

הרב יהודה זולדן, באר יהודה – בבא מציעא, פרקים א-ב, עמ' 26-43

שיעור ב

הכרעות בית דין: יחלוקו, כל דאלים גבר, יהא מונח

(בבא מציעא ב ע"א – ג ע"א)

הקדמה

א. שניים או חזין בטלית – יחלוקו כשייתכן שהחפץ של שניהם
ב. כל דאלים גבר – פסיקה זמנית עד שאחד מהצדדים יביא ראיה
ג. יהא מונח עד שיבוא אליהו – עד שיתברר הדבר
סיכום

הקדמה

הדין במשנת "שנים או חזין בטלית" הוא: יחלוקו. תוספות הנגידו את דין יחלוקו לשני דינים אחרים במקרי ספק. הדין הראשון: "ההוא ארבא" – ספינה שנמצאת בנהר ושני אנשים שאינם אחים טוענים שהם קיבלו את הספינה בירושה. הדין הוא: "כל דאלים גבר" (כדא"ג). הדין השני: מה שצוין בהמשך הגמרא "מנה שלישי". אחד הפקיד מנה ואחד הפקיד מאתיים, והנפקד אינו זוכר ממי קיבל מאתיים, וכל אחד טוען שהוא זה שהפקיד מאתיים. לפי חכמים כל אחד מהמפקידים מקבל מהנפקד מנה, וה"מנה שלישי" – "יהא מונח עד שיבוא אליהו". לפי רבי יוסי הכול יהא מונח עד שיבוא אליהו.¹ ראשונים רבים דנו מה הם הקריטריונים שלפיהם מכריעים בשלוש ההכרעות הללו: יחלוקו, כל דאלים גבר, ויהא מונח עד שיבוא אליהו. אנו נתמקד בעיקר בדברי רש"י, תוספות ורא"ש.

א. שניים או חזין בטלית – יחלוקו כשייתכן שהחפץ של שניהם

רש"י (ב ע"א ד"ה שנים או חזין בטלית) הסביר באיזה מצב פוסקים יחלוקו:

דוקא או חזין דשניהם מוחזקים בה, ואין לזה כח בה יותר מזה. שאילו היתה ביד אחד לבדו, הוי אידך המוציא מחבירו, ועליו להביא ראיה בעדים שהיא שלו,² ואינו נאמן זה ליטול בשבועה.

¹ התוספות דנו גם בדברי סומכוס שאמר ממון המוטל בספק חולקין. מאחר שעסקנו באפשרות לדון יחלוקו, לא נעסוק בהתייחסות של התוספות לדברי סומכוס, אם כי יש הבדל בין דין יחלוקו שבמשנתנו לבין דינו של סומכוס.

² רש"י (ב ע"ב ד"ה עליו הראיה) כתב גם כן, בנוגע לדברי חכמים שחלקו על סומכוס ואמרו שממון המוטל בספק הדין הוא המוציא מחבירו עליו הראיה: "עליו הראיה – בעדים, ואי לא – לא גבי מיד". רש"י (גיטין מח ע"ב ד"ה המוציא מחבירו עליו הראיה) כתב גם כן: "עליו להביא עדים לברר את הספק ודאורייתא היא בבבא קמא (דף מו:)' מי בעל דברים יגש אליהם' (שמות כד, ח) יגיש ראיה אליהם". בגמרא (בבא קמא שם) נאמר על הלימוד מהפסוק: "מתקיף לה רב אשי: הא למה לי קרא? סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא". רבנו יהונתן מלוניל (שיטה מקובצת שם) הסביר שאם בא אדם לבית הדין וטוען שחפץ מסוים שלו ומביא ראיה לדבריו, על הדיינים להתייחס לזה כמו שחולה בא אל רופא ומתלונן על כאבים. על הרופא לבדוק לעומק את החולה, לבדוק מהו הטיפול המתאים ואיזו תרופה נדרשת. הרופא אינו מסתמך רק על תחושותיו או ניסיונו. גם על הדיינים לבדוק לעומק את הראיות והעדים של התובע, כדי שהם יורו שניתן להוציא ממון ממישהו אחר בעקבות הראיות והעדים.

לפי רש"י שניהם מוחזקים בשווה בטלית, ואין לאיש מהם יתרון על חברו, וכיון שכך יש לחלק הטלית בין שניהם. אם אחד מהם מערער על הבעלות של האחר, עליו להביא ראיה בעדים על כך. מכיון שאיש מהם לא הביא ראיה כזו כנגד האחר, הפסיקה היא יחלוקו. דברי רש"י (מהמילים: "שאלו היתה ביד אחד לבדו...") תואמים לאמור בסיפא של התוספתא (א, א): "שנים אוזנין בטלית... במה דברים אמורים? בזמן שהיו שניהם תופסין בה. אבל אם היתה בידו של אחד מהן, המוציא מחבירו עליו הראיה". מכאן שכאשר שניהם אוזנים ואין לאיש מהם ראיה שגם מה שחברו מחזיק שייך לו, החלוקה לפי מה שהם מוחזקים היא האמת.

בהמשך הגמרא (ב ע"א) נאמר שברישא, שבה נאמר: "זה אומר אני מצאתיה וזה אומר אני מצאתיה", מדובר במציאה. שניהם מתווכחים ביניהם מי מצא ראשון את המציאה, וכפי שהסביר רש"י (ד"ה תנא כולה) את הטענה של כל אחד: "תנא כולה שלי – בחזקה גמורה, שהגבהתי תחילה, ואתה תפסת מידי משזכיתי בה". בסיפא שבה נאמר "זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי", מדובר במקח וממכר, שניהם מתווכחים ביניהם מי קנה את החפץ מיד המוכר. רש"י (ב ע"א ד"ה במקח וממכר) הסביר את המקרה של מקח וממכר והשווה למקרה שלא נזכר כלל במשנה ובגמרא:

במקח וממכר – קנייתה מיד פלוני. ודוקא מקח וממכר הוא דאמרין יחלוקו בשבועה, דאיכא למימר שניהם קנאוה ולשניהם נתרצה המוכר.
אבל זה אומר: אני ארגתיה וזה אומר: אני ארגתיה – לא יחלוקו, דודאי חד מינייהו רמאי הוא, ותהא מונחת עד שיבא אליהו.

במקח וממכר קיימת אפשרות שהמוכר טעה ומכר לשניהם ולכן החלוקה יכולה להיות אמת, וכיון שכך הדין הוא יחלוקו בשבועה. מקרה כזה דומה לאמור בנוגע ל"שנים אוזנין בטלית" שכאמור בגמרא (ב ע"ב): "איכא למימר דליכא שבועת שוא, אימור דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה". גם בהמשך הגמרא (ג ע"א) נזכר בנוגע לטלית: "דאיכא למימר דתרווייהו היא", ורש"י (ד"ה הכא דליכא) כתב: "דאיכא למימר דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה". זו הסיבה ששניהם אוזנים בטלית, ודין יחלוקו משקף שאכן הטלית של שניהם. רש"י (ב ע"ב ד"ה אימור בהדי) הסביר עוד:

אימור בהדי הדדי אגבהוה – למציאה, וכל אחד ואחד סבור אני הגבהתי תחילה וכולה שלי, וכי משתבע על חציה קושטא משתבע.

