***מחברת מקוצרת/ דיני קניין במשפט העברי***

**שיעור 1 25.10.22**

"משפט עברי" זה מונח מלאכותי שהומצא לצורך הכנת בסיס משפטי למדינה היהודית העתידה לקום, המבוסס על מקורות יהודיים, תוך הבחנה בין חלקיה הדתיים של ההלכה לבין חלקיה המשפטיים. לטענת רזדינר, יש קושי לפעולת הפרדה זו. נשאלת השאלה- האם בדיני הקניין אפשר לבצע ניתוח והפרדה בין הרעיונות הדתיים לרעיונות המשפטיים? אין ספק שזה מאוד קשה עד בלתי אפשרי, הרעיונות הדתיים שזורים ברעיונות המשפטיים. דיני נישואין וגירושין בישראל מוסדרים ע"פ המערכת ההלכתית, ומתגלה שורת הגבלות דתיות שאין להם הקבלה בשיטות משפט אחרות. זה מדגים את הבעיה העקרונית בהבחנה בין חלקים משפטיים בהלכה לחלקים דתיים.

בחוק הלאום במתכונתו המקורית היו 11 סעיפים ואחד מהם הוצא ע"י הכנסת והוא הסעיף המצוי בחוק יסודות המשפט המפנה למשפט העברי. גם המצדדים בחוק הלאום סירבו לקבל סעיף זה בטענה שזה עלול לפגוע במי שלא נוהג לפי ההלכה, וזה מלמד על חוסר ההבנה וההבחנה בין המשפט העברי לבין ההלכה. הפניה למשפט העברי לא הופכת את המדינה למדינת הלכה. למעט תחום דיני המשפחה במשפט הישראלי, בתחומים אחרים הזיקה בין המשפט העברי למשפט הישראלי היא שולית. הערך האקדמי בלימוד המשפט העברי הוא כמשפט משווה.

יתרונות בבחירה במשפט העברי כמשפט משווה:

* ערך סמלי.
* שפה מוכרת.
* שיטה ותיקה בעלת ערך לעומת שיטה צעירה.
* שיטה מבוזרת.

דיני הקניין שומרים על הסדר החברתי בקביעתן בעלות והעברת בעלות והיבט נגטיבי של הגנות. ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מנוסח בצורה שלילית בקביעתו "אין פוגעים בקניינו של אדם". ההנחה העומדת מאחורי הסעיף היא שיש זכות לקניין, והחוק נועד להגן עליו. ואולם, קביעה זו לא שינתה דבר מלפני חקיקת חוק היסוד, מאחר והיו חוקי קניין ועונשין שיצרו הגנה על הקניין, את הקביעה מה שייך לי ומה לא, וכיצד ניתן להעביר את מה ששייך לי, ולכן תרומת החוק היא הצהרתית. עם זאת, בבחינת הפסיקה החל משנת 1992 ניתן להבחין שהחוק כן שדרג את ההגנה על הקניין ואת מעמד הזכות.

בהלכה היהודית לא נמצא את המונח "זכות לקניין" או אפילו את המונח "זכות". אפשר לטעון שלמרות זאת, הזכות וודאי קיימת בהסדרים כגון איסור לגנוב, איסור לגזול, השבת אבדה, דיני נזיקין ועוד. הש' חיים כהן טען שישנן זכויות במשפט העברי, גם אם באופן לא מפורש, ולכן המשפט העברי מכיר בזכויות באופן עקיף. לדעת רזדינר, זהו טיעון בעייתי, מאחר וזכות היא רחבה יותר מאשר אסופת חובות, ועשויות להיות לכך השלכות משפטיות. הוא מדגים זאת באמצעות השאלות האם קיימת הגנה על קניין רוחני במשפט העברי והאם בהלכה היהודית קיים איסור להזיק לנכסים של אחר. טענתו היא שהכרה במושג הזכות היא בעלת נפקות, ולא מצריכה לחפש אחר מקור שאוסר להזיק.

הרב אשר וייס שואל מה הבסיס לכך שאסור להזיק? היו שסברו שניתן להסיק זאת ממצוות השבת אבדה, שאם על אדם יש חיוב להשקיע כדי להשיב אבדה, קל וחומר שאסור לו לפגוע ולהזיק באופן יזום ברכושו של אחר. הוא סבור שטענה זו אינה משכנעת, ומגיע למסקנה שאין מקור ישיר ומפורש לחובה קניינית שאפשר לגזור ממנה את האיסור. הוא מוצא נימוק רחב של ביטויים כגון "חייב האדם לנהוג בדרכי הצדק והמשפט", "צדק צדק תרדוף". זו אמירה כללית שנגזר ממנה שאסור לפגוע ברכוש של מישהו, והבעייתיות בכך היא היעדר קביעה מוגדרת אודות מהם דרכי המוסר והצדק ומי קובע מהם מעבר לאיסורים המפורשים בהלכה.

הרב אברהם שרמן ראה בחוקי היסוד סכנה לרוחו של העם היהודי. הוא הבחין בין תפיסת החוק האנושי לבין חוק התורה- **המשפט הכללי המודרני עוסק בזכויות ואילו משפט התורה עוסק בחובות ובזכויות שנגזרות מהחובות**. כלומר, נקודת המוצא במשפט העברי היא החובות (כמו שהציע חיים כהן שאסופת החובות מלמדת על זכות), ואילו נקודת המוצא של המשפט המודרני היא זכויות. דברים דומים אמר פרופ' אביעזר רביצקי בועדת החוקה בכנסת בשנת 1992 לעניין הבדל עקרוני בין המסורת הליברלית המערבית בה נקודת המוצא היא הזכות, לבין המסורת הדתית-יהודית שבה נקודת המוצא היא החובה. מדוע? בשיטת משפט דתית עומדים מול ה', לאדם מול ה' יש חובות, בעוד שבשיטות משפט חילונית האדם מול עצמו, אינו כפוף לכוח עליון והוא חי בעולם של זכויות.

**שיעור 2 8.11.22**

מאמרו של רוברט קובר "זכות מול חובה" ומאמרו של מיכאל ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" מייצגים דיכוטומיה, הבחנה בין המשפט היהודי, העברי, שמדבר בשפת חובות, לבין שיטות משפט מערביות שמדברות בשפה של זכויות. הם מצביעים על המקור לכך- המשפט העברי, ההלכה, מדברת בשפה של חובות שנובעות מחובות כלפי ה', מערכת ציווים מהשמיים. ויגודה מסביר שבשיטת משפט חילונית האדם הוא ערך עליון לעומת שיטת משפט דתית בה ה' הוא הערך העליון והאדם נדרש לעבוד אותו.

בבג"ץ הבוגדת ביהמ"ש העליון הקבע שלעולם בגידה מתמשכת לא תהווה שיקול בחלוקת הרכוש, גם במקרים בהם ברור שהבגידה מהווה הסיבה לסיום הנישואין, כל זמן שאין הוכחה שהיא גרמה לפגיעה כלכלית. לאחר פסיקה זו, הדיין אריאל ינאי מביה"ד הרבני הפיץ מכתב ובו ביקורת חריפה על פסיקה זו, כשעיקר הביקורת על כך שלפי פסיקת ביהמ"ש העליון, אין משמעות לבגידה. **הוא מייצג את הגישה היהודית, עדיפות לחובות על פני זכויות, ולכן חיי הנישואין מוגדרים קודם כל כשורה של חובות**. זה מדגים את הפער העקרוני בין שאלת הזכות והחובה.

הרב אברהם שרמן דן על הסכנה בשיח זכויות ועל השוני העקרוני בנקודת המוצא כאמור, ומפנה לדברי הש' זילברג (עמ' 5-6 לקובץ מקורות 1). כדי להבין את הסוגייה העוסקת במקור החובה להשיב הלוואות נקרא את דבריו של מנחם אלון. מכוח מה יש חובה להשיב הלוואות? רב פפא טוען "פריעת בעל חוב מצווה", כלומר החובה להשיב הלוואה כתובה בתורה, אולם אין בתורה מצווה להשיב הלוואה. רש"י מפרש שחובה לקיים הבטחות. רב הונא שואל מה עושים במקרה שאדם לקח הלוואה, אינו מקיים מצוות ואינו משיב את הכסף? "מכין אותו עד שתצא נפשו". על אנשים שלא מקיימים את התורה נפעיל לחץ גופני קשה עד שישיבו את ההלוואה. הקושי נוגע לאדם שלא חייב בקיום מצוות, האם לא ילוו לו? ההלכה מצאה פתרונות עקיפים, ברמה העקרונית אם אינך מצווה בחובות, אינך חייב להשיב הלוואה. לאלון סוגייה זו לא הייתה נוחה מאחר והיה קושי בחיבור בין שיטה שעובדת על בסיס חיובים דתיים לבין שיטה שחיוביה לא נובעים מהדת. זילברג אומר, לשיטת רב פפא אדם חייב להשיב הלוואה מאחר ויש מצווה דתית והוא חייב במצוות, ולכן השבת הלוואה אינה זכות הנושה אלא חובת החייב. המשמעות היא **שלפי הרב פפא יש להשיב הלוואה מתוקף החובה הדתית**. במערכת היחסים של חוזה הלוואה, לשיטתו, ישנם שלושה צדדים; מלווה, לווה וה'. לא מעניין את הלווה חובו למלווה אלא החובה לה' להשיב הלוואות, ורק כתוצאה מכך המלווה מקבל את כספו. כאשר החובה מול ה' לא קיימת, הנושה לא יקבל את כספו. השבת הכסף לנושה תלויה האם קיימת חובה ללווה להשיב.

זילברג משתמש בדוגמה זו כאמצעי להשוות בין שיטות המשפט, אולם עמדתו של הרב פפא אינה ההלכה ואין בדוגמה זו כדי להשליך על כלל הדינים האזרחיים. אלון מציין **שההלכה נפסקה כדעת רב הונא שפריעת חוב אינה רק מצווה אלא יש בה גם משום חובה משפטית.** אם החיוב הוא חיוב דתי, קשה לשלב שיטה זו בשיטת משפט אזרחית. זה חלק מדיון רחב האם ניתן להפריד בין חלקים דתיים לחלקים משפטיים במשפט העברי. בפס"ד פרח אלון עסק בהשבת הלוואות, והשאלה הייתה האם הוצל"פ יכולה לשלוח חייבים למאסר מאחר ואינם משיבים כספים. סוגייה זו מטרידה כי לפי הרב פפא, אפשר להכות מי שלא משיב הלוואה.

מקורות שונים תומכים בכך שהגישה היהודית לא נותנת מעמד לאישיות הצדדים הפועלים בה, הכל נובע מציווי עליון. הוגים במאה ה-20 הקצינו עמדה זו, ביניהם החזון איש, שטען שמערכות יחסים בין בני האדם מושתתות אך ורק על ההלכה. קיצוני ממנו היה ישעיהו ליבוביץ. זה מלמד שהדיון על זכויות וחובות משיק לשאלה האם ההלכה היא מערכת סגורה. גישה אחרת נכתבה בידי הרב יחיאל טיקוצינסקי, בעמ' 12 לקובץ מקורות 1 הוא מביא את עמדתו העקרונית על מקור דיני הקניין. הוא עוסק בשאלה מה מקור הסמכות להתאים את ההלכה לעידן המודרני? מכוח מה דורשים מאנשים לפעול בדרך מסוימת? הכותרת "זכות רכוש פרטי" (בעמ' 13) מלמדת שיש זכות להגנה על קניין, הגנת האדם על רכושו. מהטקסט שתחת הכותרת נובע **שהזכות קודמת לחובות**. הוא טוען שגם אם נשים את התורה בצד, ונשאל מה מקור דיני הקניין, התשובה היא שבמצב טבעי ללא דיני קניין הייתה אנרכיה מוחלטת, וגם אנשים נטולי רקע משפטי ומסורת בהכרח היו יוצרים דיני קניינים כדי להגדיר מה שייך למי. הוא מביא את סיפור המבול שה' הביא למרות שלא היה איסור לגזול, שהרי חברה כזו לא יכולה לשרוד וראוי שלא תתקיים. המציאות האנושית מכריחה להביא לידי הסכמה כיצד חברה תתנהל. למעשה הוא טוען, **שלא החובות יצרו את הזכות אלא זכות הבעלות הביאה את תורת הקניין**. טיעונו זה לא מבוסס על מקורות אלא על הסתכלות כללית-תיאורטית של **החברה האנושית**, על-אף, שמודבר באדם שהתורה היא כל עולמו. האיסור לגזול כלול בשבע מצוות בני נוח, וברור שנגזר מאיסור זה שנדרש להקים מערכת דיני קניין. ואכן, כל חברה אנושית, גם חברה שהתורה מעולם לא ניתנה לה, יוצרת דיני קניין.

