

# ממון המוטל בספק

הרב מרדכי פרנקו

ראשי פרקים:

פתיחה

שיטת הרשב"א

שיטת התוס'

שיטת הרא"ש

ביאור מחלוקת תוס' והרא"ש

בדין יחלוקו - וודאי או ספק?

בדין כל דאליים גבר - פסיקה או הסתלקות?

סיכום

## פתיחה

המשנה הפותחת את מסכת בבא מציעא (ב, א) עוסקת בדין ממון המוטל בספק, במקרה בו שנים או חזוין בטלית ומתווכחים למי שייכת: 'זה טוען אני מצאתיה וזה טוען אני מצאתיה או זה טוען כולה שלי וזה טוען כולה שלי'. והכרעת המשנה היא שיחלוקו בשבועה.

בסוגיות אחרות שעוסקות גם הן בממון המוטל בספק מצאנו הכרעות שונות מזו של משנתנו. במשנה בדף לז, א נאמר כי:

שנים שהפקידו אצל אחד, זה מנה וזה מאתים, זה אומר שלי מאתים וזה אומר שלי מאתים - נותן לזה מנה ולזה מנה, והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו. אמר רבי יוסי: אם כן מה הפסיד הרמאי? - אלא הכל יהא מונח עד שיבא אליהו. וכן שני כלים אחד יפה מנה ואחד יפה אלף זוז, זה אומר יפה שלי וזה אומר יפה שלי - נותן את הקטן לאחד מהן ומתוך הגדול נותן דמי קטן לשני, והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו. אמר רבי יוסי: אם כן מה הפסיד הרמאי? אלא הכל יהא מונח עד שיבא אליהו.

כלומר: נחלקו התנאים האם המנה השלישי המוטל בספק יהיה מונח אצל בעל הפקדון לבדו עד יבא אליהו ויתברר הספק (חכמים) או שמא הכל יהיה מונח כדי לגרום לרמאי להודות (ר' יוסי), אך בכל מקרה ההכרעה ההלכתית למקרה הספק היא: 'יהיה מונח עד שיבא אליהו' ולא חלוקת המנה.

בכבא בתרא לה, ב מובא המקרה של 'ההוא ארבא' – ספינה ששנים התווכחו ביניהם למי שייכת, והכרעת הגמרא היא ש'כל דאלים גבר' (כדא"ג), כלומר מי שידו תגבר - בין בכח ובין בראיות - יזכה בספינה.

אם כן, מצינו שלש הכרעות שונות בממון המוטל בספק – במשנתנו 'יחלוקו' בשבועה, בסוגיית מנה שלישי במשנה בדף לו 'יהא מונח עד שיבוא אליהו' ובכבא בתרא בסוגיית ההוא ארבא 'כל דאלים גבר'. השאלה אותה נרצה לברר היא ממה נובע חילוק זה? מתי יש להכריע כך ומתי אחרת?

נקדים ונאמר כי מצינו בראשונים שני כיוונים כלליים – יש ראשונים שתלו את הכרעת משנתנו בעובדה שהשניים מוחזקים בממון, וביארו כי ההכרעה תלויה במשמעות המוחזקות.<sup>1</sup> ויש ראשונים שניתקו בין דין המשנה לבין המוחזקות והסבירו את החלוקה באופנים שונים.<sup>2</sup> במאמר זה נבקש לעסוק בסיעה הראשונה, זו שתלתה את דין המשנה במוחזקות, ולנסות לברר מה משמעות המוחזקות, ומהם כללי ההכרעה בממון המוטל לכאורה בספק.