רש"י חידד וכתב ששניהם הגביהו יחד את הטלית, וכל אחד משוכנע שהוא הגביה ראשון, ועל כן כל אחד טוען 'כולה שלי'. נראה להסביר שרש"י כתב זאת כי במצב כזה קשה לדעת מי באמת הקדים את חברו ברגע אחד והגביה, אך בהחלט ייתכן שהם הגביהו בו זמנית, ועל כן החלוקה אמיתית כי הטלית שייכת לשניהם.³

³ גם התוספות (ג ע"א ד"ה התם ודאי) כתבו: "הכא אימור תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה דליכא רמאי, דכל חד סבור שהוא הגביה קודם". רבי עקיבא איגר (תוספות למשנה, א, א) הקשה מדוע רש"י כתב "וכל אחד ואחד סבור אני הגבהתי תחילה וכולה שלי", הרי באמת ייתכן ששניהם הגביהו יחד ועל כן היא של שניהם ואיש מהם אינו נשבע שבועת שקר? כך הקשו גם אחרונים נוספים (המהר"ם ש"ך, נחלת דוד). תשובתו היא שלפי רש"י צריך שתהיה התאמה בין הטענה של כל אחד מהם לבין השבועה שהוא נשבע, שלא תהיה ודאי שבועת שקר גם לפי טענותיהם. אכן ייתכן שגם לפי טענותיהם אפשר שהגביהו יחד, אלא שכל אחד טוען לחשוב שהוא הגביה קודם, ואם כן גם לפי הטענות של כל אחד מהם ניתן להשביעו. אבל אם לפי טענותיהם ישנה אפשרות שאחד מהם יישבע לשקר, על אף שהשבועה היא שבועת אמת שאין לו בה פחות ממחצית הטלית, אין נשבעים במצב כזה. נראה שרש"י כתב זאת גם כדי להסביר את הבסיס לטענותיהם. רש"י כתב "כל אחד סבור...". מילים אלו אינן מבטאות ודאות מוחלטת שכך היה. אך כאמור במצב כזה שבו שניים מגביהים בו זמנית את הטלית, קשה לדעת מי קדם וייתכן ששניהם הגביהו כאחד.

רש"י ציין את המקרה שכל אחד טוען 'אני ארגתיה'. אין מדובר על אבידה שבעליה אינם ידועים, אלא שכל אחד מהם טוען שהטלית שלו ואבדה ממנו, ולחזוק דבריו הוא טוען 'אני ארגתיה'. רש"י רצה להנגיד למקרה שקשור לטלית שבו אין פוסקים יחלוקו, כי לא ייתכן ששניהם ארגו את הטלית, "וודאי חד מינייהו רמאי הוא" ולכן הדין הוא שיהיה מונח עד שיבוא אליהו.⁴ נראה להסביר שכך הדין גם אם אין חשש שאחד מהם מרמה במזיד, אלא שהוא טוען כך כי הוא טועה או מתבלבל עם טלית אחרת שהוא ארג.⁵ הדין "יהא מונח עד שיבוא אליהו" משמעותו היא שמי שיוכיח את טענתו – ובמקרה זה מי שיוכיח שהוא שארג את הטלית – הוא שיקבל את הטלית (כפי שיוסבר לקמן).

נראה עוד שמדברי רש"י במשנתנו (ד"ה שנים אוחזין) שצוינו לעיל: "דוקא אוחזין דשניהם מוחזקים בה ואין לזה כח בה יותר מזה", ניתן ללמוד שכך יהיה הדין גם אם איש אינו לא מוחזק בטלית, וכל אחד טוען 'כולה שלי'. סביר שיש אבידות שנמצאו שלא ניתן לאחוז בהן (כגון חפץ גדול וכבד מאוד). הקריטריון הקובע שבית דין יפסוק יחלוקו הוא אם קיימת אפשרות שהחפץ שמתווכחים עליו שייך לשניהם, כמו בטלית ששניהם הגביהו יחד, או כמו במקח וממכר ששניהם קנו והמוכר התרצה לשניהם. רש"י כתב ש"דוקא שניהם אוחזין" כדי להנגיד למצב שבו רק אחד מהם מוחזק, וכאמור בתוספתא (א, א) שעליה התבסס רש"י.⁶

התוספות (ד"ה ויחלוקו) הסבירו מדוע ב"שנים אוחזין בטלית" הדין הוא יחלוקו:

...דאוחזין שאני, דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי, דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידידה הוא... אבל טלית דאיכא למימר דתרווייהו הוא, יחלוקו. וכן שנים אדוקים בשטר דמדמי לקמן (דף ז.) למתני' משום דשניהם אדוקים בו דהחלוקה יכולה להיות אמת דאפשר שפרע לו החצי...

התוספות בבבא בתרא (לד ע"ב ד"ה ההוא ארבה) כתבו דברים דומים:

...ומפרש ר"ת דאוחזין שאני דכיון ששניהם מוחזקים אין לנו להניח שיגזול האחד לחבירו, דחשיב כאילו אנו יודעין שיש לשניהן חלק בה שכל דבר יש להעמיד בחזקת מי שהוא בידו...

כששניים באים לבית דין ואוחזים בטלית, אנן סהדי שהטלית של שניהם, ולכן הדין הוא יחלוקו. גם לפי התוספות יחלוקו הוא דין ולא פשרה, אם כי לפיהם דין יחלוקו הוא רק כששניהם אחוזים בחפץ. כששניים אדוקים בשטר, הדין יכול היות דין אמת, כי ייתכן שפרע לו החצי, ועל כן גם שם יחלוקו.

⁴ הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'ק (שו"ת בית הלוי, ג, סימן לב) האריך בביאור "דעת רש"י בריש בבא מציעא באומר אני ארגתיה".

⁵ התוספות (ב ע"ב ד"ה אי תנא) כתבו אחרת: "דקא טעין כל אחד אני ארגתיה, שאחד מהן טוען שקר במזיד". לדברי התוספות במקרה זה מדובר שאחד מהם משקר במזיד, ולא שהוא טעה או התבלבל. במצב כזה אין טעם לפסוק "יהא מונח" כי השקן במזיד לעולם לא יצליח ואף לא ינסה להוכיח את טענותיו, ועל כן לפי תוספות הדין הוא "...פשיטא דיחלוקו בשבועה, דע"י שבועה ודאי יפרוש דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא". הרא"ש (א, א) כתב: "בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה דודאי איכא רמאות בטענותיהן אפ"ה אמרינן יחלוקו... לרבנן כל היכא דאיכא למימר דתרווייהו הוא אף על גב דודאי איכא רמאי פלגי בשבועה". הרא"ש לא כתב שהנימוק הוא שיחלוקו בשבועה מפני שעל ידי השבועה יפרוש. אם כן, איך ייתכן שהדין הוא יחלוקו כשיש בוודאי רמאי? אלא ש"יש בודאי רמאי" זו התייחסות לטענות, אך אם שניהם יישבעו – כל אחד מהם יקבל חצי, כי אז נאמר שיכול להיות שהם ארגו ביחד (כך הסביר הרב נתנאל וויל, פלפולא חריפתא שם אות ד) ובמובן זה שניהם שותפים בטלית.

⁶ כך הסבירו הרב דוד טעביל (נחלת דוד, ב ע"א), הרב נפתלי צבי יהודה ברלין (מרומי שדה, ב ע"א) והרב נחום פרצוביץ' (חידושי ר' נחום, ב ע"א אותיות א, לב). אמנם יש שהסבירו שגם לפי רש"י דין יחלוקו הוא רק כשהם מוחזקים וכדברי התוספות (דבריו יובאו לקמן). כך למשל כתב בהגהות מיימוניות (רמב"ם הל' טוען ונטען ט, ז) ולפיו הרמב"ם (שם) סבר כריב"א. מקורות נוספים: אוצר מפרשי התלמוד (ב ע"א עמ' יד-טו), ויש עוד אחרונים שדנו בכך.

התוספות (בבא בתרא שם) הוסיפו דברים בשם ריב"א, שהנגיד בין דין שניים או חזים לדין מנה שלישי:

ולריב"א נראה דלאו דוקא או חזין מדמדמי לה לשאר. ואדשמעתין איכא לשנויי כדמשני התם אפי' תימא ר' יוסי התם ודאי איכא רמאי, הכא אימור תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה.

בתוספות הרא"ש (ב ע"א) כתב הסבר זה בשם ריב"ם והנגיד בין שניים או חזים בטלית לבין ההוא ארבע:

וריב"ם היה אומר מתוך ההיא דגמ' דאין חילוק בין או חזין לשאין או חזין. ומההוא טעמא דמפליגין בין מתני' לשאר, איכא לאפלוגי נמי בין מתניתין לארבע. דגבי ארבע איכא ודאי רמאי, אבל מתניתין אימור תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה.

