

## בעניין חלוקת שותפים ואופן קניינם

א.

איתא במשנה ריש ב"ב (ב ע"א): "השותפים שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע". ובגמרא הובאו שני פירושים: א. מחיצה - גודא; ב. מחיצה - היינו חלוקה, והחייב לבנות כותל הוא משום היזק ראייה.

ובגמרא (ג ע"א) הקשו: "כי רצו מאי הוי, ניהדרו בהו!" ומתריצין: "שקנו מידן". והקשו "וכי קנו מידן מאי הוי, קניין דברים בעלמא הוא!" ותירץ רבי יוחנן: "בשקנו מידן ברוחות", ורב אשי אמר: "כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק".

ובתוס' (שם ד"ה רב אשי) הקשו מה בא רב אשי להוסיף, וכי בא לומר שקרקע נקנית בחזקה? והרי זו משנה מפורשת, שקרקע נקנית בחזקה! ותירצו שרב אשי בא להוסיף שאף שבכל קניין צריך לומר "לך חזק וקני", בנידון דידן חזקה קונה גם בלא אמר לו "לך חזק וקני". אכן התוס' לא ביארו טעם הדבר למה נשתנה חזקה דילן מכל חזקה אחרת. וברא"ש כתב טעם, כיון שהם שותפים ובאו לחלוק, בזה אין צריך לומר "לך חזק וקני". אבל עדיין צריך סברה לחילוקו של הרא"ש בין מכירה רגילה לחלוקת שותפות.

ב.

ונראה לפי מה שמבואר בגמרא ב"מ (סט ע"א) ששותפין שאחד מהם חילק את השותפות שלא מדעת השותף השני, אם פליג זוזי בלא דעתיה דחבריה - מהני, דזוזי כמאן דפליגי, אבל אם פליג יין בלא דעת חבריו - לא מהני, כיון שיש יין בסיים ויש יין לו בסיים, דמאן פליג לך ("מי שם אותה, ושמה לא נישומת יפה" - רש"י). הרי שיכול לחלוק בלא דעת חבריו במקום שהכל שווה, כמו זוזי, ורק בדברים שאין הכל שווה לא יכול.

וטעם הדבר נראה, שלמ"ד יש ברירה ואחין שחלקו יורשים הם ולא לקוחות, אנו תולין שכל אחד מצא את חלקו, ולכן לא מחזירין זה לזה ביובל. והנה לכאורה אין הדבר מובן שמהיכי תיתי לומר שמצא כל אחד חלקו? ונראה בטעם הדבר על פי המשנה בתמורה (ו ע"א): "איזהו מחיר כלב?... שני שותפין שחלקו, אחד נטל עשרה

ואחד תשעה וכלב - שכנגד הכלב אסור (להקריב על המזבח), ושעם הכלב מותר".  
ובגמרא הקשו: "ניפוק חדא להדי כלבא, והנך כולו לישתרו!" ובתוס' (ר"ה ואיך לישתרו)  
כתב, וזה לשונו:

יש לתמוה, דהכא משמע שאם איסור מעורב בהיתר נוטל האיסור וסומכין על  
ברירה לומר שזהו האיסור שנסתלק. וכן בההיא דהלוקח יין מבין הכותים, שני  
לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן מעשר, וסומך על ברירה לומר שזהו החולין  
שהוא שותה וכו'. ואם כן בכל איסור המעורב בהיתר נסמוך אברירה ונשקול  
כשיעור האיסור ואיך לישתרו!...

ואומר מורי הרמ"ר כלל גדול בדין זה, דוודאי כל דבר שהוברר האיסור מתחילה  
ואח"כ נתערב בהיתר לא סמכינן אברירה, כיון שתערובתו היה באיסור. אבל הני  
תערובתן בהיתר, כי האיסור לא היה מבורר קודם תערובתו, ולאחר התערובת  
נולד האיסור - אז סמכינן אברירה.

