**דיני קניין במשפט העברי**

**(תודה למעיין מכאני על ההשלמות של החוסרים)**

**ציון:** 10% נוכחות

 90% מבחן

ד"ר עמיחי רדזינר Amihai.Radzyner@biu.ac.il

15/10/13

במשפט הישראלי, ובפרט בדיני הקניין קיימים נדבכים רבים הבנויים על המשפט העברי, ועל כן חשוב להבין את המשפט העברי כי הוא המקור לחוק. למרות זאת, ברוב המקרים ניתן לראות כי גם חוקים המצהירים על עצמם ככאלו המבוססים על המשפט העברי הם לא באמת כאלו. למעשה הערך של למידת משפט עברי נטוע במשפט המשווה. הערך הוא בהבנת הסוגיות והיכולת להשוות בין השיטה הישראלית לשיטה העברית. ביסודו של דבר, מבחינת התודעה העצמית של המשפט העברי מקורו באל, במשפט הישראלי הנורמה הבסיסית היא הכנסת. ההשלכות של ההבדל הזה הן ההסדרים השונים הצפויים להיות בחקיקה, למשל בנושא המוסר במשפט.

* המשפט העברי הוא משפט דתי. דוגמא לכך- במשפט העברי יש בעיה קשה עם אכיפת חוזים, כאשר אדם מבטיח משהו לחברו, בהרבה מקרים ע"פ ההלכה היהודית, ביה"ד אינו יכול לאכוף את החוזה או לחלופין להפעיל סנקציות. זאת כי משום מה, את התחום הזה העבירה ההלכה היהודית לתחום של בין אדום למקום, ולכן לכאורה, האכיפה בידי שמים. השופט אנגלרד בפס"ד קל בניין מציג את הדיכוטומיה בין המשפט העברי ולמשפט הישראלי. המשפט העברי חושב אחרת מהמשפט הישראלי, אולי, בגלל המקורות הדתיים שלו. **ההיבט הדתי הוא זה הגורם למוסר לתפוס מקום משמעותי במשפט העברי**.
* נקודה שנייה היא שלמשפט העברי יש **עומק היסטורי**, המשפט העברי מתפקד לאורך תקופה ארוכה, שנים רבות. יש כאן רוחב היסטורי שמתמודד עם המון מציאותיות.
* המשפט הישראלי הוא משפט מאוד מסודר, טריטוריאלי, מקור הסמכות בו ברור, יש סמכויות מוסדרות. לעומתו, המשפט העברי הינו **שיטה שאינה טריטוריאלית**, זוהי שיטת משפט החלה על כל יהדי באשר הוא.

**משפט עברי**- היום בשפה שלנו המונח משפט עברי לא נתפס כמשהו ששונה אידיאולוגית מהמונח הלכה, או דין תורה. לכאורה, נוח להשתמש במונח משפט עברי. המשפט העברי זה החלקים המשפטיים של ההלכה. אך כפי שראינו הדיכוטומיה הזו לא מדויקת. למעשה גם מ שנראה לנו משפטי במשפט העברי יש בו הרבה מן הדתיות.

כאשר המונח נוצר בעשורים הראשונים של המאה הקודמת, הכוונה הייתה אמנם לשלוף את החלקים המשפטיים בהלכה אך המטרה הייתה (חברת המשפט העברי) שהמשפט היהודי, ע"פ ההלכה יהא המשפט במדינת ישראל הצפויה לקום. אשר גולה, אחד המרצים הראשונים למשפט עברי, כותב כי אחת מהמטרות היא להפריד את המוסר מהמשפט העברי- המטרה היא לנתח ולהוציא זאת החוצה, כי מדינה חילונית לא יכולה לעבוד ע"פ עקרונות מוסריים ולפות שאנשים יפעלו ע"פ יראת שמים. יש צורך לקחת את החלקים המוסריים של ההלכה ולהוציא אותם, כי הם כבר לא רלוונטיים. למשל, דיני העונשין והראיות של המשפט העברי שמישות רק בעולם אוטופי. עיקר ההתעסקות הייתה במשפט האזרחי, כי המשפט האזרחי גם אם הוא ספוג בעקרונות דתיים, הוא בסופו של דבר פעל והיה יעיל והמשיכו לדון בו במשך הדורות, ולכן גם התפתח רבות.

כיצד נבחר את החלקים הרלוונטיים בתוך המשפט העברי?

* כתיבה בשפה מודרנית
* השוואה לשיטות משפט אחרות (מהלך אנטי הלכתי מובהק- ללמוד מהנוכרים מה ראוי ומה לא).

בהלכה היהודית יש כללים מסוימים לגבי פסיקה, למשל בתלמוד הבבלי והירושלי ישנם הסדרים שונים לגבי סוגיה במקרקעין, הכלל ההלכתי אומר כי יש לפסוק ע"פ הבבלי. בתקופה החילונית, אם עכשיו נראה כי ההסכם הירושלמי נוח יותר נבחר בו. זאת אומרת שהייתה כאן כוונה בקריאה לתחום- משפט עברי, להבדיל אותו מהדין ההלכתי.

בשיעורים נעסוק ב:

1. הזכות לקניין- למה היא חשובה בכלל?
2. הזכות הספציפית לקניין. יסודות הקניין- מה היחסים בין בעלים לנכס שלו, האם מדובר ביחסים משפטיים גרידא או מעבר?
3. היחס בין דיני הקניין לדיני החוזים- מה העקרונות הבסיסיים במישור התודעתי המחשבתי של יצירת הבעלות. ניתוח מעשי קניין שונים.
4. הקניין הרוחני- תפיסת מושג הקניין.

**הזכות- במשפט העברי**

האם המשפט העברי מכיר במונח זכות? במהות המושג זכות? בד"כ המשט העברי או ההלכה לא מדברים במושגים של זכויות. היא לא מכירה באופן ישיר במושג הזכות, אך היא מכירה במונחים של חובות. השפה הדתית מלאה בחובות. לכאורה יש בכך הגיון, משום שכאשר האדם עומד מול אלוהיו, לא מדובר בדמויות במישור זהה אלא אדם חייב כלפי מעלה. במישור היחסים של בין אדם לחברו- גם הוא מושתת על חובות ולא על זכויות. למרות זאת, אין זה אומר שאין בו זכויות משום ש**אם יש חובות אז בהכרח בצד השני עומדת זכות.**

השופט חיים כהן, בשני חיבוריו טען כי המשפט העברי אמנם לא מדבר בשפה של זכויות אך זה לא אומר שאין בו זכויות, וניתן לחלצם משפת החובות. אם בהקשר דיני הקניין יש חובות המוטלות על האדם אז כתוצאה מכך, יש זכות לאחר לקניינו.

קושי- האם ייתכן לומר שכאשר יש שפה משפטית של חובות אז מושג הזכות נוצר מאליו? האם זה באמת כך?

חוק יסוד כבוד האדם וחברו- ניתן לראות בפסיקות של העליון במישורים רבים, לא בא ואמר לדעת רוב השופטים המצב שהיה נותר על כנו אלא חוקים קיימים או הלכות קיימות עודכנו ופורשו מחדש לכיוון של יתר הגנה על האזרח. בהקשר של קניין למשל- בהפקעות. לפני כן המציאות הייתה, שמגבלות שק"ד של הרשות היו רחבות ביותר אך החוק צמצם אותן עד פגיעה בכבוד האדם וקניינו. העובדה שהתחלנו לדבר בשיח של זכויות הובילה לשינוי משמעותי. כלומר לשיח של זכויות יש השלכות ועל כן לא ניתן לומר כי חובות וזכויות זה הינו אך.

לפני חיקוקו של חוק יסוד כבוד האדם היו חששות רבים מצידם של רבנים. **הרב שמחה קוק** הניח ובצדק שהקניית הזכויות בחוק זה ייצור התנגשויות עם הסדרים הלכתיים. אמנם לא הכניסו בחוק את הזכות לשוויון, זכות להקמת משפחה , אך החוק מסוכן מבחינה הלכתית. עצם העובדה שמתחילים לדר על זכויות אדם, מעבירה למרכז את האדם ולא את האל היא סכנה להלכה ובעייתית. החוק הזה מהווה מתח בין הליברליזם החילוני למסורת היהודית. מהו המתח הגדול? הרי גם בהלכה יש זכות לאדם להגנה על גופו וכו'. ההבדל הוא שבמסורת היהודית האדם נחשב לבעל חובה ורק מכך נגזרות זכויותיו. אך החובה גוברת על הזכות.

היתרון בשפה של זכויות: מנחת אשר וייס - בבא קמא סימן א'- באיסור מזיק ממון חברו

הסוגיה הראשונה שהוא מלמד במסכת בבא קמא בתלמוד , נוהג מקובל בהרבה ישיבות זה לפתוח את השיעור הראשון שבו נכנסים לסוגיות בבא קמא זה שאלה מקדמית- **האם יש איסור להזיק לרכוש של מישהו אחר?** השאלה תמוהה, ברור שאסור. בהלכה היהודית אין סעיף שאוסר להזיק, למרות זאת זה נראה טבעי שאסור להזיק, ברור מאליו. בשפה של חובות כדי שיהיה אסור משהו יש להניח שכתוב איפושהו במקורות שאסור להזיק. השאלה עולה רק בימי הביניים, ובמשנה ובתלמוד שאלה זו כלל לא עלתה.

ובכל זאת, בספר שמות בפרשת משפטים כתוב שאם קורים נזקים מסוימים צריך לשלם, אך לא ניתן להניח מכך שאסור להזיק. מאוד קשה לנו להניח שהתירו פגיעה בקניין, למרות שהדבר לא כתוב בשום מקום. אם היינו מניחים את קיומה של הזכות לקניין אז לא היה צורך במילה הכתובה, כי אז נגזר אוטומטית כי אסור לפגוע ברכוש, אך בהלכה היהודית אין צו כזה.

הרב וייס מנסה למצוא לכך מקור, היה ברור להם שאסור, השאלה רק איפה? מהתלמוד באופן עקיף עולה שהוא מניח שיש איסור, שהתורה אומרת כי אסור להזיק, אנחנו לומדים את זה בסוגיה של "שליח לדבר עבירה"- אחד מהמגבלות של המשפט העברי שקיימת גם במשפט הישראלי זה שאין שליח לדבר עבירה. כלומר אם שלחתי מישהו לגנוב עבורי, אז הוא לא יכול להעלות טענת הגנה של הוא רק שליח. אם אתה יהודי- גם השולח וגם השליח כפופים לצו האל. העבירה תיזקף לחובתך גם אם נשלחת ע"י מישהו אחר.

* הרב וייס אומר כי אמנם לא כתוב בתורה במפורש אך נכנס אלמנט של "קל וחומר" כלומר- סברה. אם בתורה יש מצווה של השבת אבידה, אם מצאתי משהו שעליי להשיבו, אם אני חייב לדאוג לממון של חברתי, קל וחומר שאסור לי לפגוע בממון הזה.
* הרב וייס לא מסתדר עם ההסבר הזה והוא גוזר מהאיסור "לא תגזול"- זה מאוד דומה. זה יכול לעבוד טוב במקרה של אדם שגורם לנזק באופן ישיר, אך זה בעייתי במקרים בהם הנזק לא ישיר- למשל שליחת בהמות שיאכלו את העשב של השכן. אם כן מניין שלאדם אסור לגרום נזק?
* בסופו של החיבור, הרב וייס אומר כי אם נשים בצד את כל המקורות, מבחינה הגיונית, חייב אדם לפעול בדרכי הצדק והמשפט. כלומר, זה אמנם לא כתו באופן מפורש בחוקים אך קיימים עקרונות על בהלכה, עקרונות מוסריים. כלומר **אם ההלכה הייתה מפנימה את השיח הזה של הזכויות**, שהאדם מגיע לעולם עם שורה של זכויות, **הדבר הזה היה פשוט ונפתר**, וכמו שאסור לגזול ולגנוב וכו' כך גם אסור להזיק. אך זה לא כתוב.

# ואהבת לרעך כמוך- אי אפשר לקחת אותו עד הסוף. אנשים לא אוהבים את רעם ברמה של יותר מהם. זה לא הגיוני.

ישנם חכמים שהסיקו כי המשפט העברי לא מכיר במונח הזכות, לא בזכות לקניין ולא בשום זכות אחרת. כתוצאה מכך יווצרו פערים גדולים בין המשפט העברי לשיטות משפט אחרות. אחת המקורות המובהקים שהובאו בסוגיה הזו נמצא במסכת כתובות- התלמוד הבבלי במהדורת וילנה (דפי מקורות). מדובר במחלוקת בין שני אמוראים- הרב כהנה לרב פפא שחיו בבל במאה הרביעית לספירה ובחלק מהמקורות השם של הרב כהנא מתחלף בשם של אמורא אחר- רבינא, בנו של הרב יהושוע. בתוך דיון בזכויות של הבעל מאישתו עולה דיון צדדי- הרב כהנא שאל את הרב פפא- מה מחייב אדם להחזיר חובות? אם לוויתי כסף ממישהו, היה כאן חוזה הלוואה שמשמעותו ברורה- עליי להשיב את הכסף. למה? ע"פ הרב פפא- "פריעת בעל חוב מצווה"- כלומר, זוהי מצווה- יש ציווי בתורה להחזיר הלוואות. הטענה הזו שיש מצווה בתורה להחזיר הלוואה היא תשובה טובה בעולם הדתי. מבחינתו אין הבדל בין ישיבה בסוכה לבין החזרת הלוואה, התורה כוללת הכל ואת כל המצוות יש לקיימן. התלמוד לא שואל שאלה מתבקשת שהעסיקה את הפרשנים:

* רש"י- מחפש מקור למצווה הזו. "מצווה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו"- כלומר לקיים את ההבטחות שלו. הוא עושה שימוש משני בפרשנות קודמת. בתורה המילים היחידות שמופיעות הן "הין צדק". כשהתורה אומרת שאדם צריך שיהיה לו הין צדק היא מתכוונת לכך שהסוחר צריך לא לרמות במסחר, אם אתה אומר שאתה מוכר ליטר, עליך למכור ליטר ולא פחות. התנאים במדרש ההלכה על ספר דברים- ספרי- אמרו שיש ללמוד מכך דברים נוספים- ניתן לקרוא זאת כ"הן צדק"- כן צדק. כלומר שאם אתה אומר משהו עליך לעמוד בדיבורך. רש"י טוען כי המקור למצווה שהרב פפא מדבר עליה קיים בצורה סמויה, בצורת מדרש. ובמדרש הוא מחפש את המשמעות הסמויה של הטקסט. המדרש אומר שיש מצווה בתורה לקיים הבטחות. לטעמו המקור של רב פפא הוא שאם צריך לקיים הבטחות אז אם אתה לוקח הלוואה אתה צריך לקיים את ההבטחה להשיב את ההלוואה. זהו פתרון דחוק.
* פרשנים אחרים הסיקו זאת ממקור של שמיטת כספים- מה הצורך בשמיטת כספים אם לא צריך להשיב חובות?

הרב כהנא ממשיך ושואל את הרב פפא- מה קורה אם יש אדם שיבוא ויאמר כי אינו מקיים מצוות, אז ההסבר של הרב פפא אינו משכנע אד שאינו שומר מצוות. הרב כהנא מנסה למצוא דרך התמודדות עם נשים שאינם מוכנים להחזיר את חובם. הרב פפא עונה שיש להכות אדם כזה עד שתצא נפשו, בדיוק כמו שיעשו לאדם שאינו מקיים מצוות של ישיבה בסוכה ונטילת לולב. כלומר בעיניו זוהי חובה לקיים מצוות. הרב כהנא המשיך להחזיק בעמדה שמקור החזרת הלוואה אינו במצווה. בעיה משפטית אמיתית שעולה בשיטתו של הרב פפא, היא שאם הסיבה שאדם חייב להשיב הלוואה שלקח נובעת מצו תורה, ייצא מכך, שאם אדם לא מחויב במצוות (גויים, ילדים קטנים- לפני גיל מצוות), כתוצאה מכך ילדים קטנים לא חייבים להחזיר חובות. יתומים קטנים אינם בני מצוות- במקרה בו הורה שלווה נפטר הילדים יורשים את החוב, אך במקרה זה אין עליהם חובה להשיב את ההלוואה. הרב פפא לא מתרגש מהמקרים האלו כי מבחינתו ברגע שאין מצווה נגמר הדיון- או שחייבים במצווה או שפטורים ממנה, גם אם זה לא צודק. אין כאן שיקול של מוסר. ולכן תשובתו שימתינו עד שיגדלו.

כלומר, אם אנו מדברים בשפה של חובות דתיות ולא בשפה של זכויות יש בעיה של ממש. הסוגייה הזו העסיקה חכמים רבים במהלך הדורות.

**פרופ' מנחם אילון**, שופט העליון, בחיבורו- המשפט העברי הוא עוסק בסוגיה של פריעת בעל חוב מצווה. הסוגייה הזו נמצאת בחלק בו אילון דן בשאלה האם ההלכה העברית מכירים בהבחנה שבין חובות דתיות לחובות משפטיות. סיבה נוספת שגרמה לו להתעניין בסוגיה זו היא שזו הייתה עבודת הדוקטורט שלו. הסוגיה הזו היא סוגיה שאפשר להשתמש בה במשפט הישראלי. אם אתה רוצה ללמוד מהמשפט העברי משהו למשפט הישראלי אז הסוגיה שהוצגה לעיל מאוד קשה, כי החזרת חובות תלויה במצוות, ברור שחוק הוצל"פ לא יכול להיות מבוסס על מצוות דתיות. אילון כדרכו, בא ואומר כי עצם המחלוקת בין הרב פפא לרב כהנא היא כי הרב פפא אומר שאין הבחנה בין צווים משפטיים לדתיים בהלכה, הרב כהנא בא ואומר כי יש הבחנה כזו והחובה להשיב הלוואה היא חובה משפטית- שגם אם אין אומר זאת במפורש, אם זו לא מצווה, מקורה בזכות של נושה לקבל את כספו בחזרה. משפט מבוסס על זכויות, המשפט העברי שנוי במחלוקת בין שני האמוראים האלו. יש כאן מחלוקת מהותית בשאלה מהו המשפט העברי- הלכה דתית הוא נובע מזכויות מוסריות.

* אילון מוסיף בהערה 116 – כי פוסקי ההלכה הכריעו כי במקום שאולי לא קיימת המצווה כמו באותם יתומים, החובה המשפטית (הנובעת מזכויות) משלימה זאת.

22/10/13

**האם קיים מושג ה"זכות" במשפט העברי?**

**הרב שרמן**, כיהן הרבה שנים בביד"ר הגדול. כאשר הוא מדבר על זכות, הוא לא מדבר במובן תיאורטי. המאמר שלו מתייחס להצ"ח חו"י כבוד האדם וחירותו. הרב שרמן חזר על רעיונות אלו. החשיבות- מדובר במשפט של מדינת ישראל. משתמע מכך כי יש לתת את הדעת על המושג זכות. עמדתו מעניינת בשל תפקיד בביד"ר. הרב מנסה לזהות את מושג הזכות שעליו מדברת ההלכה, אבל הוא עושה הבחנה מאוד חשובה למשתמש ב2 מקורות מאוד חשובים בנושא. לטעמו יש 2 משפחות של זכויות:

1. זכות מטבע היווצרו של האדם- על זה יכול לחיות, אחת מהן היא הזכות לקניין. יש בהלכה הגנה על הזכות לקניין בלי קשר לשמירת מצוות.
2. חירויות וזכויות חיוביות הנוגעות.... "

המשפחה הראשונה מוחלטת, אדם ביהדות זכאי לה מעצם קיומו. הקבוצה השנייה תלויית תרבות, דת וכו' (הוא לא אומר זאת במפורש). לכן הוא אומר שזה לא מתאים להצ"ח במדינת ישראל. הרב אומר כי בהלכה יש הבחנה בין אנשים שונים. לא מדובר בגזענות אלא בהתאמה לסטאטוס. למשל בנושא של עדות אדם לא יהודי לא יכול להעיד בביה"ד כי ההלכה מתירה זו רק למי ששומר מצוות.

במערכת ההלכה, הזכויות היחסיות שלך נמדדות לפי רמת החובות שלך. למשל לכהן יש יותר זכויות לעומת מי שאיננו כהן. האם זה רק בגלל שהוא משתייך למשפחות הכהונה המעניקות לו איכויות? לפי דעתו של הרב שרמן, הכהן זכאי לכך כי יש לו יותר חובות. הוא מוגבל יותר. התורה עושה הבחנה שהינה מאוד מטרידה במשפט הישראלי עד היום- יכולת הנישואין. כהן מוגבל ביכולת הנישואין שלו.

הדברים הללו לא נאמרים במפורש אך ניתן להניח כי החוק הזה ותוצרי החוק הזה פגעו בו כדיין, כשופט. החשש שלו באמת התגשם, במשפט הישראלי. טישטוש הבחנות הכרחיות פגע בו כדיין- ביהמ"ש בעליון, בשורה של פס"ד ובעיקרו **בפס"ד בבלי**- ברק משתמש בחו"י כבוד האדם כדי לכפות על בית הדין הרבני, נורמות המנוגדות להלכה (הלכת השיתוף). הוא מבחינתו לא מציית לפסיקה זו. לטעמו אם הוא היה כותב את החוק הזה- חו"י כבוד האדם וחירותו- הוא היה מנסח אותו אחרת לגמרי, ולוקח בחשבון את העובדה שההלכה מבדילה בין אנשים שונים במישורים שונים. הבעיה של חוק היסוד שהוא מדבר בשפה של זכויות ואילו ההלכה מדברת בשפה של חובות.

אחד המקורות החשובים בו הוא עושה שימוש הוא מקור שנכתב ע"י שופט עליון בביהמ"ש הישראלי, משה זילברג. הקטע הזה לקוח מספרו- **כך דרכו של תלמוד** המבוסס על שיעורים שהוא נתן באוניברסיטה העברית. מטרתו הייתה להציג למשפטן או לסטודנט למשפטים את החשיבה של המשפט העברי. בספר הוא מנסה להציג וללמוד את המשפט העברי באמצעות כלים אחרים, דרך חשיבה על דרכי משפט אחרות. אחת מהנק' המרכזיות שהן כמובן קריטיות לאורך הספר היא שזילברג מניח כדבר מובן מאליו שהמשפט העברי הוא דתי, מקורו בצו האל, האל נוכח במערכת הזו, הוא לא נמצא בצד כמפקח אלא הוא ממש מופיע במערכת, כמחוקק/ שופט כי שיוצר חובות- דבר היוצר שוני בין שיטות המשפט החילוניות לשיטת המשפט העברית.

אילון גם כן עומד מול הסוגייה הזו, אך אילון רואה בה בעייתיות כי היא מפריעה לו לשלב משט עברי במשפט חילוני שזוהי מטרתו. גם השופט זילברג היה שותף לחלום הזה, לרצון להכניס כמה שיותר משפט עברי במשפט החילוני. השאלה היא כיצד זה מתיישב עם ההנחה שמשפט עברי זה משהו אחר לגמרי? (כששילב משפט עברי מבחינה לאומית רצה סוג של חילון המשפט העבי כדי שיהיה ניתן להשתמש בו אך כשלימד סטודנטים לימד אותו כפי שהוא, כצורת משפט ייחודית ושונה).

* איך המסורת רואה את מושג המחלוקת? האם זה דבר טוב או סוג של טרגדיה? במדינה הלכתית אידיאלית יש מי שיכריע במחלוקת- הסנהדרין, קיימת סמכות אחת. השופט זילברג אומר כי המחלוקות נהדרות כי כאשר הוא מחפש תשובה לשאלה עדכנית במדינה ישראלית כשיש מחלוקת אז סביר כי כמעט תמיד הוא יימצא איזה שו"ת שתאמר את מה שהוא רוצה לומר וכך ניתן לשלב את המשפט העברי במדינה. הוא לא פוסק הלכה, הוא שופט חילוני, ובכובע זה הוא יכול "לחלל" את המשפט העברי ואז למשל לפסוק לפי הירושלמי ולא הבבלי.

המשפט העברי הוא משפט דתי לכן מבוסס על חובות לעומת המשפטים החילוניים, למשל הרומי ולכן יש ביניהם הבדל. במשפט הכללי כאשר אנו מדברים על הצורך בקיום חוזים, השבת הלוואות, או בכל קיום של חיוב אחר יש לנו בד"כ שני צדדים- לווה ומלווה. כאשר המלווה נותן כסף ללוווה נוצר ביניהם חוזה הלוואה שמשמעותו שהלווה צריך להשיב את הכסף. לעומת זאת במשפט העברי יש שלושה צדדים- לווה מלווה והאל. זילברג אומר כי המערכת בנויה פה אחרת. הלווה חייב להחזיר לו את הכסף, מנימוק שונה לחלוטין ולא במישור הכלכלי המשפטי אלא שיש מצווה שהאל נתן לפרוע חוב וכתוצאה מכך הלווה חייב לקים מצווה כלפי האל. משמעות המצווה היא שבאופן עקיף המלווה או הנושה מקבל בחזרה את כספו. "לא חובו של בעל החוב (הנושה) מעניין, אפוא, את בית הדין אלא חובתו של החייב, החובה הדתית מוסרית, קיום המצווה שלו ורק בעקיפין, כאילו כתוצאה משנית, מקבל הנושה את כספו". לפי זילברג הנקודה הזו מעניינת גם את בית הדין. בד"כ אנו סבורים כי מטרתו של ביהמ"ש היא לעשות צדק ולפתור בעיות שמובאות לפתחו, זהו מוסד להסדרה חברתית חשוב. בעולם של זילברג תפקידו של ביה"ד הוא לדאוג שהחברה תשמור מצוות ולכן מה שמעניין אותו הוא קיום המצוות. התפקיד של ביה"ד מוגבל למישור הדתי. לתמונה זו יש השלכה משמעותית, במקרים בהם אין חובה דתית אז גם אין חובה להשיב הלוואה (במקרה של יתום קטין למשל).

הנ"ל הופך את המשפט העברי למאוד שונה משיטות אחרות המעמידות את האדם במרכז ומכוננות מכך חובות. המשפט העברי הפוך- הוא מעמיד במרכז את האל, מדברים בשפה של חובות.

זילברג מרחיק ומחלל את המשפט העברי כדי לקרב את המשפט הישראלי למקורות ולתרבות היהודית. הוא לא מעוניין להשתמש במשפט העברי כפי שהוא נוהג בהלכה אלא לשאוב ממנו רעיונות ולשלבם בפסקיו. הדרך שבה הוא מציג את הסוגייה של המשפט העברי -האם הסוגיה הזו אכן מוכיחה כי אין דבר כזה זכות לקניין במשפט העברי? הוא מציג רק צד אחד. הוא מטשטש את העובדה שהאמורא רב פפא אמר את ההלכה, למה לא מעניין אותו ההלכה שנפסקה בסופו של דבר או התוצאות המעשיות? הוא מציג זאת כשאלת תם, לא מדובר בשאלת בירור באמת אלא במחלוקת וההלכה בסוגיה זו נפסקה שלא כדרכו של הרב פפא. כלומר יש שיטה בגמרא שלא מקבלת את זה שאדם חייב לפרוע את חובו רק בשל קיומה של מצווה. כלומר יש שיטה כזו אך היא שנויה במחלוקת, והרבנים המאוחרים יותר לקחו את העמדה הפחות דתית והיותר משפטית. זילברג מטשטש את זה לחלוטין.

הוא רצה להדגיש את הייחודיות, את הדתיות של המשפט העברי שהשתקפה דרך גישתו של הרב פפא אך לטעון כי זה המשפט העברי ואין בלדו ולכן אין לערבבו עם שיטות משפט חילוניות אחרות, זו עדיין טענה גורפת מידי.

* האם ביה"ד מסיים את תפקידו במוסד הדתי? האם ניתן לאכוף משיקולים אחרים (ר' יוחנן)? לפי השטה השנייה- במקרים שאין חובה דתית, ניתן להטיל חובה משפטית. לדוג' המשפט הפלילי היהודי היה מאוד קשה להרשעת רוצחים, כללי ראיות מאוד קשים, המשפט העברי בימי הביניים השתמש בדין המלך כדי להרשיע רוצחים.

אנגלרד מעביר ביקורת על הניסיונות לשלב את המשפט העברי במשפט החילוני הישראלי, בעיניו זה חילון של המשפט העברי, דבר שאינו מתקבל, זה בעצם לא באמת משפט עביר.

לטענת המרצה, ההלכה היא בהחלט מוסרית, אך הגדרות ההלכה למוסר שונות. המוסר לא חיצוני להלכה אלא נובע מהמשפט. העולם המשפטי של היום מניח שהמוסר קודם למשפט, יש מקרים בהם המשפט נסוג בפני המוסר, לדוגמא גרמניה הנאצית. טענתם הייתה כי הוא שומרי חוק. דוגמא אחרת היא חוק עשיית הדין בנאצי ועוזריהם- חוק רטרואקטיבי של מדינה שלא הייתה קיימת בזמן המלחמה, הטענה היא שמדובר במשפט טבעי שגובר על החוק, חוק לא כתוב ולכן ניתן לשפוט על כך. לאדם הדתי זו טענה שקשה לקבל אותה. קשה לקבל כי יש מוסר שקודם למשפט וקודם להלכה. הקושי כאן הוא כי מבחינת אדם דתי, ההלכה נובעת מהאל, ולא ניתן לתאר כי האל אינו מוסרי. אחת הבעיות הנפוצות היא בטענה שההלכה היא חובקת כל, לכן לא ניתן להניח שיש משהו שמתקן את ההלכה מבחוץ.

**החזון אי"ש (הרב אברהם ישעיהו קרליץ)**- (עמ' מס' 5) זהו קטע מאוד מצוטט כי הוא מנסה לפתור את הקונפליקט הזה שעלול לצוץ בין המשפט למוסר כאשר הוא פותר אותו ע"י אמירה שאם אתה מרגיש כי ס' מסוים בדיני הקניין של ההלכה היהודית לא צודק, כנראה שהבעיה אצלך- "שב תלמד עוד קצת..", אתה כנראה לא מבין את זה טוב. אם אתה מרגיש שדיני ההלכה לא מוסריים כנראה שלא למדת מספיק, אם תלמד מספיק את לא תרגיש יותר את הקושי. עולם הישיבות, בעיקר הליטאי, מאוד אוהב את הגישה הזו. המוסר לא נמצא מחוץ לתורה אלא בתוכו, אם תלמד מספיק את הסוגיות המשפטיות בעולם היהודי תהא אדם מוסרי. גישה זו הצליחה גם בזכות העובדה שהקטע הזה נכתב ע"י אדם מאוד משמעותי במאה ה-20, החזון אי"ש, שהיה דמות מכונננת בעולם החרדי.

* לאורך כל חייו לחזון אי"ש הייתה מלחמת רעיונית עם תנועת המוסר. הרעיון של תנועת המוסר היהודית, שמייסדה היה הרב ישראל ליפקין, קמה על רקע משבר הדתי של מזרח אירופה והיא אומר כי יש לנו בעיה בעולם הישיבות, אנשים לומדם הרבה תורה אך עדיין הם לא אנשים מוסריים. לכן לא מספיק ללמוד גמרא, צריך להכניס גם מוסר וספרים נוספים. חזון אי"ש סלד מהרעיון, זה למעשה רעיון שרומז כי ההלכה לא מוסרית. הוא מנסה לתקן את הנקודה הזו במוסדות חינוך ואיגרות שהוא כותב. לפיו אדם שאינו מוסרי הוא כזה שלא למד מספיק הלכה.

לאן ילך האדם כשהוא עומד מול דילמה מוסרית? להלכה. היא זו שתכריע מה נכון ומה לא. זוהי גישה עם השפעה חזקה גם מבחינה הלכתית אך לא אקסקלוסיבית, ישנן גישות מתחרות שחולקות על טענה זו.

29/10/13

דף מקור 5 – המשך: הנקודה שמנסה המחבר (חזון איש) להדגיש היא שיש צורך בלימוד הלכה כדי להיות אדם מוסרי. לא ניתן לדבר על מוסר שקיים מחוץ להלכה. הדרך שזה החזון איש מנסה להוכיח את הטיעון שלו היא דרך מאוד מעניינת – המוסר הוא נגזרת של ההלכה, כאשר אדם נמצא בדילמה מוסרית אז הוא צריך לפנות להלכה. השימוש במונח 'לפעמים' היווה קושי לפרשנים מסוימים, בעת סיום קריאת הקטע ברור שהעמדה של חזון איש מאוד ברורה ולכן המילה לפעמים אינה מתאימה.

החזון איש משתמש בסיפור כדי להראות איך שימוש באינטואיציה של אנשים שלא למדו את ההלכה, מביא אותם למחוזות לא טובים. חשוב לזכור שהחזון איש פונה אל בחורי הישיבות ואל אנשים שמזוהים עם ההלכה. הוא מניח הנחה שסיטואציה שיש בה דילמה מוסרית ויש בה הלכה ברורה, אז ההלכה היא זו שמחייבת. הוא אומר שאם יש אנשים שלא מאמינים בזה אז הם כנראה לא למדו את הסוגיה הזו עדיין, אחרת הם היו מודים בטעותם.

סיפור נוסף שהחזון איש נותן הוא דילמה בחיי העבודה, הוא בחר אתם התחום הזה כי זהו התחום בו הם עסקו ביומיום (הלכות צבא ומדינה למשל, לא ניתן היה להביא כי אין הלכות ברורות לגבי איך מתייחסים לשבויים וכו'). הדילמה המוסרית במקרה כזה היא בסדר גודל קטן לעומת דילמה מוסרית בענייני עבדים / מלחמה וכו', החזון איש בוחר דילמה בתחום המשפט הפרטי כי התמונה ההלכתית בו רחבה ועשירה יותר. המבנה הקהילתי והיא ללא ספק דוגמא טובה לדילמות מוסריות בהן נתקלות. החזון אי"ש ותלמידיו לא עסקו בסוגיות בסדר גודל אחר לחלוטין- האם ניתן לומר כי גם פה ההלכה תכריע מה מותר ואסור? הבעיה היא שהחזון איש מעולם לא עסק בה, הוא מעולם לא התעניין במדינה, מבחינתו היה עדיף כ היא מעולם לא תקום, העולם שבו עסק היה בין אדם לחברו, בקנה מידה מאוד קטן. האם ניתן לשלוח להלכה ולחפש שם את התשובה המוסרית?

מכל מקום החזון איש לא יכל להביא שום מקור הלכתי חד משמעי כפי שהוא הביא בסוגיות בהן עסק לפני. השאלה היא האם יש בכלל הלכה? האם היא הלכה חתוכה או נתונה למחלוקות?

מסתבר שפוסקים שכן עסקו בהלכות מדינה צבא, וכיצד להפעיל מערכות ציבוריות, בהרבה מקרים באו ואמרו כי יש להחיל נורמות חיצוניות. זו השפעה ברורה של הרב קוק אך בכמה איגרות הוא מדבר על כך שנורמות מוסריות משתנות עם הזמן. דברים שהיו נהוגים בצורות המלחמה בספרי הנביאים כבר לא נהוגות היום.

יש דוגמא אחת בדיני קניין- עבדים, בעבר היה לגיטימי והיום אל לגיטימי לחלוטין. ההלכה מתירה עבדות, יש בתורה המון הלכות על עבדים אז כנראה שזה דבר שמתקבל על הדעת, המשפט מכיר בו ומדבר עליו, האם זה אומר שעלינו לקבל את זה? האם זה נכון לומר זה לא מוסרי לקנות עבדים? זה לא מוסרי כי בעולם בו אנו חיים היום זה לא מוסרי. האם הלכה צריך להשתנות בהתאם לשינויים בעולם? שאלות בסדר גודל כזה החזון איש לא עוסק.

החזון אי"ש מטפל בסוגיה שנמצאת במסכת בבא בתרא שעוסקת בסוגיית התחרות המסחרית. האם יש בהלכה הגבלות על התחרות המסחרית? האם מותר לאדם לפתוח עסק מתחרה בסמוך לעסק קיים. למה שתהיה עם זה בעיה? זה פוגע בפרנסה של הראשון. המונח ההלכתי- "פסקת לחיותי". יש מחלוקות בנושא, יש מקצוע אחד שאין בו מחלוקת בכלל, מסכימים כי מותר לקיים תחרות, אכזרית ככל שתהיה- זהו מקצוע ההוראה. המטרה כאן כדי שהמורה יהיה הכי טוב, רואים את הרווח של התלמידים. אין לימודים ציבוריים, הכל היה אז פרטי. כיוון שמדובר בהוראה של תורה, האינטרס הציבורי הוא שלימוד התורה יהא רחב יותר, טוב יותר מוכן להתיר כניסתם של מורים חדשים לשוק שיגיעו עם טכניקות טובות וחדשות וכן יעלו כך גם את רמתם של המורים הותיקים שישתפרו בשל התחרות. לא מסתכלים על הפרנסה אלא על התוצר הסופי מהתחרות.

החזון אי"ש מספר על מקרה בו אנשים הוציאו את ילדיהם מהמורים הישנים והעבירו אותם למורים חדשים. הוא משתמש בביטוי "רודף" שהינו ביטוי חריף במיוחד- מבחינת האדם הוא מרגיש נפגע, מי שלקח ממנו את התלמידים הוא כמו רודף, כי אין לו ממה לחיות עכשיו. אותו מורה ותיק מרשה לעצמו לפעול באוסף של אמצעים, השמצות כנגד המורים החדשים, ובהמשך גם הידרדר לאלימות פיזית. מטרת הסיפור שמספר החזון אי"ש היא ליצור סימפטיה של הקורא כלפי הותיקים. יש דילמה, מה מותר מה נכון?! יש כאן אמירה של החזון אי"ש, הוא שואל מי יקבע מי הצודק? תיאורטית הוא מניח שאולי אותם מורים ותיקים צודקים, אני יודע שלא אך הם היו יכולים להיות צודקים אם ההלכה הייתה מגבילה את התחרות במקצוע שלהם, הוא קורא למלחמה שלהם מלחמת מצווה- הם רוצים לקיים את ההלכה וללמד תורה. אך ההלכה הכריע כי יסוד שיפור התורה יותר חשוב מפרנסתו של אדם. הוא משתמש בביטוי "שופכים דם נקיים". הוא אומר כי הכתובת לפתרון הדילמה נמצא בהלכה. ההלכה פותרת גם את הבעיה המוסרית. המוסר זה אל אוסף של הלכות שנמצאות מחוץ להלכה אלא הוא בתוך ההלכה. כדי להחליט מה לעשות, יש לפתוח את הספרים.

מה אם כך תהיה ההכללה למה שהדוגמא הזו מלמדת? –אין הבחנה אם כך בין משט לבין מוסר והאדם המוסרי הוא האדם שפועל ע"פ ההלכה. איך הוא מסביר את המקרים בהם מבקשים מאנשים לפעול ביתר חסידות ולפנים משורת הדין? יש מקרים בהם ההלכה אומרת כי יש לנהוג א', ואם אתה אדם טוב תעשה יותר מזה. אך זה במקרים בהם אין הלכה אחרת. הוא בכוונה מדגים זאת במקרה בו אי אפשר לבחור גם א' וגם ב', אלא צריך לבחור בין המורים החדשים לישנים.

בכל סיטואציה, או דילמה, צריך לשקול ולבדוק מי הרודף ומי הנרדף, כלומר מי צודק ומי לא צודק. הלימוד המוסרי הוא במשפט, שם נמצאת ההכרעה המוסרית (בהלכה). למעשה מי שלא למד את ההלכה, ויפעל לפי האינטואיציה שלו, ייתכן וייטעה.

יש כאן בעיה גם בתחום דיני הקניין. החזון אי"ש המתכון שהוא נותן, ללכת לספרים ולברר זוהי הוראה בעייתית כי לא תמיד יש הכרעה ברורה, יש מחלוקות. למשל – האם מותר להעתיק תוכנה שלא לצרכים מסחריים? מבחינת אינטואיציות, האם זה מותר? יהיו הרבה פוסקים שיגידו זה לא מוסרי אבל מותר. אין לכך מקור ברור האוסר על כך, לכן זה לכאורה מותר אבל לא מוסרי.

* ברור לחלוטין שמבחינת החזון אי"ש אין הבחנה בהלכה בין חלקים דתיים לחלקים משפטיים. אם אתה רוצה לדעת כיצד להתנהג בעולם המשפט אתה צריך לנהוג כמו אדם הרוצה לדעת איך עליו להתנהג בשבת או חגים. כפי שלא ייתכן לשמור את השבת בלי לדעת הלכותיה, ולא ייתכן לשמור כשרות בלי לדעת מה מותר ומה אסור, כך לא ניתן להישמר מגזל וחמס- פגיעה בקניין בלי לדעת את המידות. היינו חושבים אולי שהמישור המשפטי שונה מהמיסור הדתי של הלכות שבת וכשרות- כי מדובר בין אדם לחברו, כי אנחנו מניחים שהמשפט בנוי על המוסר, ולכן זה נראה משהו מאוד אנושי. החזון אי"ש אומר שאל לנו לטעות, כמו שלא יודעים הלכות שבת בלי ללמוד, זה לא משהו שנולדים איתו, ככה זה גם בענייני קניין. אם תלך לפי אינטואיציה אתה תעבור עליהם.
* עולה מכאן בעצם שמקור דיני הקניין בהלכה הוא אלוהי/ דתי, זהו טיעון משמעותי, כי זה אומר על דיני הקניין של המשפט העברי שמקורם בשמיים, לעומת שיטות אחרות שמקורם בשכל, באינטואיציה ובמוסר. דיני הקניין ההלכתיים שונים באופן דרמטי מדיני הקניין במדינות זרות. החזון אי"ש למעשה אומר כי אין דבר כזה פרוייקט המשפט העברי, לא ניתן להשוות, המקור שנותנים למוסר שונה לחלוטין, אם יש הלכות דומות, זהו רק דמיון מקרי.

הוא לא מבטל את העניין של מוסר, הוא אומר שיש מוסר אך הוא נגזרת של המשפט, תוצר של המשפט ולא קודם לו.

**פס"ד 940365/1 בד"ר האזורי ב"ש, דיין יחיד הרב ציון לוז אילוז**-

לדיין יש יותר מבעיה אחת, של אייך לפתור את המקרה. הדיין מציין כמה פעמים במרכאות את המילה "אביו" למה הוא עושה זאת? לפי ההלכה היהודית, ילד שנולד משייכים אותו מבחינה דתית לפי האם. מבחינת משפטית כללית, ומבחינה גנטית הילד נולד לאבא המוזכר, אין על כך מחלוקת. מבחינת משפט מדינת ישראל אין ספק שיש אב ובן, זה כל כך ברור לו שהוא אומר שאסור לו לשלוח אותו לרשם לענייני משפחה כי אז ברור שהוא יקבל את הירושה הזו.

דין תורתנו הקדושה אומר שלמרות שאין שום ספק עובדתי שהילד נולדה לאותו אדם המכונה אביו, מבחינת ההלכה הוא לא אבא שלו, כי מבחינת ההלכה ילד שנולד לאב יהודי ולאם שאינה יהודיה, לא נחשב לבנו של האב לשום דבר מבחינת ההלכה. יש פה פער גדול בין המציאות העובדתית למציאות המשפטית. עולה השאלה האם הוא יורש אותו?

הילד לא נולד כיהודי, ובחר להתגייר בגיור מצוין במובן הזה שהוא שומר מצוות, דבר המעלה את הסימפטיה של הדיין. אינטואיציות וגם החוק הישראלי יאמרו ללא ספק שהבן יירש את אביו. אך מבחינת ההלכה הסיטואציה מסובכת, אם היה לאותו מנוח, קרובים אחרים ברור לפי ההלכה כי הם היו יורשים, אך קרוביו מתו בשואה. רק בגלל שאין קרובים אחרים הוא מוכן לדון בבקשה שלו. הוא חושש שמא בעתיד יתגלה קרוב, הוא אומר לו שהוא יקבל את העיזבון אך אם יצוצו קרובים הוא יחזיר להם את העיזבון ללא היסוס. אם אין יורש אחר כזה, הוא מפעיל את המוסר.

הוא עושה ניתוח מעניין להלכה, במסכת שביעית בסוף פ"י- מדובר במקרה של אדם שלווה מגר. ההלכה הפשוטה אומר שאם נושה נפטר אתה מחזיר את החוב לבניו. המקרה היה שאתה לווית מגר, והגיור היה לאחר שהילדים נולדו, כלומר גם הילדים התגיירו, זה אומר שמבחינת ההלכה, כשנולדו לא היו ילדים, מכאן שלפי ההלכה אינם למעשה בניו. במידה ואדם התגייר וילדיו לא, אין בכלל הלכה. אך אומרים כי אם בנו התגייר, אז לא חייבים להחזיר לו, כי מבחינת ההלכה הוא לא היה בנו האמיתי, אך החכמים אומרים כי ראוי שתחזיר לו- "רוח חכמים נוחה הימנו"- למרות שאינו יורשו ע"פ דין, כלומר על פניו, יש דין ויש מוסר. זה לא דין שמתנגש עם מוסר לכן אפשר לפעול ע"פ המוסר. לכאורה המקור הזה אומר שכאשר יש מקרה כזה אנחנו מכניסים אלמנטים מוסריים. אפשר להסיק מזה שרוח החכמים מעודד גם בדיני ירושה, **במקרים שזה לא פוגע במישהו אחר, לפעול ע"פ המוסר**.

המקורות שלפניו שדנו בסוגיה הזו מעלים טיעונים טכניים, למה רוח חכמים מעודדת להחזיר הלוואה, כי אז אם לא יקבלו את הכספים חזרה, אנשים יעדיפו להיות גויים. הוא רוצה לסמוך על המקור הזה אך רוצה לתת לו פירוש חדש: כי מי ש"מחזיר" (הוא לא באמת מחזיר, מבחינת ההלכה הוא זכה בזה, זה שלו, ברגע שהמלווה מת ובניו נתגיירו אין למי להשיב- הוא זכה בו מן ההפקר) חוב שאינו חייב להחזירו אך בעיני בני אדם נראה שאין זה צודק, מזה אם כך רוח חכמים נוחה הימנו? אמנם ברור כי הצדק האמיתי הוא מה שכתוב בתורה, אם ראוי להתחשב במה שנהוג בעיני בני אדם.

