

הרב ישי אנגלמן | ישיבת ברכת משה

נִשְׂרֵשׁ יִשְׂרָאֵל

בענייני

משפט וצדקה

מוחזקות בטענת שמא

- א. פתיחה: מחלוקת האמוראים בדין 'ברי ושמא'
- ב. ניתוח מחלוקת האמוראים בדין ברי ושמא
- ג. שיטת סומכוס בברי ושמא – מחלוקתם של בעלי התוספות
- ד. תפיסה בברי ושמא לשיטת ראשוני ספרד
- ה. מיגו וטענת שמא – הילכו יחדיו?

- ו. "חזקה שאין עמה טענה"
- ז. מיגו להוציא בברי ושמא
- ח. שליטה ומוסר – הטענה כהצדקה מוסרית
- ט. סיכום
- י. נספח: שיטת הש"ך בדין תפיסה בסוגיית 'מי שאבדה לו דרך שדהו'

א. פתיחה: מחלוקת האמוראים בדין 'ברי ושמא'

בסוגיה בכבא קמא (ק"ח, א) נחלקו האמוראים בדין האומר לחברו: "מנה לי בידך", והלה אומר: "איני יודע": לדעת רב הונא ורב יהודה חייב, כיוון ש"ברי ושמא ברי עדיף", ולדעת ר' יוחנן ורב נחמן פטור – "אוקי ממונא בחזקת מריה". להלכה נפסק כשיטה האחרונה, לפיה

* במאמר זה שקועים יסודות שלמדתי מהרב דוקטור אורי כץ בחבורת לימוד בישיבת ההסדר במעלה אדומים, שבמסגרתה זכינו 'ללמוד לשחות' במי הדעת של הלכות טוען ונטען, ועל כך תודתי נתונה לו.

עניינים שונים במהלך המאמר מתקשרים לדברים שהתבארו במאמרים הקודמים בסדרת מאמרי "שרש ישי – משפט וצדקה": "שיטת הגאונים בדין חזקת ג' שנים: השליטה כיסוד הבעלות"; "הצעה להבנת המושג מיגו כוח הטענה"; "שיטת בעלי התוספות בדין דררא דמונא". תוכנו של מאמר זה מיועד להיות מובן גם בפני עצמו, אך לימודו במקביל למאמרים הנ"ל עשויה להביא להעשרה והעמקה בנושאים הנידונים בו.

מי שהנכס ברשותו זוכה, על אף שהוא טוען שמא. במאמר זה נצא לברר, לפחות באופן חלקי, האם מעמדו של הטוען שמא מתערער בעקבות העובדה שהוא לא טוען ברי, על אף שלמעשה הוא זוכה בדין. הכלל "אוקי ממונא בחזקת מריה" מתייחס בראש ובראשונה למקרה של אדם הטוען שחברו חייב לו כסף והלה מכחיש, שאז "כלל גדול הוא בדין, המוציא מחברו עליו הראיה"¹. לדעת ר' יוחנן ורב נחמן, מעמדו המשפטי של הנתבע – הנובע מכך שהממון נמצא בחזקתו – קיים גם במקרה של "ברי ושמא", אך יש מקום לדון האם מעמדו של הנתבע במקרה זה הינו זהה למעמדו במקרה בו הוא מכחיש בברי את טענת התובע, או שמעמדו המשפטי של מי שהנכס ברשותו מתערער ומשתנה, במקרה בו הוא טוען שמא אל מול התביעה.

נבחר מעט יותר את מושא הדיון, בהתאם למה שביארנו ביתר אריכות במאמרנו "שיטת בעלי התוספות בדין דררא דממונא"²: זכיתו של מי שדין 'המוציא מחברו עליו הראיה' עומד לטובתו עשויה להתקיים באחד משני מצבים: ישנם מצבים בהם זכיתו זו היא 'בתורת ודאי', ומשמעותה שאנחנו מניחים באופן חיובי שהחפץ שייך לאחד הצדדים, כל עוד השני לא מביא ראיה. לעומת זאת, תיתכן זכייה מכוח דין 'המוציא מחברו עליו הראיה' ב'תורת ספק', ומשמעותה, שעל אף שאין באפשרותנו לקבוע באופן חיובי מי הוא הזוכה מבין שני הצדדים, הפסיקה קובעת להניח את המצב כפי שהוא, וממילא להשאיר את החפץ במקום בו הוא נמצא – פסיקה שהיא בעלת אופי של 'הסתלקות' יותר מאשר אישור חיובי על בעלותו של אחד הצדדים. ניתן לכנות את מעמדו של הזוכה 'בתורת ספק' כ'תפוס', לעומת הזוכה בדין 'בתורת ודאי', כ'מוחזק'. לאור זאת, יש להציג כך את השאלה שהעלינו בפסקה הקודמת: האם לדעת האמוראים הסוברים שהכלל 'אוקי ממונא בחזקת מריה' מתקיים גם במקרה של 'ברי ושמא', זוכה זה שהנכס ברשותו 'בתורת ודאי' או 'בתורת ספק'?

ב. ניתוח מחלוקת האמוראים בדין ברי ושמא

קודם שנבוא להעמיק בעניין זה בשיטה שנפסקה להלכה, לפיה גם בברי ושמא "אוקי ממונא בחזקת מריה", נשתהה להבין יותר את עמדתם של רב הונא ורב יהודה, הסוברים כי "ברי

1 השימוש בלשון זו, שמקורה בכבא קמא מו, א, הוא כמובן מושאל: במקרה המדובר שם יש 'דררא דממונא', מצב בו נחלקו סומכוס וחכמים האם הדין הוא "המוציא מחברו עליו הראיה" או "יחלוקו" (וראו בעניין זה, וכן בעניינים נוספים רבים המשיקים לדברים להלן, מאמרנו "שיטת בעלי התוספות בדין דררא דממונא"). בנידון שלנו, כיוון שאין דררא דממונא, ההלכה מוסכמת על כולם: "אטו אם אמר אדם לחבירו טלית זו שאתה לבוש שלי הוא, מי אמור סומכוס חולקים!?" (תוספות בבא קמא לה, ב ד"ה זאת אומרת).

2 ראו מה שהתבאר שם בהרחבה בשיטת בעלי התוספות בנוגע למעמדו של מי שהחפץ ברשותו במקרה של דררא דממונא.

ושמא ברי עדיף". על מה מבוססת זכייתו של הטוען ברי? מדוע מוציאים ממון מן הנתבע לטובתו, על אף שלא הביא שום ראיה לדבריו?

מדברי רבים מן הראשונים עולה כי שיטתם מבוססת על כך שבמצב של 'ברי ושמא' יש עדיפות לטובת הטוען ברי במישור של דיני הראיות: טענתו של הטוען ברי נראית בעיני בית הדין כאמיתית יותר, לעומת הרושם המתקבל מחוסר הידיעה של הנתבע. הנתבע מפסיד כיוון ש"הוה ליה למידע", והעובדה שהאדם אינו יודע להשיב על מה שמצופה ממנו להשיב, מעלה חשד³. אולם, ישנם מקורות מהם עולה כי התגברותו של הטוען ברי על הטוען שמא אינה נמצאת כלל במישור הראיות, ולשיטה זו יזכה הטוען ברי גם במקרה של 'שמא טוב', או של 'ברי גרוע': מקרים בהם העובדה שהמחזיק אינו יודע לטעון ברי אינה מעלה חשד כנגדו, כיוון שלא מצופה ממנו לדעת (ובלשון הראשונים: "לא הוה ליה למידע"), ולהפך, מקרים בהם העובדה שהתובע טוען ברי אינה מחזקת את אמינותו. כך מסבירים התוספות בכבא בתרא (קלה, א ד"ה אביי) את שיטת אביי ש"לא משוי חילוק בין ברי חשוב... לברי גרוע", וכך כתב גם הרמב"ן בתשובה (סימן עה):

לרב הונא ולרב יהודה דאמרי' מנה לי בידך והלה אומ' איני יודע חייב בריא ושמא בריא עדיף ליחייב. ולא תטעה במה שאומ' קצת המחברים דלא איתמר הכי אלא במנה לי בידך דהוה ליה למידע. דהאי טעותא היא דטעמא משום בריא ושמא בריא עדיף הוא ולא משום פשיעותא וקנסא⁴.

3 יסוד זה מופיע בתוספות בכתובות (יב, ב ד"ה רב הונא ורב יהודה), והשוו לדברי שאר הראשונים שם, וכן בתוספות בכבא קמא (מו, א ד"ה דאפילו). המעיינים יבחינו כי יש הבדל בדברי הראשונים בשאלה האם הדגש בעדיפות הראייתית לטובת הטוען ברי הוא בכך שמדובר על 'ברי טוב', או בכך שמדובר על 'שמא גרוע' (ושמא כדי שיזכה הטוען ברי יש צורך בצירוף שתי הריעותות כנגד מי שהמון ברשותו), וראו מה שחקר בזה בקובץ שיעורים בבא בתרא תסא, ואין כאן המקום להאריך בחקירה יסודית זו.

נציין גם לדברי הפני יהושע (כתובות יב, ב), לפיו עדיפותה של טענת ברי מבוססת על הכלל "חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו", ולפי דבריו דברי רב יהודה נאמרו רק במקרה שאין דררא דממונא, בו יש חזקה שהתובע לא תובע סתם. כך מתרחן הפני יהושע את הסתירה בדעת רב יהודה בה דנים התוספות בכתובות יב, ב ובבא מציעא צז, ב; ראו להלן.

4 בהמשך מביא הרמב"ן ראיה לדבריו מסוגיית הבית והעלייה (בבא מציעא קטז, ב). המעיינים בחידושי הר"ן לסוגיה שם (ד"ה כדאמר ר' נחמן) יראו שגם לפי דבריו מוכח שעדיפות ברי על שמא אינה מבוססת על 'ברי טוב' או 'שמא גרוע' אלא "אפילו בשמא דלא ריעא טענתיה כי האי". על אף שדברי הר"ן שם נאמרו במפורש ביחס למקרה של 'מחויב שבועה שאינו יכול להישבע', ברור מתוך מהלך הסוגיה שם שלדבריו הוא הדין במקרה רגיל של 'ברי ושמא', שלדעת רב הונא ורב יהודה ברי עדיף, גם כאשר אין מדובר על 'ברי טוב' ו'שמא גרוע'.

לדעת הרמב"ן אם כן, הטוען ברי זוכה גם במקרה בו אין ציפייה שהטוען שמא יטען ברי, מקרה בו "לא הוה ליה למידע". עדיפותה של טענת ברי על פני טענת שמא אף במקרה זה מעוררת שאלה: אם אין לנו ציפייה שהנתבע ידע להשיב על טענת התובע, מדוע הוא מפסיד כאשר הוא טוען שמא?

נראה להציע כי לפחות לשיטות ראשונים אלו, שיטה זו בנויה על כך שהטוען שמא מאבד את מעמדו כ'מוחזק' מבחינה משפטית. על אף שהנכס הנידון נמצא ברשותו, וחובת הראיה מוטלת, לכאורה, על הצד השני, העובדה שאינו טוען ברי גורמת לכך שהוא יאבד את מעמדו המשפטי המועדף. בהמשך המאמר נעסוק בהיגיון שבקביעה זו, אך לצד זאת, יש להעלות כבר כעת שאלה נוספת: גם אם נקבל שמעמדו המשפטי של המוחזק מתבטל, או לכל הפחות נחלש, בטענת שמא, מה הסיבה החיובית לפיה הטוען ברי זוכה? גם אם אין סיבה חיובית לזכות את הנתבע, מדוע נוציא את הממון מרשותו לרשות התובע, ללא שהלה מביא ראיה לדבריו⁵? ניתן להציע כי גם להסבר זה, שיטת רב הונא ורב יהודה מבוססת על העדיפות הראייתית הקיימת לטובתו של הטוען ברי על פני הטוען שמא: לפי זה המוחזק מאבד את עדיפותו המשפטית בטענת שמא, וכיוון שכך, זוכה הטוען ברי, שלדבריו יש עדיפות במישור הראיות⁶. אמנם, מלשון הרמב"ן הנ"ל לא נראה כלל שהעדיפות נמצאת במישור הראיות, אלא אך ורק בקביעה עקרונית מוחלטת לפיה 'טענת ברי' עדיפה באופן קטגורי על 'טענת שמא': "דטעמא משום בריא ושמא בריא עדיף הוא ולא משום פשיעותא וקנסא". כך נראה גם מתוך דברי המאירי בכתובות (יב, ב):

שאינן טענת שמא טענה אצל טענת בריא.

