וכפי שעלה מדברי המ"מ דלעיל. להלן נשוב לדברי הרמב"ם.
15. כן באר החתם סופר (ב"ב לד, ב) ובדומה לכך כתב הנחלת דוד (ב"מ ב, א).

ו. הסבר דעת הרמב"ם והשו"ע בדין גזל מאחד משניים

1. הסבר הש"ך והנתיבות

מהאמור, דנו נושאי כליו של השו"ע בפסיקתו בדין גזלן (שסה, ב) שהוזכרה לעיל. מדוע פסק השו"ע בדין גזל מאחד משניים יחלוקו, ואילו בדין מנה שלישי פסק יהא מונח ביד הנפקד. מה בין שני דינים אלה? הש"ך (שסה ס"ק ג) מיישב פסיקות אלו על פי השיטה התולה את החלוקה באפשרות שתהיה אמיתית. לדבריו, התנאי הזה נדרש רק כאשר יש ודאי רמאי, ולכן בגזלן אפשר לחלוק למרות שהחלוקה לא יכולה להיות אמיתית, שהרי שניהם טוענים שמא אותי גזלת. בדומה לכך כתב נתיבות המשפט (ביאורים סי' קלח סק"ג) בדעת התוספות והרא"ש, שעל מנת לפסוק יהא מונח, "בעיני תרווייהו, שאין החלוקה יכולה להיות אמת וגם שיהיה אחד מינייהו רמאי, ובלא"ה חולקין".

אולם, לכאורה ההתחשבות בשאלה אם יש רמאי אינה תואמת לעמדת התוספות והרא"ש לפיה יחלוקו גם כאשר יש רמאי. ונראה לבארם על פי ההסבר שהוצע לעיל בתוספות וברא"ש. ניתן לחלוק משני מסלולים: מעיקר הדין ומפשרה. החלוקה מעיקר הדין נובעת מהמוחזקות המשותפת, ומוחזקות זו אינה קיימת כאשר החלוקה לא יכולה להיות אמת, שכן ברור לנו שקדמה לה בעלות של אחד בלבד. עדיין ניתן לחלוק מפשרה,¹⁶ אך רק כאשר אין אחד מהם רמאי. על כן בגזלן, גם אם תפיסתו בממון אינה יוצרת מוחזקות של הצדדים, יש מקום לפשרה. להבנה זו יש מקום לפשרה רק אם הרמאי לא ירויח מרמאותו.

והנה, בדין שניים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים ושניהם מסופקים מי הפקיד מאתים, השו"ע (ש, א) פסק שהשומר פטור, ומבאר הש"ך (שם סק"ה) שהדין הוא שיתן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח. והרי במקרה הזה אף שהחלוקה אינה יכולה להיות אמת אין כאן רמאי, ומדוע יהא מונח? מיישב הש"ך שתביעתם בברי מנה מחשידה אותם ברמאות לגבי המשנה השלישי, שהרי כל אחד מהם זוכר שחייבים לו מנה ומסופק רק לגבי המנה השלישי. אך, אם הצדדים אינם תובעים בברי כלל, גם במנה שלישי יחלוקו, כיון שאין ודאי רמאי. יצויין שיש

16. בדומה לדין המחליף פרה בחמור (ב"מ ק, א) שבמקום שאין מוחזקות ואין מרא קמא גם רבנן מודים לסומכוס שיחלוקו, אף שהחלוקה אינה יכולה להיות אמת, וזאת משום שיש דררא דממונא, דהיינו ספק לביה"ד בלא טענותיהם. כל זאת למרות שהחלוקה אינה יכולה להיות אמת (ראה ב"מ דף ב, א סוף תוד"ה ויחלוקו). ונראה לומר שהחלוקה במקרה זה היא מטעם פשרה.

דוחק בהסבר זה, שלדבריו חששו התוספות למקצת רמאות למרות שתפיסתם העקרונית היא שחולקים גם במקום שיש וודאי רמאי.

2. הסבר הקצות בדעת הרמב"ם והשו"ע

הקצות (שסה סק"א) חלק על הבנת הש"ך והנתיבות, ולדעתו בכל מקרה שהחלוקה אינה יכולה להיות אמת פוסקים יהא מונח ולא יחלוקו, אף שאין רמאי. לכן, הקצות מבאר את הרמב"ם הפוסק יחלוקו בגזלן כהסבר הלח"מ, שמדובר בחלוקה מוסכמת אך מעיקר הדין יהא מונח.

