**קניין במשפט העברי- לקראת המבחן**

רקע- המשפט העברי מקורו באל הוא משפט דתי, לעומת המשפט הישראלי שמקורו בכנסת. ההשלכות של זה יהיו בהסדרי חקיקה השונים. ביה"ד אינו יכול לאכוף וקים או להפעיל סנקציות- ההיבט הדתי הוא הגורם למוסר לתפוס מקום משמעותי במ"ע. למ"ע יש עומק היסטורי של התמודדות עם מציאויות שונות לאורך השנים. לעומתו, המשפט הישראלי מסודר, טריטוריאלי ומקור הסמכות בו ברור. המ"ע אינו טריטוריאלי וחל על כל יהודי באשר הוא. בשנות ה-20 של המאה ה-20 חברת המשפט העברי הקימה פרויקט שמטרתו שליפת החלקים המשפטיים מההלכה, כדי שאלו יהוו חוקיה של מדינת ישראל. המטרה הייתה הפרדת החלקים המוסריים שכן מדינה חילונית לא יכולה לחיות על נורמות מוסריות.

**מושג הזכות**

ההלכה והמ"ע לא מדברים בשפה של זכויות אלא בשפה של חובות. ההגיון- כאשר אדם עומד מול אלוהיו הוא חייב כלפי מעלה. לעומת זאת במישור היחסים בין אדם לחברו- אם יש חובות אז בצד השני עומדות זכויות. **השופט חיים כהן**- טען כי ניתן לחלץ את הזכויות במ"ע משפת החובות. חו"י כבוד האדם- הביא לשינוי כאשר התחלנו לדבר בשיח של זכויות. **הרב קוק**- הניח ובצדק שהקניית זכויות בחוק זה תיצור התנגשויות עם הסדרים הלכתיים, משום שחוה"י מעביר את האדם למרכז במקומו של האל.

אשר וייס- בבא קמא סימן א- **היתרון בשפה של זכויות**- וייס שואל האם יש איסור להזיק לרכושו של אחר? בהלכה היהודית אין ס' שאוסר להזיק.

* בספר שמות בפרשת משפטים כתוב שאם קורים נזקים מסויימים צריך לשלם, אך לא ניתן להסיק מכך שאסור להזיק.
* סוגיית "שליח לדבר עבירה"- אם אתה יהודי גם השולח וגם השליח כפופים לצו האל, העבירה תיזקף לחובת שניהם.
* אם בתורה יש מצווה של השבת אבידה, חייב לדאוג לממון של חברתי, **קל וחומר** שאסור לי לפגוע בממון זה.
* האיסור **"לא תגזול"**- עובד במקרים של נזק ישיר אך בעייתי במקרים בהם הנזק לא ישיר.
* וייס מסכם ואומר כי מבחינה הגיונית, חייב אדם לפעול בדרכי הצדק והמשפט- קיימים בהלכה עקרונות על של מוסר.
* **ואהבת לרעך כמוך**- לא ניתן להשתמש בו עד הסוף כי אנשים לא אוהבים אחרים יותר מאשר את עצמם.

**מונח הזכות במקורות:**

* מסכת כתובות בתלמוד הבבלי- מחלוקת בין אמורא הרב כהנא (רבינא) ורב פפא לגבי **מה מחייב אדם להחזיר חובות?**

**הרב פפא**- "**פריעת בעל חוב מצווה**"- יש ציווי בתורה להחזיר הלוואות, זוי תשובה טובה בעולם הדתי.

* רש"י- "מצווה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו"- כלומר לקיים את ההבטחות שלו. בתורה המילים היחידות שמופיעות הן- "הין צדק"- התורה מתכוונת שהסוחר צריך לא לרמות במסחר. התנאים במדרש ההלכה על ספר דברים אמרו שיש ללוד מכך דברים נוספים- ניתן לקרוא כ"הן צדק"- כן צדק, כלומר שעליך לעמוד בדיבורך. רש"י טוען כי המקור למצווה שהרב פפא מדבר עליה קיים בצורה סמויה, בצורת מדרש. אם צריך לקיים הבטחות אז אם אתה לוקח הלוואה אתה צריך לקיים את ההבטחה להשיב את ההלוואה. זהו פתרון דחוק.
* פרשנים אחרים הסיקו זאת מ**שמיטת כספים**- מה הצורך בכך אם לא חובה להשיב חובות?

**הרב כהנא**- שואל את הרב פפא מה קורה כאשר מדובר באדם שאינו מקיים מצוות? **הרב פפא** עונה שיש להכות אדם כזה עד שתצא נפשו, בדיוק כמו שיעשו לאדם שאינו מקיים מצווה של ישיבה בסוכה ונטילת לולב. בעיניו זוהי חובה לקיים מצוות. קושי- אם אדם אינו מחויב במצוות (גוים, ילדים לפני מצוות), למשל מקרה בו יתומים יורשים את חובו של ההורה- לפי הרב פפא, ברגע שאין מצווה נגמר הדיון, גם אם זה לא צודק.

* פרו' מנחם אילון- המשפט העברי- דן במחלוקת בין הרב פפא לרב כהנא. **הרב פפא** אומר שאין הבחנה בין צווים משפטיים לדתיים בהלכה, **הרב כהנא** אומר שיש הבחנה, והחובה להשיב הלוואה הינה משפטית- גם אם ההלכה לא אומרת במפורש, וזו איננה מצווה, מקורה בזכות של הנושה לקבל את כספו בחזרה. הערה: ייתכן כי במקומות בהן לא קיימת מצווה, החובה המשפטית משלימה זאת.
* הרב שרמן (שופט בביד"ר הגדול)- מתייחס להצ"ח חו"י כבוד האדם, מחלק את הזכויות:

- זכויות מטבע היווצרו של האדם0 בהלכה קיימת הגנה על זכות הקניין בלי קשר לשמירת מצוות- מוחלטת.

- חירויות וזכויות חיוביות- תלוית תרבות, דת וכו'.

הרב שרמן אומר כי בהלכה הזכויות נמדדות לפי רמת החובות שלך, למשל לכהן יותר זכויות אך גם יותר חובות. **בפס"ד בבלי**- ברק כופה על בד"ר דרך חוה"י נורמות המנוגדות להלכה (הלכת השיתוף), הרב שרמן לא מציית לפסיקה זו.

* משה זילברג, כך דרכו של תלמוד- מניח כי המשפט העברי הוא דתי, האל נוכח במערכת זו כמחוקק/ שופט. **זוהי עמדה שמפריעה לפרו' אילון לשלב את המשפט העברי בחוק הישראלי.** השופט זילברג רואה במחלוקות נהדרות כאשר הוא מחפש לשלב משפט עברי במשפט הישראלי, תמיד תהא דעת מיעוט שתאמר מה שירצה. יש שיראו בכך חילול המשפט העברי, הוא לא פוסק ע"פ ההלכה או כלליה.

למשפט העברי שלושה צדדים- לווה מלווה ואלוהים. האל נתן מצווה לפרוע חובות, ורק באופן עקיף המלווה או הנושה מקבל את כספו חזרה. את ביה"ד מעניין חובתו הדתית- מוסרית של החייב. לכאורה במקרים בהם אין חובה דתית אז אין חובה להשיב הלוואה. זילברג מטשטש את העובדה שאמורא פפא אמר את ההלכה, שהרי הסוגיה נפסקה כדעתו של רב, מתוך רצון להציג את הבעייתיות במ"ע.

* השופט אנגלרד- מעביר ביקורת על הניסיון לשלב את המשפט העברי במשפט החילוני, חילון המ"ע אינו מתקבל.

**הערה של רדזינר**- ההלכה בהחלט מוסרית אך ההגדרות שונות. המוסר לא חיצוני להלכה אלא בתוכה- לאדם דתי קשה לקבל שיש מוסר שקודם להלכה ולמשפט משום שההלכה נובעת מהאל ולא ניתן לתאר כי האל לא מוסרי.

* החזון אי"ש, מסכת בבא בתרא- מנסה לפתור את הקונפליקט בין המשפט למוסר. לפיו אם אתה מרגיש כי ס' מסוים בדיני הקניין של ההלכה לא צודק- "שב תלמד עוד קצת". המוסר נגזרת של ההלכה, החזון אי"ש סלד מהרעיון של הכנסת מוסר מספרים נוספים, זה מרמז כי ההלכה לא מוסרית.

פוסקים שעסקו בהלכות מדינה וצבאו אמרו כי יש להחיל נורמות חיצוניות (השפעה של הרב קוק). דוגמא נוספת עבדים- יש הלכות רבות בנושא, ההלכה מתירה עבדות- כיום לא מוסרי בעולם בו אנו חיים- האם על ההלכה להשתנות? מדובר בשאיבת נורמות חיצוניות. החזון אי"ש לא דן בכך.

**האם מותר לאדם לפתוח עסק מתחרה בסמוך לעסק קיים?**

* פוגע בפרנסה של הראשון- "פסקת לחיותי".
* הכל מסכימים כי במקצוע ההוראה (תורה) מותר לקיים תחרות כדי שהמורה יהיה הכי טוב, רואים את רווח התלמידים.

החזון אי"ש מספר על מקרה בו אנשים הוציאו את ילדיהם מהמורים הישנים והעבירו אותם למורים החדשים. הוא מתאר אותם כפגועים ואת מי שלקח את תלמידיהם כרודף מתוך מטרה ליצור אמפתיה אליהם. אותם מורים מרשים לעצמם לפעול באמצעים שונים, להשמיץ ואף הידרדרות לאלימות פיזית כנגד המורים החדשים. המלחמה שלהם היא מלחמת מצוות. **למרות זאת,** ההלכה הכריעה כי יסוד שיפור התורה חשוב מפרנסתו של אדם. אדם מוסרי הוא זה הפועל ע"פ ההלכה, אם יפעל ע"פ אינטואיציה ייתכן וייטעה. מבחינתו **אין הבחנה** בין חלקים דתיים למשפטיים- כמו שלא נולדים עם הלכות שבת, כך גם בקניין. מקור די ני הקניין הוא דתי- הדינים ההלכתיים שונים דרמטית מהנהוגים במדינות זרות, וכל דמיון הוא מקרי.

