**קניין במ"ע- מחברת מקוצררת**

**1. זכויות אדם במשפט העברי**

**מושג הזכות במשפט העברי** ההלכה אינה מכירה במושג הזכות, לפחות לא באופן ישיר. יש בעייתיות בהעמדת האדם במרכז ולא את הקב"ה.

**מנחת אשר-** אין איסור מפורש בתורה להזיק לאחר, אך כתוב שאם מזיקים צריך לשלם. **שליח לדבר עבירה-** מסוגיה זו עולה באופן עקיף על האיסור להזיק (יש איסור על השליח להזיק גם בנזק ממון ולא רק בנזק גוף). מאיפה זה הגיע? 1. סברא- **מצוות השבת אבדה**. 2. הסבר שהוא לא סברא- האיסור "**לא תגזול**".

**רב כהנא ורב פאפא-** **מחלוקת-** מה מחייב אדם להחזיר חובות? **פאפא-** מצווה מהתורה (מבטל את האבחנה בין צווים דתיים למשפטיים). **רש"י-** אין בצורה מפורשת בתורה, אלא במדרש תנאים- "**הן צדק**". **פרשנים אחרים-** לומדים מ"**שמיטת חובות"** (אם יש חוב משמע שיש חובה להחזיר 🡨 **כהנא-** מה אם אדם לא רוצה לקיים מצוות? 🡨 **פאפא-** אדם שלא מקיים מצוות עשה- מכים אותו **עד שתצא נפשו**. 🡨 **כהנא-** יוצא שילדים וגויים לא מחויבים להחזיר חובות. (**רש"י-** יחזירו כשיגיעו לגיל מצוות).

**מנחם אלון-** "**פריעת בעל חוב מצווה**"- האם במ"ע יש אבחנה בין חובות דתיות למשפטיות? זהו שורש המחלוקת בין **פאפא** ל**כהנא**. **אלון** מעוניין להכניס את המ"ע למשפט הישראלי- **רק את החלק שאינו הלכתי.** (**אנגלרד** נגד כי זה מחלן את ההלכה).

**הרב שרמן-** ישנם 2 סוגים של זכויות: **1.** זכות טבעית העומדת לאדם ללא קשר לקיום חובות/מצוות. **2.** חירויות וזכויות חיוביות לפי מעמד האדם. **חו"י כבה"א** פגע בביד"ר מכיוון שהוא מטשטש את העובדה שזכויות של יהודים שונות משל אלו שאינם יהודים. המשפט הישראלי מדבר בשפה של **זכויות** וההלכה מדברת בשפה של **חובות** וכנגזרת מהן הזכויות.

**זילברג-** המ"ע הוא משפט דתי ומקורו בצו האל. בעד ה**מחלוקת** מכיוון שתמיד תהיה לו דעה להתבסס עליה.

**אנגלרד-** זילברג מבטל את ההבחנה בין צווים דתיים למשפטיים ולכן לשיטתו של אנגלרד לא ניתן להכניס את המ"ע למשפט הישראלי כי זה מחייב שהאל יהיה בתוכו.

**האם המ"ע אינו מוסרי?**

**החזון איש-** המוסר נמצא **בתוך** התורה והוא נגזרת ישירה שלה תמיד. **לשיטתו:** **א.** בכל סיטואציה של דילמה מוסרית ויש הלכה ברורה- ההלכה היא המחייבת. **ב.** שיטת החזון איש רק בדילמות בהן ההלכה ברורה. **ג.** דוגמא- **תחרות מסחרית-** לפי התלמוד רק במקצוע ההוראה ניתן לפגוע בפרנסתו של אדם ע"י תחרות. ההלכה הכריעה כך מכיוון שלימוד התורה הוא ערך חשוב יותר. בדילמות מוסריות הכתובת היא ההלכה, והמוסר בתוכה.לשיטתו מקור דיני הקניין הוא דתי. **מבטל את ההבחנה בין מצוות דתיות למשפטיות**.