לפי תוספות בית דין פוסקים יחלוקו בטלית רק כששני הצדדים או חזים בה ובשל אנו סהדי, וכך גם במקרה ששניים אדוקים בשטר כי החלוקה יכולה להיות אמת. לפי ריב"א הוא הדין גם כששניהם אינם מוחזקים בטלית, כי ההנחה היא שהם הרימו הטלית כאחד, ועל כן יש לפסוק יחלוקו. במנה שלישי ובארבע אין פוסקים יחלוקו, כי במקרים אלו יש בוודאי רמאי. המכנה המשותף לר"ת וריב"א הוא שהקריטריון הקובע שבית דין יפסקו יחלוקו הוא שקיימת אפשרות שהחפץ של שניהם.⁷

ב. כל דאלים גבר – פסיקה זמנית עד שאחד הצדדים יביא ראיה

התוספות (ב ע"א ד"ה ויחלוקו) הקשו: "תימא דמאי שנא מההיא דארבע דאמר כל דאלים גבר". כוונת התוספות לאמור בגמרא (בבא בתרא לד ע"ב):

ההוא ארבע דהווי מינצי עלה בי תרי... זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי. אמר רב נחמן: כל דאלים גבר.⁸

הרשב"ם (שם ד"ה זה) כתב שמדובר בין בספינה בין בקרקע, ואין עדות וחזקה לזה יותר מזה. מדוע במקרה זה מכריעים כדא"ג ולא מכריעים יחלוקו כמו בשניים או חזים בטלית? התוספות השיבו:

⁷ הרב אלעזר מנחם מן שך (אבי עזרי, הל' טוען ונטען ט, ז עמ' רסא-רסד) כתב שיחלוקו הוא דין ודאי. אך יש אחרונים שפירשו שדין יחלוקו הוא פשרה ומטעם ספק ולא דין ודאי. ראה: הרב משה חבורני (משאת משה, בבא מציעא, סי' ה); הרב יעקב ישראל קנייבסקי (קהלות יעקב, בבא מציעא סי' א; בבא בתרא סי' א); הרב שמואל רוזובסקי (שיעורי ר' שמואל, בבא מציעא ב ע"א אות ד) ועוד. אך נראה שיחלוקו הוא פסק דין ולא פשרה, ואמנם בסוגיות הגמרא שבהן נידון דין יחלוקו לא נזכר שמדובר בפשרה. הרב משה טראני (קריית ספר, הלכות טוען ונטען, ט) כתב: "שנים מוחזקים בדבר אחד, מהתורה חולקין, ושבועה מתקנת חכמים". דין התורה אינו יכול להיות פשרה. אמנם הוא לא כתב מניין בתורה לומדים זאת. בית דין עושים פשרה כשיש מקום לחשוש שאולי הדין שהם פוסקים איננו מוחלט. אבל כאשר לפי כל הבדיקות יש בהחלט אפשרות סבירה שהחפץ של שניהם, אלא שאין לאיש מהם הוכחה מוחלטת שהחפץ שלו ר"ל כל אחד ואחד סבור אני הגבהתיה תחילה וכולה שלי", אזי הדין הוא יחלוקו.

⁸ רב נחמן הוא שקבע את ההלכה "כל דאלים גבר", ורב נחמן הוא שסבר (בבא קמא כז ע"א) שבמצבים מסוימים "עביד איניש דינא לנפשיה". נראה שרב נחמן אפשר לבעלי הדין מעורבות משמעותית כדי להוכיח ולעגן את בעלותם. רב נחמן היה דיין מומחה ואמר על עצמו (סו ע"א): "דכולי עלמא לגבי ידי בדינא, דרדקי נינהו". על האמור בברייתא (סנהדרין ה ע"א): "ואם היה מומחה לרבים, דן אפילו יחיד", אמר רב נחמן: "כגון אנא". הכלל הוא (כתובות יג ע"א): "הלכתא כרב נחמן בדינא". על הכשרתו כדיין כתב הרשב"ם (בבא בתרא סה ע"א ד"ה דמקריבתו): "רב נחמן חתנא דבי נשיאה הוה, ורגיל במקום הדיינים דשכיחי דייני, וראה מעשים בכל יום היאך דייני".

"בארבא אף על גב דאפשר שהיא של שניהם, כיון דאין מוחזקין בו הוי דינא כל דאלימ גבר".⁹ תוספות לשיטתם שאחיזה היא מרכיב משמעותי בקביעת דין יחלוקו.

במה בא לידי ביטוי כדא"ג, ובמה פסק דין זה קובע את היחסים שבין שני הטוענים לירושה? הרא"ש (א, א) השיב על כך כשהסביר מדוע כששניים אוחזים בטלית הדין הוא יחלוקו ולא כדא"ג:

אי אפשר לפסוק כאן דין כדא"ג כדאמרין בפרק חזקת הבתים (דף לד, ב) גבי ארבא האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי, וכן זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, דהתם שאני שאין אחד מהם מוחזק בדבר שמערערין עליו, ואין בית דין מחויבין למחות למי שבא ליקח דבר שאין אנו יודעים של מי הוא, והוא אומר שלו הוא, הלכך אין ראוי לפסוק להם דין חלוקה שמא נפסיד לאחד מהם שלא כדין. ויותר ראוי לומר להם **שכל מי שתגבר ידו בכח או בראיות** שיזכה [א] וסומכין על זה שמי שהדין עמו קרוב להביא ראיות. [ב] ועוד שמי שהדין עמו מוסר נפשו להעמיד את שלו בידו יותר ממה שמוסר האחר נפשו לגזול. [ג] ועוד יאמר זה מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידי.¹⁰

הרא"ש כתב על במקום נוסף (בבא בתרא ג, כב) וביאר עוד:

האי כדא"ג דינא הוא, דכל מי שגבר ידו **בפעם ראשונה** הוא שלו עד שיביא חבירו ראיה, וכל זמן שלא יביא ראיה, 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 דאלימ **בפעם הזאת**, גבר. וסמכו על זה [א] דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות, [ב] ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו ממה שימסור האחר לגזול, [ג] ועוד יאמר מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידי.

לפי הרא"ש מי שיגבר רק "בפעם הראשונה" "בפעם הזאת", החפץ יהיה שלו עד שחברו יביא ראיה נגדית. "בכח" – בפעם הראשונה, וייתכן שזה יישאר כך לעד, אם איש מהם לא יביא שום ראיה. "או בראיות" – אם מי מהם יביא ראיות שהספינה שלו, לאחר שהיא הייתה בידי מי שגבר והחזיק בה בפעם הראשונה.

יש שתי הנחות איך בעקבות פסיקת בית דין כדא"ג יתנהלו הצדדים כשברור הוא שיש רק אחד שהוא הבעלים האמיתיים. הנחה [א]+[ב] היא שהבעלים האמיתיים יודע היכן יש להשיג ראיות ויתאמץ יותר להשיגן.¹¹ הנחה [ג] היא בנוגע למי שאיננו הבעלים האמיתיים, שאולי יודה כי הוא יודע שיש סיכוי טוב שהבעלים האמיתיים ישיגו ראיות טובות ולכן לא יתאמץ.

⁹ התוספות (ב ע"ב ד"ה ומה התם) חזרו על כך שוב והוסיפו עוד פרט שנוגע לדברי הגמרא שם: "ארבא אף על גב דאפשר דתרווייהו היא כיון דליכא דררא דממונא ואין אוחזין הוי דינא כל דאלימ גבר". על פי דברי ריב"א שצוינו לעיל כתבו התוספות (בבא בתרא לד ע"ב ד"ה ההוא ארבא) שלדבריו: "בארבא כיון דאיכא רמאי לא יחלוקו אלא הוי דינא כל דאלימ גבר". כאמור לפי ריב"א גם אם אין מוחזקים הדין הוא יחלוקו אבל בתנאי שאין בוודאי רמאי.

¹⁰ דברים דומים כתב גם בתוס' רא"ש (ב ע"א).