אולם, גם הסבר זה בדעת הרמב"ם דחוק, כפי שכתב הלח"מ עצמו שהציע הסבר זה. שכן, דחוק לומר שהרמב"ם סובר שהדין הוא מונח, והוא כותב יחלוקו על סמך החלטת הצדדים מבלי לציין זאת. זאת ועוד, לגבי דין נפקד פסק הרמב"ם יהא מונח, ומדוע שם לא פסק יחלוקו כפי שפסק בדין גזלן. ואולי אפשר לומר, שלגבי דין גזלן כיון שהם לא ידעו כלל מהגזילה, סביר להניח שהם יגיעו להסכמה, מה שאין כן בדין נפקד, שאחד יודע שחברו וודאי רמאי. אך עדיין יש בכך דוחק רב.

3. דרך אחרת בביאור הרמב"ם והשו"ע

ברצוננו להציע דרך שונה בביאור פסיקת השו"ע ההולך בעקבות הרמב"ם בדין גזלן (סי' שסה) ובדין נפקד (סי' ש) ובדין מקח וממכר (בסי' רכב) ובהכרעת ספקות (בסי' קלח-קלט). זאת מתוך הבחינה העקרונית של היחס בין יחלוקו ליהא מונח ולכל דאלים גבר, שנתבארה לעיל בשיטת הרמב"ם (טו"ז ט, ז) כפי שבארו המ"מ וצטט דבריו הב"י (קלח, א). כאמור, הכרעת יחלוקו אינה תלויה בשאלה אם יש רמאות או אם החלוקה יכולה להיות אמת, אלא בשאלת המוחזקות. כשיש מוחזקות - יחלוקו, וכשאינן - כל דאלים גבר, ואם הממון נמצא אצל השומר - יהא מונח. לאור זאת נראה שיש לחלק באופן מהותי בין הגזל לנפקד. מיד הנפקד אין להוציא לצורך חלוקה בשל התחייבותו להשיב את המנה השלישי לבעליו, וכל עוד לא ידוע מי הוא - אין להוציא מיד הנפקד. לעומת זאת, לגזלן אין מעמד בחפץ, ואדרבה מוטל עליו להשיב את הגזילה.¹⁷ כמו כן, אין להוציא מיד הגזלן ולהניח בבית דין, משום שלרמב"ם דין יהא מונח אינו פתרון להכרעת ספק.

17. כן כתב הריטב"א (המיוחס לו ב"מ דף לז, ב) ובמעשה רוקח על הרמב"ם (גזלה פ"ד, י), וכן כתב בשיעורי ר' דוד (ב"מ ג, א). הם התייחסו באופן נקודתי לצורך להוציא מיד הגזלן, בשונה מנפקד אך, לא התייחסו לכלל שיטת הרמב"ם בדיני ספקות.

הבחנה זו שבין נפקד לגזלן מיישבת אף את שאלת הש"ך (סי' ש סק"ה) בדין מנה שלישי, כשהצדדים טוענים שמא מדוע יהא מונח והרי אין רמאי? על כך ישיב הרמב"ם שבכל מקרה אין להוציא מיד הנפקד אם לא ידוע מי הבעלים של המנה השלישי.

ברם, יש לבחון מדוע בדין גזלן לא פסק הרמב"ם כד"ג, הרי שני הצדדים אינם מוחזקים,¹⁸ ובמה שונה דין זה מדין הספינה? רעק"א (דו"ח ב"מ ב, א) מבאר שאין מקום לפסוק כד"ג כאשר שניהם טוענים שמא, שכן רק כשברי לכל אחד שהחפץ שלו הוא ימסור נפשו יותר. ויש להעיר על כך שהסבר זה תואם להבנת הרא"ש (ב"מ א, א) לפיה עקרונית יש להעדיף כד"ג על פני יחלוקו, משום ש"יותר ראוי לומר להם שכל מי שתגבר ידו בכח או בראיות שיזכה וסומכין על זה שמי שהדין עמו קרוב להביא ראיות". אולם מלשון הרמב"ם (טו"נ י, ו) משמע שגדרו של כד"ג הוא הסתלקות ולא הכרעת הדין:

ספינה וכיוצא בה שהיו שנים נחלקין עליה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ובאו לבית דין ואמר אחד תפסוה עד שאביא עדים **אין תופסין אותה.**