יש גישה אחת שהולך רחוק יותר מהחזון אי"ש בשאלות של הלכה ומוסר, של **ישעיהו ליבוביץ**. העמדה הדתית שלו טהרנית בצורה קיצונית. בניגוד לתדמית שלו כליברל גדול, הוא היה מאוד קיצוני במובן הזה שהפרויקט הגדול שלו היה ניתוק בין ההלכה לכל גורם שהוא מחוץ להלכה- כלומר ניתוק המוסר מההלכה. כי אם תפעיל שיקולים מוסריים זה אומר שיש מקור סמכות יוסף בעולמך חוץ מצו האל. העמדה הזו היא עמדה שחורזת את כתיבתו גם בתחומים אחרים.

הוא גוזר מזה מסקנה שהיא מאוד משמעותית ביחסי דת ומדינה- הוא היה המבקר החריף ביותר בתולדות מדינת ישראל, כנגד החוק הדתי מספר אחד בישראל- חשבד"ר נישואין וגירושין. החוק הזה בעיניו טרפה ונבלה, מבחינה דתית. עניינה אותו הפגיעה בהלכה. החוק הוא אנטי הלכתי. זה שלאנשים אין ברירה זו פגיעה בהלכה, הרבה אנשים מתחתנים ומתגרשים לפי ההלכה משום שהמדינה מחייבת אותם. ההלכה היא מערכת טוטאלית, היא מוכנה לקבל רק את עצמה. היא לא מוכנה שיקבלו אותה בגלל שזה החוק או המוסר, הוא לא מוכן שיקבלו את זה בגלל כפייה אלא אך ורק בגלל שאתה מקבל את הכפיפות הדתית של החוק.

הוא אמר כי אמנם מצוות צריכות כוונה, במובן הזה שהכוונה היחידה שאתה צריך להתכוון, שאתה מקיים א המצווה כי הינה מצווה, ולכן הפרויקט המשמעותי שהוא עוסק בו לאורך עשרות שנים זה יציאה כנגד הספרות ההלכתית הגדולה שנכתבה במהלך השנים- טעמי המצוות. כל הדבר הזה לא ראוי- למשל אדם שאומר שאינו אוכל חזיר כי זה לא בריא, אדם צריך לא לאכול כי זה מצווה. כי האל אמר זאת ולא כי אתה צריך עוד סיבות חיצוניות להלכה, עוד סיבות רפואיות. הוא בין היתר טען כי למעשה אסור להתכוון בתפילה. עיקר התפילה היא תפילת 18. אם אתה באמת מתכוון שהאל ישלח לך רפואה שלמה אתה לא באמת מתפלל בשביל האל אלא בשל הבעיות הרפואיות שלך, לטעמו יש לומר את התפילה, זוהי טענה אבסורדית לכאורה. ברגע שאתה שואל למה צריך את זה, אתה כבר כופר, לא צריך להבין למה לקיים מצוות אלא רק לקיימן.

אצל החזון אי"ש יש מוסר רק שהוא נמצא בתוך ההלכה, אצל ליבוביץ אין מוסר. הוא טוען כנגד אדם המקיים מצוות כי הוא חושב שהחברה הופכת לטובה יותר או הופכת אותו לאדם טוב יותר, שהוא עושה עבודת אלילים, עבודה זרה ממש כי הוא עובד למען מטרה אחרת ולא לאל האמיתי. כשאדם שם את עצמו במרכז זו בעצם עבודת אלילים. בעצם כל מי שמנסה להבין את המצוות מבחינתו עובד אלילים. הדיון המוסרי שם את טובתו של האדם במרכז אל מול ההלכה ששמה את האל במרכז. האדם מקבל אוסף של צווים שהוא אמור לקבל כמו שהם. העמדה שלו מלאה סתירות ולמעשה יוצרת סתירות פנימיות בכל התיאוריה שלו.

* הצו המוסרי הגדול ביותר שנכתב בתורה- **"ואהבת לרעך כמוך"**- לטענתו זוהי בעיית קריאה, לא נכון לפרשו ככלל מוסרי. זהו הכלל הגדול של התורה אלא דווקא משום שהוא מופיע כאחד מתרי"ג המצוות. הוא אומר כי בעצם מוציאים דבר מהקשרו ולא מצטטים אותו נכון כי למעשה הביטוי אומר "ואהבת לרעך כמוך, אני השם"- כלומר תאהב את רעך כמוך- כי האל ציווה זאת.
* **"ועשית הישר והטוב"**- ישנם צווים משפטיים שנלמדו מפסוק זה, לכאורה זהו צו מוסרי. הפסוק האמיתי אומר "ועשית הישר והטוב בעיני השם"- כלומר לראות מה האל חושב שהוא הישר וטוב בהלכתו וכך לעשות.
* **"והצנע ללכת"**- לא הצנע ללכת כל הזמן אלא "הצנע ללכת מול השם אלוהיך"- כלומר תמיד השווה את עצמך לאל והיה צנוע מולו.

כל דבר שחייבים לעשות זה בגלל שזה רצון האל ולא מעבר לזה. מצוות כיבוד אב ואם, שבת, איסור עבודה זרה, פאה ולקט, איסור גניבה וכו', כל אלה שווי ערך למשפט 'ואהבת לרעך כמוך', כל אלה הן מצוות דתיות שנעשות בשביל האל ובשבילו בלבד.

הוא אומר להגדיל את כל הפרק בו המצווה של ואהבת לרעך נמצא בו- פרק י"ט- את הציווי הזה מקיף סלט שלם של מצוות שהקורא היה עלול לומר כי חלק מהן שייכות למישהו האנושי המוסרי וחלק מהן מצוות דתיות. המטרה שלו להראות שבתורה אין את ההבחנה הזו, התורה שמה את הצווים אלו לצד אלו. לטעמו אין שום דבר משותף בין המשפט העברי לשיטות אחרות שכן הם בנויות על הגיון פנימי של המערכת, על המוסר ובהלכה אין הגיון פנימי, אלא לקיים את רצון האל.

**תחוקת העבודה- הרב משה פינדלינג**

גישה אחרת לחלוטין, שונה מזילברג, החזון איש ובוודאי מליבוביץ', היא גישה מעניינת שנכתבה על ידי הרב משה פינדלינג – הרקע לכתיבת הקטע: זהו נספח לספר אחר, הספר שעליו נכתב הנספח הוא הספר 'תחוקת העבודה'. הרב פינדלינג היה רב בחיפה, לאחר מכן דיין בבית הדין הרבני. הוא כתב את הספר בתחום העבודה ואז קיבל תגובות מהרב מכיאל טוקצינסקי. הספר נותן רקע על דיני העבודה, זה היה חלק מפרויקט שבראשו עמד הרב הרצוג שהבין שמדינת ישראל עומדת לקום ויש להסדיר את התחום ההלכתי ואת התחומים המשפטיים שבו כך שיתאימו לעולם מודרני יותר, דיני העבודה המודרניים לא קיימים בהלכה והיה צורך להתאים אותם למדינה שתקום. הרב פינדלינג מנסה למצוא ביסוס הלכתי לפיצויי הפיטורין למשל, ברור שהרעיון הזה מגיע מחוץ להלכה, בכל זאת פינדלינג מוצא הלכה שאומרת שיש לתת לעבד שמשתחרר סכום כסף כדי שיוכל להתחיל את חייו בעולם החיצוני. זה מזכיר במידה רבה את פיצויי הפיטורים.

 טוקצ'ינסקי אומר שכל דיני הקניין בעולם לקוחים מהכרה בזכויות של אנשים פרטיים. טוקצ'ינסקי מבקש מהקוראים לעשות מעין תרגיל מחשבתי – הוא בא ואומר, בואו נשוב שלא הייתה ניתנת לנו התורה, שלא הייתה אומרת לנו כיצד לנהוג, מה היה קורה אם לא היה ניתן לנו חוק? בואו נדמיין חברה שאין לה מסורת משפטית קיימת, למשל חבורה של אנשים מתרבויות שונות שמגיעים לאי מסוים. מה יקרה בחברה שלהם? אפשרות ראשונה שיהיה כאוס, האפשרות השנייה היא שתיווצר מערכת משפטית. המציאות הכריחה אותם לפתח משפט, אם זה לא יקרה והם לא יבינו שכל אחד צריך לשמור על הרכוש שלו. אם לא תהיה הגנה על זכות הבעלות אז או שיהיה מצב של חלוקה שווה בין כולם (קומוניזם טהור) או שלא יהיה משמעות למושג גזל ואז החבר הזו תיכחד.

בשלב הבא המחבר מסביר שעוד לפני ההתגלות ניתנו מצוות בני נוח, אשר לדעת חוקרים רבים הקדימו את מתן תורה בשל היותן אוניברסאליות. בסוגיה הזו קיימת מחלוקת ידועה לאורך הדורות בין הרמב"ם והרמב"ן, והמחבר מסביר שהראשון נוח יותר לשיטתו, מכיוון שעבורו תוכן מצוות הדינים היא הקמת בתי משפט, וזה מתאים לתיאוריה שמנסה המחבר לקדם מכיוון שמכאן משתמע שבני-אדם אמורים לבנות את המערכת המשפטית שלהם ולמלא אותה בתוכן. במלים אחרות, אין צורך בתורה מן השמיים כדי ליצור דיני קניין, אלא מותר וראוי שבני-אדם יצרו אותם בעצמם.

מדוע האל ציפה מבני נוח (לא יהודים) שיקיימו את מצוות הגזל, איפה נכתבה הציפייה הזו? ההנחה היא שבני האדם יצרו לעצמם מערכת משפט, מערכת שמבוססת על מוסר והסכמה. אנשים שלא מבצעים מצוות מוסריות פשוטות דינם השמדה. יש הנחה שכל חברה אנושית מייצרת לעצמה דיני קניין ודינים בכלל, טוקצ'ינסקי מזכיר שיש מצווה להקים בתי משפט. האם המצווה להקים בתי משפט יכולה לעמוד בפני עצמו? לא כי יש צורך בנורמות משפטיות, גם מפה אנו מסיקים שיש הנחה שהחברה תיצור את הנורמות בעצמה.

הטענה המרכזית של טוקצ'ינסקי – ניתוח הבסיס של דיני הקניין, יש להלכה בדיני הקניין נכונות לקלוט נורמות קנייניות חיצוניות, לא בתקופת חז"ל אלא בתקופות מאוחרות יותר. כשהעולם משתנה ונוספות שיטות אחרות לקניית קרקע למשל, אז דיני הקניין יקלטו אותם. למה דיני הקניין קולטים נורמות חיצוניות? טוקצ'ינסקי טוען שההיגיון המשפטי של דיני העברת הבעלות בהלכה זהה להיגיון של דיני העברת הבעלות במשפט האמריקאי ועוד, הבסיס שלה הוא יציר האדם ולכן אין בעיה לאמץ אותם.

אם כך נשאלת השאלה, האם יש ערך מוסף לכך שנלמד את החוק מהתורה ולא מחוק מדיני? אם בסופו של דבר מקורם של דיני הקניין הם בחברה, למה צריך את התורה? הערך המוסף של התורה על פני שיטות משפט אחרות הוא הערך הדתי בעיקר (בנוסף על הערך החברתי), המצוות הן צווי האל. אנחנו מקיימים בין היתר את המצוות הללו בשביל האל. זהו טיעון שבא ואומר שהתורה היא אינה הסדר חברתי יותר טוב אלא הסדר דתי שלא קיים במקום אחר.

הטענה הזו עלתה גם בדברי הוגים שקדמו לו, אחד מהם היה הנציב. הנציב עומד מול שאלה גדולה – מה הערך שההלכה מצווה לבקר חולים, לעזור לעניים וכו', מה ההבדל בין המצווה מצד התורה לבין אנשים שיעשו את בלי קשר למצווה? בקיום המצווה כפי שהיא נכתבה בתורה, יש שכר שמימי. לא מקבלים את השכר באופן מיידי וזאת מלבד המצווה "כבד את אביך ואימא, למען יאריכון ימיך". כאן יש שכר מיידי. הנציב מכניס את מושג המוסר לתוך השיח של ההלכה.

יש בהלכה דיני עבודה אך וודאי שההלכה לא התעסקה בכלל בשאלות של דיני העבודה המודרניים, זהו למעשה תחום משפטי חדש. דיני העבודה ואלו שחוקקו הבריטים בארץ ישראל, לא קיימים בעבודה. למשל אייך מפטרים אדם? האם צריך לשלם פיצויים? האם קיים מוסד של חופשת מחלה, יחסי עובד ומעביד, האם מותר לשבות וכו'? הרב הרצוג אומר שצריך למלא את הלקונה הזו, צריך לעשות מחקר ולמלא את הלקונה.

5/11/13

האם יש מקורות מחוץ לתורה לעיצוב דיני הקניין בפרט והמשפט העברי בכלל?

המקור: **ספר שערי ישר**- עמ' 10, ספר המשתמשים בו אנשים שרוצים לטעון שהמשפט העברי דומה לשיטות משפט אחרות. איזו שיטה אנחנו מקבלים יותר באופן אינטואיטיבי? נראה שנקבל יותר כי מערכת המשפט העברי הינה מערכת סגורה. קל לנו יותר לקבל אותה,כי מבחינה דתית מאוד סביר להניח כי האדם הדתי מקבל על עצמו רק מקור סמכות אחד. הוא מצווה רק למה שכתוב בתורה. ברגע שאני ניח מקור סמככות נוסף אני מקטין את תחום התורה. האדם הדתי גדל על תפיסה שאומרת כי ההלכה נמצאת בכל מקום, אם כך כיצד יש סמכות למישהו או משהו נוסף? זה פותח פתח לקונפליקט שעלול להיות מאוד אכזרי- מה קורה כאשר אני מציע פתרון על מה שנראה לי נכון, מוסרי והוגן אך בספרות ההלכתית הפתרון אל מקובל? במקרה כזה יש התנגשות, לא ניתן לבצע את שתי הפתרונות במקביל. המערכת הדתית תצפה שאכפוף את שיקוליי האנושיים בפני צו האל.

בעולם משפטי נתון לעולם לא יכולים לדון במקביל שתי נורמות בסיסיות. לא יכול להיות מצב שבו אקבל שתי מקורות סמכות מקבילים. דבר זה בהכרח יגרום לפיצוץ.

בעיה נוספת היא, הטענה המרכזית של לייבוביץ שפותחה לכיוון המשפטי ע"י יצחק אנגלרד, שאומרת כי אם אני יודע שיש בשו"ע יש אותו הסדר שיש בחוק המקרקעין. לאדם הדתי עדין תהא בעיה, הפתרון בשתי המערכות יהא אותו פתרון אך קיימת בעיה, אם הוא יעשה את זה בשל כך שזה צודק ונכון וגם נכון לפי התורה, לכאורה זה בעייתי כי זה אומר כי הצד הדתי לא מספיק, הסיבה שזה ציווי האל אינה מספיק, אני חותר תחת התורה וצריך משהו נוסף שיצדיק את זה.

האם מבחינה דתית, תיאורתית בלי לבדוק את ההשלכות, האם זה דבר טוב שאדם מתחתן לפי ההלכה כי החוק מחייב אותו לעשות כן? מבחינה דתית לא, כי הייתי מצפה שיעשה זאת כי הוא מאמין ורוצה ולא כי החוק מחייב אותו. לכן זה לא רעיון טוב לדבר על שיקולים חיצוניים כאשר מדברים על משפט עברי, המערכת היא מערכת סגורה, שעברה מדור לדור, מתנהלת ע"פ העקרונות הפנימיים שלה ולא "מתלכלכת" בעקרונות חיצוניים.

**הרב שקאפ**- אדם הידוע בעולם הישיבות בשל חשיבותו הגדולה בעולם הלמדנות התלמודית. הוא הביא שיטות חשיבה חדשות ללמדנות בליטא. בשיעורי ישיבה, הוא דן בקושיה המורכבת משני כללים הלכתיים מאוד רחבים שהוא מצביע על סתירה ביניהם, לסתירה יש מטרה פדגוגית. מטרתו אינה רק לפתור את הסתירה אלא לטעון כי הסתירה הזו היא פתח לפתרון כללי המטיל איזשהו אור חדש על הדין של המשפט העברי.

הוא עומד על היחס בין שני כללים בהלכה היהודית, יש כלל אחד שאומר "**ספק ממון לקולא**"- צריך להקל כאשר יש שאלה רכושית/ ממונית. נבין זאת באמצעות שני כללים:

* "העמד ממון על חזקתו" יש כלל שבא ואומר מי צריך להביא ראיה כאשר יש שאלה של רכוש- התובע. המוציא מחברו עליו הראיה. כאשר יש לנו שני בעלי דין החזקה נוטה כלפי זה שמחזיק בנכס. אם רוצים להוציא ממי שהנכס בבעלתו עליו להוכיח זאת. אם אדם לא הצליח להוכיח שהרכוש שייך למישהו אחר, אז הרכוש נשאר אצלי. בהיעדר ראייה מותר לי להשאיר את הנכס אצלי. כאשר מישהו טוען שגזלתי ממנו, בית הדין חייב לבקש ראיות, אם לא הצליח להוכיח הרכוש נשאר אצלי.
* כאשר אני מאשים מישהו שהוא במעשיו עובר על איסור ש**מקורו בתורה** אז החובה עליו להחמיר. הדוגמא הבולטת בזה היא אדם שהולך עם חתיכת בשר שאינו כשר. קשה להוכיח אם הבהמה נשחטה או לא. ההלכה מצפה מאותו אדם לא לאכול את זה. אנחנו מצפים שיחמיר על עצמו כי מדובר באיסור תורה מאוד חמור. לעומת זאת אם זה היה איסור מדרבנן הוא יכל לאכול את זה, להקל על עצמו.

הרב שקאפ טוען כי יש איסור אחד המהווה סתירה בין שני הכללים האלו- איסור לא תגזול. אני מגיע לאדם ואומר לי כי אני יודע שהוא גזל את הרכוש. לפי הכלל הזה צריך להחמיר (גזל איסור מהתורה) מצד שני הכלל שגובר הוא כלל הספק על הראיה. אם הוא איסור מהתורה איך אני מרשה לעצמי להקל בו?

לרב שקאפ פתרון, הפתרון שלו הולך לכיוון של טענה כי שני הכללים הללו לא חלים באותה מציאות. קיימת הבחנה משמעותית בין דיני ממונות לדין הדתי שבהלכה. הוא אומר כי לתורה יש שני חלקים- לחלק הראשון הוא קורא דיני המשפטים של דיני הממונות של איש לרעהו שאינם כדרך כל מצוות התורה. כלומר אם התרגלנו שיש סל אחד של מצוות התורה, הרב שקאפ טוען יש לבצע חלוקה, יש שני תחומים שאינם עובדים לפי אותו הגיון, יש את דיני הממונות, בין אדם לרעהו שהם **המשפט האזרחי- הפרטי** והם שלא כדרך כל מצוות התורה, כאשר נשאר ה**דין הדתי** בכללו.

זוהי הבחנה מעניינת עוד בטרם הוא מתחיל לתאר מה מכיל כל חלק. זוהי הבחנה חשובה, הוא טוען שהמקורות של שני החלקים הם מקורות שונים. בכל המצוות- במצוות הדתיות הוא מה שהזהירה לנו התורה במצוות עשה ולא תעשה. אדם מצווה לקיים את החלק הדתי, כי זו מצוות האל. אם לא היה כתוב כי יש להקריב קורבן לא הייתי עושה זאת. אלו מצוות דתיות שלא קיימות בשיטות אחרות. כל העניין זה לקיים משום שהתורה מצווה לקיים. לעומת זאת, בחלק המשפטי שבין אדם לחברו, ברור לגמרי שכן הייתי מקיים את הצווים הללו גם ללא צו השם, משום שזה משפט טבעי, חברה אנושית לא יכולה להתקיים ללא זה, בכל חברה אנושית יש דיני קניין. הוא לא מתכחש לעובדה כי יש בתורה צווים הנוגעים לדיני ממונות, אבל בניגוד לדיני קורבנות השבת שאם זה לא היה כתוב בתורה זה לא היה מתחיל בכלל, בדיני הממונות יש חיוב משפטי הקודם למצווה. המצווה מגיעה באופן שני, היא נבנית על גביו. זאת אומרת, ייתכן מצב שבו השו"ע יגיד כי לא חייב כלום אך חיוב חיצוני משפטי כן יחייב אותי. ייתכן מצב בו חיוב משפטי יגבר על חיוב תורה בדיני ממונות.

זה מזכיר את המצב שבו האבא מת והילד צריך להחזיר את ההלוואה. לפי דין תורה עד גיל מצוות אינו חייב להשיב חובות. זו אינה תוצאה הגיונית. ביה"ד שיתפוס אותו יחייב אותו להחזיר את הגזל, הוא לא יוכל להתגונן בטענת אי החיוב שלו במצוות, בית הדין שיחייב את הקטן אינו פועל על-פי קפריזות, באופן אינטואיטיבי נראה שהוא עושה דבר נכון. לפי התורה הוא לא חייב להחזיר אך יש חיוב משפטי הקודם לזה.

הוא אומר לתלמידיו, כי ברור לו שקשה להם עם זה, כי זה מנוגד לתפיסה האינטואיטיבית שלהם כאנשים דתיים. אך זה הכרחי אחרת ההלכה לא תוכל לטפל בדיני העניין. לטעמו ההלכה בונה על הנחות משפטיות שקודמות לה. הוא מכנה אותן מציאות משפטית- לא ניתן להבין את ההלכה ללא הנחה שמכירה במציאות המשפטית הקודמת להסדרים שהיא מציעה. כאשר חז"ל או התורה דנים בשאלות קנייניות, הם מניחים מושג של בעלות למרות שבהרבה דיונים אין בכלל דיון מקדים בהלכה כיצד נוצרה הבעלות, האם נוצרה כדין, אלא ההנחה שיש מושג של בעלות וההלכה מתבססת עליו. לא קיימת הגדרות של בעלות, התורה אומרת לו תגזול, התורה אומרת שאם פגעתי בשדה של מישהו עליי לפצותו, אך אולי עליו להוכיח כי השדה שלו? לא. התורה מניחה שיש מושג של בעלות שהינו מושג בסיסי בכל שיטת משפט. לא ניתן לדבר דיני ממונות בלי להתייחס למושג של בעלות. מוסד הבעלות אל מוגדר בתורה ובכל זאת השכל מחייב שיהיה מושג כזה.

מאיפה חז"ל הוציאו את הרעיון הזה? של המוציא מחברו עליו הראייה? כמו שהמחוקק הרומי הגרמני או האנגלי קבעו את הכלל, הם מניחים הגיון בריא ופשוט שרלוונטי לכל שיטת משפט שאינו מצריך בת קול משמים. כל התחום של המשפט האזרחי, הוא תחום שמקורו בשכל, ובהכרעה אנושית. יש בתורה דיני קניין ודיון רב בזה אך זה כבר קומה שניה שמניחה הנחות קנייניות בסיסיות שעליהן ניתן לבנות את ההלכות.

גישה זו, אומרת כי זה רלוונטי להבין את המשפט העברי באמצעות תובנות משפטיות חיצונית.

התורה אינה מתנזרת מהסדרה של חיים חברתיים אך היא מניחה קודמת כל הנחות בסיסיות משותפות. לאחר מכן באה התורה ומציעה הסדרים.

עמ' 11

לטעמו, כל דיני הקניין בנויים על חיובים משפטיים שקיימים גם בלי מצוות התורה. גם אם לא הייתי מוצא בתורה חיוב המחייב להחזיר הלוואה, הייתי עדין צריך להשיב הלוואה. משום שלא ייתכן לומר כי אסור לגזול למשל רק כי התורה אומר, אסור כי זהו איסור אוניברסאלי אנושי.

התפיסה הבסיסית ומוכרת תאמר כי זכות הקניין נוצרת מהחובות בתורה. בתורה אין זכות קניין, היא לא מדברת בשפה של זכויות, אך אסור לגזול ולגנוב ומזה נגזר. הרב שקאפ אומר שזה אל נכון, לשמעון אסור לפגוע ברכוש של ראובן בגלל שאנחנו מגדירים את הרכוש הזה כרכושו של ראובן ועל בסיס זה התורה קובעת כי אסור לגנוב. למה צריך את התורה? כי היא קובעת גם ענישה. יש שם פירוט שאינו דומה לענישות בשיטות משפט אחרות. התורה מניחה שאיסור הגניבה נובע מכך שיש הכרה במושג הזכות לרכוש.

בתלמוד יש חובה להשיב הלוואה ממצווה, למה צריך את המצווה הזו? הוא מסביר את מצוות פריעת בעל חוב מצווה- התורה רוצה לחזק את נושא השבת ההלוואות ולכן היא אומרת כי חייבים להחזיר הלוואה לא רק מצד השכל האנושי אלא גם כי האל ציווה במפורש, זו קומה שנייה. היא נבנית על החיוב המשפטי.

עלו השאלות- **אילו חובות יש לקיים בלי ציווי ואזהרת התורה?** הרב שקאפ שואל, מדוע בכלל יש לקיים את צווי התורה? האם יש הגיון לחוקק את חוק יסוד קיום חוקים? לא יכול להיות שהסיבה שאני מקיים את החוק תבוא מאותה רמה נורמטיבית של החוק עצמו. זה חייב להיות מגורם חיצוני שמעליו. אנחנו מניחים שיש הכרח חיצוני, נורמה עליונה שלפיה מקיימים את החוק.

יש בחירה מסוימת שנו לקיים את המצוות, הכרת שכל, עלינו להניח כי זו קודמת לכל קיום המצוות. זוהי טענה שנטענה כבר בימי הביניים. הרמב"ם כותב בספר המצוות, מנסה למנות את מצוות התורה. יש לו היגיון של היררכיה, הוא מחלק אותן לפי קבוצות. המצווה הראשונה מבחינתו – מצווה א' בספר- המצווה להאמין. הציווי אשר ציוונו להאמין באלוהות. יש כאן בעיה קשה, כל ההגיון שאתה מקיים מצוות היא מן המצווה הראשונה- להאמין. אם לא נאמין לא נקיים מצוות. הסיבה שמקיימים את 613 מהמצוות היא מהאמונה באל, לא הגיוני שהמצווה הזו תהיה ראשונה, היא חיצונית.

הרב שקאפ אומר, אנו חייבים לקיים מצוות בכלל משום שאנו מקבלים על עצמנו את משפט השכל וההכרה. אני מקבל את עול המצוות הזה ולעשות אותו, כל התורה מתחילה בשכל.

כאשר אנחנו מסתכלים על הדרך בה פוסקים ודיינים בזמננו מתייחסים לחוקי המדינה, נראה כי בהרבה מקרים מקבלים את חוקי המדינה. ההצדקה לכך היא מתקנות, מנהג או דינא דמלכותא. כשאדם אומר כי הוא שומר על חוקי המדינה כי דינא דמלכותא דינא, אלא הוא אומר שהוא שומר על חוקי המדינה כי מערכת חיצונית גבוהה יותר אומרת כי עליו לשמור על דיני המדינה.

**ההשלכות** של גישה זו, דיני הקניין של ההלכה היהודית ברמה הבסיסית שלהן, דיני קניין מאוד מוגבלים. הם מוגבלים לקניין של נכס ממשי, לא קניין רוחני שאינו מוגדר בתלמוד, וגם לדרכי קניין מאוד מסויימות שבמידה רבה לא מתאימות לשוק מודרני. האם זו רשימה סגורה וזה רצון האל או שניתן כיום להרחיב את דיני הקניין למשל גם על קניין רוחני? בהחלט יש מספר פוסקים בימינו, שללא מקור מפורש, כי אין הרבה כאלו, באים ואומרים כי אמנם אין תוכנה בתלמוד אך לא ייתכן שההלכה לא תגן על משהו שהשכל האנושי מגן עליו.

פס"ד של השופט עודד מאור, **רע"צ 11221-04-12 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בעמ נ' פייזר**- התיק עוסק באדם מאמין החייב כסף בהוצל"פ אך טוען כי הינו עוסק בלימוד תורה ולא יכול לצאת לעבוד, האם יש להכריח אותו לצאת לעבודה על מנת לפרוע את חובותיו?

השופט אומר לו בשורה בתחתונה, לימוד תורה איננה טענת הגנה, אתה יכול ללכת לעבוד. כאשר הוא רואה את האדם שעומד בפניו הוא מדבר בשפתו שלו, ע"פ ההלכה. הוא מדבר על כך שפרעון החוב יכול להיות או מגדר מצווה או מגדר חוקי הטבע- המוסר האנושי הטבעי. אם זו רק מצווה דתית, אז מצוות לימוד תורה קודמת, ודוחה את כל המצוות האחרות. אם נלך רק לפי המישור הדתי- אז טענתו של פייזר תתקבל, כי אם יאלץ להפסיק את לימודיו כדי לעבוד הרי שהדבר בעייתי.

אבל אז, אומר השופט מאור כי הרב משה אביגדור עמיאל שהיה רבה הראשי של תל אביב (היה אחד מגדולי תלמידיו של הרב שקאפ), שכמו שרבו התמודד עם הסוגייה, כך הרב עמיאל מתמודד עם הסוגייה ההלכתית, הוא מצמצם את מושג המצווה ואומר שכשמדובר על מושג המצווה מדובר בעיקר בחלקים הדתיים. ולכן כשאומרים "העוסק במצווה פטור ממצווה" הכוונה היא לפטור מהחלק הדתי של המצווה, ולכן לא ניתן לומר כי לא חייב להשיב חובות כי אני עוסק במצווה חשובה יותר זאת כי פריעת חוב אינה רק מצווה, אלא גם חובה משפטית, חובה אנושית כללית. ואותה לא ניתן לסתור בטיעון של עוסק במצווה ולכן פטור ממצווה.

החובה להשיב הלוואה קודמת לחיוב המצווה שקיימת פה. אילו היה מחפש בספרות השו"ת, הוא לא היה מוצא טענה שאומרת כי תלמידי חכמים פטורים מהשבת חובות, רשום כי יש לתמוך בהם ולעזור להם אך בשום מקום לא כתוב כי הוא זכאי לקחת הלוואות ולא להחזיר אותם. לו התביעה הייתה מתנהלת ע"פ דין תורה, התוצאה הייתה זה אך הנימוק היה שונה, כי זוהי גישה פחות מקובלת.

**מה קורה כאשר פגעה ממון נדרשת לצורך שמירה על חיי אדם?** זוהי שאלה שנשאלת מטבע הדברים בהרבה מערכות, צריך לומר שכבר בימי הביניים היא הועלתה כאגב דיון במקור תלמודי, אך הדרך שבה היא מוצגת במקור זה היא דרך יחסית קיצונית. אינטואיטיבית אנחנו מניחים כאשר יש התנגשות בין זכות האדם לחיים לבין הגנה על רכושו של מישהו אז הזכות לחיים תגבר.

בד"כ נאמר כי אם מישהו נדרש לשלם סכום כסף עבור הצלת חייו של אדם אחר הוא מחוייב לעשות כן משום שהזכות לחיים גוברת. הנחה זו איננה נכונה ואנו מתעמתים איתה מחדש בכל יום מחדש בהצלת חיינו ובהצלת חייהם שאחריהם. אנחנו לא מאמינים כי ערך החיים הוא מוחלט על פני כל פגיעה בקניינו של אדם. ברור כי במקרים של מחלות קשות לעיתים נדרש לשלם סכומים גבוהים כדי להתרפא מהם. אנחנו לא נעשה זאת לטובת אנשים שקרובים אלינו פחות. אנחנו חושבים שנוכל להגן על חיינו בעצמנו בהשקעת סכומים אדירים אך בפועל אנחנו לא עושים את זה.

יש מקום גם לדון במחאות ציבוריות, שיקול הכסף מול שיקול החיים (סל הבריאות). על פניו השיקול נכון אך המדינה לא תוכל לקחת את השיקול הזה ברצינות, המדינה לא תיתן את כל תקציבה לצורך הצלת חיי אדם, לכן ברמה העקרונית יש סוגיה של עקרונות מתנגשים.

**שו"ת ה אלך לך שלמה חלק י"ד סימן ד**

היא לא מענה לשאלה קונקרטית שהועלתה בפני הפוסק אלא תשובה לדיון תיאורטי. מה יקרה במקרים בהם תתנגש הזכות לחיים עם זכות הקניין. הדרך הזו מזכירה את החלוקה של הרב שקאפ. הר שלמה קלוגר היה פסוק חשוב שכתב המוני תשובות באירופה, חלקן פורסמו על-ידו וחלקן פורסמו על-ידי יורשיו. נכדו ערך ספר מתשובות סבו שנקרא- האלף לך שלמה.

הרב קלוגר מציג שאלה תיאורטית הנמצאת ביורה דיעה, נמצאת בחלק של דיני כשרות למרות שעוסקת בדיני קניין, מה קורה כאשר אדם נדרש לעבור עבירה כדי להציל את חייו? מה קורה כאשר אדם חולה נדרש לקחת תרופה אשר מכילה איסור, איננה כשרה. התשובה היא שכמעט כל האיסורים נדחים מפני קיפוח נפש ואדם חולה בסכנת חיים וודאי שיכולה להתרפא כך. בשאר איסור- אחד מאותם איסורים שאינם בכלל אחד משלושת האיסורים החמורים (שפיכות דמים, גילוי עריות וע"ז). **האם אדם יכול להציל את נפשו ע"י שימוש בממון חברו?** יש להבחין בשני מצבים. אם חברי מציל בתרופה שתציל את חיי, אין לי אפשרות לבקש רשות, האם מותר לי לפרוץ לביתו? בד"כ זה יהיה מותר, ניתן ללמוד את זה מקל וחומר- אם במקרה X מותר לעשות דבר מסוים, אז במקרה Y שחמור ממנו וודאי שיהיה ניתן לעשות אותה פעולה. "מותר לשפוך יינו של חברו כדי להציל דבשו..." התלמוד אומר את ההלכה הזו- אפשר לקחת את כד היין, גם אם לא קיבלנו ואיננו יודעים למי שייך ולהעביר לתוכו את הדבש, כי ההלכה היא שדבש יותר יקר מיין ולכן יש כאן שיקול כלכלי קר שאומר שניתן להציל רכוש יקר ע"י שפיכה של רכוש זול אחר אך ההנחה היא שתשלם אח"כ. נקבע חוק כי אפשר לקחת בלי לשאול כאשר לאחר מכן נפצה את הבעלים של היין.

כלומר, אם מותר לך לעשות את זה בשביל להציל את הרכוש שלך, הדבש בסיפור התלמודי, קל וחומר שמותר להשתמש בממון חברי כדי להציל את חיי, כשזה מלווה בתשלום. הניזוק מקבל את פיצוי הנזק שנגרם לו באופן מלא.

**מה יקרה כשלא אוכל לשלם?** לא ניתן לאתר את הבעלים למשל, ערך שאינו ניתן להשיבו. לעיתים נכס מסוים ייחודי, ערך סנטימנטלי לאותו אדם ספציפי. האם הזכות לקניין של האדם נדחית גם היא מפני זכות החיים של חברו? הרב קלוגר, לא מוצא דיון קודם בשאלה שבו הוא פוסק, הוא מחפש מקור קדום שניתן להסיק ממנו את העיקרון שינחה אותו בשאלה. הוא פונה לתלמוד למקור קשה שמופיע בכמה וורסיות במקורות שוני. הסיפור על אדם שמוגדר בתלמוד כחסיד (בשפה התלמודית, החסיד מעל לצדיק, בניגוד לתפיסה היום, הוא אדם מושלם כמעט בדרגה התלמודית), החסיד היה חולה והרופאים אמרו לו שהדבר היחידי שיוכל לעזור לו הוא לינוק את החלב ישירות מהעז. זה מה שהוא עשה. הוא גידל עז בבית קשר אותה ליד המיטה ושתה מהחלב שלה. חבריו שבאו לבקר אותו ראו את העז בבית.

התלמוד טוען כי יש בעיה בלגדל עיזים, באיזור המאה השנייה חכמי ארץ ישראל גוזרים גזירה האוסרת על איסור גידול עיזים מהנימוק שאם לא שומרים עליהם טוב משמידות יבולים חקלאיים שלמים, בעיני חז"ל זה סוג של גזל. כאשר העיזים אוכלות, לא ניתן לפצות את בעל השדה בנזק שנגרם לו, לא ניתן להעלות על כמות הנזקים. הגזירה הייתה כה מוחלטת אפילו במקרה זה בו חבריו אומרים לו כי הוא רשע משום שעבר על עבירה.

הם רואים בו כאדם שעובר עבירת גזל כי הוא מגדל עז, אפילו שהוא מאכיל אותה והיא קשורה אצלו בבית. יש פה סכנת חיים. הסיפור הזה מלמד כי האנשים הללו הגיבו בצורה חריפה, וההנחה היא שאם חז"ל כך הגיבו, זו ההלכה וכך יש לנהוג.

המאירי כותב, כי אף שבמקום פיקוח נפש נדחים האיסורים, דבר שנאסר מכח תקנה שמטרה למנוע נזק לאחר, ראוי להחמיר בו ביותר. האנשים הללו ציפו שימות ולא יגדל עיזים. הרב קלוגר לא הכיר את המאירי, כי כתביו התגלו בסוף המאה ה-19, אך הוא כותב כי יש לחלק בין המצוות הדתיות למצוות החברתיות. הטענה שלו היא שנדחים רק המצוות הדתיות, פיקוח נפש נדחה רק בפני איסורים דתיים, בין האדם למקום אך לא במצוות של בין אדם לחברו. זאת לא הייתה ההלכה למעשה והוא אמר שזה עדיין דורש דיון, כי לא הייתה כאן שאלה קונקרטית אלא שאלה כללית.

ההגיון בכך הוא לבדוק את הרציונאל שבכלל אומר שמותר לעבור עבירות לשם הצלת נפשות, אולי זה בכלל לא נכון. הוא בודק את המקורות הקלאסיים. מהו העיקרון הבסיסי בהלכה שממנו נלמד הרעיון שניתן לעבור עבירות כדי להציל נפשות? הדיון המרכזי מתנהל ב**מסכת יומא בתלמוד** העוסקת בדיני יום הכיפורים. בכיפור אסור לאכול ואסור לשתות. אצל השומרונים תינוק שנולד אתמול, צם ביום כיפור, גם תינוקות עכשיו לא אוכלים, לטענתם אף פעם לא מת תינוק מהצום. ברור שההלכה פה באה ואומרת כי דין יום הכיפורים הוא דין מוחלט. בהלכה הרבנית זה לא המצב. במסכת יומא, נכתב כי עדיף שיחלל שבת אחת כדי שישמור הרבה שבתות אחרות, צריך לשמור שבת כי זהו צו דתי מפי האל, האל אומר כי בד"כ איסור זה לא נדחה בפני שום דבר מלבד פיקוח נפש, מותר לחלל שבת כדי להציל חיי אדם מפני שיש פה צידוק תועלתני. אם אדם ימות, יהיה אדם פחות שישמור שבת לכן עדיף מבחינת המאזן לחלל שבת אחת כדי לשמור שבתות אחרות. אך בעבירה שבין אדם לחברו, אם אני גוזל ממישהו משהו, הוא לא מרוויח מזה, אדם אחר לא משיג דבר מזה שגנבתי ממנו תרופה שתציל את חיי, ולכן המסקנה היא כי רק במקרה שבו אני גונב ממישהו שבו אני יכול לדעת ממי גזלתי וכמה ואוכל להשיב לו מותר לי לגנוב. אך במקרה העז, אין אפשרות לפצות על נזק שנגרם.

אם עד היום למדנו כי יש 3 מצוות שהן ייהרג ובל יעבור אז כעת יש להוסיף עבירה רביעית, במקרה זה, גזל. זה נשמע חידוש עצום, אך זה מופיע בתלמוד הירושלמי באופן מפורש. במסכת שבת יד, כתוב במפורש שלא מתרפאים בגזל גם במקום שבו מדובר בקיפוח נפש. התלמוד הבבלי לא מונה את הגזל במפורש והוא לא רוצה להשתמש בתלמוד הירושלמי, כי תמיד הבבלי עדיף על הירושלמי אך הוא מגיע למסקנה זהה.

* **דיני הקניין בנויים על הנחות אנושיות מוסריות ואינם כפופים לשיקולים הכלליים בהלכה.**

זוהי גישה מאוד נוחה לשימוש אם רוצים לעשות ניתוח משפטי שמבצע השוואה של המשפט העברי לשיטות אחרות. אם נקבל את דרכו של החזון איש אין טעם בכך, זה אל בנוי כלל על אותן עקרונות.

יש גישה מסויימת במשפט העברי המגדירה את היחסים בין האדם לקניינו לא במישור המשפטי הטהור של הדברים אלא **במישור אונטולוגי- אישותי**. הקשר בין האדם לקניינו אינו רק קשר שהמשפט יצר אלא יש בו כח, כמעט פיזי. זהו דבר רחוק מהלך המחשבה שלנו, אנחנו מתארים משפט באופן אחר, הקשר בן נכס שרכשתי אליי- אני הבעלים שלו. מי יצר את הבעלות הזו? החוק. אנחנו בד"כ מניחים, לגבי משפט מודרני, כמשהו שיוצרים יחסים שאינם ממשיים. היחס שבין ראובן לנכס שקנה לא נתפס בעיניינו כיחס בין כדוה"א לנכס שמושלך למטה (כח המשיכה). מדובר ב**יצירה אנושית.** האם כאשר אני אומר זאת היד שלי, האמירה זהה לאמירה "זה הבקבוק שלי"- למה זה נתפס כמשהו שונה? התפיסה היא שהיחס ביני לבין חלקיי גופי שוני מהיחס ביני לבין רכושי. גם החוק רואה זאת באופן שונה. עבירה של פגיעה בגוף חמורה מעבירה של פגיעה ברכוש. האם אפשר לראות ביחסים הקנייניים כמשהו שהוא דמוי יחסים פיזיים? **התפיסה האונטולוגית של הקניין**- האם אפשר לומר שפגיעה בקניין חמורה כמו פגיעה בגוף?

למשל, נשאלת השאלה- מה קורה כאשר שני אנשים שאסור להם לקיים יחסים מקיימים יחסים (איסור מהתורה, קרובי משפחה בדרגה קרובה או אישה נשואה) ונולד ילד ממזר. הממזר מעלה שאלה מוסרית מאוד קשה, כי מה הוא בעצם אשם? הוא לא יכול להתחתן במדינת ישראל, רק עם ממזרה כמוהו. הוא במצוקה קשה. במישור המעשי, יצרו כל מיני חזקות על גבול העולם הבדיוני כדי למנוע מאדם להפוך לממזר. גמרא במסכת יבמות קובעת שהריון יכול להיות 12 חודשים ואז אם אשה ראתה את בעלה לפני 12 חודשים חזקה כי הילד מבעלה. הפתרון היה יצירת חזקות שאין בהן הגיון, רק כדי למנוע מילד להיות ממזר.

כשבודקים איך הוגים בני זממנו מתמודדים איתה רואים שלושה כיוונים:

* כמו חז"ל, זהו דינו של הממזר.
* הרעיון הוא הרתעה. לקבוע שאישה תדע שהמחיר שהיא תשלם עבור קיום יחסים עם אדם שאינו בעלה, הילדים שלה ישלמו את המחיר.
* טיעון אונטולוגי- הילד אינו אשם, אך גם ילד שנולד עם מומים בגלל שאימו משתמשת בסמים אינו אשם. זה לא מקרה יחיד שילד משלם את חטא הוריו. עולה השלה- מה משווים רפואה להגדרה משפטית. אנחנו מצפים מהמחוקק שישנה קביעה משפטית.זהו ההסבר האונטולוגי- הוא טוען כי ההגדרות המשפטיות הן כמו חוקי טבע, כמו שלא מעלים קשיים על הסברים רפואיים ככה לא מעלים קשיים על הסברים משפטיים.

הסבר זה קיים גם בהקשר של דיני הקניין.

כבר בתלמוד ניתן למצוא תפיסה כזו. רוב הפרשנים ייקחו את זה לכיוון סימבולי- תלמוד בבלי בבא קמא דף קיט עמוד א-

אם אני גונב משהו ממישהו ששווה פרוטה זוהי עבירה שווה לרצח. זה כאילו נטלתי נשמתו ממנו. בירמיהו- מי שפוצע פצע, לוקח את התבואה שלך, כאילו לקח את ילדיך, מושווה לשפיכת דם.

האמירה של פסוקים אלו היא לומר כי לא מדובר בדבר פעוט, אפילו אם מדובר ב10 אגורות, זה לא דבר פעוט. יש מקורות גם בהלכה היהודים וגם מחוץ לה שעושות אנלוגיה בין נפשו של האדם לבין רכושו של האדם ומציגה את הקשר בין אדם ורכושו כקשר בין אדם לאיבריו.

חיים נחמן ביאליק, בכתביו האחרונים כתב את **"אדם וקניינו"**. הוא מציג את זה כמשהו נורא פרימיטיבי. הוא מתאר את האדם הקדמוני, הפטישיסטי, שמנפש כל דבר, האדם הקדמון שכאשר הוא קנה משהו המערכת היחסים בינו לבין האדם שלקח הייתה כבין הברית בין אדם ואלוהיו, או בין הברית בית אדם לאשתו, כי האדם הפרימיטיבי האמין כי לחפצים יש בהם משהו נפשי, איזושהי רוח שניתן להתחבר אליה. הדבר הזה יוצר מערכת יחסים שאיננה קניינית אלה בכח הקידושין. בהמשך הוא ממשיך ומדבר על הבעל, אחד האלילים הקדומים נקרא בעל- למה לקרוא לאל בשם המזכיר בעלות? בעבר זה באמת נתפס כמשהו מהותי.

**מסה על המתנה, מרסל מוס** כתב ספר בו הוא מנסה להראות את היחס המתקיים בין האדם לרכושו. הוא מדבר על זה שבמשפט המאורי הקשר הנוצר בין אדם לחפצים הוא קשר של נשמות. יש שם טקסים שלמים, טקסי העברות רכוש משבט לשבט כאשר נוצרת ע"י העברה זו מערכת חיובים שדורשת השבת תמורה ואם לא תשיב לי באותה מידה תהיה מלחמה. כי זה נתפס שנתתי משהו מהנשמה שלי ואני מצפה שתיתן לי בחזרה משהו מהנשמה שלך. כלומר יש כאן תפיסה פרימיטיבית שאומר שההתקשרות בין אדם לקניינו, מעבר להגדרה קניינית, זהו כוח כזה שלא ניתן לראות אותו.

