

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

בס"ד, גליון תרפ"ד, פרשת קורח, תשפ"ו מאת: יצחק בירך דסקל – דיין ומו"ץ

טל: 052-7611435 y.b.daskal@ybdaskal.com דואר אלקטרוני: [להורדת כל ספרי בינת המשפט חנים לחץ כאן](mailto:y.b.daskal@ybdaskal.com)

דאפילו קנין אינם צריכין, אלא כל מה שמתנים זה עם זה מתקיים, אפילו באמירה בעלמא, ואינן יכולין לחזור בהן כל זמן השותפות שהתנו (מרדכי פרק הגזול בתרא והגהות מיימוני פ"ג דשלוחין ופ"י דגזילה וב"י בשם הר"ן). ויש חולקין ואומרים שיכולין לחזור בהן לענין מה שירויחו אח"כ, אבל לא לענין מה שהרויחו כבר, ואינן נאמנין לומר שכבר חזרו בהן (נ"י פ"ק דב"ב וריב"ש סימן תע"ו בשם הרמב"ן והרשב"א). וכל זה בשנים שנשתתפו זה עם זה ועוסקין שניהם בשותפות, וכל אחד יתן לחבירו מה שירויח, ולכן גמרו ומקנו אהדדי" עכ"ל.

הנה נחלקו השיטות באומנים שהשתתפו יחד ומתחייבים זה לזה בדבר שלא בא לעולם, האם חל ההתחייבות. המחבר פוסק שלא חל ההתחייבות אפילו בקנין, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפילו שמתחייבים זה לזה. והרמ"א מביא שיטה ב', דיכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם, אבל צריך קניין. ומביא שיטה ג', שכיון שמתחייבים זה לזה אפילו קנין לא צריך. ומביא שיטה ד', שלענין מה שהרויחו יכולים לחזור בהם, ולענין מה שירויחו בעתיד יכולים לחזור בהם.

ושורש מחלוקתם, דכל יסוד קניין הוא ראייה לגמר דעת, לכן בדבר שלא בא לעולם אין גמר דעת, אבל אם מתחייבים זה לזה, אגב דרוצה לקנות מקנה. ויש אומרים שאפילו אם מקנים זה לזה, לא חל קניין בדבר שלא בא לעולם.

העולה מזה: אף על פי שאין קניין חל בדבר שלא בא לעולם, מכל מקום יש אומרים שכאשר שני הצדדים מתחייבים ומקנים זה לזה, חל הקניין, כי מתוך שרוצה לקנות גומר בדעתו להקנות. ויש אומרים שחל בלא קניין, ויש אומרים שגם באופן זה אין הקניין חל בדבר שלא בא לעולם.

שיטת הש"ך בשותפים בדבר ששייך בו קנין

ושיטת הש"ך, שלפי שיטה זו דמחמת שרוצה לקנות מקנה דבר שלא בא לעולם, שני שותפים שהשתתפו בדבר, אפילו שיש בידם לעשות קניין כיון שמתחייבים זה לזה חל החיוב ללא קניין.

וז"ל הש"ך (חושן משפט סימן קע"ו ס"ק ו) "וי"א דאפי' קנין אין צריכין כו'. פשוט הוא דקאי נמי אריש הסימן, אשאר שותפין, וכתב כאן באומנות דהוא דבר שלא בא לעולם, וכל שכן שאר שותפין

בדין שותפים שהתחייבו זה לזה בלי קנין

ובו יבואר: א. האם חל קנין בדבר שלא בא לעולם, כאשר מתחייבים זה לזה: ב. האם שותפין ללא קנין מתחייבים זה לזה. ג. האם יש הבדל בין דבר שאפשר לעשות קנין או לא. ד. האם יש הבדל בין שותפים לבין קונה ומוכר.