הרמב"ם אינו כותב שבי"ד מכריע שכל דאלים גבר, אלא רק שהוא נמנע מלהתערב, 'אין תופסין אותה'. על פי זה נראה שלרמב"ם במקום שאין מוחזקות על בי"ד להסתלק, כיון שאין ביכולתו להכריע, למרות שהצדדים טוענים שמא.¹⁹ הסבר אחר לרמב"ם עולה מדברי אבן האזל (גזלה ואבדה ד, ט),²⁰ שמאחר שהגזלן מעורר את הספק, הרי שלבי"ד יש ספק בלא טענותיהם, והוי כדררא דממונא שבאופן שאין מוחזקות ואין חזקת מרא קמא יחלוקו.^{21 22}

18. זאת בשונה משיטת תוספות (ב"מ ב, א ד"ה ויחלוקו) לפיה כאשר הנפקד תופס לשניהם כל אחד מהם נחשב מוחזק. לרמב"ם הסובר שדין יהא מונח ביד הנפקד הוא מטעם שאין להוציא מיד שלישי, אין מקור לומר שהם נחשבים מוחזקים.

19. וע' אנציקלופדיה תלמודית ערך כל דאלים גבר הערה 44 רשימת ראשונים ואחרונים שגם בשמא ושמא אומרים כד"ג.

20. בא ליישב מדוע הכריע הרמב"ם יחלוקו ולא יהא מונח, אך תירוצו מיישב גם את נדוננו.
21. דין זה מוסכם על ראשונים רבים, ראה לדוגמה, תו' יבמות לז, ב ד"ה וממון. יש מהראשונים שהגדירו ספק שיש בו דררא דממונא כמוחזקות. פירוט בעניין זה, ראה אנציקלופדיה תלמודית ערך יחלוקו הערות 47 ו-77. לגבי הסמכות של ביה"ד לחלוק אף שהחלוקה אינה אמת, ע' בתומים סי' כה סוף קיצור תקפו כהן, ממנו עולה שהוא מדין הפקר בי"ד הפקר. טעם נוסף בתומים שם, שמי שהממון שלו מוחל ומפקיר לחבירו את

מהעמקה נוספת ברמב"ם נראה לומר שיש כאן תפיסה עקרונית בהגדרת תפקידו של בית הדין. רק במקרה הספינה יש לפסוק כד"ג כיון שלשני הצדדים אין זיקה לספינה מלבד טענותיהם, ולכן בית הדין יכול להסתלק. אך במקום שהמציאות מראה שיש לצדדים זיקה לחפץ, גם אם הם אינם מוחזקים בו, די בכך לשלול כד"ג ולהכריע יחלוקו.²³ ניתן לבסס הבנה זו מדין שניים היושבים ליד ערימת חיטים (טו"נ פ"ט, ז) שהוזכר לעיל. אף ששניהם אינם מוחזקים בחיטים, כפי שבאר הב"ה,²⁴ ישיבתם לידם באופן שמאפשר להם לקנותם מבטאת זיקה לחיטים ולפיכך אין לבי"ד להסתלק מהכרעה. וכתוצאה משלילת האפשרות להסתלק, על בי"ד להכריע יחלוקו. לעומת זאת, במקום שהספק נולד מטענותיהם בלא סימוכין מתוך המציאות, ללא מוחזקות הרמב"ם יפסוק כד"ג. כך ניתן לבאר את דין הגזלן המודה שהממון שייך לאחד מהם ולביה"ד נוצר ספק בעקבות כך. הסבר זה מרחיב את הסבר אבן האזל, המבאר שיש לחלוק כיון שיש ספק לבי"ד בלא טענותיהם. להסברנו נראה שגם באופן שהספק נולד מטענותיהם, כבמקרה של היושבים בצד ערימת חיטים, די בישיבתם כדי להצביע על זיקה לחיטים, כמוחזקים, ולכן אין לבי"ד להסתלק, וזאת בשונה מהספינה שבה אין זיקה לצדדים מלבד טענותיהם.

החצי שהלה נוטל ממנו, ואולי כוונתו שמוחל כדי שיקבל לפחות חצי, ולא יפסקו שיהא מונח עד שיבוא אליהו.