**הבעלות על השתל המופק מן החי/ ג. טדסקי**- כותב במאמרו, אחד הראשונים בתחום, בנושא הבעלות על איברים. מהי באמת הבעלות על איברים? מה קורה כאשר אני לוקח איבר/ חלק, אולי רקמות של יצור חי אחר. האם היחס של חלקים מאדם שנלקחו ממנו שכבר לא אצלו, האם היחס הוא כמו היחס בין האדם לחפץ אחר או שמא יש כאן מישור שונה? לטענתו, מבחינה פילוסופית הקניין הוא חיקוי לזכות האדם על גופו אך הקניין הוא מאין הרחבת האישיות ע"י סיפוח חלקים חיצוניים. זוהי גישה למעשה די פרימיטיבית. יש דרך לראות נכסים שאני קונה, אני משווה אותם והם הופכים להיות שלי, כמאין הרחבה של האישיות. אני מספח אותם אליי, הם חלק ממני.

12/11/13

הגישה האונטולוגית של הקניין מדברת על יחסים בין האדם לרכושו ככזאת שמשנה משהו בעולם, זה מזכיר את חוקי הטבע – קניית רכוש או הנכסים שנמצאים בבעלותי הם בגדר היש. כאשר לאדם יש רכוש מסוים ופוגעים לו בו, הוא מרגיש פגיעה אישית. טיעון כזה מופיע במסורת המחשבתית היהודית אם כי בצורה אלגנטית ועמוקה יותר, בשלב הראשון נסקור מקורות שטוענים כי הקשר שבין האדם לרכוש שלו מקביל במידה מסוימת לקשר שבין אדם לגופו או משפחתו. בשלב השני נציין מקורות עמוקים יותר, הלכתיים שטוענים שדיני הקניין הם ייצוג של ממשות פיזית.

כמובן שלמשפטן המודרני קשה לקבל טענות מהסוג הזה, יש שיגידו שמי שמשמיע טיעון כזה, לא באמת מאמין בזה אלא הוא אומר זאת משום שזו בריחה מאיזושהי בעיה (דוגמת הממזר).

שלב א':

מקור מספרו של הרב יעקב משה חרל"פ (עמ' 12 בדפי המקורות), אחד מתלמידיו הבולטים של הרב קוק. הוא כתב הרבה מאוד ספרות מחשבתית עמוקה. המקור הזה הוא חלק מספר שנותן ביאור לספר של הרמב"ם (בפירוש המשנה של הרמב"ם יש 4 הקדמות, הביאור הזה הוא להקדמה של מסכת אבות – נקרא גם 8 פרקים. לרמב"ם המקור הזה חשוב כהצגת משנתו המוסרית): הרב חרל"פ מנסה להבין כאן איזושהי אמירה תלמודית מוסרית שבאה ואומרת שאדם שרוצה להיות אדם מושלם מבחינה מוסרית, חסיד, אז הוא צריך להשתלם בכמה דברים ואחד מהם הוא הנושא של דיני נזיקין, במובן הזה של שמירה על רכוש הזולת.

הרב חרל"פ לא מסתפק בעניין הזה והוא שואל את עצמו מה החשיבות הגדולה שיש בשמירה על קניין ולמה זה הכרחי כדי להפוך לאדם טוב יותר? אנחנו יודעים שכשאדם רוצה להיות טוב יותר אז הוא צריך להסתכל על מידותיו של האל ולקחת אותם לעולמו האישי, ביקור חולים למשל הוא מידה שנדרשת וזאת חז"ל למדו מכך שה' מתגלה אל אברהם אבינו כאשר הוא חולה. הרב חרל"פ אומר שמכך אנחנו למדים כי אחת מהמידות של ה' היא שמירה על קניין, אחת מהמידות של הקדוש ברוך הוא היא שהוא בעל העולם, הוא שומר על הנכסים הללו ועוד. הרב חרל"פ מניח שה' לא עשה את הנכסים כי הוא היה צריך אותם או שהיה חסר לו משהו כך גם האדם שנברא בצלם אלוהים קונה נכסים לא כי חסר לו משהו אלא כי זה כוח אינהרנטי שטבוע באדם. האדם נוצר בצלם אלוהים גם במשמעות הזו שהוא צריך לקנות רכוש.

מכאן אנחנו למדים למה זה כל כך חמור לפגוע ברכושו של מישהו אחר, זה לא רק הנזק הכספי אלא הפגיעה הנפשית, אני פוגע בצלם אלוהים שלו, זה כמו לפגוע בו. לדעתו הקשר בין אדם לרכוש הוא ברמות אחרות לחלוטין, הפגיעה של מישהו ברכושו של חברו זה כמו פגיעה נפשית באדם או פגיעה פיזית באדם. הוא מציג תפישה שונה ממה שאנו רגילים אליה. זוהי אמירה כללית מידי, זה לא מובן מאליו שערך החיים דוחה פגיעה ברכוש, זה לא כך תמיד כפי שראינו בשיעור הקודם. התפיסה שלו מאוד קפיטליסטית, לטענתו יש ערך בצבירת רכוש. האם אפשר להבין שיש עניין בצבירת רכוש לשם צבירת רכוש? לכאורה הדרך שבה בחר הרב לחיות את חייו לא מלמדת על כך. בתפיסות דתיות אחרות, עצם ההצלחה הכלכלית מהווה פרמטר לדתיות שלך. למשל התפיסה הפרוטסטנטית, הצלחה כלכלית בעולם הזה מעידה על נכונות התפיסה הדתית שלך.

לא בטוח שלכך התכוון הרב, אך ללא ספק הוא מדבר כאן בשבח הרכוש הפרטי.

**מקור 3- ר' צדוק הכהן מלובלין- צדקת הצדיק אות פו**- בקטע זה הוא אומר את דבריו של הרב חרל"פ בצורה יותר תמציתית. ר' צדוק הכהן מלובלין אמר דברים אלו לפני חרל"פ. כל הדברים האלו, משפחתו, עבדיו אמותיו ובהמותיו, כל אלו יש קשר הדוק בין נפשו של האדם לבין נכסיו. הוא מנסה להוכיח רעיון זה מכיוונים שונים. הוא טוען שככל שהאדם צדיק יותר כך גם הנכסים שלו נהיים צדיקים יותר, באופן מודע או בלתי מודע. הוא מביא סיפור מהתלמוד על אדם בשם פנחס בן מאיר המתואר כמושלם מבחינת מידותיו, חסיד גדול, והחמור שלו לא חילל שבת, לא אכל מיבול שהופרש וכו'. לכאורה נטען כי אם אתה חמור של צדיק אז אתה מושפע מהצדיק. מכאן אנו מבינים את ההשוואה בין חמור האדם לבין ילדיו ואשתו, גם הם מושפעים מהוריהם. לא נטען כי אתה מחנך את הרכוש שלך, יש קשר שלא רואים אותו אך הוא קיים פה ומשפיע על הדברים.

מכיוון אחר, הרעיון הזה מוצג ע"י **הרב שמשון רפאל הירש, חורב, פרק מו (מקור 2)-** הוא שייך לעולם הגותי שונה לחלוטין, חי במאה ה-19 בפרנקפורט. היה רב חשוב שם, ואחראי במידה רבה תפיסה האומר כי יהודים דתיים שומרי מצוות צריכים לנתק מגע עם יהודים שאינם שומרי מצוות. הוא מושפע הרב פחות מהקבלה, היה מסוייג להיבטים מסויימים שלה והוא כותב על הניסיון להבין את ההלכה היהודית. בספרו הגדול חורב, טוען הרב כי רכושו של אדם חלק מגופו. כשאני פוגע ברכושו של אדם, זה שאיני שומע את הכאב לא אומר כי הנגזל לא נפגע. עולה השאלה- **מה תפקיד התורה?** האם הלא תרצח ולא תגנוב של התורה זהה לזה של מערכת המשפט הישראלי? לתפיסתו לתורה יש סדר ראשון של סידור היחסים בין בני אדם אך יש לה גם תפקד נוסף, שמעבר לאינטואיציה הבסיסית שאסור לגנוב. לטענתו זה מטריד את האל שאנו פוגעים ברכוש מפני שאנחנו פוגעים בכך ביציר כפו, באדם. בפגיעה בקניינו של אחר אנו פוגעים באל שיצר את המערכת.

האם לדברים הללו יש השפעה ממשית? האם זה עוזר לנו להבין את דיני הקניין עצמם? האם זה באמת מסייע לנו להבין את דיני הקניין- את התפיסה כי היחס בין האדם לקניין זה איזשהו כח:

שלב ב:

**השופט, פרופ', זילבר**- למד טרם הליכתו ללימודי המשפטים, בישיבות שונות בליטא בתקופת הפריחה הגדולה של העולם הישיבתי טרם השואה. את הרעיונות של הלמדנות הישיבתית הוא מנסה להעביר לקורא הישראלי בשפה פשוטה. אחד מהרעיונות הוא הרעיון של התפיסה האונטולוגית של המשפט.. רעיונות אלו מפוזרים בעיקר במאמרים שקובצו בספר שנקרא **"באין כאחד". מקור מס'4- זילברג, סדר קדשים כיצירה משפטית**- הוא מדבר על תופעה הקיימת בכל שיטות המשפט אך מתבלטת בעיניו במשפט העברי, הוא מתייחס להעברת חוקי טבע לספירה המשפטית. באין כאחד עוסק באחת מהדוגמאות למה שהוא מכנה קזואליות, סיבתיות- תמיד יש כח שמפעיל כח על חפץ ב' וכתוצאה מכח נגרם משהו לחפץ ב'. כך הוא מנסה להסביר את המשפט. הוא עומד על כך שאת כל הסוגיות בתלמוד אפשר להסביר ע"פ הגיון פיזיקאלי. תמיד הם פועלים ע"פ סיבה ותוצאה.

* יש סוגיה אחת שאינו יודע להסביר- כאשר אדם רוצה לגרש את אישתו (לפני חרם דרבינו גרשום) הוא לא היה צריך לבקש רשות, הוא היה צריך להכין גט, לדאוג לעדים ולתת את הגט לאישה. התלמוד אומר שלא צריך לתת דווקא לידי האישה אלא אפשר להכניס את הנכס לרכוש השייך לאישה למשל לבית ששייך לה, מקום בבית ששייך לה או אם יש לה עבד וכו'. ברגע שזה נכנס לרכוש האישה אז היא מגורשת. כך היו משחררים גם עבד. התלמוד שואל כיצד זה ייתכן? דיני המשפחה אומרים שאם לאישה יש רכוש אז בתקופת הנישואין הם שייכים לגבר, כאשר היא מתגרשת הרכוש חוזר אליה. אבל ברגע שהכנסתי את הגט לחצר שלה נניח, החצר עדיין הייתה שייכת לבעל, אז איך החצר הקנתה לה את הגט? זילבר טוען שאת זה הוא לא מבין, אי אפשר להסביר זאת ע"י הסבר פיזיקאלי. זו סוגיה שאינו יודע להסביר. מכאן השם באין כאחד.

הרעיון הנטורליסטי- לטענתו של זילבר, אי אפשר להקנות דבר שאינו בר לעולם, כלומר לא ניתן להקנות משהו שעדיין לא קיים. נניח שיש לי מטא ואני יודע שבכל שנה הוא מניב פירות. הפירות יהיו קיימים רק בעוד כמה חודשים (זוהי בעיה שמנסים להתמודד איתה כבר בעולם החקלאי הקדום), המשפט העברי לא מאפשר קניין כזה של משהו שעוד לא קיים. הפירות עוד לא קיימים, למרות שסטאטיסטית זה כמעט מוחלט שיהיו פירות בחודש תשרי, למרות זאת, כרגע לא ניתן להקנות פירות אלו (טכנית הצליחו לעקוף זאת). **למה המשפט העברי לא מאפשר משהו שרוב שיטות המשפט כן מאפשרות- מכר עתידי?** כי פיזית זה לא אפשרי. כיוון שאנחנו מדברים על פיזיקה העוסקת על ישויות קיימות, הכח שנקרא קניין לא יכול לתפוס פיזית על משהו שלא קיים. לכן חייב להיות על דבר שכבר קיים במציאות.

**מרן יוסף יהודה ליב בלאך- שעורי דעת**- קיימת הנגדה בין חוק חברתי- חוק סידור החברה לבין התקשרות ממשית עם הנכסים. הוא מתחיל במקורות אגדיים, מקורות מדרשיים. הוא דורש דברים שלפניו כנראה לא אמרו. הוא מביא את המדרש כאשר אברהם קונה את מערת המכפלה- שדה עפרון, באופן פשוט הוא שהשדה עבר מעפרון לבעלות אברהם לשם קבירת שרה. המדרש משתמש במושג תקומה- יש כאן תקומה בכך שיצא מיד הדיוט ליד מלך. אנחנו רואים פה את הרעיון שכשאדם קונה נכס הוא שייך לו מעתה, אברהם שינה את מעמדו של השדה בכך שרכש אותו.

בעצם לדברים הללו יש משמעויות משפטיות ממש. ההשוואה שהוא מביא בין חוקי הקניין לחוקי הטבע מעניינת. הוא שואל בפסקה הבאה, יש בהלכה היהודית דרישה לגמירות דעת כדי שהקניין יחול. הוא שואל את עצמו מה איכפת לתורה כיצד תתבצע גמירות הדעת של הצדדים לעסקה. לטעמו כי יצירה של קניין היא חוק טבע וכמו שלחוקי טבע יש תנאים מקדימים ככה גם פה יש צורך בתנאים מקדימים. הוא משווה את זה לכבלי חשמל. בפועל אם אתה רוצה שפעולת הקניין תהיה תקפה חייבים לבצע לפי דיני הקניין בדיוק. זוהי תפיסה מקוממת, כי אנחנו מבינים כי בהמון מקרים חוזה, צוואה וכו' לא נעשו לפי הכללים ובכל זאת ביהמ"ש רואה כי יש ביצוע קניין, ועל כן דבריו מקוממים.

יצירת הקידושין היא יצירה הדורשת פעולת קניין כדי שלחוזה הזה יהיה תוקף. הרב בלאך נותן דוגמא במסכת קידושין דף ו'. הוא מציע נכס לשם הקידושין אך נכס זה לא שווה לנכס של קידושין כלומר שווה חצי פרוטה. השאלה היא מה מעמד האישה בשלב הזה. האם היא נשואה או לא נשואה? האם התחיל כבר קשר ביניהם או שרק כשכל הפרוטה תשולם? הגמרא מעלה אפשרות שהקידושין מתחילים עכשיו אבל הם לא נחשבים קידושין שלמים, עד שתקבל את החצי השני. המשמעויות של זה הן שהוא לא יכול לבעול אותה אך מצד שני היא לא יכולה להתחתן עם אחר. הוא שואל את עצמו מאיפה הגמרא בכלל העלתה את הרעיון הזה- **ממתי קידושין יכולים להיות פעולה מתמשכת?** הגמרא משווה את זה לקיר של לבנים שנחשב קיר שלם רק כאשר כל הלבנים מונחות, אך הוא מתחיל להיווצר בלבנה הראשונה. הרעיון הוא שכדי ליצור את הקיר השלם צריך לעשות הרבה פעולות מקדמיות. הוא טוען כי הגמרא עושה את ההשוואה הזו כי מניחים שיש קשר בין הדברים, שגם בקידושים יכול להיות מצב של התהוות מתמשכת. ההשוואה בין חשמל לקניין בין בניית קיר לקניין בין אריגת בגד לקניין, זו טענה האומרת שיש קשר בין הדברים. דיני הקניין יכולים להיות מתורגמים למציאויות פיזיות. למה ההלכה לא הצליחה לקוף כל מיני סוגיות- לפי גישה זו, יש חוקי טבע שלא ניתן לעקפן.

**הרב עמיאל**, רבה הראשי (לשעבר) של העיר ת"א, מנסה לתרגם את החשיבה התלמודית לאנליטית, לוגית פילוסופית מובנית. זוהי יצירה מרשימה שלא הספיק להשלים אותה בחייו. הוא באופן משמעותי לוקח את הרעיון האונטולוגי של המשפט לספר שלו ומתייחס אליו במקומות רבים. הספר נקרא- **המדות לחקר ההלכה.** בספרו הוא נותן דוגמאות השוברות את ההבחנות בין סוגי המצוות, הוא משווה את מושג הבעלות למושג החמץ. חמץ הוא דבר עובדתי- לחם שטפח שעל בסיס עובדה זו נבנו הלכות. כך גם מושג הבעלות- זהו דבר עובדתי. הוא מתייחס לפריעת בעל חוב מצווה- ברור שזהו משהו שצריך להתקיים אבל כדי שיתקיים צריך שיהיה חוב, המושג חוב מגיע מעולם הבעלות. צריך לתרגם את הדברים ל"מושג מציאותי" ולא להשאיר כ"מושג דיני" משהו משפטי בלבד, צריך לתרגם למשהו מוחשי גם אם לא רואים בעיניים.

* יש נטייה גדולה מאוד להסביר כל מיני רעיונות בדיני משפחה באמצעות אמצעים סמי פיזיקאליים אלו.

הנוחות בשימוש בהסבר האונטולוגי- במשפט העברי יש מושג שלא קיים בשיטות משפט אזרחיות. לא יכול להיות מצב שבו חוק קובע גיל מינימאלי לנישואין ובני זוג יוכלו להינשא קודם לכן. במשפט העברי לעומת זאת זה אפשרי. דוגמא נוספת היא בקידושין של כהן וגרושה- נישואין תקפים אך אסורים. השיטה איננו רוצה שהנישואין יהיו תקפים, היא רואה בכך עבירה חמורה, אך אם ביצעת את זה בניגוד לרצון השיטה זה תקף ואתה היחידי שיכול לפרק את זה. יהיו שיסבירו שזה ההבדל בין המשפט העברי לשיטות משפט אחרות שם המדינה לא תיתן תוקף. במשפט העברי בני הזוג הם היוצרים את המציאות הזו שנקראת קידושין, גם אם נעשה בניגוד לכללים של השיטה.

**יסודות פעולת הקניין**

כאשר אנו מדברים על פעולת הקניין אנו מתכוונים בהקשר זה לאקט העברת הבעלות או יצירת הבעלות. אנו נניח יסודות שנכונות לכל מקרי יצירת הבעלות או עברת הבעלות. כאשר אנו מדברים על פעולה קניינית אנחנו בד"כ חושבים על פעולת מכר. זו הפעולה הקניינית הנפוצה ביותר.

* מכר- פעולת מכר הינה העברת נכס בתמורה לצמיתות. כדי שתתבצע פעולת מכר חייבים להיות מעורבים לפחות שני צדדים. לצד א' יש בעלות על חפץ מסוים והוא רוצה להעביר אותו לצד ב' בתמורה, לצמיתות. ההבדל בין שכירות למכר עוסק במשך העברת הנכס. אבל, יש פעולות קניין שנבדלות מן המכר בתמורה- למשל עסקת מתנה. יש גם השאלה- חוק השומרים.

כאשר אני מדבר על פעולת קניין, זה נכון לגבי כל אחת מהפעולות לעיל. בד"כ נתייחס למכר אך הדברים נכונים לכל פעולות הקניין.

האם דיני הקניין נגמרים או דורשים קיומם של שני צדדים או שמא יכול להיות קניין חד צדדי? האם אדם שמפקיר נכס ששייך לו, לא מעביר אותו לבעלותו של אף גורם שני בשום צורה, מוציא לרשות הרבים ואומרים שזה לא שלו יותר- זוהי פעולה קניינית. כתוצאה מהסרה קניינית בנכס זה כל אחד יוכל לקחת את זה, כלומר מי שלוקח מבצע בכך פעולה קניינית. להלכה יש מה לומר בנדון. בהלכה היהודית יש סוג נוסף של פעולת קניין חד צדדית שהיא חריגה יחסית, המשפט הישראלי לא ממש מכיר בה, פעולה האומרת כי יכול להיות מצב של הפיכת נכס להפקר מייאוש- דיני האבידה. באופן עקרוני אדם שמאבד חפץ מסוים, בהינתן סיטואציות מסוימות, אם מתקיימים כל מיני תנאים, מבחינת המוצא זה כמו הפקר, הוא אינו חייב להשיב את האבידה.

**גמירות דעת**- מהי גמירות דעת? מופיע בס' 2, 5 בחוה"ח. גמירות דעת היא מין יסוד נפשי, כוונה של האדם, הסכמה של האדם לרכוש נכס. בעסקה קניינית דו צדדית צריך שיהיה גמירות דעת.

**מעשה קניין**- ברוב העסקאות שההלכה מתייחסת אליהן צריך לבצע פעולה פיזית, אחת מפעולות הקניין מתוך רשימה מפורטת, שרק כאשר עושים אותם הועבר קניין.

* **מה היחס ביניהם?**

האם אנחנו יכולים להשוות בין חוה"ח הישראלי לבין דיני הקניין של המשפט העברי. האם נכון להשוות בין שני תחומים אלו? **במישור הכללי**- האם המשפט הישראלי מחוייב למשפט העברי ולכן אנחנו יכולים להניח כי הפרשנות שיתנה במשפט הישראלי לגמירות דעת היא זו שניתנה לו במשפט העברי ו**במישור הפרטי**- האם בסוגיה הספציפית הזו זה נכון לטעון זאת?

בהיסטוריה של המשפט הישראלי, כשהחלו להיכתב חוקים במדינת ישראל ברור היה שייכתבו בשפה העברית. כאשר צריך לכתוב חוק בשפה העברית, המקור ממנו שואבים את המינוחים המשפטיים הוא ההלכה, בעל כורחו היה צריך המשפט הישראלי לשאוב את מקורותיו מהמשפט העברי. למשל חוק עשיית עושר ולא במשפט- זהו ביטוי מאוד משפטי מסוים שלא שגור בפיהם של הכלל. הוא אומץ בכוונה מתוך השפה המקראית. דוגמא נוספת בדיני הקניין- קיים ביטוי חשוב הלקוח מהשפה התנאית- תקנת השוק. מישהו שלא למד משפטים בד"כ לא יידע מהי תקנת השוק. דוגמא נוספת היא חוק השומרים. כאשר המשפט הישראלי נזקק למינוחים הוא פנה למשפט העברי, להלכה. השאלה המעניינת היא האם זו קוסמטיקה בלבד או גם מהות? האם ה התכוונו לקחת רק את ההגדרה המילולית ולהשתמש בה כי אין משהו אחר או כי רוצים להשתמש בשפה המסורתית שלנו אך לא התכוונו לקחת את המשמעות והתוכן. כאשר שופט נדרש לפרש משהו בחוק- האם לפרש לפי המדרש לדורותיו או אחרת?

המשפט הישראלי הכריע כבר בתחילת דרכו כי התשובה היא שלילית. בניגוד לדעתו של השופט זילבר, דעת הרוב של השופט חשין הייתה שאין צורך לעשות זאת. **בפס"ד מיטובה נ' ז'ק כאזם**- יהודי שעזב את הארץ בזמן המלחמה והמדינה הפקיעה לו את הנכסים. השאלה הייתה שאלה פרשנית, החוק הבעייתי הזה משתמש במונחים הקנייניים של התלמוד, הוא מדבר על נכסים מוחזקים. השאלה האם צריך לפרש זאת ע"פ הגישה התלמודית. דעת הרוב ע"פ **חשין** הייתה שלא. גישה זו העליון מקבל בפס"ד נוספים.

כך גם נאמר בפסיקת ביהמ"ש העליון לגבי המינוח גמירות דעת, **השופט שמגר בפס"ד זנדבנק נ' מלכה דנציגר**- אפשר להיעזר במשפט העברי אך אין חובה לפרש לפי פירושו המקורי. האם מעבר לכל ההכרזות הללו שגם שופטים וגם מלומדים שאומרים כי המשמעות שונה לחלוטין, האם זה נכון? האם הפער בין המשפט הישראלי למשפט העברי הוא פער כל כך גדול? האם המונח גמירות דעת כפי שפורש בחוה"ח כל כך שונה ממה שמציע המשפט העברי. בהחלט יכול להיות שבירור בלתי תלוי של הרעיון הזה במשפט העברי המשמעות של גמירות דעת בהלכה היהודית תהא שונה מזו שבמשפט הישראלי.

יש פער גדול מאוד בין המשפט האזרחי הישראלי למשפט העברי. הפער הזה מתנהל בכך שמתייחסים למשפחות המשפט באופן שונה חוק החוזים וחוק הקניין למשל- שני תחומים שמופרדים, אם יהיו הפרות אנחנו נפנה לתחום הרלוונטי. במשפט העברי הכל מבולבל. יש במשפט העברי דיני חוזים אך אלו קשורים קשר הדוק לדיני הקניין שלו וקשה להבחין בין הדברים. ולכן היו משפטנים שאמרו כי ברמה העקרונית לא נכון לפנות לדינים הישראליים באמצעות הדינים ההלכתיים זאת משום שהמשפט העברי מדבר בשפה אחרת, ההתייחסות שלו לקניין שונה.

**ס' 1 בשו"ע , חושן ומשפט, סימן קפט**- "דין אין המקח נגמר בדברים..."- לפיו לא מספיקה גמירות דעת, יש צורך במעשה קניין. כשיש פעולה אז יש בהכרח חוזה תקף אבל לא צריך עדים. אם אתה מוכן לעשות זאת בלי ראיות זה בסדר. לא צריך ראיה כדי ליצור קניין אך כן צריך פעולה. רבי משה איסרליש- מוסיף על הרב קארו ואומר כי צריך פעולת קניין הפוכה כדי לבטל עסקה. בלי פעולה קניינית אין אפשרות לבצע שינויים בבעלות. הסעיף הזה בעצם מלמד שהחוזה לא תקף, לא יוצר מציאות משפטית אם לא מלווה בקניין.

19/11/13

הבעיה הבסיסית הקיימת ביחס בין דיני הקניין הישראלים לאלו ההלכתיים, אין הבחנה חותכת וברורה בהלכה בין דיני הקניין לדיני החוזים. למרות זאת, זה לא אומר שלא ניתן להסתייע בהבנה של המשפט העברי לפרשנות חוק החוזים הישראלי. בתי המשפט דחו את המשפט העברי כמקור לפרשנות. הפעם הראשונה שזה נעשה היה **בפס"ד זנדבק נ' דנצינגר**, שם שמגר טוען כי גם אם הביטוי גמירות דעת שאוב מהמשפט העברי אין זה אומר שצריך לקבלו ע"פ המשמעות ההלכתית. האם הפרשנות של גמירות דעת כפי שנתפרשה בדין הישראלי באמת כל כך שונה מזו שבהלכה? הוא קובע קביעה משמעותית, הוא טוען שאנו לא צריכים להשתמש כלל במשפט העברי. יש כאן בעיה עקרונית, זה בסדר שאינו רוצה להתייחס למשפט העברי, אך לפני שאתה דוחה אותו עליך ראשית כל לברר מה הוא אומר. הוא מבסס את החלטתו על דבריו של צטנר, שהיה אז אחד היחידים שהתייחס למשפט העברי, וגם זה מקור משני. הוא מרגיש צורך להתייחס למשפט העברי כי המחוקק הצביע לכך כמקור לביטוי אך הוא אינו עושה בדיקה אמיתית.

אנגלרד בפס"ד קל בניין מנסה לברר את דיני החוזים במשפט העברי. הוא טוען שהבעיה שלו עם המשפט העברי שאין סנקציה משפטית בגין הפרת חוזה, יש סנקציה מוסרית, ולכן אינו מתאים. אנגלרד תוהה האם מישהו ברצינות יקבל הצעה כזו? לא באמת ניתן להשתמש בדיני החוזים כך. הוא רומז בציניות (לשופט אילון) כי ייתכן שהיו כאלו שבנקודה הזו היו מבצעים פיתוח של המשפט העברי אך זו שאלה המסורה לפוסקי ההלכה ולא אין סמכות בתחום. פיתוח ההלכה זהו תפקיד של חכמי ההלכה ולא של שופטים בישראל.

התפיסה הברורה של המשפט העברי תוצג ע"י שני מקורות מאוחרים מהמאה ה-20 שנכתבו ע"י החזון אי"ש והרב טיקוצ'ינסקי. הם מנסים הלציג את המרכיבים של גמירות דעת ומעשה קניין.

**החזון אי"ש- פס"ד רבניים חלק י עמ' 375**- מציג את היחס בין גמירות דעת למעשה קניין. הוא בכוונה אינו משתמש בצירוף גמירות דעת הוא מדבר על לגמור בליבו ולסמוך בדעתו. הוא עושה זאת מפני שהצירוף גמירות דעת לא מופיע בתלמוד אלא בספרות המאוחרת. בתלמוד הבבלי הוא מופיע כ"יגמור בליבו" ו"יסמוך בדעתו". הכלל הזה מאוד חשוב וייסודי בעיני הכותב וכן בעיני אלו שמביאים את דעתו של הכותב. הוא מדגיש לפחות 3 פעמים כי הכלל מאוד בסיסי, חשוב ונכון. הנקודה הבסיסית ביותר בשבילה מובא הקטע בהקשרנו היא שיש שני יסודות, אחד מהם הוא אותו גמירות דעת- "צד אחד גומר בליבו צד אחד סומך בליבו" וכן היסוד השני-"הקניינים המפורשים מהתורה"- כשמדברים על הצדדים עשו קניין הכוונה לעשות מעשה קניין- אותה פעולה פיזית של קניין להשלמת ההסכם (ברוב המקרים מתייחסים לקניין ספציפי- קניין סודר). ההיררכיה בין שני היסוד המנטלי הנפשי ליסוד הפיזי מאוד ברורה. עיקר הקניין שיגמור בליבו- כלומר **היסוד המרכזי הוא גמירות הדעת.** מפגש הדעות בין הצדדים זה עיקר הקניין והוא מנסה **להוכיח** זאת. הוא אינו מתכחש לעובדה שקיים מעשה קניין, החזון אי"ש מכיר את שכתוב בשו"ע- שאין המקח נגמר בדברים, ובלי מעשה קניין אין מקח אך למרות זאת, לטענתו אין זה העיקר, העיקר הוא גמירות הדעת. הוא טוען כי קיימים מקרים בהם אל מספיקה גמירות הדעת וצריך את מעשה הקניין אך אין זה כך בכל מקרה. יש מקרים כאלו ויש כאלו. יש בחז"ל מקרים בהם מספיק דיבור בלבד ולא מעשה. לטענתו אם גמירות דעת לעולם נדרשת ולעומת זאת מעשה קניין לא תמיד נדרש, מכאן כי גמירות העת היא העיקרית ומעשה הקניין הוא התפל.

למשל, במקרה של ייאוש. מזה ייאוש? זהו מונח שבד"כ מתקשר למקרים של אבידה, נכס שאדם איבד אותו, אינו יודע היכן קיים ובמקרים מסוימים אזי ההנחה שלנו היא שהאדם **מתייאש.** זוהי פעולה מנטאלית של השלמה. כאשר האדם מתייאש אזי ההנחה היא שהבעלות שלו באבידה נגמרת, מוסרת. כתוצאה מכך החפץ הופך להפקר. מי שמוצא אותו יכול לקחת. האדם למעשה לא ביצע שום פעולה, יש פה רק השלמה נפשית, הנכס אינו שייך לו יותר, הייאוש הוא סוג של גמירות דעת. בתלמוד הבבלי קיים ויכוח מאוד מוכר בין רבי פלוגתא- רבא ואביי, בנוגע לשאלה האם ייאוש שלא מדעת נחשב ייאוש או לא? אדם הולך ברחוב ונופל ממנו חפץ מסוים. סביר להניח שלא הרגיש ולא ידע. סביר להניח שכשיגלה זאת, הוא יתייאש, כי אין בכך סימנים וכו'. המחלוקת נוגעת לשלב שבין האבדה לבין הגילוי- בשלב זו הוא עוד איננו התייאש. האם מותר לי לקחת את החפץ בשלב זה? בתלמוד קיימות דוגמאות רבות על זה. ההלכה היא שייאוש שאינו מדעת לא נחשב ייאוש, כלומר אם לקחתי את החפץ לפני שסביר להניח שהבעלים גילה את דבר האבידה, אזי אני צריך להחזיר אותו כי זה הגיע לרשותי כשלא היה כבר ייאוש. זה אומר שההנחה היא שייאוש מלווה בידיעה, כוונה, גמירות דעת. זה נכון שיש מקרים בהם נפעיל את מבחן האדם הסביר, לא תמיד סביר שאדם ימשיך לחפש דברים שאבד כשברור שלא ניתן להשיבם.

"קניינים מפורשים מן התורה.."- אם מספיקה גמירות דעת, אז מה למעשה תפקידו של מעשה קניין? הוא טוען כי ישנם מקרים בהם לא יתבצע גמירות דעת שלא מעשה קניין. מעשה הקניין קודמת לגמירות הדעת. דעות אחרות טוענות כי גמירות דעת וודאי שקיימת, אך מטרת מעשה הקניין להחצין את גמירות הדעת של אנשים, לאור הקושי להכיר בגמירות דעת. החזון אי"ש טוען שגמירות הדעת נוצרת או באה בסיוע של מעשה קניין, אולי מפני שלא תמיד אנו בטוחים בכוונתם הרצינית של אנשים, מעשים משדרגים את הכוונה.

**הרב טוקצ'ינסקי- השקפה יסודית על תורת הקנינים**

**חלק ז- הכלל היסודי שבדבר**

גם במקור זה ניתן לראות היררכיה חד משמעית. העיקר הוא סמיכת הדעת והמעשה הוא רק תפל. כלל כל הדברים הוא שכל הקניינים, בנויים על סמיכות הדעת של המוציא מרשותו והמכניס לרשותו, כלומר גמירות הדעת של שני הצדדים. תפקידו של המעשה הוא להבליט את קיום גמירות הדעת, להוכיח אותה. בנוסף, אם החזון אי"ש מדבר על מקור דיני הקניין מהתורה ומחז"ל, אצל הרב טוקצי'נסקי מקור הקניין הוא מקניין תורה או מנהג קבוע. סמיכת הדעת היא עצם העברה, היסוד של הקניין שמבצע את הקניין הוא גמירות הדעת ובחלק מהמקרים צריך להבליט.

הוא מביא לכך כמה הוכחות:

* הגמרא מציגה שתי סיטואציות קנייניות דומות שבאחת המכר תופס ובשנייה המכר לא תקף. הגמרא שואלת מה ההבדל? התשובה של הגמרא בבא מציא שבאחת הייתה גמירות דעת ובשנייה לא הייתה גמירות דעת. בהלכה דיני הקניין ודיני הקידושין שלובים זה בזה. פעולת הקידושין היא פעולת קניין. לרב טיקוצינסקי אין בעיה ללמוד על עקרונות דיני הקניין מדיני הקידושין. יש מקרה שבו אישה מקבלת פרוטה והיא מקודשת. יש מקרים בהם היא מקבלת 100 אלף דולר ואינה מקודשת. מה ההבדל? אם הקידושין אינה ע"פ רצונה, אם אינה רוצה להתקדש, גם אם תקבל המון כסף, אז היא לא מקודשת, לעומת זאת אם היא רוצה להתקדש מספיקה פרוטה כדי שתתקדש. זוהי דוגמא לחשיבות גמירות הדעת (חריג אם אביה מחתן אותה כשהינה קטנה, מתחת לגיל 12, ואז גמירות הדעת לכאורה נתונה לו).
* הדוגמא השנייה היא במקרה של הפקר, בחלק ממקרי ההפקר אנחנו יודעים שאם אדם יכול להוכיח כי חשב שאינו צריך דבר מסויים ובסוף הסתבר שזו הייתה טעות, מה קורה במצב כזה מבחינה משפטית? האם המוצא יכול לקחת את החפץ? אנו מבינים שזו טעות, לכן הלכתית ברור שהוא לא הפקיר את זה כי גמירות הדעת לא הייתה למשל על כסף שהיה באותו רהיט. הרב עושה הרחבה מסויימת למושג זה. הפקר בית דין- שקהילות יהודיות בעבר ביצעו הפקר בית דין לשם הענשה או השתלטות על נכסים- כלומר זוהי הפקעה ציבורית. טיקוצ'ינסקי אומר שגם במקרים בהם מותר להפקיע, אין בכוחם להפקיע אם לא היה זה למנהג וידעו על כך האנשים. כלומר, אנו יודעים כי ההפקעה הייתה לעונש, אך ההלכה דורשת שכדי שההפקעה הזו תהיה מותרת שיהיה חוק כזה, שהציבור יידע. אפילו בכזה מצב, שבו אין גמירות דעת באמת, אף אחד לא רוצה שרכושו יופקע, אך צריך שההסדר הזה של הפקעה יהא תקף, אנשים אלו צריכים להכיר את האפשרות הזו, צריכה להיות להם את ההבנה של מה שקורה. גם בייאוש אדם צריך לדעת שהוא מתייאש, לא ניתן לייחס לו קונסטרוקטיבית כוונות.

**גמרא קידושין כו עא- האישה נקנית פרק ראשון**

במשנה- מהם נכסים שיש להם אחריות ומהם נכסים שאין להם אחריות? נכסים שיש להם אחריות הם מקרקעין ושאין להם אחריות הם מיטלטלין. הסיבה שהמשנה נוקטת במונחים התמוהים הללו אינה ברורה לגמרי. התלמוד בכלל לא מעלה את התמיהה הזו. עצם הפרשנות של המונחים הללו אינה שנויה במחלוקת. גם בהקשרים אחרים בספרות התלמודית. הם נקראים כך- "נכסים שיש להם אחריות"- הפירוש לקוח מתחום דיני השעבודים. בפועל אדם המלווה כסף מחברו ומעוניין לקבל בטוחה מעדיף לקבל מקרקעין כי הם לא הולכים לאיבוד או נגנבים והערך שלהם לא נעלם, בשונה ממיטלטלין- למשל מחשב ערכו יכול להיעלם עם הזמן, אין להם אחריות. הם יכולים להיעלם להיגנב ולהישרף וכו'.

המשפט העברי התלמודי קובע כי הנכסים היחידים המשתעבדים באופן אוטומטי הם קרקעות, דבר היצר בעיות בהיסטוריה היהודית שכן ליהודים לא היו קרקעות. מה עושים כאשר אין קרקע?

המשנה אומרת שיש דרכי קניין שונות למיטלטלין ומקרקעין. למיטלטלין במשיכה- פעולה פיזית ולמקרקעין- כסף, שטר וחזקה. עיקר הדיון בתלמוד יהיה על המילים כסף ושטר. העברית של המשנה אינה מובנית מאליה. ניתן לקרוא אותה בשני דרכים-

1. כדי להעביר קרקעות בקניין צריך לבצע שלוש דרכי קניין מצטברים: כסף שטר ובעלות. כסף ברור, שטר, השטר הקנייני התלמודי בו מוכרז כי מעבירים את הנכס ופעולת חזקה- זו שהכי מזכירה את קניינים במיטלטלין, אלו פעולות פיזיות בגוף הנכס, זה מבטא את העברת הבעלות, מבטא גמירות דעת והסכמה. לחזקה במשנה יש שתי משמעויות- יש חזקה קניינית וחזקה ראייתית. החזקה שעליה אנחנו מדברים כאן היא חזקה קניינית- פעולה המבצעת העברת בעלות בנכס. זוהי לא המשמעות הפשוטה של המשנה.
2. כאשר המשנה אומרת כסף שטר וחזקה ומשתמשת בו' החיבור היא מתכוונת ל"או". משום שזה אומר שלמשל במסכת קידושין אם זה היה מצטבר היה צריך גם לקבל גט וגם להרוג את הבעל. הפירוש הזה מופיע כבר ברובד הקדום יותר של השפה העברית ולכן גם פה צריך להבין את זה כ"או".

תנאים דמים לב שמה שהם שמים פה למיטלטלין הוא בעיתי ויפגע קשות ביכול ת השוק לפעול. משום שאם נדרוש שמיטלטלין יעברו רק במשיכה, לא נוכל לקנות מיטלטלין בלי להגיע ולגעת בהם. בתקופת המשנה הפתרון הוא פתרון מסורבל של להשתמש בדרכי קניין של המקרקעין לצרכי קניין מיטלטלין. המשנה אומרת שאם יש לנו נכסים שהם מיטלטלין ואני רוצה לקנות אותם בלי להגיע אליהם, אני יכול להכניס אותם לעסקה משולבת שאני קונה מאותו מוכר גם קרקע ובאמצעות הקרקע אני קונה את המיטלטלין שלו- **"קניין אגב"**.

* **קניין סודר**- טכנית קניין המתבצע ע"י כך שהמוכר או המתחייב לוקח חפץ של הצד השני, זה שמקנה את החיו. סודר זו מילה לטינית שמשמעה מטפחת ששמים על הראש, כיסוי ראש כזה שתלמידי חכמים הלכו איתו. מכיוון שזה היה החפץ שאדם הולך איתו בכל מקום הם קראו לזה סודר, אך זה יכול להיות כל דבר, נעל, עט וכו'.

התלמוד- מנסה להסביר בסוגיה זו מזה כסף ומזה שטר. הוא דן במקור המקראי של דיני הקניין הללו ואיך בפועל נוהגים אותם בבבל. הוא שואל מניין למשנה שקונים מקרקעין בכסף? העובדה שהוא שואל בנפרד מראה שהוא מבין שכסף ושטר אלו הן פעולות עצמאיות ולכן ו' החיבור משמשת שם כ"או". או בכסף או בשטר. עצם הניסיון למצוא מקור מקראי לדין של החכמים הקודמים לנו, מלמד אותנו על חשיבות האחיזה במקורו התנ"כיים, זו הסיבה לאופן בו פועלים. מניין אם כן המקור המקראי של המשנה? התלמוד הולך לירמיהו כדי להוכיח את מקור הכסף.

קיים מקור טוב יותר- מערכת המכפלה, אברהם קונה את המערה. למה הם הולכים לירמיהו ולא לתורה שבעל חשיבות גבוהה יותר? תשובה אחת היא שלאברהם לא היה כסף במובן שאנו מתכוונים אליו, הרעיון של כסף יציג זה במאה השביעית לפני הספירה אצל הפניקים מצד שני גם ירמיהו לא משתמש בארץ ישראל בכסף במובן של מטבעות. אבל שקל- מקור מהמילה משקל- כלומר בשקילה, אז כבר שקלו את הכסף. תשובה אחרת, פשוטה יותר- היא כי סיפורו של אברהם במערכת המכפלה בספר בראשית נכתב לפני מתן תורה, לכן הדינים שם לא בהכרח אלו שהתורה מתירה.

הסיפור בירמיהו מספר על הנביא שיושב בכלא צידקיהו בירושלים ערב החורבן. האל נגלה אליו ואומר לו שבן דודו יבוא אליו ועליו לקנות את שדהו בענתות, זאת למרות שהבבלים שולטים בקרקע. יש כאן נבואת נחמה גדולה שאחרי גלות בבל, עם ישראל ישוב לארץ וחלק מהמשמעות של חזרה לאיזושהי עצמאות בארץ ישראל העובדה שיוכלו לקנות קרקעות. כתוב שם ששדות קונים בכסף.

התלמוד לא מסתפק בכך ושואל כיצד אפשר לקחת פסוק ולקרוא אותו עד חציו, "שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתמו"- התלמוד מניח שמשנה אומרת או כסף או שטר, והפסוק הזה מתייחס גם לכסף וגם לשטר. התלמוד שואל איפה יש מקום בו המקרא מתייחס לכך שקונים רק בכסף. התלמוד אומר שקנו את השדות בכסף, פעולת הקניין צמודה לכסף. נכון שכתוב אח"כ "וכתוב בספר וחתום" אך התלמוד אומר שמדובר כאן בחזקה אחרת של שטר. יש שטר שהוא שטר קניין- היוצר את העברת הבעלות ויש שטר ראייה. כלומר עושים את הקניין באמצעות כסף אך הראייה היא באמצעות שטר.

השטר פה הוא לא חלק מיצירת הקניין, אבל נכתב שטר בכל זאת כשטר ראיה, ולא כשטר קניין. מי שבאמת קורא את הפרק בשלמותו רואה שלא יתכן שזהו השטר של המשנה, התלמוד אומר שהכסף עשה את הקניין ולא השטר. בזה התלמוד סיים את המישור בדיון הראשון ההוכחה מספר ירמיהו ששם השטר הוא רק ראייה.

בחלק השני "רב" האמורא הבבלי אומר, חי מאד סמוך לחתימת המשנה הוא עצמו ירד מישראל לבבל, והוא קורא את המשנה בצורה מעניית. הוא נגש למשנה ואומר שאינו כופר במשנה שאומרת שאפשר לקנות קרקעות או בכסף או בשטר אך המשנה אמרה את זה רק לגבי מקורות שאמרה שקונים בכסף בלבד, היא דיברה רק על מקום שבו לא קונים בשטר, למשל אנשים שהאמון שחל ביניהן גבוה, או שאנשים אנלפבתים. כלומר רק במקום שבו לא נהוג לכתוב שטור אפשר לקנות בכסף בלבד, אך במקום שבו נהוג גם בשטר, הוא אומר שזה לא מספיק, צריך גם לשלם כסף וגם שטר. זוהי הבנה שאיננה לשונה הפשוטה של המשנה. מאיפה הבין זאת?

הרב מכניס את היסוד שהמשנה לא הכניסה- גמירות הדעת. במקום שבו כותבים שטרות, אנשים החלו זאת לשם דיני הראיות. שטר הוא דבר טוב כי הוא מוכיח מי הבעלים. במקום בו העולם נוהג לכתוב שטרות ולי אין שטר, לא תהיה הוכחה שרכשתי את הקרקע, קונה סביר בעולם השטר לא יוותר על זה. ולכן אין לו גמירות דעת באמת עד שיכתב לו שטר, ללא שטר אינו מעוניין בעסקה זו.

התלמוד לוקח את זה צעד קדימה ואומר שאם כך, אם בעייתו של רב היא גמירות הדעת של האדם הסביר, אם האדם הזה אומר שהוא יודע כי נהוג לכתוב שטרות, אך הוא סומך עליו, אומר זאת במפורש יש פה גמירות דעת, ולכן זה מקובל, כל עוד אמר זאת במוצהר.