* פס"ד 940365/1 בד"ר אזורי ב"ש, הרב ציון לוז אילוז- מדובר בילד שנולד לאב יהודי ואם שאינה יהודיה, מבחינת ההלכה הוא נוצרי. הילד בחר להתגייר מרצונו, בגיור מצוין והינו שומר מצוות. האינטואיציות יאמר כי וודאי שיירש את אביו. אם היו לאב קרובים אחריו, אלו היו יורשים אותו, כיוון שאין בד"ר מוכן לדון בבקשה. הרב אילוז חושש שמא יתגלה בעתיד קרוב משפחה, ולכן מתנה את קלת הירושה בויתור עליה במקרה שכזה. אם אין יורש אחר הוא מפעיל את המוסר.

אילוז מנתח קטע ממסכת שביעית- ההלכה אומרת שאם נושה נפטר יש להשיב את החוב לבניו. אם לוית מגר והגיור היה לאחר שילדיו נולדו, גם הילדים נתגיירו, ע"פ ההלכה אינם ילדיו. למעשה אם בניו נתגיירו אין חובה להשיב להם, אך חכמים אומרים שראוי להשיב להם כי **"רוח חכמים נוחה הימנו"**- למרות שאינם יורשיו ע"פ דין, יש מוסר- זה לא דין שמתנגש עם המוסר ולכן יש לפעול ע"פ המוסר. רוח חכמים מעודדת השבת הלוואה אחרת אנשים יעדיפו להיות גויים. הצדק האמיתי הוא מה שכתוב בתורה אך ראוי להתחשב במה שנהוג בעיני בני האדם.

* ישעיהו ליבוביץ- האמין בניתוק המוסר מההלכה- הפעלת שיקולים מוסריים היא מקור סמכות נוסף מלבד האל. מצוות צריכות כוונה, אך הכוונה היחידה היא בקיום המצווה עצמה. הוא יצא כנגד טעמי המצוות, יש לקיימן כי האל אמר זאת ולא מסיבות בריאותיות וכו'. למעשה, על-פיו אסור להתכוון בתפילה, כי אם באמת מתכוונים לבקש רפואה שלמה אז התפילה היא עבור עצמנו ולא עבור האל. הדיון המוסרי שם את טובת האדם במרכז על-פני האל.

ליבוביץ מפרש את **"ואהבת לרעך כמוך"**- לא נכון לפרשו ככלל מוסרי. המשפט המלא- "ואהבת לרעך כמוך, אני השם"- תאהב את רעך כמוך כי האל ציווה זאת. "ועשית הישר והטוב בעיני השם"- לעשות את הישר והטוב, בעיני האל- לא צו מוסרי. "והצנע ללכת מול השם אלוהיך"- תמיד השווה את עצמך לאל והיה צנוע מולו. **חייבים לפעול כך כי זה רצון האל ולא מעבר לכך.**

* הרב משה פינדלינג, תחוקת העבודה(רבה של חיפה ולאחר מכן דיין בבד"ר)- מנסה למצוא בסיס הלכתי לפיצויי פיטורין- מוצא הלכה שאומרת שיש לתת לעבד שמשתחרר סכום כסף כדי שיוכל להתחיל את חייו בעולם החיצוני.
* טיקוצ'ינסקי- דיני הקניין בעולם לקוחים מההכרה בזכויות של אנשים פרטיים. בנ"א אמורים לבנות את המערכת המשפטית שלהם ולמלא אותה בתוכן, אין צורך בתורה משמים כדי ליצור דיני קניין. ההנחה היא כי בנ"א יצרו לעצמם מערכת משפט המבוססת על מוסר והסכמה, אנשים שלא מבצעים מצוות מוסריות פשוטות- דינם השמדה (מצוות בני נוח- האל מצפה שיקיימו את מצוות הגזל). **להלכה נכונות לקלוט נורמות חיצוניות**.
* הרב שקאפ, שערי ישר- עומד על היחס בין שני כללים בהלכה היהודית- "ספק ממון לקולא"- צריך להקל כאשר יש שאלה ממונית, אל מול הכלל של איסור גזל:

1. "העמד ממון על חזקתו"- המוציא מחברו עליו הראיה- בהיעדר ראיה הנכס יישאר אצלי.
2. כאשר אני מאשים בעבירה על איסור שבתורה- חובה להחמיר, אל מול עבירות דרבנן שאפשר להקל בהן.

אם אדם גזל (איסור דאורייתא) לפי הכלל הנ"ל יש להחמיר, מצד שני, כלל ספק הראייה. הרב שקאפ טוען כי שני הכללים הנ"ל לא חלים באותה מציאות. קיימת הבחנה משמעותית בין דיני ממונות לדין הדתי שבהלכה. המקורות של שני החלקים שונים- אדם מצווה לקיים את החלק הדתי כי זוהי מצוות האל, לעומת זאת בחלק שבין אדם לחברו, יש לקיים את הצווים גם לולא צו האל, משום שזהו משפט הטבע, חברה אנושית לא יכולה להתקיים ללא זה. **בדיני ממונות חיוב משפטי הקודם למצווה.**

לטעמו ההלכה בנויה על מציאויות משפטיות: לא ניתן להבין את ההלכה ללא הכרה במציאות המשפטית שקדמה להסדרים. חז"ל או התורה מניחים מושג של בעלות למרות שאין דיון מקדים במקורות, יש הנחה של מושג הבעלות וההלכה מתבססת עליו, הוא לא מוגדר בתורה ובכל זאת השכל מחייב שיהיה כזה, הוא בסיסי בכל שיטת משפט. רלוונטי להבין את המ"ע באמצעות תובנות משפטיות חיצוניות. איסור גזל הינו אוניברסאלי- אסור לגנוב כי אנחנו מגדירים את הרכוש כרכוש של אדם, כזכות, ועל בסיס זה קיים איסור גזל. אנו מקיימים מצוות פריעת בעל חוב, קודם לפי השכל האנושי, הציווי האלוהי נבנה על ההבנה השיכלית. אנחנו מקיימים מצוות משום שאנו מקבלים את משפט השכל.

* רע"צ 11221-04-12 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל נ' פייזר- אדם 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 שלימוד תורה אינה טענת הגנה. פרעון החוב יכול להיות או מגדר מצווה או מגדר חוקי הטבע- המוסר. אם מדובר במצווה דתית אז מצוות לימוד תורה קודמת. השופט מאור מצטט את הרב משה אביגדור עמיאל (רבה הראשי של ת"א) שמצמצם את מושג המצווה, לחלקים דתיים בלבד ולכן כשאומרים "עוסק במצווה פטור ממצווה" לא ניתן לומר כי לא חייב להשיב חובות כי עוסקים במצווה חשובה יותר. פריעת חובה אינה רק מצווה אלא חובה משפטית, אנושית כללית. לא ניתן למצוא בשו"ת טענה האומרת כי תלמידי חכמים פטורים מהשבת חובות.

**פגיעה בממון לצורך שמירה על חיי אדם**

אינטואיטיבית נניח כי כאשר ישנה התנגשות בין זכות האדם לחיים לבין הגנה על רכושו של מישהו זכות החיים תגבר, למרות זאת ניתן לראות אף בחיי היום יום כי איננו מאמינים כי ערך החיים הוא מוחלט על פני כל פגיעה בקניינו של אדם.

* הרב שלמה קלוגר, שו"ת ה אלך לך שלמה חלק י"ד סימן ד'- קלוגר מציג שאלה תיאורטית הנמצאת ביורה דיעה. מה קורה כאשר אדם נדרש לעבור עבירה כדי להציל את חייו? התשובה היא שכמעט כל האיסור נדחים מפני קיפוח נפש (מלבד שפיכות דמים, גילוי עריות ועבודה זרה). **התשובה מחולקת לשניים כאשר מדובר בממון חברו.** ניתן ללמוד זאת מ**"קל וחומר"**- "מותר לשפוך יינו של חברו כדי להציל דבשו", כלומר אפשר לקחת את כד היין גם אם איננו יודעים למי שייך ולהעביר לתוכו דבש כיוון שדבש יקר מיין, ההנחה היא שנשלם לבעלים של היין אח"כ. אם מותר לעשות זאת כדי להציל רכוש, קל וחומר שבכדי להציל חיי אדם. **כשלא ניתן לשלם**- לא ניתן לאתר את הבעלים, ערך שלא ניתן להשיבו או לא ניתן לאמדו. הרב קלוגר פונה לבתלמוד לסיפור על אדם שמוגדר חסיד שהיה חולה ואמרו לו שהדבר היחידי שיוכל לעזור לו הוא שתית חלב ישירות מהעז, הוא גידל עז בבית וקשר אותה ליד המיטה. חבריו החסידים שבאו לבקרו אומרים לו שהוא רשע משום שעבר על עבירה.