הנידון

"אני וחבר שלי עוסקים בנגרות. החלטנו שנעבוד יחד. לכל אחד יש נגרייה קטנה. שכרנו יחד חדר גדול, וכל אחד הביא מה שיש לו, והתחלנו לעבוד יחד. חבר שלי רוצה לחזור בו מהשותפות. האם הוא יכול, אני רוצה להדגיש שלא עשינו קניין."

תשובה

יש מחלוקת בין הש"ך והנתיבות אם צריך קניין בדין זה. לש"ך אין צריך קניין, ולנתיבות צריך קניין. ומספק אי אפשר לכפות עליו להישאר שותף.

ביאור התשובה

מתי מקנה דבר שלא בא לעולם

והנה בחושן משפט (רט, ח) כתב הרמ"א וז"ל "וי"א דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ אם הוא גם כן רוצה לקנות, מקני גם כן, ולכן שנים שהקנו זה מזה על מתנה שיקבל אחד מהן מאחר, שלכל מי שיתן לו יחלוק עם חבירו, דקנה (הגהות מרדכי דב"ב) וע"ל סימן קע"ו סעיף ג' דיש חולקין" עכ"ל. מבואר שבדבר שלא בא לעולם שלא מהני קנין, מכל מכם מהני ללא קניין, והטעם כתב הסמ"ע סימן (רט ס"ק ל) וז"ל "אם רוצה לקנות מקנה. דאגב דרוצה לקנות מקנה" עכ"ל. ומציין הרמ"א דיש חולקים בסימן קע"ו סעיף ג'.

וז"ל המחבר בחושן משפט (קע"ו, ג) "האומנים שנשתתפו באומנות, אף על פי שקנו מידם, אינם שותפים. כיצד, שני חייטין או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהם בשוה, אין כאן שותפות כלל, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. הגה: וי"א דיכולין להקנות זה לזה אפי' בדבר שלא בא לעולם (טור בשם הראב"ד והרא"ש ותשובת רשב"א אלף נ"ז וב"י בשם עיטור). וי"א

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

כמ"ש הסמ"ע בסימן ר"ט ס"ק ל', וכן באסמכתא שאינו רוצה להקנות עכשיו רק באסמכתא, כגון במשחק בקוביא בסימן ר"ז סעיף י"ג בהג"ה, וכן בסימן קע"ג [סעיף ב'] גבי גורל וכיוצא, דאינו ידוע עכשיו מה להקנותו, שייך לומר אגב דבעי לקנות גמר ומקנה, אבל בדבר שדעתו להקנות מיד ואפשר בקנין ובמשיכה להקנותו מיד לא שייך לומר אגב דבעי לקנות גמר ומקני, כיון דמיחסר משיכה, ואדרבה אמרינן אילו היה גמר ומקנה היה עושה קנין גמור, ועמ"ש בסימן ר"ז סעיף י"ג [סקי"ד] ראייה לזה".

"וכן בשותפין נראה דאם מתנין על דבר שלא בא לעולם, כגון חייטין או כל מקח שיבוא לכאן נהיה שותפין, נגמר בדיבור בלא קנין, וכן אם מתנין כל הריח ששיגיע לידינו הן על ידי מו"מ שלי או מו"מ שלך נחלוק, או שמתנין שיעסוק כל אחד במעות שלו ויחלקו הריח, מהני בדיבור בלא קנין, דנעשו כשכירים זה לזה, וכן בחיוב הגוף שייך לומר גמר ומתחייב, דחיוב מהני כשמתחייב בעצמו בחיוב גמור, ואף בכה"ג נראה דבעינן דוקא שכבר התחילו להתעסק, דלא עדיף מפועל שיכול לחזור קודם התחלת המלאכה, וכן במתנין כל מקח שיגיע לכאן נהיה כולנו שותפין, קודם שבא המקח לעיר יכול לחזור, כמו בסימן קע"ג, דמאן דס"ל הגורל קונה דודאי יכול לחזור בו קודם שיפילו גורל, וכן בשני חייטין נראה דבעינן התחלת מלאכה דלא עדיפי מפועל".