הוא מנסה להוכיח דרך סיפורו של רב אידי בר אבין שהיה סוחר מקרקעין שלקח את האלמנט הזה של היכולת של הקונה להתנות אם הוא מעוניין בשטר או לא והשתמש בזה לטובתו האישית. הוא היה עושה תנאי בעסקאות מקרקעין- כשהיה בא לקנות קרקע הוא היה אומר כי הם חיים במקום בו נוהגים לכתוב שטרות לכן צריך גם כסף וגם שטר, אך ההלכה מאפשרת לו כקונה לוותר עליו אם הוא רוצה, אז הוא שומר בידיו את הכח לומר אם הוא רוצה לקנות רק בכסף או גם בשטר. התלמוד מסביר מה יוצא לו מזה- נניח שקבענו שעוד שבוע תביא לי שטר- או שאשלים את הבעלות שלי עם השטר או שאבטל את העסקה ולא אקבל את השטר. במהלך השבוע הקונה, רב אידי בר אבין, עשוי לגלות שיש לו עסקה טובה יותר. זכותו לסרב לקבל את השטר ואז העסקה מתבטלת. לעומת זאת אם הוא קנה ממישהו אחר, ואותו אחד התחרט, השליטה בידיו, הוא כבר העביר לו כסף. הוא ניצל את היכולת של הפרשנות הזו, בשביל להיות תמיד בצד החזק. הוא יוכל לבטל את העסקה אך הצד שכנגד לא יוכל לבטל אותה. השטר פה הוא שטר קניין לכן הוא חלק מיצירת הקניין, שטר קניין ולא שטר ראייה בלבד.

26/11/13

ההנחה היא שזכותו של אדם לומר במפורש שהוא מוותר על השטר. אותו עיקרון חל גם בחלק השני של הסוגיה. כך קורה גם לגבי שטר. התלמוד שואל מניין לנו שקונים בשטר? התשובה לכאורה פשוטה משום שאת הפסוק המזכיר את השטר כבר הזכרנו מקודם- "וכתוב בספר וחתום". אך לפני כן אמרנו שזה שטר ראיה אך לא ראיה לכך שמדובר בשטר קניין.

ירמיהו מספר שהוא לוקח את המסמך הכתוב שצמוד אליו השורש ק.נ.ה- "ואקח את ספר המקנה" (פס' יא, פרק לא, ירמיהו). אנו נחזור לפרק זה ונראה עד כמה פסוקים אלו יכולים להוות בסיס לטיעון. עד כאן זו ההוכחה המקראית.

ההוכחה ההלכתית- החכם שמואל, הוא ראש הישיבה המתחרה לישיבה של רב. הם חלוקים בסוגיות רבות אך כאן הם מסכימים לעיקרון שמדובר בשתי פעולות נדרשות ולא מספיק בד"כ להשתמש רק בכסף או רק בשטר. שמואל לא מדבר כמו רב על מקום שנהגו או מקום שלא נהגו מהסיבה הפשוטה, שאין מקום כזה. אם כסף זה בעם הביטוי לתמורה לא יכול להיות מקום שלא נותנים כסף או שווה כסף. כשמדברים על עסקאות מכר, ההגדרה הבסיסית בהן שיש בהן תמורה. הוא אומר שזה לא עניין של מקום או לא, מכר בכל מקום בעולם הוא בתמורה, יש לנו אפשרות להעברת בעלות שלא בתמורה בעסקת מתנה. כשהמשנה כותבת שמספיק שטר לבדו היא מדברת בסיטואציה שמדובר בעסקת מתנה. גם היא עסקה קניינית אך ללא תמורה. איך מעבירים דות במתנה? תמורת כסף זה בלתי אפשרי כי אז זו לא עסקת מתנה, כדי לעשות זאת יש להשתמש בשטר. לכן כשהמשנה אומרת שאפשר לקנות נכסים בשטר בלבד הכוונה היא לעסקאות מתנה.

התלמוד מפנים את ההגיון של שמואל במקרה זה, אנחנו מסתכלים על המסגרת של העסקה. עסקת מתנה בהגדרה לא יהיה כסף ולכן יהיה רק שטר. הגמרא מציגה את השלב הבא בצורה של שאלה- רבי המנונא, שואל בצורת קושיה (ניתוח לשוני של ברייתא)- ישנה ברייתא האומרת "בשטר כיצד?" אייך קונים בשטר? מהי צורת השטר? מה כתוב? אז התשובה היא- "כתב לו על הנייר או על החרס.." כלומר לא צריך נייר, זה לא צריך להיות בעל שווי מינימאלי כספי, וכותבים עליו הצהרה בסגנון של השדה שלי מכור לך וכו'. מעבירים את החרס או הנייר וכך קונים. זה עיקר ההצהרה. הבעיה של רבי המנונא היא שהברייתא מביאה שתי דוגמאות לעסקאות קנייניות באמצעות שטר- "שדי מכורה לך" עסקת מכר "שדי נתונה לך" עסקת מתנה. **האם קיימת עסקת מכר באמצעות שטר בלבד?** הוא נותן גם את התירוץ- יש עסקאות המוגדרות כעסקאות מכר, אך האינטרס הראשוני של המוכר איננו קבלת התמורה אלא אחר, זה נקרא "מוכר שדהו מפני רעתה"- כלומר השדה רע לו כרגע. למשל אנשים המחזיקים בנכס שמוגדר כקרקע חקלאית שהמיסוי עליה גבוה מאוד. אם אינם עוסקים בחקלאות האינטרס שלהם להיפטר מהקרקע. נכון שהם מצפים לקבל את התמורה אך זו לא הסיבה למכר. במקרה כזה שטר לבדו יכול להספיק. הוא לא מוותר על הכסף אך הוא בהחלט יכול להסכים למצב שבו אדם ישלם לו בשלב מאוחר יותר, רק כדי "להיפטר" מהנכס, שלכאורה פוגע בו. האינטרס שלו הוא לא קבלת התמורה.

ההלכה לפי התלמוד הבבלי בסופו של דבר אומרת כי לא ניתן למכור נכסים ללא שטר וכסף.

הדין שנהג בא"י היה אחר, לפחות במאות הראשונות לספירה. החוק בעיניהם פשוט, יש שלוש דרכים אופציונאליות, כסף או שטר או חזקה, אפשר להשתמש באחת מהן כאשר לכל אחת יש חוזק שונה. ניתן לראות זאת בתוספתא מסכת כתובות (ליברמן) פרק ב. תוספתא זו, מבצעת השוואה בין המכר בשטר לבין מכר בחזקה.

יש יותר מקרקע אחת. היתרון של קניין החזקה הוא שניתן לעשות פעולה חזקה בקרקע אחת ולקנות גם את הקרקעות האחרות של אותו מוכר. לא צריך לעבור משדה לשדה ולבצע פעולה קרקעית או פעולת בניין. לעומת זאת, כשאני משתמש בכסף או בשטר, אני לא יכול לעשות פעולת שדה אלא צריכים לעשות פעולת שטר או כסף על כל אחת מהשדות. מבחינה לשונית תוספתא זו מלמדת אותנו שאם הוא שילם על קרקע אחת או קנה רק קרקע. יש כאן שימוש במילה "או" ומילה זו אמרנו מעולם לא בפרשנות מצטברת.

הירושלמי משתמש בתוספתא זו, בברייתא זו בנוסח קצת שונה מבחינת מינוחים אך באותה הלכה כדי להוכיח את מה שהיה נהוג בא"י. בתלמוד הירושלמי (וילנא) מסכת קידושין פרק א הלכה ה- הוא מנסה להסביר את המשנה. רבי ירמיה סבר שמדובר בשטר על מנת שלא לתת כסף, כלומר עסקת מתנה. כלומר רבי ירמיה אומר את דעתו של שמואל.

* אין זה מקרי, רבי ירמיה למד וגדל בבל, הוא עוזב בשלב מסוים לא"י ולכן הוא גם זוכה לתואר רבי (מקובל לומר שרבי הוא מארץ ישראל ורב הוא מבבל). רבי ירמיה מוכר במיוחד כי הוא נזרק מבית המדרש, משום שהוא היה שואל שאלות "מכשילות". הוא היה מאתגר את הרבנים שלו, שאלות שהיו נשמעות טיפשיות אך מאתגרות את סמכות החוק. למשל אם רואים פירות מפוזרים, איך יודעים שמישהו לא הניח וכבר יחזור לקחת או שמישהו עבר עם עגלה גדולה ונפלו הפירות והוא התייאש ואפשר לקחת את זה. אם זה מסודר אז זה ברור שזה לא נופל כך. התלמוד אומר שיש לעשות חישוב של כמות הפירות מול שטח כדי לחשב זאת. אם יש כמות פירות גדולה בשטח קטן מישהו שם אותם ואם זה מפוזר באופן כאוטי ברור שזה נפל. רבי ירמיה אומר-מה יקרה אם נגדיל את השטח פי שתים ונגדיל את הפירות פי 2 או לחלופין נחלק ב2. הוא למעשה מאתגר את הקנה מידה שקבע המחוקק. הוא חותר תחת הרעיון שיש מישהו שצריך לקבוע את החוק, הוא אומר שלאיש אין סמכות לקבוע מהו החוק. לכן נזרק. זילבר בספרו כותב על כך.

התלמוד הא"י תומך בדעתם של ר' יונה ור' יוסה, ואומר כי הם צודקים, שטוענים שלא צריך כסף, ואפשר גם רק בשטר ומתבססים על התוספתא כתובות שלעיל. התלמוד אומר שרבי ירמיה היה אומר שהוא שילם לו כבר מקודם ולכן כן צריך גם כסף וגם שטר, אך לפי תלמוד זוהי העמסה על התלמוד. לא יכול להיות שמשתמשים במילה "או" אם רוצים שזה יהיה מצטבר, לכן ברור שזה או זה או זה, או כסף או שטר. אותו דבר גם בנוגע לכסף. החכם רבי בא (רבי אבא) אומר שנכון שכתוב במשנה כסף אך מדובר רק על כסף שניתן במקום שבו אין ציפייה לקבל את השטר. אבל בכסף, במקום שיש בו ציפייה לכתוב את השטר, לא קנה עד שיכתוב את השטר, זאת בדומה לרב בתלמוד הבבלי. זאת כנראה הייתה ההלכה בא"י.

דרך ההתפתחות של המשפט העברי הייתה באמצעות קבלת הבבלי והשתתתו על התלמוד הירושלמי, אזי אנחנו צריכים להסיק את המסקנה הבאה- התלמוד הבבלי מעצב לנו את ביטוי גמירות הדעת שנמצא מעל מעשה הקניין. עיקרון זה חולש את מעשה הקניין, ומעשה הקניין בא לשרת את אותם אינטרסים של גמירות דעת. מהתלמוד הירושלמי למשל לא היינו יכולים להוציא את עקרון זה של גמירות הדעת, אין בכוונה זו לומר כי אין צורך בגמירות דעת אך אין צורך לחשוב על אינטרסים מיוחדים שם.

לא בכדי נבחרו מעשי קניין אלו, הם מבטאים את גמירות הדעת. התפקיד של מעשה הקניין הוא להוכיח את קיומה של גמירות הדעת וכאשר אנו נמצאים במקום שבו מעשי הקניין לא נעשו כשורה תהא לנו בעיה להוכיח את גמירות הדעת. כדי ליצור אחידות ובהירות יש ליצור מערכת אחידה בכדי ליצור וודאות. בהקשר שלנו זה חשוב כי אנו מדברים על גמירות דעת כמונח סובייקטיבי, ולכן יש צורך ביצירת דרכים אחידות להבין את גמירות הדעת. זה הופך למעשה קניין רק כאשר כולם נוהגים כך. המחוקק בהלכה קובע דרכים אלו בכך שהם קובעים שחייבים לנהוג באופן כזה, זאת על מנת ליצור אחידות. המשנה קבעה דרכים מסוימות לפעול על פיהן בכדי להוכיח את גמירות הדעת וליצור אחידות.

הרמב"ן בחידושי רמב"ן מסכת קידושין דף כו עמוד א- הרמב"ן שואל, יש במסכת בבא מציעא סוגיה של אדם שהיה זקוק לכסף, ומנסה למכור קרקע בשביל זה, אומרים לו שהקרקע קטנה מידי אך אם ימכור גם את החלקה שלידה במכיר כפול יקנו ממנו. הוא לא רוצה להיפרד מהחלקה השניה אך הוא מוכן גם למכור את השניה, התלמוד אומר שאת הראשונה הוא מוכר כי הוא צריך את הכסף ואת השניה הוא מוכר כדי למכור את הראשונה, הוא לא מוכר בשביל התמורה שלה, הוא מוכר כי אין לו ברירה- זו אולי ההגדרה של המוכר שדהו מפני רעתה. יש לכך נפקות הלכתית- מספיק שטר בלבד. התלמוד מציג את השאלה בדרך זו- הוא כתב שטר על שתי החלקות ביחד ונתן לו בינתיים רק את הסכום על החלקה הראשונה- האם קנה גם את החלקה השניה? לכאורה כן כי מספיק במקרה של מוכר שדהו מפני רעתה. התלמוד אומר שיש לבחון את התנהגותו, לראות כמה הוא "לחוץ" על הכסף של החלקה השניה. הרמב"ן שואל את השאלה הבאה- למה לא ניקח את העיקרון הזה ונכניס אותו אצלנו בסוגיה- עיקרון העל יהא תמיד לבדוק בכל מקרה מהי כוונת הצדדים, אם אדם מתנהג במצב זה כ"לחוץ" על הכסף זה אומר שאינו מתכוון למכור את הנכס ללא תמורה ואם לא מתנהג כך והמוכר רגוע המשמעות שמתכוון להעביר את הבעלות גם ללא התמורה? התשובה לשאלתו שזה לא יעיל. יש צורך ליצור וודאות, אי אפשר בכל מקרה לבדוק כיצד נוהג המוכר. הם רוצים להבטיח את גמירות הדעת של הקונה ואת גמירות הדעת של המוכר ולכן אינם משאירים זאת לבדוק כל עסקה לגופא, אם הצדדים רוצים לעשות הסדר מפורש, לא מונעים מהם, אבל עבור האדם הרגיל, רוצים לוודא שיש לו גמירות דעת ורוצים להגן עליו לכן הם קובעים כללים בצורת מעשה קניין כדי לגרום לוודאות בעסקאות אלו. להקטין כמה שאפשר את חוסר הוודאות באמצעות מעשה המבטיח את האינטרסים של הצדדים בעסקה.

* אם נקרא את דברי הכנסת בעת חקיקת חוק החוזים, כמה חברי כנסת מעירים על כך, למשל בנימין הלוי שהיה שופט בעברו (קסטנר הראשון, כפר קאסם), אומר שלוקחים מונח מהמשפט העברי אך בעוד שהמשפט העברי מציע מבחנים לגמירות דעת המחוקק הישראלי לוקח את המונח ללא המבחנים מה שיוצר בעיה בהוכחתה של גמירות הדעת.

האינטרס הפטרנליסטי הזה של חכמים ליצור וודאות בא לידי ביטוי במקרה קיצוני שבא לידי ביטוי במסכת קידושין. הר"ן על הרי"ף מסכת קידושין דף ז עמוד א- הוא מנסה לחשוב מה האדם הסביר היה חושב ועל פי כך לקבוע. יושבת אישה בשוק ומוכרת כל מיני דברים ואדם חוטף לה אחד. אח"כ הוא שואל אם ישיב לה את שחטף האם תתקדש לו. היא לא עונה והוא משיב לה את הדבר הזה. הוא בא לבית הדין ואמר שהיא הסכימה להתקדש כי היא שתקה. היא יכולה לטעון כי לא הסכימה. רבי נחמן אומר שהיא שתקה כי רצתה לקבל את מה ששייך לה ממילא. ההלכה היא שאינה מקודשת לו. בשנות ה-60 מגיע לבית הדין הרבני בירושלים מקרה מאוד דומה, הדיין היה רבי עובדיה יוסף, מדובר על זוג שמתכוון להתחתן והאישה הולכת עם הגבר והוא נכנס איתה בירושלים לחנות תכשיטים וקונה לה טבעת. הוא יוצא מהחנות עם הטבעת וקורא למוכר ולאנשים מהרחוב וטוען כי הוא קידש אותה בטבעת שקנה לה בחנות. היא אומרת שלא הייתה מסכימה להתחתן ככה, היא חשבה שזו מתנה, טבעת אירוסין ולא קידושין ולא הייתה מסכימה להתחתן כך. עובדיה יוסף פוסק לטובתה.

הר"ן מנסה להכניס פרמטר נוסף, הוא מצטט את הרשב"א (תלמידו המובהק של הרמב"ן)- את השתיקה של האישה יש לפרש בפרשנות סבירה שלא התכוונה בקידושין ובקידושין שכמו בקניין ואף יותר יש צורך בהסכמה וגמירות דעת הצדדים אין ספק שלא הייתה גמירות דעת. אך אם נניח שהם באים לבית הדין אך היא אומרת שנכון ששתקה, אך היא מספרת שהיא באמת התכוונה למה שאמר, היא באמת התכוונה להינשא לו. התלמוד לא מטפל בבעיה זו. האם נאמין לה? אנחנו לא יודעים מה הייתה הכוונה שלה בזמן אמת היא מספרת בדיעבד. הרשב"א אומר שלא מאמינים לה. כי חכמים הפעילו פה את מבחן האדם הסביר- או מוכרת הסמרטוטים הסבירה. לא סביר שלכל אדם שיחטוף ממנה היא תסכים להינשא לו, אלא אם כך יש ראיות תומכות לכך שסביר שתסכים בזמן אמת, למשל אם אמרה כן באותו הרגע. אם היא אמרה כן ולא חוזרת בה אז מאמינים לה, אפשרות שניה בדשדיך- כלומר שהיו משודכים, בפרשנות של היום זה מאורסים. אם ממילא הייתה להם כוונה להתחתן אז אפשר להאמין לה.

הם לא מאמינים לה כי האדם הסביר לא היה פועל כך, הם עושים זאת כי הם חייבים לקבוע קריטריון אובייקטיבי.

(הושלם ממעיין מכאני)

ע"מ 17, שאלות ותשובות, הר' יוסף בן לב: מדובר בשו"ת אמיתי המתעד פס"ד שהיה באימפריה העותמאנית במאה ה-16. הרב נחשב לגדול הדור בזמנו. זו שאלה בדיני קניין, חשוב להבין כי השאלה לא נשאלה ע"י הצדדים אלא ע"י הדיין או הפוסק הראשון אליו הם באו. ככל הנראה הם הלכו לברר את הסכסוך בבי"ד במקום בו הם חיו. הדיין אל ידע איך לפסוק ולכן הוא עשה את מה שרוב הדיינים עושים- אם הם לא יודעים את ההלכה הם שולחים את השאלה בשו"ת ל**ביה"ד הגדול**, בו יושבים הדיינים החכמים ביותר. הרב לב עושה את זה כאילו הוא מתייעץ עם הדיין השואל. זה חשוב כי סביר להניח שאם ראובן או שמעון (המתדיינים) היו שואלים אותו, הוא לא היה עונה כי הם לא מכירים את כל העובדות- יש קביעה שלפוסק הלכה אסור לענות על שאלה בדיני ממונות אם הוא לא שומע את שני הצדדים. זה כמו שופט ששומע רק צד אחד ופוסק, סביר להניח שאותו צד ייטה את השופט לכיוון שלו. זה יצר בעיות במשפט העברי כי סדר הדין גם בביה"ד עצמו מחייב שלא יפסק דין אא"כ שני הצדדים נוכחים.

השאלה: שני אנשים מצויים יחד באותה חנות ולא מסתדרים זה עם זה. אנשים אומרים להם כי הם לא מסתדרים יחד ולכן כדאי לפרק את השותפות שלהם, צד אחד קונה את חלקו של השני. ראובן הסכים למכור אך הוא אומר כי הוא לא מסתדר עם שמעון כבר שנים. שמעון אומר שהוא ממנה שליח- לוי. לוי קונה בשביל שמעון את החלק של ראובן. כשהפוסק מתאר את הקטע הזה חשוב לו לומר כי התיק הזה לא יפול על דיני שליחות- יש כאן שליחות נסתרת ולכן זו יכולה להיות בעיה ולכן אומר כי ראובן לא טוען שהטעו אותו, הוא יודע כי הוא מוכר לשמעון ע"י לוי. מכאן מתחילה הבעיה הקניינית: העסקה תתבצע ע"י **קניין סודר ושבועה**. **קניין סודר**—מופיע לראשונה בתלמוד הבבלי, הוא לא מופיע במשנה. הסכימו לעשות קניין סודר שזה קניין סמלי בו הקונה מקבל מהמוכר חפץ מבצע הרמה סימלית שלו ומחזיר לו ואז נעשה הקניין. **שבועה**- היא לא מפורטת, ברור כי תוכן השבועה היה כי הם נשבעים לממש את העסקה הזו. ידעו שמדובר באנשים בעיתיים ולכן רצו לחזק את העסקה. לוי נותן לו 20 פרחים (פלורינים)- לא פרח הצמח אלא זה המטבע של פירנצה, זה כמו הדולר של היום. זה היה סכום ניכר ששולם עבור חנות, לאחר כמה ימים, מתברר כי הוא לא שילם את כל הסכום ולקח לו שבוע לגייס את כל הכסף. מגיע לוי לשמעון ואומר לו לקחת את כך הכסף ותעביר לי את הבעלות וראובן מתחרט ואומר כי אני לא רוצה למכור לך. הפוסק מנסה לתאר מה היה הדיון בין הצדדים וכשראובן בא לנסות לבטל את העסקה הוא אומר שאם אני לא רוצה את המכר שאני יכול להתחרט. הוא ממציא כאן טענה. הפוסק לא מכניס את זה במקרה עצמו אלא אומר את זה לאחר מכן, מה שאומר שהוא מאמין ללוי ולא לראובן. מי שטוען לקיומו של התנאי צריך להוכיח וכנראה ראובן אל הצליח להוכיח ולכן הפוסק מוחק אותה.

לוי מבין כי הוא התחרט אך הוא אומר אני לא קונה את זה בשביל אלא בשביל אחי, שמעון. אני אשאל אותו אם הוא מוכן לבטל. שמעון לא רוצה לבטל, הוא רוצה לגמור את מערכת היחסים. ראובן- זכותי לבטל את העסקה ושמעון אומר- אתה לא יכול, החנות שייכת לי כבר. הדבר היחיד שאנו יכולים לנתח זה את הדברים המוסכמים: קניין סודר, שבועה וכסף. על הדיין קודם כל לחפש תקדימים וזה מה שהוא מנסה לעשות הוא הולך לסוגיה שעסקנו בה בתלמוד הבבלי ומנסה לפתור עמה את המקרה הזה.
ננסה לתרגם את המקרה הזה למקרה שלנו- יש כאן מחלוקת על קיומה של סוגיית מקרקעין. במקרה שלמדנו אין סודר ואין שבועה אך יש כסף ויש שטר. שטר לא היה כאן בעסקה וזה חשוב כי אם היינו עו"ד של ראובן ואנו רוצים להסתמך על הסוגיה הזו היינו אומרים כי לא הייתה כאן קניה עד שלא יכתוב את השטר במקומות בהם נהוג לכתוב שטר והאימפריה באותו זמן זה נהוג לכן העסקה מעולם לא התקיימה כי אין שטר.
**שלב א'**: אנו לא יכולים לומר שהיה שטר אך הייתה גמ"ד- פורמאלית, ראובן צודק וצריך שטר אך מהותית, הוא נכתב לטובת הקונה וכעת המוכר רוצה להיאחז בטענת השטר כדי שהמכירה תתקיים. כאן הקונה אומר כי הוא רוצה את העסקה ולכן מבחינתו הוא אומר כי הוא קונה את החנות הזו גם בלי שטר.
**שלב ב':** לוי או שמעון אומרים אני לא צריך שטר. מה ההוכחה שלו מהתלמוד? זכותו של קונה לומר כי אני מוותר על השטר והתלמוד אומר את זה במפורש. לוי יאמר כי הוא יכול לוותר על השטר וראובן יאמר לו כן, אתה יכול לוותר על השטר אך אתה יכול לעשות כן רק ברגע המכירה ולא 8 ימים אחרי כן ולא אמרת את זה בהתחלה ולכן אני לא מקבל את זה.
**שלב ג':** נסתכל על נסיבות המקרה. ראובן מכר את החנות שלו כי היה סכסוך, זה נכנס לכותרת של "המוכר שדהו מפני רעתה". הוא מכר את החנות לא כי הוא היה צריך כסף נואשות אלא כי הוא רצה להיפטר כבר מראובן. שמעון יאמר- מספיק מעשה קניין אחד במקרה זה וזה היה. ראובן- הוא פורמליסט, צריך שטר בשדה מפני רעתה וכאן היה כסף ולכן לא קנית. שמעון יענה לו כי זה כתוב וזה נכון אך זה לא ק"ו? המוכר, הכסף שלו כרגע זה לא משהו שהוא מכוון אליו. הקושי של **רב לב** הוא לקחת את המקטעים בסוגיה ולהחליף כסף בשטר ולראות אם זה עובד. הוא אומר כי הוא חושב בצורה מהותית מבחינת המטרות של החוק והשיקולים של המחוקק וזה נראה לו נכון לעשות כן. זה נראה לו נכון, הוא מעדיף את המהות על פני הפורמליזם אך מפחיד אותו לעשות כן, הוא "מגמגם". הוא מפחד לסמוך על עצמו כי הוא הראשון שמעלה את זה והוא לא רוצה לקבוע כזו הלכה, זה מתוך צניעות ובטחון עצמי נמוך. לעובדיה יוסף למשל אין א הבעיה הזו, יש לו בטחון עצמי גבוה.

מהסוגיה אינו יכול לפסוק, הוא לא אומר את זה במפורש אלא זו הפרשנות אל המרצה אותו. מהסוגיה עולה עיקרון על- שבכל עסקה הדבר הכי חשוב הוא גמ"ד ועלייך לחפש את הפרמטרים המצביעים עליה. במאה ה-16 אין מי שיחלוק על זה.

"אבל יש בידי", פסקה אחת לפני אחרונה: התלמוד משווה ת"ח לנגר, בתקופתם זה היה מקצוע מאוד מתוחכם, כמו היי טק היום. הוא אומר כי יש לי טיעון ששום ת"ח לא יכול לחלוק עליו. מבקש להפסיק לדבר על מעשה הקניין, יש כאן שבועה שהיא מצביעה על גמ"ד באופן מובהק. לא הגיוני כי צדדים שמתכוני שהעסקה לא תהיה חלוטה נשבעים, זה לא הגיוני כי בעולמו שבועה זה לא כמו היום. השבועה ההלכתית היא דבר משמעותי, זה חטא אם נשבעים ולא מקיימים. הוא מדבר על אנשים מאמינים והם לא נשבעים סתם. אם הם נשבעים כנראה הם מחויבים לזה חד משמעית, יש להבין שהפחד מפני שבועה שתיתפס כשבועת שקר עד כדי כך שממעיטים בכך והכניסו את זה לשו"ע. אף אחד לא מכריח אותם לעשות שבועה וראובן לא מכחיש את זה ולכן הם מסכימים לעסקה כמות שהיא. אך זה שהוא נשבע לא מחייב אותו, זה לא אומר כי העסקה חלוטה- אז פתחתי תיק עם הקב"ה, מה זה עניין לעסקה? ולכן **רב לב** לא מאיים עליו- תקבל עונש מהשמים כי אז ראובן יאמר כי זה חטא שלי וזה לא לעניין התיק. מעניין את הרב מה זה אומר על דיני הקניין- מה זה אומר שהוא נשבע?

נכון שמהמילים של הסוגיה אני לא יכול ליישם משהו על קמרה הספציפי שלי אבל השבועה מעידה על גמ"ד. פוסקים מנסים תמיד להביא כמה שיותר עיגונים למסקנה שלהם- שהעסקה חלוטה ולא ניתנת לביטול: "לריווחא דמילתא" כלומר ליתר בטחון, אני מביא עוד טיעון כדי להיות בטוחים, זה לא טיעון כזה טוב אך מעלה אותו בכ"ז. יש כאן שני מעשי קניין- כסף וסודר ולכן אולי ניתן להסיק כי צריך שני מעשי קניין וזה מספיק: "קניין ודמים"= סודר וכסף כמו במקרה הזה. זה טיעון חלש יותר כי בסוגיה כתוב כסף ושטר ואין עניין להחליף את זה בכסף וסודר אחרים ולכן זה נימוק שני וחלש יותר. העיקרון הגדול כאן הוא זה המשליט את גמ"ד כי אדם סביר לא נשבע בעסקה אם הוא רוצה לחזור.

האם כשאנו חיים בעולם בו האדם הסביר יודע כי יש תוקף חוזי להבטחות, זה משהו שניתן לאכוף ובתימ"ש יעזרו בכך, האם ההלכה מוכנה להשתנות בהתאם בגלל שזה משפט המדינה? האם כשעשית חוזה בלי מעשה קניין אלא רק לפי חוק החוזים, האם אתה יכול לדון בתביעה על הפרת החוזה בבי"ד לממונות כי אתה לא רוצה לעבור על איסור ערכאות של גויים?

ראינו כי ההלכה בניגוד לחוה"ח ניסתה להלביש את זה במבחן פרקטי שניתן לבדוק לקיומו של גמ"ד: שטר ומעשה קניין. אם עשיתם מעשה קניין אחר, כמו במקרה הזה, התשובה אינה חד משמעית כי ראינו ברמב"ן שחכמים מנסים ליצור סדר:ליצור חוק מכר, מקרקעין קונים בשטר וכסף, מיטלטלין ע"י מעשה קניין (הגבהה וכו). אנו מגיעים לרשימה ברורה של מעשי קניין כמו שאומר שו"ע כל דבר ודבר לפי קניינו. המטרה כאן היא מובנת- אובייקטיביות ש דיני הקניין אך יש לזה מחיר כבד מאוד, מחיר משפטי כלכלי כבד והוא סטגנציה מוחלטת בשוק. העולם הכלכלי מתפתח ומעשי הקניין של התלמוד לא רלוונטיים לגביהם. זה יעבוד רק במערכת שהיא יהודית-דתית אך המסחר הוא בין יהודים לנוצרים, לפרסים אם זה בתלמוד ולכן זו בעייה. בעולם המשפטי תמיד יש שינוי, יש חלחול, גם בהלכה וזו עוד בעיה. תמיד יהודים חיו בצילה של מערכת משפט נוספת ותמיד שאלו את עצמם: האם מה שחל עלי זה רק שו"ע או גם דינא דמלכותא דינא? ההלכה תמיד שאלת את עצמה מה היחס שלה לגבי מערכות משפט אחרות. האם היא סגרה את עצמה או שהיא יכולה לקלוט נורמות מבחוץ? בדיני הקניין התפתח הרעיון של מנהג: הסוחרים או מנהג המדינה. אם העיקרון הוא שהדבר המרכזי הוא גמ"ד ולא מעשה הקניין זה פותח פתח לקבלה כי אם כך כולם נוהגים לקנות, סביר להניח כי אם ביצענו את המעשה הזה זה מעיד על גמ"ד.

**שיעור 8- 3.12.13**

נחזור לנקודה בה עצרנו שיעור קודם- המנהג. התחלנו לומר כי כשאנו חושבים על מעשה הקניין זה סוג של ביטוי לגמ"ד ולכן אם יש לנו מעשה שאינו חלק מהרשימה של מעשי הקניין שמקורם מכוח החוק, ייתכן שגם הוא יוכל להקלט במ"ע ולקבל מעמד תקף. כדי שזה יקרה, צריך שכל הנוגעים בדבר יבינו אותו כי רק כך זה ימלא את הייעוד של מעשה קנין תקף. מאמרו של רון קליינמן- ניתוח היסטורי ארוך, לא חוזר על הדברים רק אומר כי הרעיון הזה של מנהג יכול להחליף את מעשי הקניין שמקורם בחוק הוא לא רעיון מובן מאליו. יש בו בעייתיות גדולה ואותה ננסה לראות כעת.

יוצא כי גם התושבים יכולים ליצור מעשה קניין חדש. נראה כי הדברים הללו הטרידו פוסקים במשך הזמן. דבר שני, הטענה כי יש כאן צינור שעלול להיות מאוד רחב ומסוכן ואולי אפילו "להציף את המערכת" ולהכניס דרך המנהג את הנורמות החיצוניות- הרי המנהג בהקשר המשפטי אינו צומח באיזושהי החלטה מקרית של אנשים אלא ברוב המקרים כשאני סוקרים את ההיסטוריה של המוסד הזה אנו מגלים כי הדיון ההלכתי סביב המנהג הוא דיון שהגיע מבחוץ סביב מערכות חקיקה אחרות. מדובר כאן במערכות משפט מתחרות. ההלכה נאבקת במערכות אלה ומנסה לתפוס את הסמכויות גם בתחום שך החקיקה וגם בתחום של השיפוט. הרעיון הזה שיש בהלכה דלת כזו המאפשרת לגורמים משפטיים להכנס אליה ולהיות בני בית בתוכה זה לא רעיון מובן מאליו והוא יוצר קשיים גדולים:

מבחינת ההסטוריה- אם אנו מנסים לתארך את הכניסה של הרעיון הזה, את הזמן הראשון בו ההלכה מודיעה כי היא מקבלת נורמות חיצוניות: אין לכך זכר במשנה ולא ביצירה של א"י בכלל. ככל הנראה אין מקורות ארץ-ישראליים תלמודים האומרים כי ניתן לקבל מנהגים מבחוץ. יש רמיזות אך המקור המפורש הראשון אומר כי מנהג מסוים שהגיע מבחוץ שאנו מזהים אותו כמנהג שמקורו אינו יהודי ובכ"ז ניתן לו תוקף הלכתי הוא בתלמוד הבבלי, באיזור המאה ה-4\5 לספירה. שם יש אמירה מפורשת כי ניתן לקלוט מנהגים מבחוץ אך זה יוצר בעיה 🡨 התלמוד הוא קאזואיסטי, הוא אומר כי דיני הקניין של המדינה יכולים להיות מעשי קניין של ההלכה אלא הוא אומר למשל על **סיטומתא**- התלמוד אומר כי סיטומתא קונה וחכמים אומרים כי הם לא יודעים אם היא קונה ממש או קונה מבחינה מוסרית. השיטה הרחבה- אומרת כי מדובר כאן במעשה קניין של ממש, זה פתח למי שרוצה לצמצם את תחולתו של המנהג- לא ניתן לגזור מזה מסקנה כללית כי מנהגים קונים. מקורה של המילה בפרסית, סימון או חתימה על חביות יין- זה אומר כי מדובר כאן על מנהג זר של סוחרים פרסים שסחרו עם יהודים ודרכם חכמים נותנים למנהג להכנס. מכאן שמנהג זר זה הוא חלק מההלכה. ברגע שהוא נכנס להלכה הוא משתנה- זה הופך להיות שגם אם שני יהודים יעשו זה יהיה תקף. זה חשוב לומר את זה כי יכול להיות שלפני זה יהודים עשו את זה גם אם מבחינת ההלכה זה לא היה תקף וגם מבחינת זה שיהודים אחרים לא היו מקבלים את זה. יהודים נהגו כך כי כשעשו עסקים עם פרסים הם היו הולכים לדין הזר וזה תקף שם ולכן כשעשו עסקים עם פרסים המשיכו במנהג הזה ועם יהודים בהתחלה לא עד שקיבלו את זה.

למה דווקא יין? ההגדרה של חבית יין= מיטלטלין כלומר יש לקנות במיטלטלין, יש להרים או לגרור אותו. חביות היין בספרות התלמודית זה כלי מחרס, לא חביות מעץ כמו היום ולכן הם שבירים יותר. אם אנו מבצעים עסקה שיש בה מאות חביות יין עלייך להרים כ"א מהן בנפרד זו בעיה, זה קשה פיזית וגם יכול להרוס את הכד. הם היו מסמנים את הכדים כ"א עם הסמל שלו. אין יותר מזה אמירה כללית על מנהג חוץ מהמילים "האי סיטומתא קניה". ולכן החכמים שואלים איך ניתן לעשות קניין שכזה?

שו"ע, חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן רא: היינו מצפים כי הכותרת תהיה "מנהג" אך הוא נותן כותרת קזואיסטית, מדבר על שתי סיטואציות קנייניות- סיטומתא ולחיצת יד.

**סעיף א'**: הייתה התחייבות חוזית של קניין אך לא היה מעשה קניין, הו אלא שילם כלום. אין כאן קניין אלא יש כאן קללת מי שפרע בה חכמים מגנים את מי שלא מקיים את הבטחותיו. זה אומר כי אין לך בעלות אלא יש לך רק חשבון מוסרי על הקב"ה אך בעולם הממשי אתה לא תקבל שומדבר שיפצה אותך כי מה שחסר ברישא: יש מעשה קניין, יש רישום על הנכס אך ניתן להבין כי אין מעשה קניין לפי ההלכה. זה נראה כאילו הסוחר בא עם רעיון- אסמן את החבית שלי לפי החותמת שלי. זה רעיון נחמד אך זה לא תופס משפטית. אם זה לא רעיון שלך, לא המצאה שלך אלא מדובר כאן במנהג המדינה- מנהג נפוץ במקום בו אתה חי, זה תופס בדיוק כמו מעשה הקניין הקלאסי של חכמים.

סעיף זה מציג את החלק התלמודי של הקניין. מה שבתלמוד יכול להקרא כמקרה יחיד, ברור כי מבחינת השו"ע הוא מהווה דוגמא. אנו רואים כי בסעיף ב' "דין רשם על החבית" אלה דוגמאות של מעשה קניין והרשימה אינה סגורה. יש הכרעה האומרת כי בדיון התלמודי מדובר על דוגמא. אותה הוא פוסק כאן להלכה כאשר לפי החכמים שקדמו לו הוא מציג את זה כמשהו שהוא מנהג המדינה ולא כמשהו שצדדים למנהג החליטו להמציא.

**סעיף ב'**: כל מה שה"תגרים"- סוחרים, נהגו בו. מדובר כאן על דוגמאות בלבד, רשימה שאיננה סגורה. אלה דוג' שמופיעות בהלכה כמעשי קניין ממשיים. אם אנו מדקדקים בהבדל אם יש משמעות להבדל בין ס' א' ל-ב'. בא'- מדובר על מנהג המדינה וב-ב'- מדובר על התגרים. האם חש הבדל בין לקרוא למשהו מנהג המדינה או לקרוא למשהו מנהג הסוחרים? כן, כי:

* סוחרים אינם כפופים למערכת אחת, הם מסתובבים
* אתה לא יכול לקחת את מנהג הסוחרים למקום בו הוא לא נהוג, אם זה מנהג המדינה זה דברים שהם ברורים לכל האזרחים. נשאל עוד מעט מה ההשלכות של זה וקליינמן מתייחס לזה.

אם אנו עוזבים את הדוג' הספציפיות הללו אין ספק כי המנהג יוצר בעיות קשות מאוד, הוא מטריד את חכמי ההלכה. קליינמן מראה כי המבוכה כפלי תוקף המנהג, ההתנגדות המפורשת או המסוות של חכמים כלפי המנהג תמיד מצויה ברקע ומגלים כי יש שאלות קשות גם ברמה המהותית וגם ברמה הטכנית:

* מהותית- האם מנהגי הסוחרים יכולים לחתור תחת הקונספט הבסיסי של מעשי הקניין. אנו תמיד אומרים כי צירך גמ"ד ומעשה, השו"ע אומר כי הם עשו בדברים ואח"כ עשו רישום על חביות. נניח והיום זה לעשות קניין בדברים בלבד, דיבור בעלמא 🡨 האם ההלכה תכשיר את זה או לא? במאה ה-19 עולות שאלות סביב עסקה שנעשית בדיבור שיוצר מחויבות קניינית: מכירה פומבית. האם זה מחייב מבחינה הלכתית? חלק מהפוסקים אומרים כי זה מחייב ואנו יכולים לאמץ את זה. הכוח של המנהג חזק שהוא יכול למעשה להכניס את הדיבור כמעשה קניין כי היום זה נהוג. לעומת זאת, יש פוסקים שהדבר היה להם ממש קשה- הם אומרים כי יש מעשה פיזי במכירה פומבית והוא ההכאה בפטיש. מבחינת הפוסק הוא מחפש את הפעולה. כנ"ל לגבי קניין בטלפון- האם ניתן לרכוש כך מוצר כי אני עושה בוודאות רק פעולה של דיבור.
* טכנית- הופכת להיות שאלה מהותית. מה הופך דבר להיות מנהג? כשאר נוצר מעשה קנין חדש ואנשים מתלהבים ממנו יש שלב בו זה לא מוכר לכולם ואז עלינו לשאול- מהי כמות האוכלוסיה שצריכה להכיר את הפעולה הזו כדי להגדיר אותו כמנהג. ואם באים שני בעלי דין ואומרי כי לחצנו ידיים כי זו פעולת קניין והשני אומר כי אנו חברים. יש דברים שהם ללא ספק קניין אך מתי זה הופך להיות כך? פוסקים במשך הזמן שואלים את עצמם מה הופך את זה לפעולת קניין? איך אני מבצע את הסקר? זו בעיה קשה עד ימינו. בתי"ד רבניים אוהבים את העניין של מנהג והם אומרים כי הם לא השתכנעו כי נעשה מעשה קניין. בימי הביניים בעיקר בפסיקה האשכנזית יש פתרון קסם: הוא מעקר את העניין של המנהג לגמרי, הם אומרים כי תצריך שחכמים יאשרו את המנהג הזה. זה הורס הכל כי המנהג צומח מהעם והמערכת מכירה בזה, עד שלא יכירו בזה חכמים זה אל יהיה תקף. כך אנו מעבירים את הכוח לחכמים, הכנסנו גורם מחוקק.

הרב טיקוצ'ינס'י, השקפה יסודית על תורת הקניינים: זה לא רק חיוב אלא זה יותר מזה, זה קניין, העברת בעלות. הבעיה: ההבדל היחיד הוא כי בתקנה יושבים חכמים וקובעים תקנה שנכונה לאותו רגע ומנהג חכמים נותנים גושפנקא כשהם מסתכלים על המצב הקיים. אין הבדל כ"כ גדול כי בכל מקרה אתה תלוי בחכמים.

אפשר לומר כי בקהילה האשכנזית של ימי הביניים המנהג היה מאוד מרכזי כי היהודים עסקו במסחר בד"כ עם גויים והם קלטו המון נורמות מבחוץ. היא תמיד נמצאת במו"מ עם הסביבה שלה לגבי מנהגים ולכן זה מטריד את חכמי ההלכה. הדיון על מנהג בתקופה הזו הוא קל יחסית כי יש אוכלוסיה קטנה וקל לוודא האם מנהג המדינה באמת חל באותו מקום. זה מתחיל להסתבך כשהקהילה גדולה וכשיש ציבורים שונים, לכל ציבור יש את המנהג שלו- כמו בישראל. שאלה זו מתחילה להטריד אותנו מבחינה הלכתית, יכול מישהו לטעון כי יש מנהג המדינה בישראל- חוקים של הכנסת. הדרך המרכזית שבתי"ד רבניים קולטים את החוקים של המדינה זה ע"י הגדרה שלהם כחוקי המדינה. כשאנו אומרים כי חוק המדינה= מנהג אנו אומרים כי מי שמחייב זה לא המדינה אלא זה העם ולכן זו אמירה מאוד חתרנית.

האם ניתן לומר- המשפט הישראלי הוא מנהג המדינה (זו בעיה, נניח וזה נתון כי זה מה שרוב הדיינים אומרים) האם ניתן לומר כי לא יכול להיות מנהג המדינה בישראל כי היא מורכבת מקהילות שונות ויש קהילות שזה מחייב ויש קהילות שזה לא מחייב. **דוג'**: יש דיינים האומרים כי חוקי מד"י מחייבים והם אפילו אמרו דינא דמלכותא דינא. יש אחרים שאומרים כי בחוק עבודה לא יכול להיות מנהג המדינה כי יש ציבורים שלא מכבדים את החוקים הללו- למשל רשת חינוך חרדית שאומרים כי הם לא מחלקים פיצויי פיטורין ובחלק מהמקרים הדיינים מקבלים את הטענה הזו ויוצרים למעשה פרגמנטציה של החברה הישראלית. בודקים האם חסידים מסוימים שומרים את החוקים של מד"י והם לא, לכן המנהג הוא בעייתי ולא יודעים איפה עוברים הגבולות שלו. בעולם הלכתי בו אין תקנות, כמו היום, הדבר היחיד שנשאר כדי להתאים את ההלכה בעיקר במשפט האזרחי שלה זה הנושא של מנהג והוא בעייתי.

**בעיה נוספת**: גם אם אנו מאוד סימפטיים כלפי המנהג ומוכנים לתת לו את התוקף ומתעלמים משאלת ההוכחה, עדיין המנהג נושא בתוכו משמעות חתרנית כלפי כל מערכת משפט וכלפי ההלכה גם כן כי הוא יכול לבטל את ההלכה. למשל- אנו לומדים דיני קניין במ"ע ואם אנו אומרים כי הם נותנים מקום למנהג ומוכנים לקלוט מבחוץ יכול להיות כי הצינור הקטן יהיה שיטפון 🡨 לא צריך קניין מטלטלין של ההלכה כי קונים היום בכסף מיטלטלין, לא צריך הגדרות מסובכות של סודר כי לא משתמשים בזה. אז אולי, נשאיר בסימן של שו"ע נשאיר רק את סימן ר"א 🡨 כל מה שהמדינה או הסוחרים נוהגים מחייב ואין רשימה סגורה. וכך ההלכה הופכת להיות מיותרת. זו בעיה גדולה והאלה היא איך מצמצמים אותה אם בכלל. הבעיה גוברת עם הקמתה של המדינה שמבטלת את המשפט המנהגי והופכת להיות מערכת ריכוזית של משפט המסדירה ת כל ענייני החיים כולם כפופים אליה ואם נאמר כי החוק= מנהג וודאי שההלכה נעלמת. זה מטריד חלק מפוסקי ההלכה, נראה דוג' אחת מפורסמת של פוסק הלכה כזה:

הרב זלמן נחמיה גולדברג, מתוך סדרת השיעורים "בגדרי הקניינים": הוא דן בתוקפם של חוזים, האם יש להם תוקף מבחינה הלכתית? מי שרצה לומר שכן השתמש במנהג. הוא עושה אבחנה חדשנית וקליינמן מעיר עליה, למרצה אין ספק כי היא נובעת מהחשש שלא ישאר כלום מההלכה אם נקלוט את כ דיני הקנין מבחוץ. מסתכל על הדוג' של הגמרא ומסתכל עליה באופן מצמצם, זה משהו שצמח מלמטה, הסוחרים יצרו את זה והם משכללים את העניין המסחרי כל הזמן. "חוקים"- הוא מכניס את זה במרכאות, המחוקק החליט שזה החוק ואנשים פועלים לפי החוק, זה לא מחייב כי זה למעשה הכרה בסמכות שאיננה הלכה ולכן מבחינתו יש סמכות רק לחכמים, לא למדינות. אתה לא יכול לקבל את חוק החוזים וכו'. הטענה היא כי מנהג בהגדרתו חייב להיות משהו שצומח מלמטה, במובן הפשוט של המילה כי חוק אצלנו יש רק אחד ולכן החוקים שלהם מצויים במרכאות. האבחנה הזו לא ממש התקיימה, הפוסקים מדברים על חוקים זרים כמנהג, גם היום רוב הדיינים מדברים על החוק כמנהג, הם לא מקבלים את העמדה הזו אך יש להבין כי ז עמדה חשובה כי מי שאמר אותה הוא אדם מרכזי בהלכה שלנו וחוץ מזה, קשה שלא לראות את החשש המוצדק שיש כאן.

