

מאורות תורת המשפט

תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

כ"ז מרחשון תשע"ה נשלח חינם מידי שבועיים, להצטרפות: meorothamishpat@gmail.com גליון מספר 8

החפץ שלי או שלך

המקרים

- א. בשמחת תורה הסיר אברך טרי את טליתו והניחה על אדן החלון, ומשביקש לקחתה בחזרה, נוכח שיהודי מבוגר מגביהה עימו, ומבקש להתעטף בה. בירור קצר העלה, ששניהם הניחו את טליתם על אדן החלון, וסבור כל אחד כי טלית זו הינה שלו, שכן המבוגר הסביר שרכש לימים הנוראים טלית חדשה. השניים ניסו למצוא סימנים להוכיח את בעלותם, אך לא היה שום פרט מזהה. החליט האברך למחול למבוגר להתעטף בטלית משום כבודו, אך נמנו וגמרו לברר למי שייכת הטלית.
- ב. שני חיילים שמו בתא המטען של האוטובוס מערכת סטריאו זהה, ומחמת טלטולי הדרך, נשענה מערכת אחת על דופן התא, ומשפתחו את התא, נפלה המערכת וניזוקה. כל אחד מהחיילים ריחם על חברו שמערכתו ניזוקה, והיה בטוח כי שלו נותרה שלימה בפנים. ובאו לברר מה לעשות.

תשובה

- א. אם היו עדים ששניהם תופסים את קצוות הטלית ואחד הניח לשני להתעטף, אזי עליהם להתחלק בשווה בטלית, יקבל אחד מהם את הטלית וישלם לשני את שווי מחציתו.
- ברם אם לא היו עדים על אחיזת שניהם בטלית, לא נוכל להוציא מידי היהודי המבוגר שטוען לבעלות.
- ב. כל עוד לא נטל אחד החיילים את המערכת אליו, אם טוען כל אחד בוודאות שהמערכת שלו – דינם ש'כל דאלים גבר', ומי שיטלנה, יזכה בה.
- אולם אם כבר נטל אחד החיילים את המערכת אליו – אם לא היו עדים שנטלה, לא יוכל להוציא ממנו, אף שטוען שמא.
- ג. נמצאנו למדים שכל חפץ, בגד, מאכל שנמצא בארון או בחדר של שותפים⁶⁰, ללא כל סימן זיהוי (אם אחד יודע לזהות, הינו ברי, ומוציא משמא אף כשאוחזין שניהם), השותפים שטוענים לבעלות עליו – יחלקו בו.
- ואם נמצא הארון, המקרר במקום ציבורי – הראשון מהם שיטלנו, זכה (כשאינו סימן זיהוי כלל. שכן יתכן והשני ידע לזהות על פי שפשוף או חריץ שמודע לו, או שהניחו בתנוחה ובקומה מסויימת, או שיודע לזהות על פי הכמות שאכל וצרף).

נמוקי הדין

שאלות מעין אלו מצויות תדיר בפריטים בעלי ערך נמוך שלא מקפידים עליהם בדרך כלל, ונוהגים לוותר מחמת הספק, כגון מכשירי כתיבה שנמצאו במשרד או בכיתה כשאינו בהם סימון אישי, מטרתם ופריטי לבוש זהים שמוצאים לאחר מפגש משותף עם מכרים, וכן במאכלים שבאריזות מסחריות שמניחים במקרר הפנימייה או בית חולים ולא יודעים לזהות בוודאות של מי הם. נברר בגיליון זה את שורת הדין במציאותיות אלו.

תפקיד התפיסה המשותפת בחפץ המסופק

שנינו במשנה הפותחת את בבא מציעא: 'שנים אוחזין בטלית, זה אומר אני מצאתיה, וזה אומר אני מצאתיה. זה אומר כולה שלי, וזה אומר כולה שלי. זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה, וזה ישבע שאין לו בה פחות מחציה, ויחלוקו'. לא התבאר במשנה אם 'יחלוקו' כדרך פשרה, או שכך הדין שזכאי כל אחד לחצי מדינא (בר"ן בדף ו. נראה שזהו ספק הגמ' שם: 'אלמא שאנו תופסין אותה כאלו היתה מתחילה בודאי חציה של זה וחציה של זה... אבל אם תמצא לומר דתקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו, אלמא שאין אנו תופסין טלית זו בתחילה כאלו היתה בודאי של שניהם').