התלמוד טוען כי יש בעיה בגידול עיזים ובמאה ה-2 חכמי א"י גוזרים כי גידול עיזים אסור מהנימוק שאם לא שומרים עליהם טוב הן עלולות להשמיד יבולים חקלאיים שלמים, בעיני חז"ל זהו סוג של גזל. לא ניתן לאמוד את הנזק. אם חז"ל כך הגיבו זו ההלכה וכך יש לנהוג. קלוגר כותב כי יש לחלק בין המצוות הדתיות למצוות החברתיות. פיקוח נפש נדחה רק בפני איסורים דתיים, אך לא במצוות שבין אדם לחברו. בכל מקרה העניין דורש דיון. **המאירי** כותב אף שבמקום פיקוח נפש נדחים האיסורים, דבר שנאסר מכח תקנה שמטרה מניעת נזק לאחר ראוי להחמיר בו.

* מסכת יומא בתלמוד- דיני יום כיפור- בכיפור אסור לאכול ולשתות, במסכת יומא נכתב כי עדיף שיחלל שבת אחת כדי לשמור הרבה שבתות אחרות- מותר לחלל שבת כדי להציל חיי אדם. יש פה צידוק תועלתני, אם ימות יהיה אדם פחות שישמור שבת ולכן עדיף מבחינת המאזן לחלל שבת אחת כדי לשמור שבתות אחרות, אך בעבירה בין אדם לחברו אין רווח ולכן המסקנה היא כי רק במקרה בו אני יכול להשיב את הגזל מותר לי לעשות כן כדי להציל חיים.
* בתלמוד הירושלמי, מסכת שבת יד- לא מתרפאים בגזל גם במקום בו מדובר בקיפוח נפש. הבבלי אל מונה גזל במפורש.

**הגישה האונטולוגית**

הקשר בין אדם לקניינו אינו רק קשר שהמשפט יצר אלא יש בו כח כמעט פיזי. התפיסה היא שהיחס ביני לבין חלקיי גופי שונה מהיחס ביני לבין רכושי, גם החוק רואה זאת באופן שונה, עבירה של פגיעה בגוף חמורה מפגיעה ברכוש. **התפיסה האונטולוגית טוענת אחרת**- כאשר לאדם רכוש ופוגעים בו זוהי פגיעה אישית.

* תלמוד בבלי בבא קמא דף קיט עמוד א- אם אני גונב משהו ששווה פרוטה זוהי עבירה ששווה לרצח, זה כאילו נטלתי ממנו את נשמתו. בספר ירמיהו- מי שפוצע פצע, לוקח מהתבואה שלי, כאילו לקח את ילדיך. הדבר מושווה לשפיכת דמים. גם משהו כמו 10 אגורות אינו דבר פעוט.
* חיים נחמן ביאליק, "אדם וקניינו"- מציג את זה כמשהו מאוד פרימיטיבי, הוא מתאר את האדם הקדמוני הפשיסטי שמנפש כל דבר. הקשר בין אדם לקניינו מושווה לברית בין אדם לאישתו או לברית בין אדם לאלוהיו. האדם הפרימיטיבי האמין כי יש בחפצים משהו נפשי שניתן להתחבר אליו, מערכת יחסים שאיננה קניינית אלא בכח הקידושין.
* מרסל מוס, מסה על המתנה- מראה את היחס בין אדם לרכושו. במשפט המאורי הקשר שנוצר בין אדם לחפצים הוא קשר של נשמות, יש בהם טקסים שלמים של העברות רכוש משבט לשבט כאשר נוצרת ע"י העברה זו מערכת חיובים שדורשת השבת תמורה שבמידה ולא מתקיימת עלולה להוביל למלחמה, זאת כיוון שנתפס שניתן משהו מהנשמה.
* גד טדסקי, הבעלות על השתל המופק מן החי- דן בנושא בעלות איברים. האם היחס של חלקים מאדם שנלקחו ממנו ואינם אצלו עוד הוא כמו היחס בין האדם לחפץ אחר או שמא יש כאן מישור אחר? לטענתו מבחינה פילוסופית הקניין הוא חיקוי לזכות האדם על גופו. הקניין הוא מעין הרחבת האישיות ע"י סיפוח חלקים חיצוניים.

**הקשר בין אדם לרכושו כמקביל לקשר בין אדם לגופו או משפחתו**

* יעקב משה חרל"פ (ספר ביאורים לרמב"ם)- מנסה להבין אמירה תלמודית מוסרית שאומרת שבכדי שאדם יהא מושלם מבחינה מוסרית עליו להשתלם גם בנושא של דיני הנזיקין במובן של שמירה על רכוש הזולת. לפיו צריך להסתכל על מידותיו של האל ולקחת אותם לעולמנו האישי. אחת המידות של האל היא שהוא בעל העולם, הוא שומר על הנכסים הללו, הוא לא עשה אותם כי היה חסר לו דבר מה או כי נצטרך. האדם נוצר בצלם אלוהים גם במשמעות הזו שהוא צריך לקנות רכוש, לא כי חסר לו משהו, יש ערך בצבירת רכוש. לפגוע ברכושו של אחר זה לא רק הנזק הכספי אלא הפגיעה הנפשית בצלם אלוהים שלו.
* ר' צדוק הכהן מלובלין, צדקת הצדיק פו- משפחתו, עבדיו, אמותיו ובהמותיו, לכל אלו קשר הדוק בין נפשו של אדם לנכסיו. ככל שאדם צדיק יותר כך גם הנכסים שלו נהיים צדיקים יותר. הוא מביא סיפור מהתלמוד על אדם בשם פנחס בן מאיר המתואר כמושלם מבחינת מידותיו שהחמור שלו לא חילל שבת. אם אתה חמור של צדיק אז גם אתה מושפע מהצדיק. מכאן אנו מביאים את ההשוואה בין חמור האדם לבין ילדיו ואשתו, שמושפעת מבעלה וילדיה מאביהם.
* הרב שמשון רפאל הירש, חורב מו- רכושו של אדם הוא חלק מגופו, כשאני פוגע ברכושו של אדם הנגזל נפגע גם אם לא שומעים זאת. לתורה תפקיד של סידור היחסים בין בני האדם אך גם מעבר לאינטואיציה הראשונית שאומרת שאסור לגנוב, האל מוטרד מכך שאנו פוגעים ברכוש מפני שאנו פוגעים ביציר כפו- האדם.
* השופט זילבר, סדר קדשים כיצירה משפטית-"באין כאחד"- מתייחס להעברת חוקי הטבע לספירה המשפטית. את כל הסוגיות בתלמוד ניתן להסביר ע"פ הגיון פיזיקאלי, פועלים ע"פ סיבה ותוצאה. יש סוגיה אחת שאינו מצליח להסביר- כאשר אדם רוצה לגרש את אישתו הוא לא צריך לבקש רשות אלא להכין את הגט, לדאוג לעדים ולתת אותו לאישה, כאשר אפשר אף להכניס אותו לרכוש השייך לה, למשל לבית או לעבד, וכך היא מגורשת. דיני המשפחה אומרים שאם לאישה יש רכוש אז בתקופת הנישואין הם שייכים לגבר, ורק כשמתגרשת הרכוש חוזר אליה, אבל כשמכניסים את הגט לחצר שלה, החצר שייכת לבעל. לטענתו של זילבר לא ניתן להקנות דבר שעדיין אינו קיים, דבר היוצר בעיה עם מכר עתידי (למשל פירות שעדיין על העץ).
* מרן יוסף יהודה ליב בלאך, שעורי דעת- קיימת הנגדה בין חוק חברתי לבין התקשרות ממשית עם נכסים. הוא מביא את המדרש בו אברהם קונה את מערת המכפלה- שדה עפרון. המדרש משתמש במושג תקומה של השדה שעבר מיד הדיוט ליד מלך, אברהם שינה את מעמדו של השדה כשרכש אותו. לטעמו יצירה של קניין היא חוק טבע וכמו שלחוק טבע יש תנאים מקדימים כך גם פה, אם רוצים שפעולת קניין תהא תקפה חייבים לבצע אותה ע"פ דיני הקניין בדיוק.

הרב בלאך נותן דוגמא במסכת קידושין דף ו- הוא שואל מה מעמד האישה כאשר ניתן נכס ששווה חצי פרוטה. הגמרא מעלה אפשרות שהקידושין מתחילים מעכשיו אבל לא נחשבים קידושין שלמים עד שיתקבל החצי השני- המשמעות שהוא לא יוכל לבעול אותה אך היא לא תוכל להתחתן עם אחר. הגמרא משווה לבניית חומה לבנים- גם קידושין יכולים להיות פעולה מתמשכת. יש חוקי טבע שלא ניתן לעקפן.

* הרב עמיאל, המידות לחקר ההלכה- משווה את מושג הבעלות למושג החמץ. חמץ הוא דבר עובדתי, כך גם הבעלות. כדי שפריעת בעל חוב מצווה יתקיים צריך שיהיה חוב, המושג חוב מגיע מעולם הבעלות, צריך לתרגם למושג מציאותי.

**יסודות פעולת הקניין**

באקט העברת או יצירת הבעלות אנו נניח יסודות שיהיו נכונים לכל המקרים כאשר מכר היא הפעולה הקניינית הנפוצה ביותר- העברת נכס בתמורה, לצמיתות. בפעולה זו חייבים להיות מעורבים שני צדדים לפחות. ההבדל בן שכירות למכר עוסק במשך העברת הנכס. פעולות קניין נוספות שנבדלות מן המכר בתמורה הן בעסקת מתנה או השאלה (חוק השומרים). במ"ע קיימת פעולת קניין חד צדדית נדירה יחסית- הפקר (ייאוש- דיני אבידה).

גמירות דעת- ס' 2,5 לחוה"ח, מין יסוד נפשי, כוונה של האדם, הסכמה לרכוש או למכור נכס.

מעשה קניין- פעולה פיזית מתוך רשימה מפורטת שיש לבצע ורק כאשר נעשית מועבר הקניין.