¹¹ הרב אלחנן וסרמן (קובץ שעורים, בבא בתרא אות קנו) כתב: "נראה ממשטו של הכתוב, ריש מלכים, גבי מעשה דשתי נשים (מלכים א, ג, טז–כח), שאמר להן שלמה המע"ה גזור, ואף דהתם היתה הכונה כדי לבחון אותן כמו שנתברר לבסוף, אבל הרי משמע שאילו היתה מחלוקתן בטלית ולא בתינוק כן הדין שיחלוקו. אלא דקשה, דהתם הספק נולד על ידי טענותיהן, וראוי לומר כל דאלימ גבר". נראה שדברי הרא"ש מבוססים על פסיקתו של שלמה המלך שהציב בפני הנשים הללו דילמה, וכך התברר מי היא האם האמיתית. זה מה שאמר הרא"ש, לבעלים האמיתיים אכפת יותר והם יעשו כל מאמץ לזכות בשלהם. לקמן (הע' 13) ציינו לתשובה של הרא"ש שבה הוא למד ממשפט שלמה על היכולת והסמכות של חכמים להכריע על פי אומדנא דמוכח.

מדברי הרא"ש ניתן ללמוד שכדא"ג הוא הכרעת דין. יש לדקדק זאת מלשון הרא"ש: "דינא הוא", וכן "אלא חכמים פסקו כל דאליים". אמנם יש מקום לצד שכנגד להביא עדים, אך כל עוד אין זה כך, הדין הוא שמי שגברה ידו בפעם הראשונה, זה שלו. דברי הרא"ש "שתגבר ידו בכח" הם רק לגבי הפעם הראשונה. מי שיגבר בפעם הזאת החפץ יהיה אצלו, עד שיוכח אחרת. הכרעה זו היא הכרעה זמנית, כדי למנוע מריבות וחטיפות הדדיות איך-סופיות של החפץ. הרא"ש (שו"ת, כלל עז סי' א) כתב על כך במקום נוסף:

והא דפסקין כל דאליים גבר, לאו דינא הוא דמצי למימר [אותו שגבר על האחר]: בית דין פסקו לי כל דאליים גבר, וגברה ידי וזכיתי מכח בית דין ואין לי לישבע. אלא מחמת שאין בית דין יכולין לברר של מי הוא, ואין שום אחד מהם מוחזק, אמרו חז"ל כל דאליים גבר. וסמכו חכמים על זה כי אותו שהממון שלו ישים נפשו בכפו להלחם שלא יגזול אחר ממנו, והמשקר לא טרח כולי האי וגם ירא שמא ימצא הלה עדים לאחר זמן שהוא שלו ויצטרך להחזירו. וכיון דלאו דינא הוא מצי אידך למימר אישתבע לי דבדין תפשת. וראיה מפרק חזקת הבתים (לד:)... זה אומר: של אבותי, וזה אומר: של אבותי, איכא למיקם עלה דמילתא שמא ימצא אחד מהן עדים לאחר זמן וגנאי לבית דין שיפסקו שודא או חלוקה ויצטרכו להחזיר, הילכך נסתלקו חכמים מן הדין, ואמרו: כל דאליים גבר, אולי יתברר הדבר לאחר זמן של מי הוא, וסמכו קצת על הסברא שכתבתי לעיל, הילכך מצי אידך למימר: אישתבע דבדין תפשת.

מדברי הרא"ש הללו משמע שאמירת כדא"ג היא הסתלקות של חכמים מן הדין, כי הם אינם יכולים לברר למי שייך החפץ. אך כאמור לעיל, זו הסתלקות זמנית כי אין ביכולתם להכריע את הדין, וגנאי להם לפסוק במצב כזה. אדרבה, לכשיבואו עדים או שהעניין יתברר אחר כך באופן כלשהו, הם יפסקו פסיקה ברורה ומוחלטת מי הבעלים.¹²

בתשובה אחרת הסביר הרא"ש (שו"ת, כלל קז, א) שדיינים אינם יכולים להימנע מלדון:

דכיון שבא הדין לפני הדיין והוא איננו יכול לברר הדבר, אינו רשאי למשוך בידו מן הדין, ויריבו הבעלי דינן זה עם זה. וכתוב "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח, טז). כי על ידי המשפט יש שלום בעולם. ולכך נתנו כח לדיין לשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם וראיה כדי לתת שלום בעולם... והארכתי להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכן נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות,

¹² רבינו יעקב (טור חושן משפט סי' קלט) וכן הרב יוסף קארו (שולחן ערוך שם א) פסקו כמו הרא"ש. ראה גם: רבינו יעקב (טור שם סי' קמו, לד); הרב יוסף קארו (שולחן ערוך שם כב). גם מהרמב"ם (הל' טוען ונטען טו, ד) משמע שפסק כך: "שנים שהיו עוררין על השדה זה אומר שלי וזה אומר שלי ואין לאחד מהן ראיה... מניחין אותה בידיהן, וכל המתגבר ירד בה, ויהיה האחר מוציא מידו ועליו הראיה". החפץ יהיה בידי זה שהתגבר, ואם האחר רוצה להוציא ממנו יהיה עליו להביא ראיה. על שיטת הרמב"ם בערך התקיפה ובאפשרות של הנתקף להביא ראיה, ראה: הרב אליהו ליפשיץ ("סוגיה סז: דיני תקיפה שיטת הרמב"ם", תורת אמת – תורת המשפט, עמ' 412–420, ובהע' 3; סוגיה קצט: המוציא מחבירו עליו הראיה, שם עמ' 1149–1154). "כל דאליים גבר" הוא ביטוי בארמית, ונשמע כוחני ואליים. הרמב"ם לא כתב את הביטוי הארמי "כל דאליים גבר" אלא בעברית ובאופן עדין יותר "וכל המתגבר...", ושוב בהמשך ההלכה: "וכן ואם בא שלישי ותקף עליהן וירד לתוכה מסלקין אותו ממנה". וכן (שם ה): "...ומניחין אותה ביד שניהם וכל המתגבר ירד בה". כך כתב הרמב"ם במקום נוסף (שם י, ו): "ספינה וכיוצא בה שהיו שנים נחלקין עליה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי... וכל המתגבר יטול".

פעמים באומד הדעת,¹³ ופעמים כמו שיראה הדין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך הפשרה.¹⁴

אמנם הרא"ש לא ציין כאן את האפשרות של כדא"ג, וכן לא את האפשרות שיהיה מונח עד שיבוא אליהו, אבל העיקרון הוא שאם בעלי דין הגיעו לבית הדין, אי אפשר לדחותם ולא להכריע. אנשים שיש ביניהם סכסוך ממוני מגיעים לבית הדין כדי שהדיינים יכריעו, כי הם לא הצליחו להסתדר בכוחות עצמם. תפקיד בית הדין הוא לעשות שלום בעולם, ולמנוע מריבות בין בעלי הדין.¹⁵ לעיתים

¹³ בתשובה אחרת (שו"ת, כלל סח, סי' כג) כתב הרא"ש: "ונצטוינו לדון דין אמת לאמתו ואף על פי שאין אנו נביאים לדון דברים שבלב חכם עדיף מנביא (בבא בתרא יב ע"א) ונצא בעקבות הראשונים ונלמוד ממעשיהם... וכן בכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בטר אומדנא דמוכח... ודבר זה יש לו עיקר מדברי קבלה מאב לחכמים אשר צוה ליתן לה הילד החי [=משפט שלמה], על כן בכל דור ודור מצווין לשבור מלתעות עול והמטים עקלקלותם להדריכם בנתיב יושר". הרב צבי הירש חיות (מהר"ץ חיות, ראש השנה כא ע"ב) כתב על דברי הגמרא: "בקש קהלת לדון שלא בעדים והתראה יצתה בת קול וכתוב 'יושר דברי אמת' (קהלת יב, י): 'הכוונה דראינו חריצת משפט שלמה במעשה דשתי זונות לא היה הולך על פי הדין של תורה רק ע"פ אומדנא לבד עי' מכות כ"ג ע"ב ודלמא אערומי קא מערמת ע"ש ועי' תשובות הרא"ש כלל ק"ז ומרן טור חושן משפט סימן יז, ומזה הוכיח הש"ס דבקש לדון שלא בעדים והתראה יצאה בת קול להזהירו שלא יזוז מהיום והלאה מדיני התורה, ואשר מבואר שמה דרך ע"פ שנים עדים יקום דבר". עוד בעניין זה: הרב נפתלי צבי יהודה ברלין, הנצי"ב (שאלות דרב אחאי גאון, העמק שאלה, שאילתא קעא (בסוף [עמ' שמ])).