⁶⁰ לנתי"מ בס"י רס סק"ט שפיר הוא. ואף לקצוה"ח שם סק"א שלא מהני לקנות מציאה בחצר שותפים, אך לאחוז ולהחשב מוחזק מסתבר שוודאי מהני, כפי שכתב לגבי שקנו בשותפות בס"י קעו סק"א.

יש לעיין בביאור משנה זו, מה תורמת אחיזתם בטלית, מדוע לא העמידו שנים טוענים שהספינה בים או פרה באגם הינה שלהם. הרי שברור שלאחיזתם יש משקל חשוב בדיון. כן יש לברר מה הדין אם אינם מחזיקים בחפץ, אך כל אחד טוען שהינו בעליו.

רש"י שם בד"ה 'שנים' באר: **'דוקא אוחזין**, דשניהם מוחזקים בה ואין לזה כח בה יותר מזה, שאילו היתה ביד אחד לבדו, הוי אידך המוציא מחבירו, ועליו להביא ראיה בעדים שהיא שלו'. כלומר, כח האחיזה אינו מורה על בעלות, אלא שאין יכולים להוציא ממנו בלא ראיה קבילה משפטית. ומכח גישה זו הבין רש"י שם בד"ה 'במקח וממכר' שאם לא ניתן לראות את טענותיהם מתיישבות גם יחד, וישנה ביניהן סתירה וודאית, כגון שכל אחד טוען שהוא ארג את הטלית, ולא שקנוה יחדיו, אזי 'הא מונח', וכ"כ הרמב"ן. וכן באר התוס' רי"ד בריש ב"מ שאחיזתן מונעת מלגזור 'כל דאלימ גבר'.

אולם התוס' שם בד"ה 'יחלוקו' הבינו שהאחיזה בחפץ מהווה כראיה ויסוד משפטי: 'דאוחזין שאני, דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי, דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא'. ובלא אחיזתם לא היו יכולים להכריע כלל את הדין ואז היה הדין ש'כל דאלימ גבר'⁶¹. וכ"כ חידושי הרשב"א בדף ב. בשם ר"ח: 'אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא, אלמא תפיסה מהניא כאלו נחלקה, הילכך יחלוקו'.

הנה יש לעיין במקרה שלנו לאור שיטת התוס', שכן המשנה עוסקת שמצאו טלית וכל אחד טוען ששלו, וניתן לראות באחיזתם כבעלים משותפים, כיון שיתכן והגבירו יחד, כך שיש לכל אחד בעלות על חציה בלא טענת שקר ורמאות. ברם במקרה שלנו שתופסים את הטלית צווחים שלא מצאוה, אלא היתה שלהם וקנו אותה, ולכאורה לא ניתן לראות את שניהם כבעלים בכך שתופסים את הטלית, ובוודאי אחד טועה ואינו בעל הטלית. אך גם במקרה מעין זה כתבו התוס' בדף ב: בד"ה 'אי תנא' והרא"ש שם ס' א שכתען כל אחד 'אני ארגתיה' את הטלית ובוודאי ישנו רמאי, אומרים דין יחלוקו (כן כתב קצוה"ח בס' 'שם סק"א שלתוס' והרא"ש דין החלוקה תלוי אם יכולה להיות אמת אף שיש רמאי). הרי לנו שדי בכך שישנה אפשרות לראותם כבעלים במשותף כגון שקנו יחד להשוותם כבעלים, ויחלקו בה.