1\764411 ביה"ד בנתניה, גישה חדשה בנושא זה, סימן ה', פס"ד שנתן בשיעור: לאחר שהעליון קבע בבני נוח שלבי"ד רבני יש סמכות בהתרת נישואין אזרחים אך לא בדבר אחר (מזונות, חלוקת רכוש וכו') לזוגות שהתחתנו בנישואין אזרחיים זה יצר שבר גדול בבתי"ד רבניים כי עד אז הם כן דנו. עד אותה תקופה בתי"ד תמיד אמרו כי בג"צ "לא התכוון למה שהוא אומר" זה אוביטר ובתי"ד היו עושים את מה שהם רוצים. הבעל כורח בתביעת הגירושין שלו את הרכוש ושואל לפי איזה חוק אני פועל כאן? יש לי דרך להתייחס לשאלת חיובי הממון בנישואין אזרחיים מכוח מה? הוא שואל את זה כי על הדיין לדון לפי דין תורה אך אין שם התייחסות לחיובי הממון בנישואין ולכן לאישה לא מגיע כלום. הדיין אומר כי אני יכול לעשות כן לפי מנהג המדינה, כי יש ציבור גדול שעושה כן וזה מנהג. אם ברק היה יודע כי זה מה שהם יעשו הוא לא היה נותן להם את זה כי ברק חשש שביה"ד לא יתן לאישה כלום, הוא קורא למזונות אזרחיים והוא חשש שביה"ד לא יתן כלום.

**הרב ינאי**: אני יכול לקחת את מנהג המדינה ולא להשאיר אותו בתחום המצומצם של המשפט העברי הטהור אלא להכניס את זה לדיני הנישואין. ר' יוסף קארו ור' יוסף ליטראני נחלקו בשאלה- האם החיובים בדיני משפחה גם יכולים להיות כפופים למנהג? למה לא?- כי יש אבחנה בין דיני נישואין וקידושין המושפעים מההיבט הממוני שלהם. לעולם העניין הזה יעסוק באיסור והיתר ולא עניין של מנהג, דיני משפחה אינם כפופים למנהג!המחלוקת הייתה סביב מקרה אחד מפורסם שהשליך על אחרים- אנוסים, יהודים שהמירו דתם לנצרות הקתולית מפחד הכנסיה. חלק המירו דתם למראית עין. מבחינת הכנסיה, כשהם נשאו הם נישאו לפי נישואין קתוליים. חלקם הצליחו לעזוב את ספרד ופורטוגל ואז חזרו ליהדות, עלתה השאלה: האם החיובים לפי החוק הקתולי או הספרדי או הפורטוגזי מחייבים אותם היום?. דונה גרציה התחתנה עם בעלה בנישאין קתוליים וניהלה תביעת ירושה: קארו אומר- לפי ההלכה לא היית נשואה לו בכלל ולכן זה לא רלוונטי איזה חוק היה עליכם כשנישאתם. רב אחר אומר כי זה תופס. המחלוקת הזו רלוונטית מאוד לימינו וניתן להשתמש בה בהקשר שלנו.
"קיצורם של דברים"- מתקיימת מחלוקת בהלכה האם ניתן לקלוט את דין המדינה דרך הרעיון הזה של מנהג המדינה בהקשר של נישואין קתוליים\ אזרחיים.

הדיון המתנהל באמצע עוסק בטענה: קארו היה מוכן להכיר בזכויות של האישה אם הם היו עושים חוזה עם קניין כי זה תנאי ספציפי, אם אדם רוצה לוותר על רכושו מרצונו, אין לי בעיה. השאלה האם ניתן לפרש את החוזה שלה ככזה הלכתי או לא? מגיע למסקנה שלא. אם אני מוריד את זה לרמה הטכנית של דיני הקניין אני לא מוצא את המרכיבים של חוזה קניין. יש עמדה בהלכה הקולטת את הענין הזה של המנהג וביה"ד מאמץ את הגישה הזו. יש דיינים מסוימים שכאשר מגיע אליהם זוג להתרגש והם חייבים לחלק חצי חצי לפי חוק יחסי ממון הם מחייבים את הזוג לעשות מעשה קניי. זה אומר כי הדיין לא רואה את חוק יחסי ממון כמנהג אלא על כל זוג לעשות חוזה משלו. אין לחוק יחסי מון תוקף משום בחינה הלכתית ואפילו לא מכוח מנהג. ולכן רוב הדיינים מקבלים את העובדה של חוק יחסי ממון שזה לפחות מנהג המדינה, יש דיינים האומרים כי אנו לא מוכנים לקבל את זה כמנהג המדינה ולכן הם אומרים להם לעשות חוזה. אם זוג אומר לא רוצה לעשות קניין, הוא לא ישלח אותם לבימ"ש, הם יפתרו את הבעיה בסוף.

7\892679 ביה"ד האזורי בחיפה, פס"ד שניתן בשיעור: עד עכשיו אמרנו כי הכלל הבסיסי של דיני קניין זה קיומה של גמ"ד, כעת ננסה להגדיר בצורה מדויקת יותר מהי הגמ"ד עליה אנו מדברים. המרצה יטען כי גמ"ד אינה בהכרח כוללת את מושג הרצון, היא כוללה כוונה או הסכמה אך היא לא דורשת רצון חופשי. בפס"ד זה נראה שהיה הסכם כי לגביו נטען שנעשה בכפיה והוא לא נעשה מתוך רצון.

מנהג המדינה- יש לתת את הסכם הגירושין לבי"ד שיאשר אותו כי בחלק מהמקרים אין מעשה קניין וכי מבחינת ההלכה, אם זוג רוצה להתגרש הוא לא צריך אישור של מישהו, מבחינת החוק זה מחייב שמישהו יגרש אותם. כאן נכנס החידוש- דרך מנהג המדינה ניתן להכשיר חוזה שאין עליו מעשה קנין אם זה נעשה בפני ביה"ד.
**הטענה**: האישה טוענת כי היא לא רצתה לחתום על ההסכם עם הגבר שאומר כי עליה לוותר על רכוש כדי לקבל את הגט. היא רצתה להתגרש וחייבו אותה לחתום עלך חוזה לוותר על רכוש, עכשיו היא רוצה לבטל את הרכוש (טענות אלה עלו גם מחוץ לביה"ד- **רחל אברהם**, הגיע לבג"צ, הסכם גירושין דרקוני ועליון לא התערב אפילו הוא אומר שהוא לא אוהב את זה). ביה"ד הרבני אומר כי מבחינה הלכתית אין לך קייס כי לפי ההלכה, גם אם זה היה אונס, נניח ועובדתית היא הוכיחה את זה, זה לא היה משנה שום דבר כי זה כאונס של אדם שתוי אותו עד שיסכים למכור נכס. מבחינת ההלכה זה תקף. ביה"ד מחפש תקדים- של הרב ולדנברג, פוסק ודיין חשוב, פרסם את "ציץ אליעזר". ולדנברג אומר כי אתה לא יכול לומר שהיית אנוס וגם אם היית אומר זאת זה לא משנה כלום כי זה בכ"ז תקף.

הרמב"ם הלכות מכירה פרק י': אונס למכור אך הייתה כאן תמורה, זה לא שגזלתי ממישהו, אני מוכן לשלם את המחיר המלא. "אפילו תלו עד שמכר" מדובר באיום על חייו של אדם, זה תקף. מפני האונס הייתה לו גמ"ד. כנראה כי גמ"ד אינה כוללת רצון חופשי, כאן מופיעה הסתייגות חשובה🡨 התלמוד עצמו בבבא בתרא מציע פתרון חלקי שטוב למקרים מסוימים אך נדון בעקרונות שלו. הוא אומר נניח ואל היה מדובר בפושע שמגיע בהפתעה ואתה מעביר לו את הרכוש שלך כי זה תקף, נניח כי מדובר במישהו שמאיים עלייך ואתה חושש שזה מה שיקרה בסוף. לכן אתה הולך לעדים ואומר להם אני צופה שאני אהיה מאויים ע"י פלוני, אין לי גמ"ד ואני עושה את זה רק כי אני מפחד ממנו ואז ביה"ד יחזיר לך את הרכוש שנלקח ממך. זה עובד כי כשאדם אומר מפורשות: "אני פוחד ואני לא מסכים למכור" זה אומר כי באמת הייתה לו גמ"ד. במקרה הראשון לעומת זאת, קשה להוכיח כי לא הייתה לו גמ"ד אפילו זה נכפה עליו. הטיעון הוא כי גמ"ד לא כוללת רצון חופשי.

...

אם אנו מסתכלים על החוק הישראלי, הוא לא רחוק מזה: ס' 17 לחוק החוזים- החוזה קיים אך ניתן לבטלו וזה כמובן לא מקרי. הייתה גמ"ד למרות שהייתה כפיה- אם אנו מכירים כי חוזה שנערך בכפיה הוא חוזה תקף והוא לא מבוטל אא"כ ממבקשים לעשות כן ולכן ס' 17 מצוי בפרק ב' 🡨 אנו מכירים בגמ"ד חרף שיש כפיה.כלומר- ההלכה היא כי חוזה

10/12/13

אכן גמירות הדעת אינה דורשת רצון חופשי אך דבר זה אינו יחודי רק למשפט העברי למרות שנוטה לקחת זאת לקיצוניותו אלא דבר זה מקובל גם בשיטות משפט קונטיננטליות.

רבי שמואל בן מאיר- רשב"ם, לא הצליח לכתוב ברמה של סבו, רש"י, ולכן זה הפך את הכרך של מסכת בבא בתרא לארוך ביותר, למרות שמסכת בבא בתרא היא השלישית הארוכה, דפי מתפרשים על דפים רבים יותר מסיבה זו. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף מז עמוד ב- מח עמוד א- "**תליוהו וזבין- זביניה זביני**"- אמר רב הונא. כלומר שמכר הוא מכר. הדבר המעניין הוא שהתלמוד לא מערער על קביעה זו. הוא שואל מה הבסיס לדבריו של רב הונא, מה ההסבר. אך אין כאן אמירה שאומרת להתעלם מכך, שהדבר לא נכון. לא נאמר כי הקביעה לא הגיונית. אף חכם תלמודי, אמורא בזמנו של רב הונא או במעמד ההיסטורי שלו לא אמר דברים אחרים. אם התלמוד אינו מכיר דעה חולקת, הוא מניח כי דברי רב הונא מוסכמים כי אף אחד לא עירער עליהם כשאמר אותם. לכן התלמוד אינו מערער על הקביעה אלא מנסים לתת להם טעמים. מבחינת התלמוד קיים ניסיון לבוא ולהבין את הבסיס, הרקע לדברי רב הונא, לקשר למחשבה משפטית רחבה יותר שייתכן וקיימת במקומות אחרים. דברי רב הונא אינם דבר שיורד מן השמיים ללא הגיון. אנו מניחים שזו לא הייתה אמירה שרירותית אלא דבר שיכול להיות מובן לפי הקשרים של הספרות ההלכתית.

רשב"ם מסכת בבא בתרא דף מז עמוד ב- בהסבר הרשב"ם הוא מסביר כי רב הונא מקצין את המציאות השגרתית, של האונס הכבד ביותר של איום על החיים אך הוא ממשיך לקו שכל עסקאות בקניין, אדם שמוכר נכסים עושה זאת מאיזשהו אונס, מאיזשהו כורח בחיים שמכריח אותו למכור את נכסיו. התלמוד מתנער מגישה זו ואומר ששונה האונס של עצמו ומאונס שנגרם ע"י אחרים. כאשר אני נאנסתי למכור כי מישהו הכה אותי, הכריחו אותי, מעולם לא היה לי שיקול דעת הגיוני, לעומת זאת במצב שבו אני חושב על האפשרויות הפתוחות בפניי ואני חושב על האופציות שלי ומגיע למסקנה כי הטוב ביותר יהא למכור את נכסיי, מתוך שיקול דעת, קיימת גמירות דעת. חלק מהאחרונים שעסקו בסוגייה הזו לקחו אותה בכל זאת וניסה לחלץ מההגיון בה מסקנות הלכתיות כי ההשוואה הזו באמת מעניינת. הטענה הזו נמחקת כי יש הבדל בין אונס חיצוני לפנימי.

הניסוח של רב הונא אולי חדש אך רעיונית שאפשר להסיק גמירות דעת באמצעות לחץ נמצא גם במקורות קדומים יותר, וכך ערכן הנורמטיבי של מקורות אלו גבוה יותר. שתי ההוכחות הבאות נמצאות בברייתות שאומרות כי **רצון יכול להיות מושג באמצעות לחץ.** **כופין אותו עד שיאמר רוצה אני**. אם זאת ההוכחה שרצון יכול להיות מושג באמצעות לחץ זה אומר דבר מאוד משמעותי- בשלב הזה של הדיון התלמוד מניח כי גמירות דעת כן מצריכה רצון אך הרצון יכול להיות כפוי- כי ראינו מקרים בהם ההלכה מקבלת את הרצון הכפוי של אדם כרצון תקין מבחינה משפטית. זה לגיטימי ובסדר שנפרש את הרצון כרצון כפוי/ מעושה. מבחינה לוגית זו סתירה פנימית במשפט. התורה אומרת בספר ויקרא שאדם צריך להקריב קורבן עולם מרצונו- כלומר אם מקריים קורבן לביהמ"ק זה צריך להיות מקורבן. נשאלת שאלה- מה קורה כשאדם צריך להקריב קורבן אך אינו רוצה? כופין אותו להקריב בכל מקרה, מרביצים לו עד שיסכים להקריב את הקורבן, מצד שני הוא צריך להקריב מרצונו. אז כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. התלמוד לא מסביר איך זה יכול להיות. מה ההגיון?

אם אפשר לכפות אדם לרצות בעניין של דיני קורבנות אז אפשר לכפות אותו גם בדיני קניין. התלמוד מבחין ואומר כי במקרה של הקורבנות- אפשר להכריח אותו להביא קורבן כי אנו דואגים לו באמת, אנחנו יודעים כי יענש אם לא יביא את הקורבן ולכן אנו מכריחים אותו להביא את הקורבן. טכנית צריך את הרצון אז כופין עליו עד שירצה. ברגע שהתחייב להביא את הקורבן דואגים שיעשה זאת. אומר התלמוד, במקרה הזה אנחנו משיגים לו רווח דתי אייך אפשר להשוות זאת למקרה הקניין? אם בדיני קורבנות יש הצדקה לעשות זאת, מה פתאום במקרה בו אדם חומד ברצון חברו, אילו היבטים דתיים מצדיקים זאת? זאת הכפייה הדתית האמיתית במובן הכי מילולי של הביטוי הזה. ההלכה היהודית ברמה האופטימלית שלה, בדרך שבה היא רוצה להיות היא לא מקנה לאנשים בהרבה מאוד מישורים זכות בחירה, היא מחייבת אותם לעשות דברים וגם אם אינם רוצים לעשות זאת הם ייכפו לעשות זאת. הדוגמא השנייה היא במסכת גיטין- כך גם בגיטי נשים, גבר שלא רוצה לתת גט כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. כלומר מרביצים לו עד שירצה לתת גט. נאמר כי זה לא אותו הדבר אלא מדובר במצווה לשמוע דברי חכמים. יש במסכת גיטין גם היבט דתי אך זה בכלל לא קשור למכר של הרב הונא. במסכת גיטין מדובר בקיום דברי חכמים ולכן לכאורה ניתן לכפות אותו לרצות, אך במקרה המכר של הרב הונא לא מדובר כלל בהיבט דתי.

המשנה אומרת שיש רק בעיה אחת בכפיית גיטין, אם בי"ד יהודי כופה גט הגט כשר למרות שניתן בכפייה, הדבר היחידי שלא יאפשר את כפיית הגט הוא אם הגט יהיה בבי"ד של נוכרים. התלמוד מוסיף את המילה "כדין"- ועל המילה הזו יש תלי תילים שנבנו וגרמו לכך שהגט המעושה הפך לדבר כמעט בלי אפשרי. זהו הטיעון המרכזי של בתי דין בישראל, לא נותנים גט מעושה בגלל שמדובר בערכאות של גויים. איך ייתכן שאומרים שגט יהיה כשר אם הוא בכפייה- לפי הרמב"ם המכות עוזרות להסיר את היצר הרע, ואז האדם שכופין אותו הוא באמת רוצה לקיים מצוות אבל יש בו יצר הרע שמרביצים אותו החוצה.

גם ההסבר השלישי הזה באמצעות גיטין יורד מן השולחן מפני שההסבר הזה- מצווה לשמוע חכמים לא קיים בעסקאות מכר. ולכן המסקנה היא כי לא קיים מקור קודם, יש לי שכל פשוט שאומר "אגב אונסיה גמר ומקנה"- שאומר שלא צריך רצון כדי ליצור גמרות דעת. גמירות דעת יכולה לבוא גם באמצעות אונס. עד כאן הניחו שצריך רצון חופשי, פה בעצם מתנערים מהרצון, לא צריך רצון. האדם הסכים למכור, הוא לא הודיע מראש שזה רק בכפייה אנחנו צריכים להניח שהייתה פה גמירות דעת.

דרכי הקניין הקלאסיות- רמב"ם, משנה תורה, הלכות מכירה פרקים א-ה

הקניין מחלק את דרכי הקניין לפי סוג הנכס. בחלק מהמקומות יש לו בעיה מבנית והוא חייב לגלוש מסוג נכס אחד לשני כדי לבנות מערכת קוהרנטית. ההלכות שלפנינו הן בעיקר ההלכות הטכניות המציגות את הבסיס הפשוט של דרכי הקניין.

פרק א- הלכה א- ראינו כיצד הרעיון שבה מועתק לס' הראשון של השולחן ערוך. זה לא מקרה שבשני הקודקסים הללו זוהי ההלכה הראשונה. המשמעות היא שלא ניתן לקנות בדברים בלבד, צריך להיות מעשה קניין, בלא קשר לסוג הנכס. בכולם הנכס אינו תקף אלא אם כן היה מעשה קניין. זה המבוא שלו לבוא ולפרט מהם אותם דרכים.

הלכה ב'- אם המקח נקנה במעשה הרלוונטי שיפורט בהמשך, אזי המכר תקף ולא צריך עדים ולא תמורה ושום דבר נוסף.

הלכה ג'- קרקעות קונים באחד מ3 דברים: כסף או שטר או חזקה. הרמב"ם ישר כותב "או" כי זוהי באמת כוונתה של המשנה.

הלכה ד'- ראינו בתלמוד בדברי רב- כסף קונה קרקעות בתנאי שבמקום לא נהוג לכתוב שטר אך אם נהוג לכתוב שטר אז חייב את שניהם. (הלכה ה'- מדברת על מקרה בו יש עבירה מפורש של הקונה שהוא מוותר על השטר).

הלכה ז'- מתארת את קניין השטר-שטר הוא הצהרה קבועה של המוכר- "שדי נתונה לך שדי מכורה לך..". כל בר דעת מבין ששום קונה נורמאלי לא יסכים לקבל שטר שכתוב עליו שלוש מילים על חתיכת עלה. אין ולא היה שטר אמיתי שזה מה שהוא החיל אך ההלכה היהודית מציגה את המינימום. ברור לגמרי שבחוץ יש עולם של סוחרים שלא הסתפקו בשטרות כאלו וניתן לראות שטרות מלפנה"ס ועד שלבים מאוחרים שיש בהן את הפירוט המתבקש ולא רק "שדי מכורה לך".

הלכה ח'- הרמב"ם מדגיש שזו פעולה שיעילה גם בעסקאות מתנה, צריכה להיות פעולה שיש בה ערך או תועלת ברכש, אדם שפוגע ברכוש זוהי לא פעולת חזקה, אם אני הבעלים אני עושה משהו שיועיל לשדה שלי, כלומר אם אני פוגע בשדה לא סביר שבעלים נורמאלי יעשה, אך אם אני חורשת את השדה, זו פעולת קניין בו. בנוסף, האם כל אחד שיפרוץ דלת או יקטוף מהשדה זה אומר שקנה משהו בשדה? ברור שלא. ברור שמכוחו והרשעתו של המוכר, המוכר צריך לאפשר לקונה לבצע מעשה קניין בשדה. פעולת חזקה היא מאוד בעייתית ולכן בפועל אנחנו לא נמצא הרבה בספרות השו"ת, שימוש רב בעולות חזקה לקניין אך זוהי דרך אפשרית והרמב"ם מציג את מה שאפשרי.

הלכה יז'- מגדיר מהי הקרקע, מה הגדרת הקרקע? האם גם מחוברים זה קרקע? זוהי שאלה חשובה. הרמב"ם אומר שכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ונקנה או בכף או בשטר או בחזקה, הם מקרקעין לכל דבר. אם הוא מחובר לקרקע הוא חלק ממנה ולא ניתן להפרידו ממנה ולקנות כמיטלטלין. אלא אם כן, **"אם אינו צריך לקרקע..."** , כלומר יכול להיות דבר שפיזית עדיין מחובר לקרקע אך משפטית הוא נחשב למנותק מנה, והדוגמא שהוא נותן היא של יבול (ענבים) שעדיין לא נקצר/ נקטף אך הוא כבר ראוי להיקצר או להיקטף וכו'. במקרה כזה כשהפרות כבר בשלים הם נתפסים כמנותקים למרות שעדיין הינם ל העץ. מה ההגיון של זה? מבחינה פיזית הם מחוברים לקרקע ומבחינה משפטית הם מנותקים ממנה. זה יוצר בעיות קשות מפני שכיצד אפוא מוכרים את הייבול? כל אשכול כמיטלטלין בפני עצמו? את כל האשכולות יחד? אני רוצה למכור לו רק את הייבול ולא את הקרקע. דיני הקניין הפרימיטיביים יותר שמצריכות מגע עם הנכס עצמו יוצרות פה בעיה קשה, שגרמה לסוחרים לעשות כל מיני חוזים מתוחכמים כדי לעקוף את הבעייתיות הזו.

פרק ב'- הלכה א'- עבד הוא רכוש. מבחינת הרמב"ם מדובר ברכוש והוא מדבר על עבד שנקנה באותם דרכים כמו קניינים- כסף ובשטר או בחזקה. בהחלט סביר להניח כי הוא מגדיר כסף ושטר ביחד כי לפי מה שהגדיר לפני בהחלט ייתכן כי יבואו ביחד. אך מה שחשוב כאן הוא שדרך הקניין של עבדים היא כמו במקרקעין. התלמוד בהרבה הקשרים משווה בין עבדים לקרקעות. אחד ההסברים הוא שעיקרון סחר העבדים היה לשם עיבוד קרקעות, עבודות חקלאיות. אז ייתכן שזה הקשר, שעבדים באים יחד עם הקרקע.

הלכה ה'- הוא עובר למיטלטלין, הוא מדבר על בהמה. מה הגיון לשים בפרק אחד בהמות ועבדים. ההגיון הוא שמדובר ביצורים חיים, מבחינת המהות הוא שם אותם יחד מבחינת האפיון הטכני שלם. הם יצורים חיים, הם נעים בכוחות עצמם, יש להם רצונות ויכולות לעשות דברים מכח עצמם. מבחינה פיזית הם דומים במובן הזה אך מבחינה משפטית הם שונים לחלוטין, דיני הקניין של עבדים הם כמו של מקרקעין ודיני הקניין של בהמות הם של מיטלטלין. הבהמות האלו צריך לקנות אותם במשיכה אע"פ שניתן להגביהה. מדובר בשתי פעולות פרמטיביות- **הגבהה ומשיכה**. באופן עקרוני כשהחפץ מספיק קל כך שניתן להגביהו צריך להגביה. כשלא ניתן להגביהו יש למשוך אותו. אם הגבהת קנית, אך בבע"ח יש סכנה שיזוזו וייפגעו לכן אפשר גם ע"י משיכה לעומת זאת שמדובר במיטלטלין דוממים עדיף להגביה.

פרק ג'- הלכה א'- הגבהה זה פשוט הגבהה ומשיכה הן הפעולות הבסיסיות של דיני המיטלטלין. הגבה זה ניתוק החפץ מן הקרקע ומשיכה יכול להיות גרירה של הדבר כשהוא צמוד לקרקע. אם לא ניתן להגביה, הנכס כבד מידי תבוא המשיכה. לא ניתן לקנות מיטלטלין באמצעות כסף אלא באמצעות הפעולות הללו.

הלכה ג'- אם צריך לבצע הגבהה ורק במקומות שהנכס כבד מידי נעבור למשיכה, יש להניח כי קיימים מיטלטלין שהם כבדים מידי כדי למושכם. הרמב"ם מדבר על הספינה, אפשר לקחת צבא של עבדים שימשוך את הספינה אך זה לא דבר שאדם סביר יעשה. פה מופיע הפעולה השלישית, שהינה שלישית גם במדרג- **מסירה.** המסירה כאן היא להעביר לקונה את החבל שמחבר את הספינה לרציף. מדובר עדיין על פעולה פיזית בנכס.

הלכה ה'- הרמב"ם מנה להסביר את מה שאמר בהלכה א- פרק א. הוא קבע שמדין תורה ניתן לקנות מיטלטלין בכסף. אך כי חכמים ביטלו זאת והוא מסביר. התלמוד במסכת בבא מציע אומרת את הדבר הבא- חכמים ביטלו זאת מתוך חשש גדול לשלומו של הרכוש או מתוך פטרנליזם לטובת הקונה. התלמוד מתאר סיטואציה בה אדם אומר שראה כי אדם קצר את החיטה ושם אותה במחסן והוא רוצה לקנות את החיטה. בלילה פורצת שריפה. המוכר רואה זאת אך לא איכפת לו כי הוא כבר קיבל כסף. כתוב "נשרפו חיטך" כלומר החיטה הינה של הקונה כבר. ולכן גם אם הקונה שילם את הכסף יום קודם, יש להשיב לו את הכסף. מתי החיטים יהפכו לשלו? כשיקח אותם. כלומר יש פה רצון להגן על הקונה. ההסבר הזה לא קוהרנטי מאוד לשאר הנושאים הקנייניים. עד היום לא נמצא הסבר מספק לסוגיה זו. בפרק א- הלכה ב- לא צריך עדים. אם חכמים כל כך דואגים לרווחת הקונה למה לא חושבים על מעשה יותר סביר מאשר שריפה באסם. בנוסף, יש צורך שחשש זה יהיה נכון גם למעשי קניין אחרים, למה שם לא נקבע עיקרון זה?

הלכה ח' הקניין הזה מתואר כקניין חצר, הרמב"ם מתאר קניין שאינו פןרץ דרך, אך הוא פותר את הצורך במגע פיזי עם הנכסים, מדובר על סיטואציה של מקנה קרקע ומטלטלין כאחד, אגב קניית הקרקע קונים גם את המטלטלין, אם לפני היה צורך לקנות כל אחד מהם בנפרד בעזרת שתי פעולות קניין נפרדות, עכשיו מציג הרמב"ם שניתן לעשות פעולת קניין אחת של קניית המקרקעין ואגב זה לקנות גם את המטלטלין.

הדבר הזה דורש 2 מרכיבים, אחד פיזי ואחד משפטי,

1. פיזי- הקרקע והמטלטלין צריכים להיות באותו מקום- פיזי

2. משפטי- הקרקע והמטלטלין צריכים להיות שייכים לאותם בעלים, והקונה שמקבל את שניהם

מה ההיגיון פה? ומדוע זה לא חידוש כזה גדול?

אני באופן גלוי מבצע פעולת קניין אחת, אבל ברגע שאני קונה את הקרקע מה שנמצא בתוך הקרקע הופך להיות שלי מיידית, מדוע זה? חלק מתפיסה בסיסית שנכסים שנמצאים בתוך נכס שלי כאשר יש כוונה לתת לי אותם או נכסי הפקר הופכים להיות שלי, נניח שיש בבעלותי בית עם חצר ויש מחלק עיתונים שזורק עיתון לחצר שלי בלי שאני נמצא שם, האם מותר לשכן לקחת לי את העיתון? האם מבחינה קניינית הוא יכול להגיד שמכיוון שלא הגבהתי את העיתון הוא לא שייך לי? התשובה היא לא, שכן מאחר והחצר שייכת לי אני זוכה בבעלות

גם בהלכה זה קורה, במקרה שגבר רוצה לגרש את אשתו, הוא יכול לזרוק את הגט לחצר שלה (בפני עדים) וברגע שהגט נחת בחצר שלה היא מגורשת, שכן החצר מקנה לה בעלות על הגט.

**פרק ד**

הלכה א

ברגע שמישהו שם לי דבר בתוך המכונית שלי, זה הופך להיות שלי, כי ההנחה של מה שבתוך המכונית נקנה לבעלים שלו.

קניין חצר הוא דבר מאוד חלקי, הוא אמנם פותר את הבעיה של קניין מטלטלין אבל הוא מאוד חלקי.

אנחנו חיים בעולם כזה כל הזמן, גם אדם שיראה שכן שמחטט בתיבת הדואר שלו יכעס עליו, שכן תיבת הדואר נחשבת כרשותו של אותו אדם, וכל מה שנמצא שם נחשב כרכושו של אותו אדם.

הלכה ט (פרק ג)

אנחנו לא מדברים פה על קשר פיזי בין מטלטלין ומקרקעין, אלא על קשר משפטי בלבד, גם אם הקרקע בת"א והמטלטלין בחיפה.

ובמקרה כזה צריך ללות את מעשה הקניין באמירה של "קנה מקרקעין אגב קרקע" זה נשמע מאוד מוזר ומריח כמו פיקציה.

הרמב"ם רומז שברור לגמרי שמטרת העסק הזו היא לא באמת לקנות את הקרקע, אלא היא משמשת בסך הכל אמצעי, ואני רואה את זה לפי המשפט האחרון, שכל קרקע קונה כל מטלטלין, גם קרקע מאוד קטנה שלא שווה כלום יכולה לקנות יהלומים.

בניגוד לקניינים הקודמים שנראו טבעיים והגיונים, פה מדובר ביצירה מתוחכמת יחסית, ויכולה להיות בעיה של גמירות הדעת בשל חוסר הטבעיות, שעושים קנייה של יהלומים שעולים מיליונים וארוגה ששווה שקל וחצי זה לא הגיוני, ולכן יש לצרף למעשה הקניין אמירה מפורשת שתחזק את גמירות הדעת.

אכן מדובר בפיקציה, שמטרתה להתגבר על מכשול בדיני הקניין שלא אפשר לנו לבצע קניין במטלטלין שלא נמצאים ברשותנו.

היסוד הפיקטיבי ל זה ממשיך גם בתקופות מאוחרות כמו העברת החובות למקרקעין לפני שנת שמיטה.

פרק ה

הלכה א

הרמב"ם מדבר על שני קניינים שנקראים חליפים, אך הרמב"ם אומר שלמרות שהם דומים הטכניקות שלהם שונות.

הקניין הראשון הוא החלפת מטלטלין במטלטלין, הקניין הזה מופיע כקניין עצמאי, אך הוא בסך הכל פיתוח מאוד הגיוני של קנייני המטלטלין הפשוטים שראינו מקודם.

עסקת חליפין היא מורכבת יותר מאשר עסקה בכסף, מאחר ולא ברור לנו מי המוכר ומי הקונה.

ברגע שאחד מהצדדים מבצע פעולת קניין קלאסית, נחסכת פעולה אחת, והשני קונה אוטומטית את הנכס שכנגד.

הקניין השני הוא קניין חליפין מסוג אחר, והוא נקרא "קניין" כשאומרים סתם קניין הכוונה לקניין סודר, ולמה? כי זה הקניין הנוח ביותר, והוא טוב לכל סוגי הנכסים.

התלמוד לא מוכן לקבל הסבר היסטורי בסגנון זה בטח היה מנהג פרסי וקלטתם את זה מבחוץ, ולכן הוא מנסה למצוא את המקור לקניין סודר.

אפשר למצוא את הקניין הזה היום בהרבה מקומות דתיים, הקונה נותן למוכר איזשהו חפץ, וכיוון שהגביה המוכר את החפץ הקונה זוכה בממכר. הרמב"ם בא ואומר שקניין סודר צריך אמירה, פוסקים מאוחרים יותר אומרים שכבר לא צריך אמירה, כי זה ברור לכולם שזאת הכוונה, זה כבר ברור מאליו.

העסקה שבה כל דרכי הקניין שדיברנו עליהן באות לידי ביטוי, היא עסקת מכירת החמץ: בכירת חמץ אנחנו פוגשים את כל דרכי הקניין. בתקופת הפסח יש איסור מהתורה לא רק לאכול חמץ אלא גם להחזיק חמץ. דרך אחת היא לשרוף אותו פיזית- הדרך הטובה יותר. מה שנשאר בערב הפסח שורפים. במהלך הדורות מתפתח מנגנון שבו מוכרים את החמץ של מדינת ישראל. המשנה והתלמוד, הספרות התלמודית, כמעט עד לתקופת הראשונים בימי הביניים לא מכירים במכירה ממוסדת. אתה יכול למכור לבד, מדובר במכירה אמיתית אך לא מכירה שהחמץ חוזר בסוף הפסח או לא באים לקחת בכלל. כשאנחנו מדברים על מכירת חמץ אנחנו מדברים על משהו שאמור לחזור אליך לאחר הפסח.

זה מופיע לראשונה בתוספתא שם מופיעה הסיטואציה הבאה: אדם נמצא במסע ארוך בים. הגיע חג הפסח וחלק מהאוכל שהביא איתו זה חמץ. הוא יוכל להסתדר שבעה ימים בלי החמץ אך המסע ממשיך עוד לאחר מכן. אם יזרוק לים הוא ימות. יש איתו בספינה אדם שאינו יהודי. אומרת התוספתא שניתן למכור את זה לאדם שאינו יהודי והוא יסכים לא לאכול זאת אך בתום החג מחזירים את הכסף והחמץ. ברור שהתוספתא הסכימה כי מדובר בדיני נפשות, אך זה לא חל במצב שאדם יושב בביתו. באמת חלק מהגאונים צימצמו זאת למצבים חריגים אלו.

הראשונים לא קראו תוספתא זו כמציאות דווקנית שרק בה מאפשרים זאת אלא כדוגמא. בקהילות שונות בימי הביניים יהודים עושים עסקאות עם השכנים הנוכרים שלהם. זה עדיין לא מסריח מפיקציה, היה מדובר על העברה אמיתית, באמת הוציאו את הדברים מרשותם ומעבירים לרשותם של השכנים הנוכריים.

הפוסקים משלבים את האלמנט של- אם עד עכשיו זה היה מכר מיטלטלין, אז את בית המרזח, שבו מייצרים את הבירה, מוכרים את המקרקעין עצמו. המקום יימכר או יושכר לגוי ואז הוא קונה גם את הנכס עם המיטלטלין בתוכו. העסקה הזו משתכללת משום שהיא מתחילה להיות גם עסקה של מקרקעין ולא רק מיטלטלין. בהגדרה הקונה בעסקה כזו היא אדם שאינו יהודי. אתה רוצה שתהא לו גמירות דעת, אתה מעוניין שהדברים הללו יעבדו גם מבחינת חוק המדינה, שלא שמע ולא מכיר את קניין סותר, אז עושים לו קניין שיעבוד גם לפי המערכת על-פיה הוא חי. ואז אפשר לראות שמוכרים חביות בירה באמצעות שטר, למרות שעד עכשיו ראינו שרק מקרקעין מוכרים בשטר ולא מיטלטלין אבל זו התאמה למערכת האזרחית הנוהגת במקומו של אותו נוכרי.

הקיסר פרנץ יוסף באוסטרו הונגריה לא מכיר בעסקה הזו של מכירת החמץ, ואם השלטון אומר את זה זה כנראה לא באמת עסקה, ואז בפעם הראשונה היהודים מבקשים לשלם מיסים כדי שהעסקה תוכר כרשמית ולא יהיה חמץ, אכן יש בעייתיות עם העסקאות האלה והן מדיפות ריח של בלוף.

מה שקורה היום, אנשים ממנים את הרב כשליח ע"מ למכור את החמץ לגוי, ואז הוא כשליח מעביר את החמץ שלך לקונה.

כיצד זה עובד אם כך? נשתמש בעסקה המשונה הזו כדוגמא שמביאה לידי ביטוי את כל מה שלמדנו.

יש בעסקה זו גם מקרקעין וגם מיטלטלין, כיוון שמדובר בנוכרי אז יש פה כלים מהמערכת שלו אך יש פה גם אלמנט שנמצא כל הזמן ברקע. זה נראה לא רציני העסקה הזו. לשיטתם הוסיפו חכמי ההלכה עוד מעשי קניין, אז זה מלמד שזה משהו מאוד חריג. זה נועד לחזק את הרצינות אך זה משדר שזה אינו רציני. הנק' השניה, הסיבה שיש פה הרבה מאוד מעשי קניין שמגבים אחד את השני היא בשל העובדה שאם יש כל בעסקה הזו, והעסקה לא יוצאת לפועל יש פה חמץ. החזקת חמץ בפסח זה איסור חמור ויש עליו עונש כבד ולכן אם כבר נכנסים לשביל הבעייתי הזה של מכירת חמץ תעשה זאת בדרך הכי חזקה שאפשר כדי שלא יווצר מצב בו העסקה נפלה ויישאר חמץ בבעלותך.

יש כיום הבנה שאנחנו עושים המון פיקציות (ריבית לדוגמא בבנק כשותפות בעסקה), ואנחנו מוכנים לחיות עם זה.

הרב שטרן מציג את כל הקניינים שאנחנו מכירים, הוא מתחיל בסעף א בכל הפעולות שאנחנו מכירים, מעשה קניין על המקום ומעשה קניין על החמץ, בסעיף ב' הוא אומר שזה שהקונה גוי מסבך את העסקה כי אולי יש לו תנאי קניין שונים, סעיף ג אומר שמאחר והפוסקים נחלקו לגבי מה תנאי הקניין של גוי ויש מחלוקת האם קניין המטלטלין בכסף בוטל רק עבור יהודים, אנחנו מצפים שיהיה פה גם קניין כסף וגם קניין משיכה, אין בעיה לעשות את זה, ולכן אנחנו אומרים תעשה גם את זה וגם את זה.

בסעיף ד' אנחנו אומרים שאם יש בעיה לעשות את אחד ממעשי הקניין בסעיפים הקודמים, בגלל שהחמץ רב ומפוזר, אפשר לעשות קניין אחר בנוסף לקניין כסף (קניין חצר לדוג' בסעיף ה'). יש פה רשימה של קניין.

כל הרשימה הזו אפשר לעשות גם וגם וגם והכל יהיה בסדר. יש כאן בעיה שיכולה להיות עליה הוא מדבר בס' י"א. עשית 7 קניינים אך אז התברר שלא עשית נכון את אחד הקניינים, למשל נתת את החפץ במובן ההפוך. האם זה פוגע בכל העסקה א שיש גיבוי של הקניינים האחרים? צד לעסקה יכול לומר שהוא הבין כי תחולת העסקה היא בכל הקניינים, אם אחד נופל הכל נופל. לכן יש לומר במפורש שכל אחד לבדו יכול להפעיל את חלות הקניין ואף אחד מהם לא פוגע בשני- ביחד ולחוד כדי שלא תהיה חלילה עבירה חמורה אם יתברר שעשית 6 קניינים טובים ואחד לא.

ס' ה'- יש שסוברים כי ניתן לקנות לפי קניין חצר.
ס' ו'- אגב מקרקעין.
ס' ז'- קניין סודר= קניין חליפין.
ס' ט'-
ס' יא-

ס' יב'- רק כאן הוא מדבר על קנייני קרקעין. הוא אורמ כי קניין על מקומו של החמץ הוא ע"י קניין כסף וע"י קניין שטר. מציג את ההלכה הנפוצה שצריך גם כסף וגם שטר.. על חזקה הוא לא מדבר כאן כי אתה לא באמת רוצה שהוא יכנס אלייך הביתה.
ס' יג'- רק כאן אנו פוגשים את גמ"ד, הוא מציג את הדברים במפורש. הוא רוצה שיאמר כי הוא מבין שמדובר כאן בעסקה לכל דבר.

17/12/13

מה המקור של מעשי קניין? ניתן לענות בדרך הנורמטיבית- רואים חוק ממד' ישראל. מניין הגיע החוק? מהמחוקק, הכנסת. אז מבחינתנו כאנשים שאמורים לקיים חוקים, אם חוק הגיע מהכנסת זה מעמדו הנורמטיבי. זו חקיקה ראשית. יכול להיות שגם חוקים שמגיעים מהכנסת –עצם הצורה בה הם נחקקו- יכולים להצביע על מעמד נורמטיבי שונה, למשל חוקי יסוד. מישור היסטורי- יכול להיות שבכל מיני הקשרים, אזי השאלה ההיסטורית גם חשובה. מניין הגיע החוק? לא ניתן להגיד שהכנסת. כי ברור שבמישור ההיסטורי הכנסת היא הנק' האחרונה אז צריך לבדוק מי יזם את החוק, האם זו הצעת חוק פרטית או לא? מניין מקורות החקיקה הזאת? האם רעיון ישראלי מקורי או העתקה של מדינות אחרות? לקונה במשפט הישראלי? המלצה של העליון לחוקק את החוק הזה ופה השאלה היא במישור אחר לחלוטין. כלומר שני חוקים יכולים להיות באותו מעמד נורמטיבי ומבחינת האזרח שני החוקים מחייבים, אבל מבחינה היסטורית שני החוקים האלו שונים. אחד הוא פקודה השני הוא חוק ישראלי.

ניתן לענות על המקור של מעשה הקניין גם כן באופן נורמטיבי והיסטורי:

1. מה המעמד הנורמטיבי של מעשה הקניין? מי חוקק אותם?
2. עולם הישיבות לא ישאל את השאלה הזו- היא השאלה ההיסטורית. גם אם אני יודע שמדובר בתקנה של חכמים- זה מספיק כדי לקבוע אם זה דאורייתא או דרבנן או מנהג. אבל אדם המעוניין במימד ההיסטורי של השאלה- יגיד שהוא מוכן לקבל שקניין מסוים הוא קניין שטר. שמקורו במקרא ספר ירמיהו. אבל ימשיך ההיסטוריון לשאול שכשניסחו את הקניין הזה היו מנותקים מהסביבה שלהם כאשר חוקקו את אותו חוק? הצביעו על המקור אבל מה –חזל היו בסביבה שלא הכירו את השטרות? מצה לא ידעו שהאוכלוסיה בבבל או בישראל לא הכירה את השטרות? הרי השטרות הללו נשמרו! כל העולם הליטרלי משתמש בשטר כאמצעי מרכזי של הקניין שלו!

בהחלט יכול לטעון חוקר שהמקור האמיתי של השטר זה שזה לא המצאה יהודית אלא מנהג מקובל – חז"ל יגידו שזה היה קיים לאורך ההיסטוריה היהודית ולא יצביעו על דמיון לשיטות מחוץ ליהדות.

אם אנו עומדים על החלוקה הנורמטיבית- אז התשובה היא שמקורם יכול להיות משולש- בנויה משלושה חלקים:

* במקרא, בתורה, יש אפשרות לומר
* דרבנן- תקנות .
* מנהג- אנו יכולים לקלוט מבחוץ. אבל גם כשאנו אומרים מעשה קניין של מסירת מפתח זה קניין, זה לא יכל להיקלט בהלכה היהודית אל אם חכמים היו נותנים הרשאה של חכמים לקלוט מבחוץ.

סעיף הסל הזה, דבר שהוא מנהג ונקלט להלכה, אם ההרשאה הכללית הזאת היא מהתורה או מדרבנן. יש דעות שאומרות אתה יכול לקלוט מבחוץ אבל מי שמתיר לך לקלוט זה התורה עצמה.

במישור ההיסטורי- יהיו רבנים דיינים תלמידי ישיבות שיגידו שהשאלה הזאת לא לגיטימית בכלל. מבחינתי המשנה מזכירה מעשי קניין התלמוד מקבל את זה, אני לא עוסק בהיסטוריה חקיקתית. ההיסטוריה לא רלוונטית בשיח הדתי. חז"ל אומרים: אנו מבינים שלקנות מטלטלין באמצעות מסירה וכו זה מקשה על הקניין אז בואו נפשט את הדברים ונכניס קניין אגב וקניין סודר. ברמה הנורמטיבית חז"ל קבעו וזה מחייב. ברמה ההיסטורית- נתקשה להניח שהם ישבו עם חלונות סגורים וחשבו על פתרון יותר טוב.

השטרות היהודים מאוד דומים קיימים באותו זמן ובאותו מקום לשטרות האחרים שנהגו במקום לפי שיטות משפט אחרות. האם חז"ל כשהם מפנים למקור היסטורי במקרא כדי להוכיח את מה שהם קובעים – למשל כדי להוכיח את קניין סודר הם מפנים למגילת רות – הם באמת מתכוונים לכך שמבחינה היסטורית זה אותו דבר? האם זה באמת דומה למה שהם קבעו? הם עושים את זה כדי להוכיח שמה שהם קבעו הוא מדאורייתא. חשוב לדעת שיש חוקים שהתורה עצמה באה ואומרת שהחוקים לקוחים מבחוץ – למשל מצוות המלך – אחרי שהעם ייכנס הארץ, אם העם יבקש מלך ככל גויים אז כן ימליכו מלך  קריאה פשוטה של זה היא שלא צריך מלך אבל אם מישהו רוצה צורת שלטון כמו הגויים אז תן לו , וכך שמואל הבין זאת וניסה להפחיד אותם "משפט המלך" והקב"ה מסביר לו שהם מאסו ב-ה' ולא בשמואל ואז מתחילה המלכת שאול המלך.