נציין כי שיטת הרמב"ן הובאה גם בספר התרומות (שער לט, חלק ב), ומשם בפוסקים (ראו לדוגמה תומים עה, כב).

5 בהקשר זה נציין את מה שיהווה בסיס לדברינו בהמשך המאמר: נראה שגם הראשונים מהם עולה שזכייתו של הטוען ברי (לדעת רב יהודה) מבוססת על ראיה הקיימת לטובתו, עשויים להסכים שלפחות לדעת רב יהודה (ולהלן נראה שאולי גם לדעת רב נחמן) מאבד הנתבע את מעמדו המשפטי המוחלט כ'מוחזק' (בתורת ודאי). צירוף הממד הראייתי מסביר מדוע זוכה הטוען ברי ומוציא מחברו, מה שלא היה קורה – למרות טענת השמא של הנתבע – לולא הייתה עדיפות ראייתית בדין בבית הדין.

6 כך ניתן להציע בהבנת שיטת הרמב"ן (שאלות ותשובות שבסוף הספר) המתייחס לסוגיה בכתובות יב, ב שביבה דנו ראשונים רבים בהבנת שיטת רב יהודה. המעיינים יראו כי הרמב"ן מפרש את שיטת רב יהודה גם במישור הראייתי (הוא עושה שימוש במונחים של הוה ולא הוה ליה למידע) וגם במישור של מוחזקות ("והיינו דקאמר ברי עדיף ומוחזק במנה יותר מן הנתבע שאומר שמא, הלכך חייב הנתבע דאוקי למנה בחזקת התובע שאומר ברי"), ואולי ניתן להסבירו כמבואר בפנים, אך הדברים אינם מוכרחים.

והדברים צריכים תלמוד.

בסיומו של מאמר זה נציע הסבר לדברים. כעת נציע ללכת עם האפשרות שהוצעה לעיל, לפיה האמוראים כולם מסכימים שהנתבע מאבד את מעמדו המשפטי כמוחזק במקרה של 'ברי ושמא', ומחלוקתם נוגעת רק בשאלה מה הדין במצב בו הנתבע איבד את מעמדו המשפטי, ושכנגדו טוען ברי: לדעת רב יהודה ורב הונא במצב כזה זוכה הטוען ברי, מכוח עדיפותה של טענת ברי על פני טענת שמא⁷, ולדעת רב נחמן ור' יוחנן על אף שמעמדו המשפטי של הנתבע מתערער, לא מוציאים ממנו את הממון מספק, ללא ראייה ברורה, והוא זוכה 'בתורת ספק'. בלשון אחרת, הוא זוכה מדין 'תפוס' ולא מדין 'מוחזק'.

על מנת לבסס את דברינו, נציג בפרקים הבאים הוכחות מדברי הראשונים בכמה סוגיות, מהם עולה שעל אף שההלכה נפסקה כשיטת האמוראים הסוברים ש"ברי ושמא – אוקי ממונא בחזקת מריה", מעמדו המשפטי של הנתבע מתערער כאשר הוא טוען שמא, והוא זוכה 'בתורת ספק' ולא 'בתורת ודאי'. בסיומו של המאמר, נציע הסבר לתלות – הקיימת לפחות לחלק מהשיטות – בין מוחזקות הגורמת לזכיית הנתבע 'בתורת ודאי' לבין טענת ברי, על פי היסוד שהתבאר במאמרינו הקודמים בשער זה, ובעיקר במאמרנו "שיטת הגאונים בדין חזקת ג' שנים: השליטה כיסוד הבעלות". מתוך כך גם נציע הסבר להבנת השיטה ש"ברי עדיף", בהנחה והיא אינה מבוססת על הממד הראייתי, אלא על עדיפותה הקטגורית של טענת ברי על פני טענת שמא.

ג. שיטת סומכוס בברי ושמא – מחלוקתם של בעלי התוספות

נחלקו סומכוס וחכמים בדין 'ממון המוטל בספק', כאשר לדעת חכמים הכלל הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה, ולדעת סומכוס, יחלוקו⁸. והנה כבר ייסדו בעלי התוספות (כבא קמא לה, ב ד"ה זאת אומרת) את הכלל הפשוט בעניין זה:

דוקא בכי האי גוונא פליג סומכוס שראוי להסתפק בדבר [...] בלא טענותם [...] אבל במקום שהספק בא ע"פ דבריהם לא פליג סומכוס [...] אטו אם אמר אדם לחבירו שלית זו שאתה לבוש שלי הוא מי אמר סומכוס חולקים!?

7 ייתכן שעדיפות זו מבוססת על ראייה, וייתכן, כנזכר בפנים, שהיא מבוססת על עדיפות עקרונית שיש לטענת ברי על פני טענת שמא, הגורמת לא רק לאיבוד המוחזקות של הנתבע, אלא גם להוצאת הממון ממנו בפועל, וכדלהלן.

8 להרחבה במחלוקת זו ובמחלוקת הראשונים היסודית בביאור המצב של 'ממון המוטל בספק' ראו מאמרנו "שיטת בעלי התוספות בדין דררא דמונא".

אם כן, דין 'יחלוקו' קיים דווקא כאשר מדובר על ממון המוטל בספק, ולא בכל ויכוח בין שני בעלי דין. במילים אחרות, גם סומכוס מקבל את דין 'מוחזק' כאשר מדובר על מוחזק הזוכה בתורת ודאי. נפנה לראות כיצד מיישמים בעלי התוספות עצמם קביעה זו ביחס למקרה של ברי ושמא.

תוספות במסכת בבא מציעא (צז, ב ד"ה רב הונא) דנים בסתירה הקיימת לכאורה בשיטת רב יהודה: בסוגיה בבבא קמא בה פתחנו, סובר רב יהודה ש"ברי ושמא ברי עדיף", אך בסוגיה בבבא קמא מו, א רב יהודה הוא זה שמוסר את שיטת חכמים, לפיה דין המוציא מחברו עליו הראיה קיים אפילו במקרה של ברי ושמא:

אמר רב יהודה אמר שמואל: זו דברי סומכוס, דאמר: ממון המוטל בספק חולקין, אבל חכמים אומרים: זה כלל גדול בדין המוציא מחברו עליו הראיה [...] דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא - המוציא מחברו עליו הראיה.

כיצד אם כן מתיישבים דברי רב יהודה אלו עם אלו? תוספות שם דוחים הצעה ליישב את הסתירה באופן הבא:

ואין לומר דרב יהודה דהכא כסומכוס והתם איירי אליבא דרבנן.

לפי הצעה זו, דווקא לפי סומכוס הסובר שממון המוטל בספק חולקים, אמר רב יהודה את דבריו ש'ברי ושמא ברי עדיף', אך לדעת חכמים, הסוברים שבכל ממון המוטל בספק הכלל הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה, כך יש לפסוק גם במקרה של ברי ושמא. תוספות דוחים הצעה זו:

דהכא במנה לי בידך דליכא דררא דמונא לא פליג סומכוס⁹.

דהיינו, כיוון שלדעת רב יהודה "ברי ושמא ברי עדיף" גם במקרה שאין דררא דמונא, כמו 'מנה לי בידך', דבריו אינם מוסברים יותר לשיטת סומכוס מאשר לשיטת חכמים, ואם רב יהודה סובר שגם במקרה זה ישנה עדיפות לטענת ברי, כך צריך להיות גם לשיטת חכמים, וממילא שבה הסתירה בין דבריו בשתי הסוגיות.

לעומת זאת, מדברי התוספות בכתובות (יב, ב ד"ה רב הונא ורב יהודה) הדנים באותה סתירה, עולה גישה אחרת. גם שם מעלים תוספות את האפשרות לפיה דברי רב יהודה ש"ברי ושמא

9 קודם לכן מסבירים התוספות בדרך נוספת מדוע אין לקבל תירוץ זה לקושיה, אך הדבר חורג ממסגרת המאמר.

— ברי עדיף" נאמרו לפי סומכוס דווקא, ולא לפי חכמים, אך שם הם דוחים אפשרות זו מסיבה צדדית ולא מאותה הסיבה שהעלו בבבא מציעא:

ואין לומר דרב יהודה כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין ולא אזיל בתר חזקת ממון, ולהכי כי איכא ברי ושמא נוטל הכל, והתם דקאמר אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין כו' אליבא דרבנן קאמר וליה לא סבירא ליה, דהתם (בבא בתרא צב, ב) משמע דסבר כרבנן גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן.

נמצא שבאופן עקרוני ניתן היה לתרץ שדינו של רב יהודה ב'מנה לי בידך' נאמר דווקא בשיטת סומכוס, אבל לדעת חכמים "המוציא מחברו עליו הראיה אפילו מזיק אומר ברי וניזק אומר שמא"¹⁰. אלא שלמעשה תירוץ זה אינו נכון, כי רב יהודה בעצמו במסכת בבא בתרא סובר כשיטת חכמים ולא כסומכוס, ואם כן שוב חוזרת הסתירה למקומה.

נמצא שנחלקו התוספות בבבא מציעא והתוספות בכתובות בשאלה האם יש היגיון לייחס דווקא לשיטת סומכוס את עדיפותה של טענת ברי על פני טענת שמא, או שדיון זה אינו קשור כלל למחלוקת סומכוס וחכמים. יש להבין מה נקודת המחלוקת בין בעלי התוספות, ובעיקר את שיטת התוספות בכתובות, שכן באופן פשוט כיוון ש"במקום שהספק בא ע"פ דבריהם לא פליג סומכוס", לא ברור מדוע במקרה רגיל של ברי ושמא יש משמעות למחלוקת סומכוס וחכמים על הכרעת הדין¹¹.

נראה כי מחלוקתם של בעלי התוספות נובעת משאלת מעמדו המשפטי של הטוען שמא. לדעת התוספות בבבא מציעא גם הטוען שמא נשאר 'מוחזק' בתורת ודאי, והמקרה מוגדר כמקרה שאין בו דררא דממונא. ממילא, אין מקום להעמיד את השיטה לפיה 'ברי עדיף'

10 מעין זה נמצא גם בתוספות תלמיד רבנו תם לבבא קמא (מו, א): "וליא לתרץ דרב יהודה כסומכוס סבירא ליה...", ראו שם.

11 בהעניין זה כבר התקשה מהר"ם שיף על התוספות בכתובות, וראו עוד בספר שלמי תודה בעניין זה. בספר לבוש ישע (אפשטיין) התקשה גם כן בדברי התוספות הללו והאריך לטעון שתוספות אמרו את דבריהם על פי הסוגיה בכתובות, שלטענתו כלל לא מקבלת את החילוק בין מצב בו הספק התעורר על פי טענותיהם או לבין מצב של ספק אובייקטיבי, והדברים רחוקים. לאחר שיגענו מציאנו כי בספר 'רשימות שיעורים' לר' ברוך דב דיסקין לסוגיה, עמד על הביאור בדברי התוס' וכתב ש"כשהספק הוא מחמת הודאת הנתבע ודאי חשיב דררא", עיינו שם, והפנה שם גם לדברי אבן האזול בהלכות גזילה (פרק ד הלכה י'): "דהיכי דהוי שמא ושמא אין לך דררא דממונא יותר מזה דהלא בלא טענותיהם יש ספק לב"ד", והדברים מהווים חיזוק לדברינו בפנים. וראו מה שהאריך בעניין זה באופן הקרוב למהלכנו כאן הרב אפרים שמואל קוט, "בדין ברי ושמא", 'אהלה של תורה' – יא (כתובות), קובץ כולל ישיבת מיר רמת שלמה (תשס"ט), עמוד שנו.