יש לבאר ביסוד מחלוקתם שנחלקו במשמעות האחיזה בחפץ, שבעוד התוס' הבינו שהינה מבטאת את הבעלות על הטלית ולכן החלוקה הינה מכח וודאי, ודי לן שיכלה להיות אמת. רש"י והריב"א סברי שאין האחיזה מורה על שייכות, אלא שמונעת מלהוציא ממנו בלא ראיה. לכן יש לראות את החלוקה כפשרה, ודווקא כשאין רמאי יעשו פשרה זו (ולא יטיבו עם הרמאי לעשות עימו פשרה – אכן האזל ט"ו ט"ז. ז. ודלא כגרנ"ט בס' קלד שנקט להיפך, ולרש"י החלוקה כוודאי ואין לעשותה היכא שיש רמאי וודאי, ולתוס' שהינה כפשרה עבדינן גם כשיש רמאי). כן נראה להבין בתוס' רא"ש להדיא בדף ד. בד"ה 'הא הכא' שמותרין את הטלית בידי המחזיק, אף 'דשמא שלא כדיון תפס בו'.

יסודה של המחלוקת תלויה בהבנת המוחזקות בטלית. רש"י בדף ב: בד"ה 'שבועה' כתב ששניהם מוחזקים בכל הטלית, וא"כ החלוקה הינה מכח פשרה. ברם התוס' כתבו שיש לכל אחד 'בודאי חצי, דאנן סהדי דמאי דתפיס דידיה הוא', ויבארו כפי שכתב השיטה המקובצת בדף ה: בשם ר' יהונתן: 'כיון שזה תופס חצי הטלית בידו, וזה חציו נמי בידו', לא היה צריך שבועה אלא כדי שלא יהא כל אחד תוקף את חבירו. נמצא שהחלוקה באוחזין הינה מדינא, ואין לנו עוד כל ספק בזהות בעלי הטלית, כדברי הרשב"א: 'כאילו נחלקה', לכן לא נחפש פתרונות אחרים לכל דאלימ גבר'. שכן המוחזקות מתארת את כח הבעלות שיש לכל אחד, ויש לנו חזקה שמה שתחת ידי אדם שלו הוא (הקוב"ש ב"ב ס' קנג סבר שחזקה זו הינה הנהגה ולא בירור).

לדברים אלו ישנה השלכה למציאות שאין מוחזק בחפץ. שכן לתוס' בדף ב. אין מקום לעשות חלוקה, שכן עושים חלוקה רק כשאוחזים ובכך מבטאים את המוחזקות, וכשאין מוחזק אין לעשות חלוקה, ולכן אומרים 'כל דאלימ גבר'. אך הריב"א בב"ב בדף לד: ד"ה 'הוא' חלק על יסוד זה, וסבר שעושים יחלוקו גם כשלא אוחזין כשאין רמאי (ואם יש רמאי – הדין הוא 'כל דאלימ גבר'), שאין אחיזתם מהווה ביטוי לבעלות אלא חולקים כפשרה (אך אם אוחזין, הבין הריב"א שכן מהוה האחיזה ביטוי לבעלות, ודלא כרש"י, ולכן אף שיש רמאי יחלוקו).

[הרמב"ם בהלכות טוען ונטען פ"ט ה"ז כתב: 'שנים שהיו אוחזין בכלי אחד... או יושבין בצד ערמה של חטים ומונחות בסמטא או בחצר של שניהם, זה אומר הכל שלי וזה אומר הכל שלי... ויחלוקו'. ולא הצריך אחיזה בחפץ על מנת לחלוק. אך הטור בס' קלט הסמ"ע בס' קלח סק"ב הש"ך שם סק"א ובשב שמעתתא ש"ד פ"ג בארו שסימטה הינה מקום שראוי לקניין ועל כן חשיבי מוחזקין כשיושבין בצידה. ונתיבות המשפט בס' קלח סק"א סבר כי קונה את הערימה

⁶¹ בביאורו נחלקו הראשונים; אם יש כאן פסק הלכתי – רא"ש ס' א ובב"ב פ"ג ס' כב (רעק"א בגיליון שו"ע ס' ששה סעי' ב: ואזי לא יועיל אם טוענים שמא). או שהוא הסתלקות ב"ד מהדיון בהעדר יכולת להכריע – ריב"א, תוס' בדף ו. ד"ה 'הוא' וז"ל הרשב"ם בב"ב לה. ד"ה 'התם': אין ב"ד נזקקין להם לדון וכו' אלא מניחין אותן וכדא"ג, וראה ש"ך ס' קלט סק"ב ועל כן תועיל תפיסת השני בחזרה. עי' קוב"ש כתובות נה וב"ב קנב. ישנה נפק"מ להבנות אלו, כפי שכבר הקשה התרומת הדשן, אם גם בספיקא דרבוותא נימא כל דאלימ כדאיתא בגיטין נט ברב הונא בר חלפתא או לא, שכן אם בכך מתברר שמי שהאמת עימו יגבר בכוח או בראיות, לא יועיל בספיקא דרבוותא.