## שיטת הרשב"א

הנחלת דוד בביאורו בתחילת המסכת הציע בפשטות שהכל הולך אחר המוחזקות – בסוגיית שניים אוחזין בטלית, שני הצדדים אוחזים בטלית. מאחר ולכל אחד מן הצדדים יש אחיזה בחלק ממנה, ההכרעה היא יחלוקו בשבועה.<sup>3</sup> במנה שלישי המופקד אצל אחר, אף אחד מהצדדים לא מוחזק בו אלא הוא ביד השליש, ועל כן משאירים אותו בידי עד שנצליח לברר את האמת, ואילו בסוגיית ההוא ארבא, הספינה איננה ביד אף אחד, ועל כן הדין הוא 'כל דאלים גבר' – הראשון שיחזיקה יזכה בה. וז"ל:

והנה לכאורה היה עולה על הדעת לומר דלא קשה מידי, דבמתניתין דתרווייהו אוחזין בו לכך אין לנו לומר דנוציא החפץ מידם ויהא מונח או דנפסוק להם כל דאלים גבר ויהא האחד גוזל מה שביד חבירו, לכך שפיר פסקינן שיחלוקו, משא"כ במנה דאין אוחזין בו

1 דבריהם יפורטו לקמן.

2 ריב"א בתוס' בבא בתרא לה, ב, רמב"ן בסוגיין בשם י"א, וכך עולה מדברי הרי"ף (א, ב בדפיו) ביחס לנאמנות בעל המקח (א, ב בדפיו), ויש שהבינו כך גם את פסיקת הרמב"ם – מכירה פ"כ ה"ה, טוען ונטען פ"ט ה"ו, וע"ע בדבריו בפירושו המשנה ואכמ"ל.

3 הגמרא תברר בהמשך (ב, ב; ג, א; ה, ב) מה תפקידה של השבועה, ומדוע לא פשוט חולקים, עיי"ש.

רק שהוא ביד שלישי לכך אמרינן דיהא מונח תחת יד השלישי, אבל בארנא דאין אוזוין וגם אינו ביד השלישי לכך פסקינן שפיר כל דאלים גבר, וזה היה נכון מאוד בסברא דכל היכא דהוי החפץ תיקום אדוכתיה.

כלומר: העקרון הוא שכאשר יש לנו ספק איננו יכולים להוציא את הממון (או החפץ) מיד המוחזק, אלא משאירים אותו במקומו עד שיתברר. הפתרון המוצע בכל מקרה איננו הכרעה מבררת אלא השארת המצב על כנו.

אולם הנחלת דוד מיד דחה אפשרות זו, מכיוון שהגמרא<sup>4</sup> מעמתת בין ההכרעות השונות במשנתנו לבין משנת המנה השלישי, ולא מחלקת כדבריו, בין ממון מוחזק לממון שאינו מוחזק, אלא מציעה חילוקים אחרים – כאן יכולה הטלית להיות של שניהם (אם הגביהו יחד) וכאן המנה השלישי וודאי רק של אחד, או שבסוגיית שנים אוזוין אין וודאי רמאי (משום שכל אחד משוכנע שהגביה ראשון) ואילו במנה שלישי יש אחד שמרמה בוודאות, ועל כן נקנוס ונניח המנה, עיי"ש. אשר על כן, מסתבר שלא המוחזקות היא הקריטריון להכרעות השונות. אמנם, הרשב"א בריש מסכתין (ב,א ד"ה 'וזה ישבע') מביא את דברי רבינו חננאל אשר ביאר את משנתנו כפי שהציע הנחלת דוד, וז"ל:

וזה ישבע שאין לך בה פחות מחציה ויחלוק, קשיא לך מ"ש מזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי דאמר רב נחמן עלה בפרק חזקת הבתים כל דאלים גבר ואסיקנא טעמא התם משום דלית בה דררא דממונא למר ולמר והכא נמי ליכא דררא דממונא למר ולמר. ותירץ רבינו חננאל ז"ל דשאני הכא משום דתפיסי, וכדאמרינן בגמ' מאחר שזה תופס ועומד וזה תופס ועומד שבועה זו למה, ואמרי' נמי אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא, אלמא תפיסה מהניא כאלו נחלקה הילכך יחלוק, ולא עוד אלא דדייקינן עלה בגמ' שבועה זו למה, אבל התם דלא תפסי לה וכן נמי בההיא ארנא דהו מינצו עלה בי תרי דהתם כגון דקיימא בסימטא הילכך כל דאלים גבר.