לסיכום, בהחלט אפשר לומר כי ברמה ההיסטוריות הדברים הללו הם אימוץ של נורמות הקיימות מחוץ למערכת המשפט העברי. כאמור, מאוד נדיר למצוא דמות הלכתית-תורנית שמודה בכך שמבחינה היסטורית ההסדר לקוח מבחוץ – או שזה לא מעניין או שזה בכלל לא לגיטימי. בדומה להרבה מאוד משפטנים בני זמנו שגם הם לא מתעניינים בהשתלשלות החוק הישראלי – זה בכלל לא מעניין אותם, כל מה שחשוב זה ההסדר הסופי. לכן,  נתמקד במישור הנורמטיבי בדיני הקניין:

ספר החינוך הוא ספר ששייך לז'אנר של "ספרי המצוות" – הספרים המונים את תרי"ג המצוות הקיימות בתורה. ספרי המצוות היו אתגר מאוד גדול להלכה. חכמים קבעו שיש תרי"ג מצוות מבלי לפרט אותן ולכן החכמים המאוחרים יותר ניסו לחפש את כל המצוות הללו בכל הספרים הקיימים של ההלכה – כל ספר מגיע לרשימה אחרת של מצוות. ספרו של הרמב"ם הוא מאוד חשוב בז'אנר ספרי המצוות. הרמב"ן אומר שזה מאוד חשוב לספור את המצוות כי יש לזה משמעות נורמטיבית – אתה רוצה לדעת אילו מצוות הגיעו מהתורה ולקבוע מה נמצא בתוך הרשימה של המצוות שהגיעו מהתורה ומה לא – יש לזה השלכות אופרטיביות ממש אם המצווה הגיעה  מהתורה או מדרבנן ולכן זה מאוד חשוב להבין מהו המעמד הנורמטיבי של החוקים הללו. הרמב"ם, לפני שכתב את כל הקודקס – משנה תורה, מנה את המצוות כתב מהן המצוות מדרבנן ומהן המצוות מדאורייתא.

**ספר החינוך** – ר' אהרון הלוי כתב אותו – אבל זה במחלוקת מי כתב אותו. בכל מקרה הרשימה שלו זהה לרשימה של הרמב"ם אך הסדר שונה משום שספר החינוך מסדר את המצוות לפי סדר פרשות השבוע ולא לפי ההיגיון הפנימי של הרמב"ם. בנוסף, הוא הציג את המקורות והטעמים למצוות, הרחיב את הפרטים של קיום המצוות.דבר נוסף שהוא עושה זה לא להסתפק ברשימה אלא לבוא ולהציג את המקורות, את הטעמים, הוא מרחיב בטעמים של קיום כל מיני מצוות

ספר החינוך הוא ספר ספרדי מהמאה ה13. הוא דן במצווה שלא קיימת בתורה. מצווה 366 מצוות עשיית דין: **בן לוקח ומוכר.**

כשאנו מנסים לקראו את מה שכתוב בתורה אין פסוק שאומר שצריך שיהיו דיני קניין. על מה הוא מלביש את זה? הוא לא המציא שיש מצווה כזאת, הרמב"ם כבר קבע את המצווה הזאת, אבל הפסוקים שעליהם מצביע ספר החינוך ועליהם הוא מצמיד את המצווה הזאת, הם פסוקים שנמצאים בסוף ספר וייקרא. שבסופו יש מצבים שאדם נאלץ ךמכור קרקע ועולה דין של גאולה שמאפשר לקנות חזרה את הקרקע שמכרת ובגדול מתארים שם סיטואציות של דיני קניין שונות .

למשל: כשאתה קונה \מוכר- אל תרמה. הרמב"ם ובעקבותיו ספר החינוך אומרים שהפסוקים הללו מתכנסים למצווה אחת: מצוות עשיית דין בן לוקח ומוכר. הקטע מתחלק לשלושה חלקים:

מה זה המצווה הזאת? לעשות דין בן לוקח ומוכר הרעיון הוא לבנות מע' משפט לתחום דיני הקניין. מע' שיש לה השלכות שיפוטיות אבל אנחנו צריכים חוקים כדי להגדיר מתי מכר תופס ומתי לא. הוא אומר נכון שיש בתורה מצוות פרטיות רבות שקובעות בדיני קניין אבל צריך להוסיף את המצווה הכללית הזאת כי דיני הקניין אינם מתמצאים בדברים שיש בתורה אלא זה דברים שהם דבר תמידי ולכן את ה מעיבר למה שיש בתורה, חייב ליצור מע' של דיני קניין כי אחרת אין משמעות לחברה האנושית כי היא לא מגדירה גבולות . יש מצווה כללית לעשות מעשה קניין.

החלק השני **להשלים**

החלק השלישי מתחיל לטפל בפרטים מסוימים של המצווה הזאת. מהם פרטי המצווה שמופיעים בקטע? הוא מדבר על דרכי הקניין. לפי סוג הנכס חלים מעשי הקניין הרלוונטיים. בחלק הרביעי הוא טוען מה המקור הנורמטיבי של דיני הקניין. הטענה היא גורפת מאוד. אין מעשה קניין מהתורה. בהמשך הוא מסייג את דבריו ואומר שדווקא קניין הסודר שלא נמצא במשנה –הוא רומז שיכול להיות שהוא נמצא מהתורה. הוא אומר שהכל תקנת חכמים. הוא מודע שיש קושי גדול לטיעון הזה כי הוא יודע שחכמים הצביעו על פסוקים. אז איך הוא מסביר שזה תקנת חכמים?הוא חוזר פעמיים על המילה ראייה. מה זה אומר שאתה מביא ראיה? זה אומר שקבעת קביעה ועכשיו אתה מביא ראיה. זה לא שאתה קובע משהו אלא הוא אומר שהפסוקים הם ראייה הם לא מקור. קורא לזה אסמכתא.

נכון שברמה התאולוגית הייתה רמוזה בכתובים אבל הם לא ישבו והוציאו את זה מהתנ"ך אלא קודם הגדירו את מעשה הקניין ואז חיפשו פסוקים לתמוך בכך. אסמכתא היא טענה שהתלמוד משמיע אותה כמה פעמים. היא אומרת נכון שבזכותה למדו דין מסוים אבל זה לא באמת המקור. הדין הזה מקורו בתקנת חכמים ורק מאוחר יותר הביאו פסוק כדי לתמוך. **מה חשיבות של אסמכתא?** הם גילו אבל זה היה רמוז בכתובים. אתה נותן לעצמך חיזוק ע"י קישור למקורות הקדומים יותר. זו תקנת חכמים אבל חשוב לי להראות שבהשראה זה קיים במקרא.

הטענה הזאת היא חריגה: כשאנו בודקים את הספרות של המשפט העברי מימי הבנייןם ששאלו מאיפה זה הגיע ועד לשמננו- העמדה הרווחת היא לא זו אלא באה ואומרת: אין ספק שמעשים מסוימים מקורם בתורה. למה להניח אחרת? אם הגמרא רוצה להגיד שהמקור הוא רק אסמכתא- אז היא אומרת! יש מעשי קניין שלא הובאו להם מקורות כאלה ואז ניתן לדון האם מדובר ב אמת בתקנת חכמים. עמדת ספר החינוך יחסית חריגה.

* **רבי יוסף בראבד**- לקח את המצוות ועל בסיסם בנה מהלכים למדניים. מדי פעם הוא מתייחס במצוות השונות לכל מיני בעיות שהוא נתקל בהם למשל בספר החינוך. הוא אומר: לא מצאתי מקור לטענה הזאת, בגדול לטעון שכל המערכת היא מדרבנן אך אחד לא אומר שהוא מדרבנן. מה שהוא מנסה לטעון על דברי ספר החינוך הוא אומר יכול להיות שפה הוא הסתמך הטעות על השיטה של הרמב"ם בספר המצוות. הרמבם חולק על "השורש השני" לרמבם יש שיטה שאומרת:דבר שנלמד ממדרש הוא מדרבנן. זו טענה חריגה שעד היום כותבים עליה המון. רב התורה שבע"פ בנויה על דרשנות ואנחנו שואלים איפה עובר הגבול בין דרבנן לדאורייתא.

יכול להיות שהשיטה של ספר החינוך היא שהוא רואה שיש מדרשים אז הוא אמר אם זה מדרבנן. אבל הוא אומר שזה לא הסבר טוב . הוא לא מסביר למה זה לא הסבר טוב. זה לא טוב כי זה לא מסתדר עם הרבה מצוות אחרות, אבל יותר מזה,, הרמב"ם עצמו לא חשב כך ! כשהרמב"ם מפרט יותר הוא אומר חלק מהדברים הם תקנת חכמים אבל שאר הדברים הקרקעות וזולתם, הוא מציג זאת כדברים שכן עולים מהפסוקים עצמם.

לכן, הוא אומר אני נשאר בסימן שאלה. יש עוד סוג של שאלה שהגישה של ספר החינוך הייתה צריכה להסביר. זו שאלה נורמטיבית ממש: השאלה טוענת": אתה אומר שכל הקניינים הם תקנת חכמים.

נניח במכירת חמץ- התורה אוסרת להחזיק חמץ בבעלותי בפסח. עכשיו נניח שמכרתי את החמץ לנוכרי אבל כל הקניינים כולם מדרבנן. הוא לא שלי כי עשיתי פעולות רק מדרבנן. האם זה מועיל לי לא להחזיק חמץ? אני נפטרתי ממנו רק מדרכים שיצרו חכמים!

הפתרון עולה מדברי ספר החינוך עצמו. כשהוא מגדיר מהי עשיית דין בן לוקח ומוכר. מה ציוותה התורה? התורה ציוותה להקים מע' של מעשי קניין והיא נתנה לנו את התוקף לעשות את הדברים האלה! כלומר יש פה הרשעה. התורה קבעה דין כללי שבא ואומר צריך שיהיה משפט כי אחרת התורה לא תוכל להתקיים. התורה לא קבעה את פרטי הדין. למה? כי המציאות הזאת מתפתחת ומשתנה. לכן התורה מניחה שיש ציוויים נצחיים וכלליים אבל הפרטים שלהם מסורים בידי חכמים שיש להם את הסמכות לצקת בהם תוכן. אז כשהתורה השאירה זאת לחכמים- היא התכוונה לתת את התוקף של מילוי בתוכן של מחוקק העל לחכמים .

חכמים מנסים להבין את מצוות השבת ואז הם מגיעים למסקנה ששמירה על כללי התורה היא לא מספיקה. ואז הם מגלים ששמירת שבת רק מתוך איסורי התורה היא לא שמירת שבת. יש עוד הרבה איסורים שחכמים מכניסים על סמך התורה אבל כדי שתהיה באמת שבת- הם מכניסים עוד דברים. התשובה של חכמים היה כי יש את הסמכות לקבוע מה רצון התורה כדי להפוך את הדברים הללו לדבר יותר שלם.

"פרק יז- דבר הקנייינים בכלל"-המגמה הייתה לכתוב סוג של היסטוריה פולמוסית.

הטענה אומרת שבשום מקום כאשר חכמים דורשים פסוקים וטוענים שזה מהתורה, כל המדרשים כולם הם בעצם סוג של אסמכתא. כלומר הדין היה עוד לפני המדרש. זה עבר מרב לתלמיד ממשה רבינו. המדרש לא יצר דבר חדש אלא רק פתח את מה שהיה תמיד במסורת. הגאונים טוענים את הטענה בתקופה הגאונים. למה חשוב לטעון את הטענה הזאת? נג ד הקראים. אותה גישה שאומרת שיש רק תורה שבכתב. כל השאר לא מחייב. בהקשר שלנו הוא אומר שישנם תחומים שבהם התורה נתנה לחכמים את הסמכות לקבוע את הדין וזה הנושא הקניין.

בפסקה הראשונה הוא עושה חלוקה בין מצוות עשה ואל לתעשה. בדיני הקניינים התורה הקפידה רק על דבר אחד. שיהיה נוהל של קניית רכוש.

הוא אומר זה נכון שיש סמכות אנושית והיא הסנהדרין רק הוא יכול לצקת תוכן. הקביעה שקונים בכסף או במשיכה היא של חכמים אבל הם פעלו מתוך מחוקק העלך של המערכת כמו היום. הכנסת מחוקקת חוק אבל את התקנות מוסרים לגורם הרלוונטי שיתאים לשטח. הוא אומר יש דברים שלתורה לא אכפת איך היא תהיה. לא כמו דיני שבת. התורה לא הקפידה על איך ייעשה מעשה קניין.

אתה קודם קובע שהסמכות היא לסנהדרין אבל זה לא אומר שמה שהם עושים יתקבל בכל ישראל. למה צריך שזה יתקבל בכל ישראל? יש תקנות שלא התקבלו בכל ישראל ולכן הן ירדו מעל השולחן. חלק מהתוקף של תקנה שיקבלו אותה. אבל גם יש משהו ספציפי של דיני הקניין. אם דבר לא יתקבל בכל ישראל זה בעייתי מבחינת דיני הקניין מבחינת ג"ד.

כדי לתמוך טיעון זה שנועד להראות כמה חכמים הם בעצם הפרשנים המחוקקים המוסמכים ע"י התורה לפרש אותה וכו', כדי לתמוך בטיעון הזה הוא מצטט קטע שלמדנו מספר החינוך ואז הוא אומר שברור שהתורה רצתה שנכסים יעברו באמצעות כללים מאוד ברורים אבל היא לא הקפידה על דרכים ספציפיות אלא הותירה זאת לחכמים.

הרעיון הזה שיש בתורה צויי על שחסרים פרטים וחכמים הם אלה שאמורים למלא אותם בתוכן, הרעיון הזה נמצא גם בהקשרים אחרים למשל הדוגמא של דברים שחכמים הוסיפו על איסורי שבת. התלמוד קורא לכך מעשים של מעשי חול. למרות זאת מוצאים גישה שנאמרת ע"י החתם סופר- הוא אומר ובדין בחול" זה איסורי דאורייתא. אז למה מוצאים שחכמים מתעסקים מזה כל הזמן? כי התורה לא קבעה מה נכלל בזה. למי היא נתנה זאת? לחכמים.

**לחתם סופר** היה אינטרס גדול להעלות את האיסור כלומר לתת לו מעמד יותר גבוה ממה שהוא היה במהלך הדורות ולכן פריצת הגדרים הראשונה היא בכל מיני דברים שוליים.

לסיכום- הרעיון הוא שבדיני הקניין שכל מקורם בתקנות חכמים והפסוקים הם רק אסמכתא . ברור כי דין תורה לא יכול להתקיים בלי שחכמים ימלאו ויצקו תוכן ויפרטו את דיני הקניין.

יש להבין שיש לזה נפקויות בשוליים. יכול להיות משקל לדבר הזה בשוליים. אותן דעות שאומרות שיש קניינים שהם מדרבנן ויש כאלה שמדאורייתא. מה זה משנה? יהיו מצבים שהוא יגיד בהם: עדיף שתעשה את הקניין מדאורייתא ולא מדרבנן. דוגמא: קידושין. בהם החתן נותן לכלה שווה כסף

תנאי הכרחי כדי שקידושי הכסף הללו יתפסו- הטבעת צריכה להיות שייכת לחתן. היו פוסקים שאמרו שקידושין יש לו השלכות אדירות לכן כשאתה קונה את הטבעת תשתדל לעשות קניין שלכל הדעות הוא דאורייתא. למשל במשיכה, ולא בקניין אגב (מדרבנן) כי מאוד חשוב שלא יהיה צל של ספק בקידושין האלה. לדעת ספר החינוך זה לא משנה! כולם אותו דבר במילא!

מי שמטשטש את ההבחנה בין מנהג לדאורייתא הוא הרב דב כהנא שפירא. הוא כתב ספר שנקרא " דבר אברהם". בסימן הראשון הוא מתעסק בכל מיני שאלות שקשורות לקניין, ואז הוא תולה את הרעיון שלו בדברי החתם סופר. הטענה היא ש"סיטומתא הוא קניין מדאורייתא וראוי לקבוע הלכה כמשה"-

סיטומתא תקף מהתורה. הוא מרחיב את הרעיון שראינו בספר החינוך הוא שתקנות חכמים תקפות מהתורה, הטענה שלו מרחיקה עוד יותר לכת: שמנהג גם הוא תקף מהתורה! למרות שלכאורה הם מעתיקים זאת ממשפט זר. איך זה יכול להיות? הוא מביא גמרא ובה הטענה היא שכבר מהתלמוד ע צמו עולה הטענה הבאה: התורה עצמה פצחה את הפתח להגדרת דיני הקניין שלה לא רק לחכמים אלא לסוחרים עצמם! גם הם יכולים למלא בתוכן את דיני הקניין!

התלמוד הירושלמי יוצא מנק' הנחה של המשנה שאומרת קרקעות קונים בכסף שטר או חזקה. התלמוד הירושלמי אומר זה מה שקורה היום וזה בסדר. אבל כשאני מנסה לראות את השלבים המוקדמים יותר של המשפט העברי, הם לא קנו באמצעות כסף שטר וחזקה אלא באמצעות נעל. הרב אברהם אומר היו שלושה שלבים שכל אחד מהם תקף. מה פתאום זה התחלף במהל הדורות? היה מנהג. ההלכה הייתה שכל מנהג שייקבעו יהיה קניין גמור ולכן בהתחלה בספר רות היו משתמשים בסנדל ואחרי זה החליפו בצמשו אחר ואחרי זה בכסף שטר וחזקה.

זו טענה שגולשת מהמישור הנורמטיבי למישור ההיסטורי כי מה שרואים במשנה שקונים בכסף שטר וחזקה הוא אומר שזה בעצם היה המנהג!

הקטע הזה שובר את כל ההבחנה שנראית לנו נכונה. גם מה שהוא תוצר מבחוץ, האפשרות להשתמש בו היא מהתורה.

**ההתפתחות ההיסטורית\משפטית של קניין סודר.** זהו קניין חשוב הוא המשמעותי ביותר בימינו, אין ג"ד באמת, הוא הנפוץ ביותר וכובש את השוק. כשאנו בוחנים את ההיסטוריה שלו בתוך הספרות ההלכתית רואים שבתלמוד הירושלמי ובכלל במקורות של ארץ ישראל- איןם כזה דבר קניין סודר. ובמקורות שהתלמוד הבבלי מתייחס אליהם- הוא לא לומד מזה דיני קניין בכלל. בא"י לא מכירים בקניין הזה. בבבל הקניין הזה נמצא כבר בשלבים מוקדמים .למרות שעדיין לא סגרו זאת. מצד שני התלמוד הבבלי ובעקבותיו רב חכמי ישראל- בגלל העובדה שמדובר בקניין שהגיע מבחוץ אבל מצד שני אנו רוצים אותו- ה**תלמוד עושה מאמץ אדיר כדי לבסס אותו על הכתובים.**מה הבעיה? במשנה אין קניין סודר. התלמוד הבבלי בראש ובראשונה רואה עצמו כפרשן של המשנה! התלמוד לכן עושה מאמץ מרתק להגיד שניתן להגיד בכוח שזה כן נמצא במשנה כמובן איך הוא ממחזק את המעמד של דין\מעשה קניין? אתה אומר שהוא מופיע בתנך. לכן התלמוד אומר שהמקור הזה נמצא בתנך. ספר רות פרק ד. ספר רות ספר קדום. הספר מתארך את עצמו. הפרק מסתיים בכך שרות ובועז הם הסבים הרבים של ישי אבא של דוד כלומר הסיפור מתרחש שלושה ארבעה דורות לפני הולדת דוד המלך.

בגדול הסיפור הוא על משפחה מבית לחם נעמי ו... בניהם כיליון ו... יש רעב בא"י והם עוברים למואב.מעבר קשה. וזה מסביר את זה שלא רוצים להתחתן עם רות. שלושת הגברים במשפ' מתים. נעמי אומרת שכולם מתו אז היא רוצה לחזור לשם. רות אומרת עמך עמי אלוקייך אלוקיי וכו'. היא מגיעה לבית לחם ומגיעים לשם בלי קול ואז נעמי אומרת לרות לכי תאספי את הלקט ממה שנופל לקוצרים . בדרך פוגש אותה בועז והוא מתאהב בה ורוצה להתחתן איתה.

ואז מופיע הסיפור המשפטי שלנו. מערב גם דיני משפ' וגם דיני קניין הכי משוכלל בתנך. הסיפור הוא שבועז רוצה להתחתן איתה ואומר שהוא לא יכול. כי יש קרוב משפחה יותר קרוב ממני והוא רשאי להתחתן איתה. הוא צריך לוותר על הזכות שלו להתחתן איתה. יש ברקע ייבום אבל זה לא הייבום של חז"ל, חז"ל אומרים מי צריך לייבם את האלמנה? האח מאותו אבא. ברור שלא מדובר על בועז. ברור שהם לא אחים. אבל כנראה שרעיון הייבום בזמנו היה רחב יותר גם לקרובים שהם לאו דווקא אחים מאותו אב. ואז מתנהל הסיפור בין בועז לפלוני אלמוני. הסיפור עצמו מאוד מורכב יש לשים לב למבנה שלו.

הסיפור הוא סיפור מאוד מורכב ואנושי, הוא מציג הרבה שיקולים ודילמות. מה שרלוונטי אלינו הוא המשא ומתן בין הגואל (פלוני לאמוני) לבין בועז, רות עומדת בצד והיא אינה משתתפת בדיון המשפטי.

התלמוד משייך את הסיפור לתחום של דיני הקניין, לאורך כל הסיפור מופיע השורש ק.נ.ה. ולכן יש פה משהו קנייני. השאלה מה קונים פה? את רות? את השדה? דבר נוסף שיעזור לנו להבין את הסיטואציה שרואים כאן זה שורש ג.א.ל. פלוני הזה נקרא גואל. הפעולה שהוא אמור לך עשות זה לגאול ואם לא הוא אז בועז יגאל. יש פה 2 מרכיבים:

1. שדה
2. רות המואביה.

הגואל מעביר לבועז את הזכות הנוגעת גם לשדה וגם לרות. הטענה של המרצה היא שיש לנו עסקה מורכבת שנוגעת הן לרכוש והן לדיני המשפחה. העסקה הזאת היא זכות אחת שמורכבת מ2 חלקים שתלויים זה בזה: הנישאים לרות והגאולה של השדה. בהנחה שהם מקיימים דין שהוא מהתורה אז יש להסתייע בצורה.

המרצה חושב שיש כאן שני סוגים של זכויות משולבות. שתי הזכויות הללו מופיעות בתורה בצורה דומה למה שמתואר כאן. הדבר האחד זה הייבום: התורה אומרת כאשר אדם נפטר ללא ילדים אזי אשתו האלמנה לא יכולה להתחתן עם מי שהיא רוצה אלא עם ייבמה. הפעולה של ייבום היא נישואין לקרוב משפחה. כשרות רוצה להתחתן עם בועז הוא אומר לה שהוא לא יכול . כלומר רעיון הייבום נמצא כאן.

הילד שנולד- הבן משתייך למשפחה של המת. אנו רואים זאת כאן כתוב שמי שמגדל את הילד הוא נעמי. הם מברכים אותה על הילד שנולד כאילו הוא צאצא שלה. אבל הוא לא נולד לילד שלה. אבל יש כאן את הרעיון של הייבום! הגואל לא רוצה לשאת את רות לאישה ואז יש מהלך שבועז עושה.

בתורה כשלא רוצים לייבם את האלמנה, יש טקס שהוא אומר בפני הזקנים שהוא לא רוצה לשאת אותה ואז בתורה כתוב שיש כאן חליצה שלך נעל. זאת אומרת שזה נורא מתקשר לייבום. מצד שני מה קשורה הקרקע? למה יש את חלקת השדה כל הזמן ברקע? חזל קבעו שכשאדם מייבם את האלמנה אז האח שמייבם מקבל את זכות הירושה של האח המת. הם מקשרים את זה את הייבום עם הרכוש אבל מה שיש כאן מתקשר לתורה בהקשר אחר.צריך לזכור שמשטר הקרקעות של התורה

התורה אומרת אם יש אדם עני שנאלץ למכור רכוש אומרת התורה שיש דין בלתי מותנה שאומר: זכותו של קרוב משפחה שיש לו איזה זיקה כי זו נחלה משפחתית זכותו לבוא לקונה ולתת לו את הכסף כדי שיחזיר לו את הקרקע.

זה מה שקורה פה . יש פה שדה שאלימלך מכר1לכן יש להם את זכות הגאולה לקנות את השדה. מי יממש את הזכות? מי שיוצר קקרוב. במקרה דנן פלוני אלמוני שהוא אמור לגאול את השדה ום אמור להינשא לרות. הפעולה הקניינית היא שבועז קונה את שתי הזכויות. המקרא מסביר מה אנחנו הולכים לראות בפסוק ז זה מלמד שלא השתמשו בזה הרבה זמן

24/12/13

הבבלי מצביע על פס' ז' ו-ח': כמקור לקניין הסודר, קניין נכסים באמצעות העברת חפץ סמלי- הנעל, היא לא נשארת אצל מי שקיבל אותה, היא לא תמורה ממשית וע"י העברתה בועז לוקח את הקרקע מהגואל.כמה שאלות מתעוררות כאן:

1. מה העניין של הנעל? למה עשו את זה ע"י מנהג שא' שולף נעל ל-ב'? במישור הראשון- אנו לא יודעים למה דווקא נעל אך אנו יודעים כי זה המנהג בישראל והפועלים בבית לחם פועלים לפי מנהג זה. במישור השני- נעלה רמה ונשאל למה נעל ולא חגורה, כובע, מקל או חפץ אחר? שאלה זו הטרידה פרשנית וחוקרים אחרים. **היו כאלה שאמרו** כי לא חובה נעל בדיוק אלא אפשר כל חפץ, זה שכאן השתמשו בנעל זה מקרי ואין לחפש בזה משמעות מיוחדת וכאן התשובה היא שזה זמין ולכן משתמשים בה. לעומת זאת, **אחרים אומרים** כי זה לא סביר שנעל זה משהו מקרי ולנעל יש משמעות עמוקה יותר. מה העניין של הנעל🡨 אנו נכנסים לתחום של השערות, אחד מהכיוונים היותר מסתברים זה שיש משהו משמעותי בנעל: אנו מתייחסים אליה כאל חסרת משמעות אולם בעבר, הנעל היא מה שמחבר את האדם לקרקע, היא מתווכת בין אדם לקרקע. בגלל שמדובר בקניה של קרקע, אנו משתמשים בנעל. זה נשמע סביר. *"קום והתהלך בארץ לאורכה ולרוחבה כי לך אתננה"*- גם כן ניתן לראות את החשיבות של ההליכה וקנייה של אדמה באמצעותה. **יש תפיסה** האומרת כי זה לא תקין שמשפחה אחרת מחזיקה בנכס שלנו ולכן התורה אומרת כמו שקרה כאן- שאדם חיצוני מוכר לנו את הקרקע ואז יש לנו זכות לגאול את זה כדי להשיב לעצמנו את הקרקע שקיבלנו ע"י יהושוע בחלוקת הקרקעות. כאשר אתה מוותר או מעביר את הנעל שלך אתה מסמל שאתה מעביר את האחיזה שלך בקרקע, את הזכות שלך בקרקע.
2. זה יכול לעזור לנו להבין עוד וויכוח: בהנחה ואנו רוצים לקחת את הפס' הללו לא כמקור הסטורי בלבד אלא כמקור לדין נוהג, יש לנו בעיה כי הפס' עמומים בכך שהנושא והמושא לא ברורים כאן🡨*"שלף איש נעלו ונתן לרעהו"* נניח נקרא להם X ו-Y, איש ורעהו, אין לנו דרך לעדת האם המוכר נותן לקונה והפוך. פס' ח': אין אפשרות ברורה להוכיח מי ביצע את הפעולה שמופיעה בסוף *"וישלוף נעלו"* האם הגואל אמר לבועז "קנה לך" ואז שלף לו את הנעל או הפוך, בועז נותן את הנעל לגואל. ננסה לראות איך ניסו לתת לזה במהלך הדורות פרשנות.
3. נקודה נוספת: שיעור שעבר אמרנו כי מי שכותב את הסיפור הזה מניח כי הקהל לא יבין מה קורה ולכן מוסיף את פס' ז' שמסביר מה נראה בפס' ח'. זה מחזק את ההנחה שהקניין הפסיק לנהוג בשלב מוקדם. אם אנו רוצים לקרוא את זה כמקור לקניין נוהג ולטעון שזו לא אסמכתא ויותר מזה - שאנחנו ההמשך הישיר של הקניין הזה, לא ברור למה צריך להסביר מה קורה כאן, כלומר פס' ז' מיותר. ולכן, באופן פשוט נראה שמדובר בקניין קדום והבבלי שמכיר משהו דומה מחפש לכך אסמכתא בכתובים אך קשה מאוד לומר שזו המשכיות ישירה והתלמוד מסתבך בזה בהמשך. אם אלה הם פני הדברים ואם אנו הולכים על פי גישתו של **ספר החינוך** שכל הקניינים הם יצירות של חכמים, למעשה הפסוקים הם לא המקור הישיר של קניין סודר זה אלא הם אסמכתא והמקור הוא התלמוד הבבלי שחכמים "המציאו" אותו מתוך המנהג כי זה היה מנהג מסביבם והם קלטו אותו לתוך ההלכה. עלינו לשאול האם באיזו שלהם אנו מכירים משהו דומה? כן, יש קניין עתיק באזור בבל ופרס שהוא דומה לקניין זה, השתמשו במטה או מקל שהעבירו. לכן חכמים אומרים כי קניין נהדר, ומאמצים אותו ו"מגיירים" אותו בדרך ותולים אותו בפסוקים כאן.

ע"מ 40, דפי מקורות, כתוב ביוונית ואנגלית: איך פרשני המקרא קוראים את פס' ז'-ח'? זה התרגום היווני של ספר רות, זהו תרגום ה-70. תרגמו את התנ"ך לשפות שונות כי יהודים במקומות שונים בעולם לא ידעו עברית. התרגום כאן צריך להגדיר מי ביצע את הפעולה: *"איש ורעהו"*🡨 הוא מחליט תתרגם את זה כך- המוכר נותן לקונה את הנעל, במקום המילים איש ורעהו המופיעים בתנ"ך. אם אנו מבינים את הסיפור של הנעל, ואם היא מסמלת משהו סמלי של הפרדות מרכוש ששייך לכך, הגיוני שהמוכר באמת יעביר לקונה. זו לא ההלכה שנפסקה בקניין סודר, הרמב"ם מזכיר את זה כי ההלכה של המ"ע הפוכה.

קדמוניות היהודים, יוספוספלביוס= יוסף בן מתיתיהו: (במלחמה ביודפת עם הרומאים מסכימים כולם כי יהרגו אחד את השני ויוסף נשאר אחרון במקום להתאבד, הוא כותב את ההסטוריה של היהודים אצל הרומאים כשבוי שלהם). קדמוניות היהודים- ההסטוריה הרחבה של היהודים, הוא אומר כי בועז נפגש עם רות והם רוצים להתחתן, בועז אומר לה כי עליהם לשאול את קרוב המשפחה האם הוא יכול להתחתן איתה. הם הולכים לעיר, אוספים את מועצת הזקנים, תרגום למוסד רומאי- שונה מהסיפור שלנו. הוא קורא לרות ולקרוב ואומר לו- אתה זכאי לזכות הירושה והקרוב מודה שזה כך. יוסף מציג את זה כמתוכנן- אם אתה רוצה את הקרקע חובה עלייך לשאת את רות. הקרוב אומר אני לא רוצה כי אני כבר נשוי- אם במאה הראשונה לספירה יוסף בן מתיתיהו מפרש את זה כך, שאדם נשוי לא מעוניין להינשא לאישה שניה וזו סיבה מספיק טובה להסתלק ממצווה של ייבום🡨 ביגמיה היא דבר מגונה עד כדי כך שמוכן לוותר על נסכים טובים בשביל לא להינשא שוב. בתלמוד נאמר כי זכותה של אישה להשתחרר אם הבעל נושא אישה שניה (מחוייב לתת לה גט). עובר לתיאור של פס' ח': מכניס את רות לעלילה למרות שהיא בכלל לא מופיעה, לא כתוב כי רות מעורבת במהלך המו"מ בפסוקים מהתנ"ך וכאן, יוסף אומר כי רות שולפת את הנעל של אותו גואל כדי להשתחרר ולהתחתן עם בועז. הוא הכניס אותה כי הוא רצה להשלים את הפערים- לא יודעים מה שולף למי. מרשה לעצמו לעשות כן כי זה מיועד לרומאים שלא יודעים מה באמת קרה ויש לי הצדקה טובה, אני רוצה שהסיפור יהיה ברור וזה מעשה הגיוני. נראה לו התאים להכניס את המקרה הזה לחוק הייבום אפילו שזה לא כתוב, הוא מצוי במצוקה פרשנית וזה סיפור חשוב לו בגלל ההסטוריה של עמ"י. ברור כי היה כאן מעשה משפטי אך לא ברור מה, התאים לו מקרה של ייבום ולכן כתב.
לסיכום: רוב הסיפור הוא דומה, התוספת המרכזית היא שזה לא סיפר של קניין אלא של ייבום ולכן יש להתאים את הסיפור הזה למקור בדברים. בשביל זה, אפילו רות לא הייתה שם במקור, יוסף מכניס אותה למו"מ כאן ואומר שהיא מבצעת את הייבום.

ע"מ 39 במקורות: רואים את המקרא, את התרגום לארמית ואת הפירוש של איגרת שמואל. נעסוק כאן ב-3 פרשנים: התרגום, רש"י ואבן עזרא. אם תרגום היוונים לסיפור רות מאוד קרוב לפסוקים ולשפה העברית, למקור, התרגום הארמי חופשי מאוד והוא מכניס לאורך כל הדרך פרמטרים אחרים עד שאמרו כי זה חיבור בעייתי שלא מתאים להלכה, מושפע מגורמים חיצוניים. הארמית כאן לא מעבירה את השפה העברית בצורה מדויקת, הכותב מכניס רעיונות שהוא מכיר.
**פס' ז'**: *"וכמנהג הזה שבזמן הקדום היה נוהג בישראל וזאת לפנים בישראל"* מה זה אומר? שפעם זה היה מנהג בישראל, קשה לומר שזו סטייה מהכוונה אך זה לא נכון לקרוא לזה מנהג. *"שלף איש נעלו"*🡨 מתרגם כך: שולף אדם את משהו שיש לו על יד ימין, הוא כותב נרתיק ספציפית ולכן לא מדובר כאן על נעל אלא משהו המצוי על יד ימין. לא ניתן להסביר את זה אלא ע"י העובדה שהא מכיר מנהגים של בני זמנו הווא מלביש אותם על המקרה כאן. הוא מתרגם את זה לא רק לשפה של זמנו אלא גם לראיה המשפטית של זמנו- משהו המצוי על יד ימין, אבל זה לא מה שכתוב במקרא. למה הוא עושה את זה? כי זה מה שהוא רואה בעולם המסחרי שלו. מה זה מלמד? 🡨 בזמנו של הכותב עושים פעולות קניין ע"י חפץ על יד ימין ולא נעל אז זה כנראה קניין נוהג והוא לא חושב שזה היה יותר מדיי מופרז להכניס את זה לכתוב כי זה אל משנה, זה מבטא רעיון כלשהוא🡨**קניין נוהג**. "*זאת התעודה בישראל"*🡨 מתרגם כך: אני מבצע פעולה שתתבטא כעדות על מה שאני עושה. סביר להניח כי זו המשמעות הפשוטה של הכתוב. הוא מכבד את הפירוש הזה בהתחלה- "כך נוהגים לקנות בישראל"- אך אז הוא מוסיף עוד מילים "בפני עדים". הוא מכניס למילה "תעודה" עוד פרשנות שהיא כלל לא עולה מפשט הכתובים- עדים. העדות כאן היא עשות משפטית ממש, המנהג היה לבצע את הפעולה (שרוול\כפפה) בפני עדים. האם זה מופרך לחלוטין? אם נרחיב ונסתכל על הסיפור הגדול- בועז דאג לעשות את זה בפני עדים וכן הכותב אומר שהיה מנהג כזה כי זה מה שבועז עשה. בגלל שהוא מתרגם את זה לשפה המשפטית של ימיו זו הפרשנות.
**פס' ח'**: *"קנה לך וישלוף נעלו"* הגואל אומר לבועז תושיט את ידך לקניין ותקנה לך ואז הוא מפרש: בועז נתן את מה שהיה לו על יד ימין לפלוני אלמוני, כלומר בועז, הקונה מבצע את הפעולה שזה מה שמקובל בניגוד לתרגום האומר כי המוכר עושה את הפעולה.

ראב"ע ורש"י: פרשנים הקרובים יותר למקרא אך יש ביניהם הבדלים. ראב"ע מפרש קרוב לפשט והוא משתמש בכלים לשונים כדי להבים את המקרא, רש"י עושה שימוש רב בתלמוד.
**ראב"ע**: מסביר כי מדובר בעסקת מקרקעין, ואז הוא מסביר את המילה "תעודה" בתור "עדות" וכשהוא מגיע לעניין של הנעל הוא אומר- או שיש משהו עקרוני בנעל ואז יש להבין מה זה או שזה יכול היה להיות כל דבר אחר. דעתו של ראב"ע- הוא מודה מפורשות, אני מסתמך על חז"ל, על איך שהאמוראים ראו את הדברים הללו: מאמץ את ההלכה התלמודית כי מי שנותן את החפץ הוא הקונה. ואז הוא עונה על השאלה למה דווקא נעל? כי זה תמיד נמצא שם, זה לא משהו מהותי. לא ייתכן להסיר חלוק או מכנסיים כדי שלא יישאר ערום🡨 טכנית יכולים להשתמש במכנס או שמלה כדי לעשות את מעשה הקניין אך האדם הסביר לא יעשה כן. לא מקבל את זה שנעל לא תסמל איזה משהו מהותי.
**רש"י**: מסביר "גאולה"= מכירה וזו לא הפרשנות הרגילה, זו מכירה ספציפית כאשר קונה שלא מהמשפחה מחזיק בנכס עליו למכור אותו לגואל אך התורה לא תקרא למכירת לחם במכולת לגאולה. רש"י יודע כי פס' אלה שימשו לבסיס לקניין כללי מתי שגאולה לא הייתה קיימת בכלל, הוא מתרגם את גאולה כמכירה כללית- מבחינתו זה יכול להיות גם גאולה של לחם במכולת. זה היה קיים קודם לכן ע"י חז"ל והוא מיישם את זה. *"תמורה זו חליפין"*- הבסיס שהתלמוד מניח לקניין הזה הוא קנין חליפין. מי ביצע את הפעולה? רש"י מציג שתי אפשרויות ע"י חז"ל- יש אומרים שבועז נתן לקונה ויש האומרים הפוך. למה הוא עושה כן? ברמת קריאת מה שהמקרא התכוון אליו לגיטימי לקרוא את שני המקרים, ברמת פסיקת ההלכה אתה לא יכול לעשות את שניהם אבל ברמת ההבנה ניתן.

**אצל חז"ל**

בספרות חז"ל המחלוקת סביב פסוקים אלו משמעותית משום שהיא נוגעת לשאלה האם אנחנו קוראים את הפסוקים האלו דרך פריזמה היסטורית או שאנחנו מעוניינים להשתמש בהן כהצדקה למנהגים ברי ימינו. בארץ ישראל לא מכירים את מה שהופך לקניין סודר, לא בשם זה וגם לא בשום שם אחר. בבל העניין מאוד נפוץ והתלמוד מניח שכולם מכירים ואמורים לפעול על-פיו. התלמוד הבבלי משום כך לוקח את הפסוקים למקום מאוד מעשי והתלמוד הירושלמי לוקח למקום היסטורי בלבד.

התלמוד הירושלמי בדפוס ונציה- קידושין פרק א הלכה ה'- בתלמוד הירושלמי הגמרא מתחילה בדיון אחר, היא מספרת היסטוריה. המונח בראשונה המשמעות שלו כמעט תמיד פה היה נהוג או פעם היה ידוע או פעם היו עושים כך וכך אך היום כבר לא. כלומר משהו שהיה ואיננו עוד. התלמוד מתחיל במילה בראשונה שמספר אייך היו קונים פעם- פעם היו קונים במשיכת הקניין. הקניין הקדום שידוע לנו בנוגע לקניית קרקעות, הקניין הראשון שתועד היה בשליפת המנעל- "בראשונה היו קונין בשליפת המנעל.." החלק הזה הוא ציטוט וההמשך זה פרשנות של התלמוד לתמוך את הקביעה הזו.

"וזאת לפנים בישראל.."- למקרא חשוב לציין שזה עניין קדום, הכי קדום שאפשר. התלמוד שואל- **מי שלף?** לא בפס' ז ולא בפס' ח' לא כתוב אם השולף הוא הגואל או בועז. השאלה שלו מי הוריד את הנעל היא אינה שאלה משפטית נוהגת אלא של היסטוריה של המשפט, מעניין כהיסטוריון לדעת מה היה שם, בלי חשיבות לחייהם היומיים. זוהי שאלה פרשנית היסטורית.

כשהתלמוד הירושלמי אומר **"שם אומרים"**- הכוונה היא לבבל. רב ולוי מבבל חולקים בזה אחד אומר הקונה ואחד המוכר. התלמוד הירושלמי אומר בעברית פשוטה את הבא: יש מחלוקת מי שלף את הנעל, בבבל נחלקו בזה האמוראים שלעיל, בא"י לא יודעים מי אמר מה. למען האמת זה לא מעניין אותו כי לא חשוב לו מה נוהג למעשה אלא רק בפן פרשני היסטורי.

* בבל יודעים לומר מי אמר מה ויודעים לציין מה הייתה דעתו של כל אחד. זה לא מפתיע שבבל יודעים, כי שמסכם את זה מגיע מאותם ישיבות, אבל בבבל השאלה היא גם מעשית, ורב הוא אמורא יותר חשוב, לתלמוד שרוצה לפסוק הלכה במחלוקת, מאוד חשוב לדעת מה אמר רב.

המחלוקת בבבל היא כמו המחלוקת שלנו, הוא ממשיך. כשהוא אומר המחלוקת שלנו הוא הרי חי לפחות שני דורות אחרי רבי יהודה ורבי מאיר, הוא משייך לעצמו את התנאים שחיו פה פעם, בא"י, לא התנאים שבגולה. בכל מקרה המחלוקת פרשנית בלבד.

מדרשי האגדה שיש על המקרא הם תמיד חיבורים מא"י והמדרש על ספר רות, מדרש רות פרשה ז'- שמכיר את הירושלמי ומצטט אותו בא ואומר שהמחלוקת הזו היא מחלוקת פרשנית שאין לה השלכות מעשיות. היא מעניינת כדי להבין את המקרא עצמו, אך אנו יכולים למצוא מחלוקות דומות בהם המקרא לא מספר לנו מי עשה את הפעולה למי:

* אחרי ששאול לא מקיים את הציווי של השמדה מוחלטת של עמלק שמואל כועס עליו ואז מסופר שם ששמואל מסתובב וכתוב "וייסב בכנף מעילו ויקרע.." מעילו של מי? או ששמואל לאות פרידה מכעסו של שאול כשהוא מסתובב הוא קורע ממנו כדי לסמן שהאל יקרע ממנו את המלוכה, או שניתן להבין זאת ששאול קרע משמואל את הבגד. רב ולוי חולקים פה. יש לכך השלכות רעיוניות מאוד גדולות לגבי גבולות הנביא, או האם אפשר לייחס לשאול כוונה שלילית או שהיה סוג של דבר אינו צפוי.
* "ויתפוס אחיה בשמלה החדשה ויקרע אותה"- שם ברור שאחיה הוא המבצע אבך מה שמטריד את רב ולוי, זה האם אחיה כדי להדגים את קריעת המלכות- קריעת השבטים, זו הייתה קריעה מתוכננת, האם כשאתה רוצה להדגים למלך מה עומד לקרות אתה מבצע את ההדגמה על בגדו שלו או על בגדיו, בגדי הנביא אחיה.

בא"י קוראים את הסיפור כסיפור שאין לו משמעות מעשית מעבר לסיפור בדומה לשני הנ"ל. מלמד אותי מה היה שם כלומד תורה אך לא נוגע אליי באופן אישי.

**"חזרו להיות קונים בקצצה"**- החליפו את הקניין הקדום של מנעל בקניין חדש מסוג קצצה. היום לא יודעים מזה קצצה כי גם זה הוחלף לכסף שטר או חזקה. התלמוד שואל אז מזה בקצצה- הוא מנסה להבין, הוא סורק את מאגר המידע שיש לו ומחפש איפה זה מופיע ולא מוצא בהקשר של דיני הקניין, הוא כן מוצא בתוספתא ובבבלי ובירושלמי בכתובות, המקור שהתנאים מדברים עליו אומר את הדבר הבא: מי שנושא אישה שאינה הוגנת לו- מישהי שהמשפחה לא אוהבת (ייחוס בעולם של חז"ל היה מאוד קריטי, אנשים הקפידו להתחתן עם משפחות מסוימות).

**מי שנושא אישה שאינה הוגנת לו**- כלומר מישהי שאינה לכבודה של המשפחה. יש לכך השלכות כלכליות- היה מנהג של כוהנים להתחתן עם עצמם והמשנה בכתובות אומרת כי כתובות של כוהנים גבוהות מכתובות של נשים אחרות. מה היו עושים? היו מביאים חביות (כלי חרס) והיו ממלאים אותם ב"קליות ואגוזים"- פיצוחים. קוראים לכל הילדים לבוא לקחת את הפיצוחים שזה כמו ממתקים ושוברים את החרס והכל נשפך והמשפחה מבקשת מהילדים לצעוק *"נקצץ פלוני ממשפחתו"*🡨 השפיל פלוני את משפחתו בכך שהתחתן עם האישה הזו ואנו לא מוכנים לקבל אותו בתור חלק מהמשפחה ולאחר שמבין את מעשיו ומגרש את האישה עושים שוב אתא ותו בטקס והוא חוזר למשפחתו. בתלמוד הבבלי שמכירים גם בו את הטקס הזה אומר כי ניתן לסמוך במקרים מסוימים- אם אנו לא יודעים מה המעמד האישי של אישה, אם אדם בא ומעיד כי אני זוכר כשהייתי ילד קראו לי לחצר לעשות קצצה, יש לכך משמעות ובי"ד יקבל את דבריו. זה כנראה הקצצה שמדברים עליה בהקשר של קניין🡨*"בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו (שדה של המשפחה שלו)"* מדובר על קניין קדום כי משטר הקרקעות באותו זמן הוא משטר של אחוזות משפחתיות ולכן המשפחה נפגעת מזה שהאדם מוכר. *"נקצץ פלוני מאחוזתו"*🡨 ניתק את עצמו מהאחוזה שלו משפחתו, לאחר מכן היה מתאמץ לגאות את השדה של משפחתו. מדובר על זמנים בהם הייתה חשיבות לשדה אחוזה כלומר זו תקופה קדומה, מי שהיה מוכר שדה אחוזתו קרוביו היו מבזים אותו בטקס כמו זה של הנישואין.