בקניין ד' אמות. ברם הגה' מיימוניות סבר בדעת הרמב"ם שעושים חלוקה אף שאין אוחזין כלל, כדעת ריב"א. אלא שצריך לבאר לדבריו מדוע שונה הערימה מדין ארבע ששם הדין שכל דאלים גבר – שכן לו היתה הסיבה משום שבארבא יש וודאי רמאי ולכן לא עושים חלוקה כשאין מוחזקין – היה צריך הרמב"ם לציין זאת.

על כורחך, שלדעת הרמב"ם עושים חלוקה כפשרה כשמוחזקים, שהרי אין אפשרות להוציא מיד המוחזק. אך אם אין מוחזק, אין צריך לחלוק, ויהא הדין 'כל דאלים גבר'. ולפי דברים אלו, **כל שיש שייכות לחפץ דינו יחלוקו**, כפי שבאר הב"ח את הרמב"ם, שלכך די בעומדים בצד ערימה ומגלים שייכות, אף שלא מוחזקים ממש. ולפי"ז, אף שיהא רק אחד מוחזק ומחזיק – לא נוכל לעשות 'כל דאלים גבר'.

דין הטלית – יחלוקו

השו"ע בס' קלח סעי' א פסק כשיטת התוס' והרא"ש, כפי שבאר הסמ"ע שם סק"ו **ויחלוקו** גם כשיש וודאי רמאי וטעות [אומנם במקרה שלנו אף לשיטת רש"י והרמב"ן הדין הוא שיחלוקו, שכן אין וודאי רמאי]. אומנם מדינא היה עליהם להשבע שדוברי אמת, ויודע בוודאות שיש לו בטלית חצי. אך לא נשבעים האידנא, ועל כן יחלקו ביניהם בלא שבועה.

השו"ע בס' קלח סעי' ה כתב מהו אופן החלוקה במצב מעין זה: 'אם הוא דבר שיפסד אם יחלק ממש, חולקים אותו בדמים'. ובס' קע"א סעי' ו הוסיף השו"ע, שניתן שאחד יקחנו וישלם לשני את חציו.

דין מערכות הסטריאו – כל דאלים גבר (למעט שיטת הריב"א, ואולי אף הרמב"ם)

יש להשוות דין זה לדין הגמ' בבכורות בדף יח: 'שנים שהפקידו אצל רועה (רש"י: ומתה האחת, ולא ידוע של מי מתה), שמניח רועה ביניהם ומסתלק'. ובביאור דין זה ש'מניח ביניהם ומסתלק, הסתפק התוס' שם בד"ה 'שמניח' אם הכוונה שיחלוקו, או שמסתלק הרועה, ויעשו 'כל דאלים גבר'.

רבי עקיבא איגר בחידושי בריש ב"מ באר כי באור דין גמ' זו שמניח ביניהם ומסתלק תלויה במחלוקת הראשונים שהזכרנו לעיל. שכן לדברי התוס', כיון שאין מוחזק בבהמה, יעשו כל דאלים גבר. ברם לשיטת הריב"א רק שיש וודאי רמאי אמרינן כל דאלים גבר, וכשאין רמאי, יהא דינו יחלוקו, אף שאין מוחזק.

כן הוא הדין בארבא, שטוען כל אחד שהספינה שבים הינה של אבותיו, שכל דאלים גבר. לתוס' משום שלא אוחזין בו, כמו הטלה המסופק, ולריב"א משום שאין וודאי רמאי.

נמצאנו, שמלבד שיטת הריב"א, סברי התוס' והרשב"א, הרא"ש והרמב"ן (שרק כשאוחזין דינו יהא מונח, והכא אינם אוחזים) שיש לעשות 'כל דאלים גבר'⁶² כשאין מוחזקים בחפץ⁶³ (ואף לרמב"ם לדעת רוב הפוסקים, פרט לדעת הגה' מיימוניות והב"ח. אך אם נגדיר תא מטען כסימטא – יהא דינו שיחלוקו). וכן נראה מהשו"ע, שרק כשמוחזקים אמר לעשות יחלוקו.