המשפט הישראלי כבר בתחילת דרכו הכריע כי השימוש במ"ע הוא קוסמטי בלבד ואין צורך להכריע על-פיו. בפס"ד מיטובה נ' ז'ק כאזם- יהודי שעזב את הארץ בזמן המלחמה והמדינה הפקיעה לו את הנכסים, עולה השאלה האם לפרש את המונחים הקניינים שבחוק שמקורם מהתלמוד ע"פ הגישה התלמודית? חשין בדעת הרוב מכריע שלא. בפס"ד זנדבק נ' מלכה דנציגר- אומר שמגר כי אפשר להיעזר במ"ע אך אין חובה לפרש ע"פ פירושו המקורי. במשפט הישראלי מתייחסים לכל תחום בנפרד ואילו במ"ע הכל מבולבל- לדיני החוזים קשר הדוק לדיני הקניין. השופט אנגלרד בפס"ד קל בניין- טוען שהבעיה עם המ"ע שאין סנקציה משפטית בגין הפרת חוזה אלא סנקציה מוסרית.

* רבי קארו, ס'1 בשו"ע, חושן ומשפט סימן קפט- "דין אין המקח נגמר בדברים"- לא מספיקה גמירות דעת, יש צורך במעשה קניין. אם מוכנים להעביר קניין בלי ראיות (עדים) זה בסדר, לא צריך ראיה אך כן צריך פעולה. רבי משה איסרליש- מוסיף ואומר כי צריך פעולת קניין הפוכה כדי לבטל עסקה.
* החזון אי"ש, פס"ד רניים חלק י עמ' 375- מציג את היחס בין גמירות דעת למעשה קניין. מדבר על "לגמור בליבו ולסמוך בדעתו"- כלל בסיסי חשוב ונכון, צד אחד גומר בליבו צד אחר סומך בליבו. היסוד השני- "הקניינים המפורשים מהתורה". ההיררכיה בין שני היסודות- המנטלי הנפשי והפיזי ברורה, עיקר הקניין שיגמור בליבו- כלומר גמירות הדעת.

הוא טוען כי גמירות דעת לעולם נדרשת לעומת מעשה קניין שלא תמיד נדרש כמו למשל בייאוש. ההנחה היא שייאוש שאינו מדעת לא ייחשב ייאוש ולכן יש להשיב את האבידה אם נמצאה טרם שאדם גילה שאבדה. הייאוש מלווה בידיעה, כוונה, גמירות דעת. החזון אי"ש טוען כי גמירות הדעת נוצרת או באה בסיוע של מעשה הקניין.

* הרב טיקצ'ינסקי, השקפה יסודית על תורת הקניינים- לטעמו העיקר בכל הקניינים ההוא סמיכת הדעת של המוציא מרשותו והמכניס לרשותו, והמעשה הוא רק תפל. המעשה רק מבליט את גמירות הדעת. מקור הקניין הוא מקניין תורה או מנהג קבוע. הרב טיקוצ'ינסקי ומד את דיני הקניין מדיני הקידושין. הגמרא בבא מציעא- יש מקרה בו אישה מקבלת פרוטה וקודשת ומקרה בו מקבלת מאה אלף דולר ואינה מקודשת- ההבדל שאם הקידושין שלא ע"פ רצונה לא תקודש. מספיקה פרוטה לקידושין. דוגמא אחרת של הפקר- קהילות יהודיות ביצעו בעבר הפקר בית דין לשם הענשה או השתלטות על נכסים, הפקעה. טיקוצ'ינסקי אומר שגם במקרים בהם מותר להפקיע אין בכוחם להפקיע אם לא היה זה מנהג שידעו עליו אנשים, גם אם בפועל אינם מסכימים להפקעה ואין גמירות דעת של ממש. גם בייאוש, לא ניתן לייחס לאדם ייאוש קונסטרוקטיבית.
* **גמרא קידושין כו עא**- לפי המשנה נכסים שיש להם אחריות הם מקרקעין ושאין להם אחריות הם מיטלטלין. אדם המלווה כסף מחברו ומעוניין לקבל בטוחה יעדיף מקרקעין כי הם לא אובדים או נגנבים והערך שלהם לא יורד בשונה ממיטלטלין. התלמוד קובע כי קרקעות משתעבדים באופן אוטומטי, דבר בעייתי כי ליהודים לאורך ההיסטוריה לא היו קרקעות. המשנה אומרת כי קיימים דרכי קניין שונות- למיטלטלין במשיכה (פעולה פיזית) ולמקרקעין בכסף שטר וחזקה.

יש לכך שני פירושים:

1. כדי להעביר קרקעות בקניין צריך 3 דרכי קניין מצטברים: כסף, שטר (ראייתי) וחזקה- פעולה בקרקע שמבטאת העברת בעלות.
2. בכסף או בשטר או בחזקה- למשל במסכת קידושין אם היה מצטבר היה צריך גם לקבל גט וגם להרוג את הבעל.

קושי- אם נדרוש שמיטלטלין יעברו רק במשיכה לא נוכל לקנות מיטלטלין בלי לגעת בהם פיזית, בתקופת המשנה פתרו זאת ע"י **קניין אגב**- להשתמש בדרכי קניין של מקרקעין לצרכי קניין מיטלטלין. קונים מאותו מוכר גם קרקע ובאמצעות הקרקע את המיטלטלין שעליה.

התלמוד שואל **מניין למשנה שקונים מקרקעין בכסף?** התלמוד הולך לירמיהו. לכאורה יש מקור טוב יותר של קניית מערת המכפלה ע"י אברהם. ייתכן שלא פונים אליו כי לאברהם לא היה כסף במובן שמתכוונים אליו וכן כי נכתב לפני שניתנה התורה ולכן הדינים שם לא בהכרח אלו שהתורה מתירה. בספר ירמיהו מסופר על הנביא שיושב בכלא צידקיהו בערב החורבן, האל נגלה אליו ואומר לו שבן דודו יבוא אליו ועליו לקנות את שדהו בענתות זאת למרות שהבבלים שולטים בקרקע. זוהי נבואת נחמה על שיבת העם לאחר גלות בבל. כתוב שם ששדות קונים בכסף. הפס' מתייחס גם לכסף וגם לשטר- "שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתמו", המשנה אומרת או כסף או שטר, ההסבר התלמודי הוא שמדובר בשטר שהוא ראייה ושאינו חלק מיצירת הקניין.

בחלק השני של ההלכה **רב, האמורא הבבלי** אומר שאפשר לקנות קרקעות או בכסף או בשטר אך המשנה אמרה את זה רק לגבי מקומות בהם קונים בכסף בלבד ולא נהוג לכתוב שטר. שטר הוא דבר טוב כי הוא מוכיח מי הבעלים, במקום בו נהוג לכתוב שטרות ולאדם אין שטר, לא תהא הוכחה כי רכש את הקרקע. התלמוד מוסיף על כך שאם אדם אומר במוצהר שהוא יודע שנהוג לכתוב שטרות אך הוא סומך על שותפו, יש פה גמירות דעת ולכן זה מקובל. הוא מנסה לתמוך בסיפורו ע"י סיפורו של **רב אידי בר אבין** שהוא סוחר מקרקעין. ההנחה היא שזכותו של אדם לומר מפורשות כי הוא מוותר על השטר.

**מניין שקונים בשטר?**

ההוכחה המקראית בספר ירמיהו- "ואקח את ספר המקנה". ההוכחה ההלכתית- **החכם שמואל** (ראש הישיבה המתחרה של רב) אומר שאם כסף זה בעם ביטוי לתמורה לא יכול להיות מקום שלא נותנים כסף או שווה כסף- הבסיס בעסקאות מכר הוא התמורה, אך יש אפשרות לעסקאות ללא תמורה כמו **עסקת מתנה**. בשלב זה **רבי המנונא** שואל "בשטר כיצד?" התשובה היא- "כתב לו על הנייר או על החרס..." כלומר לא חייב נייר ולא צריך להיות שווי מינימאלי כספי מספיקה הצהרה- **"שדי נתונה לך"/"שדי מכורה לך"**. עולה שאלה האם ניתן לעשות עסקת מכר באמצעות שטר בלבד? הוא נותן תשובה שיש עסקאות המוגדרות כעסקאות מכר אך האינטרס של המוכר אינו קבלת תמורה- "מוכר שדהו מפני רעתה", במקרה כזה שטר יכול להספיק. בסופו של דבר הבבלי אומר שלא ניתן למכור נכסים ללא שטר וכסף.

* תוספתא מסכת כתובות ב- הדין בא"י היה אחר, ניתן היה להשתמש בכסף או שטר או חזקה כשלכל אחד חוזק שונה. היתרון של קניין החזקה הוא שניתן לעשות פעולה חזקה בקרקע אחת ולקנות גם את הקרקעות האחרות של אותו מוכר, לא צריך לעבור משדה לשדה. לעומת זאת כשמשתמשים בכסף או שטר צריך לעשות פעולות אלו על כל אחד מהשדות.
* תלמוד ירושלמי, מסכת קידושין א הלכה ה'- **רבי ירמיה** מפרש את המשנה כך שמדובר בשטר על מנת שלא לתת כסף בעסקת מתנה, כדעתו של שמואל בבבלי. (רבי ירמיה למד וגדל בבל עד שסולק מהישיבה בשל שאלותיו המכשילות- הכפלת השטח והפירות בייאוש) הירושלמי תומך בדעתם של **ר' יונה ור' יוסה** שטוענים שלא צריך כסף ואפשר גם רק בשטר ומתבססים על תוספתא כתובות. לא ייתכן שמשתמשים במילה או אם רוצים שזה יהיה מצטבר. **החכם רבי בא (אבא)** אומר שאמנם כתוב במשנה כסף אך מדובר רק על כסף שניתן במקום שבו אין ציפייה לקבל את השטר, במקום בו קיימת ציפייה לקבל שטר, לא קנה עד שיכתוב את השטר, בדומה לדעתו של רב בבבלי. **זו כנראה הייתה ההלכה בא"י**.