## ג.

ובסברת הדברים נראה שכל שלא היה האיסור מבורר קודם, הרי שנוצר דבר שאינו  
מבורר, ואין איסור כלל רק בצורה לא מבוררת, כמו בתמורה שהחליף עשרה טלאים  
בתשע טלאים וכלב, שבאמת אין מחיר כלב מיוחד, רק שמתחילה נוצר מחיר כלב  
בין העשרה טלאים, ובזה כשנוטל אחד ואומר שזהו המחיר הרי משלים יצירת  
המחיר כלב. וכן בשותפין או שנפל ירושה לשני אחין לא נוצר חלק מסוים ששייך  
לזה האח וחלק ששייך לאח השני, אלא נוצר דבר שאינו מבורר, ובזה הברירה  
משלים לנו צד חלק של כל אחד ואחד.

ולפי זה מה שכל שותף זוכה בחלקו כשעושה קניין אין הקניין פועל כקונה  
מחבירו, שבקונה מחבירו יסוד הקניין הוא שבעל החפץ רוצה להעביר החפץ  
לבעלות אחרת, ומעשה הקניין בא לגלות גמירות דעתו לכך, שכיון שידוע שאין  
לחזור אחר הקניין ממילא כל שעושה הקניין מגלה שרצונו המוחלט שלא יחזור בו  
מהסכמה זו גם אם בעתיד ישנה דעתו, וכמו שבארו כך כמה מפרשים. אבל קניין  
שעושה שותף רק מברר חלקו, ואינו זוכה מחבירו, אלא ממילא נתברר שהחלק שלו.  
ומה שמבררין במעשה קניין, נראה כיון שמעשה קניין קונה משום שהוא משמש  
לגלות דעתו להעברת בעלותו של החפץ, אותה פעולה גם מבררת את חלקו.

ולפי זה מובן מדוע במתנה ובמכר צריך לומר "לך חזק וקני", שצריך רצון  
הבעלים שיעבור החפץ לבעלותו של המקבל על ידי מעשה הקניין, ולא סגי  
באמירתו "אני מוכר לך או נותן לך או מקנה לך" בלי לומר "לך וחזק". אבל בחלוקת  
שותפות אין צריך רצונו, אלא צריך קניין כדי שיתברר חלקו. לכן אם בא לחלוק

מעוות אין צריך רצון של השני כלל, ואם בא לחלוק נכסים צריך ב"ד שישום החלקים, או שהשני רוצה לחלוק. וכל זה בנכסים שיש בהם דין חלוקה, אבל בנכסים שאין בהם דין חלוקה צריך רצון משני השותפים לחלק, וכל שרצו והלך אחד מהם ועשה קניין בנכס בחלק אחד - זכה.

ד.

ונראה שבזה מובן מה שרב אשי הוסיף על מה שאמר ר' יוחנן. שמה שכתבו התוס' שבא להוסיף על ר"י שאין צריך לומר "לך חזק וקני" עדיין אינו מובן: למה לו לפרש המשנה כן? ויותר היה לרב אשי לומר דין בפני עצמו, ששותפין שהסכימו לחלוק יכול שותף להחזיק אף שלא אמרו לו "לך חזק וקני"! אכן נראה שרב אשי בא ליישב מה שהמשנה אמרה "השותפין שרצו לחלוק", ואם כמו שפירש ר"י, שקנו מהם ברוחות, קשה: למה הזכירה המשנה השותפין שרצו לחלוק? יותר היה למשנה לומר השותפין שחלקו החצר בונים הכותל באמצע, שהרי לר"י חלקו, ולא רק רצו! לזה בא רב אשי ליישב, שאם השותפין רצו - זה לבד די שיהיה חלוקה, ומה שצריך קניין אינו כדי שיחול הקניין, אלא רק כדי לברר החלקים.

ובנכס שאין בו כדי חלוקה אינו יכול לחלוק בלי הסכמת השני, מפני שלא שייך בזה ברירה, כיון שאחר החלוקה אין החלק האחד ראוי לשימוש, יוצא שאין חלוקה, שהרי על ידי החלוקה קלקלו כל החלק, ונמצא שלא קיבל חצי מהכל, אלא פחות. אבל כל שנתרצה, הרי שלדידו שוה גם חלק שאין בו אפשרות להשתמש, ומ"מ יכול לחזור ולא נאמר כך גילית דעתך שראוי חלק. אלא שמ"מ כל שלא חזר בו די ברצון שיהיה השני יכול לחלוק על ידי חזקה.