**שיעור 3 15.11.22**

ראינו שהמשפט העברי בכלל ודיני קניין במשפט העברי בפרט נובעים מחיובים דתיים. זה אופייני לשיטה דתית שמעמידה את מערכת היחסים שבין אדם לה' במרכז. כפי שטען הרב טיקוצינסקי, מערכת דיני הקניין במשפט העברי לא שונה ממערכת דיני קניין שונות ברמה מהותית, ואינה מושפעת מהיותה חלק ממערכת דתית "לא שתורת הקניינים הביאה את זכות הבעלות אלא זכות הבעלות הביאה את תורת הקניינים". גם התורה הניחה, במסגרת שבע מצוות בני נוח, שכל חברה אנושית ראוי שתקים מערכת שתגן על הקניין בשני אופנים; קביעת איסור לפגוע ברכוש וקביעת אופן העברת רכוש מאחד לאחר באופן חוקי. כשמסתכלים על מערכת דיני הקניין של ההלכה רואים שורת מעשים כיצד מעבירים בעלות במקרקעין ובמיטלטלין. הרב טיקוצינסקי טוען שעיצוב דיני הקניין והתאמתם בהתאם להתפתחויות במערכות חוקים אחרות ובעולם המסחרי מלמד שההלכה מקבלת התפתחויות אלו. מערכת דיני הקניין ההלכתית אינה נפרדת מהמתקיים באנושות כי דיני הקניין הם אוניברסליים. מהו הערך בעיסוק ההלכה בדיני הקניין? טיקוצינסקי משיב **שהתורה לא החליפה את מערכת דיני הקניין המקובלת אלא נתנה לה מימד של קדושה**, בנתה קומה שניה מעל לקומה הראשונה. ננסה לאשש טענה זו באמצעות מקורות אחרים: דמ"ד ומצוות סוציאליות/ מוסריות.

דינא דמלכותא דינא זהו כלל אזרחי שאינו נוגע לחלקים הדתיים ולכן יש חוקים במדינה, בהנחה שדמ"ד חל בישראל, שאין דרך להכשירם, כגון איסורים. חוק שעות עבודה ומנוחה העורר ויכוח והתנגדות ע"י הרבנות. החוק מתיר למעשה חילול שבת ולכן אין דרך הלכתית להכשירו, ואם מדובר באיסור הוא לא יקבל תוקף מכוח דינא דמלכותא. אם אני אזרח המדינה, והנורמה הבסיסית היא חוק המדינה, אני חייב לציית לו בין אם הוא נוגד את ההלכה ובין אם לא. כלומר, אתה מתנהג כמו השכן הרומי שלך, ואתה עושה כן בית היתר בגלל שגם התורה אמרה לך לעשות זאת, וזו הקומה השנייה.

הספר "אהבת חסד" של רבי ישראל מאיר הכהן, הידוע בשמו חפץ חיים, עוסק בגמ"ח, תמיכה בעניים, מתן הלוואות לנזקק. ספר זה מקבל הסכמה מחכם חשוב בזמנו, הרב נפתלי צבי יהודה ברלין שנקרא הנצי"ב. בהסכמתו, אומר הנצי"ב שמצוות סוציאליות ומצוות של עזרה הן דבר מוסרי שאדם מוסרי ינהג לפיהן. התורה מצווה מצוות אנושיות, מוסריות אוניברסליות, כקומה שניה שמוסיפה קדושה. הוא מדגים באמצעות מצוות כיבוד אב ואם, דבר שאין צורך בעשרת הדיברות כדי להתנהל לפיו שכן כך קורה בדר"כ וזו מצווה אוניברסלית, והיא נכללת בעשרת המצוות בתור היבט נוסף של קיום מצווה.

בספר "שערי יושר" בחיבור שנכתב ע"י הרב שמעון שאקפ (עמ' 16 לקובץ מקורות 1) אין שימוש במונחים 'חובה' ו'זכות' אבל אפשר לקרוא אותם בדבריו. הוא פותח בקושייה על סתירה פנימית שקיימת בהלכה היהודית. בהלכה היהודית שני כללים; ספק באיסור תורה לחומרה, ספק ממון לקולא. לטענתו, שני הכללים סותרים כי אם אני מחזיק בנכס שלא שלי אני בספק איסור תורה (גזל), אז למה זה לא ספק דאורייתא לחומרה? הוא משיב "כל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו אינם כדרך כל מצוות התורה". **התורה מופיעה כקומה שניה מעל לקומה הראשונה שהיא החיוב המשפטי**. הכרעת השכל שלפי תורת המשפטים מובילה לכך שנטל הראייה הוא על התובע (ספק ממון לקולא). לטענתו, איננו מייצרים את הזכות מהחובה, אנו **מכירים בזכות שקדמה לחובה**. הוא מתנגד לגישה הרווחת שמנסחה הבולט היה חיים כהן, שטען שבשפה העברית אין שיח זכויות אך ניתן לייצרו מהחובות.

הרב משה אביגדור עמיאל היה תלמידו של הרב שאקפ. בחיבורו "מידות לחקר ההלכה" הוא שואב רעיונות של שקופ. בפרק "מצוה ומשפט" שבספרו "לנבוכי התקופה" הוא עוסק בהבחנה בין מושג המצווה (הצו הדתי) לבין משפט. **בעלות על הקניין זה כמעט חוק טבע ולא נובע מהתורה, עיקרה נובעת מהסכמת בני אדם וזה קדם למתן תורה**. הוא דן בסוגיית פריעת בעל חוב מצווה ואומר שהמצווה היא הקומה השנייה על הקומה הראשונה שהיא היסוד המשפטי. הוא מוכיח זאת באמצעות הכלל "עוסק במצווה פטור מן המצווה" לפיו אם אתה עוסק במצווה אחת אתה פטור ממצוות אחרות. בפועל אנשים לא נוהגים כך. הרב עמיאל אומר שזה כלל נחמד ביחס למצוות שבין אדם למקום, אך לא יעלה על הדעת שיחול במצוות שבין אדם לחברו. הייתה לכך השלכה מעניינת בפס"ד בביהמ"ש השלום בת"א.

הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' נאור פייזר (עמ' 18 לקובץ מקורות 1). מר פייזר טען ביחס להשבת כסף בגין הלוואה שהוא תלמיד ישיבה שלומדת 14 שעות ביום ולכן נמנע ממנו לעבוד, ומאחר והוא מקיים מצוות לימוד תורה הוא פטור מהשבת ההלוואה. הש' עודד מאור נכנס לסוגיה של פריעת חובות- האם זו מצווה דתית או חיוב משפטי וקובע ש"עוסק במצווה פטור מן המצווה" לא חל במקרה של מר פייזר בהביאו את דברי הרב עמיאל שהכלל לא חל על מצוות שהן מהחלק המשפטי של התורה. **החובה להשיב רכוש הזולת מקורו במוסר הטבעי**, ולכן גם ע"פ מידת המשפט העברי, לימוד תורה לא יכול לשמש עילה לאי-פירעון החובות, ומוטלת על חייב חובה לצאת ולעבוד כדי לפרוע חובותיו, גם על חשבון הזמן שהוא מקדיש ללימוד תורה.

**שיעור 4 22.11.22**

מה גובר כאשר ישנה התנגשות בין הזכות לקניין לבין הזכות לחיים? האם הצלת חיים בהכרח תגבר תמיד על הגנה על הרכוש? האינטואיציה אומרת שיש עליונות לחיים כל פני רכוש, אבל חשיבה מעמיקה יותר מעלה שאיננו חושבים שיש לנו חובה לתת את רכושנו כדי להציל חיים, לא חיים של אחרים ואפילו לא חיים שלנו. וודאי שאיננו מניחים שלאדם יש זכות לקחת רכוש של אחרים כדי להציל את חיי בנו, אם בנו זקוק לכסף כדי לעבור ניתוח מציל חיים.

הרב אישון עסק בנושא זה ועשה הנגדה של שלוש זכויות; הזכות לחיים, הזכות לקניין והזכות לכבוד. הוא **מניח בצורה ברורה שיש זכות לקניין** ולכן אין לו קושי לייצר שיח זכויות ויחסים בין זכויות.

מנקודת מבט הלכתית, בהתנגשות בין הגנה על הקניין (פגיעה ברכוש) והגנה על החיים (פגיעה בחיים), ישנן שתי גישות:

1. גישה פורמליסטית- **בחינת המקורות העוסקים בהגנה על רכוש ואיסור פגיעה על רכוש, בחינת המקורות העוסקים בהצלת חיים ולבסוף בחינת היחסים ביניהם**. זו גישת הרב פיינשטיין. יש מחלוקת בין חכמים הנוגעת לסיפור דוד המלך, השאלה היא מה מותר לו לעשות לשם הצלת חייו וחיי חייליו? לפי תשובת רש"י לאדם אסור לשרוף רכוש של אחר כדי להציל את חייו "ואסור להציל את עצמו בממון חברו". הרב פיינשטיין אומר בחריפות שדברי רש"י לא מתקבלים על הדעת ולא ייתכן שהוא סובר שאסור לאדם להציל עצמו בממון חברו, וטוען שטענה זו בלתי אפשרית. הוא מגיע למסקנה שמבחינת ההלכה **לאדם מותר להציל עצמו למעט בשלושת המקרים של העבירות החמורות שבתורה- עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים**. גזל לא מופיע ברשימה זו, ולכן כשאדם נדרש לגזול כדי להציל חיים ברור שהוא צריך לגזול. סביר שרוב הפוסקים יאמרו כמותו שרק שלושת העבירות הללו דוחות פיקוח נפש. גזל אינו אחד מהם ולכן ברור שמותר לגזול לשם הצלת חיים.
2. המשנה אומרת במפורש שאסור לגזול ולכן הכלל עשה דוחה לא תעשה. לאור מה שראינו בשיעור הקודם התשובה לכך שלכולם ברור שאסור לגזול כדי לקיים מצוות עשה היא שהכלל לא חל בהקשרים של פגיעה באדם, פגיעה ברכוש, במישור היחסים שבין אדם לחברו. הרב עזריאל הילדסהיימר מביא סברה ללא מקור הלכתי, ואומר שקשה לומר שמותר לגזול אפילו לצורך הצלת חיים, למרות שפיקוח נפש דוחה את כל התורה למעט שלוש העבירות שמנה פיינשטיין. מדוע? **איסור על גזל היא מצווה שבין אדם לחברו ולכן ייתכן שהיא מתנגשת/ גוברת על הכלל של פיקוח נפש שדוחה את התורה כולה.**

בתשובתה שכתב הרב שלמה קלוגר, הוא מסכים על טיעונו של הרב הילדסהיימר. מאחר ומדובר **ביחסים שבין אדם לחברו, לא חלים על כך היחסים שבין אדם למקום, ולכן הכלל שפיקוח נפש דוחה את התורה** **כולה לא חל**. האם לאדם שנדרש כרגע להצלת חייו מותר לקחת רכוש חברו בלי רשותו? הוא מבחין בין שני מצבים:

1. מצב בו הרכוש יוחזר לבעל הרכוש- **אם מדובר ברכוש שאתה יודע שתוכל להשיבו, מותר**. ההוכחה לכך היא לוגית- הגמרא מתירה לאדם להציל רכוש באמצעות רכוש של אחר אם אתה יודע שתוכל להשיבו. דוגמה מהתלמוד- אדם הולך ברחוב על כלי מלא בדבש, הכלי שבור ומטפטף, הוא מבחין בחבית יין שמונחת בצד (ששוויה פחות משווי הדבש), ולכן מותר לו לשפוך את היין ולהעביר לחבית את הדבש, רק אם הוא יודע שיוכל להשיב את הנזק שגרם. **אם מותר לעשות כן, קל וחומר שמותר להציל חיים אם נוכל להשיב את הנזק**.
2. מצב בו הרכוש לא יוחזר לבעליו- במצב כזה **מסקנתו היא שכנראה אסור לגזול, אך כדי לא להכריע בדיני נפשות הוא מותיר אתה שאלה בצ"ע.** הוא מביא סיפור תנאי קדום על אדם חסיד שלקה במחלת לב, הרופאים ניסו לעזור לו והציעו לו לשתות חלב עז טרי. הוא רכש עז, קשר אותה ליד המיטה ושתה ממנה חלב. כשחבריו החסידים באו לבקרו והבחינו בעז, לא הסכימו לבקרו, על אף שמצווה גדולה לבקר חולה. הסיבה היא שהייתה תקנה שאסרה על גידול עיזים בא"י משום שהעיזים היו אוכלות יבולים בשדות, ולכן מי שמגדל עז אחראי לגזל שקשה להשיבו כי קשה לדעת כמה ומאיפה אכלה העז. מכאן הרב קלוגר למד שגזל שלא ניתן להשיב אסור לגזול.