¹⁴ דברי הרא"ש הללו נפסקו להלכה על ידי הרב יוסף קארו (בית יוסף, טור חושן משפט סי' יב; שולחן ערוך חושן משפט, שם ה; סמ"ע (שם ס"ק יב) ציין כמקור את תשובת הרא"ש, וביאר שכוונת הרא"ש "ובלא אומד הדעת" – "והיינו שודא דדייני".

¹⁵ במדרש ההלכה (ספרי דברים פסקא טז) נזכר שיש לדון מי שתובע את רכוש חברו ואומר שהרכוש שלו. מהתובע נדרש להביא ראיה או עדים שיוכיחו את טענתו, ועל בית הדין לדון בדבר ולפסוק ההלכה: "ואצוה את שפטיכם בעת ההוא לאמר שמע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו' (דברים א, טז). 'ושפטתם צדק' צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות. משל: זה עוטר בטליתו, וזה אומר שלי היא; זה חורש בפרתו, וזה אומר שלי היא; זה מחזיק בתוך שדהו, וזה אומר שלי הוא; זה יושב בתוך ביתו, וזה אומר שלי הוא. לכך נאמר 'ושפטתם צדק' צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות". על הפסוק שבו עוסק המדרש: "ושפטתם צדק" (דברים א, טז), כתב רש"י (כתובות קו ע"א ד"ה האי עשה): "מצות הדיינים עשה 'ושפטתם צדק'. הרמב"ם (ספר המצוות, מצות עשה רמו) מנה כמצווה לדון את הטוען והנטען: "שהורנו בדין הטוען ונטען והוא אמרו יתעלה ויתברך שמו 'על כל דבר פשע... אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבא דבר שניהם' (שמות כב, ח), ולשון מכילתא 'כי הוא זה' עד שיודה במקצת. ובזה הדין יכנס כל מה שהוא נופל בין בני אדם מן התביעות קצתם על קצתם שיכנס בהם ההודאה והכפירה". ספר החינוך (מצוה נח – מצות בית דין לדון בדין טוען וכופר) מנה מצווה זו והרחיב עוד: "שנצטוינו לדון בדין טוען ונטען, כלומר שנעשה דין לכל מי שתובע את חברו בשום דבר או שהלוהו או הפקידו או גזלו או עשקו או חמסו, שנאמר 'על כל דבר פשע... אשר יאמר כי הוא זה'... ובית דין העובר עליה ולא עשה דין, אם יש כח בידו ביטל עשה, ועונשו גדול מאוד, שגורם חורבן לארץ, שאין הארץ מתיישבת אלא בדין, וכמו שאמרו זכרונם לברכה 'על שלשה דברים העולם עומד', ואחת מהן הוא הדין (משנה אבות א, יח). וזאת אחת מן המצוות שנצטוו עליה כל בני העולם בכללם, לפי שאי אפשר לשוב העולם זולתה". אמנם ישנו מצב שדיינים יכולים להימנע ולא לדון, אבל גם במקרה כזה כשהם יודעים מה הדין עליהם לדון. בגמרא (סנהדרין ו ע"ב) נאמר: "רבי יהושע [יהודה] בן לקיש אמר: שנים שבאו לדין, אחד רך ואחד קשה, עד שלא תשמע דבריהם או משתשמע דבריהן ואין אתה יודע להיכן דין נוטה – אתה רשאי לומר להם: אין אני נזקק לכם. שמא נתחייב חזק ונמצא חזק רודפו. משתשמע דבריהן ואתה יודע להיכן הדין נוטה – אי אתה יכול לומר להן איני נזקק לכם, שנאמר 'לא תגורו מפני איש' (דברים א, יז)". הרמב"ם (הל' סנהדרין כב, א) הוסיף: "... שלא תאמר איש פלוני רשע הוא, שמא יהרוג את בני, שמא ידליק את גדישי, שמא יקצץ נטיעותי, ואם היה ממונה לרבים חייב להזקק להם". על כך כתב הרב יואל סירקיש (בית חדש, ב"ח, חושן משפט סימן יב): "ונראה דטעמא דכיון דמצות עשה למנות שופטים בין בארץ בין בחוצה לארץ, אם היה רשאי הממונה להיות שופט לרבים להסתלק מן הדין היכא דהאחד קשה או שניהם קשים, אם כן לא יהיה מי שיזדקק להם ויהיה כל דאלים גבר והיה העולם חרב כיון שאין כאן דין והילכך הממונה לרבים חייב להזדקק להם".

בית הדין מכריע כראות עיניו, באומד הדעת או אף שלא באומד הדעת, ולפעמים עושים פשרה, ובנתונים הקיימים בפני הדיינים כל אלו נחשבים להכרעה.¹⁶
 על דברי הרא"ש שכדא"ג הוא רק בפעם הראשונה, כתב בשיטה מקובצת (בבא בתרא לד ע"ב) בשם שיטה לא נודע למי:

אמר רב נחמן כל דאלים גבר. על מה שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו כל מי שתגבר ידו בפעם ראשונה כו' כתוב בשיטה לא נודעה למי: ואלו הדברים אינם ברורים אצלי. שהטעם שאמר כל דאלים גבר מפני שאין בית דין זקוקים ליזקק לדינם, כיון דליכא דררא דממונא לתרווייהו וליכא למיקם עלה דמילתא, וכיון שכן נוח להניחם לעשות כרצונם, ולא נעשה אנו דין שיכול לבוא לידי טעות. הילכך כל מי שמתגבר ידו בכל פעם הרי היא ברשותו, עד שתגבר יד האחד או בזרוע או בראיה.

לפי השיטה לא נודע למי, "כל דאלים גבר" – אין זו הכרעה. בית דין אינם מכריעים כי אין כאן דררא דממונא ולא ניתן לקבוע של מי הרכוש, ונוח להניחם לעשות כרצונם. זאת היא מריבה כוחנית לא נפסקת של הצדדים, עד שאחד מהם ינצח בכוח או בראיות.

דברים דומים לדברי השיטה לא נודע למי כתב הראב"ד (שיטה מקובצת, בבא קמא קיז ע"א):

אני אומר דהאי דינא דכל דאלים גבר, לאו דינא חתוכה היא לעולם. דאי אלים השתא ושקיל לה השתא, ולבתר זימנא אלים אידך ושקיל לה, לא מפקין מיניה.

הדין ייחתך כשיבואו עדים, ובינתיים בכל פעם מי שגובר – החפץ יהיה בידו.¹⁷ כיוון זה כדברי השיטה לא נודע למי והראב"ד, ניתן להבין מדברי הרשב"ם. הרשב"ם (בבא בתרא לד ע"ב ד"ה וכל דאלים גבר) בתחילת הסוגיה כתב שהכרעת כדא"ג היא: "בין בראיות בין בכח כמו שפוסק רב נחמן לפנינו כדא"ג". "בין ראיות" היא אכן הכרעה סופית. אבל עד אז הצדדים רשאים להתגבר זה על זה ולחטוף את החפץ זה מזה. כך כתב עוד הרשב"ם (שם לה ע"א ד"ה התם):

...הכא בהאי קרקע דליכא לא שטר ולא עדי חזקה ואיכא למיקם עלה דמילתא, אם יבואו ויעידו של מי הוא. הלכך אין כאן לומר חלוקה ושוא דשמא יבואו עדים ויסתרו את הדין שדנו בית דין. הלכך אין בית דין נזקקין להם לדון דין שסופו לבא לידי עיוות. אלא מניחים אותן, וכל דאלים גבר עד שיבואו עדים ויבררו הדבר.