**הרב ליכטנשטיין-** אפילו החזון איש אומר שזה לא תמיד נכון אלא **לפעמים**.

**הרב ליפקין (תנועת המוסר)-** בעולם הישיבות יש בעיה שאנשים יושבים ולומדים אך הם אינם מוסריים. יש להכניס גם לימודי מוסר.

**מקרה מביד"ר ב2013-** גר שרוצה לרשת את אביו אך לפי ההלכה אינו יורש חוקי. נפסק לאפשר לו ובתנאי שלא יגיעו יורשים חוקיים לפי ההלכה וידרשו את העיזבון. נסמך על "**רוח חכמים נוחה עמו**"- משמע **הצדק הטבעי** שיש להתחשב בו, כל עוד אינו נוגד את ההלכה.

**ישעיהו לייבוביץ'-** גישה יותר קיצונית מהחזון איש. אין דבר כזה מוסר. אדם דתי לא יכול להתחשב בשיקולים מוסריים. להלכה אין עניין שיקיימו אותה בגלל מוסריות- יש לקיים מפני שקיים ציווי. כך גם נגד "טעמי המצוות"- מי שמחפש טעם לקיים מצוות הוא חילוני.

**טיקוצ'ינסקי- גישה שונה-** דיני קניין נובעים מהכרה משפטית, חברתית בזכות רכוש פרטי. מקור הטענה- 7 מצוות בני נוח עם צווים מוסריים. כל חברה אנושית מייצרת דיני קניין ועונשין. **יש מצווה להקים מערכת שיפוט ודיני קניין** (סדום ועמורה לא הקימו והושמדו). **טענה נוספת-** להלכה בדיני הקניין לאורך הדורות עד היום נכונות לקלוט נורמות חיצוניות- גם ההלכה מכירה בכך שמקור דיני הקניין ביצירה אנושית. אז למה התורה? מוסיפה את דיני העונשין ומקבלים גם ערך מוסף דתי. **החידוש- הכנסת מוסד הזכות לשיח ההלכתי.**

**הנצי"ב-** דומה לטיקוצ'ינסקי- יש מצוות מוסריות שהיינו מקיימים בכל מקרה. הן כתובות בתורה ע"מ לקבל את ה"שכר הדתי".

**שערי ישר-** השיטה הדתית היא מע' סגורה שאין לה קשר עם מקורות חיצוניים (דומה לזילברג).

**הרב שקאפ-** ישנם שני כללים- **ספק ממון לקולא** ו-**ספק דאורייתא לחומרא**. **איסור גזל-** שני הכללים פועלים. **תשובה-** שני הכללים לא יכולים לחול יחד. הכוונה בדיני דאורייתא ל**מצוות השמעיות** (שלא היינו מגיעים אליהם אלמלא הציווי). בדיני ממונות יש חיוב משפטי הקודם למצווה, והיא נבנית על גבו. כאשר חז"ל או התורה דנים בשאלה קניינית הם מניחים מושג של **בעלות**, אך לא קיים דיון מקדים כיצד נוצרת הבעלות- את זה היא בונה על המערכת המשפטית שמגדירה את הבעלות. לשיטתו- זכות הרכוש לא נוצרת מהאיסור לגנוב אלא להיפך. אדם מחוייב לקיים מצוות בגלל בחירתו והכרתו השכלית- מתוך אמונה (זוהי שיטתו של **הרמב"ן**).

**פס"ד בשלום בראשל"צ-** בחור ישיבה נתבע להחזיר כסף ואין לו כי הוא לומד תורה. **הרב עמיאל-** (תלמיד של שקאפ)"העוסק במצווה פטור מן המצווה"- הכוונה לפטור מהחיוב הדתי (להחזיר חובות) ולא המשפטי (להחזיר הלוואות).

**התנגשות זכות הקניין עם הזכות לחיים** כמעט כל איסור נדחה בפיקוח נפש. **האם מותר לי להציל את עצמי באמצעות רכוש של אחר?**

**הרב קלוגר-** פועל לפי שיטת הרב שקאפ. 1. לימוד ע"י ק"ו- "**מותר לשפוך יינו של חברו ע"מ להציל דבשו**" בהנחה שישלם לאחר מכן. אם בממון מותר אז בחיים קל וחומר. 2. אם לא ניתן לשלם (לא ידוע מי הבעלים/לרכוש ערך סנטימנטלי)- **סיפור החסיד והעז**. הטענה היא שאיסורים נדחים מפני פיקוח נפש רק במצוות שבין אדם למקום- **זכות הקניין גוברת על זכות החיים במקרים מסויימים.** יישום ע"י הרציונל של לחלל שבת בפיקוח נפש כדי לקיים אחרות. **מוסיף את עבירת הגזל למצוות בהן ייהרג ובל יעבור.**