22. ברם, להסבר זה נאלץ לומר שהרמב"ם חולק על רבו הר"י מיגאש (ב"ב לד, ב), אף שיסוד שיטתו בסוגיה היא על פי רבו (כך גם מציין אבן האזל עצמו). שכן הר"י מיגאש כתב שבמקום שאין מוחזקות, ויש אפשרות שהאמת תתברר אם יבואו עדים או תימצא ראיה, לא חולקים, אלא בי"ד מסתלק, גם במקום שיש דררא דממונא. ורק במקום שאין אפשרות לברר את הספק, ואיכא דררא דממונא, כדין המחליף פרה בחמור וילדה שאין לדעת האם ילדה קודם המכר או לאחריו, יחלוקו, אף שאין מוחזקות. בנידוננו, אף ששני הצדדים טוענים שמא, יתכן שהאמת תתברר ע"י עדים שיעידו מי היה מרא קמא או ממי החפץ נגזל. ולאור זאת, אף שיש לבי"ד ספק בלא טענותיהם, כיון שהאמת עשויה להתברר על בי"ד להסתלק. ויתכן ליישב זאת על פי הרשב"א (ב"ב ב, א) הסובר שדין שניים אוחזין הוא דין שלא ניתן להתברר, ועל פי זה גם בדין גזלן יתכן לראותו כדין שאינו ניתן להתברר. וצ"ב.

23. ע' אבן האזל (טו"נ ט, ז) שלמד בשיטת הרמב"ם, שהמוחזקות נועדה לשלול כד"ג, בדומה למה שכתבנו ברא"ש.

24. ראה דעתו לעיל בהערה 14. שם גם הרחבנו בביאור הדעות השונות בדין שניים היושבים בצד ערמת חיטים.

בהכרעת הרמב"ם יש עקרון נרחב לפיו בממון המוטל בספק די בכך שהדברים מראים שיש לצדדים זיקה לממון, אף שאין מוחזקות, כדי להכריע יחלוקו. ניתן לראות בדבריו הבהרה מחודשת לצורך במוחזקות על מנת לחלוק – מוחזקות לא כבעלות אלא כיצירת ספק הניכר לבית הדין, ושעל בית הדין לתת הכרעה לגביו. מהאמור ניתן להציע הסבר לרמב"ם בשאלת הגמ' ובתירוץ רב ספרא (ב"מ לו, ב). בשונה מהסבר רש"י דעיל, יש לבאר את שאלת הגמ' כהבנת הראב"ד (בשטה מקובצת ד"ה ושקלינן): כיצד הוא מניח הגזלה ביניהם והם מתחלקים בה, הרי הוא הניח על דעת שהגזלה תשוב אך ורק ליד הנגזל, והרי היא לא שבה, כלומר מספק אין לאף אחד מהם ליטול כלום. על כך משיב רב ספרא – ויניח, ומבאר הראב"ד: מניח בבי"ד עד שיוודו לאחד. נראה שהרמב"ם באר ויניח בבי"ד והם יחלקו את הגזלה ביניהם. כלומר, אם הגזלן היה מניח ביניהם, מספק אין לאף אחד ליטול, אך לבי"ד יש סמכות לחלוק את הגזלה בין הצדדים.

עולה אפוא שלרמב"ם והשו"ע, אם הנסיבות מראות שיש מקום לספק, למרות שאין מוחזקות והספק נולד מחמת טענותיהם, יש לחלוק.

ז. סיכום

1. מאמר זה עסק בהגדרת כללי ההכרעה במצבי ספק בהם עמדת הצדדים שווה. נבחנו שתי חלופות מרכזיות: יחלוקו או חוסר הכרעה. האפשרות האחרונה התחלקה לשתיים – כל דאלים גבר ויהא מונח עד שיבוא אליהו.
2. כל דאלים גבר:
 - א. בהעדר מוחזקות וראיות וכשאינן לבי"ד ספק ללא טענותיהם – ההכרעה היא כל דאלים גבר. משמעותה של ההכרעה לרמב"ם היא הסתלקות, ואילו לרא"ש היא בירור ע"י הצדדים העדיף על חלוקה.
 - ב. יצויין ששיטת ריב"א היא שבכל מצב שאין רמאות יחלוקו גם אם אין מוחזקות ואין לבי"ד ספק בלא טענותיהם.
3. יחלוקו:
 - א. לרשב"א המוחזקות היא בירור מוחלט שלכל אחד חצי ולכן יחלוקו מעיקר הדין.
 - ב. לרא"ש המוחזקות היא בירור שיש זיקה לכל אחד לחצי, וההכרעה היא עיגון של בירור זה.

ג. לרש"י המוחזקות היא בירור שלכל אחד יש הכל, והיחלוקו היא פשרה של צמצום, כדי לאפשר גבייה. לעומת זאת, הכרעת יחלוקו כשיש לבי"ד ספק אף בלא טענותיהם נובעת מכך שבי"ד מחוייב להכריע, ולפיכך הפסיקה היא פשרה מוחלטת, מעיקר הדין.