הרב קלוגר אומר שהכלל לפיו כל התורה נדחית מפני פיקוח נפש לא חל על עבירות שבין אדם לחברו, בפרט לא בגזל שלא ניתן יהיה להשיב. **הכלל לפיו פיקוח נפש נדחה מפני שלוש עבירות הוא רק במישור הדתי ולא במישור החברתי, פיקוח נפש לא דוחה עבירות שבין אדם לחברו**. זה יושב על התשתית הרעיונית שראינו בשיעור הקודם לפיה מבחינים בין כללים הלכתיים שמתייחסים לחלק הדתי של התורה לבין כללים הלכתיים שמתייחסים לחלקים חברתיים כשמדובר בקניין. לשיטתו, הכלל לפיו פיקוח נפש דוחה את כל התורה מתכוון לדחייה של החלקים הדתיים בלבד. הוא מבחין בין כללים בעולם הדתי לבין כללים בעולם החברתי עד לדוגמה הקיצונית ביותר של פיקוח נפש שאינו דוחה לטעמו את הגזל. זהו יישום של הבחנה שתנוסח מאוחר יותר ע"י הרב שקופ. רוב הפוסקים לא מקבלים הבחנה זו. גישת הבחנה זו מניחה שדיני הקניין עובדים ע"פ השכל, הסברה האנושית, היחס של האדם לפגיעה ברכושו. למצוות חברתיות ערך דתי כי הן נעשות, בין היתר, משום שהן כתובות בתורה, אך טענתו של שקופ היא שהתורה היא קומה שניה למצוות, שקומתן הראשונה הוא ההיגיון האנושי.

פס"ד משנת 2016 בביה"ד הרבני בי-ם עסק בסוגיה של פיצויים שהגבר משלם לאישה בגין הגירושין. האישה הודיעה מראש שהיא מוכנה לקבל את הגט בכפוף לכך שבסמוך לאחריו ביה"ד ינהל דיון בתביעתה לקבל פיצויי גירושין וביה"ד הסכים. דעת הרוב קבעה שלאישה לא מגיעים פיצויים במקרה זה (ברמה העקרונית כן מגיע לה אבל כתובתה גבוהה). ייתכן שמגיעים לה פיצויים משום שלטענתה נגרם לה נזק, היא מפסידה המון מהגירושין והיא מסכימה לקבל את הגט אבל רוצה פיצוי על הנזק. במסגרת הדיון, מעלה הדיין את הנושא של "אסור להציל עצמו בממון חברו". הוא מציג ערכים של חירות האדם מול מוסר ברית הנישואין- האם מוצדק שאישה מבקשת כסף כדי להתגרש? אינטואיטיבית זה נראה בעייתי.

בשאלה זו ביהמ"ש עסק בבג"ץ רחל אברהם וקבע שמותר לדרוש פיצוי בעבור גירושין. הדיין בביה"ד בי-ם אמר שבמציאות החיים יש לאדם חירות לצאת מנישואין, אך זכותו זו אינה יכולה לבוא על חשבון פגיעה באישה שממנה הוא מבקש להתגרש, ולכן הוא מצדיק את תנאי האישה לקבל פיצוי בעבור הסכמתה להתגרש. הדיין שילב ערכים חברתיים עם ערכים דתיים- נגרם לאישה נזק כלכלי וכתוצאה מכך היא טוענת שהיא יכולה להגביל את חירות הצד השני עד שתפוצה על נזקה. **אם ההלכה מונעת ממך לפגוע ברכוש של מישהו או ברווחה הכלכלית של מישהו כדי להציל חייך, קל וחומר שלא תוכל לצאת מנישואין ללא דאגה לפיצוי שמגיע לאישה בגין הגירושין.**

**שיעור 5 29.11.22**

מאמרו של ווזנר דן בשיח האונטולוגי והנטורליסטי. לפי הגישה "הפרימיטיבית", הדברים הם פיזיים במובן הפשוט, איננו נוהגים לחשוב על חוזה כמשהו שיוצר ממשות בעולם. לכן, אנו מניחים שכשאדם קונה קניינים שונים, מערכת היחסין שבין האדם לבין הקניין שלו היא משפטית, מציאות משפטית המנותקת מהעולם המוחשי. הגישה האונטולוגית היא אינה הגישה הרווחת, רוב המשפטנים ההלכתיים לא יתפסו את דיני הקניין כמשהו אונטולוגי. ווזנר עוסק במאמר ביתרונות שחכמי ההלכה יכולים להפיק מהמשגה של מוסדות הלכתיים בצורה נטורליסטית. הוא מדגים זאת באמצעות דיני המשפחה. לאורך השנים נכתבו הסברים שונים למוסד הממזרות, שהינו מושג מרתיע בעיקר בהקשר לבגידות. ההסבר הנטורליסטי לממזר שמביא ווזנר הוא שמדובר בחוק טבע ולא בעונש. מאחר ומדובר בהגדרה משפטית יש קושי לקבל טיעון זה. דוגמה זו ממחישה את הפער בין חשיבה משפטית רגילה, גם בהלכה, לבין חשיבה נטורליסטית.

הרב עמיאל שואל- האם כשאני רוכש נכס, הבעלות שנוצרת היא בעלות משפטית או שמדובר במציאות, היינו בזיקה פיזית ביני לבין הנכס? יש הנחה שהגדרת הרכוש היא פיזית, כמו חלב (שומן מסוים בבהמה שהתורה אוסרת לאכול), אינה נוצרת כתוצאה מבעלות משפטית אלא היא בעצם **מציאות ממשית בעולם**, שאולי אי אפשר לראות אבל היא קיימת, **יש זיקה פיזית**. תפיסה כזו נתפסת כתפיסה פרימיטיבית בעולם קדום שהאמין, כפי שניסח חיים נחמן ביאליק, את היחס בין האדם לבין קניינו כאחדות החפץ לאדם. הוא מציג את זה כתפיסה קדמונית. זה פרימיטיבי כי זה דורש הנחה שבנכס דומם יש נשמה שניתן ליצור איתה קשר. קל יותר להבין את הטענה הזו באמצעות נישואין, אז נוצרת התקשרות שאינה רק משפטית. חיבור מופתי באונטולוגיה הוא חיבורו של מרסל מוס "מסה על המתנה" בו נטען שאנשים תופסים את העברת הרכוש מאחד לאחר כמשהו שהוא מעבר למשהו משפטי, **הקשר בין האדם לחפץ הוא קשר של נשמות**, בחפץ עצנו יש נשמה. האם יש מצבים שאנו כן מתייחסים לדיני הקניין באופן שמזכיר יחסים בין אנשים? דוגמה לכך יכולה להיות קניין רוחני. שמו מרמז כי יש משהו מן הרוח של האדם. טדסקי במאמר חלוצי בסוגייה מדבר על תרומת איברים, ובפתח המאמר מביא דוגמה מעניינת שיש קושי לתפוס העברת איברים כמשהו רכושי רגיל. **כל דיני הקניין הוא סוג של השלכה על היחס בין אדם לאיבריו על כל רכוש אחר**.

בפרשת נחמני נ' נחמני שהשתרעה על היבטים שונים של קניין, ניתן לראות שהדיון הוא בעיקרו רכושי, קנייני. זו אולי ההצדקה המשפטית איך ביה"ד דן בכך, וניתן לבקר את זה. אנו מרגישים שבהיבט זה הפער בין גוף האדם לבין נכסיו הוא פער מטושטש.

ביאליק לא דיבר על מצבים של תרומת איברים או עוברים, אלא על רכוש ממשי, מקרקעין ומיטלטלין. לטענת רזדינר, ישנן גישות, מהמאה ה-19 בעיקר, שמציגות במסורת היהודית-תורנית את הזיקה הפיזית בין האדם לבין רכושו.

בספרו "חורב" עוסק הרב הירש בטעמי המצוות ומנסה להסביר את הטעמים למצוות השונות. הטעם לדיני הקניין הוא סדר חברתי. הרב הירש מרחיב את הטעם לכיוון נטורליסטי, ומתאר את **היחס בין האדם לרכוש כאילו הרכוש הוא אחד מאיבריו. יש קשר רוחני בין האדם לנכסיו ולכן פגיעה ברכוש כמוה כפגיעה באדם.** קשה לקבל הסבר כזה כי העונש על גניבה אינו העונש על רצח. אנו חיים בעולם שבו דיני הפגיעה בגוף נתפסים כדבר שונה לחלוטין לעומת פגיעה ברכוש.

ווזנר מאריך בדבריו לא רק על **זיקה בין האדם לרכושו**, אלא על טענה לפיה **ניתן להמשיג את דיני הקניין בצורה מעין פיזיקלית**. הוא חוזר למקור של הש' זילברג. ההלכה אוסרת לבצע עסקה עתידית (למכור מעכשיו פירות שיבשילו בקיץ) והיה צורך בפטנטים כדי לעקוף בעיה זו. מדוע? לפי הסבר אחד, אין וודאות ביחס לצמיחת הפירות, ולכן יש אינטרס משפטי לא לאפשר עסקה כזו מטעם של יעילות משפטית. הסבר נפוץ יותר הוא שלמשפט העברי קשה עם התחייבויות עתידיות מותנות שלא בהכרח יוכלו להתממש. זילברג הציע הסבר אחר לפיו "מפני שבדבר שלא בא לעולם, אין לו לקניין על מה שיחול. הוא יכול להיעשות, אבל אין לו אובייקט לתפוס בו". זו **טענה נטורליסטית לפיה קניין צריך לחול על דבר פיזי שקיים בעולם, קניין מוגבל לחוקי פיזיקה** במובן מסוים.

הרב יהודה ליב בלוך (עמ' 2 לקובץ מקורות 2) מציג את היבט הזיקה בין האדם לרכושו- לא מדובר בעניין משפטי גרידא אלא **נוצר קשר מיוחד בין האדם לבין החפץ**. בהמשך, הוא טוען **שפרטים בדיני הקניין פועלים בצורה פיזיקלית ויכולים להיות מובנים על סמך הבנה פיזיקלית.** החוק קובע שמקרקעין נקנים באמצעות רישום בלבד, ולכן גם אם ברור שהיה רצון, מסוימת וגמירת דעת זה לא מספיק אם לא היה רישום. מטרת הרישום למנוע אי סדר, השפעה על צדדים שלישיים ויכולת מעקב אחר עסקאות מקרקעין. בלוך מציע הסבר אחר לגמרי, לפיו כשההלכה קובעת דרך מסוימת להעברת קניין, דרך אחרת לא תעזור, זה כמו בחוקי החשמל או הפיזיקה, יש **קשר מהותי בין הקניין למציאות**. בסוף דבריו, הוא רוצה להמחיש איך פעולת קניין מורכבת המתמשכת על פני זמן יכולה להתרחש בהצטברות על פני הזמן ולא באופן חד פעמי, באמצעות דימוי לאריגת בגד אט אט. באותו האופן, **דיני הקניין יכולים להכיר במציאות מתמשכת**.

**שיעור 6 6.12.22**

**3 סוגי עסקאות קניין דו-צדדיות**

1. עסקת מכר- כוללת העברת בעלות ותמורה.
2. עסקת מתנה- כוללת העברת בעלות ללא תמורה. בהתאם, קל יותר לבטל עסקת מתנה.
3. עסקת החכרה/ שכירות- יש תמורה בעבור רשות שימוש אך ללא מכר.

**עסקאות/ טרנזקציות קנייניות חד צדדיות**

1. יצירת הפקר.
2. הנאה מהפקר.
3. ייאוש (שלרוב אינו רצוני בניגוד להפקר).

גמירת דעת ומעשה קניין אמורים ללוות כל אחת מהסיטואציות הקנייניות השונות.

מאמרו של דויטש פורסם מספר שנים לאחר חקיקת חוק החוזים. המונח "גמירת דעת" שאוב מהמשפט העברי והשאלה הנשאלת היא האם לצורך פרשנותו על ביהמ"ש לפנות למשפט העברי? ע"פ הגישה הרווחת, **לקיחת מונח השאוב מהספרות ההלכתית היא כמו לקיחת בגד, כיסוי חיצוני, ולא בהכרח לקיחת המהות ולכן *אין חובה לפרש את המונח בדרך שבה הוא מתפרש ע"פ ההלכה היהודית אלא אם כן מדובר בענפים של דיני המשפחה שהחוק מגדיר שיוסדרו ע"פ הדין האישי או הדין הדתי. גישה זו נוסחה ע"י הש' ש"ז חשין בפס"ד מיטובה נ' קזאם.*** לדעת הש' זילברג המונחים "מוחזק וראוי" נלקחו מהמשפט העברי ולכן יפורשו בחוק הישראלי ע"פ פרשנות התלמוד. חשין (שעמדתו התקבלה בדעת רוב) דחה עמדה זו. ***לשיטתו תהיה טעות גדולה לפרש כל מונח וכל ניב שלקוחים מהמשפט העברי, על אף שאין חולק שמשם הם לקוחים. בכל מקום שביהמ"ש נדרש לפרש מונח משפטי והוא מצוי גם במקורות העתיקים, מותר לביהמ"ש לפנות לאותם מקורות רק אם עולה שההלכות העולות במסגרת המקורות דומות לסוגיה המדוברת.*** ח"כ ושופט העליון לשעבר בנימין הלוי הבין את הבעייתיות הטמונה בעמימות המונח, והציע חלופות ברורות שמייצרות מרחב וודאות רחב יותר, אך דעתו לא התקבלה.

