



הפקרת גינה בבית משותף

הצגת הבעיה

דייר בבית משותף ביקש מוועד הבית לדאוג לכך שלא תיעשנה בגינת הבית פעולות אסורות בשנת השמיטה, כגון גיזום ורדים. וועד הבית סירב לבקשה, והורה לגנן שימשיך בעבודתו בגינה כפי שעשה בכל שנה. על פי חוק, כל הדיירים הם בעלים של הגינה, כל אחד יחסית לגודל הדירה שלו. לאור זאת עולה השאלה מה יכול הדייר לעשות כדי להינצל מאיסורי עבודת הקרקע בשמיטה?

א. ייעוד של כספי ועד הבית לצרכים מותרים

לכתחילה, הפיתרון הרצוי הוא שהדייר יבקש מוועד הבית שיפחיתו עבורו את התשלום החודשי. באופן זה, הוא לא יהיה שותף בתשלום לגנן שעושה מעשה איסור. אם וועד הבית אינו מוכן לכך, ניתן לייעד את התשלום לצרכים מותרים בלבד. דהיינו, לסכם עם וועד הבית שהכסף שנגבה מהדייר מיועד רק לתשלום החשמל והניקיון, וכך הגנן אינו נחשב מועסק על ידו. עצה זו כבר מובאת על ידי המהר"ק¹, אשר התמודד עם שאלה של תמיכה כספית במעשה איסור ופסק כי אין בכך בעיה של 'מסייע לדבר עברה', משום שהתשלום אינו משולם ישירות לדבר עברה אלא מגיע לקופה מרכזית שעוסקת בעניינים שונים. ובנידון דידן יש לומר שהכסף אינו משולם ישירות לגנן אלא לוועד הבית, ולכן מותר לשלם ולייעד את הכסף לצרכים אחרים.

ב. מצוות שמיטה - רק על האדם או גם על הארץ

יש לפקפק בפיתרון זה, על פי הדעה שיש מצווה שהבעלים ידאגו לכך שהארץ תשבות, גם אם עבודת הקרקע אינה נעשית על ידם. אם כך, מכיוון שהדייר ממשיך להיות הבעלים על חלקו בגינה ונעשות שם פעולות אסורות, אזי אין די בפתרון שהוצע לעיל. כי לא יועיל לדייר שהתשלום יהיה רק על פעולות מותרות, אם בפועל הוא אינו מקיים את שביתת הארץ בחלקו בגינה. יש הסוברים שמצוות העשה של השמיטה מכוונת כלפי שביתת הארץ, וצריך לדאוג שהארץ תשבות מכל מלאכה, כולל עבודה של גוי בה. ויש הסוברים שהמצווה מכוונת כלפי בעלי הקרקע. הם מצווים לא לעבוד בקרקע, ואין איסור בכך שגוי עובד באדמת ישראל. וכבר דנו בכך בעל ה'מנחת חינוך'², והרב קוק

1. מהר"ק, שורש קצד. דעתו הובאה להלכה בספר פתחי חושן, הל' גניבה פרק א הערה ד עמ' יב.

2. מנחת חינוך, מצוה קיב.

בספרו 'שבת הארץ'³ בנוגע לכך יש לציין שבעל 'ערוך השולחן' החמיר ופסק שיש ביטול מצוות עשה בעבודה של גוי בקרקע של ישראל.⁴ אם כן נמצא שלחלק מהשיטות, מתקיימת פעילות אסורה בחלקו של הדייר בגינה.

ג. הפקרת הבעלות על הגינה

בספר 'מנחת שלמה'⁵ הוצע שהדייר יפקיר את חלקו בגינה. המשכיר את ביתו צריך לחייב את השוכר לשמור על שביתת שדהו בשביעית. אם הוא רואה שהשוכר חורש וזורע בגינה שלפני הבית, צריך עיון מה טעם לא יתחייב המשכיר למונעו או להפקיר את השדה; כמו שהמשכיר בהמה לעכו"ם שתעשה מלאכה בשבת, יפקיר את הבהמה, כדי לא לעבור על איסור שביתת בהמתו בשבת.⁶ בשדה הפקר, אף אם עובדים בו באיסור, אין הדייר עובר על שביתת הארץ, כי אין זה שדהו. הגנן עושה איסור, כי אין לעבוד בקרקע הפקר,⁷ אך הדייר הציל את עצמו מאיסור. יש סיכון בהצעה זו, שאדם אחר יקדים ויזכה⁸ בגינה לפני שהדייר עצמו יזכה בה, בצאת השמיטה.