מדברי הרשב"ם: "הלכך אין בית דין נזקקין להם", ניתן ללמוד שהכרעת כדא"ג היא הסתלקות של בית הדין מהעניין. בית הדין אינו מתערב במקרה כזה אלא מאפשר לכל אחד מהצדדים לתפוס עד

¹⁶ הרב יעקב משה חרל"פ (מי מרום – שמות, עמ' קסט) כתב: "שונות הם הפשרות של ישראל מפשרות שאר העולם. כי הפשרות של העמים הם ביסודם עיוות הדין לא לזה ולא לזה, מעט לזה ומעט לזה. אמנם הפשרות של ישראל אדרבה הם כפי עומק הדין. ישנם חשבונות שונים שמחמת סיבתם מוכרח הדבר להיות כך כערך החשבון של 'חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו' (ו ע"א), אם בגלגול זה אם בגלגולים אחרים. על הכל יש חשבון ורק על פי הדין המדויק שאמנם בית דין של מטה לרגלי סיבת אי ידיעתם אסור להם לפסוק כך, ועל פי הדיוק הזה בא הדבר לידי פשרה שלא יגבה הלה יותר ממה שחייב לו באמת לאמיתו".

¹⁷ גם מדברי התוספות (ו ע"א ד"ה והא הכא) ניתן להבין שכדא"ג היא פסיקה שמאפשרת לחזור ולתקוף בחזרה, וכן משמע מהתוספות (בבא בתרא קה ע"א ד"ה אבל). כך כתבו גם: רבינו יונה (בבא בתרא לה ע"ב); הרב מרדכי אשכנזי (מרדכי, בבא מציא רמז טיט); הרב אלכסנדר הכהן (האגודה, בבא מציא, א, יג); הגהות מיימוניות (הל' טוען ונטען י, ו). הרב שבתאי הכהן (שפתי כהן, ש"ך, שולחן ערוך חושן משפט סי' קלט ס"ק ב [ושם ס"ק ו]) ציין את דברי הראשונים הללו וכתב: "נראה לדינא דאם חזר ותקפה אין מוציאין מידו כיון דפלוגתא דרבוותא היא וגם רובא נינהו".

שיבואו עדים או שאחד מהם יהיה חזק יותר ויתפוס בכוח והאחר לא יוכל להוציא ממנו. כך הבין הרב אלחנן וסרמן (קובץ שעורים, בבא בתרא אות קנב [שם אות קנו]) את מחלוקת הרשב"ם והרא"ש:

בהא דכל אלים גבר, פירש רשב"ם דאין בית דין נזקקין להן כלל, ולפי זה לעולם מהניא תפיסה זה אחר זה. אבל הרא"ש כתב דלא מסתבר הכי ולא מהני תפיסת השני.

ניתן להסביר שהרשב"ם והרא"ש נחלקו במשמעות של כדא"ג. האם זו הכרעה דינית משפטית, אם כי הכרעה זו עדיין מאפשרת לצד שלא תפס להביא ראיות לטובתו גם לאחר שהצד האחר גבר ותפס, או שכדא"ג זו הסתלקות של בית הדין מהכרעה, וזו מתן אפשרות לנחוש ולחזק מבין השניים לתפוס, עד שהצד שכנגד יביא ראיות לטובתו. לדעת הרא"ש זו הכרעה משפטית (כצד א), ולדעת הרשב"ם זו הסתלקות מהכרעה (כצד ב).¹⁸

אך נראה להסביר שאין מחלוקת כלל בין הראשונים שצוינו בנוגע למשמעות של כדא"ג. כדא"ג איננה הסתלקות מוחלטת של בית הדין, אם כי גם לא הכרעה מוחלטת. כדא"ג היא הכרעה זמנית. לאחר שבית הדין שמע את טענות הצדדים וראה שהן שוות ולא ניתן להכריע ביניהן בשלב זה, אין לבית הדין נתונים מספיקים בשלב זה כיצד להכריע. אשר על כן בית הדין מעמיד את העניין למבחן נוסף. בינתיים, עד להכרעה הסופית על פי בית הדין החפץ יהיה בידי מי שיתאמץ יותר להשיגו (ע"פ הרא"ש), או שבכל פעם האלים והחזק יותר יתפוס את החפץ (ע"פ השיטה לא נודע למי, הראב"ד והרשב"ם לפי הסבר הקובץ שיעורים), אך כל זה היא הכרעה זמנית, פסיקת ביניים, ולכל צד ניתנת שוב האפשרות להביא ראיות ולהכריע בכך את הספק. כך הסביר הרב אלחנן וסרמן (קובץ שעורים, בבא בתרא אות ט):

דהא דכל דאלים גבר הוא מפני שבית דין מסלקין את עצמן ואין פוסקין שום דין וממילא כל דאלים גבר. ואיך משכחת לה, הרי גם בספק ממון ישנן דיני תורה איך לפסוק? אבל מצינו גם באיסורין, חילוק בין ספק לחסרון ידיעה, דזה לא נקרא ספק... ובחסרון ידיעה אין בית דין פוסקין שום דין כלל, וממילא היכא דקאי ממונא לוקי.

לבית הדין חסרים נתונים על מנת לפסוק ועל כן "בית דין מסלקין את עצמן" לבינתיים, "ואין פוסקין שום דין" כל עוד אין בידיהם את הנתונים הללו. כדא"ג זו הסתלקות במובן זה שבית הדין אינו קובע של מי החפץ, אלא מגלגל את הבעיה חזרה לפתחם של המתדיינים, אבל זאת רק לבינתיים, על מנת לבדוק אותם, אולי כך יתגלה מי הוא בעל החפץ האמיתי. זאת בהנחה שיש הכרעה אחת. במקרה של "ההוא ארבא" יש רק אחד שהוא היורש ולא ייתכן ששניהם ירשו את הספינה, שהרי אין מדובר באחים. אין בית הדין מסתלק לגמרי מהעניין, אלא ממשיך לעקוב אחריו. "התיק" לא נסגר. הם מחזירים את הדיון לצדדים ומאפשרים עוד לברר האמת.

הסברנו זה מדויק בדברי הראשונים. הרשב"ם כתב (בבא בתרא לה ע"א): "שאיין בית דין נזקקים לדון דין שסופו לבא לידי עיוות", וכוונתו שבשלב זה אין בית דין יכולים לדון על פי הנתונים שבידיהם כי יכול להיות שתהיה ראייה מכרעת, ואז יתברר שבית הדין עיוות ח"ו את הדין. הפסיקה בשלב זה לפי הרשב"ם היא: "אלא מניחים אותן וכל דאלים גבר, עד שיבואו עדים ויבררו הדבר".

¹⁸ כך הסבירו גם: הרב מלכיאל טננבוים (שו"ת דברי מלכיאל, ג' ס' קעג); הרב איסר זלמן מלצר (אבן האזל הל' טוען ונטען ט, ז); הרב יעקב משה חרל"פ (בית זבול, בבא מציעא ס' ו); הרב יעקב בצלאל ז'ולטי (משנת יעבץ, חושן משפט ס' יח); הרב יהושע יגל (נתיבות יהושע, א, עמ' ק-קו, ועמ' שפ-שפא); הרב עוזיאל משה רוטשטיין (נחלת משה, בבא בתרא לה ע"א); הרב מרדכי שטרנברג ("יחלוקה", עיונים משיעורי הרב מרדכי – שנים אוחזין, עמ' יח), ועוד.

יניחו אותם להמשיך לדון ולהתווכח ביניהם, ואחד מהם יגבר עד שיבואו עדים ויהיה ניתן לברר הדבר. או שיש להסביר שמניחים העניין לפנייהם, והחפץ יהיה בכל פעם בידי מי שיגבר, עד שיבואו עדים ויהיה ניתן לברר את הדבר.