**2. זכות האדם לקניין**

**תפיסות אונטולוגיות של דיני הקניין- הקשר בין האדם לקניינו** הקשר בין גוף האדם לקניינו הוא לא משפטי- הוא כמעט פיזי.

**שי רוזנר-** פגיעה ברכוש היא כפגיעה בגוף. מסביר דרך **ממזרות-** ילד משלם על חטאי הוריו ולכן ביה"ד עושה מאמץ למנוע ממנו את ההגדרה. ילד משלם על חטאי הוריו גם אם אמו לוקחת תרופות בהיריון, אך את התוצאה הרפואית לא ניתן למנוע ואילו את ההגדרה המשפטית ניתן לשנות- **זה קיים גם בדיני הנזיקין**. בתלמוד יש תפיסה זהה- (משתמשים בסימבוליות ולא בפשט המילים)- כל הגוזל מחברו פרוטה כאילו רצח אותו. הכוונה היא לחומרת המעשה ולא לזהות בין דין רצח לדין גניבה.

**טדסקי-** הקניין הוא חיקוי לזכות האדם על גופו. הקניין הוא מעין הרחבת האישיות ע"י סיפוח חלקים חיצוניים.

**הרב חרל"פ-** שמירה על דיני הקניין הכרחית כדי להפוך לאדם טוב יותר. אחת המידות של הקב"ה היא החזקת רכוש (**קונה שמיים וארץ**), כפי שה' לא קנה נכסים כי חסר לו אלא כי זה חלק מהווייתו, כך זה טבוע גם באדם. גישה דומה- **ר' צדוק הכהן מלובלין**. גישה שונה- **הרב הירש**.

**זילברג-** כל הסוגיות בתלמוד ניתנות להבנה באמצעות כוחות פיזיקליים- יש היגיון של סיבה ותוצאה. **חריג-** סוגיית "**באים כאחד**"- לא ניתן להסביר כי ע"מ שב' יקרה צריך קודם שא' יקרה (רכוש האישה בנישואין שייך לבעלה וכדי שניתן יהיה להקנות לה גט דרך חצרה צריך קודם שהחצר תהיה שייכת לה). **טענה נוספת-** המ"ע לא מאפשר מכר עתידי מכיוון שלא ניתן להקנות נכסים שלא קיימים עדיין.

**הרב בלאך-** לאדם יש התקשרות ממשית עם נכסיו. קניין מערת המכפלה- לשדה הייתה תקומה בהעברת הבעלות- אברהם שינה את מעמד השדה. מדוע התורה מקפידה כ"כ על גמ"ד? ישנם דברים הכרחיים שאם לא יתקיימו התוצאה לא תקרה ממש כמו חוקי הטבע הפיזיקליים (דוגמא של **קידושין ע"י שווה חצי פרוטה**).

**יסודות פעולת הקניין- פעולת קניין-** העברת או יצירת הבעלות. לרוב נחשוב בצורה של עסקת מכר, אך ייתכן גם קניין חד צדדי (הפקר, ייאוש באבדה). ההבדל בין שכירות למכר- **משך העברת הנכס**. ההבדל בין מכר למתנה או השאלה- **התמורה**. **גמירות דעת-** יסוד נפשי/החלטה/כוונה/הסכמה להעביר או לרכוש נכס. בעסקה דו צדדית חל על שני הצדדים. **מעשה קניין-** ברוב העסקאות המ"ע דורש פעולה פיזית.

**האם ניתן להשוות את חוה"ח הישראלי לדיני הקניין של המ"ע?** המשפט הישראלי קלט בעל כורחו ביטויים של המ"ע. האם הם דומים רק למראית עין או גם במהות ובתוכן?