והנה בדיון מנה שלישי, כששנים הפקידו ביד אחד סכומים שונים, אחד הפקיד מאה והשני מאתיים. וכל אחד טוען שהוא הפקיד מאתיים, נפסק שיתן מנה לכל אחד והשלישי יהא מונח, ומדוע לא פסקו 'כל דאלים גבר' כפי שהכריע הגמ' בבכורות? כיון שמונח ביד גורם השומר לבעליו (כן באר הר"ן). אך לתוס' אף חשיבי שניהם תפוסים ואוחזין מכוחו, אבן האזל ט"ו ט, ז), לא נוכל להוציא מידו, ואין לפסוק כל דאלים גבר כפי שפסקו ברועה שכן אינו שומר של הבעלים על הטלה. כן הוא בנידון שלנו – אין תופס לבעלים, ושפיר יש להכריע 'כל דאלים גבר'.

אומנם הריב"א אמר שיחלוקו כשאין רמאי, אך אי נימא שיש רמאי אף במקרה זה, יודה הריב"א שיהא הדין כל דאלים גבר כשלא מוחזקים, וכפי שנראה להלן.

הגדרת 'ודאי רמאי' (ואף לריב"א יהא הדין שכל דאלים גבר)

יש לעיין בהגדרת מהו רמאי, ויתכן ואף בדינו יהא מוגדר כרמאי, ויהא הדין לכו"ע שכל דאלים גבר (וגם הריב"א יודה שיהא שכל דאלים גבר, שכן אינם מוחזקים).

כששניים אוחזין בטלית, אף שכל אחד בטוח שהוא קנאה, אמרינן שקנו יחד ומורה כל אחד היתר לעצמו ומתעלם מכך שגם השני תפס עימו או שילם דמים למוכר. הרי אף שטוען וודאי כדבריו, לא אמרינן שרמאי הוא כל עוד ניתן

⁶² ועיין שבות יעקב ח"ב ח"מ ס' קסז: 'מכל מקום לבי אומר לי, דבזמנים הללו שאנחנו בגולה שפלים ונבזים וקונסין מאוד על ההכאה ויש כמה חששות אם יפסוק כל דאלים גבר. וגם לפי הטעם דכל מי שהאמת אתו ימסור נפשו על דבר זה, גם כן לא שייך בדורות הללו שרבו המתפרצים והגזלנים והאלמים שמוסרין נפשם גם כן על ממון שאינם שלהם'. הוא מציע לחלק על פי גורל בדינו: 'אף על פי שהוא דבר חדש שלא נמצא בפוסקים ראשונים או אחרונים לחלק כן, מ"מ למען האמת והשלום לפי צורך שעה יש לפסוק כן'.

⁶³ אמנם אם היו מוחזקים בו היינו עושים יחלוקו, שהחלוקה יכולה להיות אמת. וראה בפלפולא חריפתא פ"א אות ד שאף שכל אחד מספר סיפור שונה, מעמידים אנו באוקימתא ששותפים (אף שכל אחד טוען שקנה לבדו, טוענין להם שאחרי שקנה, פרע חבירו חצי, וקנה ממנו, וכרגע הינם שותפים).

ליישב את תפיסתם באופן משותף על פי סיפורם. אך אם אומר 'ארגתיה', אי אפשר ליישב את סיפורו במציאות עם סיפור וטענת חבריו, והבינו רש"י והרמב"ן כי מוגדר כרמאי. אך הרמב"ן בדף ב: הבין בדין שטר שיש לבחון אם באופן מציאותי תהיה בעלות משותפת, ולא רק בטענותיהם. ואף שטען שפרע והשני כופר, יכולים אנו ליישב דבריהם, ואין כאן רמאי.