ואת קושיית הנחלת דוד מדף ג תירץ הרשב"א בהמשך דבריו:

ולחאי תירוצא הא דאקשינן בגמ' בסמוך לימא מתני' דלא כר' יוסי דאמר א"כ מה הפסיד הרמאי ואקשינן נמי לרבנן דר' יוסי והא מתני' כשאר דמיא וכו' דלדבריהם הוה לך למימר במתני' יהא מונח עד שיבוא אליהו כההיא דשנים שהפקידו אצל אחד ואף

על גב דהתם לא תפסי לה, איכא למימר ההוא מקשה [ס"ל] דיד שלישי שתפוס מחמת שניהם כיד שניהם.

כלומר, המקשן בדרך ג החשיב את יד השלישי כיד שניהם, ועל כן השווה את שני המקרים (של שנים אוחזים בטלית ומנה שלישי) זה לזה,<sup>5</sup> ובשניהם נחשבים בעלי הדין כמוחזקים. אולם זו דעת המקשן בלבד. לדעת ר' יוחנן שהלכה כמותו, אי אפשר להבין כך, שהרי תירוץ הגמרא לקושיה זו הוא לחלק בין מקרה שיש בו וודאי רמאי למקרה שאין בו וודאי רמאי. ואילו לקמן (ה, ב) שאלה הגמרא: 'וכי מאחר שזה תפוס וזה תפוס – שבועה זו למה?' ותירץ ר' יוחנן: 'שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חברו'. לפי הסבר זה, משנתנו עוסקת גם בגולן שהוא וודאי רמאי, ובכל זאת הכרעת המשנה היא שיחלוקו. ועל כרחק יש לחלק בין משנתנו שבה שניהם מוחזקים, לבין דין המנה השלישי שבו אינם מוחזקים (עפ"י דברי הרשב"א ג, א ד"ה 'אפילו תימא ר' יוסי').

הרשב"א אף טוען שם שגם הרי"ף למד שזו מחלוקת אמוראים שכן הביא להלכה את דברי המשנה ואת דברי ר' יוחנן והשמיט את הסוגיא בדרך ג.<sup>6</sup>

הקושי בביאור זה הוא, שלא נראה ממבנה הגמרא שישנה מחלוקת אמוראים בין דברי ר' יוחנן לדברי המקשן והתוצאה בדרך ג, שהרי הגמרא אינה מעמתת ביניהם, ובפשטות נראה כי הם אינם חולקים זה על זה. זו כנראה הסיבה שהראשונים בחרו לחלק בצורת שונות, וכדלקמן.

## שיטת התוספות

תוס' (ב, א ד"ה 'זיחלוקו') מחלקים בין משנתנו לבין סוגיית ההוא ארבא – כאן השנים מוחזקים בטלית וע"כ זה נחשב כאילו לכל אחד מהם יש חצי מהטלית, וכלשון תוס': "אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא", וע"כ ההכרעה היא יחלוקו בשבועה. משא"כ בההיא ארבא, שם אף אחד לא מוחזק בספינה.

אך אם ההבדל הוא במוחזקות, מדוע הקשתה הגמרא בדרך ג מדין מנה שלישי על משנתנו, הרי בנדון זה לכאורה אין מוחזקות של הצדדים במנה השלישי? מבארים תוס' כי מכיוון שהנפקד

5 בביאור דבר זה שנחשב כיד שניהם נרחיב בעז"ה לקמן בשיטת התוס'.

6 אין הכוונה שהרי"ף מבאר כמותו את ההכרעה בדין ממון המוטל בספק, שכן הרי"ף מבאר את דין המשנה גם במקרה שבו הטלית ביד המוכר והשנים אינם מוחזקים, כנוכר לעיל בהערה 2. אלא כוונתו, שהרי"ף סובר גם כן שישנה מחלוקת בין ר' יוחנן לבין המקשן בדרך ג.

תופס בחזקת שניהם – הרי זה כאילו הם עצמם מוחזקים בכך? והסיבה שלא אומרים שם יחלוקו אלא שיהא המנה השלישי מונח היא כדברי הגמרא, שבדין מנה שלישי החלוקה לא יכולה להיות אמת, כי בוודאות המנה שייך רק לאחד מהם, משא"כ בטלית – שיתכן שהרימוה ביחד ואכן היא של שניהם, או שאחד הקנה חצי ממנה לחברו, ואם כן, הכרעת יחלוקו יכולה להיות אמיתית.