כשיטת סומכוס, שהרי במקרה כזה "לא פליג סומכוס". לעומת זאת, התוספות בכתובות סוברים שטענת שמא גורמת לאיבוד מעמד המוחזק, וממילא, מעמדו המשפטי של זה שהחפץ ברשותו זהה למעמדו המשפטי של מי שהחפץ ברשותו במקרה שיש דררא דמונא, ו'כן פליג סומכוס'. כיוון שבמקרה זה מצטרפת לטובת התובע גם עדיפותה של טענת ברי על פני טענת שמא, יש היגיון שהוא יזכה בדין דווקא לשיטת סומכוס, הסובר שבכל מקרה שבו אין מוחזקות בתורת ודאי, הדין הוא יחלוקו, וכאן שישנה עדיפות לטובת התובע מצד 'ברי ושמא', ייתכן שיזכה בכל.

מצאנו אם כן מקרה בו ישנה משמעות הלכתית לאיבוד המוחזקות בטענת שמא, לכל הפחות בשיטת סומכוס. נעבור לבחון מקרה אחר, בו ייתכן וגם לשיטת חכמים בדין המוציא מחברו עליו הראיה ישנה משמעות מעשית לכך שמי שאמור היה להיות מוגדר כמוחזק מאבד את מעמדו בטענת שמא.

ד. תפיסה בברי ושמא לשיטת ראשוני ספרד

במאמרנו "שיטת בעלי התוספות בדין דררא דמונא" עמדנו בהרחבה על מחלוקת הראשונים בנוגע למעמדו המשפטי של מוחזק במקרה של דררא דמונא, מקרה בו "בלא טענותיהם נולד הספק": שיטתם של בעלי התוספות היא שבמצב כזה מאבד המוחזק את מעמדו המשפטי כמי שאמור לזכות בדין בתורת ודאי, והוא זוכה בדין לדעת חכמים, רק בתורת ספק, מדין 'תפוס'. ממילא, לשיטת בעלי התוספות ישנה אפשרות עקרונית ל'תפיסה': כיוון שזה שהחפץ ברשותו זוכה בדין רק מכח ספק, ואין 'פסק חיובי' הכולל הכרעה שהוא הזוכה בחפץ הנידון, ייתכן ובית הדין לא יוכל להוציא את החפץ מזה שכנגדו, במקרה שהלה תקף ותפס. לעומת זאת, לרמב"ן וסיעתו, גם במצב של דררא דמונא קיים מעמד משפטי של מוחזק, ומי שהחפץ ברשותו זוכה בו בתורת ודאי. ממילא, אין אפשרות לתפיסה¹².

והנה, מצאנו כי גם לדעת הרמב"ן ישנו מקרה בו יש אפשרות שתועיל תפיסה, והוא מקרה של ספק 'תרי ותרי'. הרמב"ן עוסק בסתירה הקיימת לכאורה בין שתי סוגיות: מהסוגיה בכתובות כ, א עולה באופן פשוט שמועילה תפיסה בספק ממון, ואילו מהסוגיה בבבא מציעא ו, א – סוגיית תקפו כהן – עולה באופן פשוט שתפיסה לא מועילה. הסוגיה בכתובות כ, א עוסקת בספק של 'תרי ותרי' – הכחשה של שתי כתות עדים בבית הדין, והרמב"ן מסביר

12 להרחבה בשיטת בעלי התוספות בדין 'תפיסה' ולביסוס נרחב יותר של מחלוקת בעלי התוספות עם ראשוני ספרד בנוגע למעמד הזוכה מדין 'המוציא מחברו עליו הראיה' במקרה בו יש דררא דמונא, ראו מאמרו של הרב אליהו ליפשיץ "מחלוקות התוספות וחכמי ספרד בדיני תפיסה", אסיף ג (תשע"ו), ובעיקר בהערה 6 שם. בהזדמנות זו אודה לרב ליפשיץ ממנו זכיתי ללמוד סודות רבים בדיני טוען ונטען וללבן סוגיות הנוגעות גם למאמר זה.

שהדבר מהווה סיבה מיוחדת לכך שדווקא בסוגיה בכתובות מועילה תפיסה, כמצב החורג מספק ממון רגיל:

לא אמרינן [בסוגיה בכתובות, י.א.] אוקי ממונא בחזקת דמרה קמא אלא מאן דתפס תפס במטלטלי, דספיקא דאורייתא הוא וכל ספיקא דאורייתא אפילו גבי איסורי נמי לא אמרינן אוקמינן אחזקה [...] ולא מפקינן מטלטלי מיד תופס.

לדעת הרמב"ן, דווקא בסוגיה העוסקת בספק הנובע מסתירה בין שתי כתות עדים יש תוקף לתפיסה, כיוון ש"תרי ותרי ספיקא דאורייתא". זהו פירושה של דברים: מחלוקת גדולה בראשונים היא האם בספק של תרי ותרי – בעניינים איסוריים – מעמידים על חזקה קמייתא¹³, או שדין חזקה נאמר רק ביחס לספק רגיל, ולא ביחס לספק של תרי ותרי. השיטה האחרונה מכונה בגמרא ביבמות (לא, א) "ספיקא דאורייתא" ומשמעות הדברים היא שהדין בספק של תרי ותרי הוא 'ספק' מדאורייתא, ואין כלל משמעות לחזקות. הראשונים דנו בכמה מקומות בהרחבה בשאלה האם להלכה "תרי ותרי ספיקא דאורייתא", או שגם בספק של תרי ותרי הולכים אחר חזקות, לכל הפחות מדאורייתא¹⁴. יסוד המחלוקת נוגע בשאלה האם בספק הנובע מסתירת שתי כתות עדים יש משמעות להכרעות הלכתיות שיסודן בהמשכיות המצב הקודם, או לא, כאשר כבר הגמרא ביבמות מקשרת בעניין זה בין דין חזקה קמייתא בספק איסורי, לדין 'המוציא מחברו עליו הראיה' בספק ממוני¹⁵. הרמב"ן בקטע שציטטנו קודם מסיק שהעיקר הוא ש"תרי ותרי ספיקא דאורייתא", ולכן לדעתו זהו מקרה יוצא דופן, בו מועילה תפיסה.

והנה, דבר ברור הוא שגם בספק ממוני של תרי ותרי, הממון ברשות בה הוא היה עד כה, וגם כאן קיים הכלל – לדעת חכמים – ש"המוציא מחברו עליו הראיה". כל החידוש בדין 'תרי ותרי' לדעת הרמב"ן הוא שבמצב כזה, אם יקום הצד השני ויתפוס, תפיסתו תועיל. אך ללא תפיסה, יזכה בדין זה שהחפץ ברשותו. נמצא שגם לדעת הרמב"ן, במקרה בו מי שהחפץ ברשותו איבד את מעמדו המשפטי כ'מוחזק בתורת ודאי', וכגון בתרי ותרי, מועילה תפיסה מאותו אדם האמור לזכות בדין 'בתורת ספק', מדין 'תפוס'.

13 הכוונה לדין הליכה אחר חזקה שנלמד בסוגיה בחולין י, ב.

14 שיטת הרמב"ן בעניין זה מבוארת בחידושי לבבא מציעא ו, א מהם נביא להלן, וכן מדבריו בקידושין סו, א (ד"ה ויש אחרים). שיטת התוספות מבוארת בדבריהם בכתובות כב, ב ד"ה הבא עליה; כו, ב ד"ה אנן אחתינן ליה. ראו גם דברי הרא"ש (כתובות ב, כא), ודבריהם של שאר חכמי ספרד בכל הסוגיות הללו.

15 לעיון בדברי האחרונים בעניין זה ודיון על היחס בין הכרעות ספק שונות בתרי ותרי ראו שו"ת רבי עקיבא איגר, קמא, קלו; שב שמעתא ו, כב; שו"ת עין יצחק ב, אבן העזר סימן לה.

לאור זאת, נצא ונבחן מה יהיה הדין במקרה של ספק ממוני רגיל, שאינו ספק של תרי ותרי, ובו המחזיק טוען טענת שמא: מה תהיה עמדתם של הרמב"ן ובית מדרשו בנוגע למקרה של תפיסה מהמחזיק הטוען שמא? האם במקרה כזה איבד המחזיק את מוחזקותו, ותועיל תפיסה, כפי שמועילה לדעת הרמב"ן תפיסה בספק של תרי ותרי?

נראה שבעניין זה נחלקו הרמב"ן וסיעתו. בהמשך דברי הרמב"ן בכבא מציעא ישנה התייחסות מפורשת לנידון דידן:

למדנו בענין שאר תפיסות כגון המחליף פרה בחמור וכיוצא בו דאי תפס בשהדי מפקינן מיניה [...] לא שנא בריא ובריא ולא שנא בריא ושמא.

לדעת הרמב"ן, תפיסה לא מועילה בספק רגיל של 'דררא דממונא', שאינו ספק של תרי ותרי, גם במקרה של 'ברי ושמא'. נראה מכאן שלדעת הרמב"ן, התופס נשאר 'מוחזק בתורת ודאי' גם בטענת שמא.

לעומת זאת, ניתן לדייק מדברי הרשב"א שכן מועילה תפיסה בברי ושמא, על אף שהוא חבר לשיטתו העקרונית של הרמב"ן לפיה באופן עקרוני לא מועילה תפיסה בספק רגיל¹⁶. דברי הרשב"א נמצאים בתשובה בה הוא עוסק בפסק הסוגיה בסוגיית תקפו כהן, ובין היתר הוא כותב שם (שו"ת הרשב"א חלק א סימן שי):

והלכך כשתקפו כהן הוא דמוציאין מידו דאפילו כהן בעצמו אינו יכול לטעון בו בריא אלא שמא.

הרשב"א מסביר שבסוגיית תקפו כהן, התקיפה לא מועילה כיוון ששם גם הכהן התוקף אינו טוען ברי, אלא שמא. ייתכן וניתן לדייק מכאן שלדעת הרשב"א, לו יצוייר מקרה בו הכהן התוקף יטען ברי, תקיפתו תועיל, כיוון שהישראל טוען שמא, וממילא יש כאן מציאות של 'תפיסה בברי ושמא'. אם אכן לדעת הרשב"א מועילה תפיסה בברי ושמא, מוכח מכאן שהוא סבר שבמקרה הרגיל של 'ברי ושמא', המחזיק זוכה רק 'בתורת ספק', ועל כן מועילה תפיסה. אמנם, דיוק זה בדברי הרשב"א אינו מוכרח: ניתן להסביר שכוונת הרשב"א במילים "אפילו כהן בעצמו אינו יכול לטעון בו בריא" נועדה כדי להסביר את דין תקפו כהן גם לשיטות – שהוא אינו מסכים איתן – שתפיסה מועילה ב'דררא דממונא'. גם לשיטות אלו, ב'תקפו כהן'

16 ראו לדוגמה בחידושי הרשב"א בבא מציעא ו, א ד"ה ומשמע, שלא מעלה כלל את האפשרות של תפיסה ב'דררא דממונא'.

לא מועילה תפיסה, כיוון שהכהן טוען שמא ולא ברי¹⁷. אך אין הכרח לדייק מכאן שלשיטתו מועילה תפיסה ב'ברי ושמא'.

דיוק חזק יותר עולה מדברי הריטב"א בכתובות. לצורך הבנת דבריו נקדים מקום נוסף בו נראה שהרמב"ן ממשיך את שיטתו לפיה המוחזק אינו מאבד ממעמדו המשפטי גם בטענת שמא.

ה. מיגו וטענת שמא – הילכו יחדיו?