זו גם כוונת הראב"ד (שיטה מקובצת, בבא קמא קיז ע"א): "אני אומר דהאי דינא דכל דאליס גבר, לאו דינא חתוכה היא לעולם". אכן בשלב זה אין הדין חתוך באופן מוחלט, ולדבריו "דאי אלים השתא ושקיל לה השתא, ולבתר זימנא אלים אידך ושקיל לה, לא מפקינן מיניה", עד שיבואו עדים או שאחד מהם יביא ראיה אחרת לטובתו.¹⁹

כך יש להסביר את דברי הרא"ש (שו"ת, סי' עז, א) שכתב: "נסתלקו חכמים מן הדין ואמרו כדא"ג, אולי יתברר לאחר זמן של מי הוא". הסתלקות זמנית, כדי לאפשר בירור אמיתי אחר כך.²⁰ יוצא אפוא, שמאז שהצדדים הגיעו לבית הדין וכל אחד טען 'של אבותי', בית הדין איננו יכול לסלק עצמו מלדון. כדא"ג זו הכרעת ביניים שמזמינה את הצדדים להתאמץ יותר ולהביא בפני בית הדין עדויות שיכריעו את הדין הכרעה סופית.²¹

ג. יהא מונח עד שיבוא אליהו – עד שיתברר הדבר

התוספות (ב ע"א ד"ה יחלוקו) הנגידו בין "שנים או חזין בטלית... יחלוקו", לבין "מנה שלישי". כוונתם לאמור במשנה (לז ע"א):

¹⁹ על דברי הראב"ד הללו הקשה הרשב"א (שיטה מקובצת שם): "ודברי תימה הם, דאם כן אם היתה פרה אסור לשוחטה ולאכלה שלא תעמוד לפנייהם קיימת, ואפילו להצניעה במקום שאין יד חברו שולטת בו לא יעמידנה. וההיא ארבא דבחזקת הבתים אי אלים חד מינייהו אסור להשכירה אצל אחרים. ודברי הרב צריכין לי תלמוד". נראה שאכן כן, בזמן שהחפץ מונח ביד אחד הצדדים, הוא איננו רשאי לעשות שום פעולה שתגרום לכילוי החפץ כמו שחיטה וכד'. נראה גם שלא יוכל לקדש בחפץ זה אישה, ואם מדובר בארבעת המינים הוא לא יהיה רשאי ליטול אותם כי לא בטוח שהם שלו (ראה בעניין זה: הרב אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, כתובות אות נה; קובץ הערות סי' עא, ב-ג). האחיזה של כל אחד מהצדדים היא לבינתיים עד שהעניין יוכרע כשיהיו בפני בית הדין עדויות או ראיות חדשות.

²⁰ גם התוספות ר"ד (ב ע"א) כתב: "הכא אי דמר לא דמר, דלעולם לא היתה אלא בחזקת אחד מהן. הילכך אין ראוי לבית דין לדון יחלוקו, אלא מסתלקין הן מן הדין ואומרים להן כל דאליס גבר". כאמור ההסתלקות היא במובן זה שהם אינם יכולים לדון כעת, ובוודאי שאינם יכולים לפסוק יחלוקו, אבל כשאחד מהם יביא עדים או ראיה אחרת הם ימשיכו לדון ולהכריע.

²¹ הרב שמעון שקופ דן בבסיס לדין "יחלוקו" שבמשנתנו (ע"פ סיכום שיעור פתיחה למסכת בבא מציעא. סיכום שיעור הפתיחה ושיעורים נוספים היו בידי הרב יהושע יגל, שמסר את צילום כתבי היד לרב יובל שרלו, שפרסם אותו בתוספת הערות קצרות משלו במאמרו: "פתיחה למסכת בבא מציעא", באי מציעא, תשס"ה, עמ' 21–35; דברי הרב שמעון שקופ, שם עמ' 33–35). לפיו, האפשרות של חכמים לתקן תקנות בענייני ממון – מטרתה להועיל, "אבל היכא דליכא מה לתקן... מה חזו רבנן להפקיר ממון ולתתו לאחר? ונראה לומר כי יש להם כח היכא שאין להם שום בירור של אמת לברר דבר על בוריו לעשות משפט כפי הנראה להם משום 'ושפטתם' (דברים א, טז) משום שעליהם מוטל לעשות הפשר ביניהם שלא יריבו ביניהם, אף על פי שאיננו עומדים בוודאי על האמת. מכל מקום מפני שאין להם תקנה אחרת, יכולים לעמוד על דעתן כהישר בעיניהם. וזה חילקו על ארבעה דינים: יחלוקו, כל דאליס גבר, המוציא מחברו עליו הראיה, ומונח עד שיבוא אליהו". בנוגע ל"המוציא מחברו עליו הראיה" העיר הרב שרלו שהמוציא מחברו איננו הכרעת דין, אלא זאת נקודת מוצא לדיון. ניתן להסביר שכוונתו לומר ש"המוציא מחברו עליו הראיה" זה כמו פסיקת הביניים "כל דאליס גבר" – בראיות. לגוף העניין, לדברינו הפסיקה "יחלוקו" היא הכרעת דין סופית, ובהנחה ששניהם הגביהו כאחד. "כל דאליס גבר" ו"היה מונח" הם פסיקות זמניות עד שיתקבלו ראיות חדשות. אין מדובר בפסיקות "מפני שאין להם תקנה אחרת, יכולים לעמוד על דעתן כהישר בעיניהם". אמירה כזו מתאימה ל"שודא דדייני" (כתובות צד ע"א).

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.²²

הגמרא (ג ע"א) הקשתה ממשנה זו:

לימא מתניתין דלא כרבי יוסי, דאי כרבי יוסי – הא אמר: "אם כן מה הפסיד רמאי? אלא, הכל יהא מונח עד שיבא אליהו".
אלא מאי רבנן? כיון דאמרי רבנן: "השאר יהא מונח עד שיבא אליהו", הא נמי כשאר דמי, דספיקא היא! האי מאי? אי אמרת בשלמא רבנן, התם דודאי האי מנה דחד מינייהו הוא, אמרי רבנן: "יהא מונח עד שיבא אליהו", הכא דאיכא למימר דתרוייהו הוא, אמרי רבנן פלגי בשבועה.
אלא אי אמרת רבי יוסי היא, השתא ומה התם דבודאי איכא מנה למר ואיכא מנה למר, "אמר רבי יוסי... יהא מונח עד שיבא אליהו", הכא דאיכא למימר דחד מינייהו הוא לא כל שכן? אפילו תימא רבי יוסי, התם ודאי איכא רמאי, הכא מי ימר דאיכא רמאי? אימא תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה.

תשובת הגמרא היא שלפי חכמים ב"מנה שלישי" ברור שהמנה שייך רק לאחד משני התובעים, ואילו ב"שניים או חזין בטלית" ייתכן שהיא של שניהם ולכן חולקים בשבועה. לפי רבי יוסי במקרה של שניים שהפקידו יש בוודאי רמאי, ואילו בשניים או חזין בטלית אין בוודאי רמאי, כי ייתכן שהם הגביהו הטלית יחד.

ההדגש בדברי חכמים הוא שבטלית ייתכן שהיא של שניהם והחלוקה יכולה להיות אמת ולכן חולקים, ואילו לפי רבי יוסי בטלית אין רמאי כי ייתכן שהם הגביהו יחד והטלית של שניהם ולכן חולקים. נראה שצירוף שני ההדגשים הללו מנמק היטב את דין "שניים או חזין בטלית". איש מהם איננו רמאי, כי ייתכן שהם הגביהו יחד, וממילא גם החלוקה של הטלית היא חלוקת אמת. התוספות (ב ע"א ד"ה ויחלוקו) הסבירו את ההשוואה בין משנת "שניים או חזין בטלית" לבין דעת חכמים בנוגע ל"מנה שלישי":

וכן במנה שלישי דמדמי בגמרא לטלית, חשיב ההוא שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו, לכך משני ד"התם ודאי דחד מינייהו הוא" ואין החלוקה יכולה להיות אמת, ולכך יהא מונח... ובמנה אין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא ביד חבירו.

ההשוואה לשניים או חזין בטלית היא שב"מנה שלישי" הכסף נשאר אצל הנפקד וזה נחשב כאילו המפקידים עצמם מחזיקים בכסף, ובמובן זה דומה המקרה לשניים או חזין בטלית. אין פוסקים ב"מנה שלישי" יחלוקו כי שם ברור שהמנה השלישי שייך רק לאחד מהם ואין החלוקה יכולה להיות אמת, בעוד ש"שניים או חזין בטלית" ייתכן ששניהם הגביהו כאחד והטלית של שניהם.