תוס' מוסיפים כי זו הסברה גם במקרה של שנים אדוקים בשטר (דף ז, א), גם שם החלוקה יכולה להיות אמיתית במקרה שהאחד הקנה לשני חצי מהשטר. ואפילו במקרה ששניים מתווכחים על טלית כשזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה – גם אז מכריעים תוס' (ב, ב ד"ה 'אי') שיחלוקו. ומבאר המהר"ם כי גם שם החלוקה יכולה להיות אמת במקרה שאחד הקנה חצי מהטלית לחברו. במנה שלישי, לעומת זאת, מציאות זו אינה אפשרית משום שאין דרך להקנות חצי ממנה שלא נמצא כעת בידיך (תוס' 'ויחלוקו').

העולה מדברי תוס' הוא, שכדי להכריע שיחלוקו בשבועה בדין ממון המוטל בספק צריכים להתקיים שני תנאים: האחד, שני הטוענים מוחזקים באופן שווה (מה שלא קיים בארבא), והשני, שהחלוקה יכולה להיות אמת (מה שלא קיים במנה שלישי). כלומר: יחלוקו זו הכרעה של בית הדין, ולא רק השארת המצב על כנו בלית ברירה. כדי להכריע באופן זה נדרשת היתכנות ריאלית לכך שהכרעה זו אכן תהיה אמיתית.

הקושי בביאור זה כפול:

ראשית, זהו חידוש להגדירם כמוחזקים במנה השלישי כאשר הוא אצל השומר. ובנוסף, ההבחנה בין זה אומר ארגתיה וזה אומר ארגתיה, שאז החלוקה יכולה להיות אמת שמא הקנה לו חצי, לבין מנה שלישי, שם אין דרך להקנות כשהמנה ביד אחר, היא קלושה ולא הכרחית.

## שיטת הרא"ש

הרא"ש (בבא מציעא, סימן א) מחלק גם הוא בין משנתנו בה שני הטוענים מוחזקים, לבין ההוא ארבא בה אינם מוחזקים, אולם מנמק זאת בצורה קצת שונה, ואלו דבריו:

7 הקשו האחרונים – הרי השומר תופס עבור זה שהפקיד אצלו את המנה ולא עבור שניהם! ותירץ הקהלות יעקב (בבא מציעא, סימן א) שמדובר כאשר הפקידו שניהם יחד, כדברי הגמרא בדף לו, א וע"כ נחשב כשומר עבור שניהם. בחידושי ר' נחום (בבא מציעא, אות ט) ביאר, שמכיוון שאינו יודע עבור מי שומר, ממילא הוא שומר בפועל עבור שניהם. וראה עוד ריטב"א דף ג, א ד"ה 'נימא'.

דכיון דשניהם באים לפנינו מוחזקים בגוף הטלית אנו צריכין לפסוק להו דין חלוקה. דכל דבר שאנו רואין ביד אדם חשבינן ליה שהוא שלו אף על פי שאחר מערער ואומר שלי הוא. כדאמרינן גבי נסכא דר' אבא (בבא בתרא לג ב) דחשבינן ליה גזלן אף על גב דאמר דידי חטפי הלכך אי אפשר לפסוק כאן דין כל דאלים גבר כדאמרינן פרק חזקת הבתים (דף לד ב) גבי ארבא האי אומר דידי היא והאי אומר דידי וכן זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי. 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.

כלומר: הרא"ש מסביר שאי אפשר לפסוק בשניים אוחזים כל דאלים גבר (כדא"ג) מאחר שכאשר אדם מחזיק ממון בית הדין רואה זאת כממון שלו, ואם כן, בית הדין לא יכול להורות לאוחזים לקחת לאחד מיד השני, משום שאי אפשר להוציא ממון מייד המחזיק בלי ראייה ברורה. זו היא גם כן הסיבה שפוסקים יחלוקו גם כשיש וודאי רמאי, כגון 'בוה אומר ארגתיה וזה אומר ארגתיה'.