הדבר הזה מתועד בכל מיני מקומות בספרות חז"ל ויש לו גם משמעויות של ממש. למשל התלמוד במסכת כתובות, הבבלי, אומר שאפשר לסמוך במקרים מסויימים של הגינות או מקרים קשים אם לא יודעים מה מעמדה האישי של אישה אם היא נשואה או לא, אז אם אדם אומר שהוא זוכר כי אכלו בקצצה של מישהי אז יש לכך משמעות.

התלמוד הירושלמי אומר שכנראה זו הקצצה שמדברים עליה בהקשר קנייני. התלמוד עושה אפליקציה מעניינת מדיני הנישואין לדיני הקניין- בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו, שדה המשפחה (מדובר בקניין קדום כי משטר הקרקעות הו משטר של אחוזות משפחתיות ולכן המשפחה נפגעת מכך שאדם קונה) היו קרוביו מביאים חביות... והיו אומרים נקצץ פלוני מאחוזתו"- כלומר האיש קיצץ עצמו מהאחוזה.

התלמוד מציג את זה רק בקרקע שהיא שדה אחוזה אבל מה קורה אם זה לא שדה אחוזה שלי? קניתי קרקע ממישהו והוא לא בא לגאול ואני עכשיו מוכר לצ"ג, למה שיעשו לי קצצה? הצדדים לקניין הם הקונה והמוכר וכאן הקרובים הם אלה העושים את טקס הקצצה. זה לא מתאים לא למה שהיה אצל בועז ולא למה שהיה במשנה. הקרובים עושים את זה, נניח ויש לו קרובים זקנים שלא יכולים לשעות את הטקס, מה עושים? עולות שתי שאלות:

* כללית: הרי לקונה ומוכר צריכה להיות גמ"ד אך כאן המטרה היא לפגוע במוכר או להרתיע אותו. איך יכולים לומר שזה מביא לגמ"ד?
* ברמה הלשונית: *"בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו, היו קרוביו.."* הוא כבר מכר ועכשיו המשפחה מגיבה.

אדם שהיה מוכר את שדה משפחתו היו קרוביו כועסים מאוד ומבזים אותו בטקס שהיו מבזים אדם שהתחתן לאישה שאינה ראויה. עולות מכאן בעיות קשות:

* הטקס הזה הגיוני רק בהקשר של אדם המוכר שדה אחוזה, אך אם מדובר בקרקע שאינה שדה אחוזה, השלב הראשון היה מנעל השלב השני היה קצצה והשלב השלישי היה כסף שטר או חזקה. אבל בכל שלב היו דרכי קניין בלעדיות אלו- אם לא מדובר באחוזה אז מה היו הקניין באותו זמן, לא מסתדר שזה היה קניין היחיד באותו זמן.
* הקצצה נעשית ע"י קרובי משפחתו, ולא ע"י הקונה והמוכר. זה לא מתאים לדרכי הקניין הידועות. ומה אם הקרובים חלשים וזקנים אז לא ניתן לקנות? הפעולה הזו לא הגיוני שתהא זו שמעבירה את הבעלות.
* לקונה ומוכר צריכה שתהא גמירות דעת. מטרת הטקס לפגוע בו, להרתיע מלמכור לערער את הקניין, אייך ניתן לומר שזה מוביל לגמירות דעת?
* אם נשווה את הקצצה במכר לקצצה שקידושין או נישואין, אני מבין שבנישואין הקרובים כועסים על המלבינים את פניהם ויוצרים לחץ ריגשי חזק כי מטרתם שהוא יגרש את אישתו, הם חייבים לעשות זאת כי הם לא יכולים לגרש במקומו את אישתו, רק בעלה מרצונו יכול לעשות זאת. לכן הם יכולים רק להפעיל עליו לחץ. לעומת זאת אנחנו יודעים שכבר מהתורה שהקרובים לא מרוצים שמכרתי שדה הם יכולים לקנות אותו. אז למה שיעשו לו את הטקס הזה? האנלוגיה לקידושין בעייתית. אף אחד לא יעלה על דעתו שהקצצה הוא טקס הקידושין, פעולת הקידושין אז למה להעלות על דעתינו שהיא פעולת הקניין בקניין שדות.

הפרשנים של הירושלמי התקשו להבין הסבר זה.

הייתה פרשנות שאמרה שאם אדם יודע שהוא הולך לעבור טקס השפה פומבי ובכל מקרה מבטא את המכירה הזו זה מבטא את גמירות הדעת שלו כי הוא צריך לעבור טקס כבד כדי להעביר את הקניין.

חוקרים במאה ה-20 ניסו להבין זאת. הראשון שהחל לעיין בכך היה אשר גולאק. בכתביו המאוחרים לפני מותו הוא מתחיל להעלות את הרעיון שנראה מיד. על גביו פרופסור שאול ליברמן שהיה חוקר תלמוד חשוב בנה קומה נוספת והצגה מלאה של התמונה נעשתה בשנים האחרונות על-ידי יחיהו ליפשיץ מהאונ' העיברית. התמונה המלאה אומרת שככל הנראה לאור קשיים אלו, יש לעשות הבחנה בין המושג קצצה לפרשנות בהמשך. יש להבין את המושג קצצה באופן שאינו תלוי בטקס.

הם בחנו מזה קצצה, האם ניתן ממקורות חיצוניים לספרות התלמודית להבין מזה הדבר הזה שנקרא קצצה. בסורית המשמעות של קצצה- או הפועל לקצוץ זה חוזה- לעשות חוזה. וזה מופיע בהקשרים קנייניים. זה אומר שקנו קרקעות באמצעות חוזה. אם כך ייתכן שהיה שלב שלא היה מעשה קניין אלא אפשר היה לעשות הסכם כדי להעביר בעלות. ליפשיץ מעלה את האפשרות שבאמת היה שלב מסויים שבו הסתפקו בגמירות דעת אבל כנראה שהגיעו למסקנה שהדבר הזה לא טוב והחליפו בדרישה למעשה קניין. השיטה של הירושלמי הייתה שמספיק אחד מעשה או כסף או שטר, לא צריך גמירות דעת. זה נראה שבא"י באמת השימוש בגמירות הדעת יורד באופן משמעותי ולכן ייתכן שניסו את זה גם פה.

מעניין לא פחות לחשוב על המילה, אותם חוקרים שהצביעו על אפשרות זו אמרו כי אמנם הצורה הזו מופיעה בארמית- סורית, אך יש פה תפיסה מרחבית הנפוצה - למה לעשות חוזה זה קצצה- עד היום אנחנו קוראים לעשיית חוזה- כריתת חוזה. מה עומד מאחורי זה? בתורה יש הגיון מאוד גדול, וחשיבות לכך שחוזה נכרת. בספר בראשית ובספר ירמיהו- שהאל עושה ברית בין הבתרים- אברהם חותך את הבהמות ואז כל אחד מהצדדים עובר ביניהם וכך נכרתת הברית, כלומר הברית נעשתה ע"י חיתוך של בהמות. למה לעשות בדרך זו- ייתכן כי ז מסמל משהו סופני, שלא ניתן לתיקון.

גם בירמיהו מתואר השחיתות העצומה ערב החורבן בירושלים. הוא מצטט את האל שאומר שאייך אנשים חשובים, שרים וכהנים עשו ברית לבצע כל מיני עבירות. הם עשו הסכם שאף אחד לא משחרר את העבדים שלו, בניגוד לכתוב בתורה, הם חתכו עגלים ועברו ביניהם וכך עשו את ההסכם הזה. זאת אומרת שהחיתוך מהווה פעולה של כריתת חוזה, עשיית ברית או יצירת חוזה.

כשעוברים ל**בבל הסיפור שונה לחלוטין**- תלמוד בבלי בבא מציעא פרק רביעי מ"ז- בבל יש קניין סודר אך יש ניסיון מתמיד גם להצדיק קניין זה. הניסיון הוא כל הזמן הסתמכות על העבר. כשהתלמוד קורא הוראה ברורה במשנה, השאלה הראשונה שהוא שואל- מאין המשנה הביאה זאת. התפיסה היא שברור שדיני קניין קדומים, יש למצוא אותם בקדומים. אך הקניין הסודר מאוד בעייתי, מצד אחד הוא מאוד נוח, הציבור מתלהב ממנו, מצד שני הוא אינו מופיע במשנה, ובא"י לא שמעו עליו בכלל.

התלמוד מחפש לכך את המקורות. במה קונים? רב אמר בכליו של קונה, ולוי אמר בכליו של מקנה. רב מדבר בעברית ופתאום מדברים בארמית. מכאן שהחלק הראשון הוא ציטוט ואז מגיעה פרשנות של מי שעורך. רב ולוי אמרו את דבריהם ללא הסבר, רק בשלב מתקדם יחסית התלמוד אומר שהמחלוקת קשורה לפרשנות המקרא. הוא מניח שההלכות של רב ולוי בנויות על סברא משפטית. הוא מנסה להסביר את דבריהם באמצעות הגיון משפטי. רב אמר בכליו של קונה- מסביר התלמוד משום שנוח לו הקונה שהמקנה ייקח ממנו את החפץ מפני שכך הוא יגמור בדעתו ויקנה לו (רב הוא זה שאמר גם כסף וגם שטר, הוא מכניס באופן חזק את נושא גמירות הדעת). הקונה מעוניין ליתן את החפץ- הרווח שלו שבאמצעות לקיחת החפץ הקונה מוודא שלמוכר יש גמירות דעת ע"י כך שהוא מוכן לקחת ממנו את החפץ. שיתוף הפעולה שלו מבטאת את גמירות הדעת שלו.

לוי מנגד אמר בכליו של מקנה- התלמוד אומר כמו שנאמר בהמשך (עריכה מאוחרת). בשלב הזה אמוראים רב ולוי מתווכחים ביניהם בשאלה המשפטית איך מבצעים את מה שלימים ייקרא קניין סודר. בהמשך הקטע התלמודי יש דיון של חכמים מאוחרים יותר- הרב הונא אומר כי אינו מבין את לוי, הוא תלמיד ישיבה הלומד את דיני הקניין. הוא למד לפני כן את המשנה שאומרת שיש נכסים שיש להם אחריות, מקרקעים ויש נכסים שאין להם אחריות שהם מיטלטלין. הוא מתרגם על סמך מושגים אלו את הקניין הסודר. נניח שמדובר בעסקת מקרקעין המבוצעת ע"י כלי- לשיטת לוי המוכר מעביר לקונה את הקרקע באמצעות חפץ, לשיטתו של לוי, אומר רב הונא, כי הוא רואה פה קניין אגב הפוך. הבסיס של הקניין הסודר הוא קניין אגב אבל הפוך- קונים קרקע על גבי מיטלטלין. אם כך איפה זה רשום במשנה? רבה עונה לו בתגובה תוקפנית ואומר לו שלוי היה מתעצבן משאלה זו, אף ברמה של להכות אותו באש. הוא למעשה טוען שאינו מבין כלום או מייחס ללוי דברים שלא עלו על דעתו.

הם קוראים לחפץ גלימא-זה לא הגלימא המעבירים את הבעלות בקרקע אלא הכוונה של לוי הייתה שהחליפין או התמורה זה עצם הנכונות של הקונה לקבל את הסמרטוט שאני מגיש לו. זה שהוא מסכים לקבל זה יוצר הנאה למוכר ומוביל לגמירות דעתו. רבה למעשה מסביר את לוי. בעולמם של האמוראים להנאה היה במקרים מסוימים שווי כלכלי. הם מדברים על זה שאפשר לקדש בהנאה. ואז הם אומרים באופן אופציונאלי שהאישה יכולה לתת טבעת לגבר ובכל זאת זה יהיה קידושין לכל דבר כי הגבר עצם המוכנות שלו לקבל את הטבעת זה מבחינתה גורם לה הנאה שהינה בעלת שווי כלכלי.

המחלוקת של רב ולוי היא כמו מחלוקת התנאים שמוסבת על הפסוקים. כשקראנו את הירושלמים הבנו שרב ולוי חולקים על הפסוקים. בבבלי המחלוקת של רב ולוי היא בכלל לא על פרשנות הפסוקים אלא איך היום בפועל עושים קניין סודר. רק בהמשך מישהו נזכר לומר כי מחלוקת דומה נמצאת במחלוקת התנאים על הפסוקים. ואז נשאלת השאלה מי נתן למי.

כאן אומרים כי המחלוקת של רב ולוי היא כמו מחלוקת התנאים המוסבת על הפסוקים. כשקראנו את הירושלמי הבנו כי רב ולוי חולקים על הפסוקים- מי נתן למי. כשאנו עורבים לבבל המחלוקת של רב ולוי היא על איך היו עושים בפועל קניין. רק בשלב מאורח מישהו אומר כי זה מזכיר את המחלוקת של תנאים על הפסוקים. התלמוד לא אומר הלכה לפי מי, אנו יודעים כי הלכה לפי רב אך כאן אין הכרעה.

המשך של הסוגיה *"קונים בכלי אע"פ שאין בו שווה פרוטה"*🡨 הקניין בו אנו קונים אינו חייב להיות קניין כסף. הקביעה שזה לא צריך להיות שווה פרוטה אינה אינדיקציה של קניין כסף אלא זה אומר שלא חייב להיות שווי מינימאלי. הפוסקים בהמשך אומרים כי יש חפץ אחד שלא ניתן להשתמש בו כחפץ לקניין- מטבע- אא"כ זו מטבע שיצאה מהמחזור (אם אתה אספן מטבעות למשל, זה אל מייצג מטבע בערך נתון). עדיין יש מחלוקת של **רב נחמן** ורב ששת- האם ניתן להשתמש גם בפירות? החפץ בו ניתן להשתמש מוגדר ככלי שהו הגדרה מאוד רחבה אך לא ניתן להשתמש בפירות. מה הטעם שלו? אומר התלמוד *"קרע נעלו"*🡨נאמר נעל ספציפית, ולא אמר פירות. מה הכוונה? ברור כי זו פרשנות תכליתית, אנו מנסים להבין את נחמן בדיעבד. אם בכתוב נאמר נעל אני מפרש את זה כדומה לנעל, זה יכול להיות כלי גם אך לא קוראים לפרי "כלי". **רב ששת** אומר כי ניתן להשתמש גם בפירות. "*קרא לקיים כל דבר"*🡨 כל דבר זה כל חפץ אך הפשט של הדברים נותן פירוש אחר.
**"דבר מסוים"**- אומר רב ששת, כי כשמדברים על נעל ברור שזו נעל שלימה כי לא ניתן לתת חצי נעל אך אם מדובר על פרי כן יכול לתת חצי תפוז או כמה פלחים ולכן אומר רב ששת כי לא יכול להשתמש בחצי פרי. הכוונה היא רק לחפצים שלימים. סוגיה זו מראה לנו את שלבי העיצוב של הקניין הזה- היא מראה לנו כי האמוראים בבבל נחלקים בשאלה איך עושים את זה.

31/12/13

בבבל הפסוקים הללו שימשו לפחות משלב מסויים כמקור לקניין שיכול להיקרא קניין סודר. ראינו בשיעור הקודם את המעבדה של בית המדרש בה נוצר קניין זה. עדיין יש מחלוקת בדור הראשון של האמוראים וכן בדור השני מי מבצע את הקניין, האם צריך להשתמש דווקא בחפץ המוגדר ככלי. התמונה שעולה היא כי הם מאוד מעוניינים בקיומו של הקניין ואין דעה שטוענת שאין בכך צורך ושזה לא מופיע במשנה, מנסים להכשיר אותו בכל מיני דרכים, אם באמצעות סברה משפטית ואם באמצעות לימוד.

המקורות עד כה לא השתמשו במונח **קניין סודר**. למה משתמשים בשם הזה דווקא ולא בשם קניין בכלי או קניין בנעל או קניין בחפץ.למעשה כדי לענות על השאלה הזו, שיש בה לא רק עניין היסטורי תיאורטי אלא חשיבות כדי להבין איך הקניין נוצר, זה שמשלב מסויים דווקא הכלי המשונה שנקרא סודר, הוא החפץ שבד"כ היינו מצפים שהצדדים לעסקה ישתמשו מלמד משהו על הדרך בה הקניין נוצר.

**סודר**- במילון התלמודי הקדום ביותר שנכתב- ספר הערוך שנכתב ע"י רבי נתן מרומא במאה ה-11. זהו המילון הראשון שמנסה להסביר את כל המילים הקשות המופיעות בתלמוד. הוא לא הגביל את עצמו לשפה אחת בלבד מכיוון שבתלמוד יש עברית וארמית אך גם לטינית ופרסית וגם שפות נוספות שמונחים מהם נכנסו ללשון התלמודים אז הוא הסביר את כל הדברים הללו. הוא נהג להסביר את המילים לפי ההקשר שלהם. הוא בנה ספר רב ערך, למרות שלא מדובר במפעל מדעי לפי קריטריונים של התקופה המודרנית המילון הועתק מאוד בכתבי היד והודפס ונחל הצלחה. במאה ה-19- המאה ה-20 היו חוקרים שלקחו אותו והוסיפו עליו את תוצאות המחקרים שלהם, והשתמשו בכך כדי להרחיב את ההגדרות המילוניות. אחד מהם הוא הערוך השלם שנכתב ע"י חנוך יהודה קאהוט.

קאהוט כותב- סודר מלשון סודרא- רומי ויווני... זהו כבר פירוש מילוני מודרני. הוא מזהה את הסודר לפי שפות זרות כמשהו ששמים על הראש. המילה מקורה ברומית, וגלגוליה הגיעו לא"י ולבבל דרך שפות אחרות שיהודים נחשפו אליה. זה באמת מתאים להגדרות שרבי נתן מרומי נתן כבר במאה ה-11.

רבי נתן מרומי רואה במסכת שבת שכתוב שחכמים עושים טימולוגיה עממית, ניסיון להבין את שרשי המילים, לוקחים מילה זרה ומנסים למצוא בה משמעויות בעברית או בארמית. אז הם אומרים סודרה- סוד השם ליראיו. כלומר, הקבוצה שהייתה הולכת עם כיסוי ראש היו תלמידי חכמים, המעמד הגבוה של תלמידי חכמים ולכן סוד השם ליראיו, אך היה ברור מהתלמוד שהאנשים הפשוטים לא הלכו עם כיסוי ראש. כיסוי ראש לתלמידים חכמים הפך לסמל של אדם שומר מצוות. **צבי הירש נ' בד"ר**- צבי הירש הגיש בג"ץ נגד בד"ר כי בתקנות הדיון שלו כתוב שעו"ד גבר צריך להופיע עם כיוי ראש בפני ביה"ד. הירש טען לפגיעה בחיריות פרטיות, כפייה דתית ופגיעה בחופש המצפון שלו. בג"ץ- השופטת דורנר דחתה את העתירה ואמרה שאינה מסכימה וכי כיפה אינה סמל דתי. ברוב הדורות לא הייתה ציווי הלכתי ולכן אין פה שום עניין דתי. בד"ר דורש זאת כמו שבימ"ש דורש מדי משפט, וזה עניין של כבוד ולא של כפייה דתית. אילו היו דורשים ללבוש ציצית זו יכלה להיות טענה חזקה. כמו שלא נעתור נגד הדרישה ללבוש גלימה או שבאנגליה מחייבים לשים את הפאה.

מכל מקום, ברור כי מדובר בכיסוי ראש, דווקא של חכמים. הדבר הזה נכנס לתודעה של החכמים השונים שחיים בתקופת התלמוד בכל מיני הקשרים. אחד התרגומים הארמיים של התורה כשהוא מגיע לפס' בספר שמות- 'ויתן על פניו מסווה', קרנו פניו, ואנשים פחדו ולכן משה כיסה את זה כדי שהקרינה לא תצא החוצה, אז התלמוד מתרגם את זה כסודר, כדי לכסות את הראש. ייתכן כי זהו הבסיס הרחוק לכך שבמגזרים מסוימים תלמידי חכמים היו מהדרים את עצמם באמצעות כיסוי ראש, במין מגבעת, במזרח אירופה בתחילת המאה ה-20 לא כולם הלכו עם מגבעות כאלו. היו חייבים ללכת עם זה, זה סימון של תלמידי ישיבה.

עוד מקורות הם מקורות ארכיאולוגיים מאתר בית שערים שהינו מקום מאוד חשוב מהיסטורית חז"ל, שם ישב הסנהדרין והיום יש שם בית קברות בו קבור רבי יהודה הנשיא. מצאו שם גם כתובות מאוד מעניינות ובין היתר שמואל קליין, שהיה הפרופסור הראשון תחום שנקרא ארץ ישראל, מתאר את זה שהסודר זה משהו שהחכמים הולכים איתו על הראש. כלומר מדובר בכיסוי ראש של חכמים.

למה משלב מסוים בבבל הסודר הזה הופך לשם הנרדף לקניין בכלי? כי זה מה שהם ראו, בהנחה שהם מעצבים את הדבר הזה ומכניסים אותם לתלמוד, מבחינתם הכלי הזמין הוא הסודר. הם מדמיינים את הקבוצה שלהם ולכן מבחינתם זה הנוח ביותר. הדמויות המקיימות את הקניין הזה זה החכמים. הם בשום מקום לא אומרים שזה חייב להיות סודר אך כשהם רוצים לבוא ולתת סלוגן שיתחבר לקניין הזה אז הם מדברים על סודר מכיוון שזה החפץ שהכי נוח לשימוש מבחינתם.

בעמ' 46- הסוגיה היא בויכוח משמעותי סביב סוגיית קניין חצר, שזהו קנין שבו הקרקע כוללת את מה שנכנס בתוכה עבור בעליה. השאלה היא מה נדרש כדי שהקרקע תקנה עבור בעליה. אם הקרקע הזו מה שהתלמוד קורא לו חצר משתמרת, יש משהו שסוגר את החצר ונכנס לתוכה משהו אזי זה שייך לבעלים, אך מה קורה כאשר החצר היא פתוחה? נניח מגיע צבי או חית בר אחרת ונכנס לשדה שלי. האם הופך להיות שלי ברגע שנמצא ברשות שלי? יש על כך מחלוקת בין כמה חכמים- רבי אבא ועולה. רבי אבא אומר שאם זה נכנס לחצר שלך זה שלך, גם אם לא היית שם. אם מישהו ינסה לקחת את זה, זה נחשב גניבה. עולה חולק עליו ואומר כי הוא טועה. הוא אומר שהחצר אינה קונה לבעליה כי החיית בר הזו יכולה להמשיך ללכת. תנאי הכרחי שבעל החצר יעמוד שם, ואז יוכל להכריז כי מה שנכנס אליה שלו.

רבי אבא הקשה על עולה, הביא מקור תנאי שאמור להוות קושייה כנגד הטענה של האמורא מתוך טענה שהאמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים (כך מקובל לומר) ולכן אם מביאים מקור של התנאים אז אמורים לוותר. הקושיה של רבי אבא: "מעשה ברבן גמליאל וזקנים שבאו בספינה..." יש בגמרא בכל מיני מקומות סיפור על מסע גדול שעשו חכמי א"י במאה ה-2 לספירה. בכל מיני מקומות מוצאים חלקים ממסע זה. במסע זה היו חכמים חשובים ובראשם היה רבן גמליאל. מדובר פה לאחר החורבן אך לפני מרד בר כוכבא.

לרבן גמליאל היו כנראה פירות שרצו לאכול. כדי לאכול פירות צריך לבצע פעולה של הפרשת תרומות ומעשרות של פירות שצמחו בא"י. לא הספיקו לבצע לפני העלייה לאוניה את ההפרשה הזו, אין לו על האניה לא כהן לא לוי ולא עני. יהושע (הכוונה לרבי יהושע שהוא תלמיד חכם, הוא קורא לו בשמו מפני שהוא מדבר אליו) היה לוי, הוא לא נמצא על האניה אבל הוא מקנה לו מרחוק את הפירות ויביא לו אותם כשיפגוש אותו. איך הוא עושה זאת מרחוק? "מקומו מושכר לו" רבי אבא הבין שהוא הקנה לו את זה בקניין חצר. הוא שם בצד כמה פירות, והשכיר את המקום לרבי יהושע, רבי יהושע בכלל לא נמצא כאן, אז כנראה שאפשר לעשות קניין חצר בלי לעמוד ליד הנכס. רבי עקיבא בן יוסף הוא גבאי צדקה ולכן הוא מקנה לו את הפירות שוב באמצעות קניין חצר והוא יחלק את זה אח"כ לעניים.

רבי אבא ממשיך, ואומר שרבי עקיבה ורבי יהושע לא עמדו בצד שדהו של רבן גמליאל, וכנראה שאפשר להקנות את הקרקע ולעושות קניין חצר בלי שהקונה יעמוד ליד הנכס. רבי עולה עונה לו- שהוא כמו אחד שלא למד כלום. רבי אבא הוטרד מכך כי עולה היה תלמיד חשוב. הוא הגיע לסורא, אחת מתי הישיבות החשובות בבבל. הוא מגיע לישיבה ומספר לרבנים את הסיפור. אחד מהחכמים ששמע את הסיפור אמר לו כי הוא באמת טעה.

לא היה פה קניין חצר אלא קניין אגב. בקניין חצר המיטלטלין צריכים להיות בתוך הקרקע בקניין אגב המיטלטלין נמצאים במקום אחר, במקרה וודאי שלא תעמוד ליד הקרקע. הוא הביא סיפור שמדבר על קניין אגב, ובאמת אין שום הוכחה.

באופן עקרוני ההלכה מאפשרת לאדם לקבל דברים גם כשאינו נוכח, ולכן אפשר לזכות לו את החפץ בעזרת מעשה קניין, ובגלל שזו זכות לא צריך לשאול אותו.

היה שם בקהל חכם בשם רבי זירא שחשב כמו רבי אבא שאמר שאין הוכחה מהסיפור הזה, אבל חכם אחר לא קיבל. בדור מאוחר יותר, רבא אומר כי הוא יכול להביא כי לרבי אבא הייתה סיבה טובה לא לקבל את ההסבר הזה. ההבדל בין קניין חצר לקניין אגב, הוא כי חצר הוא הפשוט יותר לעומת זאת קניין אגב הוא דבר מתוחכם יותר ולכן גם ראינו כי הרמב"ם אומר שכשעושים קניין אגב צריך ללוות אותו באמירה כי הוא לא מובן מאליו, קניין נוסף שצריך ללוות באמירה הוא קניין סודר. רבא אומר שאם הוא עשה קניין אגב, למה לא עשה קניין סודר שהוא הפשוט יותר. הכלי האינטואטיבי שעולה לו בראש לבצע את הפעולה הוא סודר, כי מדובר באנשי חכמים שמן הסתם הולכים עם כיסוי ראש, אז לא היה להם כיסוי ראש לבצע את הקניין הסודר? המשפט הזה מלמד על תמונות העולם של רבא, מבחינתו הקניין הכי פשוט לבצע וודאי כאשר רוצים להקנות נכסים למישהו שלא נמצא לידם, באופן טבעי הוא קנין סודר, כי טבעי שהחכמים יעשו זאת עם סודר. הוא יכל לשאול בדיוק את אותו הרעיון ב"וכי לא היו להם נעליים או שמלות וכו'". אך מדובר בתלמידי חכמים לכן טבעי לו לדבר על סודר.

עוד ברור מההגיון שלרבא, הוא כי סודר ואגב שייכים לאותה משפחה, ולכן אין סיבה להשתמש בקניין אגב, כי מרגע שהומצא קניין סודר אין סיבה לעשות קניין מסובך יותר, ולכן לטעמו אם היו הולכים על הקניין המסובכים היו הולכים על הקנין סודר ולא על קנין אגב. רבא אומר, שבניתוח של הסוגיה הספציפית הזו של רבן גמליאל, רבי אבא צודק, באמת מדובר בקניין חצר ואל בקניין אגב כי בהפרשת תרומות ומעשרות לא ניתן לבצע קניינים מתוחכמים אפשר לבצע רק קניינים בסיסיים. התורה שמתארת את המתנות כל הזמן מדברת על נתינה, בעברית מילולית לטענתם, נתינה מדובר במשהו שהוא במסירה פיזית מיד ליד או בקניין חצר שמאוד קרוב לכך, נותנים לו את החפץ באמצעות הקרקע.

קניין חצר מהווה מסירה פשוטה של חפץ בעוד שקניין אגב הוא משהו הרבה יותר מסובך, וראינו גם שמבחינתם אמוראי בבבל כשצדדים צריכים להעביר רכוש אנחנו מצפים שברירת המחדל שלהם תהא באמצעות הקניין המתוחכם הזה שנקרא חליפין שהוא קניין סודר. מיד נראה שקניין סודר ניתן לעשות גם באמצעות שליח או עדים. בפועל גם קנייני סודר המועטים שאנשים עדיין לפעמים עושים אותם- הקניין סודר הכי נפוץ הוא הקניין על הכתובה, החתן לפני החופה, כשחותמים על הכתובה כדי לתת לה תוקף הוא עושה קניין סודר. הנהנה מהכתובה היא האישה שבכלל לא נמצאת שם, העדים עושים עבורה את הקניין הסודר. כלומר ניתן לבצע באמצעות שליחים לטובת הקונה. בהנחה שזו זכות ניתן לעשות זאת גם שלא בפניו. השליחים יכולים לתת משהו בתמורה באמצעות אותם שליחים או עדים.

התלמוד מניח את היסודות, משלב מסוים זה הופך לדבר מובן מאליו. למרות זאת, מי שרוצה ללמוד את ההלכה, מאוד התקשה להוציא את השורה התחתונה מהתלמוד, מפני שהוא מכיל מחלוקות רבות שברוב המקרים הוא לא פוסק את ההלכה. בנוסף, התלמוד אינו מסודר, וניתן למצוא את קניין סודר בכמה סוגיות שכל אחת מטפלת בנושא אחר, חייבים לדעת את כלה תלמוד כדי לקבץ מתוכו את כל הסוגיות ולקבצם בצורה מסודרת. מבינים בשלב מאוד מוקדם כי התלמוד מאוד בעייתי מבחינה זו, הוא הבסיס להלכה אך לא בנוי כמו קודקס. אחד מהחיבורים הבסיסיים והראשונים ביותר שניסה לעמוד במשימת קודיפיקציה זו הוא הלכות גדולות (הוא השני שנכתב, הראשון הוא הלכות פסוקות שהיווה בסיס לחיבור זה).

בהלכות גדולות (עמ' 48)- רבי שמעון קיירא מזכיר את הקנין הסודר. מניין לנו שקונים בכלי? משלף איש נעלו. אף שהכלי לא שווה פרוטה אך בפירות זה לא קניין. לא היינו מצפים שבספר חוק יכתבו את מקור החוק, אך פה הוא שואל את השאלה ומצביע על הפס'. הוא אומר שאפשר להשתמש בכלי אך יש לכך שתי דרישות: 1. חייבים להיות כלי כלשהו, לא חייב שיהיה לו שווי כלכלי כלשהו. 2. חייב שיהיה כלי ולא פרי.

"וזאת לפנים בישראל בימי משה" הכוונה היא שזה היה בימי משה, משה רבנו. עולות שתי שאלות- בשביל מה צריך לספר זאת ומאיפה הביא זאת כיוון שלא ראינו דעה זו בתלמוד. אפשר לומר שאם בימי השופטים מדברים על זאת לפנים מישראל, אז כמה כבר אחורה ניתן ללכת- זוהי טענה היסטורית. אך טענה נורמטיבית מציעה כי הקניין הזה, יש לו ברקע טוענים שאומרים מאיפה הבאתם את הקניין הזה? והוא מנסה להראות כי לקניין הזה יש מקורות כבר בימי משה רבנו ואף אחד לא יכול לחפור בכך שהקניין הזה קניין יהודי עוד מימי משה, שזוהי קניין יהודי מקורי.

הרמב"ם קורא לזה או חליפין או קניין, הקניין משום שהוא קונה הכל. הרמב"ם חשוב לו להדגיש באמצעות הקניין הזה ניתן לעשות הכל- קרקעות, מיטלטלין, עבדים. הרמב"ם לא מזכיר את המילה סודר, אך לכך הכוונה. הרמב"ם מנסה להיות פוסק הלכה אולטמטיבי ולכן חשוב לו להדגיש כי הקניין הזה מיועד לכל סוגי הנכסים. קארו בהערותיו על משנה תורה, אומר שהרמב"ם יודע זאת כי לכל אחד יש מקום אחר בתלמוד שכתוב את זה ורמב"ם חיבר את הכל וסיכם שמשפט אחד שזן הייתה בעצם עבודת חייו- הקודיפיקציה של ההלכה. ההלכה היא כרב ולא לוי- הכלי צריך להיות של המוכר.

בשום מקום לא נאמר במפורש וזה חידוש של הרמב"ם- הוא ניסה לטעון כי קניינים שהם לא ברורים, כדי שלא תהיה בעיה בגמירות הדעת צריך ללוות אותם באמירה. הרמב"ם מהווה נק' ציון משמעותית בהליך הקודיפיקציה של המשפט העברי משום שאם עד אליו אותם פוסקים שניסו לבנות את ההלכה היהודית בצורה מסודרת השתמשו בעיקר בקטעים מהתלמוד שהעתיקה וסידרו, הרמב"ם פשוט מנסח את התלמוד מחדש ועושה זאת בעברית, כי אמנם רוב היהודים באותה תקופה נמצאים במרחב אסלאמי אך מטרתו הייתה לכתוב ספר שכל עם ישראל יקבל אותו.

סימן קצה בתור שחיבר רבי יעקב (יעקב בעל התורים)- הוא הראשון שמסדר את ההלכה היהודית הנוהגת ולכן אין אצלו דיני נפשות, בימ"ק וכו'. הוא חילק את זה לארבעת התורים שהיווה בסיס לשו"ע. בעל התורים הוא בנו של הרא"ש, ויחד עם אביו הם בורחים במאה ה-14 מגרמניה לספרד שם היה סימפטי יותר ליהודים לחיות באותו זמן. אחת הסיבות לכתיבת החיבור הייתה הניסיון לסדר את ההלכה בספרד, בעיקר ע"פ ההלכה האשכנזית. הוא פוסק בהרבה מקרים ע"פ אבא שלו שהיה בין הפוסקים החשובים בזמנו כשהשני הוא הרשב"א. הוא מסכם את ההלכה האשכנזית אך יש השפעות ספרדיות.

הוא הראשון אצלו רואים את השימוש במילה קניין סודר. למרות שבכותרת כתוב קניין סודר, הוא שואל בקניין כיצד- וברור שהוא מתכוון לקניין סודר, הוא מכנה זאת בהמשך גם כחליפין. ברגע שהמוכר או הנותן לוקח את הכלי הרכוש עליו מדובר עובר לבעלותו של הקונה או המקבל. הוא מכניס פה את זה שהקניין הזה גם טוב במקרה של מתנה.

הוא פונה לרמב"ם ואומר כי לשון הרמב"ם שאומר שצריך ללוות את העברת החפץ באמירה, הוא אומר כי היום אצלנו כבר לא נוהגים את זה. זה כמאתיים- מאתיים חמישים אחרי הרמב"ם, הוא טוען שהציבור כבר לא נוהג לתאר את זה באמירה וזה בסדר, כי מן הסתם על דעת כך הוא נותן לו. הוא לא חולק על הרמב"ם באופן עקרוני, אלא אומר כי הרמב"ם דרש אמירה כי הוא חשב שאנשים אינם מבינים מה הם עושים בקניין המוזר הזה, אבל היום, במאה ה-14, ברור לגמרי לקונה ולמוכר בקניין סודר שלא צריך ללוות את זה באמירה, הכל מבינים מזה, ולכן אם מישהו ינסה אח"כ לבטל את הקניין, חזקה שלא נאמין לו כי ההנחה שלנו שזה ידוע לכל, כמו כל מנהג אחר.

בשו"ע אין חידוש גדול מבחינה מהותית. הכותרת של השו"ע- דין קניית קרקע ומיטלטלין בחליפין. אין ספק שזה מושפע מהרמב"ם ולא מבעל התורים. גם לשונו היא כמעט העתקה מושלמת של דברי הרמב"ם.

הוא מעתיק את ההלכה של הרמב"ם שצריך אמירה, התור אמר שלא צריך אמירה. התור עדיין מייצג הלכה אשכנזית, אם יאמר דעה שונה נצפה שיביא אותה רבי משה איסרליש. הוא פשוט מעתיק את לשונו של התור, כלומר המחלוקת הזו הופכת למחלוקת ספרדית אשכנזית שנכנסת לשו"ע.

**איפה קניין סודר נוכח במשפט שלנו כיום?** בצד יאמרו רוב האנשים שאין לזה משמעות בחיינו, מה שהופך את הסודר למשהו שאם אנשים נתקלים בו זה בשמורת הטבע של בד"ר שם עדיין יש לו נוכחות. אפשרות שניה היא בנישואין, שם אנשים לא מבינים מה הם עושים, שם לפני החופה גם כן עושים קניין סודר. בנוסף, בקרב אנשים שרוצים לעשות קניין או התחייבות שתתפוס בבד"ר לדיני ממונות או שמדובר באנשים שלא חושבים על כך שיהיה סכסוך משפטי אלא הם רוצים לעשות פעולה משפטית שתהא תקפה ע"פ ההלכה מהחשיבות הזו. זה יבוא לידי ביטוי בעיקר בעשיית הסכמים שונים או חוזים, בהם יש חשיבות שההסכמים הללו יהיו תקפים לפי ההלכה, למשל אנשים שיודעים שיש בעיה משפט העברי עם עשית חוזה בדרך של הצעה וקיבול והפעולה הקניינית המתאימה ביותר הוא קניין סודר. אחד מהנושאים שהיוו קונפליקט מאוד משמעותי בין המשפט במ"י או מדינות אחרות להלכה היהודית היה בעניין דיני ירושה, בעיקר כי בנות זוג או בנות לא יורשות. אחד הדברים המשמעותי ביותר הוא נושא של צוואות. דיני הצוואות של המ"ע הם לא חלק מדיני הירושה אלא הרחבה של דיני המתנה. מי שעושה צוואה ע"פ המשפט הישראלי, ע"פ ההלכה הצוואה הזו לא תקפה, ותהא חסרת משמעות והירושה תתחלק לפי דיני הירושה ההלכתיים. מה שאומר שאם אדם רוצה לעשות צוואה לפי דיני ההלכה עליו לדעת כיצד לעשות זאת. אין ספק שאחד המרכיבים הדומיננטיים ביצירת ההתחייבות הזו זה באמצעות קניין סודר.

כתר א' תשנ"ו- חוזים על פי דיני התורה- הכתוב מנחה כי לאחר כתיבת החוזה יעשו קניין סודר לפני החתימה ומתארים את הפרוצדורה. כל אחד מהצדדים יתן לרעהו כלי כלשהו למשל עט, כל אחד יקח מהשני יגיבהה ב-30 ס"מ. אל מדובר פה על תוקף המקרקעין אלא יצירת תוקף לחוזה עצמו על כל סעיפיו. כלומר שני הצדדים רוצים לקבל על עצמם התחייבות, כל אחד מהם בעצם הוא חלק מהחוזה וכל אחד צריך להתחייב באופן עצמאי, לא מתואר איך הם מעבירים את הנכס אלא **איך הם עושים את החוזה על מכר הנכס** כדי שיהא חוזה מחייב ולכן שני הצדדים חייבים לעשות את הפעולה. כדי שהחוזה יהא תקף, ואתה רוצה שהחוזה יהא תקף מבחינת ההלכה אז שני הצדדים צריכים לעשות את הקניין.

לעומת זאת הכתובה היא התחייבות חד צדדית. אין בכתובה התחייבות של האישה לבעל. ההנחה של מחברי הקטע הזה היא שכדי לחוזה יהא תוקף מבחינתם של שני הצדדים לחוזה, שניהם צריכים לעשות מעשה קניין, אח"כ יקנו את הדירה לפי החוק בישראל.

שני הצדדים עושים פעולה של נתינה וחזרה אך הכלי עצמו יכול להיות אותו כלי, או כלי של צד ג' וכו'-זה לגמרי פיקציה. רוצים להקל על הצדדים, ומספיק שיש פה עט אחד שיושאל רק לשם המנהג של קניין סודר. מכיוון שכל העניין אל באמת חליפין במובן הטבעי של המונח אז משחקים עם זה. גם אם מעיקר הדין הכלי יכל להישאר אצלי, זה הפך לנורמה שמחזירים את הכלי. אנשים הבינו שהדבר הזה הוא לא באמת תמורה או חליפין, כי מקובל לגמרי שזה רק מושאל. הכלי צריך להיות דווקא מכשיר שנעשה בידי אדם למעט דבר שקיים בטבע- זו הרחבה של הפירות. הכלי צריך להיות מסוג שמיועד לשימוש רב פעמי ולא חד פעמי. זו הרחבה שניתן להבין את השורשים שלה, התלמוד לא עושה את ההבחנה הזו. אין להשתמש במטבע או מסוג כלשהו שכן הם אינם כשרים לקנין סודר. זה לא חפץ אלא כח הקנייה שטמון בכלי.

פס"ד מ-1952 שנידון בבד"ר ת"א, תיק מס' 2000- אישה ללא ילדים עושה צוואה ומצווה את כל רכושה למוסד שאמורים להקים מהעסק שלהם ואז צצים כל מיני קרובי משפחה שמגיעים לבד"ר ובמקשים לבטל את הצוואה. זה היה לפני חוק הירושה, חוק הירושה היום אומר שרק בהסכמת כל הנוגעים בדבר אפשר להביא את זה לבד"ר, וזה מאוד נדיר. לפי פקודת הירושה המנדטורית, בענייני צוואות הייתה סמכות לבית דין דתי, זה היה אחד הגורמים שהאיצו את חקיקת חוק הירושה, מאוד לא אהבו את הסמכויות שהבריטים העניקו לבתי הדין הרבניים.

במקרה דנן, הם מגיעים עם עו"ד ועם טוען רבני. עוה"ד עובדים ע"פ המשפט אז הם מנסים לבטל את הצוואה ע"י חוסר כשרות/ חוסר גמירות דעת/ חוסר הבנה. עוה"ד מעלים בעיקר את העניין המנטלי של המצווה שהייתה לא לגמרי בריאה וברת הבנה במציאות באותו זמן ולכן צריך לפסול את הצוואה בשל היעדר גמירות דעת. בפסקה הבאה כבר מתווסף לו טיעון נוסף, עוה"ד השני טען כי לא הייתה שפויה בדעתה, וטוען בנוסף כי לא נערך קניין סודר. ההנחה שלהם בצדק שבד"ר יפעל ע"פ ההלכה. בד"ר מנסה לברר זאת והוא מברר את עוה"ד ד"ר ח' שאצלו במשרד נעשתה הצוואה. הוא מספר שהייתה לקוחה קבועה של המשרד, ועוה"ד יהיו אפטרופסים לקיום הצוואה, הציעו לה קרובים אך היא לא סמכה עליהם, מסתבר שבהתחלה רצתה להשאיר קצת רכוש לקרובי אך לבסוף החליטה להוריש הכל לטובת בית יתומים.

לפני חתימתה קיבלו העד והעו"ד י' קניין סודר מהמצווה, המצווה הוציאה קניין מתוך תיקה, והיא חתמה ברצון. **הבעיה פה שהקניין היה שלה**, היא כביכול המוכרת או הנותנת לטובת בית יתומים, אז או בית היתומים או צד ג' העדים של הצוואה אמורים לתת את הקניין הסודר. היא ביצעה קניין סודר הפוך לפי שיטתו של לוי ולא שיטתו של רב.

הטוען הרבני לא מעלה את הנק' של גמירות דעת או השפעה, העד אמר שהוא זה שהעיר לגבי הקניין סודר ולכן המצווה הוציאה את המטפחת, הוא אפילו בירר האם המטפחת שלה וזו העבירה לשני הצדדים. הטוען אמר שיכול להיות שהייתה שפויה ורצתה, אך בעולם פורמליסטי צריך לעשות קניין סודר של המקבל. בד"ר מסכם כי העד אינו בקיא בחוק העברי אך הוא באמת היה בחור טוב, הוא רצה לעשות את מה שצריך ופשוט התבלבל.

שכיב מרע פטור מהמגבלות הכלליות של דיני הקניין כי אין לו אפשרות לבצע את הפעולות. צוואה של שכיב מרע תופסת בניגוד לדיני הקניין הרגילים כי ההנחה שלו שהוא אכן הולך למות. אם אדם גסס וקרה נס אז הצוואה לא תתפוס, והכל מתבטל אך במקרה הזה לא הייתה שכיב מרע, הייתה עצמאית ובדיעה צלולה.

 בד"ר דוחה את התביעה ובית היתומים דוחה הכל והצוואה כשרה. ביד"ר טוען כי הייתה בדעת צלולה, ידעה מי רצתה שינהל את העזבון ולא הייתה לה בעיה בהבנת המציאות. בנוסף הוא מתייחס לעניין הקניין הסודר. הצוואה הזו כשרה גם אם לא היה מתבצע עליה הקניין הזה. יש שיטות שאומרות שצוואה אינה דורשת מעשה קניין. כיוון שהמשפט העברי מאפשר למחזיק ברכוש לטעון קים לי- המוציא מחברו עליו הראיה זה לא רק לטעון שמגיע לי דבר מסויים אלא להוכיח שמבחינת ההלכה באמת קיימת חזקה שהנכס צריך לעבור אליי. מכיוון שיש פוסקים שפוסקים שצוואת בריא אינה דורשת מעשה קניין אזי העזבון נשאר כרגע על מקומו. הטוען הרבני טען שהיה קניין סודר, אז אם מישהו בוחר לעשות קניין סודר זה מראה שחשוב לו ואם חשוב לו מצפים שזה יהיה ע"פ הדין. הם רוצים שזה יהיה תקף גם מבחינת ההלכה. אומר ביד"ר כי אם ננתח את העובדות נראה שהיוזמה לקניין הסודר לא היה של האישה אלא של העדים, עוה"ד, לה זה בכלל לא היה חשוב. הם יזמו, ולכן היא עשתה כי וודאי הם יודעים טוב ממנו. לכן לא ניתן לומר כי זה היה משהו מהותי בצוואה שלה. המצווה לא דרשה את מעשה הקניין אלא עוה"ד שלה.