דנ"א הנדלס נ' קופת עם עסק בפרשנות הביטוי "רשותו של אדם אחר" בס' 3 לחוק השבת אבדה. הדין הישראלי לעניין השבת אבדה שונה בבסיסו מדיני השבת אבדה במשפט העברי. ההבדל הדרמטי נוגע לזכיית המוצא. ***הטענה היא שעד שנכנסים לרמת הפרטים ומנסים ללמוד מדיני השבת האבדה של ההלכה לדיני השבת האבדה של המשפט הישראלי, יש לשאול אם יש בכלל דמיון ביניהם.*** בפועל, גם כאן כמו ברוב ההסדרים שנטען לגביהם שהם מבוססים על המשפט העברי, כמו חוק עשיית עושר ולא במשפט, חוק הירושה, זה לא באמת כך. ***יש כאן ביטוי קנייני "רשות של אדם אחר"- האם הוא צריך להתפרש ע"פ המקורות הלכתיים או שלא?*** זה מלמד ***עד כמה מחויב המשפט הישראלי לפנות לפרשנות של המשפט העברי ביחס למונחים שמצויים בשניהם. פסק הדין קובע מסמרות ברורים בדעת רוב מוחצת את עמדת המשפט הישראלי בסוגייה.***

בין מאמריהם של קליינמן ודויטש יש דמיון רב בניתוח מוסדות גמירת הדעת ומעשה הקניין. שניהם מגיעים למסקנה לפיה מביניהם **חשובה גמירת הדעת, ומעשה הקניין משרת אותה**. הם דנים בעזרת מקורות שונים בתפקידו של מעשה הקניין- האם מהווה ראייה לגמירת הדעת או יוצר אותה? האם מעשה הקניין מקים את גמירת הדעת או מבטא אותה? עמדת המשפט העברי היא שיש להוכיח את גמירת הדעת ע"י מעשה קניין מתוך שורת מעשים שנקבעו, ולכן לא מדובר בכל מעשה שהצדדים החליטו עליו אלא **במעשים מסוימים**. זה חלק מהעניין של גמירת הדעת. הם מציגים עמדה שונה ובעייתית שהם, וגם רזדינר, לא מזדהים איתה, לפיה מעשה הקניין הוא היסוד המרכזי והחשוב. כפי שכותב קליינמן, לפי רוב המקורות גמירת הדעת היא היסוד המרכזי, אך אין זה אומר שאין צורך במעשה קניין. הם מביאים מקורות על עסקאות בהן ניתן להבחין בוויתור על מעשה הקניין, אך אלו מקרים חריגים ונדירים שבהם, מסיבות שונות, אין ספק בקיומה של גמירות הדעת, ולכן מקרים אלו לא מלמדים על הכלל, לפיו **כן צריך את מעשה הקניין ולא ניתן לוותר עליו, ופעולה ללא קניין לא תהווה פעולה תקפה, גם אם על פניו גמירת הדעת לא נתונה בספק**.

במשפט הישראלי ובמשפט המערבי שמבוסס על המשפטי הרומי ישנה הבחנה ברורה בין דיני קניין ודיני חוזים. על אף שבדר"כ בעסקה יהיו היבטים כאלו וכאלו, כן ניתן להבחין ביניהם. במשפט העברי המצב מורכב יותר. ר"י קארו פותח את דבריו בשולחן ערוך חושן משפט באמירה "**דין אין המקח נגמר בדברים**". אין די בהצעה, קיבול, תמורה, אמירה, אלא יש במעשה קניין. עד שנעשה מעשה הקניין כל צד יכול לחזור בו, מרגע שנעשה המעשה הנדרש הרי שהחוזה תקף ואף אחד מהצדדים לא יכול לחזור בו. הרמ"א (ר' משה איסרליש) מחזק בהגהותיו את דבריו ואומר שכדי לבטל את הפעולה לאחר שנעשתה יש **לבצע מעשה קניין הפוך** (המוכר יהפוך לקונה וירכוש בחזרה את הנכס). המשמעות היא שמרגע שנעשה מעשה קניין העסקה היא חלוטה. עולה מכאן שהקניין והחוזה מעורבים זה בזה במשפט העברי. זה עשוי להוביל למסקנה שהמעשה הוא העיקר, אך זו אינה פרשנות הכרחית כי המעשה נועד לשרת את קיומה של גמירת דעת. כנראה שגם ר"י קארו סבר שגמירת הדעת היא העיקר, על אף שלבדה לא תועיל.

עולה טענה שמאחר ובמשפט העברי אין חוזה לפי הגדרתו בחוק החוזים, כל ניסיון ללמוד מהמשפט העברי למשפט הישראלי הוא מיותר וחסר טען. בפס"ד קל בניין שעסק בהפרת חוזה וייצר את פיצויי הקיום במשפט הישראלי, הש' אנגלרד מסכם את תפיסת דיני החוזים של ההלכה היהודית. לדעת אנגלרד, אסור להשתמש במשפט העברי מאחר ומדובר בשיטות משפט שונות, **שינה דתית מול שיטה אנושית**, דבר שהוביל לפולמוס חריף מול הש' אלון, ואולם בפס"ד זה יש לקונה והוא כן פונה למשפט העברי, כפי שמורה חוק יסודות המשפט בהינתן לקונה. אנגלרד מסביר שלפי ההלכה יש צורך במעשה קניין, ובהינתן הצעה וקיבול ללא מעשה קניין אין חוזה, ואם אחד הצדדים חוזר בו הסנקציה היא לכל היותר מוסרית (לדוגמה קללה). האם אפשר לשדרג את הסנקציה ולפסוק פיצוי במקום קללה? יש כאן קריצה לאלון. אז האם הפנייה למשפט העברי בכלל רלוונטית? **אנגלרד טוען שעצם הניסיון ללמוד מדיני החוזים בהלכה למשפט הישראלי לא רלוונטי כי הם מדברים בשפות השונות. במשפט העברי מדובר על חברה דתית ומוטלות סנקציות דתיות**. לבסוף נפסק שיהיו פיצויי קיום ולא מכוח המשפט העברי. רזדינר תומך בעמדתו של אנגלרד.

בפס"ד קסטנבאום (כיתוב על מצבות) הש' אלון הביא רבנים שונים ודן בדבריהם. בפס"ד שביט, מספר שנים לאחר מכן, הש' אנגלרד "גיחך" על פסיקתו של אלון, באומרו שאינו פוסק הלכה ולא מתפקידו לנהל דיונים הלכתיים. לדעת אלון, משנת 1992 **לא צריך** את חוק יסודות המשפט כדי לפנות למשפט העברי, נחקקו חוקי יסוד שהוגדר במטרתם לעגן את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ומכוח המדינה יהודית הוא יכול לפנות למשפט העברי גם בהיעדר לקונה.

עד ימינו הגישה הרווחת בפסיקת ההלכה היא שחוזה ללא מעשה קניין חסר תוקף, וגם אם נניח שגמירת הדעת היא העיקר, אי אפשר לוותר על מעשה הקניין. פס"ד פלוני נ' פלונית בביה"ד הרבני בנתניה עסק בחלוקת רכוש במסגרת הסכם גירושין. ברירת המחדל היא שאחד מבני הזוג ירכוש את חלקו של האחר בדירה. הוחלפו טיוטות, אבל אז הגרושה קיבלה הצעה מצד ג' בסכום גבוה יותר והעדיפה למכור לו וכעת היא מעוניינת שהחוזה עם הגרוש לא יהיה תקף. ביה"ד מנהל בפס"ד דיון ביחס בין גמירות הדעת לבין מעשה הקניין. הדיין מוכן לקבל שהאישה גמרה בדעתה למכור לגרוש, אך מאחר ולא היה מעשה קניין החוזה לא תקף והיא רשאית למכור לצד ג' או לדרוש מהגרוש סכום גבוה יותר כדי למכור לו. תביעת הגרוש לאכיפת ההסכם נדחית כי לא היה מעשה קניין. **על אף שאין ספק שמדובר בחוזה תקף מבחינת דיני החוזים ההלכתיים, הרי שמבחינה הלכתית לא נעשה מעשה קניין ולכן העסקה לא תקפה והצדדים יכולים לחזור בהם**.

**שיעור 7 13.12.22**

בפס"ד של ביה"ד הרבני הגדול 973835/2 יש **מחלוקת בין דעת הרוב ודעת המיעוט ביחס לתוקף פשרות והסכמות שלא נלווה אליהן מעשה קניין**. אנו לומדים ממנו עד כמה קריטית דרישת מעשה הקניין בהלכה היהודית, גם במצבים בהם אין ספק בגמירת הדעת של הצדדים, ואף בהסכם שנעשה בחסות ביה"ד. מדובר בזוג שהתגרש, היה הסכם רכושי. הדיינים הביאו את הזוג לפשרה, הצדדים הסכימו ואז הבעל (המערער) חזר בו. ברור שיש גמירות דעת, ולא סתם גמירות דעת אלא בתנאים מיוחדים בחסום ביה"ד שהציע את התנאים לאחר שנים של התדיינות. לפי דעת המיעוט של הדיין הרב ציון אילוז, אין ספק בקיומה של גמירות הדעת ולכן היעדר מעשה קניין לא פוגע בתוקף. הוא מצטט את דברי הרב ולדנברג לפיו **מה שנעשה בפני ביה"ד אינו מצריך מעשה קניין, אלא** **מהווה אחד החריגים לכך שחוזה תקף ללא מעשה קניין** ולכן הגבר לא יכול לחזור בו. ההיגיון בכך הוא שמה שנעשה בפני ביה"ד יש בו גמירות דעת גמורה גם ללא מעשה קניין. זה תואם את הדעה המקובלת ביחס ההיררכי לפיו גמירת הדעת היא העיקר, והרי שמקרה זה אין ספק בהבנת וכוונת הצדדים. גמירות הדעת היא ברמה כה גבוהה שהרי זהו הסכם בפני בימ"ש, כך שאפשר לוותר על מעשה הקניין. דעת הרוב של הרבנים שינדלר ונהרי קבעה **שהגבר יכול לחזור בו כי לא נעשתה פעולה פיזית**. על פניו, לא היינו מעלים על דעתו שהסכם שנעשה מול ביהמ"ש בשנת 2022 יהיה חסר תוקף רק בשל היעדר פעולה פיזית. הרב שינדלר מסכים **שלכאורה קיימת גמירת דעת, אבל לא התבצע הפרט הטכני של מעשה הקניין ההסכם לא מחייב**. ר"י קארו והרמ"א דנים בשולחן ערוך בכך **שאפילו הסכם שמקורו ביוזמת ביה"ד, מחייב מעשה קניין**, ולפי פסיקה הלכתית לא ניתן לטעון טענת קים לי נגד שולחן ערוך, ומסיבה זו האישה לא יכולה לטעון שההסכם חלוט. בתקנות סדרי הדין של בתי הדין הרבניים בגרסתן האחרונה משנת 1993 תקנה 110 קובעת במפורש **שעל הסכמים יש לעשות מעשה קניין**. זה מדגיש את החשיבות שאפילו בתוך ביה"ד דרוש מעשה קניין כי הוא קריטי. פסיקה זו שונה לחלוטין מטענתו של הש' אנגלרד לפיה יש קושי לייבא לדיני החוזים משהו מהמשפט העברי כי תפיסת הבסיס שונה לחלוטין.