בסוגיית 'קריביה דרב אידי' (בבא בתרא לג, א) מסופר על ויכוח בין רב אידי בר אבין לבין אדם נוסף, שעמדו בדין בנוגע לשאלה מי מהם קרוב (או קרוב יותר) לאדם שנפטר והשאיר אחריו דקל. בסופו של הסיפור התקבלה הכרעה הלכתית לטובת רב אידי, ונחלקו הראשונים על מה היתה מבוססת: האם על הודאת בעל דינו, או על עדים שהגיעו לטובתו. הנקודה המרכזית הנוגעת לענייניו מתייחסת לשלב הבא בסוגיה בו נחלקו אביו ורבא עם רב חסדא בשאלה האם רב אידי זכאי לתבוע מקרובו רק את הדקל, או גם את פירות הדקל אותם אכל בעל דינו מזמן פטירת בעליו המקוריים ועד להכרעה על שייכותו של הדקל לרב אידי. מתוך ההבנות השונות בשאלה מה גרם לרב אידי לזכות בדקל, הוצעו בראשונים הסברים שונים לשאלת נקודת המחלוקת בין האמוראים בנוגע לזכותו של רב אידי בתביעת הפירות מקרובו, ולהבנת האפשרות המשפטית לחלק בין דין הדקל לדין פירותיו¹⁸.

הרמב"ן בהסברו השלישי והעיקרי לסוגיה הסביר את מחלוקת האמוראים באופן מחודש. דברי הרמב"ן מבוססים על גירסתו בסוגיה, לפיה ההכרעה כרב אידי מבוססת על עדים שבאו לטובתו, אלא שעדותם של אלו לא היתה חד משמעית:

ולי נראה דלא גרסינן אנא קריבנא טפי, אלא אנא קריבנא, לטוף אייתי סהדי דאיהו קריביה וראוי לירושה במקום כל אדם, כגון שהעידו שאין לו בנים למת וזה היה בן אחיו או מזרע אחיו שבודאי הוא יורש, וההוא גברא לא ידע בכריא אם היה ראוי לירושה במקום רב אידי או לא, כגון שהיו לו אחים למת ואחי האב ולא היה יודע אם הוא מבני אחיו וראוי ליטול מחצה אפילו לאחר שבאו עידי קורבת רב אידי או שמא הוא מזרע אחי אביו של מת ואינו ראוי לירושה במקום רב אידי.

לדעת הרמב"ן, העדים שבאו לטובת רב אידי העידו רק על כך שהוא קרוב, אך לא התקבלה עדות ברורה המוכיחה על קרבה גדולה יותר ביחס לבעל דינו. במילים אחרות, כעת מעמדו

17 וזו אכן שיטת התוספות בכתובות (כ, א ד"ה ואוקי), ושיטת הרא"ש בבבא מציעא (א, ג).

18 ראו בפירושיהם של הרשב"ם, תוספות ושאר הראשונים על אתר. לעניינינו חשובה גירסת הרמב"ן ופירושו בלבד.

של בעל דינו לא ברור, אך מה שברור הוא שרוב אידי עצמו, ראוי לירש את הנפטר. באופן עקרוני, עדיין ישנה אפשרות שגם בעל דינו ראוי לרשת כמותו, אלא ש"ההוא גברא לא ידע בכריא אם היה ראוי לירושה במקום רב אידי או לא". כיוון שרוב אידי הוא היורש המוכח היחיד, הוא זכה לבדו בדקל, ואף על פי כן, נחלקו האמוראים מה דין הפירות שנאכלו עד לזמן הגעת העדים:

ורב חסדא סבר כיון דליכא סהדי דאכל נאמן הוא לומר דקריביה הוא, וכיון שהוא נאמן לומר קרוב אני וכבר קדם ואכל אין מוציאין ממנו שמא הוא קרוב כרב אידי וחלקו אכל, ואביי ורבא לא סבירא להו הא דרב חסדא דכיון דרב אידי ודאי והאי גברא טעין שהוא ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, ואף על פי שקדם ואכל מוציאין מידו ולא מהימן במגו של ספק להוציא ממון מן הודאי

כפי שראינו, לדעת הרמב"ן, לאחר שבאו העדים על כך שרוב אידי הוא ודאי קרוב של הנפטר, טענת קרובו של רב אידי היא טענת שמא. במצב כזה, מסביר הרמב"ן, לכולי עלמא מפסיד אותו קרוב את הדקל והקרקע, מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי רב אידי הוא ודאי קרוב, כפי שברור העדים. אך באשר לפירות, לבעל דינו של רב אידי יש מיגו: כיוון שאין ידוע בעדים שהוא אכל מפירות הדקל עד כה, הוא היה יכול לטעון שכלל לא אכל מהפירות. ממילא אין באפשרותו של רב אידי לתבוע אותו על אכילה זו. אם כן, על אף שלמעשה הודה בעל דינו של רב אידי שאכל מפירות הקרקע, כיוון שאין הוכחה ברורה שאכילה זו היתה שלא כדין, שהרי עדיין ייתכן שגם הוא – כרב אידי – ראוי לירש את הקרקע ופירותיה, לא ניתן לתבוע אותו על כך.

כאן מגיעה נקודת החידוש: מיגו זה שיש לאותו קרוב, הוא 'מיגו של ספק', ובמילים אחרות, מיגו לטענת שמא, שהרי גם הוא עצמו אינו יודע לטעון בכרי שהוא אכן ראוי לירש כמו רב אידי, ובפועל, כל טענתו כעת היא טענת ספק בלבד. בנקודה זו מסביר הרמב"ן את המחלוקת: האמוראים נחלקו האם מיגו לטענת שמא, יועיל לטובת הקרוב – ביחס לפירות – כנגד העדיפות שיש לטובת רב אידי הקשורה לכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי'. לדעת רב חסדא אומרים 'מיגו של ספק' להוציא מן הודאי (דהיינו, מהכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי'), ולדעת אביי ורבא, לא.

מדברי הרמב"ן עולה בפשטות שכל האמוראים מכירים במושג 'מיגו של ספק', והמחלוקת היא האם מיגו כזה יועיל להתגבר על הכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי': "דלא מהימן במגו של ספק להוציא ממון מן הודאי". והנה, עצם המושג 'מיגו' בהקשר זה הוא לכאורה תמוה: מה שייך שאדם יהיה נאמן בטענתו 'אולי אני קרוב ולכן איני צריך לשלם על הפירות שאכלתי' במיגו שהיה יכול לטעון שלא אכל פירות? הרי טענתו העכשווית היא טענת שמא,

שכנגדה עומד הכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי'. כיצד המיגו יכול לתת נאמנות לטענת שמא, והרי גם אם האדם שלפנינו כלל לא משקר, עדיין כנגד טענתו (טענת שמא) עומד הכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי'¹⁹?

נראה שדברי הרמב"ן הללו משמשים כדוגמה והוכחה לשימוש במושג 'מיגו כוח הטענה', ונסביר את הדברים על פי מה שהתבאר במאמרנו 'הצעה להבנת המושג מיגו כוח הטענה'. כפי שכבר האריכו האחרונים, מלבד כוח הבירור הטמון במושג 'מיגו', הוא גם עשוי להקנות לאדם 'עמדה משפטית עדיפה'. בדוגמה שלנו, כיוון שביחס לשאלת התשלום על הפירות היה יכול קרובו של רב אידי להיפטר ולא לשלם, הוא נמצא ב'עמדה משפטית עדיפה'. המיגו מאפשר לקרוב להישאר באותה 'עמדת כוח משפטית' גם כאשר הוא טוען טענת שמא, 'שמא אני קרוב'. לדעת רב חסדא עמדה זו לכל הפחות 'משתווה' לעדיפות המשפטית שנותן דין 'אין ספק מוציא מידי ודאי' לטובת רב אידי, ולכן לדעתו אין לרב אידי אפשרות להוציא את תשלום הפירות מקרובו²⁰.

על מנת לאמץ הסבר זה, הנראה מוכרח, בדעת הרמב"ן, יש להסכים להרחבה של תפיסת 'עמדת הכח המשפטי', ביחס לדין מיגו בכלל, אל הנידון במאמרנו – מעמדו המשפטי של אדם הטוען שמא: לפי הרמב"ן יוצא שאדם יכול להמשיך להחזיק ב'עמדת הכוח המשפטית', כמי שאמור היה לזכות בדיון בבית הדין, מושג המקביל במובן מסוים למושג הכללי של מוחזקות, על אף שבפועל כעת הוא טוען טענת שמא. באופן פשוט, מסתבר שכפי שלדעת הרמב"ן ניתן להחזיק בעמדת הכוח המשפטית, מדין מיגו, גם בטענת שמא, ניתן גם להישאר

19 דומה הדבר למי שיקשה על שיטת האמוראים הסוברים 'ברי ושמא ברי עדיף' (בבא קמא ק"ח, א), מדוע שלא 'נאמין' לטוען שמא במיגו שהיה יכול לטעון ברי ולנצח. התשובה היא שהטוען שמא לא מפסיד בגלל שלא מאמינים לו, אלא שגם אם נאמין לו, סוף סוף הוא טוען שמא, ויש עדיפות – לשיטה זו – לזה שכנגדו הטוען ברי.

אמנם, להלן נבאר כי לשיטת הרמב"ן עצמו, כן מועיל מיגו במובן של 'כוח הטענה', להשאת הטוען שמא במעמדו המשפטי כמוחזק. אולם שיטה זו היא דעת הרמב"ן להלכה, אך הרמב"ן עצמו, כפי שמתברר ממהלך המאמר, סובר שבנקודה זו גופא נחלקו האמוראים במחלוקת הכללית לגבי 'ברי ושמא', ושיטת הסובר כי 'ברי עדיף' מבוססת על אובדן המוחזקות בטענת שמא, וממילא גם על אובדן 'מיגו כוח הטענה' (וראו להלן הערה 37 על שיטת הרמב"ן במחלוקת האמוראים).

20 כאמור, מדברי הרמב"ן נראה שאביי ורבא לא חלקו בשאלת האפשרות למיגו לטענת שמא, אלא בשאלה האם במצב כזה המיגו מועיל כנגד הכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי'. ייתכן שלשיטתם מיגו לטענת שמא הוא חלש יותר, ולא עומד כנגד הכלל 'אין ספק מוציא מידי ודאי'. ייתכן ששאלה זו גם תלויה בהבנת האופי המדויק של דין זה – עד כמה מדובר בכלל שיש לו אופי הנהגתי או בכלל המכריע את הדיון ההלכתי בתורת ודאי, ואין כאן מקום להאריך בביאור מושג זה.

מוחזק, אף במקרה בו המוחזקות מבוססת על מצבו המציאותי של האדם, כגון כאשר החפץ נמצא תחת ידו. כפי שראינו, זו אכן שיטת הרמב"ן הסובר שלא ניתן לתקוף גם ממוחזק הטוען שמא, על אף שניתן לתקוף ממי שאיבד את מעמדו המשפטי המוחלט כמוחזק (כגון בספק של תרי ותרי). לדעת הרמב"ן בשתי הסוגיות, מעמדו המשפטי של האדם העומד לטובתו בדין, לא משתנה, על אף שהוא טוען שמא.

והנה, בסוגיה זו נחלקו תלמידי בית מדרשו של הרמב"ן האם ללכת בעקבותיו בפירוש הסוגיה. הרשב"א והריטב"א לא הזכירו את מהלכו המחודש של הרמב"ן, ואילו הר"ן (ד"ה ההוא גברא) אימצו. ונראה שהראשונים מתאימים לשיטתם בשאלה העקרונית האם ישנה מוחזקות גם בטענת שמא, וכפי שראינו ונראה להלן.

כבר דינקנו לעיל מדברי הרשב"א בתשובה כי הוא חולק על הרמב"ן, ולדעתו תיתכן תפיסה במקרה של 'ברי ושמא' (אך הערנו שהדברים אינם מוכרחים). מדברי הריטב"א ניתן להוכיח שהוא חולק באופן ישיר על טענת הרמב"ן, וסובר שאין מקום למיגו בטענת שמא. הריטב"א במסכת כתובות (כ, א ד"ה אלא) מתייחס לסוגיית 'תקפו כהן' (בבא מציעא ו, א), ממנה עולה באופן פשוט כי לא מועילה תפיסה במקרה של ספק. הריטב"א מחדש שבסוגיית תקפו כהן תפיסה לא מועילה באף מקרה:

הא דאמרינן התם תקפו כהן מוציאין אותו מידו, משום דהתם אפילו תפס שלא בעדים לית ליה מגו, דבטענת שמא תפיס ביה.