ד. הפקר על פי חוקי המדינה

על פי החוק⁹ לא ניתן להפריד בין הבעלות על הגינה לבין הבעלות על הבית, וכדי שלמכירת החלק היחסי בגינה יהיה תוקף חוקי, יצטרך אדם למכור את כל דירתו. אפשר לטעון שאף שהחוק מונע את הפקרת הגינה, ניתן להתעלם מכך ולדון רק על פי ההלכה, הנותנת תוקף להפקרת הגינה. בשאלה דומה דן הרב קוק,¹⁰ וכן דן הרב אורבך (מעדני ארץ, סי' יח-כ) בנוגע לתקופתה של המכירה לגוי בשנת השמיטה ללא רישום בטאבו. וכך נכתב ב'מעדני ארץ' (שם):

3. שבת הארץ, קונ"א סי' א; ועי' שבת הארץ עם תוספת שבת, עמ' 179-183.
4. ערוך השולחן העתיד, הלכות שמיטה, סי' יט סעי' יט.
5. מנחת שלמה, חלק א סי' נא אות ג.
6. יש להביא את דעת הרמ"א, או"ח סי' רמו סעי' ג, המחודשת, שמשמע ממנו שמשפטית, ההפקר אינו חל ואינו אלא דרך להינצל מהאיסור. וזה לשון שולחן ערוך, שם: 'אסור להשכיר או להשאל בהמתו לגוי כדי שיעשה בה מלאכה בשבת, שאדם מצווה על שביתת בהמתו. ואם השאלה או השכירה לגוי... יפקירנה בינו לבין עצמו קודם השבת, או יאמר בהמתי קנויה לגוי כדי שינצל מאיסורא דאורייתא'. הוסיף הרמ"א 'ואם רוצה יכול להפקירה לפני ג' בני אדם כדין שאר הפקר, ואפילו הכי אין שום אדם יכול לזכות בה, דודאי אין כוונתו רק כדי להפקיר מעליו איסור שבת'. אולם המשנה ברורה, לשו"ע שם, ס"ק יח, פירש אחרת את כוונת הרמ"א, ולדבריו בשבת הבהמה היא הפקר גמור, ודחה את דברי המג"א, אשר פירש אחרת, עי' שער הציון ס"ק כ.
7. מעדני ארץ סי' ט.
8. הרב יעקב אריאל כתב ב'תחומין' יד, עמ' 59, ששאר הדיירים זוכים מיד בחלק זה. לענ"ד הם אינם זוכים בו כי אין להם כוונה לזכות, והעודר בנכסי הפקר ואינו יודע שהם הפקר לא קנה (יבמות נב ע"ב).
9. חוק המקרקעין התשכ"ט - 1969 פרק ו סימן ב 55(ב).
10. משפט כהן, סי' ע.



מסתבר שפיר דלאו בעלים הוא להסתלק מהקרקע כי אם באופן המועיל גם לפי דיניהם. ופשוט הוא שאף לאחר שסילק עצמו מהשדה לאו כל כמינה להבריה עצמו מהמס שהטיל המלך על כל מי שיש לו קרקע אף על פי שהפקירה... מכל מקום כל זה דוקא בנוגע לממשלה, שהיא אינה רוצה כלל להתחשב עם המקח.¹¹ אבל מכל מקום הרי אינה מקפדת כלל על זה שהוא רשום אצלם בתור בעלים, שלא יתן לשום איש לירד לתוך שדהו ולהתנהג שם כבעלים בלי רשות הממשלה. ואף בדיניהם יכול שפיר כל אדם ליקח שדה ולהתנות עם המוכר שהוא מאמין בו וסומך עליו דעתו שיעביר את הקרקע על שם הקונה לכשידרוש ממנו, ורק לעת עתה איננו רוצה בהעברת הקרקע על שמו מפני שאינו רוצה עכשו לשלם את מסי ההעברה או מפני טעמים אחרים שיש לו, ואין מקח שכזה מתנגד כלל לחוקי המדינה, זולת זה שאין לו שום ערך ותוקף חוקי כלפי הממשלה... משום דלגבי דידן שפיר סגי בבעלות שעל פי חוקי התורה ואין אנו צריכים כלל שיחשב לבעלים גם כלפי המלכות.