ה.

והנה הלשון בתוס' ב"ב (ג ע"א, ד"ה רב אשי) היא:

ונראה לר"י דהא קמ"ל דאע"ג דקאמר לקמן (נג ע"א) שלא בפניו צריך למימר לו "לך חזק וקני", הכא כיון שאמרו "אתה תיקח רוח צפונית ואני רוח דרומית", והלך והחזיק כל אחד בשלו זה שלא בפני זה, נעשה כמי שקנו מידם ברוחות.

וברא"ש שם סימן ג' כתב: "אע"ג דלא אמר 'לך חזק וקני', אלא שנתרצה והלך והחזיק שלא בפניו - הויה חזקה" עכ"ל. והנה הרא"ש לא הזכיר שאמרו איזה רוח יקבל כל אחד, ולענ"ד נראה שסובר הרא"ש ששותפין שחולקין חצר ויש בה כדי חלוקה, ובאו לחלוק - אין חולקין בגורל, אלא כל שותף לוקח החצי חצר הסמוך לפתחו. שאיך יתכן שיטילו גורל? ואולי יצא הגורל שראובן יקבל החצי חצר הסמוך לפתחו של שמעון ושמעון יקבל החצי חצר הסמוך לפתחו של ראובן? לא מבעיא

לדעת רבה (בדף יב ע"ב) באח שקנה סמוך למיצר שדה אביו ומת אביו שיכול האח הסמוך למיצר לקבל חצי שדה מירושת אביו סמוך לשדה, מצד שכופין על מדת סדום, ואם כן כל שכן בשותפין שחלקו החצר שיכול כל אחד לתבוע שיתנו לו חצי החצר הסמוך לביתו; אלא אפילו לרב יוסף, הסובר שאין האח מקבל את החצי הסמוך לשדה, מ"מ כאן בחלוקת חצר מודה שמקבל כל אחד סמוך לביתו!

וסברת החילוק נראה שרק אם לאחד מהאחין יש תועלת בקבלת החצי הסמוך לשדהו אז יכול השני לומר שחלקו שוה יותר, כיון שהסמוך לך שוה לך יותר, ולמה תקבל יותר ממני. וזהו הפירוש ב"מעלינן ליה כבנכסי דבר מריון", לפי התוס' (שם ר"ה מעלין). לכן בחלוקת חצר, שלשני השותפים יש תועלת שיקבלו כל אחד החצי הסמוך לפתח ביתו, לכו"ע כך חולקין. ולפי זה שני אחים שכל אחד מהם קנה שדה סמוך לשדה אביהם ומת אביהם, גם לרב יוסף יכול כל אחד לקבל חלק השדה הסמוך לשדהו.

ולכן סובר הרא"ש שכל שנתרצו השותפין לחלוק החצר שאין בה כדי חלוקה יכול כל אחד להחזיק בחלק החצר הסמוך לביתו, ואין צריכים לומר בשעה שנתרצו אתה תיקח חלק בצד דרומי ואני בצד צפון. וצ"ע בשיטת התוס', שכן הזכירו איזה רוח יקח כל אחד. ובפלפולא חריפתא הוסיף את דברי התוס' גם ברא"ש, וצ"ע.

## 1.

והנה כל זה שנתבאר הוא למ"ד יש ברירה, אבל למ"ד אין ברירה ואחין שחלקו לקוחות הם ומחזירים זה לזה ביובל, לכאורה חלוקת השותפין היא מכירה שמוכר כל אחד, וצריך לומר "לך חזק וקני". לפי זה יש לבאר שר' יוחנן לא אמר כרב אשי, אלא העמיד המשנה שקנו מידם בסודר, מפני שר' יוחנן לשיטתו הסובר שאין ברירה ואחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל, וכמו שאמרו בב"ק (פח ע"ב).