**מיטובה נ' ז'ק כאזם-** **חשין-** כאשר לוקחים מונח מהמ"ע לוקחים רק את השם אבל לא את המשמעות.

**זנדבנק נ' דנצינגר-** **שמגר-** אפשר להיעזר במ"ע אך אין חובה לפרש לפיו.

**במשפט הישראלי יש הפרדה בין דיני החוזים לדיני הקניין, בניגוד למ"ע שם אין הפרדה.**

**שו"ע-** חוזה וקניין לא משתכללים ללא פעולת קניין- אלא אם יש עדים שיעידו על קיום החוזה.

**ר' משה איסרליש-** החוזה לא יוצר מציאות משפטית אם הוא לא מלווה בקניין.

**פס"ד קל בניין-** **אנגלרד-** המ"ע לא מתאים למציאות של היום מכיוון שיש בו רק סנקציות מוסריות על הפרת חוזה ואין סנקציה כספית.

**3. גמ"ד ומעשה קניין בהלכה**

**החזון איש-** גמ"ד הוא עיקר הקניין, ומעשה הקניין מוכיח את הגמ"ד. לומד ממקרים בהם קניין משתכלל בגמ"ד בלבד- **ייאוש שלא מדעת** (אמנם **בשו"ע** כתוב שחייב מעשה קניין אך זה רק בפעולות דו צדדיות). **מעשה הקניין הוא חלק מיצירת גמ"ד.**

**טיקוצ'ינסקי-** גמ"ד הוא היסוד הכי חשוב, מעשה הקניין רק מבליט את הגמ"ד. לומד זאת מ**התלמוד**- 1. מקרה של **אישה שמתקדשת בפרוטה מול אישה שתקבל הון עתק ולא תהיה מקודשת**- ההבדל טמון ברצונה. 2. **הפקר בי"ד בקהילות יהודיות**- הכוח להפקיע רק אם זה מנהג **שידעו** עליו (גם אם לא בהכרח הסכימו לו).

**מסכת קידושין-** נכסים שאין להם אחריות- מיטלטלין. נכסים שיש להם אחריות- מקרקעין. **דרכי קניין למקרקעין-** כסף שטר וחזקה (הכוונה היא לתנאים חלופיים ולא מצטברים- נלמד מגט שניאלץ להרוג את הבעל). **דרכי קניין למיטלטלין-** משיכה. **קושי-** לא ניתן לקנות מיטלטלין שלא בנוכחותם (לא ניתן לבצע משיכה). **הפיתרון-** עסקה משולבת- **קניין אגב.**

**מניין למשנה שמקרקעין נקנים בכסף?** דרך **ירמיהו**- נבואה בה מוזכרת קניית שדות בכסף(מוזכר גם שטר אך התירוץ הוא שמדובר על שטר ראייתי). ניתן היה ללמוד גם מאברהם ומערת המכפלה אך בחרו שלא משתי סיבות: א. הכסף שם לא היה כסף במובנו היום. ב. התרחש לפני מתן תורה ולכן לא חלק מהמצוות.

**רב-** כשהמשנה דיברה על קניין בכסף בלבד זה רק במקום בו המנהג הוא לא לכתוב שטרות, **במקום בו יש מנהג- יש צורך גם בשטר.** **רש"י-** קונה סביר לא מוותר על שטר ולכן אין גמ"ד עד שאין שטר. **התגברות על הקושי-** באמצעות תנאי מפורש- הצהרה של ויתור על השטר היא ביטוי לגמ"ד (הוכחה דרך הסיפור על **אידי בר אבין**).

**מניין למשנה שקונים בשטר?** הרי ב**ירמיה** אמרנו שמדובר על שטר ראייתי. יש פסוק אחר- "אקח את ספר המקנה" = שטר קניין.

**שמואל-** כשמדובר על קניין דרך שטר בלבד מדובר רק בעסקת מתנה ולא מכר.

**רב המנונא-** **צורת השטר-** כל חומר שאפשר לכתוב עליו, וכתיבת הצהרה על המכר. **כיצד קונים רק בשטר?** ב-"**מוכר שדהו מפני רעתה**"- אין ויתור על הכסף, אך הוא לא הכרחי לעת השתכללות המכר.

**התלמוד הירושלמי-** גם טוען שהתנאים חלופיים, והדרך הטובה ביותר היא **חזקה**.

**הרמב"ן-** מדוע לא נתחקה בכל מקרה אחר כוונת הצדדים ונוותר על בדיקת הנהוג בכל מקום? **תשובה-** לא יעיל. האינטרס הוא ליצור מערכת ודאית ולא ניתן לבדוק כל מקרה לגופו. גמ"ד יוצרת ודאות.