התפקיד של מעשה הקניין הוא להוכיח את קיומה של גמירות הדעת, כאשר מעשי הקניין לא נעשו כשורה יהיה קשה להוכיח **גמירות דעת**. זה הופך למעשה קניין רק כשהכל נוהגים כך- יש צורך בדרכים אחידות.

* הרמב"ן, חידושי הרמב"ן מסכת קידושין דף כו עמוד א- במסכת בבא מציעא קיימת סוגיה של אדם שהיה זקוק לכסף ומנסה למכור קרקע, נאמר לו כי הקרקע קטנה מידי אך אם ימכור גם את החלקה שלידה במכיר כפול יסכימו לקנו ממנו. הבעלים לא מעוניין להיפרד מהחלקה השנייה- הוא לא מוכר עבור התמורה אלא כי אין לו ברירה- המוכר שדהו מפני רעתה. הנפקות ההלכתית לכך שמספיק שטר בלבד. אם כתב שטר על שתי החלקות יחד וניתן לו סכום רק על הראשונה- לכאורה קנה בכף גם את השנייה כי שטר מספיק. התלמוד אומר כי יש לבחון את התנהגותו, לראות כמה הוא לחוץ על הכסף של החלקה השנייה. אם כך למה לא לבדוק את אומד דעת הצדדים בכל מצב? לפי הרמב"ן זה לא יעיל, יש צורך ליצור וודאות.
* דברי הכנסת בחקיקת חוה"ח- השופט בנימין הלוי אומר כי המחוקק הישראלי לוקח את המונח גמירות דעת אך ללא המבחנים שבהלכה מה שיוצר בעיה בהוכחתה של גמירות הדעת.
* הר"ן על הרי"ף, מסכת קידושין דף ז עמ' א- יושבת אישה בשוק ומוכרת כל מיני דברים ואדם חוטף לה חפץ מהדוכן ואז שואל אם תתקדש לו במידה וישיב לה את שחטף. במידה ואינה עונה והוא מגיע לבי"ד ואומר שהסכימה להתקדש כי שתקה. רבי נחמן אומר ששתקה כי רצתה לקבל את החפץ בחזרה, ההלכה שאינה מקודשת לו (בשנות ה-60 הגיע לבד"ר שם ישב עבדאללה יוסף מקרה דומה). הר"ן מצטט את הרשב"א ואומר כי יש לפרש את שתיקתה של האישה בפרשנות סבירה שלא התכוונה בקידושין, ובקידושין כמו בקניין ואף יותר יש צורך בהסכמה וגמירות דעת הצדדים. אם תאמר שנכון ששתקה אך התכוונה להינשא לו, אומר הרשב"א שלא מאמינים לה- יש להפעיל את מבחן האדם הסביר, זה לא סביר אלא אם יימצאו ראיות שתומכות בכך. אפשרות אחרת היא אם ממילא היו משודכים ואז ניתן להאמין לה.
* שו"ת הר' יוסף בן לב- שני בעלים משותפים של חנות שאינם מסתדרים זה עם זה ומחליטים לפרק את השותפות. שמעון ממנה את לוי כשליחו לקנות עבורו את החלק של ראובן (אין שליחות נסתרת ראובן יודע). העסקה תתבצע ע"י קניין סודר ושבועה. לוי שילם חצי מהכסף ולקח לו שבוע נוסף לגייס את הכסף, בינתיים ראובן מתחרט, אך שמעון לא מעוניין בביטול העסקה. הדברים המוסכמים הם שנעשה קניין סודר ושבועה. לא ניתן לומר שהיה שטר אך הייתה גמ"ד, ראובן טען שצריך שטר והוא צודק אך השטר נכתב לטובת הקונה ושמעון יכול לומר כי הוא רוצה לקנות את החנות גם ללא השטר (ראינו לעיל). ראובן מכר את החנות שלו בגלל סכסוך ולכן נכנס תחת- מוכר שדהו מפני רעתה, מכאן כי לא חייב שטר ומספיק מעשה קניין אחד. עיקרון העל- בכל עסקה הדבר הכי חשוב הוא גמ"ד ויש לחפש פרמטרים המצביעים עליה. בנוסף, יש כאן שבועה המצביעה על גמ"ד באופן מובהק, השבועה ההלכתית משמעותית ומחוייבים לה חד משמעית.

ההלכה מנסה לתת מבחנים פרקטיים לגמ"ד- שטר ומעשה הקניין. אם נעשה מעשה קניין אחר התשובה אינה חד משמעית. פתרון שעלה הוא רעיון המנהג- מנהג הסוחרים או המדינה דרכו ניתן לקבל מעשי קניין שונים שאינם ברשימה. יוצא מכך כי התושבים יכולים ליצור מעשה קניין חדש ולהכניס דרך המנהג נורמות חיצוניות.

* סיטומתא- לפי התלמוד ניתן לקנות בסיטומתא, חכמים לא בטוחים האם זו קניה של ממש או קניה מבחינה מוסרית. לפי השיטה הרחבה זהו מעשה קניין של ממש- מדובר בסימון או חתימה על חביות יין- זהו מנהג סוחרים פרסים שסחרו עם היהודים ונכנס דרך המנהג להלכה, ומכאן גם כשסוחרים יהודים יעשו כן יהא לכך תוקף. חבית יין=מיטלטלין, אם מבצעים עסקה של מאות חביות, קשה להרים כל אחת מהן בנפרד.
* שו"ע, חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן רא- מתאר שתי סיטואציות קנייניות של סיטומתא ולחיצת יד. בסיטומתא יש מעשה קניין, יש רישום על הנכס אך ניתן להבין כי אין מעשה קניין ע"פ ההלכה. סוחרים אינם כפופים למערכת אחת, הם מסתובבים. ישנה רשימה אינה סגורה של דוגמאות למעשה קניין שמחולקת ל-2: מנהג המדינה ומנהג הסוחרים. **קליינמן** מראה כי קיימת מבוכה כלפי המנהג והתנגדות של החכמים. בימי הביניים בפסיקה האשכנזית כדי שמנהג יהא תקף היה צורך כי החכמים יאשרו אותו.
* הרב טיקוצ'ינסקי, השקפה יסודית על תורת הקניינים- עומד על ההבדל בין תקנה למנהג, בתקנה חכמים קובעים ואילו במנהג הם נותנים גושפנקא, על בסיס המצב הקיים. בקהילה האשכנזית של ימה"ב המנהג היה מרכזי כי יהודים רבים עסקו במסחר עם גויים וקלטו נורמות חיצוניות. זה מסתבך כאשר הקהילה גדולה ומחולקת לציבורים רבים בתוכה. קושי- המנהג טומן בחובו משמעות חתרנית להלכה, הבעיה גוברת עם הקמתה של המדינה.
* הרב זלמן נחמיה גולדברג, מתוך סדרת השיעורים 'בגדרי הקניינים'- דן בתוקפם ההלכתי של חוזים. הוא מבחין בין דוגמת מנהג הסוחרים שצמח מלמטה ע"י הסוחרים שמשכללים אותו כל הזמן לעומת, חוקים שהמחוקק קובע- למעשה הכרה בסמכות חיצונית להלכה ולכן לטעמו יש סמכות רק לחכמים ולא למדינות. מנהג בהגדרתו צריך לצמוח מלמטה, בפועל האבחנה הזו לא התקיימה.
* 764411/1 בי"ד בנתניה- לאחר שהעליון קבע בפס"ד בני נוח שלבד"ר יש סמכות בהתרת נישואין אזרחיים אך לא בנגזרות התביעה (מזונות, ממון וכו'). הבעל כורח בתביעה את הרכוש ושואל ע"פ איזה חוק? לכאורה על הדיין לדון ע"פ דין תורה אך כיוון שהנישואין אזרחיים אין התייחסות לחיובי ממון ולכן לאישה לא מגיע דבר. הדיין יכול לפעול ע"פ מנהג המדינה (כפי שקבעה ההלכה בפס"ד בבלי). הרב ינאי בודק את הסוגיה דרך מחלוקת בין הרב קארו והרב יוסף ליטראני. לפיהם חיובים במשפחה העוסקים באיסור והיתר לא יכולים להיות כפופים למנהג. המחלוקת הייתה סביב מקרה של אנוסים- יהודים שהמירו דתם לנצרות מפחד- האם החיובים לפי החוק הקתולי/ ספרדי מחייב אותם? ליטראני אומר כי זה תופס, קארו אומר כי לפי ההלכה לא היו נשואים כללי ולכן לא רלוונטי איזה חוק יחול עליהם. למרות זאת קארו היה מוכן להכיר בזכויות האישה אם היו עושים חוזה כי זהו תנאי ספציפי.
* 892679/7 בד"ר האזורי חיפה- האישה טוענת כי לא רצתה לחתום על הסכם גירושין מבעלה שאומר כי היא מוותרת על כל רכושה כדי לקבל גט, היא רצתה להתגרש וחייבו אותה לחתום על חוזה דרקוני וכעת היא מעוניינת לבטל את הסכם הגירושין. בד"ר אומר כי גם לו היה זה 'אונס' זה לא היה משנה דבר כי זה כאונס של אדם שמכים אותו עד שיסכים למכור את הנכס. הרב ולדנברג- אומר שגם לו היה כאן אונס זה בכל מקרה תקף. דרך מנהג המדינה ניתן להכשיר חוזה שאין עליו מעשה קניין במידה ונעשה בפני בי"ד.
* הרמב"ם, הלכות מכירה פרק י- "אפילו תלו עד שמכר"- במקרה של אונס למכור, במידה והייתה תמורה ולא היה גזל, גם אם מדובר באיום על חייו של אדם זה תקף. גמירות דעת אינה כוללת רצון חופשי.
* בבלי, מסכת בבא בתרא דף מז עמ' ב- "תליוהו וזבין- זביניה זביני", רב **הונא** אומר שמכר הוא מכר. דבריו מוסכמים ואף אחד לא מערער עליהם לכן התלמוד לא מערער על קביעה זו אלא מוצא לכך טעמים: הרשב"ם מסביר כי הרב הונא מקצין אתה מציאות השגרתית של האונס הכבד ביותר של איום על החיים אך הוא ממשיך לקו שבכל עסקאות הקניין, אדם שמוכר נכסים עושה זאת מאיזשהו כורח. התלמוד מתנער ואומר כי שונה אונס עצמי מאונס ע"י אחר. ניתן להסיק שגמירות דעת באמצעות לחץ מצוי במקורות קדומים יותר- **כופין אותו עד שיאמר רוצה אני**. התלמוד מניח כי גמ"ד מצריכה רצון אך זה יכול להיות כפוי.