אכן לא יתכן לומר כן, שהרי קיימא לן שאין ברירה, ואם כן קשה איך הביא הרא"ש דעת רב אשי, שאין צריך לומר "לך חזק וקני"? וכן קשה על רב פפא בב"מ (סט ע"א) שיכול שותף לחלק מעות שלא מדעת חבירו, והרי קיימא לן שאין ברירה! וכן קשה שמצינו שגם סחורה יכול אחד לחלק בלא דעת חבירו במקום פסידא, כגון אם נפלה דליקה יכול אחד מהשותפין לומר לעצמו אני מציל, וכפי שנפסק בשו"ע סימן קפ"א (סע"ב) ובבאר הגולה (אות ב) כתב: "דכל כהאי גוונא חולק שלא מדעת חבירו" עכ"ל. וקשה, כיון דקיימא לן דאין ברירה איך יתכן לחלק בלא דעת חבירו?

ז.

לכן נראה לומר שגם למ"ד אין ברירה, מ"מ יש לכל אחד מהשותפין שעבוד בדבר המשותף, שיכול ליקח חלק בחפץ. וזה כעין שעבוד שיש למלווה על נכסי הלווה, שיכול לגבות מהם חובו, כך נשתעבד כל חלק לשני השותפין שיכול כל אחד ליקח חלקו כשיבוא לחלוק. והרי זה כשותפין שלא חלקו, למ"ד יש ברירה, כשמתמש כל אחד בשותפות הוברר שמתחילה כשהשתתפו היה שלאותו שעה שמתמש ראובן קנוי לו כל החפץ, ולאותה שעה שמתמש שמעון קנוי לו כל החפץ. ומהאי טעמא השותפין שנדרו הנאה זה מזה מותרין ליכנס לחצר, לר"א בן יעקב שסובר יש ברירה, ונמצא שכל אחד בשעה שמתמש - משתמש בשלו. ורבנן סברי אין ברירה, וטעמם כדכתב הר"ן (נדרים מה ע"ב, ד"ה השותפין):

אלא כל חד מהנך שותפין יש לו לעולם בחצר זה קניין הגוף, דהיינו חלקו, וקניין שעבוד בחלקו של חברו, שאין הלה יכול לעכב עליו מן הדין, אע"ג דלא קני ליה גופה. הלכך קסברי רבנן דאותו קניין שעבוד שיש לו על חלקו של חברו - קונמות מפקיעין אותו ומשום הכי אסור, דקונמות מפקיעין מידי שעבוד.

עד כאן לשון הר"ן. וגם אנו נאמר שיש שעבוד לכל אחד על חלק חברו, שיקבל חלקו כשיפרק השותפות.

ונראה שכל שיש לו זכות לגבות, שוב הקניין שעושה כל אחד אחר החלוקה אין הקניין פועל ככל הקניינים, שצריך רצון המקנה והקונה, אלא מעשה הקניין בא להחליט שיעשה החפץ שלו לגמרי, ולא רק משועבד.

ובתוס' סנהדרין (סח ע"ב ד"ה קטן) כתבו שמשכחת שיהיה לקטן מעות גם להסוברים שאין זכין לקטן מן התורה, כגון שעשה הקטן מלאכה לאחר ושילם לו שכר מלאכתו, ומעות אלו זכה הקטן מן התורה. ונראה טעם הדבר כיון שחייבין לשלם לקטן ואפשר גם לתפוס מהלווה, הרי שאין צריך רצון הלווה להקנות למלווה, ולכן כל ענין הקניין רק להחליט שמה שהיה משועבד יהיה שלו לגמרי, והלווה אין צריך אלא מעשה קניין. אמנם מסתבר שצריך קניין בכוונה לשם קניין, אבל אין צריך שיהיה רצון לקניין. ומטעם זה מובן שגם לדידן שאין ברירה מועיל חזקה שעושה אחד מהשותפים אף שלא אמר לו השני "לך חזק וקני".

ח.

והנה בחידושי רבינו חיים הלוי (הלכות שכנים פ"ב, ה"א) כתב ליישב דעת הראב"ד שמשגיג על מה שפסק הרמב"ם "האחין שחלקו ועשו ביניהם גורל, כיון שעלה הגורל לאחד מהן קנו כולן בהנייה שנעשית להם ששמעו זה מזה לדבר שהסכימו עליו גמר כל

אחד מהן ומקנה חלקו". והשיג הראב"ד וז"ל: "לא נתחווורו דבריו" עכ"ל. וקשה על השגתו, והרי הדבר מפורש בגמ' ב"ב (קו ע"ב)! ופירש הגר"ח, שהראב"ד סובר שהגמרא הולכת למ"ד יש ברירה, שהגורל מברר החלקים, וכל שנתברר החלקים זכה.