לדעת החזון איש (עמ' 5 לקובץ מקורות 2) ברור שהעיקר הוא גמירת הדעת. הוא לא משתמש במונח זה אלא אומר "שיגמור בליבו... וחברו יסמוך דעתו". הצירוף "גמירות דעת" לא מופיע בתלמוד אלא רק מאוחר מכן. בשאלה האם מעשה הקניין הוא לביטוי/ הוכחת גמירת הדעת או ליצירתה, החזון איש טוען שישנם מקרים חריגים שבהם לא צריך מעשה ובכל זאת תתבצע העברה קניינית וזה מלמד **שגמירת הדעת היא העיקרית**. החזון איש **מצמצם את מקומו של המנהג**, ולשיטתו מקורות המעשה הם התורה שבכתב התורה שבע"פ "רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל". דרך ליישב את הפער היא לומר **שמקור המנהג בחז"ל.**

גם לשיטתו של הרב טיקוצינסקי (עמ' 5 לקובץ מקורות 2) גמירות הדעת ("סמיכת הדעת") היא העיקר. לדבריו, כל מעבר מרשות לרשות מחייב גמירות דעת "ומעשה הקניין מבליט את סמיכת הדעת". אפשר להציע שמדבריו הוא רואה את המעשה כחלק מיצירת גמירות הדעת ו/או שהוא רואה אותו כהיבט ראייתי. מקורות הקניין לדעתו הם התורה, ואין זה מפתיע שהוא **מוסיף את המנהג למקורות דיני הקניין** כי לשיטתו מקורות דיני הקניין הם בחשיבה האנושית והתורה נבנית עליהם כקומה שנייה. ואולם, המנהג חייב להיות **קבוע**, לא סתם מנהג. תפקיד המעשה להחצין/ לבטא את גמירת הדעת ולכן הוא חייב להיות כזה שברור לצדדים המשמעות הקניינית של הפעולה. לכן, ברור שאם הצדדים מבינים את הפעולה כפעולת קניין, אזי זה מעשה קניין.

לפי מסכת קידושין בתלמוד הבבלי (עמ' 6 לקובץ מקורות 2) אין ספק שגמירת הדעת, כוונות הצדדים והמוטיבציות של הצדדים הן העיקר. המשנה מכנה **נכסי מקרקעין** נכסים שיש להם אחריות, וקובעת שהם *נקנים בשלוש דרכים*; **בכסף**- תשלום הקונה למוכר, **בשטר**- הצהרה בכתב של המוכר לקונה **ובחזקה**- פעולה פיזית מועילה של הקונה בנכס. **פשט המשנה שמדובר באפשרויות חלופיות** (כסף או שטר או חזקה). מיטלטלין, שאין להם אחריות, נקנים רק במשיכה. בפרק ירמיהו ל"ב נאמר "שדות בכסף יקנה", המשמעות היא **שמקרקעין קונים בכסף**. העניין שבאותו פרק יש גם שטר. האמורא רב אומר שאכן לפי פשט המשנה כסף לבדו קונה מקרקעין, ושלוש הדרכים במשנה הן חלופיות. אבל כסף קונה רק בעולם של אנאלפביתים, או רק בעולם של שיטת משפט שבה לא נוהגים לכתוב שטרות. **במקום שבו נהוג לכתוב שטר, תשלום בלבד לא מהווה עסקה מלאה ולכן העסקה אינה תקפה**. כלומר, אמורא רב אומר- נכון שברמה התיאורטית כסף לבד קונה, אבל ברוב העולם, שבו כותבים שטרות קניין, צריך גם שטר קניין. **לצדדים לעסקה אין אינטרסים חופפים**. האינטרס של המוכר לקבל כסף, והאינטרס של הקונה לקבל נכס. בעולם שבו אין רישום בטאבו, מה שיכול **להוכיח את רכישת הנכס כדין ובעלות של הקונה זה שטר**. וזו הסיבה לכך שבחברה שבה כותבים שטרות אין עסקת רכישת נכס ללא שטר. במקרה שבו הקונה סומך על המוכר ומוותר על השטר באמירה מפורשת, העסקה תהיה תקפה באמצעות כסף בלבד, כי בעצם הוויתור שלו על השטר יש גמירות דעת ויש מעשה קניין בהעברת הכסף.

בגמרא היה סיפור על ר' אידי בר אבין שאמר שאם ירצה יקנה בכסף ואם ירצה יקנה בשטר. בזמן שבין מתן הכסף לכתיבת השטר אצל הסופר היה מחפש עסקה טובה יותר, ואם היה מוצא היה מודיע למוכר הראשון שהוא מבטל את הכסף, ומאחר ולא נכתב שטר הוא יכול לחזר בו, ואם המוכר היה מוצא קונה שמוכן לשלם יותר אז ר' אידי היה אומר שאי אפשר כי הוא אמר לו שיקנה בכסף או בשטר.

האמורא שמואל והאמורא רב היו חלוקים בהרבה מקרים, אך בהקשר זה דבריהם משלימים זה את זה. האמורא רב אמר שכסף לא מספיק לבדו ונדרש שטר, והאמורא שמואל אמר **ששטר לבדו לא מספיק** **בעסקת מכר, אלא רק בעסקת מתנה שבה ממילא נותן המתנה לא מצפה לתמורה ולכן יהיה רק שטר**. **בעסקת מכר שבה המוכר מצפה לקבל תמורה ברור שאין גמירות דעת ללא תמורה ולכן שטר לבדו לא יספיק.** התלמוד מדבר על "מוכר שדהו מפני רעתה"- עסקת מכר בה שטר לבדו יבצע את ההעברה הקניינית. מדובר במקרה שבו אדם מחזיק נכס שמפיק לו יותר נזק מתועלת, והאינטרס הראשוני מבחינתו הוא להעביר את הבעלות לגורם אחר. כלומר, הדחיפות היא קודם כל להעברת הבעלות ורק אח"כ לתשלום. במקרה זה, שאין ספק בגמירת הדעת של המוכר, **אפשר להעביר שדה במכר באמצעות שטר בלבד**. מכל מקום, שני האמוראים משלימים זה את זה, הראשון מטפל בכסף לבדו והשני מטפל בשטר לבדו, דבריהם נפסקו **להלכה**- צריך גם וגם, על אף שזה לא פשט המשנה. הם מכפיפים את מעשה הקניין לגמירת הדעת, וגמירת הדעת הוא היסוד המרכזי שלפיו מעצבים את הדרישות למעשה הקניין בעסקה.

בתלמוד הירושלמי גישה אחרת. האמורא ר' ירמיה מבטא את דעת שמואל ואומר שנכון שאפשר לפי המשנה לרכוש בשטר בלבד, אבל זה רק בעסקת מתנה. מבלי לצטט את דברי שמואל הוא אומר את אותו הרעיון. בעסקת מכר בה יש כסף, אין קנייה עד התשלום. עמדתו לא מפתיע כי הוא ישב בישיבות הבבליות והוא מייצג את הגישה הבבלית. אבל אז מגיעים שניים מתלמידיו מא"י שצמחו בטבריה, שם נערך התלמוד הירושלמי, ר' יונה ור' יוסי, שאומרים "**אפילו לא נתן כסף קנה**". ר' אבא אומר את דבריו של אמורא רב, מקום בו לא נוהגים לכתוב שטרות קונים רק בכסף, אבל בעסקה שבה יש ציפייה לכסף, אין עסקה עד שיש שאר. ר' יונה ור' יוסי חולקים עליו, הם קוראים את המשנה שבה כתוב שקונים בכסף או בשטר או בחזקה ואין להכניס אלמנטים נוספים, ולכן אפילו אם נתן שטר בלבד- קנה. למחלוקת הזו אין חשיבות גדולה כי בתלמוד הבבלי נתפס כעדיף.

**שיעור 8 20.12.22**

תשובה של ר' יוסף בן לב (עמ' 10 לקובץ מקורות 2) מדגימה איך הסוגייה התלמודית לוקחת את המשנה ומכריחה אותנו לקרוא את קניין המקרקעין דרך משקפי גמירת דעת- **צריך גם שטר וגם כסף בגלל האינטרס שיש לכל צד.** מדובר בסכסוך בין ראובן ושמעון שהיו שותפים בחנות. הוצע להם לעשות מעין פירוק שיתוף ושצד אחד ימכור את חלקו לצד השני, הם ניהלו מו"מ ובסופו של דבר ראובן הסכים למכור את חלקו לשמעון באמצעות לוי, אחיו של שמעון, שיהווה שליח. מדובר במקרה של **קניין סודר**, קניין גנרי במשפט העברי שמועיל גם למקרקעין, והייתה **שבועה** שהצדדים מקבלים על עצמם את משמעויות העברת הבעלות מראובן לשמעון דרך לוי ואינם יכולים לחזור בהם. בנוסף היה מעשה קניין ע"י תשלום של לוי לראובן. כשלוי ביקש לשלם את יתרת התשלום ראובן התחרט. לטענת ראובן, הם סיכמו שהקניין הוא על תנאי. האם ראובן זכאי לבטל את העסקה? ראובן יכול לטעון טענה פורמליסטית **שלא היה שטר**, ולפי התלמוד צריך גם שטר וגם כסף. מנגד שמעון יכול לטעון טענה מהותית שלפי התלמוד, **שטר הוא אינטרס של הקונה** כי זו ראיה לקניה שלו, ובמקרה זה הקונה מוכן לוותר על שטר. ראובן יכול להשיב שניתן היה לקבל זאת אילו שמעון היה אומר **אמירה מפורשת על וויתורו על שטר**. טיעון נוסף הוא **מוכר שדהו מפני רעתה**- שמעון יכול לטעון שלא היה שטר משום שמדובר במקרה זו. מנגד ראובן יטען **שבמקרה של מוכר שדהו מפני רעתה די בשטר**, ואילו כאן לא היה שטר בכלל. שמעון ישיב שזה **קל וחומר**- גם מכרת שדה מפני רעתה וגם קיבלת כסף ולכן קל וחומר שמכרת. הרב בן לב מציג דיון ומגיע למסקנה לטובת שמעון, ועם זאת, לא מצא בכל הספרים מקור תקדימי חד משמעי לפיו אפשר לפסוק לטובתו. העיקרון העליון הוא שגמירת הדעת זה הדבר המרכזי. מיוחסת לשבועה של אדם שיעשה/ לא יעשה משהו גמירות דעת גבוהה ביותר, כי אף אחד לא הכריח אותו להישבע. חשיבות השטר נדחית מפני העובדה שאין ספק בגמירת הדעת, הבנה ובכוונות של הצדדים, ולכן ראובן לא יכול לחזור בו. כדי לחזק את מסקנתו, הוא אומר שהיו פה שני מעשי קניין, קניין סודר וכסף, וסביר שהייתה גמירות דעת גם ללא שטר. הוא גוזר מהסוגייה את **העיקרון שעליונות גמירת הדעת יכולה לחפות על חסרון של פרטים**.

מה כולל המונח "גמירות דעת"? האם גמירות דעת כוללת גם רצון? ס' 17 לחוק החוזים קובע שניתן לבטל חוזה מחמת כפיה. זה מלמד שגמירת הדעת לא מצריכה רצון כי הצד שהחוזה נכפה עליו רשאי לבטל את החוזה, ואם לא יבטלו, אזי לחוזה יש תוקף ושלב הכריתה התקיים. היכולת של הצד הנכפה לבטל מלמדת שברמה העקרונית החוזה תקף, אלא אם יבקש לבטלו. לכן, כנראה שגם בחוק החוזים גמירת הדעת לא כוללת רצון. ההנחה שגמירת דעת כוללת רצון היא הנחה בעייתית. רזדינר טוען שגם במשפט הישראלי יש קושי לזהות את מושג גמירת הדעת עם מושג הרצון, או לטעון שרצון זה חלק מהותי מגמירת דעת. במשפט העברי זה חד יותר. פורת במאמרו טוען שכבר בתלמוד יש מודעות לקושי בכפייה על אדם להשיג נכס מסוים. **התלמוד מבחין בין שתי עסקאות, מתנה ומכר. רק עסקה שיש בה תמורה מלאה תיתן תוקף לכפייה. תמורה לא מלאה/ היעדר תמורה מהווה גזל.** פורת פורס שורת דוגמאות לפיהן לאורך הדורות חכמים הרגישו לא בנוח עם הרעיון שאפשר לכפות הסכמות על הצדדים, וזה צומצם תוך שימוש בהלכה.