אולם בהוא ארבא כאשר הטוענים אינם מוחזקים – הכרעת 'כל דאלים גבר' עדיפה מחלוקה משתי סיבות: האחת, שמא בחלוקה יגרמו בית הדין להפסד שלא כדין, והשניה, שיש סברא חזקה לומר כי בדרך של כדא"ג האמת תצא לאור, וכדברי הרא"ש (שם):

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 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 גזול מה שביד חברו. הלכך אנו צריכין לפסוק להן דין חלוקה.

הרא"ש מקבל את דברי תוס' כי בדין מנה שלישי, המנה נחשב מוחזק ביד שניהם. מדוע, אם כן, במנה שלישי הדין שונה מדין שניים אוחזין בטלית? מבאר הרא"ש כי שם: "ידוע לנפקד קודם שנודע מחלוקתן שאינו של שניהם". כלומר: בנידון הטלית, הספק נוצר מעצם החזקתם המשותפת עוד קודם לטענותיהם, אולם במנה השלישי, כבר לפני שטענו היה ברור לנפקד שהמנה שייך רק לאחד מהם, וע"כ המציאות מורה אחרת מדין יחלוקו, ולכן אי אפשר לחלק את המנה, אלא להשאיר את המצב על כנו עד שיתברר.

הצד השווה בין דברי הרא"ש והתוס' הוא ששניהם מחלקים בין מקרה שבו הטוענים מוחזקים בממון או בחפץ, לבין מקרה שבו הם אינם מוחזקים. השונה הוא ביחס לדין מנה שלישי - תוס' מוסיפים תנאי נוסף והוא שהחלוקה יכולה להיות אמיתית, ועל כן במנה שלישי אינם חולקים. לעומת זאת, הרא"ש מציע קריטריון אחר ואומר שרק אם הספק נולד במציאות קודם לדבריהם, חולקים.

הבדל נוסף הוא הצורה שבה הראשונים מנמקים את חלוקת הדין בין משנתנו לבין 'ההוא ארבא' - מדברי הרא"ש נראה שעדיף היה להכריע כדא"ג, אולם אי אפשר להכריע כך כאשר שניים אחוזים בטלית כי זה עלול להיות גזל, בעוד שמדברי תוס' נראה שההכרעה המועדפת היא יחלוקו, 'דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא'.

## ביאור מחלוקת תוספות והרא"ש

ניתן לבאר את יסוד מחלוקת הראשונים בשתי דרכים:

### 1. בדין יחלוקו - וודאי או ספק?

יש מקום לדון האם הכרעת יחלוקו היא מדין וודאי או מדין ספק? האם יש כאן בירור שאכן הטלית של שניהם או שמא מכיוון שאין אנו יודעים של מי היא, אנו משאירים המצב על כנו ומחלקים בין שניהם? הגר"ש רוזובסקי חילק בשיעורים (בבא מציעא, ד) בין דין הממע"ה (המוציא מחברו עליו הראיה) שבו מספק אין מוציאים מידי מוחזק, שהוא דין הנהגה בספקות, לבין 'חזקה מה שתחת יד אדם שלו' שהיא ראייה והוכחה שמה שמחזיק האדם אכן שלו כי 'אחזוקי איניש בגזלנא לא מחזיקינן'. ר' שמואל חקר האם הכרעת משנתנו - יחלוקו, היא מדין הממע"ה, כלומר, משאירים את הטלית אצל המחזיקים כי מחמת הספק אי אפשר להוציאה מידיהם, או שמא זו הכרעה וודאית כי חזקה שמה שאדם מחזיק הוא שלו.

ר' שמואל תולה בחקירה זו את מחלוקת תוס' והרא"ש. תוס' אמרו 'דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא' - משמע כי החלוקה הינה הכרעה מדין וודאי. ואילו מדברי הרא"ש משמע שזו הכרעה מסופקת, איננו מכריעים לחלק כי כך מורה המציאות, אלא בגלל שהטוענים מוחזקים בטלית. מוחזקות זו מונעת מאיתנו לומר כדא"ג מחשש גזל.<sup>8</sup>

8 הקהלות יעקב (סימן א) ביאר הפוך את שיטת הרא"ש - לדבריו, הרא"ש הוא זה שסובר שזה מדין וודאי, עיי"ש, אך

אלא שר' שמואל נשאר בצ"ע בשיטת תוס' מחמת דין מנה שלישי, שהרי שם, גם אם נאמר שבגלל שהנפקד שומר את המנה עבורם נחשבים הם כמוחזקים, וודאי אי אפשר לומר שישנה סברא המבררת שאכן מנה זה שייך לשניהם.