לדעת הריטב"א, לא מועילה תפיסה במקרה זה גם כאשר היא הייתה שלא בעדים, ולתופס היתה אפשרות לטעון שכלל לא תפס (אלא שהחפץ היה שייך לו מאז ומעולם, או שקנאו כדת וכדין), כיוון שטענתו העכשווית היא טענת שמא, ומיגו אינו מועיל לטענת שמא^{21 22}. הדברים מתחברים לעובדה שבסוגיית קריביה דרב אידי הוא לא קיבל את מהלכו של הרמב"ן, ואכן נראה שגם בסוגיית 'תקפו כהן' ישנה מחלוקת מפורשת ביניהם: בניגוד לריטב"א, הרמב"ן מזכיר כמה פעמים בדבריו בבא מציעא ו, א את האפשרות לתפוס שלא בעדים, ש"נאמן הוא במגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם", ולא מחלק בעניין זה בין

21 וכן היא שיטת הריטב"א בחידושויו לבבא מציעא ו, ב ד"ה לעולם אימא; קב, ב ד"ה ופרקינן דהתם; קידושין עה, א ד"ה לא צריכא דתפס.

22 מביאורו של הר"ן על הרי"ף על הסוגיה בכתובות כ, א (ז, א מדפי הרי"ף, ד"ה ואוקי) עולה שכן מועילה תפיסה שלא בעדים אף בטענת שמא, מדין מיגו, אלא שבסוגיה שם ישנה סיבה ייחודית מדוע כלל אין מיגו. מכאן עולה שוב שיטת הר"ן, כרמב"ן, ששייך מיגו לטענת שמא, וכשיטתו בסוגיית קריביה דרב אידי.

תופס בטענת ברי לתופס בטענת שמא. יתר על כן, הרמב"ן מתייחס בפירושו למקרה של 'תקפו כהן' וכותב:

ותקפו כהן שמא ושמא ומוציאין מידו, וה"מ כשתקף בסהדי אבל בלא סהדי מהימן לומר מנה לי בידך עד כדי דמי מה שתפס.

מדויק מדבריו שגם במקרה של תקפו כהן, בו מדובר על טענת שמא, תועיל תפיסה שלא בעדים במיגו שהיה יכול לומר קניתי, ולחילופין, לא היו דברים מעולם. נראה שהרמב"ן הולך לשיטתו, ששייך לעשות שימוש בדין מיגו גם בטענת שמא, והריטב"א חולק.

נראה אם כן שלפנינו מחלוקת עקרונית בין הריטב"א לרמב"ן: לדעת הריטב"א מיגו לא יכול לסייע לטענת שמא: ודאי שמיגו לא יכול לשמש כראיה במקרה כזה, אך גם עמדת הכוח המשפטית שיכולה לעמוד לטובת האדם בזכות המיגו, איננה, כאשר הוא טוען שמא. לדעתנו, יסוד המחלוקת הוא בשאלה האם יש מוחזקות בטענת שמא, ובמילים אחרות, האם במקרה של 'ברי ושמא' זוכה הטוען שמא 'בתורת ודאי' או 'בתורת ספק'.

נראה שהר"ן, ההולך בעקבות הרמב"ן בסוגיית קריביה דרב אידי, הולך לשיטתו גם בסוגיית הפתיחה לפרק חזקת הבתים, הדנה במקור דין חזקת ג' שנים בקרקעות.

ו. "חזקה שאין עמה טענה"

בתחילת פרק חזקת הבתים (בבא בתרא כה, א) העלתה הגמרא הצעה לבאר את דין חזקת ג' שנים בהתאמה לדין חזקת ג' פעמים בשור המועד:

אמר ר' יוחנן, שמעתי מהולכי אושא שהיו אומרים: מנין לחזקה ג' שנים? משור המועד, מה שור המועד כיון שנגח ג' נגיחות - נפק לי' מחזקת תם וקם ליה בחזקת מועד, ה"נ כיון דאכלה תלת שנין - נפק לה מרשות מוכר וקיימא לה ברשות לוקח.

להצעה זו, כפי ששור תם נעשה מועד לאחר ג' נגיחות, כך השדה עוברת לחזקת המחזיק בה לאחר שלוש שנים. אחת הקושיות שמקשה הגמרא על הצעה הזו נוגעת למישור הטענות. במשנה בהמשך הפרק (מא, א) מבואר ש"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה", ומכאן שחזקת ג' שנים אינה חזקה, ללא טענת 'קניתי' של המחזיק. הגמרא (כה, ב) מקשה על הלכה זו לאור הלימוד משור המועד:

אלא מעתה, חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה, אלמה תנן: כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה!

הגמרא מניחה שלפי הלימוד משור המועד, חזקת ג' שנים לא אמורה להיות מותנית בטענה של המחזיק, והדבר סותר את המשנה. בביאור הנחה זו כתב הר"ן (כח, ד ד"ה גמרא):

כיון דאמרת דנפק ליה מרשות מוכר, אף על גב דלא טעין לוקח מידי תהוי חזקה, שהרי מערער זה בקרקע זה כאדם מן השוק כיון שיצא מחזקתו לגמרי, ואין מחזיק זה צריך לטעון ולהשיב לו כלום.

הר"ן מסביר שאם משווים את חזקת ג' שנים לחזקת שור המועד, המשמעות היא שזיקתו של המרא קמא אל הקרקע, פקעה לחלוטין, וממילא אין כל סיבה לדרוש מהמחזיק החדש לטעון. אמנם, למסקנה הגמרא דוחה את קושייתה ומסבירה שגם לעמדה זו ניתן להבין שחזקת ג' שנים מותנית בקיומה של טענת המחזיק:

טעמא מאי? דאמרינן: דלמא כדקאמר, השתא איהו לא טעין, אנן ליטעון ליה?

ומסביר הר"ן:

כלומ' שהרי א"א שיזכה בקרקע זו אלא א"כ לקחה, וכיון דאיהו לא טעין הכי הורעה חזקתו, שאלו לקחה בודאי שהיה טוען כן בפירו', וכיון דאיתליד [ריעותא] בהך חזקה לא מהניא, והיינו דכי ליכא ריעותא אף על גב דלא טעין מידי מהניא כגון יורש.

לדעת הר"ן, הצורך בטענה נובע מכך שאילו הטענה, ישנה ריעותא בחזקה, "שאלו לקחה בודאי שהיה טוען כן בפירושו". במילים אחרות, חוסר הטענה מהווה ראייה כנגד החזקה, ולכן החזקה לא מועילה. מכאן נראה שבאופן עקרוני תיתכן חזקה ללא טענה – והוא הדין בטענת שמא²³ – במקום בו חוסר הטענה לא מהווה ריעותא, כמו במקרה בו אין לצפות מהמחזיק לדעת ולטעון ברי²⁴,²⁵.

23 השקולה באופן פשוט לחוסר טענה. ראו לדוגמה בסוגיה בבבא בתרא מא, ב שם מושווית חזקה עם טענת שמא ל"חזקה שאין עמה טענה", ומכל מקום פשוט שטענת שמא אינה גרועה מ'חוסר טענה'.

24 הר"ן מביא לכך דוגמה בסוף דבריו, "כגון יורש". הדברים צריכים עיון, שכן דין יורש (המוזכר בהמשך המשנה בדף מא, א) התבאר בגמרא בגמרא בבבא בתרא דף כג, א במסגרת דין 'טענינן' שהוא לכאורה חידוש העומד בפני עצמו. שמא לדעת הר"ן דין 'טענינן' עצמו מבוסס על ההנחה שאין צורך ב'טענה' כדי להיות מוחזק, אלא רק שלא תהיה ריעותא מחמת חוסר טענה, והדברים צריכים בירור.

25 מעניין להשוות את דברי הר"ן לדברי ראשונים נוספים: התוספות בדף כח, ב, מתקשים מאוד בעצם ההווה אמינא לפיה תיתכן חזקה ללא טענה. אמנם ייתכן שדברי תוספות לא נובעים מההנחה לפיה אין מוחזקות ללא טענה, אלא מתפיסתם את דין חזקת ג' שנים, גם לשיטת הולכי אושא, כראיה, ואין כאן מקום להאריך.

והנה, בסוגיה זו מצאנו מחלוקת מפורשת נוספת בעניין חזקה ללא טענה, גם להלכה. בספר עליות דרבנו יונה הסביר מדוע למסקנה יש צורך בטענה גם לשיטה שחזקת ג' שנים נלמדת משור המועד:

דלא ילפינן משור המועד אלא דמהניא חזקה למהוי ראייה למה שהוא טוען שלקחה הימנו, דכיון דשייכא בה (טעמא) [טענה], אינה חזקה עד שיטעון, דאיהו לא טעין, אנן ניקום ונטעון ליה? לפיכך כל זמן שאינו טוען כלום, קרקע בחזקת בעליה עומדת.

רבנו יונה מפרש שגם השיטה הלומדת את חזקת ג' שנים משור המועד, מגדירה את החזקה כראיה לטובת המחזיק, וראיה זו מהווה הוכחה למה שהוא טוען, ולכן אין מקום להשתמש בה, ללא טענה²⁶. בהמשך מנגיד רבנו יונה בפירוש בין הצורך בטענה, הקיים בחזקת ג' שנים בקרקעות, שיסודה בראיה לטובת המחזיק, לבין חזקת מטלטלין:

יש להשוות את הדברים גם לפירושו של הרמב"ן לסוגיה. הרמב"ן מסביר את שאלת הגמרא באופן דומה לר"ן, ולכאורה אף מוקצן יותר: משור המועד אנחנו לומדים ש"אף כאן יצאה שדה זו מחזקה של מוכר וכיון שיצאת מחזקת המוכר עליו להביא ראיה שלא מכרה שהרי זה מוחזק ועומד". ומכאן ברור שלאחר ג' שנים, המחזיק מוגדר כ'מוחזק' מבחינה משפטית. ממשך הרמב"ן ומסביר:

"היינו נמי דאקשינן אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה, כלומר מאחר שיצאת מרשותו של מוכר למה צריך זה לטענה, הא ודאי אינו צריך לטענה אלא כשיש לו למערער עדים או הודאה שהיא שלו, וזו כבר יצאת מרשותו".

דברים אלו של הרמב"ן נראים מתאימים לשיטתו כפי שהסברנו במהלך המאמר, לפיה מעמד המוחזק לא נחלש גם בטענת שמא. אולם יש לדון כיצד להסביר את המשך דברי הרמב"ן, המסביר את דחיית הגמרא:

"ומפרקינן טעמא מאי וכו', כלומר אם לא לקחה זה ודאי מאיליה לא יצאתה מרשותו לפיכך צריך לטענה, שאם לא טען, לא לקחה, נמצאת ברשותו של ראשון".

ניתן להבין שכוונת הרמב"ן היא כדברי הר"ן, שללא טענה יש ראיה נגד המחזיק, וממילא "נמצאת ברשותו של ראשון". ייתכן להסביר אחרת, שכל מה שאמר הרמב"ן שיש חזקה ללא טענה, זה רק כאשר בעל הדין העומד כנגד המוחזק איננו המרא קמא, אך בנידון בו יש מרא קמא, אין האדם האחר הופך להיות מוחזק אלא כאשר מלווה את חזקתו טענה, ו"מאיליה לא יצאתה מרשותו". וראו להלן, בהמשך פרק זה, מה שהערנו בעניין זה ממחלוקת רבנו יונה וקצות החושן. וראו עוד בחידושי הריטב"א על סוגיה זו, שמדבריו עולה שלא הייתה כלל ה"א שתיתכן חזקת ג' שנים ללא טענה בכלל, וייתכן שגם הוא הולך לשיטתו, עיינו שם.

26 הדברים מזכירים את מה שכתבנו לעיל מקום לדין 'מיגו' במובנו הפשוט, כראיה (ולא במובן של כוח משפטי), כאשר בעל המיגו טוען שמא.

והא דלא אמרו הכי במטלטלין, אלא הרי הן בחזקת התפוש בהם, אף על פי שאין עם התפישה טענה, התם לפי שכבר יצאו מרשות הראשון, שהרי זה תפש בהם²⁷.