לפי הרמב"ם בהלכות מכירה פרק י' (עמ' 18 לקובץ מקורות 2), מי שכפו עליו למכור ("מי שאנסוהו עד שמכר") והוא קיבל תמורה ריאלית של הנכס ("ולקח דמי המקח")- המכר תקף גם אם הכפייה חריפה ביותר ואף מאיימת על חיי המוכר ("אפילו תלוהו"). הייתה גמירת דעת גם אם נוצרה מכפייה או אונס ("שמפני אונסו גמר ומקנה"). התלמוד מבין שזו הלכה בעייתית ומציע פתרון חלקי שנקרא "מודעה". אם שכני מאיים עליי שיפעיל כפייה שלא אוכל להתנגד לה, אני אקרא לעדים ואספר להם והם יוכלו בשעת הצורך להעיד שהייתה כפייה. זה גובר על ההלכה כי העדים מוכיחים שלא הייתה גמירת דעת. זה מצריך היערכות מראש ולכן זהו פתרון חלקי ואינו ישים למקרים בהם לא ידעתי שאתקף. קהילה מאורגנת לא יכולה לאפשר כפיית מכירת נכסים, גם אם זה בתמורה, והפתרונות היו במישור המשפט הציבורי (קביעת עונש למי שמפעיל כוח, הפקעה והחזרה לבעלים "הפקר בית דין"). בשורה התחתונה, הכפייה בעלת משמעות. **גמירת דעת שהושגה באמצעות כפייה היא תקפה**. רב הונא מתאר מצב שבו תלו אדם והמכר תקף. הוא לא מנמק את דבריו, וחכמים מאוחרים מנסים לעמוד על ההסבר לכך. הסבר אחד הוא הטענה שכל דבר שאדם מוכר זה בכפייה, נניח אם אדם מכר משהו כי הוא לחוץ בכסף, ואף אחד לא טוען שזה מכר בכפייה. אבל זה שונה כי כאן מדובר בלחץ עצמי, אונס שאדם מפעיל על עצמו ולא על אחר, והרי שרב הונא דיבר על גורם חיצוני שמאיים על אדם וכופה עליו למכור. התלמוד זונח רעיון זה, ומחפש הצדקה לדברי הרב הונא במקורות תנאים קדומים. מובאת ברייתא שבה נאמר "**כופין אותו עד שיאמר רוצה אני**". הביטוי סותר את עצמו, אם הוא רוצה אין כפייה, אם יש כפייה אין רצון. **זה מלמד שיכול שרצון יושג ע"י כפייה**. אולי זה רצון, אך לא רצון חופשי. בשלב הזה התלמוד מניח שגמירת דעת כן כוללת רצון, אך הרצון יכול להיות מושג בכפייה. רק בשלב האחרון התלמוד יאמר שלא צריך רצון בגמירת הדעת. בגיטין הכופה הוא ביה"ד ויש חובה לציית לו ולכן זה שונה ממצב שבו אדם תולה את שכנו. הרעיון בגיטין הוא כפייה דתית, וזה לא דומה למקרה עליו דיבר רב הונא.

**שיעור 9 27.12.22**

פס"ד של ביה"ד הרבני בנתניה (ת' 1098599/5) עוסק בסוגית כפית גט ומעלה גישות מורכבות לגבי היכולת לכפות גיטין. פס"ד דן בסוגיה של רב הונא, ומסכם שמושג הרצון ומושג גמירת הדעת הם שני מושגים שאינם חופפים. **גמירת הדעת לא כוללת את מושג הרצון כשמדובר בקניינים.**

אמרנו שמעשה הקניין מעיד/ מחצין על גמירות הדעת, ותפקידו לוודא את קיומה. המסקנה המתבקשת מכך היא **שכדי שמעשה קניין יוכל למלא את ייעודו כיוצר וודאות בקיומה של גמירות הדעת, נדרש ממנו להיות כזה שברור לכולם שהוא מהווה מעשה קניין** ולא סתם פעולה אקראית. באותו אופן, פעולה למקרקעין לא תועיל למיטלטלין, ולהיפך. **פעולות מסוימות יכולות להועיל רק בהקשר מסוים** של סוחרים, כגון לחיצת ידיים בקרב יהלומנים שכן תהווה מעשה קניין כי זה מנהג בקרב יהלומנים לרכישת יהלומים. הקשר בין גמירת הדעת למעשה הקניין מחייב שהצדדים לקניין יבינו שפעולתם היא פעולה שנועדה לשלם קניין, אחרת היא לא מלמדת על גמירת הדעת. **אם הצדדים יבצעו פעולה ספציפית שידועה כמעשה קניין, ההנחה היא שהם גמרו בדעתם**.

כיצד יוצרים פעולה שתהיה מוגדרת כפעולת קניין? מהי הדרך הנורמטיבית לקבוע שפעולה מסוימת תועיל? דרך אחת היא לקבוע ספציפית בחוק. ישנן פעולות שברור שהן פעולות קניין כי הן מופיעות בספרי ההלכה. דרך נוספת היא מנהג.

רמב"ם, משנה תורה, הלכות מכירה פרקים א-ה (עמ' 22 לקובץ מקורות 2). פרק א' עוסק בדרכי הקניין של מקרקעין. הלכה א מדגישה שללא מעשה קניין "הרי זה אינו כלום וכאילו לא היו ביניהם דברים מעולם". לפי הלכה ב, אם ייעשה אחד ממעשי הקניין המנויים ברשימה, הקניין יהיה סופי ואין צורך כלל בעדים. גם ללא עדים הצדדים לא יכלו לחזור בהם משנעשה המעשה. בהלכה ג הרמב"ם מדגיש שקניין מקרקעין נעשה בכסף או בשטר או בחזקה. הרמב"ם מדגיש כי **די באחת משלוש פעולות אלו כדי להעביר בעלות המקרקעין**. בהלכה ד מתואר קניין הכסף, העברת כסף מהקונה למוכר. הרמב"ם מסכם את ההלכה התלמודית לפיה קניין בכסף מועיל במקום שלא כותבים שטר, כפי שנקבע בתלמוד הבבלי. הכוונה לשטר מכר ולא שטר ראיה. בהלכה ז אנו רואים קניין שטר. הרמב"ם מדגיש פעמיים שהשטר לא צריך להיות שווה שום דבר. השטר עובר מהמוכר לקונה. בנוסף, די בשטר מינימלי ובו 3 מילים "שדי מכורה לך". ברור שיש פה פערים, על איזה שדה מדובר, מי המוכר, מי הקונה, מה גבולות החלקה והתאריך. מדובר גם על מוכר שדהו מפני רעתה. בהלכה ח מדובר על חזקה, לה שתי משמעויות. חזקה בהיבט הראייתי היא ישיבה בקרקע שמקנה חזקה שהיושב הוא הבעלים. החזרה ניתנת לסתירה. הכוונה לא לחזקה זו אלא לחזקה שראינו במשנה במסכת קידושין- **פעולת קניין במקרקעין**. הרמב"ם מפרט שפעולות חזרה היא פעולה פיזית בנכס "נעל/ גדר/ פרץ...". אדם נכנס לקרקע ומבצע בה פעולה בעלת תועלת שמשביחה את הקרקע, הרי שהוא הקונה, מאחר וההיגיון מניח שאדם לא יעשה פעולות כאלו אם אינו הבעלים. הרמב"ם מוסיף שפעולת חזקה זו תועיל אם המוכר ראה את הדברים כי זה מעיד שלמוכר גמירות דעת. פעולת החזקה צריכה לבטא את גמירות דעתם של שני הצדדים- הקונה בעשיית הפעולה והמוכר שרואה את עשיית הפעולה והיא מקובלת עליו. הלכה יז דנה במחוברים, נכס שלא מחובר לקרקע הוא מיטלטלין, שמחובר לקרקע הוא מקרקעין, ואם ינותק מהקרקע ישוב להיות מיטלטלין. התלמוד מביא חריג לכך והוא ענבים העומדות להיבצר, למרות שהן מחוברת לגפן הן מהוות מיטלטלין. ההנחה היא שנכס פיזית עדיין מחובר לקרקע אבל בשלב הזה הוא אמור להיות עצמאי ויפגע אם לא ינותק ולכן נתייחס אליו כאל מיטלטלין שהופרד מהגפן.

בפרק ב הלכה א עוסקת בעבדים. נאמר שהם כמו קרקע ופעולות הקניין לגביהם הם כסף, שטר או חזקה. ייתכן שהשוואתם לקרקע היא משום שמכירת העבדים הייתה כדי שיעבדו את הקרקע. בהלכה ה הרמב"ם דן בבהמות. בהמה היא מיטלטלין, נקנית בקניין **משיכה**. הרמב"ם מלמד על פעולה קניינית נוספת במיטלטלין- הגבהה. מדוע עבדים ובהמות מופיעים באותו הפרק? לפי תשובה אחת משותף לשניהם עבודת האדמה. לפני תשובה אחרת, החיבור ביניהם משום שמדובר בנכסים חיים, להבדיל ממיטלטלין דוממים ומקרקעות. **נכס שאפשר להגביה יש להגביה, נכס שמתנגד או כבד אפשר למשוך**.

בפרק ג הרמב"ם מציג את הפעולה השלישית בקנייני מיטלטלין והיא **מסירה**. בהלכה ג מדובר על ספינה שלא ניתן להגביה או למשוך. בניגוד להגבהה ומשיכה, מסירה לא דורשת הזזה, ונעשית ע"י מסירת החבל. המוכר רשאי להתעקש על פעולת משיכה ואז יש להביא אנשים שימשכו את הספינה. הרמב"ם מביא את ההלכה התלמודית שהיא כשיטת ר' יוחנן. בתורה אפשר היה לקנות מיטלטלין בכסף כפי שקונים קרקעות, מרגע התשלום רכשת את המיטלטלין. ר' יוחנן אומר שחכמים ביטלו אפשרות זו, **ותיקנו שמיטלטלין לא יירכשו אלא בהגבהה או במשיכה**. הנימוק לכך הוא פטרנליסטי ומופיע בהלכה ה. בתלמוד מספר על קונה שרכש תבואה ושילם עליה, בלילה פרצה שריפה והמוכר נתן לה להשתולל כי התבואה כבר לא שלו. כלומר, כסף לא מועיל כי אתה עלול לגרום לאדם לא להציל סחורה שהיא כבר שלך כי שילמת עליה, ולכן חכמים תיקנו את התקנה. לכן, **ההלכה ביטלה את קניין הכסף במיטלטלין וזה משאיר אותנו עם שלוש דרכים לקניין מיטלטלין- הגבהה, משיכה ומסירה**. שלוש הדרכים הללו הן פיזיות ולכן לא ניתן לבצע עסקאות מרחוק, בעוד שבמקרקעין אפשר לכתוב שטר. בשימוש בכסף ובשטר לא צריך להיות בנכס, אפשר להיות במקום אחר בנכס ועדיין להעביר בעלות, ודווקא במיטלטלין שהיא עסקה נפוצה יותר חייב להגיע לנכס עצמו. זה יוצר מגבלות קשות בעולם המסחר, ולכן המשנה מוסיפה **שתי דרכים נוספים**, עליהן יוסיף התלמוד דרך שלישית. שתי הדרכים הראשונות מבוססות על השילוב בין מקרקעין למיטלטלין. עסקת מקרקעין אפשר לעשות מרחוק, ואם נשדך עסקת מיטלטלין לעסקת מקרקעין נוכל לעשות את עסקת המיטלטלין מרחוק. פעולה אחת מכונה "**קניין חצר**" (הלכה ח) והשנייה מכונה "**קניין אגב**" (הלכה ט). במכירה של מקרקעין שבתוכם נמצא מיטלטלין, פעולת המקרקעין מספיקה והיא תקנה את מה שבתוכה. הלכה א בפרק ד מרחיבה על כך. ניתן לפרק את זה לשתי פעולות- אני רוכש מגרש, מרגע הרכישה המגרש שלי ומתבצעת פעולת קניין שנייה באופן אוטומטי בה המגרש קונה לי את המיטלטלין. זה קניין החצר. זה פתרון חלקי, כי הוא מחייב שהמיטלטלין יהיה בתוך המקרקעין. הלכה ט בפרק ג מרחיבה לקניין אגב, שהוא מתוחכם יותר ובו המקרקעין והמיטלטלין נמצאים בזיקה משפטית, הם נקנים באותה עסקה, אך **בלא שיש ביניהם זיקה פיזית/ סמיכות במקום**. ייתכן והסיבה היא שלרוב המקרקעין הוא הנדבך המרכזי בעסקה. כך ניתן לרכוש מיטלטלין מרחוק באמצעות קנייני מקרקעין. הרמב"ם מדגיש שקניין אגב הוא מלאכותי, מומצא, לא טבעי, ולכן נדרשת בו **אמירה** שלא נדרשת בקניין החצר, שכל הנראה נחשב טבעי יותר.

בפרק ה אנו רואים שתי פעולות נוספות בקניין. הפעולה הראשונה היא עסקת חליפין. החידוש בהלכה א הוא שלפני המצאת החליפין היה צורך בשתי פעולות קניין, ואז חכמים אמרו שמספיק שאחד ימשוך את התמורה שלו וזה מהווה פעולת קניין עבור שני המוצרים המוחלפים. כלומר, מרגע שמחליפין מיטלטלין במיטלטלין **מסתפקים בפעולה אחת**. לפי חידוש נוסף בהלכה ה, פעולת הקניין ברוב המוחלט של העסקאות הקנייניות נקרא "קניין סודר". הוא קובע פישוט לדרכי הקניין כך שאת כל סוגי הנכסים אפשר לרכוש בדרך של **לקיחה, הרמה והחזרה**. קניין סודר הוא **פיקטיבי**, והרמב"ם מדגיש זאת, כמו בקניין אגב. הדרישה **לאמירה** מלמדת על קניין לא טבעי, לא פשוט, מומצא.