נראה לבאר כדברי הקובץ שיעורים (בבא בתרא קנג), שביאר כי אין כוונת 'חזקה מה שתחת יד אדם שלו' שאכן ישנה ראייה ברורה שהמחזיק הוא הבעלים של החפץ. אלא שזהו דין התורה שמי שמחזיק חפץ נחשב כבעלים וודאי של החפץ, בדומה לחזקה באיסורים אשר מגדירה את דין הנידון. ומבאר שהדבר נובע מסברא: "דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שכל אחד יחטוף מחבירו ויאמר שלי הוא ומלאה כל הארץ חמס, וכתוב דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום". באותו אופן ניתן להסביר גם בנידון דידן - אין כוונת תוס' שהחלוקה יוצרת בירור וודאי מי הבעלים, אלא שהכרעת יחלוקו היא מדין וודאי של חזקה - מה שתחת יד אדם שלו, בעוד הרא"ש סובר שזו הכרעה מחמת הספק, וכדלעיל.<sup>9</sup>

ר' נחום בחידושו (בבא מציעא, טו) מסביר לאור כך את ההבדל בין תוס' לרא"ש ביחס לחילוק בין דין שניים אוחזים בטלית לדין מנה שלישי. תוס' הסבירו כי כאשר שניים אוחזים בטלית החלוקה יכולה להיות אמיתית, שמא הגביהו יחד או שאחד הקנה לחברו חצי טלית, ואילו במנה שלישי היא אינה יכולה להיות אמת. לעומת זאת, הרא"ש לא קיבל חילוק זה אלא ביאר כי בשניים אוחזים בטלית, הטלית היתה ביד שניהם קודם לטענותיהם, כלומר, הספק נולד קודם הטענות. ואילו במנה השלישי קודם שנולד הספק ע"י דבריהם הנפקד החזיק את המנה עבור זה שנתן לו.

ר' נחום מבאר כי לשיטת תוס', יחלוקו זו הכרעת וודאי, ומכיוון שכך, כל זמן שלא מוכח אחרת – אמרינן יחלוקו על סמך זה. די לנו באפשרות קלושה כדי לילך בתר החזקה, ורק כשזה בלתי אפשרי מכריעים אחרת. לפי זה יוצא כי עיקר ההכרעה לשיטה זו היא על סמך החזקה.

לעומת זאת, לרא"ש, אשר מבין שיחלוקו זו הכרעת ספק, לא די באפשרות קלושה כזו, שכן גם 'יהא מונח ביד שלישי' זו הכרעה מדין ספק, והאפשרות הקלושה לא מספיק חזקה כדי להעדיף את הכרעת יחלוקו. וע"כ, רק כאשר הספק נולד קודם לדבריהם, שאז יש בסיס חזק יותר להשאיר ביד שניהם – פוסקים יחלוקו.

<sup>9</sup> לענין לשון הרא"ש נוטה יותר לדברי ר' שמואל.

9 תוס' 'ההוא ארבא' בבא בתרא לה, ב מביא את שיטת ר"ת שנראית כשיטת הרא"ש כאן ולא כשיטת תוס' דמבאר ג"כ שא"א לומר כדא"ג כי 'אין לנו להניח שיגול האחד מחבירו', עיי"ש.



## 2. בדין כל דאלים גבר – פסיקה או הסתלקות?

נראה לבאר את מחלוקתם בדרך נוספת (שאינה חולקת בהכרח על הראשונה אלא מצטרפת אליה), והיא דרך הבנת דין כל דאלים גבר. דהנה יש לדון, האם זו פסיקה של בית הדין או שמא הסתלקות מהמקרה? האם בית הדין מכריע שמי שידו תגבר יזכה בחפץ, או שמא מכיוון שאין לבית הדין יכולת הכרעה בספק, הוא 'מסתלק' ומותיר לשני הצדדים 'לריב' על הממון המסופק?