בתיק 844874/2 בפני בד"ר הגדול בירושלים- מדובר היה שם בזוג שנישא, והבעל היה מבוגר ב22 שנים מהאישה, הם התגרשו ועשו הסכם גירושין בבית הדין הרבני, בהסכם היה כתוב שהאישה מוותרת על זכויותיה שלה ושל הילד בדירה. הצדדים לא חתמו על ההסכם בבית הדין הרבני, אך עשו קניין אגב סודר. תוך זמן קצר מאוד היא הבינה מה עשתה, היא ויתרה על הרכוש המשמעותי ביותר שיכלה לקבל, היא חזרה לבד"ר בפ"ת שביצע את הגירושין ואמרה שלא הבינה את מעשיה, לא הייתה לה גמירות דעת. הטענה שלה הייתה נשמעת מאוד טבעית. ההיא יודעת שכדי לבצע הסכם צריך שתהיה חתימה. היא לא יודעת בכלל מזה קניין סודר, לא נתנו לה הסכם לקרוא, היא לא חתמה עליו, מה פתאום שזה מחייב אותה. בד"ר האזורי טען שהתחייבויות צריך לקיים וכי ההסכם סופי וסגור.

בבד"ר הרבני הגדול נחלקו הדעות. הרב שלמה שאנן אומר כי היא צודקת, לשון השו"ע בדומה לכתובה זה שבכתובה זכותה של אישה לוותר על חיובים המגיעים לה, צריך לוודא שזה בגמירות דעת. הוא מניח שהסכם גירושין גם הוא בגמירות דעת. מקובל היום בעולם הרחב שהסכם צריך שיהא חתום. הצדדים יקראו אותו לפני החתימה. זה לא נעשה במקרה זה. מי מהרחוב מבין שעשיית קניין סודר לבדו מספיק. בד"כ חושבים שהחתימה היא זו שקובעת והיא מבחינתה לא חתמה לכן לא הסכימו לו אף פעם. זו הייתה דעת המיעוט.

הרבנים אלגרבלי ושרמן טענו כי היה קניין סודר והאישה התחייבה. זוהי הדעה הפורמליסטית. מבחינת ההלכה מספיק לעשות קניין סודר כדי שההתחייבות תהא תקפה. לפי הרב אלגרבלין קל וחומר כשהקניין נעשה בפני בית דין חשוב, מהנסיבות נראה שהאישה הגיעה להסכם מתוך דעה צלולה והבנת מצבה. גם הרבה שרמן חוזר על זה ואומר כי העניין הזה מחייב, אם היה פה קניין סודר, זה דבר המחייב את האישה ולדעתו אין לה בעיה בגמירות הדעת והתייעצה עם עורך דינה ולא יכולה לטעון כנגד זה.

הרב אלגרבלי מתייחס לסוגיה אחרת. האישה טענה טענה חילופית שאומרת כי ההסכם הזה היה חוזה של אונס, היא נאלצה להסכים לחוזה הזה, ולכן ע"פ חוק החוזים אם היא יכולה להוכיחש החוזה היה בכפייה היא יכולה לבקש את ביטולו. הרב אלגרבלי אומר כי האישה הזו רצתה להתגרש, הגיעה למסקנה כדי לחסוך זמן ודיונים משפטיים צריך להגיע לפשרה, אז זה לא אונס, היא הגיעה בדעה צלולה לכך שהיא מוכנה לוותר על הדירה.

היא הולכת לבג"ץ- בג"ץ 5680/11 דוחה את העתירה. השופט עמית טוען כי אינו הולך להתערב בכך, בג"ץ מותר לו להתערב כשיש חריגה מסמכות או פגיעה בחוקי הצדק הטבעי, ולא היה כך. מבחינתו קניין סודר זה טקס, זה לא משהו מחייב, ומבחינתו פרטי הטקס מולאו. השופט עמית לא קרא נכון את פסה"ד הרבני. הוא טוען כי הרב אלגרבלי הסכים עם עמדתו של הרב שאנן, וזה לא היה כך. המחלוקת בין הרב אלגרבלי והרב שאנן מזכירה את המחלוקת בין התור לרמב"ם. האם בישראל יודעים מזה קניין סודר? והתשובה לכך היא לא.

רובינשטיין מסכים עם השופט עמית אבל הוא נותן איתות לבד"ר ואומר לו שראוי להסכים שהחוזה יהא חתום. ולכן יש לעשות הסכמים כמו שצריך.

7/1/14

**שטרות**

בכל שיטת משפט אנו מסתכלים על הדבר הזה שנקרא שטר ויכולים לראות בו שתי פונקציות, לפעמים הן נמצאות לחוד ולפעמים באות ביחד. הפונקציות שממלא השטר הן מסמך כתוב המעיד על סיטואציה מסוימת, פעולה בדיני משפחה, פעולה של התחייבות וכו'. המסמך הכתוב משמש כמסמך ראייתי, אך בחלק מהמקרים השטר הוא ם זה שיוצר את הפעולה המשפטית, הוא לא רק מעיד עליה, אלא גם יוצר את הפעולה עצמה, את ההתחייבות וכו'. העדות היא חלק מיצירת המעשה המשפטי.

כשאנחנו מסתכלים על עול השטרות של המשפט העברי בייחוד אנחנו יכולים לזהות שטרות שהן שטרי ראיה בלבד שלא יוצרים את ההתחייבות ויש שטרות שיוצרים את הפעולה המשפטית, במקרים חריגים ביותר השטר אף לא ממלא ראיה אלא רק ממלא את הפונקציה שלו, למשל גט. גט במרבית המקרים מושמד לאחר ביצוע הליך הגירושין. הגט עצמו לא מהווה ראיה בפני הצדדים, אלא תעודת הגירושין היא שמהווה ראיה.

שטרי הקניין הם שטרות שעיצובן הבסיסי בספרות חז"ל היה של שטרות שהן שטרות ביצוע, שטרות שיוצרים את קניין הקרקע וגם מהווים ראיה ולכן הסוגיה במסכת קידושין בבלי אומרת שלקונה אין גמירות דעת ללא שטר, אך היו מקומות זמנים וסיטואציות בהן השטרות לא היוו מעשה קניין. זוהי השפעה מסויימת של סביבה כלכלית או משפטית אך ניתן להצביע על כך שהיו שטרות בזמנים מסוימים שנתפשו בעסקאות קנייניות אך ורק כשטרי ראיה על ביצוע הקניין. האזכור הקדום ביותר לשטר בספר ירמיהו הוא כזה (חז"ל לא קראו אותו כך אך כך נדמה בקריאה פשוטה). ישנן שטרות נוספים מלבד שטר קניין שגם כן ממלאים את שתי הפונקציות, גם ראיה וגם יוצרים את ההתחייבות, למשל הכתובה אך בעניין הזה הנושא מורכב, צריך לשים לב שבכתובה יש כמה רבדים, יש את הרבדים הבסיסיים של ההתחייבויות הקדומות והבסיסיות של דיני משפחה, אותו סכום מינימאלי שבעל צריך לתת לאשתו, חובת המזונות לאישה וחובת הפידיון שלה אם נופלת בשבי, על כל החיובים הבסיסיים הללו אומרת המשנה שגם אם לא יכתוב בכתובה, עדיין מוטלים על הבעל, אינם לויים ברצונו הטוב, ואז כמובן שהכתיבה בכתובה מהווה בעיקר עניין ראייתי לחיובים שמימלא בעל חייב בהם. יש לכך כמובן השלכות של הקלה על ביצוע ההתחייבות בזמן שנדרשים למלא אותן. למשל אם בעל לא יכתוב את הסכום המינימאלי, הוא עדיין יצטרך לשלם אותו, אם זה יהיה רשום זה יקל עליה.

כתובה זה למעשה שטר חוב, כשאישה מחזיקה שטר חוב, הכתובה היא למעשה סוג של שעבוד צף, התאריך של הכתובה יכול להיות קריטי, ייתכן שלאישה תהיה עדיפות על פני צדדים שלישיים כשהיא תוכיח שהחוב שלה קודם לצד שלהם או שהבעל מכר נכסים שהיו משועבדים כבר לאישה. יש בכתובה היום אלמנט מכונן שלא היה קיים אם הכתובה לא הייתה נכתבת, הסכום בכתובה, היום אף אחד לא כותב את סכום המינימום, חז"ל הציעו סכום אפסי, אנשים כותבים הרבה יותר, יש דיונים לגבי האם זה מחייב, אך ברגע שאדם מוסיף תוספת כתובה על הסכום המינימאלי של חז"ל, הדבר היחידי שמחייב אותו הוא ההתחייבות שלו, אין חוק הלכתי שמחייב אותו לשלם יותר. הכתובה מופיעה גם בחוק יחסי ממון וגם בחוק הירושה, היא באמת יוצרת את החיוב וגם משמשת ראיה.

יש לנו שטרות שהן ראיה בלבד, לא יוצרים התחייבות, שטרות אלו יכולים להיות גם שטרי קניין. ניתן למצוא שטרות קניין על מיטלטלין, שטרות לא יכולים לקנות מיטלטלין, הן תקפים רק על קרקעות, כנראה שמדובר בראיה של מיטלטלין שיקרים מאוד ורוצים להוכיח בעלות עליהם, למשל ספרי תורה, שעשויים להיות מאוד ייחודיים. זה לא שהם קנו את ספר התורה בקניין שטר אך היה להם חשוב לציין את זה. דוגמא נוספת, ניתן למצוא שטרות של חיובים שאנשים מתחייבים בהם, למשל שטרי ערבות, אדם מציין שהוא ערב להלוואתו של פלוני, מי שיצר את ההתחייבות הזו זה לא השטר, אלא ההצהרה.

* בשטרות יש עניין משפטי מאוד גדול למי שעוסק בשיטות משפט היסטוריות, אך זה נכון גם כיום. גם היום אם אדם רוצה לנתח את הפרקטיקה שנהוגה בשוק בתחום מכר דירות למשל, חוזי מכר של דירה, הוא יכול ללכת לחוקים הרלוונטיים ולנסות להסיק מהם את המדרש ע"פ חוק אך ספק גדול אם יוכל להסיק מהחוקים את מה שבאמת קורה בשוק, כי לא תמיד זה מיושם בצורה או שלעיתים החוק לא מספיק והפרקטיקה מפתחת סעיפים חוזיים שאינן נדרשים ע"פ חוק כדי ליצור את הביטחון של הקונה. או שיש אינטרסים מסוימים שחוזרים באותן עסקאות אבל הסיטואציה מחייבת למשל בשוק שיש בו תנאי אינפלציה מאוד קשים והיו צריכים להגן על ערך התשלומים עוד לפני שהחוקים חייבו זאת, הכניסו סעיפי הגנה לגבי שחיקת ערך הכסף. החוזים הם מכשירים שמתפתחים יותר מהר מהחקיקה. יותר מזה, אם נרצה היו לשכור דירה, לא נלך לחוק ולפסיקה וננסה ללמוד מתוכם מה כדאי שיהיה לנו בחוזה שכירות, אלא נסתכל על חוזים אחרים. בהמון מקרים יש פער בין מה שמלמד אותנו החוק לבין מה שמלמד אותנו השטר/ חוה/ מסמך, והוא מלמד אותנו במידה רבה על מה שקורה בשטח יותר ממה שמלמד החוק. החוזים גם גמישים יותר מהחוק, נניח שהייתה פסיקה משמעותית של העליון שיצרה בעיות קשות, לכנסת לוקח זמן רב יותר לתקן חקיקה.

השאלה כיצד קונים במשפט העברי באמצעות שטר היא שאלה שניתן לענות עליה בשני אופנים, ע"פ החוק אפשר לקחת עלה ולכתוב עליו "שדי מכורה לך" וזה יהיה בסדר גמור ע"פ ההלכה, אך לא צריך להיות חוקר כדי להבין שאיש לא קנה שדה בדרך הזו. אנחנו נצטרך לבדוק כיצד היו השטרות בפועל האמיתיים שנכתבו ולא רק החוק שאומר שניתן לשרבט על חתיכת חרס ובכך לעשות שטר. אנחנו גם לא מזהים את זה עם שטר באופן אינטואיטיבי למרות שע"פ ההלכה זה בסדר. השוק מנהל באיזשהו מקום חיים עצמאיים שלא במנותק מחכמי ההלכה, אך הדבר הזה שנקרא שטר מנוהל ע"י סוחרים ומוכרים בשטח ופוסקי ההלכה מגיבים לזה.

איפה קיימים השטרות הללו?

אם השטר הוא פעולה עצמאית, אז יש לנו אינטרס לשמור אותו. הדבר גורם לכך שאם היו נשאל האם באמת בבבל במאה ה-3 לספירה קנו באמצעות קניין סודר, התשובה תהיה ככל הנראה כן, אך המקור לזה יהיה התיעוד שההלכה מדברת עליו בבית המדרש, לעומת זאת השטר נשאר בהרבה מאוד מקרים, יש שטרות שנותרו איתנו בהמון מקרים, וניתן לראות אותם לא רק דרך הדיון עליהם בבית המדרש וניתן לראות את הדבר עצמו, את המסמך עצמו כמו שהוא נכתב בזמן אמת. אם אנחנו רוצים לדעת כיצד קנו בתים במאה השנייה לספירה, ניתן ללקט מהמשנה ולהציג תמונה חלקית, מצד שני מצאנו במדבר יהודה שטרות עם תאריכים.

יש שטרות אמיתיים שנשמרו, על קלף/ פפירוס/ חרסים לפעמים בתקופות עתיקות במיוחד. יש מקומות שמהם לא נשמרו שטרות בכלל, אם בגלל תנאי מזג אויר וכו'. אנחנו יודעים על מקומות בהם היו ארכיונים גדולים ששמרו על מסמכים וארכיונים אלו הושמדו. יוסף בן מתיתיהו מספר שאחד הדברים הראשונים שעשו היה לשרוף את הארכיון, האינטרס שלהם היה למחוק חובות. בהרבה מקרים השטרות לא שרדו. למרות זאת ניתן למצוא שטרות בספרי שטרות, ספרים שאוספים את השטרות עצמם ומציגים אותם ללומד הקורא או עוה"ד שרוצה לכתוב שטר דומה, זה יכול להיות ספר כמו הדוגמאות שיש היום לעוה"ד, או ספרים שיש להם משמעות הלכתית שנכתבים ע"י פוסקי הלכה חשובים, מה שמקנה את החותמת לשטרות, הם יכולים לסמוך על השטרות הללו שקיבלו אישור של החכם החשוב שבדק שאין התנגשות עם תקדימים הלכתיים.

* הכתובה האשכנזית בנויה על ספר שנקרא נחלת שבעה שנכתב בפולין במאה ה-17. הרבה אנשים השטרות הסטנדרטיים שלהם לקוחים מהספר הזה.

הספר של אשר גולאק קצת שונה, הוא אל היה פוסק הלכה אלא חוקר, והספר שלו מיועד למי שמעוניין בהיסטוריה של השטר ההלכתי, המטרה שלו הייתה לכתוב ספר שטרות לאקדמיה. מעבר לשתי המקורות הללו ניתן למצוא שטרות או חלקים משטרות בספרות השו"ת, בשאלות שאנשים העלו, התשובה בהרבה מקרים תתעד את השטר שעליה פוסק, במקרים אחרים מופיע בתלמוד, בתלמוד אין שטר מסודר אך הוא דן על נוסחים או סעיפים מסוימים שהיו באותן שטרות ומכך אפשר להניח שפסקו באותו זמן, וגם היו בפסקי דין מוזכרים שטרות, מציגים את השטר שנידון.

**שטר הקניין**

ירמיהו פרק ל"ב- פס' א- מד- ירמיהו משתמש בסיפור הזה כמשל למה שאח"כ יקרה. בסופו של דבר אחרי כל הבלאגן שיבוא על ירושלים, יחזרו ישראל לארץ ויקנו שדות מה שמסמל חיים נורמאליים בארץ. ירמיהו יושב בכלא כי ניבא נבואות זעם על חורבן ירושלים, האל אומר לו שהוא עכשיו אמור לקנות שדה. אנחנו מבינים לאור כל מה שלמדנו מה קורה כאן. הוא קונה את השדה מחננאל בן דודו, במסגרת גאולה, כלומר להשאיר את השדה בתוך המשפחה והוא מציע לו לקנות את השדה בענתות - "כי לך משפט הירושה ולך הגאולה.."

מופיע כאן תיאור של אייך מתבצע מכירת המקרקעין. השאלה הבסיסית היא אייך קנה ירמיהו את המקרקעין- כתוב בס' ט שהוא קנה את השדה בשקול כסף, והכסף הוא בעצם במשקל אז הוא שוקל לו את הכסף וכך כנראה הוא קונה את השדה. אם אנחנו עדיין בספק שהקניין האמיתי היה באמצעות הכסף ותפקיד השטר ראייתי בלבד, בפס' כה כתוב, בשיחה של ירמיהו עם אלוהים "קנה לך שדה בכסף"- שטר בכלל לא נזכר פה.

בפס' ט' הוא קונה בכסף ואז בפס' י' מופיע השטר- "ואכתוב בספר ואחתם ואעד עדים ואשקל הכסף במאזניים"- ברור לגמרי שזה מתאר את העסקה, משום שכתוב ספר המקנה, זה שטר שמופיע בשם ספר המקנה, שטר המלווה את הקניין. ככל הנראה היה כתוב שם שחנמאל מכר לירמיהו את השדה וקיבל תמורה בכסף, נוסף על כך אנו יודעים שעל השטר הזה היו עדים ואנחנו גם יכולים לראות שלקחו את השטר הזה או השטרות וירמיהו שולח אותו למזכיר שלו, ברוך בן אליה שהיה אמור לקחת את זה לשמירה בכלי חרס לימים.

יש פה כבר נק' אחת שמאוד מקשה לראות בפס' אלו באמת את מקור לשטר הקניין של חז"ל. בפס' י' כתוב ואכתוב בספר ואחתום- ירמיהו הוא החותם, הוא מדבר על הפעולות שהוא עושה, בשום מקום לא כתוב שחנמאל מעורב בשטר, המוכר לא כתוב כמישהו שעושה משהו במסמך הזה, זה עומד בצורה מאוד חדה מול מבנה השטר החז"לי. אין על זה גם כמעט דיון איך הפס' הללו מהווים מקור לשטר הקניין החז"לי כשמדובר במשהו הפוך לחלוטין.

כמה שטרות נכתבו כאן? התשובה הזו לא פשוטה, כשאנחנו מתחילים להיתקל בשטר הזה בפס' י' כתוב "אכתוב בספר" וגם בפס' י"א מדברים על ספר המצווה רק שזה מתחיל להסתבך. בפס' יב פעמיים כתוב ספר, אך בפס' יד כשהוא נותן את הפקודה לברוך מה לעשות הוא כתב מדבר על ספרים- יש בעיה בסיסית- האם מדברים על שטר אחד או יותר משטר אחד. מה שזה לא יהיה מבחינתו של ירמיהו אין טעם לשמור זאת בכלא, זה לא מקום סביר, ולכן הוא אומר לברוך לשים את השטר או השטרות בכלי חרס למען יעמדו ימים רבים- לא רק בהקשר של הנבואה אלא טכנית אפשר להבין שקונה סביר שחי בעולם בו אין טאבו ומעוניין לשמור את הבעלות בקרקע מעוניין שהשטרות הללו יישמרו, הדרך הכי טובה היא לשמור אז בכלי חרס, לא היה ארכיון מסודר ולכן זו הדרך הטובה לשמור. רואים כאן כוונה אמיתית לשמור את השטרות.

אם מבינים מזה חתום וגלוי ומהם כל המונחים אפשר להבין גם את הסיטואציה. פרשני המקרא ניסו להביןר את הדברים הללו:

רש"י ירמיהו פרק לב- אומר שאת ספר המקנה- שטר המכירה, ואת החתום- זה אומר שיש עליו חתימה שחתומה כדת וכחוק. את המילים את ספר המקנה את החתום, זה לא שני מסמכים נפרדים אלא שטר המכירה עם חתימה עליו. ואת הגלוי- אומר רש"י, הוא ככל הנראה מדגיש שכאשר אנחנו מדברים על חתום וגלוי ועל ספר מקנה לא מדובר פה על מרכיבים נפרדים, אלא חתום וגלוי הם שני מרכיבים או שתי פעולות המתבצעות על הספר עצמו, יש שטר אחד שמלווה בכמה פעולות. כאשר אנו לוקחים את השטר, השטר מכיל את תיעוד העסקה, הפעולה הבאה לאחר שמתעדים את העסקה זה לחתום עליו, רש"י לא אומר מי חותם אך יש חתימות ואז מבצעים פעולה שנקראת "גלוי"- זו פעולה לאחר שמסתיימים השטר, מביאים לביה"ד לאישור של דיינים או גילוי שטרות, כדי לוודא שהשטר לא נשאר רק במסגרת הקונה המוכר והעדים אלא מערבים גם את בית הדין וביה"ד מאשר אותו, מוציא מסמך שאומר שהשטר תקין לאחר שבודק על הצדדים. זאת פעולת גילוי, לעשות את הדבר גלוי ומפורסם פן ימותו העדים. ברגע שזה מתועד בספרי בית הדין, שהשטר נבדק ואושר קיימת ראייה חזקה שהשטר קיים.

רד"ק ירמיהו לב- סוגרים את הספר סוגרים עם חותם כדי שלא יפתחו אותה, ואם פותחים אי אפשר להחזיר את זה להיות סגור לגמרי בלי החותם המקורי. רד"ק מושפע מהריאליה הצרפתית מסביבו. לפיו, היו שני ספרים אחד גלוי ואחד חתום, ולא פותחים את החתום אם לא ממש חייבים. הטקסט שהופיע בהם היה זהה, לשימוש יום יומי היה קיים השטר הגלוי, והספר החתום נועד לחזק את הראיה, למקרה שמישהו יערער על תקפות העסקה, הוא מהווה ראיה, ונשמר בבי"ד. היה נספח שלישי שעליו כתבו ערבויות וכו'.

מצודת דוד ירמיהו פרק לב- אומר שיש שטר קניין חתום- מיד בעל השדה, כלומר חנמאל חתם, שזה מאוד מעניין כי בסיטואציה שמתואר בפשט הכתובים חנמאל עומד מהצד ולא פעיל. הוא אמר שהכי הגיוני שהמוכר יופיע בשטר שמוכיח העברת נכס ולכן הוא זה שכתוב. כשאכתוב ירמיהו מדבר בגוף ראשון אך כשכתוב בהמשך חתום- לא רשום באופן גלוי מי חותם, הוא טוען שהמוכר חותם.

המצווה והחוקים- לכאורה לפי פשט הכתובם המצווה והחוקים הם חלק מנוסח השטר, מצודת דוד לא יודע מזה אז הוא אומר שהמצווה שהיו נהוגים בימים ההם- כלומר השטר נעשה ע"פ החוק. הגלוי- הוא אומר שהשטר הגלוי הוא פירסום שנעשה שטר כזה, שטר על השטר, יצירה פומבית משהו שמזכיר את מה שרש"י אומר על לקחת לביה"ד וליצור פומביות. שטר נוסף שמספר לנו כיצד המכירה הזו בוצעה.

מלבי"ם ירמיהו פרק לב (הרב של בוקרשט ברומניה, ראה עצמו פשטן אך גם הסתבך עם הפסוקים)- הוא אומר לנו שהיו שני ספרים, ספר המקנה וספר הגלוי, מזכיר את מה שאומר הרד"ק, אחד היה חתום וסגור ואחד היה גלוי, כדי שכולם יוכלו לראות. המטרה שלו הייתה כמשהו פומבי שהינו לשימוש יומיומי וספר המקנה לשימוש במקרים חמורים בהם יש מחלוקת על השדה. היה כתוב שם שמעבר לתיאור העסקה והשדה בין פלוני לאלמוני, היה כתוב מה היא המצווה- דברים שהם מנימוסי המדינה- הכוונה היא לנומוס שביוונית אומר חוק, הכוונה כאן לחוק המדינה. מעבר לדיני התורה של יובל וכו' היה גם את חוק המדינה במכר שטרות ואת זה היה כותבים על נספח שהיו שמים עם שטר הקניין. את שני הספרים הללו נתן לברוך בן אליה, לא בגלל שהיה יכול להוציא אותם אל מחוץ לכלא אלא כי ידע שברוך צעיר ממנו בהרבה ומן הסתם ישרוד את הגלות. לפי המלב"ים ברוך שמר אותם לעצמו, הוא ידע שברוך ישרוד את הגלות ויידאג ליורשיו, ברוך היה אמור להביא את השטרות ליורשיו של ירמיהו.

רש"י מקשר אותנו לדפי המקורות- פרק עשירי במסכת בבא בתרא. כבר במשנה הראשונה המונחים הללו שרש"י מדבר עליהם מופיעים. המשנה אומרת "גט קשור ומקושר"- כשהמשנה מדברת על המונח ברור לגמרי שהכוונה שלה היא לכל שטר, משמעותו המקורית של המונח גט היא שטר. גם משמעותה המקורית של המילה כתובה היא שטר אלא שבהליך של צימצום סמנטי אנחנו מזהים את המילה כתובה בתחילת הנישואין וגט בסיום הנישואין. כתובה וגט במשמעותן המקורית הכוונה היא לשטרות, כאשר המשנה בבא בתרא מדברת על גט פוט וגט מקושר היא מדברת על דיני השטרות הרגילים ולא בהכרח על דיני הגיטין, ניתן להבין זאת גם מהמשך המשנה.

במשך הזמן גט מקושר הפך לשם ספציפי של משהו מסויים שנעשה גם כיום, בעולם המשפטי של חז"ל המכשיר הזה עדיין היה קיים לכן ידעו להשתמש בו. הפרוצדורה של הגירושין של כהנים אמורה להיות מסובכת יותר, הליך כתיבת הגט צריך לקחת יותר זמן, חז"ל מנמקים זאת בכך שדמות הכהנים היא דמות עצבנית, אך הנימוק המהותי היא שהוא לא יוכל לחזור להינשא לאישתו כי כהן לא יכול להינשא לגרושה וזה לא משנה אם זו הגרושה שלו ולכן מעוניינים שההליך יהא ארוך יותר כדי שיהיה לו זמן להתחרט. הגט המקושר לוקח זמן רב יותר. זה לא הגט המקושר שהמשנה מדברת עליו כאן, היא מדברת פה על שטרות בכלל. המשנה בעצם מציגה שתי טכניקות של כתיבת גיטין, הגט הפשוט, פשוט תרתי משמע, הוא פשוט כי הוא באמת טכית פשוט לעשותו, אך המילה פשוט בעברית יש לה משמעות נוספת, פרוש, השטר הגלוי הזה של ירמיהו, בשטר הזה כותבים את הטקסט והעדים חותמים בסוף. לעומת זאת בשטר מקושר העדים כותבים מאחור. מה ההסבר הפשוט לכך ששטר גם פשוט וגם מקושר? שכותבים את הטקסט ומגלגלים אותו ואז קושרים את הקלף המגולגל. לזה רש"י מצביע. דווקא הפרשנות ע"פ חז"ל היא פרשנות הפשט כפי שהצביעו היסטוריונים, כי אותה טכניקה הייתה קיימת בתקופת ירמיהו וגם בתקופת חז"ל. חתום זה סגור- מגולגל ואילו גלוי זה הפתוח. האם מדובר בשתי שטרות או בשטר אחד?

אפשר לומר שירמיהו עשה שתי שטרות- שטרות גלוי ושטר חתום כשהעדים הוחתמו מאחור. אך רש"י ככך הנראה מדבר על שטר אחד, כי אנחנו יודעים וגם חז"ל ידעו, שהשטר היה אותו קלף עצמו, פפירוס, היו גם שטר פשוט וגם מקושר. ארכיאולוגיה מראה כי חלק אחד באמת גולגל והיה חתום וחלק שני היה גלוי, כך היה גם השטר הפשוט ומקושר. ידין ידוע באמצעות כמה מהממצאים החשובים שלו, ובשנות ה-60 חילקו כמה גזרות במדבר יהודה לכמה אריכאולוגיים, הוא מצא את הממצאים הכי חשובים בנחל חבר ונחל צאלים במערות בהן הסתתרו יהודים שברחו מהרומאים. הוא מצא שם אוסף של שטרות, ייתכן שדמיינו שיוכלו לחזור אל בתיהם, זה החיים שלהם, זה מתעד את הירושות שלהם את חיי הנישואין שלהם. ידין מפנה לשטרות של גברת שנמצאו שטרות רבים שלה, והוא מראה כי בחלק גדול מהשטרות הטקסט היה אותו טקסט, היו כותבים פעמיים את נוסח השטר, למעלה ולמטה כאשר את החלק העליון, הנוסח הצפוף גילגלו וחתמו, ובחלק השני נשאר פתוח ואם הופכים את זה מאחור יש את הקשירה, ומאחור חתימה ליד כל אחד מהקשרים כך שאם יפתח ידעו שזה נפתח. זה השטר המקושר שהיה אז.

אם אנחנו חוזרים עם המידע הזה לספר ירמיהו אנחנו יכולים להבין למה הוא מדבר תחילה ביחד ואח"כ עובר לדבר על ספרים. הוא למעשה כותב את אותו טקסט פעמיים. הנוסח הוא נוסח אחד וגם מדובר בחתיכת קלף אחת, מצד שני הטקסט כתוב פעמיים, פעם אחת גלוי ופעם אחת חתום.

הממצאים מראים שדאגו שליד כל קשר יהיה עד אחר, רש"י עומד על כך גם כן, שאם יש 7 עדים וצריך רק 2 אני מגדיל באופן דרמטי את המצאי של העדים כך שגם אם כמה מתוכם לא נגישים כרגע, כשיש יותר מ-2 אני מגדיל את הסיכויים שאוכל להוכיח את הטענה שלי גם בעתיד.

הטכניקה הזו ממשיכה בתקופות מאוחרות מאוד, עד תקופתם של חז"ל שכתבו כך גם. בשלב מסויים הדבר הזה נעלם ולא מוצאים אותו יותר בתקופות שלאחר התלמוד.

* **מהם הטקסטים שצריכים להופיע בשטר?**

הדרישה החקיקתית שמתחילה בתלמוד ועוברת דרך כל ספרות ההלכה בדורות היא מאוד מינורית, התלמוד כשמנסה להבין לגבי נכים שיש להם אחריות נקנים בשטר היא שואלת- "בשטר כיצד" (למדנו לעיל)- ואז היא אומרת, "כתב לו על הנייר או על החרס אף שאינם שווים פרוטה, שדי מכורה לך.." כלומר השטר שלוש מילים- שדי מכורה לך. האם הדבר הזה יכול למלא את ייעודו? הלכה למעשה, אם זוג אנשים יעשו שטר קניין כזה מבחינת התלמוד הבעלות בקרקע עברה. סביר להניח שאנשים יפעלו באמצעות שטרות יותר משוכללים. בבבא בתרא- רבן שמעון בן גמליאל, נשיא הישוב היהודי בא"י, אומר שהכל כ**מנהג המדינה**- כלומר שאין כללים מוגדרים, אין הלכה חתוכה שתהא נכונה בכל מקום ובכל זמן אלא השאלה איך כותבים שטר נגזרת ממנהג המדינה, מה שמקובל באזור. אם נניח שאנשים לא עשו כך את החוזה, בצורה של שדי מכור לך, אך החוק אומר שאפשר לעשות זאת, מה חדש המחוקק, האם כתב הלכה תיאורטית בלבד? לא ייתכן כי אין פה הגיון מסויים.

הדרישה היחידה פה היא כתב ידו של המוכר, ההלכה אומרת שזה המינימום, שהמוכר יצהיר באופן רישמי ב**כתב ידו**, אם אפשר לדעת בוודאו שזה כתב ידו ושניתן להוכיח זאת אז לכאורה ניתן לקבל דבר כזה. בד"כ, גם היו אנשים שיכולים באופן עקרוני לנסח חוזים לעצמם, בהרבה מקרים כשהם חוששים יעדיפו לגשת לעו"ד שיעשה זאת טוב יותר. הנושא של כתיבת השטרות גם חז"ל מבינים שזה בסדר שמישהו יכתוב הצהרה כזו בגוף ראשון, אך בפועל אנשים כן הלכו למקצוענים שיכתבו להם את השטרות. אם נצמצם מהו שטר קניין, זה מסמך שאם נרצה להגדירו בשלוש מילים זו **הצהרה של מוכר שמוכר את השדה**, וזה צריך להיות. כמה שלא נוסיף פרטים נוספים זהו העיקר.

בעמ' 77 במקורות- מספרו של אשר גולאק- גולאק מתחיל כל פרק בשטר אחר, ושולף סוגיות מהתלמוד- אוסף של קטעי שטר מכירה מהתלמוד- הוא מראה לנו שבתלמוד ניתן למצוא אלמנטים שרחבים הרבה יותר. הוא מדבר על המקור הראשון זה שעסקנו בו זה עתה, אך לאחר מכן הוא מביא קטעים נוספים מהבבלי והירושלמי בהם נראה שאנשים הוסיפו קטעים.

במקור השני- "המוכר את הדלת מכר את הדלת אך לא את המפתח ולא את... ולא את הכיריים"- כשאני מוכר לך את הבית- מה כולל הבית? זה כולל את כל המחוברים. מצד שני זה לא כולל את התנור ואת הכיריים, גם אם לא מדובר בחשמליים של זמננו מטבע הדברים פירקו כשעזבו את ביתם. המשנה מודעת לזה שיש אנשים שמוכרים משהו אז הם מפרטים יותר, הם לא אומרים שהם מוכרים את הבית אלא מצהירים שהם מוכרים את הבית וכל שבתוכו ואז זה כולל את כל המיטלטלין. **אנו רואים כי אנשים מוסיפים התניות.**

במקור השלישי, אם זה לא נאמר במפורש, אדם שמוכר קרקע לא מוכר את בורות המים שעשה בקרקע הזו. מים היה מצרך מאוד חשוב. המשנה מוסיפה- הבור לא כלול במכר הקרקע למרות שכתוב שמוכרים את כל החלל מעל הקרקע ומתחתיה.

במקרה אחר בו רבא בודק שטרות- היה שטר שהיה כתוב בו על תנאי אחריות, המוכר מצהיר בשטר על סעיף אחריות. גולאק מציג סעיף אחריות בעולם הקדום יותר, בו המוכר מבטיח לעזור בסיוע ראייתי או משפטי ונותן אחריות על כך שהוא מוכר נכס שאכן שלו, הוא ינקה את הנכס מאי בהירות. אם יהיה מצב שבו הוא ישביח את הקרקע, הוא מתחייב לא רק לכסף ששילם על הקרקע אלא גם על ההשבחה של הקרקע ועל מה ששילם כדי לפתח אותה. כל הסיפור הזה מלמד שאנשים לא כותבים שטרות בצורה של שדי מכורה לך, יש הרבה גורמים שאמורים להפוך ממשהו לא מוגדר לשטר משמעותי יותר.

שטר שנמצא במדבר יהודה- שטר של מכר בית מימי בר כוכבא (עמ' 75 בדף מקורות)- במהלך מרד בר כוכבא, שלווה ברב הגדול, רבי עקיבא באותה תקופה, רואים בשטר זה חברה יהודית שפועלים לפי נהלים משפטיים. השטר כתוב בארמית והפירוט שיש הוא הרבה יותר גדול ממה שראינו בחוק הבסיסי. השטר מורכב מכמה חלקים. זה היה שטר מקושר, החלק שנשאר שלם זה החלק הסגור ואילו החלק הפתוח נאכל ע"י כל מיני מזיקים.

השטר מתחיל בהצהרה שמציגה את התאריך, היום והחודש חסרים אך כתוב שזה בשנת 3 לחירות ישראל ע"י שמעון בן כוזבא נשיא ישראל, מתארכים את זה בספירה המקובלת כ- 134-135 לספירה. למה מתארכים את זה לפי חירות ישראל? התיארוך של השנים באותו זמן היה לפי המלך שמולך, כך גם במשפט הרומי. המשנה במסכת ראש השנה מדבר על ראש השנה למלכים, למה זה משנה איזו שנה של המלך? כי כך מנו באותה תקופה, עוד לא ספרו לבריאת העולם, וכן גם לא לפי הולדת ישו. לכן, הם רואים את המלך באותו זמן כבר כוכבא. בהמשך השורה מצוין המקום- כפר ברו.

יונתן בן אלי מכפר ברו שכנראה המוכר אומר לשאול בן חרשה שהוא כנראה הקונה. מזהים את המוכר והקונה כבנים של ואת המקום שממנו באו. לאחר מכן מתחילה הצהרתו של המוכר שאומרת שהוא מרצונו מוכר את הבית שיש לו... כלומר זה המינימום החז"לי- שדי מכורה לך, אך הם הוסיפו מילה חשובה- "מרצוני" משהו שיעיד על גמירות הדעת. ייתכן שאף אם היה מכר כפוי זה היה עובד אך הוא מצהיר כי הוא עושה זאת מרצונו. כבר ראינו שלמכור בית לבד עשוי להעלות סימני שאלה, אז מתווספים לכך פירוט גדול, חצר בית קורה בכפר ברו- מכשיר ללחיצת זיתים, והוא ממשיך לפרט חדרים, ואת דלת השער, כיוון שלא בהכרח כלול בבית אבל כותבים, האבנים והבורות והדלתות והמפתח. כנראה שזה לא מובן מאליו שמי שמוכר את הבית מוכר גם את העליה- העלית גג. אפשר לראות שהיו הרבה אנשים שמכרו את הדירה הראשונה והשאירו לעצמם את הקומה השניה, כלומר זה לא ברור מאליו שזה כל המבנה, יש גם חדר שפתוח החוצה, ולכן לא ברור שהוא כלול, ולכן יש לפרט, מין יחידת דיור.

מה חסר לנו והכרחי כאשר מדברים על קרקע? איפה נמצאת הקרקע? להן אין גוש חלקה, לכן איך יתארו את הגבול של הקרקע? הם מתארים את הגבולות של הקרקע, עם מה הקרקע גובלת. גם לא היה ברור נותנים את המפתח, היה מאוד יקר ולא ברור מאליו.

הוא מסכם ב"המקום הזה וכל שבו", כניסה ויציאה כראוי- את הדרך גישה, זו אמירה שאומרת שהוא מסיר כל זיקה לנכס ולא יוכל למנוע ממנו להיכנס לצאת וכו'. הוא מצהיר את קבלת התמורה וככל הנראה היו גם עדים שחתמו על כך רק שזה נאכל ואין לנו את העדות לכך. הוא מצהיר כי רשאי שאול לחקור לחפור להעמיק וכו', וכל שיחפץ בשדה. הביטוי והמשמעות של מכירת השדה, שהבית הופך להיות שלו שהוא יכול לעשות מה שהוא רוצה. בסוף הוא רושם כי הוא ויורשיו יהיו אחראים לכל נזק שיגרם באשמתו אם רימה או שיקר או הסתיר, הוא מתחייב לפצותו. "ובזמן שתאמר לי אחליף לך את השטר הזה כראוי"- מטבע ימים השטר אמור להחזיק ימים, ייתכן שידהה, יאכל, ימחק- הוא מתחייב להחליף אותו אם יבקש ויהרס, כל זה בהצהרת המוכר.

14/1/14

בשיעור הקודם דיברנו על נוסח השטר בממצאים ארכיאולוגיים שנמצאו במדבר יהודה. ראינו שכבר במאה השנייה, במרד בר כוכבא, יש לנו שטרות משוכללים ובוודאי יותר מפותחים מהנוסח הלקוני של ההלכה. במהלך הדורות נושא השטרות הלך והתפתח בגלל בעיות הלכתיות, בגלל שיקולים משפטיים בגלל העתקה של נורמות המגיעות מהמשפט החיצוני, וכך אנחנו מוצאים במהלך הדורות שטרות מאוד משוכללים, שרמת הפירוט שמופיעה בהם קצת מוגזמת, כנראה מחשש שאם לא נפרט כל דבר במכר או בהגנה על המכר אז יהיו בעיות בעתיד. לא היו מעוניינים להשאיר מקום לפרשנות.

שטר זביני דבאתי (עמ' 77)- הוא לקוח מאחד מספרי השטרות המוקדמים ביותר שיש במשפט העברי, שנכתב בבל בין המאות 10-11, ע"י הרב הא"י גאון שמתואר כאחרון הגאונים בזמן וראשון החשיבות. הוא הגאון הבבלי האחרון המשמעותי. בספר של שמחה אסף הוא הוציא לאור את השטרות הללו. אלו שטרות מפורטים ביותר וכתובים בארמית.

עד היום למדנו כי השטר מנוסח כהצהרה של המוכר. בשטר זה הנוסח הוא- תיאור של העדים על מה שקרה, כלומר מי שמדווח הם **העדים** שמתעדים את הצהרת המוכר. שטר מפורסם אחר שמצוין כהצהרת העדים היא הכתובה. המשפט העברי הופך את נוסח זה לנוסח הקלאסי שלו. היתרון המשפטי הגדול בדרך זו הוא שקשה לזייפו, מי שעומד מאחורי השטר הם העדים, זה נותן משקל ראייתי חזק ביותר, לא ניתן לטעון כי המסמך מזויף.

ההצהרה של העדים מתארת שני פרטים הכרחיים שאמנם לא נדרשים בהלכה- שבמקום פלוני בזמן פלוני. .. הוא אומר לעדים, אתם תהיו עדים לכך שאני מוכר או נותן לפלוני, הקונה, מתוך רצון חופשי- תוספת שאינה הכרחית אבל אנחנו מבינים שהוא מוסיף אותה כדי לבטא את העובדה שהמכר הזה נעשה מתוך רצון חופשי. המוכר מצהיר שהוא קיבל תמורת המכר כך וכך זוזים. אנחנו רואים בשטר גם את התמורה. אני מוכר לו את הבית שיש לי במקום פלוני- מתעדים את הנכס, איפה הנכס נמצא, מה הגבולות שלו, איפה הוא עובר. הוא מדגיש שהמכירה לא מוגבלת בזמן ולא ניתנת לביטול, שהיא מכאן ועד עולם. לאחר מכן הוא עובר לפרט את כל מה שיש בבית, את הבית, האדמה ואת המלט שממנו הוא בנוי, גם את הלבנים, ברזלים, ידיות וכו'. יש כאן פירוק של הבית לכל גורמיו. כשאומרים שמוכרים בית, אין ספק שמוכרים את הלבנים והמלט וחומרי הבניין שמרכיבים אותו, אך הדברים הללו לא נכתבו סתם, כנראה כדי לתת מסמך שלא יהיה שום ספק לגבי התכולה שלו. אחרי שהוא מפרט את הכל הוא שוב מצהיר על כך שהוא מוכר את הבעלות באופן מוחלט, ושלא השאיר לעצמו שום זכות בבית הזה, אף לא של פרוטה. בדרך נוספת, שלישית הוא מתאר שהנכס שלו, ואומר שהוא יכול לעשות בנכס כל שירצה, והוא מתאר את הפעולות שהוא יכול לעשות בנכס, כי הפעולות מבטאות את הבעלות, למשל למכור את הנכס. הסוף של השטר הם תנאי הביטחון שמעניק המוכר, הוא אומר שאם השטר מעניק לו את העלות, לו וליורשיו, המוכר עדיין אחראי למה שכתוב בשטר, ואם מישהו יערער על כך ויטען שיש לו זכויות בנכס, הוא מבטיח להם שידאג להם, והוא מחייב גם את יורשיו לנהוג כך.

הרצון הזה לחזק את המכר בכל תנאי אפשרי הולך וממשיך וניתן לראות תופעות שממשיכות הלאה גם בשטרות נוספים. למשל בע"מ 79- בספר נחלת שבעה של ר' יהודה אלברצלוני- הספר מכיל את כל השטרות הקיימים במשפט העברי, ומשתמשים בו עד היום. בנוסח שטר המכירה- הוא אומר שהשטר שהוא מעתיק זה לא שטר שהוא ניסח אלא הוא העתיק משטר ישן שמצא שלא ברור מי כתב אותו אך היה כתוב שנכתב בקהילת קודש פראג, והשטר הזה קיבל גושפנקה, תעודת הכשר משלושה חכמים חשובים. **לשם מה האינפורמציה הזו?** מבחינת ביה"ד זה מאוד משמעותי שהנוסח נחתם ע"י שלושה חכמים חשובים. עד היום אחד הנימוקים שדיינים משתמשים בהם הוא שהם מתנגדים לשינויים בכתובה, ולא רוצים לתרגם לעיברית ולהוסיף תנאים, משום שהגדולים אישרו זאת פעם ולכן אין לגעת בה.

**קניין רוחני- לא למבחן!**

ההלכה בהרבה מאוד תחומים היכולת שלה להמשיך ולתת מענה לאתגרים קטנה. אח האתגרים הגדולים הוא מובן נושא הקניין הרוחני שהוא נושא חדש. **האם מבחינת דיני הקניין ההלכתיים ניתן להגן על קניין רוחני?** זכויות שיש לאדם ביצירה שלו?

הדבר הזה מעורר דיון הלכתי עצום, שאם האם מכירים בכלל בזכויות מאין אלו ומעניקים הגנה. התשובה לכך מאוד מורכבת. בשורה התחתונה אין קונצנזוס לגבי השאלה הזו ויש פוסקים שאין להם בעיה בכלל עם העתקה של תוכנות כשמדובר בשימוש אישי.

ע"פ החוק הישראלי אור להעתיק תוכנה, אזרח ישראל דתי שכפוך לשתי המערכות, בשאלה הישראלית התשובה תהא שאסור לו להעתיק תוכנה, אך לפי המשפט העברי אין פה הפרה של זכות.

המבחן

* מבחנים מעולם המשפט. מאוד דומים, יש חומרי קריאה חדשים השנה.
* השאלות יהיו שאלות של חשיבה ולא רק שינון.
* יש שאלות שהן בפירוש שאלות ידע.
* הטקסטים בשאלות ניתוח טקסט בד"כ חומרים הלכתיים, לא יהיו שם מילים בארמית או ר"ת לא ברורים.
* המבחן שעתיים. כל שאלה מוגבלת במקום.
* חומרי הקריאה- צריך להכיר לא ברמת הערות השוליים אך ברמת בקיאות. לקרוא את בקשות הקריאה.
* יש שמות שיהיו קריטיים, רעיונות שבאים ביחד עם האומר שלו. יש שפחות.