בספר ויקרא, אדם צריך להקריב קורבן עולם מרצונו, כשאינו רוצה כופין אותו, מרביצים לו עד שיסכים ויאמר רוצה אני. אם אפשר לכפות אדם לרצות בדיני קורבנות אז וודאי שבדיני קניין. אפשר להכריח אותו להביא קורבן כי אנו דואגים לו פן ייענש, אנחנו משיגים לו רווח דתי. קשה להשוות מצב זה לדיני קניין. בדוגמא השנייה במסכת גיטין- גבר שלא רוצה לתת גט כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, מרביצים לו עד שירצה לתת גט זאת משום שזוהי מצווה לשמוע דברי חכמים. במקרה המכר של הרב הונא לא מדובר בהיבט דתי. לפי הרמב"ם- המכות עוזרות להסיר את היצר הרע ואז אדם רוצה לקיים מצוות, אך מצוות שמיעת חכמים לא קיימת בעסקאות מכר. לכן המסקנה כי **לא קיים מקור קדום**- "אגב אונסיה גמר ומקנה", לא צריך רצון כדי ליצור גמ"ד.

* הרמב"ם, משנה תורה הלכות מכירה פרקים א-ה- דן בדרכי הקניין הקלאסיות:

1. לא ניתן לקנות בדברים בלבד, צריך מעשה קניין בלא קשר בסוג הנכס, בכולם המכר אינו תקף ללא מעשה קניין.
2. אם המקח נקנה באחד ממעשי הקניין הרלוונטיים אז המכר תקף ולא צריך עדים או תמורה או דבר נוסף.
3. קרקעות קונים באחד מ-3 הדברים: כסף או שטר או חזקה.
4. כסף לבדו קונה קרקעות בתנאי שבמקום לא נהוג לכתוב שטר, אם נהוג לכתוב בשטר חייב את שניהם אלא אם הקונה מוותר מפורשות על השטר.
5. קניין השטר הוא הצהרה קבועה של המוכר -"שדי נתונה/ מכורה לך".
6. פעולת חזקה שיעילה גם בעסקאות מתנה צריכה להיות פעולה שיש בה ערך או תועלת. אם חרשת את השדה זו פעולת קניין בו. בכל מקרה המוכר צריך לאפשר לקונה לבצע מעשה קניין בשדה.
7. כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ונקנה או בכסף או בשטר או בחזקה- לא ניתן להפרידו ולקנותו כמיטלטלין, אלא אם כן מדובר בדבר שפיזית עדיין מחובר לקרקע אך ניתן להפרידו כמו ייבול.
8. עבדים נקנים כמו מקרקעין בכסף או שטר או חזקה. ייתכן שנובע מכך שסחר עבדים היה לשם עיבוד קרקעות ועבודות חקלאיות.
9. הרמב"ם שם את הבהמה והעבדים בפרק אחד כי מדובר ביצורים חיים הנעים בכוחות עצים ויש להם רצונות משלהם. למרות זאת דיני הקניין של בהמות הם כשל מיטלטלין, יש לקנותם במשיכה. כשהחפץ קל כך שניתן להגביהו יש להגביה, כלא יש למשכו. בבע"ח יש סכנה שיזוזו וייפגעו ועל כן אפשר ע"י משיכה.
10. **הגבהה** זה ניתוק החפץ מן הקרקע ו**משיכה** יכולה להיות גרירת של הדבר כשהוא צמוד לקרקע.
11. רק במקום שהנכס כבד מידי נעבור למשיכה. הרמב"ם מדבר על ספינה, שניתן לקחת צבא של עבדים שימשכה אז זהו לא דבר סביר לכן הפעולה השלישית במדרג היא **מסירה**, המסירה כאן היא ע"י הכברת החבל שמחבר את הספינה לרציף לידיו של הקונה, זוהי פעולה פיזית בנכס.
12. מדין תורה ניתן לקנות מיטלטלין בכסף אך חכמים ביטלו זאת מחשש לשלומו של הרכוש או מתוך פטרנליזם לטובת הקונה. התלמוד מתאר מצב בו אדם שראה כי אחר קצר את החיטה ושם אותה במחסן והחליט לקנות אותה. בלילה פורצת שריפה, המוכר לא איכפת לו כי כבר קיבל כסף יום קודם ולכן לא ייעשה דבר, מכאן הוחלט כי החיטים יהפכו לשלו רק כשייקח אותם.
13. דרך קניין חצר הוא פותר את הצורך במגע פיזי עם הנכסים, מדובר בסיטואציה של מקנה קרקע ומיטלטלין כאחד, אגב קניית הקרקע קונים גם את המיטלטלין. על הקרקע והמיטלטלין להיות באותו מקום ושייכים לאותם בעלים ואז הקונה מקבל את שניהם. נכסים שבשטח שלי הופכים לשלי.
14. בקניין אגב- לא מדובר בקשר פיזי בין מיטלטלין למקרקעין אלא קשר משפטי בלבד שחייב להיות מלווה באמירה "קנה מיטלטלין אגב קרקע". הרמב"ם רומז כי ברור שמטרת העסק אינה לקנות את הקרקע אלא זהו אמצעי בלבד, אך גם קרקע הקטנה ביותר יכולה לקנות יהלומים. זהו קניין מתוחכם שיכול ליצור בעיה של גמ"ד בשל חוסר הטבעיות שבו לען יש לצרף אמירה מפורשת.
15. הרמב"ם מדבר על שני קניינים שנקראים חליפים. הראשון הוא החלפת מיטלטלין במיטלטלין- זוהי עסקה מורכבת כי לא ברור מי הקונה ומי המוכר. הקניין השני הוא קורא לו **"קניין"**- ברור לנו כי הכוונה פה היא ל**קניין סודר** שנוח יותר לכל סוגי הנכסים. קניין סודר צריך אמירה פוסקים מאוחרים אומרים שלא צריך אמירה כי זהו מנהג שכבר ברור לכל).

עסקת מכירת חמץ- מכילה את כל דרכי הקניין. במהלך הדורות מתפתח מנהג מכירת החמץ. ניתן למכור לבד- מדובר במכר אמיתי. כשמדברים על מכירת חמץ מדברים על משהו שאמור לשוב לאחר הפסח. בתוספתא- אדם נמצא במסע ארוך בים, הגיע חג הפסח וחלק מהאוכל שהביא איתו הוא חמץ, הוא יכול להסתדר כמה ימים ללא החמץ אך אם יזרוק את החמץ יסכן את חייו. התוספתא אומרת שיכול למכור את החמץ ללא יהודי ושזה יסכים לא לאכול את החמץ ולהשיבו. הראשונים ראו בכך כדוגמא. הסיטואציה הייתה מוגבלת בהתחלה לדיני נפשות- סכנת חיים. בהמשך הורחבה למצבים נוספים.

אם עד עכשיו היה זה מכר מיטלטלין, אז בית המרזח שהיו מייצרים את הבירה מכרו את המקרקעין עצמו או השכירו אותו לגוי- העסקה הזו משוכללת, קניין אגב. הם עשו שני קניינים, גם קניין סודר וגם קניין שהיה מקובל במדינה שהגוי חי בה ואז אפשר לראות שמוכרים חביות בירה באמצעות שטר, זה מהתאמה למערכת המשפטית של הגוי. יהודים ביקשו לשלם מיסים כדי שהעסקאות יוכרו רישמית ולא יהיה חמץ (הקיסר לא הכיר בעסקאות אלו כי נשמע לא אמין). לשיטתם הוסיפו חכמי ההלכה עוד מעשי קניין- דבר חריג שנועד לחזק את הרצינות אך משדר שלא רציני.

* הרב שטרן- מציג מחלוקת בנוגע למצב בו קונים מיטלטלין (חמץ) רק בכסף כאשר הצד השני הוא גוי. חכמים ביטלו את האפשרות כאשר מדובר ביהודים כדי לוודא גמירות דעת. האם ניתן לקנות רק בכסף כמדובר בגויים? לטענתו עדיף לעשות גם כסף וגם משיכה. אם יש בעיה לעשות אחד ממעשי הקניין בסעיפים הקודמים, למשל לא ניתן לעשות משיכה של כל החמץ, אפשר לעשות מעשה קניין נוסף- קניין חצר. במידה ועשינו 7 קניינים אך מתברר שאחד מהם לא נעשה כראוי- יש צורך להתנות כי כל קניין תקף בנפרד, ביחד ולחוד כדי להימנע מהבעיה.