הרשב"ם (בבא בתרא לה, א ד"ה 'התם') אומר: "הלכך אין בית דין נזקקים להם לדון דין... אלא מניחים אותם וכל דאלים גבר עד שיבואו עדים ויבררו הדבר". משמע מלשונו שבית דין מסתלקים מן העניין ומותירים זאת ביד בעלי הדין.

יתכן שבזה נחלקו תוס' והרא"ש:

תוס' הבינו כרשב"ם, שכדא"ג זו הסתלקות של בית הדין מהמקרה, ועל כן, כל זמן שניתן להכריע על סמך המוחזקות וודאי עדיף להכריע שיחלוקו. אך כאשר אין אפשרות להכרעה – הרי שבית הדין מסתלקים ולא מכריעים. ובנידון של שניים או חזים בטלית יש יכולת הכרעה ואפילו מדין וודאי כנאמר קודם לכן, ועל כן עדיף לפסוק שיחלוקו.

הרא"ש, לעומת זאת, ראה את דין כדא"ג כפסיקה של בית הדין ולא כהסתלקות, כפי שנימק בהרחבה. זו הדרך הטובה ביותר להגיע לדין אמת, שכן מסתבר שלבעל החפץ תהיה מוטיבציה גבוהה יותר לזכות בשלו, ומסתבר שתהיה לו גם את היכולת לברר טוב יותר כי החפץ אכן שייך לו. אמנם, חשוב לסייג – אין תפיסת האחד מהווה ראייה מוחלטת כי החפץ אכן שלו. ולכן הרא"ש בתשובה (סימן עז) אומר כי כאשר בית הדין פסק כדא"ג ואחד גבר על חברו, יכול חברו להשביע את התופס, ולא יכול הלה לטעון שבית הדין פסק שהחפץ יהיה שייך לגמרי למי שיתפוס.<sup>10</sup> זו פשוט הוראת בית הדין כדי להגיע לאמת בדרך הטובה ביותר.

הבנה זו עולה גם ממחלוקת נוספת בין תוס' לרא"ש בדין כדא"ג.

מה יהיה הדין אם לאחר שגברה יד האחד והוא החזיק בספינה, יבוא השני ויוציאה מידו – האם תועיל תפיסת השני מהראשון ובית הדין יותיר את הספינה בידו, או שמא לאחר שגברה יד האחד, הוחלט הדין ואי אפשר עוד לשנותו?

10 ועיין בהרחבה בשיטת הרא"ש במאמרו של הרב אייל ורד 'דין כל דאלים גבר לפי שיטת הרא"ש', קול ברמה ה, תשנ"א.

תוס' (בבא מציעא ו, א ד"ה והא הכא) אומרים שתפיסת השני מועילה להוציא מהראשון ולהעביר את החפץ לבעלותו<sup>11</sup> ואילו הרא"ש (בבא בתרא פ"ג, כב) פוסק במפורש שלאחר תפיסת האחד אי אפשר להוציאה מידו ותפיסת השני לא תועיל, וז"ל:

האי כל דאלים גבר דינא הוא דכל מי שגבר ידו בפעם ראשונה הוא שלו עד שיביא חבירו ראייה וכל זמן שלא יביא ראייה אף אם תגבר ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מיניה דלא מיסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת היום יגבר זה ומחר חבירו אלא חכמים פסקו כל דאלים בפעם הזאת גבר וסמכו על זה דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו ממה שימסור האחר לגזול ועוד יאמר מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראייה ויוציאנה מידי.