**ר"ן על הרי"ף-** אדם חוטף חפץ מאישה בשוק ומתנה את החזרתו רק אם תתקדש לו, והאישה שותקת. **רב נחמן-** השתיקה היא לא מהסכמה אלא מרצון לקבל את החפץ חזרה.

**שו"ת ר' יוסף בן לב-** עסקה של קניין באמצעות שליח ללא שטר, ורק חלק שולם כאשר המוכר מבקש לבטל בטענה שאין שטר. עולות טענות שונות ליישוב (שטר מגן על הקונה, זכותם לוותר על השטר, מוכר שדהו מפני רעתה וק"ו לגבי כסף) אך בסוף משתמש בעיקרון מהתלמוד הבבלי- גמ"ד היא הרכיב החשוב, הייתה שבועה ולכן הייתה גמ"ד והשתכללה העסקה.

**קליטת מנהגים, נורמות חיצוניות אל תוך ההלכה בתור מעשה קניין**

**רון קליימן-** ניתן לבצע מעשי קניין נוספים שלא מוזכרים במשנה ובספרי ההלכה ע"מ לבטא גמ"ד אם הקהילה מבינה מעשה זה כמעשה קניין. זהו "צינור" מסוכן מאוד כי הוא רחב וניתן להכניס דרכו נורמות חיצוניות רבות אל תוך המ"ע.

**סוגיית "סיטומתא"-** סימון/חתימה על חביות יין מכיוון שקשה לבצע הגבהה.

**ר' יוסף קארו- שו"ע-** הסימון יעזור לקונה רק במקום בו הסימון הוא מנהג המדינה- מנהג נפוץ ומובן לאוכלוסייה באיזור.

**מנהג המדינה ומנהג הסוחרים-** לא ניתן להשתמש במנהג הסוחרים היכן שלא נהוג. מנהג המדינה זה דברים הברורים לכל האזרחים.

**עניין מהותי-** האם מנהגי הסוחרים יכולים לשנות את דרישות הגמ"ד ומעשה הקניין? **עניין טכני-** מה הופך דבר למנהג?

**טיקוצ'ינסקי-** **תקנה-** נקבעת ע"י חכמים בהתאם לצורך אותה התקופה באותו המקום. **מנהג-** חכמים נותנים גושפנקא למצב קיים. **למעשה אין הבדל מהותי** כיוון שבשני המקרים זה תלוי בחכמים.

**ר' זלמן נחמיה גולדברג-** יש סמכות מחוקקת אחת והיא חכמים. **מנהג** בהגדרתו זה רק מה שצומח מלמטה ולא מחוק של מדינה זרה (רוב הפוסקים לא מקבלים את הטענה).

**פס"ד של בי"ד בנתניה-** כריכת מזונות בנישואין אזרחיים. **הרב ינאי** בפס"ד כותב כי ניתן לקחת את רעיון מנהג המדינה ולהכניסו לתוך דיני המשפחה והנישואין. מציג מחלוקת בין 2 פוסקים: **ר' יוסף קארו-** לא ניתן להכניס מנהג לדיני גירושין כי אלו חלים רק אם יש נישואין, ונישואין זה לא מנהג (מוכן להכיר בזכויות האישה אם נעשה חוזה, ורבנים אחרים טוענים שמגיע לה בכל מקרה בגלל המנהג). בפועל יש דיינים במשפט הישראלי שלצורך ביטחון מבקשים מהזוג לעשות מעשה קניין בשביל שיהיה ניתן לחלק את הרכוש במקרה של גירושין. הסיבה- לא מכירים בחי"מ כמנהג המדינה.

**מה הגדרת גמ"ד?**

**ביה"ד האזורי חיפה-** הסכם גירושין שנטען כי נערך בכפיה ולא מרצון. ביד"ר אומר שגם בכפיה לא מבטלים מכיוון שנעשה בפני בי"ד.