"אבל אם רוצין להקנות שיהיה גוף היין והשמן נקנה מאחד לחבירו על שותפות, ודאי בעינן קנין, כיון דרוצה להקנות לו גוף הדבר שיהיה מעכשיו שלו לענין אונסין ולקנות בו עבדים וקרקעות, נראה דבעי קנין גמור. ולולי שמדברי מהרי"ק [שרש קפ"א ענף ב'] משמע דאפילו בדבר דמהני קנין אמרינן אגב דבעי למיקני, וע"כ צ"ל דנשתתפו שאני, דאגב דצייתי אהדדי גמרי ומקני אפילו בדבר הבא לעולם". עכ"ל נתיבות המשפט.

תוכן דבריו, סברא זו דאגב דבעי לקנות גומר להקנות לחבירו אינה אלא בדבר שלא בא לעולם, דכיון שאין אפשרות לעשות קניין, מהני בלא קניין, בגמר דעתם. אבל בדבר שבא לעולם, שיש אפשרות לעשות קניין, אפילו שרוצה לקנות, אינו מקנה ואינו קונה בלי קניין. ולכן שותפים, שזה מביא יין וזה מביא דבש וכדו', שרוצים להשתתף ממש ולהיות שותפים, לא מהני ללא קניין, אפילו שרוצה לקנות, לא גמר ומקנה בלא קניין. ולא אמרינן בשותפים דמהני אלא באופן שרוצים להתחייב על העתיד, שזה דבר שאין שייך בו קניין, וגם בזה מכל מקום צריך שיתחילו במלאכה, דהרי פועל יכול לחזור בו לפני תחילת מלאכה, ולא גרע שותפים מפועל לפני תחילת מלאכה שיכול

שמטילין לכיס, וכן הוא בהדיא בבית יוסף בשם הפוסקים בעלי סברא זו, העיטור והמרדכי והגהות מיימוני וסייעתם כן מצאתי כתוב, עיין בתשובות רשד"ם סי' ק"ו וקי"ד וקנ"ג וקנ"ד וקע"ז ושצ"ה ותי"ג". עכ"ל הש"ך.

הנה מבואר שהש"ך סובר שבעלי סברא זו, הסוברים שמחמת שגמר בדעתו לקנות מקנה אין צריך אפילו קניין, לאו דווקא בדבר שלא בא לעולם, אלא גם בדבר שבא לעולם אין צריך קניין. וכתב הש"ך דהוא קל וחומר, שאם בדבר שלא בא לעולם, שלא מהני קניין, מכל מקום מחמת סברא זו, שמתחייבים זה לזה, גומרים בדעתם להקנות, ומהני, כל שכן בדבר שבעולם, שמהני קניין, שאין צריך קניין, וחל מחמת שמתחייבים זה לזה.

העולה מזה: שיטת הש"ך שהסוברים שמחמת שגמר בדעתו לקנות מקנה אין צריך אפילו קניין, כל שכן בדבר שבעולם, שמהני קניין, שאין צריך קניין, וחל מחמת שמתחייבים זה לזה.

שיטת נתיבות המשפט בשותפים בדבר ששייך בו קנין

אבל בנתיבות המשפט האריך לחלוק על הש"ך, ופוסק שבדבר ששייך בו קניין, גם בעלי סברא זו סוברים שצריך קניין, והטעם בזה, דדווקא כאשר אין אפשרות לעשות קניין, אמרינן שאגב שמתחייבים גומרים בדעתם בלא קניין, כי אין להם אפשרות לעשות קניין, אבל אם יש להם אפשרות לעשות קניין ואינם עושים קניין, זה חסרון בגמר דעתם, ולא מהני אפילו שמתחייבים זה לזה.