עסקה שבה ניתן למצוא את כל דרכי הקניין האפשריות היא **עסקת מכירת חמץ** (עמ' 24 לקובץ מקורות 2). כמו הערמות משפטיות אחרות, חכמים ניסו לצמצם במהלך הדורות. צירוף הפעולות במכירת חמץ נובעת משום שמדובר בקניין לא טבעי, ושנית משום שבעולם האשכנזי היו כמויות גדולות של חמץ וכדי להקל על המכירה החלו למכור את הקרקע עצמה. **כל אחד מהקניינים פועל יחד ולחוד** ולכן אם נפל פגם באחד מהם, האחר מחיל את חלות הקניין. השאלה היא האם יש לבצע פעולת קניין לפי חוקי המדינה. במאה ה-18 באימפריה האוסטרו-הונגרית היה צריך לשלם מס על שטרות מקרקעין, ועסקאות אלה לא מוסו, ולכן מבחינת חוקי המדינה הן לא תקפות. כשהקיסר אמר שעסקאות אלו לא ממוסות כי ברור לכולם שאינן אמיתיות, הקיסר התבקש למסות אותן כדי להוכיח את אמיתותן. הקיסר הוציא תקנה שאומרת שעסקה זו מוכרת לצרכי המדינה אך לא צריך למסות אותה וכך נפתרה הבעיה מבחינת חוקי המדינה.

בשנת השמיטה יש פטנט דומה למכירת החמץ והוא מכירת הקרקע, אבל ס' 7 לחוק המקרקעין קובע שבמכירת קרקע נדרש רישום בטאבו, ולא ישים לשנות את הרישום בטאבו לשנה. בשנת 1979 הותקנו תקנות ספציפיות- תקנות עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה) לפיהן עסקת מקרקעין לשם קיום מצוות השמיטה תהיה תקפה על אף האמור בחוק המקרקעין ובכל חוק אחר, ותהיה פטורה מאגרות, מיסים וכו', כדי לבטא שגם ע"פ חוקי המדינה מדובר בעסקה תקפה, למרות שאין רישום בטאבו.

**שיעור 10 10.1.23**

מנהג סיטומתא: את **מקור המנהג** אנו מוצאים בעיקר בבבל, ומאחר וההכרעה ההלכתית מבוצעת ע"פ הלמוד הבבלי, אם הבבלי מאפשר לבצע פעולות קניין באמצעות מנהג אזי זה אפשרי מבחינה הלכתית. המנהג מצוי בתלמוד רק בתחום ספציפי תחת הביטוי "סיטומתא". לפי הפרשנות המקובלת, מדובר בחתימה על חביות שהסוחר מסמן שרכש ומדובר על קניית מיטלטלין. למדנו שאם ניתן להגביה מיטלטלין אז יש להגביהו, ואולם אם נמכרות אלף חביות? לכן חכמים אמרו שניתן לקבל את מנהג הסוחרים הפרסיים בבבל ולסמן כל חבית במקום להגביה כל חבית. הכוונה בסיטומתא היא לסוחרים שקונים כמות גדולה. מי שכוננו דרך קניין זו הם הסוחרים היהודים מהקהילה, וזה הגיוני משום שעיסוקם במסחר ויש להם ידע שנרכש מניסיון עם סוחרים שאינם יהודים. יש כאן זיקה שמאפשרת ייבוא והפנמה של רעיונות שמתפתחים בעולם המסחרי החיצוני. בהמשך, זה התפתח גם לדיני חיובים. רזדינר טוען שאין פלא ששיטות משפט מודרניות לא אוהבות את הרעיון של מנהג בשל הבעיות שהוא מעורר:

1. מנהג הוא דבר עמום שקשה להגדיר- כשיש מנהג שברור לכולם אין בעיה. הקושי טמון בכך שכשמדובר במנהג בדיני הקניין יש הכרח שכולם או לפחות הרוב מכריע יכיר את הקניין כדי שתהיה גמירות דעת. אם הוא עמום יש קושי לטעון שיש גמירות דעת. מתי מעשה הופך למנהג? איך בוחנים את מעשה שהשתרש מהווה מנהג? אלו שאלות שקשה להשיב עליהן וזה מעיד על הקושי בהגדרת מנהג.
2. מנהג יכול להתפשט אבל אז נשאלת השאלה היכן הוא התפשט- זה שונה מהחוק שחל באופן מוגדר ואחיד על טריטוריה מוגדרת. מנהג יכול להיות שונה בטריטוריות זהות, ואז עולה השאלה מהי **התחולה הטריטוריאלית** של המנהג.
3. תחולת המנהג- מנהג יכול לחלוף ולהיאבד מהרלוונטיות שלו. תחולת החוק כפופה לתוקף שניתן לו והוגדר באופן בהיר.
4. בעיה עקרונית-אידיאולוגית של איום על המערכת ההלכתית הקלאסית- המנהג יוצר ציר מקביל שיוצר תהייה מה עושים עם החוק, ומה מקומה של ההלכה אל מול המנהג. מנהג נוצר מהמציאות ולכן ברור שהוא מותאם למציאות יותר ומתפתח במהרה, **ולכן במרחק הזמן המנהג עלול לגבור על החוק ולנסות לתפוס את מקומו**. לפיכך, פוסקי הלכה רבים הציגו את מגבלות המנהג מחשש לקיומה של מערכת ההלכה הקלאסית. **יש להגביל מנהג שמגיע משיטה מקבילה במקרים בהם חדירת מנהגים מהסביבה החיצונית תיתפס כמסוכנת למערכת ההלכתית**.
5. האם אנו מוכנים לקבל מנהג שסותר את העקרונות הבסיסיים של דיני הקניין?

שולחן ערוך חושן משפט, הלכות מקח וממכר. בסעיף א מצוין הביטוי "מנהג המדינה", מדובר בתחום גיאוגרפי מסוים שבו חיים אנשים ויש להם מנהגים. ר"י קארו אומר שאם מנהג המדינה זה שהדבר קונה, זה קניין מלא כמו משיכה או הגבהה. במנהג המדינה יש גמירות דעת מאחר וכולם מכירים את המנהג. בסעיף מדובר על כך שיש התחייבות מוסרית לעמוד בדיבור על אין חיוב משפטי. בסעיף ב ר"י קארו אומר שכל דבר שנהוג אצל הסוחרים הוא קניין ומייצר העברת בעלות ("כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו"). היחס בין הסעיפים הוא **שסביר שהסוחרים הם שמייבאים את מנהגי הקניין**. ניתן ללמוד ממנהגים שאינם תלויי מרחב גיאוגרפי אלא תלויי עיסוק (סוחרים, יהלומנים וכו'). אין בדבריו הגבלה על סוג הכנס, יכול להיות מיטלטלין או מקרקעין. בנוסף, לא עולה מדבריו שיש צורך באישור גורם חיצוני, **אבל במהלך הדורות פוסקים שחששו מהמנהג, מאיומו על המערכת ההלכתית ומחוסר הוודאות שהוא מייצר, ניסו לצמצמו**.

לפי הש"ך (שפתי כהן), כיום כמעט ולא קונים מקרקעים בדרכים הקלאסיות של ההלכה אלא ע"י רישום. ההנחה היא **שהטאבו מהווה סוג של מנהג**. אם יצא מדבריו שמנהג לא מועיל למקרקעין תהא בעיה עם הגישה הנהוגה. סמ"ע (ספר מאירת עיניים) אומר שבמקרה שנמסר לקונה מפתח של מחסן, הוא **לא קונה את המחסן אלא רק את המיטלטלין שבו**, ולכן מנהג "מסירת המפתח" לא מקנה את המקרקעין (המחסן עצמו). הש"ך וסמ"ע מצמצמים את המנהג רק למיטלטלין משום שהם מוטרדים מהיקף המנהג.

הרב טיקוצינסקי תמך כאמור במנהג בדיני הקניין. בדבריו הוא מביא את דברי המרדכי שבו נאמר שמנהג מתקבל והופך **מחייב רק לאחר שאושר ע"י חכמי העיר**. זה פותר את בעיית הוודאות, כי אם יש אישור מביה"ד יש ידיעה וודאית שאכן מדובר במנהל. בפועל, זה איין את המנהג כי היישום לא היה מעשי. פעולת חכמי העיר איננה וידוא עובדות אלא **מעין חקיקה הלכתית**. יש כאן טרנספורמציה ממנהג להלכה, מרגע שהמנהג אושר ע"י החכמים הוא הפך להלכה. גישה זו נובעת מהחשש שהמנהג מאיים על ההלכה. מתי מעשה הופך למנהג? הפעולה מתחילה מקבוצת אנשים קטנה ומתפשטת בתהליך הדרגתי. הרב טיקוצינסקי טוען שהחכמים פועלים כאחראים על המשפט בעיר ומגדירים אם המנהג אכן מנהג. **בכובעם זה הם אינם פועלים כמחוקקים אלא כאחראים על המשפט**. בעיר בה אין חכמים ויש מנהג שברור לכל שהוא מנהג, ככל הנראה שהוא יתקבל. היעדר חכמים בעיר לא אומר שלא יכול להיות מנהג. כיום, דיינים הופכים את חוקי המדינה למנהגים כדי שיהיה להם חיוב ותוקף הלכתי. לגישתו של המרדכי, צריך ביקורת על המנהגים כי כביכול מרגע שהתלמוד אפשר את האופציה של מנהג אז כל מנהג הופך מחייב.

בעיה שבה עסקנו היא האם המנהג יכול לשנות באופן דרמטי את ההלכה, כגון **קנייה באמצעות דיבור ללא מעשה קניין, נניח מכירה פומבית**. בספרו של אלון יש תת-פרק העוסק במנהגי הקניין. הוא מתאר שבמאה ה-13 עלתה השאלה האם ניתן לבצע קניין בדיבור בלבד, ללא מעשה קניין? האם מנהג לא מחליף מעשה ספציפי אלא משנה את הכלל ההלכתי של "אין המקח נמכר בדברים" משולחן ערוך? בשאלה זו נחלקו גדולי הראשונים. לדעת הרא"ש, אין להסיק מדין סיטומתא אלא על כוחו של מנהג הנעשה במעשה. בגמרא ניתנה דוגמה על סיטומתא במעשה (רישום על חבית) ולכן **המנהג לא מתקיים אם אין בו מעשה**. המנהג יכול לשנות את המעשה אבל **לא לייתר אותו** "אפילו אי נהוג, מנהג גרוע הוא". מנגד, נטען שאם הרעיון הוא לשרת את גמירת הדעת, וכל מי שנכנס למכירה פומבית יודע שמשמעות הדיבור היא קניינית, יש לו גמירת דעת ואין צורך בביצוע מעשה קניין. המחלוקת מייצגת את החשש מהמנהג ואיומו על ההלכה הקלאסית בדיני הקניין.

בפס"ד פלוני נ' מנהל מוסד אלמוני בביה"ד הרבני באשדוד נדון נושא של תביעה כספית של עובד נגד מעביד. **הנחת הדיינים היא שהחוק הישראלי מחייב הלכתית כי הוא מנהג המדינה**, והשאלה היא האם מדובר במנהג כשעוסקים בדיני עבודה. יש מחלוקת בין הדיינים. הרב צדוק בדעת מיעוט אמר שדיני עבודה התפשטו בקרב רוב האוכלוסייה ולכן יש להם **תוקף של דינא דמלכותא**. לפי מנהג המדינה כולם כפופים לדיני העבודה של המדינה ולכן על המוסד לשלם לתובע כקבוע בחוק. כלומר, דעת המיעוט הביעה **פרספקטיבה של מנהג מדיני**. דעת הרוב קבעה שאין דינא דמלכותא ואין מנהג מדינה אחיד, מי שנכס ללמד במוסד מסוים מקבל על עצמו את מנהג המקום, בכל מקום יש להחיל את מנהג המקום. כלומר, דעת הרוב הביעה **פרספקטיבה של מנהג קהילתי.**

בפס"ד בבלי נקבע שרכוש משותף ייחלק באופן שווה בין הצדדים לגירושין, גם אם הכנסותיהם לא היו שוות. הדבר מנוגד להלכה, ונשאלת השאלה האם יש דרך לתת תוקף הלכתי לפסיקה זו. לפי הרב שלמה דייכוסבקי, ניתן לקבל את הלכת השיתוף גם מטעם דינא דמלכותא וגם מטעם המנהג, ולא מכוח פסיקת ביהמ"ש העליון. כיום, בני זוג שנישאים מבינים את משמעות השיתוף. מנגד, ניתן לטעון שזה תלוי מקום ולא כולם מקבלים את זה. אך ניתן להשיב שמנהג זה נהוג גם בקרב משפחות חרדיות. הרב שרמן **מתנגד ברמה העקרונית לרעיון שניתן לקבל מנהג מכוח חוק, קל וחומר מכוח פסיקת ביהמ"ש העליון, מאחר ואלו באים להחליף את שולחן ערוך**. חוק יחסי ממון ושיתוף רכושי באים לומר שהבעל והאישה שווים, אך לפי התורה הם לא שווים. הוא משיב לרב דייכובסקי **שמנהג מחייב כשהוא מקובל על הכל**, ואילו יש זוכות שלא חיים בתפיסת שיתוף רכושי. זה מבטא את בעיית הוודאות ביחס להגדרת המנהג.