רואים בדבריו במפורש כי כדא"ג היא תקנה אקטיבית של חכמים ולא הסתלקות מן הדין, ועל כן היא צריכה לסיים את האירוע ולא לאפשר לו להימשך במריבה.<sup>12</sup> תוס', לעומת זאת, רואים פסיקה זו כהסתלקות של בית הדין, וממילא נותר הדבר ביד שני הצדדים ונמשך הוא עד שתגבר יד האחד באופן סופי.<sup>13</sup>

וא"כ, גם בשניים אוחזים בטלית – הרא"ש מעדיף את פתרון כדא"ג משום שהוא הפתרון המועדף כדי להגיע לחקר האמת, אלא שלא ניתן ליישמו כאשר האחד מוחזק. בית הדין לא יכול להורות להוציא מיד מוחזק, שמא יהיה כאן גזל (וכאמור זו פסיקה של בית דין ולא הסתלקות, ולכן אין הם יכולים לאפשר סיכוי של גזל), ועל כן אין ברירה אלא לפסוק יחלוק, שכאמור לעיל, זו לא הכרעה אלא השארת המצב על כנו מחמת הספק.

לתוס', לעומת זאת, בית דין מכריעים במקום שבו יש להם יכולת הכרעה, כדוגמת המקרה של שניים אוחזים בטלית, שבו אנן סהדי שמה שביד כל אחד אכן שייך לו. ממילא חלוקה היא פסיקה אפשרית. אולם כאשר אין אפשרות להכריע – בית הדין מסתלק ולא מתערב.<sup>14</sup>

11 לאור הנחה זו מבארים שם את ספק הגמרא במקרה שהקדיש האחד את הטלית בעת ששניהם אוחזים בה. וראה שם את ביאור תוס' הרא"ש (ו, ב ד"ה בעי מיניה) שמבאר אחרת את הספק לאור שיטתו, שאין השני יכול להוציא את הטלית מהראשון לאחר שתפס.

12 וכך פסק המחבר בחושן משפט קל"ט, א.

13 הש"ך שם סק"ב הביא סיעת ראשונים הסוברת כתוס', והכריע דלא ניתן להוציא מיד התופס השני מאחר שזו מחלוקת ראשונים, ובפרט שרוב הראשונים סוברים כתוס' לדבריו.

14 אמנם, גם כאן יש הסתייגויות כפי שאומרת הגמרא בבבא בתרא לה, א במקרים שיש דררא דממונא או דליכא למיקם עליה דמילתא, עיי"ש ואכמ"ל.

אם דברינו נכונים, הרי שעולה מכאן הבדל עקרוני נוסף ביחס למעורבותו של בית הדין – לדעת הרא"ש, בית הדין חותר להתערבות והכרעה אקטיבית בכל מקרה אלא אם כן אין לו ברירה והוא מוכרח להתפשר. וכפי שמפורש בתשובתו (כלל קז סימן ו):

כל זה סברתי והארכתי להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת ופעמים על דרך פשרה.<sup>15</sup> ואילו לדעת תוס' בית הדין יכריע רק כאשר יש לו מספיק כלים ונתונים לפשוט את הספק, ובמקרה שלא – הוא נסוג ומותיר את המצב על כנו, והמציאות כבר תורה דרכה.

## סיכום

המכנה המשותף לשלושת שיטות הראשונים שהובאו הוא שכולם סוברים כי הבסיס להכרעת הדין 'חלוקו בשבועה' במשנתנו הוא העובדה ששני הצדדים מוחזקים בטלית. אולם כל אחד מבאר זאת בצורה שונה:

ר"ח המובא ברשב"א סובר כי זה הוא הבסיס לכל המקרים של ממון המוטל בספק בהם דנו, ובעצם אין כאן הכרעה מבררת אלא השארת הממון במקומו כל זמן שלא התברר אחרת.

הרא"ש רואה בהכרעת 'חלוקו במשנתנו' הכרעה מאולצת' בלית ברירה. אי אפשר להכריע בדרך מבררת כגון כדא"ג, ועל כן משאירים את המצב על כנו. בית דין תמיד יעדיפו 'לחתור להכרעה' אך כאן אין בידם אפשרות שכזאת. גם לדבריו יחלוקו איננה הכרעה מבררת.

לעומתם, תוס' רואים בחזקה דבר מברר – 'אנן סהדי' שהממון שמחזיק אדם הוא שלו ובלבד שיש היתכנות מציאותית שכזו, ועל כן מעדיפים הכרעה זו על פני 'כדא"ג', שלשיטתם זו הסתלקות של בית דין ולא הכרעה.