**הרמב"ם-** מבחין בין אונס במכר לאונס במתנה- **כל עוד הייתה תמורה הטענה לא תתקבל**. **גמ"ד אינה כוללת רצון חופשי.** **חריג-** אם הודעת לשני עדים שאין לך גמ"ד ואין בכוונתך למכור את הנכס- זוהי הוכחה שאין גמ"ד.

**רב הונא-** **"תלינו וזבין- זביניה זביני"**- גם אם לחצו עליו למכור את הנכס- מכר הוא מכר. הוכחת סברא- כל דבר שאדם מוכר הוא למעשה נאנס למוכרו. **התלמוד לא מקבל שיטה זו-** שונה אונס של עצמו מאונס הנגרם ע"י אחרים. **ההבחנה בין אונס חיצוני לאונס פנימי-** **גמ"ד**. הוכחת סמכות- ניתן ללמוד שרצון יכול להיות גם כפוי מהאמירה- "**כופין אותו עד שיאמר רוצה אני**" (**דיני קרבנות**- יש הצדקה של רווח דתי אך בקניין אין כזו, **וגיטי נשים**- שם אומרים שהמכות עוזרות לאדם להבין את רצונו האמיתי).

**4. דרכי הקניין**

**מיפוי בסיסי של דרכי הקניין**

**חלוקת הרמב"ם-** א. לא ניתן לקנות בדברים צריך מעשה קניין. ב. **כתיבת השטר-** הצהרת מוכר ש"שדי נתונה לך". ג. **חזקה-** פעולה הכרחית גם במתנה ולא רק במכר. ד. **מחוברים-** מקרקעין לכל דבר. הבחנה בין **חיבור פיזי למשפטי** (פירות בשלים נחשבים למנותקים). ה. **עבד כנעני-** רכוש לכל דבר, דרכי קניין כמו מקרקעין. ו. **קנייני מיטלטלין-** הגבהה ומשיכה. חפץ קל הגבהה, חפץ כבד משיכה. ז. **לא ניתן לקנות מיטלטלין בכסף**. ח. **מסירה-** דרך קניין נוספת כאשר לא ניתן לבצע משיכה.

**קניין חצר-** פתרון לקושי של צורך במגע פיזי עם מיטלטלין. הקניית הקרקע והמיטלטלין בפעולה אחת. **תנאים-** קשר פיזי- בין הקרקע למיטלטלין. קשר משפטי- שייכות לאותם הבעלים.

**קניין אגב-** פתרון נוסף אך מורכב יותר- רק קשר משפטי. **תנאי-** יש לומר במפורש "**נקנה מיטלטלין אגב קרקע**" ע"מ לחזק גמ"ד.

**קניין חליפין רגיל-** מוגבל למיטלטלין בלבד. כל צד הוא גם מוכר וגם קונה. **מספיק שצד אחד יבצע את פעולת הקניין.**

**קניין סודר/סתם-** מופיע בתלמוד הבבלי בלבד. מתאים לכל סוגי הנכסים. הגבהת חפץ כלשהו ע"י המוכר והחזרתו לקונה. **תנאי-** אמירה מפורשת (פוסקים מאוחרים מבטלים דרישה זו מכיוון שנעשה נפוץ וידוע).

**מכירת חמץ-** עסקה שיש בה את כל דרכי הקניין הנ"ל. במקור נלמד מסיפור על ספינה- שעת הדחק. חלק מהגאונים צימצמו זאת רק למצב כזה וחלק לא.

**הרב שטרן-** יש כאן את כל סוגי הקניינים בגלל המשמעות במידה והקניין לא יחול- החזקת חמץ בפסח. סיבות לריבוי- א. עסקה עם נוכרי ויתכן שלו כללי קניין שונים. ב. בגלל רגישות הנושא-גם כסף וגם משיכה. ג. אם לא ניתן למשוך- קניין חצר או אגב או סיטומתא. ד. יש להדגיש במפורש בעת ביצוע העסקה שכל מעשה קניין בנפרד, ואין בכשל אחד כדי לפגום באחרים- פועלים ביחד ולחוד. ה. קניין המקרקעין בכסף ובשטר. ו. גמ"ד- יש ללוות באמריה מפורשת של הקונה.

**המקור של מעשי הקניין**

**5. קניין סודר**

**ההתפתחות המשפטית/היסטורית של קניין סודר**

**6. קניין רוחני**

**7. קניין בשטר**