מנהג מסכן את המערכת ההלכתית בעיקר כשהוא מגיע מכוח סמכותי של מערכת משפט מתחרה ומאיימת. הרב זלמן נחמיה גולדברג הציג במאמרו בנושא תוקף דיני החוזים גישה אידיאולוגית לפיה **אין לתת תוקף לדיני החוזים של המשפט הישראלי**. אם נאמר שאפשר לקלוט את המנהג נעלים לחלוטין את חושן משפט. קליטת מנהג מבחוץ יבטל את דיני חושן משפט בקניינים ולכן אין לקלוט.

בקליניקה למשפט עברי יש פרסום בשם "ממון ודין", חוברת שעסקה במעמדו ההלכתי של הרישום בטאבו. רוב פסקי הדין הם חד משמעיים ואומרים שלא רק שהרישום בטאבו מחייב, אלא הוא גובר על קנייני המשנה. במקומות שנוהגים לכתוב שטר במכירת נדל"ן, לא חל קניין כסף. כלומר, המנהג אכן החליף את המשנה והתלמוד.

ע"פ פס"ד קיצוני יותר שדן באדם שרכש דירה ולא רשם בטאבו, יכול להיות מצב שקניין תקף ע"פ ההלכה, והוא לא יאושר אם הוא לא מתאים לחוק. כלומר, **המנהג הצטרף לדין התורה ולא ביטל אותו**.

**שיעור 11 17.1.23**

מערכות משפט מודרניות מכירות בהגנה על זכויות יוצרים (במשפט הישראלי- ס' 24 לחוק זכויות יוצרים). בהלכה זה מורכב יותר. אברהם לוי בספרו של "לא כל הזכויות שמורות" מתיר במקרים רבים העתקת יצירות, וודאי לשימוש אישי. בפרויקט השו"ת הייתה "אזהרת גדולי ישראל על שימוש בתקליטורים מזויפים של פרויקט השו"ת". עצם האזהרה מלמדת שזה לא מובן מאליו ויש הפרה של זכויות יוצרים והיה צורך בפס"ד שיפסוק שהדבר אסור. הטיעון ההלכתי שעליו התבססו הרבנים הוא הסגת גבול, אולם מונח זה בהלכה מתייחס בדר"כ להיבט של פגיעה בזכויות מסחר, ולכן עלול להתפרש ששימוש אישי אינו אסור. מסיבה זו לא בטוח שהאזהרה הועילה מאחר ולא בהכרח שהובן שהיא חלה גם על שימוש אישי. בדיקס של יעקב שוואקי משנת 2007 כתוב "שכירות בתנאי". עולה פה קושי כי אדם רוכש דיסק (עסקת מכר) ולפי האותיות הקטנות בכלל מדובר בעסקת שכירות, שאינה עסקת מכר אלא הקניית רשות שימוש. המשמעות של הפיכת עסקת מכר הדיסק לעסקת שכירות היא שלמשכיר עדיין יש זכויות בדיסק והוא יכול למנוע מהשוכר להשתמש בו למטרה שאינה שימוש אישי. הכיתוב ***"לעצתי ליוצרים שרוצים לאסור העתקה לפי כל השיטות" מלמד שיש שיטות שונות לעשות כן. בחירת דרך זו מלמדת שכנראה אין דרך יותר ישירה שתקפה לכל השיטות שיכולה למנוע פגיעה בקניין רוחני, וזאת משום שיש שיטות רבות לפגוע בקניין הרוחני.***

***במהלך השנים נעשו ניסיונות למצוא צידוק הלכתי לאסור על פגיעה בזכויות יוצרים. אנו נראה שלושה כיוונים שונים לכך ואת הבעיות שניתן לטעון כנגדם. ניתוח דיני הקניין ההלכתיים מלמד שכמעט תמיד מדובר על נכסים פיזיים, מוחשיים. הרמב"ם בהלכות מכירה (עמ' 23 לקובץ מקורות 3) אומר "אין אדם מקנה לא במכר ולא במתנה אלא דבר שיש בו ממש, אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה". כלומר, מכירה תקפה צריכה לערב משהו פיזי. יעקב אברהם הכהן בספרו "עמק המשפט" אומר שבעלות יכולה להיות גם על נכסים מופשטים, אך זה מורכב מבחינת ההלכה, וזה מתבטא בצורך בהסכמות שהחל בעידן הדפוס. הוא מבחין בין שורת הדין לבין מה שראוי. מבחינת שורת הדין אין הגנה על זכויות יוצרים, אך ראוי להחמיר ולא לפגוע בזכויות יוצרים. זה מלמד על הקושי העקרוני בהלכה עם הכרה בקניין לא ממשי, קניין רוחני. בשורה התחתונה, אין קונצנזוס בין פוסקי ההלכה בסוגייה, וזה מעורר קושי גדול על התמודדות ההלכה עם המציאות המודרנית.***

1. פתרונות פנים-הלכתיים:
2. **יצירת תקדים**- זאב פלק ניסה לטעון שההלכה מכירה בזכות היוצר והממציא בהביאו תקדים מהעתקת סגנון הדיבור של ירמיהו. ברור שזה לא מקור רציני ולכן אין תקדים הלכתי. הרב הרצוג חיפש אחר מקום וסיכם שהם לא יכולים לספק מקור. הרב פינדילינג בספרו "תחוקת העבודה" מחפש סברות ביחס להכרת ההלכה בהגנת הפטנטים, אך הם אינם משכנעים. הרב זלמן נחמיה גולדברג עשה הרחבה לתקדים על סמך דיני עשיית עושר באופן עקיף, מדיני הקניין הכלליים לקניין הרוחני, וגם זה ספג ביקורת.
3. **התקנת תקנה**- מהווה פתרון אולטימטיבי משום שאם חכמי ההלכה אומרים לציבור שחל איסור על העתקה אז הדבר אסור. הרב חיים נבון כתב על אפשרות זו, דומה שפתרון זו רצוי, אך הוא מודע לכך שהסיכוי אינו גדול. מדוע? טענה עקרונית שניתן לעלות כנגד התקנה וכנגד הסמכות של מתקיני התקנה היא שלא מכירים בהם כסמכות. כדי שתקנות יעבדו דרוש קונצנזוס. תקנות יכולות לעבוד בקהילה שבה יש מקור סמכות ברור, ואילו בא"י יש קהילות שונות, רבנים שונים, השקפות עול שונות. מעבר לכך, לגישת החזון איש אין לנו סמכות לתקן תקנות. הוא כתב זאת ביחס לתקנות שהרב הרצוג ניסה להתקין ביחס לדיני הירושה, שנכשלו בין היתר מפאת חוסר הכרה בסמכותו. הרב קרליץ מוסיף שזה לא טמון רק בעניין הסמכות, ולא ניתן להתקין תקנות גם אם יהיה קונצנזוס מפאת הסכנה לשינוי ההלכה. תקנות מהוות פתח לשינויים בהלכה ולכן אסור להתקינן. גם הרב כהן בספרו אומר שאין תקנה כזו ולא יכולה להיות. אולי אפשר להציע תקנות אחרות:

* **תקנות קהל**- נוצרות ע"י מנהיגי העם. בדורנו מתקין תקנות הקהל זה הכנסת. לדעת אלון, הדרך הטובה ביותר היא לתת לכנסת מעמד של תקנות קהל, וכך ההלכה תכיר בהן, כל עוד הן לא סותרות אותה. בפועל, אין כמעט פוסק הלכה שרואה בחוקי הכנסת תקנת קהל, ולכן זה לא מעשי.
* **תקנת בני אומנות**- מדובר על תקנות שבני איגוד מסוים יוצרים. הרב כהן מונה חמישה טעמים לדחות פתרון זה מאחר ואינו מעשי, לפחות לא לשימוש פרטי, ומי קבע שבכוח תקנת בעלי אומנות לחול על אנשים פרטיים משום שהיוצרים רוצים להרוויח? תקנותיהם חלות עליהם בלבד.

1. פתרונות חוץ-הלכתיים ע"י אימוץ שיטה זרה:
2. **מנהג**- הקושי בפתרון זה הוא שלא ניתן להצביע על כך שרוב המדינה אכן נוהגת כך, ולכן אין תוקף של מנהג. הרב אלישיב קבע שכן מדובר במנהג משום שמנהג נקבע ע"פ האנשים הישרים. דבריו כוללים הכרעה לפיה העתקה מהווה חוסר יושר. לדעת פוסקים אחרים אין בהעתקה מידת חסידות, אך לא חוסר יושר. הרב כהן קובע שהעתקה לצורך פרטי לא ניתן לאסור מכוח מנהג כי מנהג המדינה שמתפשט הוא דווקא העתקה, ולכן לא ניתן לומר שחוק זכויות יוצרים הוא המנהג במדינה. זה ממחיש את הבעייתיות במנהג עליה דנו בשיעור הקודם. הרב סילמן אומר שלא מדובר במנהג משום שמנהג צומח מלמטה ולא משיטת משפט מתחרה, זו הגדרה מצמצמת לפיה מנהג שמקורו בחוק זר לא יכול להנות ממעמד של מנהג.
3. **דינא דמלכותא דינא**- חוק המלכות מחייב משום שכך קבעה ההלכה. הרב אלישיב אמר שלחוקי המדינה מעמד הלכתי לא פחות משולחן ערוך. לכן, אם חוקי המדינה אוסרים על העתקת תוכן אז זה אסור. זה לא פתרון מספק כי לא כולם מקבלים שדמ"ד חל במדינת ישראל. הרב כהן מייצג גישה זו לפיה דמ"ד לא חל בא"י מטעמי תחולת משטר דמוקרטי ולא מלכות טוטליטרית, וכן טיעון אידיאולוגי שבא"י צריכה לחול ההלכה היהודית, ולא לתת עדיפות לדין זר. הרב ניר אביב שדמ"ד תקף רק אם המדינה אוכפת אותו, וחוק שלא נאכף ע"י המדינה לא תקף מבחינה הלכתית. מאחר והחוק לא נאכף ע"י המדינה אין לו מעמד של דמ"ד. יש מחלוקת בקרב הפוסקים בשאלה האם יש הגנה על הקניין מכוח חוקי המדינה או לא.

גם מנהג וגם דמ"ד מהווים הכרה בדין זר, אך הם שונים בכך שדמ"ד מחייב כי הוא החוק, ומנהג מחייב מתוקף כך שהציבור נוהג לפיו. בפס"ד וילוזנר הש' אלון מציג הבדל מהותי זה.

1. הסתמכות על הסברה האנושית, השכל הישר וההגינות. פוסקים רבים הלכו בכיוון זה. אחד המקורות המצוטטים הוא תשובתו של הרב יוסף שאול נתנזון, לפיו ברור מבחינת השכל הישר שלממציא יש זכויות. הוא מביא כראיה ממציא שהמציא מכונת חישוב וכל ימיו קיבל שכרו מהקיסר כתמלוגים. זה תואם את האינטואיציה שלנו. יש דיני קניין שלא צריך שיהיה כתוב בתורה כדי שזה יתקיים, אין צורך במקורות הלכתיים, השכל הישר מבין את הרעיון של הגנה על קניין רוחני, ודי בכך. הרב שקופ אומר שאין צורך בגילוי בהר סיני שיאמר שיש הגנה על זכויות יוצרים, טבעי לגמרי שאדם שיצר משהו ה וא שייך לו, הן במישור הפיזי והן במישור הרוחני. כמובן שלא כולם מקבלים את עמדתו. טיעון נגדי לכך הוא שההלכה לא נקבעת ע"פ השכל. הרב סילמן אומר שלא ניתן לבנות דין מחמת קל וחומר כזה, דוחה את טענת הסיפור על הקיסר של נתנון ואת טענת שקאפ. לשיטתו, מערכת הדינים היא מערכת סגורה שלא צריכה להיות מושפעת מתפיסות עקרוניות. הרב כהן מוסיף, שאם זה כה פשוט, מדוע אין תקדימים? כנראה שההלכה חושבת אחרת. הרב אשר וייס טוען שללא איסור לעשות כן ייחרב העולם. טענת נגד תהיה שההלכה קובעת מהו המוסר. שמואל ברוך גנוט מתיר באופן ברור העתקה שלא לשימוש מסחרי. העורך אומר לו שגם בהיעדר תקדים הלכתי מחייב קיים חיוב מכוח "ועשית הישר והטוב". הרב גנוט משיב שההלכה קובעת מה מוסרי ומה לא, ואינה מושפעת מדיני קניין בשיטות משפט אחרות ומשיקולי סברה ומוסר.