וז"ל נתיבות המשפט (באורים סימן קעו ס"ק ג) "דאפילו קנין אינם צריכין. עיין ש"ך ס"ק ו' שכתב דפשוט הוא דקאי נמי אריש הסימן אשאר שותפין וכו'. משמע מדבריו דלדעה זו בכל שותפין אפילו נשתתפו במטלטלין, כגון שיש לזה דבש ולזה יין, תיכף שדיברו ביחד שיהיה הכל בשותפות א"צ קנין ונקנה לזה חצי היין ולזה חצי הדבש. והוא תמוה בעיני טובא, דהא עיקר טעם דברי הפוסקים הללו הוא משום דאמרינן דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה כמבואר בסימן ר"ז סעיף י"ג בהג"ה, ואם נאמר דסברא זו שייך גם במטלטלין, א"כ קשה במחליף שור בפרה דנימא ג"כ אגב דבעי לקנות גמר ומקנה ולא יצטרך שום קנין, ובהדיא אמרו כיון שמשך זה נתחייב זה בחליפיו [ראה ב"מ מ"ו ע"ב], מבואר דקודם משיכת האחד לא נקנה כלל".

"ולא מצינו סברא זו דאגב דבעי לקנות גמר ומקני רק בדבר שלא בא לעולם ואין הקנין נתפס בו כלל, וא"א לקנות בקנין, שאין קנין תופס בו, ומחמת שרוצה לקנות, ואי אפשר לו לעשות קנין גמור ומקנה לחבירו בלא קנין, כדי שיהיה יכול לקנות מחבירו ג"כ בלא קנין,

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

אומרים שגם באופן זה אין הקניין חל בדבר שלא בא לעולם.

ב. שיטת הש"ך שהסוברים שמחמת שגמר בדעתו לקנות מקנה אין צריך אפילו קניין, כל שכן בדבר שבעולם, שמהני קניין, שאין צריך קניין, וחל מחמת שמתחייבים זה לזה.

ג. לדעת נתיבות המשפט, הסברא דאגב דבעי לקנות גומר ומקנה מועילה רק בדבר שלא בא לעולם, שאין אפשרות לעשות בו קניין. אבל בדבר שבא לעולם, שיכול לעשות קניין, לא מועילה התחייבות בלא קניין. ובשותפות מועילה התחייבות בלא קניין רק בדבר העתיד ובתחילת מלאכה, ולדעת מהרי"ק יש מקום להקל בשותפים אף בדבר שבא לעולם, אך לא בשאר בני אדם.

לחזור בו. ואף על פי שמצאנו שמהרי"ק סובר שגם בשותפים בדבר שבא לעולם אין צריך קניין אם מתחייבים זה לזה, נראה שאפילו המהרי"ק סובר כן דווקא בשותפים בלבד, דאגב דצייתי אהדדי גמרי ומקני אפילו בדבר הבא לעולם, אבל שנים שאינם שותפים, ומקנים זה לזה, אפילו מהרי"ק מודה שלא חל בלא קניין בדבר ששייך בו קניין.

העולה מזה: לדעת נתיבות המשפט, הסברא דאגב דבעי לקנות גומר ומקנה מועילה רק בדבר שלא בא לעולם, שאין אפשרות לעשות בו קניין. אבל בדבר שבא לעולם, שיכול לעשות קניין, לא מועילה התחייבות בלא קניין. ובשותפות מועילה התחייבות בלא קניין רק בדבר העתיד ובתחילת מלאכה, ולדעת מהרי"ק יש מקום להקל בשותפים אף בדבר שבא לעולם, אך לא בשאר בני אדם.

דינים העולים:

א. אף על פי שאין קניין חל בדבר שלא בא לעולם, מכל מקום יש אומרים שכאשר שני הצדדים מתחייבים ומקנים זה לזה, חל הקניין, כי מתוך שרוצה לקנות גומר בדעתו להקנות. ויש אומרים שחל בלא קניין, ויש