**המקור של מעשה קניין**

ישנם חוקרים שיאמרו כי מקורו של השטר הוא מדין זר אך חכמים לא יודו בכך. לפי החלוקה הנורמטיבית מקור מעשה הקניין הוא מהמקרא, דרבנן (תקנות) או מנהג. במישור ההיסטורי- ההיסטוריה לא רלוונטית בשיח הדתי, השטרות דומים לשיטות משפט אחרות.

* ספר החינוך- הרשימה שלו זהה לרשימה של הרמב"ם אך הסדר שונה. הוא מרחיב בטעמים של קיום המצוות ודן במצווה- **"בן לוקח ומוכר".** בספר ויקרא- מתוארים מצבים של גאולת קרקעות שמאפשר לקנות חזרה את הקרקע שמכרת. הרמב"ם וספר החינוך מכנסים את הפסוקים למצווה אחת- עשיית דין בן לוקח ומוכר- הבניית מערכת שיפוט קניינית. חייבים ליצור מערכת קניין כי חברה אנושית צריכה גבולות, יש מצווה כללית לעשות מעשה קניין. לעם יש צורך ורצון בדיני קניין. בדומה לרמב"ם הוא מדבר על דרכי הקניין לפי סוג הנכס. הוא טוען ל**מקור הנורמטיבי של דיני הקניין**. הוא אומר שאין מעשה קניין מהתורה והכל תקנת חכמים. הוא בודק אם קניין סודר נמצא בתורה- הוא אומר כי התורה ציוותה להקים מערכת של מעשי קניין ונתנה לחכמים את התוקף לעשות זאת- יש פה הרשאה, התורה קבעה דין כללי שבא ואומר שצריך שיהיה משפט כי אחרת התורה לא תוכל להתקיים.
* חתם סופר, דבר הקניינים בכלל- אומר שברור שהתורה רצתה שנכסים יעברו באמצעות כללים ברורים אבל היא לא הקפידה על דרכים ספציפיות והותירה זאת לחכמים. דיני קניין מקורם בתקנות חכמים והפסוקים הם רק אסמכתא. דין תורה לא יכול להתקיים בלי שחכמים יצקו בו תוכן.

**קניין סודר**

הקניין סודר לא קיים בירושלמי ובמקורות מא"י אלא רק בבבלי. התלמוד הבבלי עושה מאמץ כדי לבסס את הקניין על הכתובים. במשנה אין קניין סודר בכלל, חכמים ניסו להראות כי יש לו ביסוס במקרא. בכל מקרה לא נאמר כי הקניין לא קיים, זהו קניין נוח שהחכמים רוצים לבססו.

* ספר רות, פרק ד- בועז מתאהב ברות ורוצה להינשא לה, אך יש קרוב משפחה שלה שלו היא אמורה להינשא לאחר מות בעלה, ועליו לוותר על הזכות להינשא לה. רעיון הייבום בזמנו היה רחב יותר לקרובים שלא מאותו אב. המו"מ בין גואל לבין בועז. לאורך הסיפור מופיעים השורש ק.נ.ה וג.א.ל. יש שני מרכיבים- שדה ורות המואביה. הגואל מעביר לבועז את הזכות הנוגעת גם לשדה וגם לרות. חז"ל קבעו שכשאדם מייבם את האלמנה אז האח המייבם מקבל את זכות הירושה של האח המת. במקרה הזה גואל אמור לגאול את השדה וגם להינשא לרות, בועז קונה את שתי הזכויות.
* התלמוד הבבלי על ספר רות- כמקור לקניין הסודר, קניין נכסים באמצעות העברת חפץ סמלי- הנעל (חליצה), היא לא נשארת אצל מי שקיבל אותה, ולא תמורה ממשית אך ע"י העברתה בועז לוקח את הקרקע מגואל. יש שאמרו שלא חייב נעל אלא כל חפץ, חלק טענו כי לנעל משמעות עמוקה בגלל שהנעל היא שמחברת אדם לקרקע ולכן בקניה של קרקע משתמשים בנעל. בכל מקרה אין לדעת האם המוכר נותן לקונה או הפוך. בתרגום היווני- המוכר נותן לקונה את הנעל. בסיפורו של יוסף בן מתיתיהו מהכלא- רות היא זו שחולצת את הנעל של גואל כדי להשתחרר ולהתחתן עם בועז. אונקלוס על ספר רות- כתב שאדם לוקח משהו שיש לו על יד ימין, איזשהו נרתיק, הוא לא מתייחס לנעל, מתרגם לשפה של זמנו- לכן אין חשיבות לנעל. "זאת התעודה בישראל"- מבצע פעולה למטרת עדות. אבן עזרא- מפרש קרוב לפשט. אומר שזו עסקת מקרקעין ומסביר את המילה תעודה בתור עדות. או שיש משהו עקרוני בנעל או שלא. מסתמך על חז"ל ומאמץ את ההלכה התלמודית, כל מי שנותן חפץ הוא הקונה. רש"י- מפרש קרוב לתלמוד. גאולה= מכירה מיוחדת. רש"י אומר שמהפסוקים לא ברור מי נתן למי, אך הוא רק פרשן לכן לא קריטי לו.

בספרות חז"ל המחלוקת סביב הפסוקים משמעותית, הם רוצים להשתמש בזה כהצדקה לקניין סודר.

* הירושלמי, קידושין פרק א, הלכה ה-התלמוד מספר איך היו קונים פעם ומדגיש כי זהו קניין הכי קדום שיש. השאלה מי הוריד את הנעל אינה משפטית אלא היסטורית בלבד. ("שם אומרים"- הכוונה לבבל). הירושלמי מתאר מחלוקת בין רב ולי החולקים ביניהם מי חלץ את הנעל הקונה או המוכר, זוהי מחלוקת פרשנית בלבד. מדרשי האגדה על המקרא מא"י- מחלוקת פרשנית ללא השלכות מעשיות. נותן דוגמאות נוספות שלא יודעים מי עשה את הפעולה: (1) כששמואל קורע את המלכות משאול- לא ברור את המעיל של מי קרע ומי עשה את הפעולה. (2) קריעת השבטים ע"י אחיה- את השמלה של מי?

הירושלמי אומר שהחליפו את המנעל בקצצה ושואל מהי קצצה, מתוארים מקורות של איש שנושא אישה שאינה ראויה לו וקרוביו משפילים אותו בשל כך עד שיעזבה. הלמוד עושה אפליקציה מדיני הנישואין לדיני הקניין. הטקסט מעלה קשיים:

1. מסתדר רק אם מדובר בשדה אחוזה, אם לא מוכר שטח משפחתי מדוע שיגונה.
2. הקצצה נעשית ע"י קרובי משפחה- לא מתאים לדרכי הקניין הידועות, הפעולה צריכה להיעשות ע"י המכר או הקונה כדי להעיד על גמ"ד.
3. אנו יודעים שאם הקרובים לא מרוצים ממכירת חלקה משפחתית, הם יכולים לקנות אותה, מדוע שיעשו קצצה?
4. הקצצה היא לאחר הקידושין, היא לא מעשה הקידושין עצמו. אם כך למה שתהיה מעשה קניין?

* יחיהו ליפשיץ- בסורית המושג קצצה או הפועל לקצוץ זה חוזה- לעשות חוזה. כלומר קנו קרקעות באמצעות חוזה, ייתכן שלא היה מעשה קניין וניתן היה לעשות הסכם להעברת הבעלות, וכנראה שבשלב מסויים החליטו כי יש צורך במעשה קניין. עד היום אנו קוראים לעשיית חוזה כריתת חוזה. בספר בראשית- האל עושה ברית בין הבתרים- הברית נעשתה ע"י חיתוך הבהמות, מסמל משהו סופי. בספר ירמיהו- עשו הסכם ע"י חיתוך של עגלים.
* תלמוד בבלי, בבא מציעא פרק 4 מז- **במה קונים**? **רב** אומר בכליו של קונה ו**לוי** בכליו של מקנה, רב ולוי אמרו את דבריהם ללא הסבר התלמוד מסביר את רב, משום שנוח לו הקונה שהמקנה ייקח ממנו את החפץ וכך יגמור בדעו ויקנה לו. הרווח שלו הוא וידוא גמ"ד אצל המוכר. לוי מנגד אומר בכליו של המקנה. חכמים מאוחרים יותר ניסו לפרש: **רב הונא**- אינו מבין את לוי כי הוא רואה פה קניין אגב הפוך. קונים קרקע על גבי מיטלטלין. **רבה** עונה לו בתוקפנות, ומסביר את לוי. הכוונה של לוי הייתה שהחליפין או התמורה זה עצם הנכונות של הקונה לקבל את הסמרטוט שאני מגיש לו, זה יוצר הנאה למוכר ומביא לגמירות דעתו. בעולמם של האמוראים להנאה במקרים מסויימים שווי כלכלי (אף קידוש בהנאה). הקניין לא צריך להיות כסף כי אין לו שווי בפני עצמו, אלא אם מדובר במטבע אספנות. רב נחמן ורב ששת חלקו האם ניתן להשתמש גם בפירות. **רב נחמן**- לא. **רב ששת** - כן, אך פירות שלמים.

**סודר**- "סוד השם ליראיו", משהו ששמים על הראש, הקבוצה שהייתה הולכת עם כיסוי ראש היו המעמד הגבוה של תלמידי חכמים. בהנחה שהם עיצבו את דרכי הקניין מבחינתם הכלי הזמין היה סודר.