לדעת רבינו יונה, המשנה הקובעת ש"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה" מתייחסת לחזקת ג' שנים בלבד, המבוססת על ראייה²⁸. לעומת זאת, במטלטלין אין צורך בטענה, ועצם התפיסה היא הגורם להעברת המוחזקות, "שכבר יצאו מרשות הראשון". מדבריו מוכח שבאופן עקרוני אין מניעה למציאות של מוחזקות בטענת שמא.

בניגוד אליו, בעל 'קצות החושן' אינו מחלק בין קרקעות למטלטלין בנקודה זו. קצוה"ח (קלג, א) דן בקטן המחזיק חפץ שבאופן עקרוני המחזיק בו הוא המוחזק (כגון דברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר), אך כנגדו ישנו מרא קמא – בעלים ידוע אחרון, הטוען שהחפץ שייך לו, ולא לקטן המחזיק. הקצות מתבסס על דברי הרמב"ם בהלכות טוען ונטען (יג, ב) לפיר לקטן אין חזקת ג' שנים בקרקעות, כיוון ש"אין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידם" ומרחיב הלכה זו גם למטלטלין:

נראה דה"ה במטלטלין, דמטלטלין נמי טענה בעי והו"ל כמו חזקה שאין עמה טענה.

לדעת הקצות, גם במטלטלין יש צורך בטענה כדי להעמיד את החזקה, ולא רק בקרקע. כמו שבקרקע אין חזקת ג' שנים לקטן, מפני שאין טענתו טענה, כך גם במטלטלין אין משמעות

27 בהמשך דבריו מביא רבנו יונה טעם נוסף מדוע אין צורך בטענה במטלטלין: "ועוד דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וכיון דאינן עשויין להשאיל ולהשכיר, ודאי מיד האחר באו לידו". מדברים אלו נראה שבמטלטלין ישנה ראייה לטובת המחזיק, ולכן אין צורך בטענה, ולא שהזכייה מבוססת על המושג המשפטי 'מוחזק'. אולם הבנה זו בדבריו סותרת את המפורש בתחילת הדיבור, לפיו אין מקום לראיה כאשר מדובר על טענת שמא. נראה שכוונת רבנו יונה היא שבחזקת מטלטלין המעמד המשפטי נקבע לא רק לפי התפיסה המציאותית – החזקת החפץ, אלא ההקשר הראייתי כולו יוצר חזקה משפטית העומדת לטובת המחזיק: ודוק, לא מדובר על ראייה לטענה המסוימת של המחזיק, אלא שהנסיבות מראות באופן כללי שחפץ הנמצא ביד אדם שייך לו, שכן לא מסתבר שהוא גנבו, ולכן הנחת היסוד המשפטית היא שהחפץ שייך למחזיק בו, עוד לפני שמתחיל מישור הטענות. לעומת זאת, בחזקת ג' שנים, עד שלא יתחיל הדין בבית הדין ובו יתברר שהאחד כבר יושב ג' שנים בקרקע בדומה לבעלים, הוא עדיין לא 'נראה כבעלים' באופן מובהק, ושם הראיות באות לבסס את טענותיו, ולא יוצרות הנחת יסוד הקודמת לדין בבית הדין.

28 יש לציין כי גם למסקנת הסוגיה בטעם חזקת ג' שנים מסביר רבינו יונה את דין חזקת ג' שנים כראיה: רבינו יונה מסביר את דברי רבא (כט, א) לפיהם "שתא קמייתא מיזדהר אינשי בשטריה, תרתי ותלת מיזדהר, טפי לא מיזדהר", באופן הבא: כיוון שאין דרכו של אדם להיזהר בשטרו יותר משלוש שנים, תקנו חכמים שעל המרא קמא למחות במחזיק בקרקע תוך שלוש שנים. אם הלה לא מחה כתקנת חכמים, הדבר מהווה ראייה כנגדו: "מדלא מיחה אמרינן דודאי זבנה, לפי שהטילו חכמים עליו למחות, כיון דטפי לא מזדהר אינש בשטרי".

לחזקתו, מול מרא קמא, כיוון שאין עם חזקתו טענה^{29 30}. ניתן להתווכח עם הקצות בכמה מהנחות היסוד שהובילו אותו למסקנתו המחודשת³¹, אך ברור כי הוא לא מקבל את חלוקתו של רבנו יונה. לפי הקצות, ההלכה ש"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה" קיימת גם במטלטלין, ונראה שלשיטתו אין משמעות למושג 'מוחזק' ללא טענה³².

אם כן, ראינו כי הר"ן ורבינו יונה הולכים בשיטתו העקרונית של הרמב"ן, לפיה ישנה מוחזקות אף בטענת שמא, ואילו הקצות חולק על כך. אמנם, יש מקום לבעל דין לטעון כי אין להוכיח ממוחזקת רבינו יונה והקצות, על השאלה הכללית שבה אנו דנים במאמר: ייתכן כי גם הקצות מודה שמוחזק אינו מאבד את מעמדו המשפטי כאשר הוא טוען טענת שמא. דווקא כאשר כנגד המוחזק עומד מרא קמא, והתופס רוצה לזכות מכוח תפיסתו שאמורה להפוך אותו למוחזק, יש צורך בטענה, שתאשש את תפיסתו הנוכחית ותגרום לשינוי מעמד המוחזקות הידוע לנו עד כה. בסברה, טענה מעין זו אפשרית, אך נראה להוכיח מדברי הקצות

29 בהמשך מסייג הקצות את דבריו: במקרה בו הקטן "בא בטענת אביו", הוא נחשב כמי שיש לו טענה, מכח דין 'טענין'. דברי הקצות מתייחסים למקרה בו הקטן עומד ישירות כנגד המרא קמא, ואביו לא משמש כ'גורם שלישי' העומד ביניהם.

30 נשים לב שבמקרה שלנו מדובר על מקרה מובהק בו חוסר הטענה של הקטן לא מהווה ריעותא בחזקתו (ולכן לא שייך ליישם כאן את דברי הר"ן שהוזכרו לעיל): כאן ייתכן שמדובר בקטן שכן טוען, אלא שכיוון שמבחינה משפטית "חרש שוטה וקטן... אין להם טענה", הם מאבדים את מעמדם המשפטי בעקבות הכלל של "חזקה שאין עמה טענה", הקיים לדעת הקצות גם במטלטלין.

31 ראו לדוגמה בנתיבות המשפט, ביאורים, על אתר, שהעלה כמה מהן. וראו להלן בנספח בנוגע לשיטת הנתיבות הכללית ביחס לנידוננו, וייתכן שהדברים מתאימים לטענתו האחרונה של הנתיבות כאן כנגד הקצות. להרחבה ראו דבריו בפנים בס"ק א, ובעיקר טענתו האחרונה: "ואפילו אם תאמר דלאו בני טענה נינהו, מ"מ לא גרע מגדול שלא בפניו דאנן טענינן להו להחזיק מה שנמצא תחת ידו".

32 ניתן להסביר שרבינו יונה והקצות הולכים לשיטתם במחלוקת מפורסמת נוספת, והיא טעם חזקת ג' שנים: ראינו לעיל שלדעת רבינו יונה חזקת ג' שנים יסודה בראיה לטענת המחזיק. לעומת זאת, ידועים דברי הקצות (קמ, ב) לפיו חזקת ג' שנים היא תקנת חכמים, וניתן להסביר שחכמים תיקנו שלאחר שלוש שנים מתהפך נטל הראיה ומחזיק הקרקע מוגדר מבחינה משפטית כמוחזק (אין כאן מקום להאריך בהוכחות להבנה זו בשיטת הקצות, וראשונים נוספים). אם כן, לדעת רבינו יונה יש מקום לחלק בין חזקת קרקעות, שיסודה בראיה, ולכן יש בה צורך בטענה, לחזקת מטלטלין, שיסודה בהנחה משפטית המגדירה את התופס כמוחזק, ובה אין צורך בטענה. לעומת זאת, לדעת הקצות גם חזקת קרקעות לא מבוססת על ראיה, וממשנת "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה" ניתן להוכיח שכדי להיות 'מוחזק' יש צורך בטענה, וממילא ניתן להעתיק עיקרון זה גם למטלטלין.

במקום נוסף, שאכן שיטתו היא שהמוחזק מאבד את מעמדו ונעשה 'תפוס' בלבד כאשר הוא טוען טענת שמא, וזאת גם כאשר אין מרא קמא נגדו.

ז. מיגו להוציא בברי ושמא

ידועה מחלוקת הראשונים בדין 'מיגו להוציא': שיטתם העקרונית של בעלי התוספות בכמה מקומות בש"ס היא ש'מיגו להוציא לא אמרינן', ולעומתם שיטתם הרמב"ן ועוד מחכמי בית מדרשו היא ש'מיגו להוציא אמרינן'³³. והנה, קצות החושן (קלג, ז; פב, יב) טוען שגם לשיטות שלא אומרים מיגו להוציא, כאשר זה שבאים להוציא ממנו טוען שמא ובעל המיגו טוען ברי, "מיגו להוציא בברי ושמא אמרינן". לדעת הקצות, דין זה נכון גם כאשר מדובר על 'שמא דלא הוה ליה למידע', כך שאין עדיפות ראייתית לטובת ה'מוציא' מכח העובדה שהוא טוען ברי ושכנגדו טוען שמא. והדברים מצריכים הסבר: כיוון שההלכה היא שהטוען ברי אינו מתגבר על שמא, וכן ההלכה היא ש'מיגו להוציא לא אמרינן', מדוע בצירוף שני הדברים יחד כן מוציאים ממון?

נראה להסביר שבמצב של ברי ושמא, סובר הקצות שעל אף שההלכה היא "אוקי ממונא בחזקת מריה", מי שהחפץ ברשותו זוכה בתורת ספק, ולא בתורת ודאי, כיוון שמעמדו כ'מוחזק' נפגע מכך שהוא טוען שמא, וכפי שהתבאר לעיל. זאת ועוד: לדעת הקצות, ההגבלה לפיה 'מיגו להוציא לא אמרינן' קיימת דווקא כאשר המחזיק מוגדר כ'מוחזק', ואמור לזכות בדין בתורת ודאי, ובמקרה כזה לא די במיגו כדי לגרום לזכיית הצד השני. ממילא, במקרה בו התופס אמור לזכות 'בתורת ספק' בלבד, וכגון במקרה של 'ברי ושמא', מועיל 'מיגו' גם כדי להוציא ממון³⁴. לפי דברינו, הקצות הולך לשיטתו בסימן קלג, א, ומהדברים

33 באופן כללי ניתן לומר שנחלקו בעניין זה בעלי התוספות עם חכמי בית מדרשו של הרמב"ן (אף שהמעיינים יראו ששיטת חלק מחכמי בית מדרשו בעניין זה אינה חד משמעית). ראו, שיטת התוספות בביאור סוגיית שטרא זייפא (בבא בתרא לב, ב); תוספות בבא מציעא ב, א ד"ה וזה; שם קי, א ד"ה א"ל רבינא, וראו גם דבריהם בכתובות ט, ב (ד"ה לא). כשיטתם נראה שנוקט גם הרמב"ם (טוען ונטען טו, ט). בשיטת חכמי בית המדרש הספרי ראו חידושיהם לסוגיות הנ"ל, וכן דבריהם בסוגיית 'סיטרא' בשבועות מב, א. בשיטת הרשב"א בפרט ראו גם דבריו בתשובה ג, שנג, לעומת שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן ק, וצ"ע.

34 הקצות מתבסס בדבריו על דברי ספר הכריתות (חלק חמישי כללי מגו אות קפ) והמרדכי (בבא מציעא תטז). בניגוד לדבריהם, במאירי בכתובות יב, ב מבואר שהכלל מיגו להוציא לא אמרינן תקף גם ביחס למצב של ברי ושמא, שכן הוא מסביר שדין מיגו שהוזכר בסוגיה שם, ממנו דייקו הראשונים הנ"ל שכן אומרים מיגו להוציא בברי ושמא (שכן המקרה המדובר שם בסוגיה הוא של אישה הטוענת ברי ובעל הטוען שמא, ולטועת האישה יש מיגו), "לא נאמר אלא דרך דחייה ומשא ומתן של סוגיא", אך אינו נכון למסקנה, שכן "אין אומרינן מגו להוציא ממון על טענתו",

עולה כי לשיטת הקצות מעמד המוחזק נפגע כאשר הוא טוען שמא בלבד, לא רק כאשר יש כנגדו מרא קמא, אלא בכל מקרה, שהרי הדין שמיגו להוציא בכרי ושמא אמרינן קיים גם כאשר בעל המיגו לא ידוע כמרא קמא.