בשורש מחלוקתם יש לבאר שנחלקו בגדר דינו של רמאי, האם לא עושים 'יחלוקו' רק משום קנס, או משום שאין אפשרות ליישב את דבריו. הגמ' בדף ג. בארה בדעת ר' יוסי שאם נעשה חלוקה כשיש רמאי 'מה הפסיד הרמאי', כלומר מטעם קנס אין להורות כן. אך הרמב"ן באר שנבחן הרמאי באם אפשר ליישב טענתו במציאות, הגם שלא תואם את סיפורו. כלומר אם אפשר ליישב את בעלותם מבלי שנקבל את טענותם הסותרות, לא יהא רמאי.

נפק"מ יהא לכך במקרה שלפנינו. שכן כל אחד מהם טוען לבעלות על מערכת הסטריאו התקינה, בעוד שברור לכל שיש שתי מערכות לפנינו ובוודאי אינם שותפים בשתייהן. ואף שלא טוען זאת במגמת דודן של רמאות, אלא בשל טעות שכן לא יודעים להבחין ביניהן⁶⁴, מ"מ יש לראות זאת כרמאי שכן אין אפשרות ליישב דברי שניהם. שכן אומנם אין טעם להטיל קנס על הטועה, והיה מקום להחשיבו כשמא ושמא, אך אם גדר רמאי הוא ביישוב דבריהם, אזי אף הכא יהא מוגדר כרמאי, ויודה הריב"א שדינו 'כל דאלים גבר' (הערת הרב יחיאל פריימן: בדין הרועה נאמר בתוס' שיש הסבור שדינו שיחלוקו, ורעק"א באר כי הוא דעת ריב"א. על כרחך שבמצב זהה לכך כשיש שני פריטים זהים - לא מוגדר כרמאי. עכ"ד. ויש ליישב שברועה טענו שמא כדפירש"י שלא ידוע מי מתה. והכא טוענים החיילים ברי. ויש לדון מה חשיב ברי. ואכמ"ל).

וראה קצוה"ח בסי' קלה ונתי"מ שם סק"ג שכתבו שאף שבמנה שלישי אם יטענו שמא – יחלקו בלא שבועה. שכן כשהחלוקה יכולה להיות אמת, ואין וודאי רמאי כשטוענים שמא, דינו שיחלוקו. כטוענים וודאי, ואין מוחזק – אמרינן כל דאלים גבר.

נמצאת הטלית או המערכת בידי אחד מהם

על מנת להבין את משמעות האחיזה והתפיסה, עלינו להבחין בין שתי משמעויות לאחיזה בחפץ. הראשונה, במקרה של ספק משאירים בידי האוחז מטעם המוציא מחברו עליו הראיה, וכפי שמנמקת הגמ' בב"ק בדף מו: 'דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא'. בכל מצב מסופק נוקטים בעמדה של 'שב ואל תעשה' ומשאירים את החפץ ביד האוחז בו, שכן אין בכח הספק להוציא מידי המחזיק בו וטוען לבעלות. יש לציין, שכלל זה אינו פועל כראיה, על כן גם במקרה שאין החזקה מהווה כראיה, אם יבוא אדם מהשוק ויטען שהחפץ שלו בלא ראיה, לא נוציא מידי המחזיק. יתר על כן, כלל זה מועיל גם כאשר יש לצד השני זיקה ממונית כלשהי לחפץ, כמו שמצאנו בדין ספק בכור ובדין מחליף פרה בחמור ונולד וולד ברשות אחד מהם. למשמעות זו האחיזה בחפץ נקראת 'תפיסה'.

המשמעות השנייה מבוארת בגמרא בשבועות: 'אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן', ויש לראות את המחזיק בחפץ כבעליו, ועל כן יש לאחיזה זו משמעות של ראיה. אחיזה זו נקראת 'מוחזק'.

הקצוה"ח בסי' רב מבאר שלא ניתן להוציא מיד תפוס בלא טענה, אף שלא ידועה מקור סמכות תפיסתו. אך מוחזק לא יחשב כל עוד ידוע הדרך שהחפץ הגיע אליו.

אם כבר החזיק אחד הצדדים בטלית או במערכת הסטריאו, נחשב הוא תפוס בחפץ, ולא יהא ניתן להוציא מידו, אף שלא יהווה כהוכחה מוגמרת על בעלותו ל'מוחזק' שכן יודעים כיצד הגיע לידו. וכיון שהמחזיק הינו צד בספק, ויש מקום לומר שהינו הבעלים של החפץ שבידו – לא נוכל להוציא ממנו.