* הרב שטינזלץ, בבלי בבא מציעא- מחלוקת על קניין החצר, קניין שבו הקרקע כוללת את מה שנכנס בתוכה עבור בעליה. מה נדרש כדי שהקרקע תקנה עבור בעליה? כאשר מדובר בחצר משתמרת- למשל מגודרת, ונכנס משהו- אזי הוא שייך לבעלים. כאשר החצר פתוחה, יש מחלוקת בין **רבי אבא ורבי עולה**. רבי אבא אומר שאם זה נכנס לחצר זה שלך גם אם לא נוכחת. רבי עולה דורש נוכחות של אדם והכרזה שמה שנכנס אליה שלו. הקושיה של רבי אבא: מספר קושיה על מסעו בספינה של רבן גמליאל, העלו לספינה פירות שלא הפרישו מהם, רבן גמליאל רצה להקנות מעשרות לרבי יהושע שהיה לוי ולכן השכיר לו שטח בספינה ושם את הפירות שם, ולאחר מכן צדקה באותו אופן לרבי עקיבא בן יוסף. רבי אבא טען שזהו קניין חצר וניתן לעשות קניין גם בלי שהקונה יעמוד ליד הנכס. **רבי עולה** אמר שלא למד כלום. רבי אבא הוטרד מהנושא והגיע לסורא שם אמרו לו כי לא היה פה קניין חצר אלא קניין אגב, בקניין חצר מיטלטלין צריכים להיות בתוך הקרקע בקניין אגב המיטלטלין נמצאים במקום אחר.

בדור מאוחר יותר, **רבא** אומר שלרבי אבא הייתה סיבה טובה שלא לקבל את ההסבר משום שקניין אגב מסובך יותר מקניין חצר. קניין אגב וקניין סודר הם קניינים משוכללים ולכן סביר שאם כבר יעשו קניין סודר שהוא קל יותר, והרי לחכמים היו סודרים. רבא אומר שמניתוח הסיטואציה עולה כי רבן גמליאל אכן עשה קניין חצר כי בהפרשת תרומות ומעשרות לא ניתן לבצע קניינים מתוחכמים אלא רק בסיסיים, נתינה צריכה להיות במסירה פיזית (קניין סודר הכי נפוץ בכתובה- הנהנה מהכתובה זו האישה שבכלל לא נמצאת שם, העדים עושים עבורה את הקניין סודר, ניתן לבצע באמצעות שליחים).

* ר' שמעון קיירא, הלכות גדולות- אומר שאפשר להשתמש בכלי אך יש לכך שתי דרישות: חייב להיות כלי כלשהו ולא פרי, לא חייב שיהיה לו שווי כלכלי. הוא טוען כי לקניין מקורות היסטוריים עוד מימי משה.
* בעל התורים, סימן קצה- הראשון שמשתמש בביטוי קניין סודר, ברגע שהמוכר או הנותן לוקח את הכלי הרכוש עליו מדובר עובר לבעלות הקונה, עובד גם בקניין מתנה. בניגוד לרמב"ם שדורש אמירה, לא דורש אמירה כי לטענתו כבר ידוע לכל.
* רבי יוסף קארו, השו"ע- מעתיק את הרמב"ם עם הדרישה לאמירה, מה שהופך את הסוגיה למחלוקת בין אשכנזים לספרדים.
* כתר א תשנ"ו, חוזים על-פי דיני תורה- לאחר כתיבת החוזה יעדו קניין סודר לפני החתימה, כל אחד מהצדדים ייתן לרעהו כלי כלשהו למשל עט וכל אחד יגביהו כ-30 ס"מ. כדי שיהיה חוזה מחייב שני הצדדים צריכים לעשות את הפעולה. לא משנה של מי הכלי, יכול להיות גם של צד ג'.
* פס"ד 2000 בד"ר ת"א (1952)- אישה ללא ילדים עושה צוואה ומורישה את כל כספה לבית יתומים. לאחר מותה צצים קרובי משפחה שמבקשים לבטל את הצוואה. הם מגיעים עם עו"ד וטוען רבני. מלבד טענותיו של העו"ד הטוען הרבני טען כי לא נערך קניין סודר. עוה"ד סיפרו כי ביצעו קניין סודר, אך התברר כי ביצעו אותו הפוך, והאישה העבירה ממחטה לעורכי הדין שהיו אפוטרופוסים לקיום הצוואה, כלומר קניין סודר לשיטתו של לוי ולא שיטתו של רב. בד"ר דוחה את התביעה- הצוואה כשרה גם אם לא מתבצע עליה קניין זה. אם מישהו בוחר לעשות קניין סודר זה מראה כי זה חשוב לו אך במקרה דנן עוה"ד הציעו לה, והיא הסכימה.
* בתיק 844874/2 בד"ר הגדול בירושלים- זוג שהתגרש ועשה הסכם גירושין בבד"ר, בהסכם ויתרה האישה על כל זכויותיה וזכויות בנה בדירה. הצדדים לא חתמו על ההסכמה אך עשו מעשה קניין. לאחר זמן קצר הבינה את שעשתה וחזרה לבד"ר בטענה כי לא הייתה לה גמירות דעת. בבד"ר נחלקו הדעות: הרב שאנן בדעת מיעוט אמר כי היא צודקת ולשון השו"ע דורש שתבין את מעשיה ושתהיה גמירות דעת. מקובל כי צדדים חותמים על הסכם כיום וקוראים אותו לפני חתימה, ברחוב לאף אחד לא יספיק קניין סודר לבדו. הרבנים אלגרבלי ושרמן טענו כי היה קניין סודר והאישה התחייבה וזה מספיק. בבג"ץ- נדחתה העתירה שלה, השופט עמית אמר שאינו מתערב, בג"ץ מותיר לבימה"ש העליון להתערב רק כאשר ישנה חריגה מסמכות או פגיעה בחוקי הצדק הטבעי ולא כך היה. מבחינתו קניין סודר הינו טקס שמולא. רובינשטיין מסכים.

**שטרות**

המסמך הכתוב משמש כמסמך ראייתי אך בחלק מהמקרים השטר הוא גם זה שיוצר את הפעולה המשפטית. העדות היא חלק מיצירת המעשה המשפטי. שטרי הקניין הם שטרות שעיצובן הבסיסי בספרות חז"ל היו של שטרות ביצוע שיוצרים את הקניין וגם מהווים ראיה, ולכן הסוגיה בבבלי אומרת שלקונה אין גמירות דעת ללא שטר, אך היו מקומות וזמנים בהן שטרות לא היו מעשה קניין. האזכור הקדום ביותר לשטר הוא בספר ירמיהו. הכתובה למשל היא שטר חוב, סוג של שעבוד צף ולכן תאריך הכתובה קריטי, גם אם החיובים הבסיסיים לא יופיעו בכתובה, הם קוגנטיים ועדיין יחולו על הבעל.

יש שטרות שהן ראיה בלבד ולא יוצרים התחייבות, שטרות לא יכולים לקנות מיטלטלין הם תקפים רק על קרקעות ולכן שטר כזה יהווה ראיה בלבד, למשל מיטלטלין יקרים. שטרי ערבות הם סוג של הצהרה. ניתן ללמוד משטרות יותר מהחוק הכתוב, מכשירים שמתפתחים מהר יותר. ע"פ החוק אפשר לקחת עלה או חרס ולכתוב עליו **"שדי מכורה לך"**, בפרקטיקה לא נהגו כך.

* ירמיהו לב-ירמיהו קונה את שדה בן דודו בענתות בשקול כסף, הקניין האמיתי היה באמצעות הכסף והשטר היה ראייתי. ספר המקנה הוא שטר המלווה את הקניין בו ככל הנראה היה כתוב כי חמנאל מכר לירמיהו את השדה וקיבל תמורה, ירמיהו הוא החותם, וכן היו עדים. הוא מדבר על הפעולות שהוא עשה, בשום מקום לא כתוב שחמנאל מעורב בשטר. יש מחלוקת על משמעות הסעיפים:
* רש"י- "ספר המקנה את החתום"- מסמך אחד ולא שניים, השטר והחתימה עליו. "את הגלוי" אומר רש"י, חתום וגלוי זה שתי פעולות המתבצעות על הספר עצמו, גלוי הוא הליך גילוי שטרות כאשר השטר מובא לביה"ד לאישור הדיינים (בדומה לטאבו).
* רד"ק- טוען שיש שני ספרים, אחד חתום והשני גלוי. הגלוי לשימוש יומיומי והחתום פותחים רק במקרה שיש מחלוקת. החתום נשמר בבי"ד.
* מצודת דוד- שטר הקניין חתום ע"י בעל השדה, חמנאל חתם למרות שלא ניתן לראות זאת בפשט הפסוקים. השטר נעשה ע"פ חוק, גם לפי מצודת דוד יש שתי שטרות- שטר גלוי, למעשה שטר על שטר פומבי.
* מלבי"ם- היו שני ספרים, ספר המקנה וספר הגלוי. אחד חתום וסגור והשני גלוי כדי שהכל יוכלו לראות.
* רש"י, מסכת בבא בתרא, פרק עשירי- המשנה מדברת על גט קשור ומקושר, המשמעות המקורית של המילה גט או כתובה היא חוזה. גט מקושר לוקח זמן רב יותר (כדי שהכהנים יוכלו להתחרט, אחרת הגירושין סופניים). רש"י אומר כי בשטר הגלוי של ירמיהו, בו כותבים את הטקסט והעדים חותמים בסוף, ואילו בשטר המקושר עדים חותמים מאחור. כותבים את הטקסט ומגלגלים אותו ואז קושרים את הקלף המגולגל. אותה טכניקה הייתה קיימת בימי ירמיהו וכן בימי חז"ל. אותו קלף פפירוס היה גם שטר פשוט וגם מקושר (עדויות בממצאיו של ידין במדבר יהודה). הטקסט היה אותו טקסט, כשהחלק העליון היה מגולגל וקשור וליד כל קשר חתימת עד אחר, מה שמגדיל את מצאי העדים.