²² במשנה (שם) נאמר עוד: "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". מקרה דומה אף בהקשר של כלים, לא רק כסף. בתוספתא (ג, ב) נזכר מקרה זה בקצרה: "שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים. בשעת התביעה זה אומר: מאתים שלי, וזה אומר: מאתים שלי. נותן לזה מנה ולזה מנה, והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו. אמר ר' יוסי: אם כן מה הפסיד הרמאי? אלא הכל יהא מונח עד שיבא אליהו. וכן שני כלים אחד גדול ואחד קטן".

התוספות (ג ע"א ד"ה התם ודאי) הסבירו את ההשוואה בין משנת "שניים או חזין בטלית" לבין רבי יוסי בנוגע ל"מנה שלישי":

התם ודאי איכא רמאי – לכך קניס ליה גם במה שהוא שלו בודאי. אבל הכא אימור תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה דליכא רמאי, דכל חד סבור שהוא הגביה קודם.

דברי הגמרא "אימא תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה" הם אותה התשובה לשאלה שנשאלה לעיל (ב ע"ב): "לימא מתניתין דלא כבן ננס". אלא ששם תשובה זו ענתה למה אין חשש שאחד הטוענים נשבע לשקר, שאכן ייתכן שהם הגביהו יחד והטלית של שניהם. לעומת זאת, כאן תשובה זו היא נימוק לכך שחולקים את הטלית ואין מניחים אותה עד שיבוא אליהו. "עד שיבוא אליהו" הוא ביטוי שמשמעותו עד שהדבר יתברר בעדים או בראיות אחרות, או שאחד מהם יודה או שהם מיוזמתם יתפשרו ביניהם.²³

מדברי התוספות (ב ע"א ד"ה יחלוקו) יש ללמוד שהכסף או הכלי "יהא מונח" בידי הנפקד.²⁴ המרדכי (רמז רעד) כתב בשם האור זרוע: "לא בידו [של הנפקד] אלא ביד בית דין. דאם לא כן, לעולם יערים אדם גבי פקדון ויאמר איני יודע".²⁵ נראה להסביר שגם לפי הסוברים שהכסף או הכלי יהיה ביד בית הדין, יש לראות את בית הדין כתופסים "בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו". ייתכן שלעיתים הנפקד איננו יכול מסיבות שונות להחזיק אצלו סכומי כסף או כלים לאורך זמן, ועל כן הוא מעבירם לידי בית הדין. במובן מסוים יש אף יתרון להעביר לבית הדין במקרה שאחד הצדדים יביא ראיות או עדים: היכולת של בית הדין לעיין בראיות ולחקור את העדים טובה הרבה יותר מזו של הנפקד.

המשמעות המעשית של דין "יהא מונח עד שיבוא אליהו" דומה למשמעות המעשית של דין "כל דאליס גבר". כאמור, דין זה מורכב משני חלקים: החלק הראשון – התגברות של אחד על האחר בתפיסה של החפץ או הקרקע, או התגברות מתמשכת זה על זה בתפיסה של החפץ או הקרקע. זו פסיקה זמנית, עד מימוש החלק השני. החלק השני – בואם של עדים או הבאת ראיה אחרת על ידי אחד הצדדים שהוא הבעלים של החפץ או הקרקע. כך יש לראות גם את ההכרעה "יהא מונח עד שיבוא אליהו" במקרה של "מנה שלישי". גם בהכרעה זו יש שני חלקים: החלק הראשון – לאחר שהתברר שאין מספיק נתונים לברר מי מבין השניים צודק, החפץ יהיה מונח בידי אדם שלישי – הנפקד או בית הדין – ואין לאיש מהטוענים יתרון על חברו. החלק השני הוא בואם של עדים או הבאת ראיה אחרת מי הם הבעלים.

המכנה המשותף הרחב של דינים אלו – כדא"ג ויהא מונח עד שיבוא אליהו – הוא שההכרעה הסופית בדין תהיה על פי עדים או ראיה אחרת וכך "ישברו שוויון" בין הצדדים. השונות בין הפסיקות הוי בשלב הראשון.

בדין כדא"ג ההתגברות זה על זה בפעם הראשונה או באופן מתמשך, נועדה לקבוע היכן החפץ יהיה מונח. בעוד שבדין יהא מונח עד שיבוא אליהו, ידוע מראש שהחפץ יהיה מונח בידי הנפקד או בבית הדין.

²³ במשמעות הביטוי "עד שיבוא אליהו", ראה בהרחבה בשיעור כד: סימנים, עדים על האבידה ועל המאבד.
²⁴ כך משמע גם מהתוספות (ג ע"א ד"ה גבי). כך כתבו גם: הרמב"ם (הל' שאלה ופיקדון ה, ד); ראב"ד (שיטה מקובצת לז ע"ב ד"ה ושקלינן); הרב מנחם המאירי (ג ע"א); הרב יוסף קארו (שולחן ערוך חושן משפט סי' ש, א-ב).

²⁵ כך כתב גם רבנו יהונתן (שיטה מקובצת, בבא קמא ק"ז ע"א). רמ"א (שולחן ערוך חושן משפט סי' ש, א) ציין לדברי המרדכי הללו אם כי לא כתב את הנימוק. ראה שם בש"ך (ס"ק י) ובנו"כ נוספים שדנו בדבר.

סיכום

יחלוקו, כל דאלים גבר, יהא מונח אליהו – אלו הן שלוש הכרעות שונות בספקות ממוניים. יחלוקו – פסק זה ניתן כשברור לדיונים שיתכן שהחפץ שמתווכחים עליו שייך לבעלי הדין. דוגמה: הטוענים הגבירו את המציאה כאחד. לפי חלק מהראשונים הם צריכים לאחוז במציאה בבואם לבית הדין, ולפי חלק מהם גם אם הם אינם אווזים במציאה, הדין הוא יחלוקו. חלוקה במצב כזה היא פסק דין, ולא פשרה או הימנעות מפסיקה.

כל דאלים גבר – פסק זה ניתן כאשר שניים טוענים שחפץ מסוים או קרקע מסוימת שייך להם עקב ירושה מאבותיהם. הם אינם אווזים בחפץ או בקרקע. לאיש מהם אין ראיות לטענותיו. הפסק הוא שמי שיגבר ויתפוס ראשון את החפץ או הקרקע, החפץ או הקרקע יהיו ברשותו, עד שאחד הצדדים יביא עדים או ראיה אחרת שהחפץ או הקרקע שלו. יש מי שחולק, ולפיו יהיה ניתן להתגבר זה על זה עד שיבואו עדים או אחד הצדדים יביא ראיה לטובתו. פסיקה זו שהחפץ יהיה ביד מי שגבר ראשון, או ביד מי שגובר בכל פעם, היא פסיקת דין זמנית ולא הסתלקות או הימנעות מפסיקת דין. לדיונים בבית הדין אין מספיק נתונים על מנת להכריע של מי החפץ או הקרקע, ופסק הדין הזמני נועד לדרבן את מי שבטוח יותר בטענתו, לטרוח ולמצוא עדות או ראיה אחרת לדבריו.

יהא מונח עד שיבוא אליהו – פסק זה ניתן כאשר שניים טוענים שסכום כסף מסוים או כלי מסוים שייך להם. הכסף או הכלי הופקדו בידי הנפקד, שאינו זוכר מי נתן לו לשמור סכום כסף גדול יותר או כלי גדול יותר. הכסף או הכלי יהיו מונחים בידי הנפקד או בידי בית הדין "עד שיבוא אליהו" – עד שיתברר באמצעות עדים או ראיה אחרת מי בעליו. מבחינה מעשית פסיקה זו דומה מאוד לפסיקת "כל דאלים גבר", אך ההבדל הוא ששני הצדדים הטוענים אינם צריכים להתגבר זה על זה פעם אחת או באופן מתמשך בידי מי יהיה הכסף או החפץ, כי הוא מונח באופן קבוע אצל הנפקד או בידי בית הדין.