4. יהא מונח:

א. לחלק מהראשונים הוא כלל הכרעה בספקות, המשמש כברירת מחדל כשיש מחויבות להכריע אך לא ניתן להכריע יחלוקו. לרש"י ורמב"ן: כשיש רמאי יש להעדיף לדחות את ההכרעה עד שיתברר הספק, והדחייה עדיפה על פני חלוקה מיידית שוודאי גורמת עוול לבעלים.

לתו' ורא"ש: גם כשיש רמאי יחלוקו, כיון שאין להוציא מיד מוחזק. אך כשהחלוקה לא יכולה להיות אמת, נוצר ערעור על המוחזקות, שאינה מאפשרת לחלוק ומנגד לא מאפשרת להכריע כד"ג.

ב. לחלק מהראשונים והרמב"ם והשו"ע בכללם - דין זה אינו מהווה כלל הכרעה. יש רק שני כללי הכרעה - יחלוקו או הסתלקות. פסיקת יהא מונח היא במקרה שהממון עליו נחלקו הצדדים מונח ביד הנפקד, שאין יכולת להוציא ממנו כל עוד לא הוברר מי הבעלים, שהרי לכך הוא התחייב.

5. דין גזל מאחד משניים ולא יודע ממי גזל: דין זה העמיק את הכללים למרחב נוסף.

כאשר התובעים טוענים טענת ברי והנתבע שמא - ישלם לכל אחד. כאשר התובעים טוענים שמא וכן הנתבע:

א. רש"י - אם לא יתברר של מי הגזלה, יהא מונח ביד גזלן, כיון שכל עוד לא ידוע מי הבעלים אין להוציא מידו, כדי לא לגרום הפסד לבעלים.

ב. לרמב"ם והשו"ע - יחלוקו. בביאור דעתם:

הש"ך והקצות בארו דין זה על פי דברי התוספות לפיהם כאשר החלוקה אינה יכולה להיות אמת יהא מונח. וכאן:

קצות - אף כאן מעיקר הדין יהא מונח, ומה שנכתב יחלוקו, זה באופן שהגיעו להסכמה ביניהם לחלוק.

ש"ך ונתיבות - גם כשהחלוקה אינה יכולה להיות אמת, אם אין רמאות - יחלוקו מדין פשרה, ובגזלן אין רמאות.

הסבר אחר ברמב"ם: דין יהא מונח הוא דווקא בנפקד, שאין להוציא מידו, אך בגזלן יש להוציא מידו ולתת לצדדים. הסיבה שלא אומרים

כד"ג היא שבמקום שיש זיקה של הצדדים לממון, כמו כאן שהספק לא נולד מטענותיהם, אף בלא מוחזק בי"ד לא יסתלק אלא יכריע יחלוקו.

6. מהבירור הכולל עלה שלפנינו שלוש גישות מרכזיות בראשונים:

א. שיטת רש"י ורמב"ן המעדיפה דחיית הכרעה על פני חלוקה במקום שיש רמאות, כדי לא להפסיד את הבעלים.

ב. גישת ביניים של תוספות ורא"ש אשר נפסקה להלכה עפ"י חלק מנושאי הכלים על השו"ע המצדדת בחלוקה גם במקום רמאות, ומונעת חלוקה במקום שיש ערעור על המוחזקות, כתוצאה מכך שהחלוקה אינה יכולה להיות אמת. לש"ך היא אינה שוללת חלוקה מטעם פשרה במקום שהחלוקה אינה אמת ואין רמאי.

ג. לרמב"ם והשו"ע יש העדפה להכרעת יחלוקו. די בכך שמוכח מהעניין שיש לצדדים זיקה לממון עליו נחלקו, למרות שיש רמאי והחלוקה אינה אמת, ואף אם אין מוחזקות, כדי לחלוק.

לדעתם אין להשתמש ביהא מונח בהכרעת ספק ויש לצמצם את השימוש בהסתלקות בי"ד רק למצב קיצון, שאין מוחזקות ואין לצדדים ראייה לכך שיש להם זיקה לממון הנתון במחלוקת.

מסקנה מעשית לנדוננו:

על פי פסיקת השו"ע וההסברים העקריים בדעתו, על המשפחות לחלוק ביניהן את שוויה של השרשרת.

ואם הגזלן רוצה לצאת ידי שמים עליו לשלם לכל אחת מהמשפחות את שוויה של השרשרת.