לסיכום מה שראינו בפרקים הקודמים, ניתן לומר כי בשאלה של מוחזקות בטענת שמא, נחלקו גם בעלי התוספות בכתובות ובבא מציעא, וגם ראשוני ספרד: לדעת רבנו יונה, הרמב"ן והר"ן תיתכן מוחזקות גם בטענת שמא, ולדעת הרשב"א והריטב"א נראה שהמוחזק מאבד ממעמדו המשפטי ללא טענה, וכשיטתם סובר גם 'קצות החושן'³⁵.

ננסה עתה לתת הסבר לתלות הקיימת – לשיטות מרכזיות בראשונים והפוסקים – בין המוחזקות לטענה, ומתוך כך נחזור ונסביר את מחלוקת האמוראים בדין ברי ושמא בה פתחנו, ואת שיטת הסוברים ש"ברי ושמא ברי עדיף", בהנחה ועדיפות זו אינה מבוססת על מישור הראיות והוכחות.

ח. שליטה ומוסר – הטענה כהצדקה מוסרית

נראה להסביר את תרומתה של הטענה לקביעת מעמדו של מי שהנכס ברשותו כמוחזק, לאור הרעיון שהוצע במאמרינו הקודמים ב"שרש ישי – משפט וצדקה", ובעיקר במאמר "שיטת הגאונים בדין חזקת ג' שנים – השליטה כיסוד הבעלות". שם הסברנו שההכרעה בדיני ממונות לטובתו של ה'מוחזק' מבוססת על כך שבדיני ממונות אנו מוצאים מרחבים בהם לשליטה הממשית ישנה השפעה על שאלת קביעת הבעלות, והלכות שונות נובעות לא רק מהכללים המשפטיים ההסכמיים והמוסריים, אלא גם מ'המציאות בשטח'. לעיתים, בהיעדר ראיות, הזיקה הממשית אל החפץ היא הקובעת את מושג הבעלות, או מגדירה זיקה ברמה מסוימת לחפץ הנחשבת כ'בעלות חלקית', בה מתחשבים כל עוד לא הוכח אחרת. בהקשר שלנו ניתן לומר שהמוחזקות אינה רק כלל משפטי המאפשר לנו להכריע בדין במקרה בו אין לנו ראיות מי הוא הבעלים, אלא היא עצמה מהווה זיקה וקשר אל החפץ, הגורם לנו להתייחס אל ה'מוחזק' כ'בעלים', במובן מסוים, לפחות כל עוד לא יוכח אחרת במישור המשפטי.

ולדעתו כלל זה נכון גם בכרי ושמא. נמצא אם כן שגם בעניין זה כבר נחלקו ראשונים, וגם מחלוקת זו עשויה להיות תלויה בנידון המרכזי של מאמרנו.

35 חשוב לציין: ייתכן מאוד שיש מקום לחלק בין המקרים השונים בהם מצאנו את המחלוקת, ואין הכרח לבחון כל נושא באופן זהה למשנהו, וכפי שכבר הצענו לעיל לחלק בין מחלוקות רבנו יונה והקצות לנידונים אחרים, וראו גם לעיל הערה 25 במה שכתבנו בדברי הרמב"ן בריש פרק חזקת הבתים. הנקודה המרכזית אותה באנו לחדד ולהעמיד במאמר זה היא זיקוק נקודת היסוד והתשתית של הדין, באופן בסיסי, ועל גביה ייתכנו חילוקים ודיוקים שונים, לפי פרטי הסוגיות והשיטות השונות.

"המוחזקות אינה הסיבה לכך שבית הדין יאפשר לנידון לזכות בחפץ ולהפוך להיות בעלים, אלא היא הבעלות (המסוימת) עצמה" (עמוד 19). במאמר שם הסברנו (עמוד 10) מדוע בחלק מהמקרים בהם השליטה והקשר הממשי אל החפץ גורמים לזכייה זמנית בדין מכח ה'בעלות המסוימת' הזו, יש תנאי שהזוכה גם יטען ברי:

ללא טענה בית הדין איננו מתייחס לזיקה הקיימת לטובת המחזיק מעצם החזקתו. זיקה זו הינה בעלת משמעות בעולם המשפטי הפורמאלי רק כאשר היא מגובה בטענה לפיה גם במישור המשפטי-פורמאלי המחזיק הוא הבעלים. בית הדין לא מכריע לטובת המחזיק בקרקע כאשר הוא עצמו לא מבסס את האפשרות המשפטית – וממילא גם המוסרית והצודקת – לפיה הוא זה שאמור לזכות בקרקע. רק האפשרות המשפטית שקיימת לטובת המחזיק מאפשרת לבית הדין 'לאשר' את הבעלות המבוססת על השליטה הטבעית.

נראה אם כן להסביר באופן דומה את דין 'מוחזק' בכללותו: בהיעדר ראיות, ההכרעה בתורת ודאי לטובת אחד הצדדים, מבוססת על היסוד של 'השליטה הטבעית'. כיוון שכך, אנו דורשים הצדקה מוסרית, לפחות מפיו של הזוכה, לזכייה זו, והצדקה זו מתקבלת כאשר הוא מסביר מדוע גם במישור המשפטי הוא זה שאמור לזכות בדין. כל עוד אין ראיות נגד טענותיו, יש אפשרות מבחינה מוסרית לקבל את הסיפור אותו הוא מספר ולאפשר לו להמשיך את שליטתו בנכס, ולזכות – כל עוד לא יוכח אחרת – בתורת ודאי. אולם נתינת אפשרות לזכייה ללא כל הצדקה, ללא כל סיפור – שגם עומד לביקורת ברגע שהוא מסופר – יוצרת פסיקה שנחשבת ללא מוסרית, ולא מוצדקת. אמנם, גם במצב כזה ההלכה היא ש"ברי ושמא – אוקי ממונא בחזקת מריה": כיוון שאין לנו ראיות הגורמות להעברת הנכס לצד השני, גם במצב כזה (לדעת חכמים) הכלל הוא "המוציא מחברו עליו הראיה", אך זכייה זו היא ב'תורת ספק' בלבד.

מעתה נראה להסביר את השיטה לפיה "ברי ושמא ברי עדיף", גם לפי השיטות שעדיפות טענת ברי אינה מבוססת על ראייה, וכפי שעלה מדברי הרמב"ן והמאירי שהבאנו בתחילת המאמר, ובלשונו של המאירי "שאיין טענת שמא טענה אצל טענת בריא". לשיטה זו מסתבר שבטענת שמא מאבד המחזיק את מוחזקותו, אך עובדה זו כשלעצמה לא מספיקה להסביר מדוע זוכה הטוען ברי, שהרי עדיין ניתן להשאיר את הנכס אצל הטוען שמא, בתורת ספק (וכפי שיהיה הדין ב'שמא ושמא'). אלא שבמצב כזה מתבררת גם עדיפותה של טענת ברי על פני טענת שמא, לא במישור הראיות, אלא במישור ההצדקה המוסרית: כאשר עומד לפנינו אדם היודע להסביר מדוע הוא זה שאמור לאמור לזכות בחפץ, וכנגדו עומד אדם שאינו יודע להסביר, בית הדין מעדיף – לשיטת אמוראים זו – להכריע את הדין על פי

הסיפור המצדיק את הכרעתו, מאשר להכריע הכרעה שאינה מבוססת בשום סיפור, וממילא, אין לה הצדקה מוסרית. על אף שייתכן והסיפור שמסופר על ידי התובע הוא שקרי, סוף סוף, כל עוד לא הוכח אחרת, בית הדין מעדיף להתייחס אליו כאמיתי ולהכריע את הדין באופן מבוסס ומנומק, מאשר להכריע הכרעה שרירותית שבמסגרתה הנכס נשאר במקרה אצל מי שהוא היה, כאשר אפילו הזוכה לא יודע לצדד בהצדקתה של הכרעה זו. במישור הזה אכן ברור "שאינן טענת שמא אצל טענת בריא"³⁶. אמנם להלכה אנו פוסקים שגם במצב זה "אוקי ממונא בחזקת מריה", והמחזיק זוכה בתורת ספק לכל הפחות, שכן למעשה ההלכה היא שאין בית הדין מתערבים ומוציאים ממון מחזקתו של אדם ללא ראייה (ואולי פעולה כזו עצמה תיחשב לפעולה לא מוסרית מצידם!), על אף העדיפות הקיימת במישור של 'ההצדקה המוסרית' לטובת הטוען ברי³⁷.

36 ניתן להציע הסבר נוסף לעדיפות העקרונית המוחלטת של טענת ברי על פני טענת שמא: ייתכן שבמצב בו צד אחד בדיון טוען והשני אינו טוען, בית הדין מתייחס אל המצב 'כאילו אין דיון', שהרי רק צד אחד טוען טענותיו, והשני 'כלל לא נמצא בדיון'. הדבר דומה למצב בו יהיה חפץ מסוים ברחוב, ואדם יטען על בעלותו, בלי שמישהו סותר את דבריו: ברור לכולם שאין מקום למנוע מאותו אדם לקחת את מה שהוא טוען שהוא שלו, שהרי אין מי שטוען כנגדו. להסבר זה, שיטת האמוראים הסוברת "ברי ושמא ברי עדיף" טוענת שעל אף שהצדדים נמצאים בבית הדין והטוען שמא הוא המחזיק בחפץ, המצב המשפטי דומה למצב המשפטי של אבידה ברחוב, ובית הדין 'נותנים' לטוען ברי לקחת את החפץ על פי טענתו.

37 יש לציין כאן לתופעה מעניינת: לפי המהלך המתבאר במאמר, הרמב"ן הוא אחד המקורות החשובים לכך שהסוברים "ברי ושמא ברי עדיף" מבססים זאת על אובדן המוחזקות בטענת שמא, ולא על מישור הראיות. זאת על אף שהרמב"ן עצמו, כפי שהתבאר במהלך המאמר, סבור כי המוחזקות לא בטלה בטענת שמא. משמעות הדברים היא שלדעת הרמב"ן, זו גופא מחלוקת האמוראים, וההלכה היא כמוכח כשיטה ש"ברי ושמא אוקי ממונא בחזקת מריה". מה שלדעת הרמב"ן הוא גופא מחלוקת האמוראים, נשאר מחלוקת שורשית בין ראשונים ואחרונים, כפי שמתבאר במאמר. תודתי נתונה לתלמידי אהד מס, שסייע רבות בעריכת המאמר והתקנתו לדפוס, שעוררני לנקודה זו. וראו לעיל הערה 19, המבוססת על הבחנה זו.

ט. סיכום

האמוראים נחלקו בדין 'ברי ושמא', האם "ברי עדיף" או "אוקי ממונא בחזקת מריה". להצעתנו, גם לשיטה שנפסקה להלכה, לפיה כל עוד אין ראיות הדין הוא "אוקי ממונא בחזקת מריה" (גם כאשר כנגד יש אדם הטוען ברי), ייתכן שהטוען שמא מאבד את מוחזקותו, וזוכה בדין בתורת ספק בלבד. ראינו שבשאלה זו נחלקו ראשונים ופוסקים הדנים בשאלה האם להעתיק את הכלל "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה", שמקורו בקרקעות, גם למטלטלין, דבר המשליך על מעמדו של קטן, שההלכה היא שטענתו אינה טענה. לשאלה זו ישנה השלכה גם לדיונים נוספים העולים בראשונים ובפוסקים: האם מצב של 'ברי ושמא' נחשב כמצב של 'דררא דממונא' בו לדעת סומכוס הדין הוא 'יחלוקו', ובמקרה זה אולי גם יהיה הדין 'ברי עדיף', שהרי לדעת סומכוס אין משמעות לחזקת ממון במקרה של 'דררא דממונא'; האם כללי דיני תפיסה ישתנו – גם לשיטת חכמים – במקרה של ברי ושמא (כפי שעולה מהדיוקים שדייקנו בדעת הרשב"א והריטב"א). ייתכן שגם השאלה האם שייך לומר 'מיגו בטענת שמא', בה נחלקו הראשונים, תלויה בחקירה זו, כמו גם הדין האם אומרים 'מיגו להוציא בברי ושמא'.