במקרה הראשון, לא תפס אחד לפני חברו, אלא שניהם היו תפוסים והחזיקו את הטלית, רק שאחר כך הותירו אותה לאחד מהם.

השו"ע בסי' קלה סעי' ו' פסק: 'באו שנים אדוקים ושמטה האחד מיד חברו בפנינו, ושתק השני, אף על פי שחזר וצוח – אין מוציאין אותה מידו, שכיון ששתק בתחילה הרי הוא כמודה לו'. והרמ"א הוסיף שהוא הדין אם תפס בפני עדים. כלומר, פסק השו"ע על פי הגמ' בב"מ בדף ו'. שאם תקף ותפס אחד בפנינו, אף שראינו בתחילה את החפץ ביד שניהם והיינו עושים יחלוקו, בכך שתקף ותפס והשני שתק – מפרשים את שתיקתו כהודאה שהטלית של התוקף. וסבר הרמ"א שאף אם נהג כן ותפס בפני עדים, תחשב שתיקתו כהודאה (כשיטת הרמב"ן והריטב"א שסברו שלא היה לו לשתוק בפני עדים. אך הרשב"א סבר שדווקא בפני ב"ד הינו חושש מלשתוק, שכן זוהי ההזדמנות והמקום להגן על ממונו ולטעון ולבטא את הבעלות, אך בפני עדים לא חשש לזעוק, שאין מעמד זה כערכאה משפטית).

⁶⁴ ויתכן והיה צריך לדון הכא שיהא 'שודא', שכן ליכא למיקם עליה מילתא, שכן אין עדים שיוכלו לזהות. ואין כאן מקומו.

לא ניתן להוציא מיד המחזיק אלא בעדים

במקרה שלנו מדובר ביהודים יראי שמים, ומודים שהיה ספק ואחזו בו שניהם, ונתן האברך למבוגר להתעטף בו מבלי שמחל על זכותו ולא הודה לשני על בעלותו. והיה נכון לעשות יחלוקו, אף שרק אחד מוחזק בפנינו. אלא שכיון שיש לאוחז בו מיגו שהטלית שלו – לא יהא ניתן להוציא ממנו, כיון שטוען שהוא הבעלים על החפץ.

אך אם היו עדים בטרם העביר אליו הטלית, אין לו עתה מיגו לומר שזה שלו, ויחלקו בו שניהם⁶⁵. וכן כתב בקצוה"ח בסי' קלח סעי' ב שאם הביא עדים שחצי שלו, לא אכפת לן ששתק מתחילה ועד סוף, ואין לראות בכך כהודאה, וכ"כ הב"ח שם שסמך על העדים ולכן לא צווח. כל שכן הכא, שהתריע בפני העדים מדוע מוסר לידו להתעטף בטלית, ששימר בכך את זכויותיו ואין לשני יכולת לומר מיגו וכאילו תפס בפני עדים, וכדברי השו"ע בסי' עב סעי' יח.

⁶⁵ בגמרא בדף ו. נאמר שאם תקף אחד לאחר שיצאו מבי"ד כדי זמן שיכל לקנותה ממנו, נאמן להותירה אצלו, ולא יהא נאמן השני שהשכירה לו. ונחלקו הראשונים אם יהא נאמן לטעון, שחטף ממנו ולכן הינה אצלו. הרמב"ן, הרשב"א והר"ן סברו שנאמן, ואילו הרמב"ם טוען ונטען פ"ט הי"ג סבר שלא נאמן לטעון כן, ובאר הריטב"א בטעם הדין, שלא מחזקין אנשי בגנבי. והנמו"י הטעים זאת שאם עד כה לא תקף, לא מסתבר שכעת תקף. הנה בדינינו, הגם שהגיעו לבי"ד היתה הטלית אצל אחד מהם, מ"מ טוען ומסביר מדוע הינה אצלו, ואפשר ואף לרמב"ם אפשר להאמינו. ועל כן לכו"ע יהא נחשב כמוחזקים שניהם אף שנמצא כרגע ביד אחד מהם, כיון שראו עדים את תפיסתם.