[וזה לשון הרשב"ם (שם ד"ה כיון שעלה): "כיון שעלה הגורל, שנפל הגורל על אחד מהם והוברר חלקו - קנו כולו, כלומר: זה קנה לגמרי בגורל, ולא יוכלו לחזור בו. ואם הם שנים - זה קנה חלקו שנפל עליו הגורל, וגם חבירו קנה, דעל מי יפול גורל שני, כי אם על השני. ואם ג' - אותו שנפל לו הגורל קנה חלקו, והשנים קנו בין שניהם שני החלקים לחלוק שניהם כל שעה שירצו, אף לחלוק בענין אחר, ואחר כך יפילו גורלות. ומיהו היכא דנפל הגורל לכולן פשיטא דקנו כולן, ואע"ג דלא אחזק כל אחד בשלו, דכיון דמוחזקין ועומדין הן כולן בכל הקרקע אין הגורל מקנה להן כלום, אלא מברר לכל אחד חלקו המגיע".]

ויש לעיין, שלפי מה שכתבנו יוצא שבחצר שיש בה כדי חלוקה יכול כל אחד מהם ליטול חצי החצר הסמוך לפתח ביתו בלי דעת חבירו וגם בלי ב"ד.

## ט.

ובחצר שאין בו כדי חלוקה צריך שירצו לחלוק, ואז כל אחד יכול לזכות בעצמו בחלק הסמוך. ויש לעיין במה שכתב הרא"ש (ב"ב פ"א ס"ג) לגבי רב אשי:

רב אשי אמר: כגון שהלך זה בעצמו והחזיק בחלקו וזה בעצמו והחזיק בחלקו - לא שיהו שניהם צריכין להחזיק, אלא כיון שהחזיק אחד מהם נסתלק מחצי האחר ונקנה לחבירו, כדרך ששנינו במטלטלין: כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפין, וכן שנינו בתוספתא: המחליף קרקע בקרקע, או מטלטלין במטלטלין, או מטלטלין בקרקע, או קרקע במטלטלין - כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפין.

ולפי דברינו קשה: למה להרא"ש לומר שכל שאחד זכה בחלקו זכה חבירו מדין קנין חליפין? תיפוק ליה שכל שזכה אחד בחלקו ממילא נתברר חלק השני שהוא של חבירו, וכמו שהבאנו מלשון הרשב"ם באות ח'! ונראה שהרשב"ם אזיל למ"ד יש ברירה, וכדעת הראב"ד, אבל להלכה שקיימא לן שאין ברירה ורק שיכול לזכות בחלקו מכח שעבוד - אין חבירו זוכה בחלקו בלי קניין.

ויש לעיין בזכה אחד מהם בחלקו ואינו דבר העושה חליפין, כגון שהחליף פירות בפירות, שקיימא לן אין פרי עושה חליפין, ולדעת החולקין על ר"ת (ב"מ מז ע"א, ד"ה גאולה) וסוברים שפרי לא עבדי חליפין גם שוה בשוה, ושותף אחד זכה בחצי מהפירות וחבירו לא זכה כל זמן שלא עשה קניין - למי שייך החלק השני? והנה כל מחליף פירות בפירות ומשך ראובן פירות שמעון - קנה פירות שמעון, ושמעון לא

קנה פירות ראובן, עד שימשוך, לדעת החולקין על ר"ת. אבל יכול שמעון לכוף לראובן שיתן לו הפירות, ואם נאנסו הפירות - חייב ראובן לשלם שוויים של פירותיו, שכל נכסיו של ראובן משועבדין לתת מהם הפירות או שוויים לשמעון. וזהו לפי מה שכתב הקצה"ח (במשובב נתיבות סי' ס, סק"ג) וז"ל: "ואם כן הוא הדין דיכול לחייב עצמו בפירות דקל, הן דקלו שלו והן של אחרים. ואם לא יבואו לידו יתן דמיהן וכו' אבל אם אמר סתם הריני מחייב ליתן לך בית פלוני, אפילו לא יבוא לידו חל החיוב מעכשיו, ואם לא יבא לידו יתן דמיו" עכ"ל. ונראה שגם במחליף פירות בפירות אף שלא קנה חבירו הפירות שלו במשיכת הפירות שמשך, מ"מ יש בזה התחייבות שיתן לו הפירות עבור זה שקנה פירות חבירו.