הצענו כי מעמדו של המוחזק מותנה בכך שהוא טוען טענת ברי, על פי ההנחה שהכרעה לטובת המוחזק מבוססת על כך שהוא בעל הקשר החזק ביותר אל החפץ, ומבחינה 'ממשית' יש לו זיקה מסוימת אליו, המחשיבה אותו כבעלים, כל עוד לא ידוע לנו אחרת מתוך ראיות וכללים משפטיים אחרים. כיוון שהכרעה זו מבוססת על מציאות טבעית של שליטה וקשר, ולא על כלל משפטי-הסכמי, יש צורך בהצדקה מוסרית על מנת שנוכל להכריע על פיו בתורת ודאי, והכרעה זו ניתנת לנו על ידי הטענה והסיפור שבאמצעותו מסביר המוחזק מדוע הוא אמור לזכות, וכל עוד אין סתירה לסיפורו, ניתן להכריע את הדין לטובתו על פי העובדה שהוא המוחזק.

לאור זאת הצענו ולפיו גם השיטה הגורסת כי "ברי ושמא – ברי עדיף" אינה מבוססת על מישור הראיות, אלא על עצם העדיפות שיש בטענת ברי על פני טענת שמא: זכייה מכח טענת ברי היא זכייה המבוססת על הצדקה מוסרית, שבה יש ביסוס הגיוני לפסיקה, על אף שהיא אינה מגובה בראיות והוכחות.

י. נספח: שיטת הש"ך בדין תפיסה בסוגיית 'מי שאבדה לו דרך שדהו'

במשנה במסכת כתובות (קט, ב) נחלקו התנאים במי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו:

מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, אדמון אומר: ילך לו בקצרה, וחכמים אומרים: יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר.

לדעת אדמון, כיוון שלאדם הייתה כאן בעבר דרך, כאשר הוא חוזר למקום מגוריו הוא יכול לקחת את הדרך הקצרה ביותר, שכן דרך כל שהיא ודאי הייתה לו. אולם לפי חכמים, כיוון שכעת האדם אינו יודע לברר היכן בדיוק עברה דרכו, הוא איבד את זכויותיו, ואפילו דרך קצרה אין לו. הגמרא מסבירה שהמקרה במשנה הוא באדם שהלך למדינת הים, וכשחזר התברר שאת שדהו הקיפו ארבע שדות שונות, ואין ידוע דרך איזה מהשדות עברה הדרך המקורית אל שדהו. מחלוקת אדמון וחכמים – למסקנת הגמרא – היא במקרה של "חד דאתי מכח ארבעה", דהיינו שבעבר ארבע השדות היו שייכים לאנשים שונים, וכעת כולן שייכות לאדם אחד שקנה מאותם ארבעה:

כי פליגי - בחד דאתי מכח ארבעה, אדמון סבר: מכל מקום דרכא אית לי גבך, ורבנן סברי: אי שתקת - שתקת, ואי לא - מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו.

לדעת אדמון, כיוון שברור שכעת ישנו חלק מסוים בתוך שטחו של המקיף, השייך לזה שהלך למדינת הים, הוא זכאי לדרוש לכל הפחות את הדרך הקצרה. לדעת חכמים, כיוון שהלה הגיע מכח ארבעה, וכל אחד מהארבעה היה יכול לדחות – גם לדעת אדמון – את זה שהלך למדינת הים בטענה שדרכו לא עוברת בשטח שלו, יכול גם הקונה מהם להמשיך ולטעון על זכותו הבלעדית בשטח המקיף את השדה. כך מסכם הרמב"ם (טוען ונטען טו, יא) הלכה זו:

וכן אם היו ארבע השדות לאיש אחד שקנה אותן מארבעה אין לו עליו דרך שהרי אומר לו עתה אם אחזיר לכל אחד שטרו אין אתה יכול לעבור על אחד מהן ואני קניתי מכל אחד מהן כל זכות שיש לו

זוהי אם כן פסיקת ההלכה, כחכמים, שגם ב'אחד שבא מכח ארבעה', אין האדם יכול לדרוש בחזרה את הדרך לשדהו. והנה, על דין זה הוסיף הרמב"ם:

ואם החזיק בדרך ואומר זו היא דרכי, אין מסלקין אותו ממנה אלא בראיה ברורה.

לדעת הרמב"ם, אם אותו מאבד מחזיק הלכה למעשה באחת הדרכים וטוען על בעלותו, אין מוציאים אותו מאותה הקרקע אלא בהוכחה ששטח זה לא שייך אליו. המפרשים נחלקו בביאור מקרה זה: לדעת המגיד משנה מדובר באדם שהחזיק ג' שנים בקרקע, וזוכה מכח

חזקת ג' שנים שבמשנה. לפירושו לא ברור מה החידוש שבהלכה זו. לעומתו, הכסף משנה פירש שהלכה זו נכונה גם כאשר לא החזיק ג' שנים, וכך נראה מפסק השולחן ערוך (קמח, ב, וראו שם בתוספת הרמ"א). אמנם גם לפירוש זה, נחלקו נושאי כלי השולחן ערוך על איזה מקרה בדיוק מוסבת ההלכה: לדעת הסמ"ע (שם ס"ק ה), הלכה זו מתייחסת דווקא למקרה בו השדות המקיפות את שדה המאבד שייכות לאדם אחד, והוא מעולם לא קנה אותן מארבעה בני אדם. דווקא במקרה כזה, בו ברור שיש למחזיק דרך בשטחו של המקיף, ההלכה היא ש"אם החזיק בדרך ואומר זו היא דרכי" הרי הוא זוכה בה, והחידוש בכך הוא שהלה זוכה בדרך בה הוא החזיק על אף שלא מדובר על הדרך הקצרה ביותר. לפי פירוש זה, המשפט שהוסיף הרמב"ם לא מתייחס למקרה בו נחלקו אדמון וחכמים, אלא למקרה בו שניהם מסכימים שהוא היה זכאי לאיזו שהיא דרך.

אולם, הש"ך (שם ס"ק ג) סובר שמשפט זה מתייחס גם למקרה בו חלקו חכמים ואדמון, המקרה של אחד שבא מכח ארבעה, שההלכה היא שאינם מחוייבים לתת לו דרך כל שהיא. הש"ך מסביר את ההיגיון בקביעה זו:

ולי נראה דקאי אכל הסימן [כולל המקרה של ארבעה שבאו מכח אחד, י.א.], ואפילו הכי לא בעי חזקת ג' שנים אלא כיון שזה מוחזק בו וטוען ברי ה"ל אינך מוציא, וכיון שטוענין שמא אינן יכולין להוציא אלא בראיה ברורה, כן נראה לי ברור [...]

לדעת הש"ך אם יתפוס המאבד דרך משטח אחת השדות, לא ניתן יהיה להוציא אותו מאותה הדרך על אף שאין לו ראיה שדרכו אכן עברה בשטחו של בעל השדה בתוכה הוא השתלט על הדרך. טעם הדבר: גם בעלי השדות המקיפים את שדה המאבד, אינם טוענים ברי אלא שמא, שהרי הם עצמם אינם יודעים היכן הייתה דרכו המקורית אל שדהו, וייתכן שהיא אכן עברה בתחום השייך להם כעת. כיוון שהלה טוען ברי, ובעל השדה שמא, מועילה תפיסתו כל עוד אין ראיה כנגדו. נתיבות המשפט (ביאורים סק"ג) דוחה בתוקף את דברי הש"ך:

לפי עניות דעתי נראה דהדין עם הסמ"ע, כיון דבשעה שנולד הדין ביניהם היו הן מוחזקין ולא היה יכול להוציא מהן, מטעם חזקת ממון, שוב אינו מועיל תפיסה בעדים. דאפילו במטלטלין שמועיל תפיסה אינו מועיל תפיסה באיני יודע אם נתחייבתי לך, ובודאי הוא הדין אם טוען על מטלטל ידוע שהוא שלו והלה מוחזק וטוען איני יודע לא מועיל תפיסה בברי ושמא, מכ"ש בקרקע דלא מועיל ביה תפיסה.

לדעת הנתיבות, לא יתכן שבמקרה כזה מועילה תפיסה של המאבד: על אף שבעל הקרקע טוען שמא, לא ייתכן שמועילה תפיסה – גם לסוברים שתפיסה בספק מועילה – במקרה של 'איני יודע אם התחייבתי' שהוא המקרה הקלאסי של 'ברי ושמא'.

נראה להסביר שמחלוקת הש"ך והנתיבות קשורה גם היא לשאלת המעמד המשפטי של הטוען שמא: לדעת הש"ך, בטענת שמא הופך המחזיק לתפוס בלבד, וזוכה בתורת ספק, וכשיטת הראשונים שגם כאשר זוכים מדין 'המוציא מחברו עליו הראיה', מועילה, במקרה של ספק, תפיסה בטענת ברי. ממילא, גם במקרה של קרקע, אם המרא קמא אינו יודע האם השטח הנידון שייך לו או לא, עשויה להועיל תפיסה. הנתיבות חולק, ולדעתו גם בטענת שמא נשאר המחזיק במעמדו המשפטי, ולא מועילה ממנו תפיסה.

ונראה שהנתיבות הולך בזה לשיטתו, וכבר עמד בעניין זה בספר 'שיעורי ר' שמואל' לריש פרק חזקת הבתים (אות ז, 'בענין חזקת מטלטלין אם צריכה טענה'). ר' שמואל מפנה לביאוריו של הנתיבות לסימן קמו (ס"ק יג) שם הוא מחלק בין קרקע למטלטלין בנוגע לשאלה האם יש צורך בטענה כדי להיות מוחזק, ונראה שהוא נוקט כשיטת רבינו יונה בריש פרק חזקת הבתים שהובאה בגוף המאמר. ואם כן, לשיטת הנתיבות המוחזקות אינה פוקעת גם בטענת שמא, וממילא אין מקום לומר שתועיל תפיסה במקרה של מי שאבדה דרך שדהו, כמו גם במקרים אחרים של 'ברי ושמא'. והנה, לאחר שר' שמואל מנגיד בין דברי הנתיבות לדברי קצות החושן בסימן קלג שהובאו לעיל, הוא מוסיף וכותב שגם הש"ך סובר כשיטת הקצות וחולק על הנתיבות. הש"ך בסימן קמו (ס"ק יא) מוכיח לגבי דין הקשור להגדרת טענה בקרקעות, מהמקובל במקרה מקביל בדין זה במטלטלין, וכך מביא ר' שמואל:

וכן משמע מהש"ך סי' קמ"ו ס"ק י"א, דמטלטלין צריכים טענה, דהש"ך שם הוכיח דלא צריך עדים שדר ביה חד יומא, ונאמן במיגו שהמוכר דר בה חד יומא, מהא דבטוען על כלי לקחתיו מפלוני דודאי נאמן אפי' כשאינו יודע בעדים שהיה הכלי ביד פלוני, ואי נימא דבמטלטלין אין צריך לדין טוענין כלל, א"כ אין ראה ממטלטלין, דהתם אין צריך לדין טוענין אלא ודאי דגם במטלטלין צריך חזקה שיש עמה טענה.

אם נניח שבמטלטלין אין צורך בטענה, אין מקום להוכיח ב'הלכות טענות' ממטלטלין לקרקעות, ומכאן שגם הש"ך סבור שיש צורך בטענה גם ביחס לחזקת מטלטלין.

נמצא שגם הש"ך וגם הנתיבות³⁸ הולכים לשיטתם בסוגיה עמוקה זו.