והנתיבות שם (סק"ג) חולק על הקצה"ח, ודעתו שיכול להתחייב פירות דקל שיבואו לעולם, שהוא דבר ידוע וגם כן חייב. ועיין באמרי בינה דיני הלואה (סימן נא) שכתב שרוב הפוסקים דעתם כהנתיבות.

ומעתה אם מחליף אדם פירות בפירות לדעת הקצה"ח מתחייב המושך ליתן לחבירו פירות שלו, ואם יאבדו ישלם דמיהם, משא"כ אם החליף כלים בכלים, שקנה זה שמשכו ממנו הכלים, ואם נאבדו - פטור המושך לשלם שוויים. ואילו לדעת הנתיבות, גם בהחליף פירות בפירות ומשך אחד מהם פירות השני ונאבדו פירותיו - פטור מלשלם לשכנגדו.

ובנידון דידן, בשותפין שרצו לחלוק והלך אחד מהם והחזיק בחצי החצר הסמוך לפתח ביתו, למ"ד אין ברירה שנראה מהרא"ש שלא זכה השני בחלקו אלא מתורת קניין חליפין, יש לעיין, מפני שאיזו נפקא מינה יש אם זכה בקניין או לא זכה בקניין, שהרי מ"מ יכול לזכות אימתי שירצה ואין חבירו יכול לעכב! וגם להקצה"ח אין לומר שנפקא מינה אם ישטוף נהר חלק חבירו, שיצטרך זה שהחזיק לשלם לחבירו שנראה שרק בהחליף פירות בפירות, שאז מתחייב המושך לשלם פירות שלו, אבל החזיק אחד שאם לא יתחייב בכך לא יזכה בפירות שמשך, שהרי אין דעת הנותן הפירות אלו ע"מ שיתחייב כנגדם פירותיו; אבל בשותף שזכה, כיון שהשני יכול לזכות בחלקו גם הסכמתו שלו, אם כן אין לו צורך להתחייב. ותדע שהרי במקום פסידא יכול לחלק בלי ידיעת השותף השני, כגון שנפלה דליקה יכול אחד מהם להציל ולומר לעצמו אני מציל, ואם נאמר שהשותף שחילק מתחייב לתת לשותף השני חלקו ואם ישרף ישלם שווי - אם כן קשה איך יציל לעצמו? ובעל כרחך שאינו חייב לתת לשותף השני את חלקו, ובעל כרחך שהוא מטעם שכתבנו. וחזרה הקושיא: לאיזה צורך צריך השני לעשות מעשה קניין?

ונראה שהנפקא מינה בעשיית הקניין אינה אלא לעניין שהפירות שיצמחו בחלק שלו לא יהיו שייכים לו עד שלא יעשה קניין, כיון שאין גוף החלק שלו, אלא שיש לו רק שעבוד, והפירות יהיו שייכים לשניהם.

ויש לעיין מה טעמו של ר' יוחנן שלא תירץ כרב אשי. ובפשטות נראה שחולק על רב אשי וסובר שצריך ששניהם יעשו קניין. ובדוחק יש לומר שאינו חולק, וצ"ע.

ואולי יש לומר שר' יוחנן חולק על רב אשי מטעם שבחצר שאין בה דין חלוקה כיון שאין לשותפין שעבוד בזה שיהיה לכל אחד זכות לחלוק, שהרי אין בו דין חלוקה, ולכן גם ברצו לחלוק לא נעשה שעבוד לחלוק, רק שזהו גדר שמקנין הצדדים זה לזה בקניין, ככל קונים. אבל בחצר שיש בה כדי חלוקה, שם אינו צריך רצון השני כלל, אלא יכול להחזיק בחצי שלו, וממילא יזכה חבירו בחצי השני.