לפי דבריו, אף שיש להתחשב בחוק, עדיין הרישום בטאבו אינו מעכב, משום שהמדינה עצמה אינה רואה ברישום דבר מחייב אלא מעוניינת בו רק לצורכי השלטון. היא מאפשרת לאזרחים ליצור הסכמים פרטיים בניהם ולהעביר את השליטה אף ללא רישום. ממילא אין צורך שהמדינה תכיר במכירה, והעיקר שהיא לא תתנגד לה. כיום, לטענה זו יש משנה תוקף, מכוח החוק המיוחד לשנת השמיטה - חוק עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה התשל"ט), הקובע שמכירה לצורך שנת שמיטה בלבד אינה טעונה רישום בלשכת רישום מקרקעין. אולם נראה כי הפסיקה שהחוק אינו מעכב נכונה רק בנוגע לחוק המקרקעין בדבר הרישום בטאבו, אך אינה מועילה בנוגע להוראת החוק על רכוש משותף. כאמור, החוק קובע כי 'אין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מן הדירה'.¹² ברור שהוראה זו אינה באה רק לצורכי השלטון אלא מטרתה לקבוע כלל קבוע שהבעלות על השטח משותף תהיה רק בידי השותפים לנכס. אם יהיה הסכם בין אנשים על מכירת החלק המשותף, החוק הזה יבטל אותו. ופשוט שהפקר צריך להיות נגיש בפועל לזוכים, אחרת הוא אינו חל. כך העיר הרב אורבך¹³ על דעת הרב פרנק:

הריעותא היא בעיקר ההפקר בזה שלא הופקר באופן המועיל גם בדינא דמלכותא, ומנלן דאף בכה"ג הוה הפקר... שאין אף אחד יכול לזכות בשדה בכגון זה מנלן דהוה הפקר.

11. בראשית דבריו הביא את דעת החזון איש, חו"מ, ליקוטים סי' טז ס"ק ז-ח, המתבססת על שיטת רבנו יונה, בבא בתרא נד ע"ב, שדין המלך מחייב רק כאשר יש חובה על כלל הציבור לדון לפי חוק המלך. ולכן במדינת ישראל, שיש אפשרות לדון על פי ההלכה, לפי חוק הבוררות, ממילא הכלל של 'דינא דמלכותא דינא' (בבא בתרא נד ע"ב) אינו תקף בה. אולם לפי הדעה המקובלת, באופן כללי החוק מחייב; פסקי דין רבניים, חלק ה, עמוד 264.

12. חוק המקרקעין התשכ"ט - 1969 פרק ו.

13. מעדני ארץ סי' יט אות ח.

ה. החוק אינו מכיר בהפקר קרקעות

הרב יעקב אריאל (תחומין יד, עמ' 61) הציע אף הוא את הפקרת החלק בגינה המשותפת, ורצה להסתמך על חוק השמיטה, הנותן תוקף לכל עסקאות הנדל"ן לצורך שמיטה: נראה שיש לדבר פתרון חוקי, באותה דרך שנפתרה הבעיה במכירת הקרקעות החקלאיות, והוא ע"פ חוק עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה) שנחקק בכנסת בשנת תשל"ט. לפי התקנה שתוקנה בהתאם לחוק זה: עסקה במקרקעין לצורך קיום מצוות השמיטה, שנעשתה באישור מועצת הרבנות הראשית, או באישור מי שהמועצה הסמיכה לכך, תהיה תקפה על אף האמור בחוק המקרקעין תשכ"ט, או בכל דין אחר, ואף אם היא לזמן, ותהיה נגרמת אף בלא רישום. אולם מבחינה משפטית אין זה פיתרון פשוט, היות והחוק עוסק בעסקת מקרקעין, שהיא פעולה שנעשית בין שני צדדים¹⁴ ולעומת זאת הפקר הקרקע לכל זוכה אינו עסקה של שני צדדים. ובכלל, מערכת המשפט אינה מכירה את המושג הפקר קרקע,¹⁵ ונכסים נטושים נמצאים בבעלות האפוטרופוס הכללי. על פי החוק אין אפשרות לאדם להפקיר את הקרקע שלו, אלא יש אפשרות להעביר אותה באמצעות רישום מסודר לידי גורם אחר, ולכן לא נראה שיש בחוק זה פיתרון לבעיית הפקר הגינה.

סיכום

- א. דייר בבית משותף צריך לדאוג לכך שבגינה המשותפת לא ייעשו מלאכות האסורות בשביעית
- ב. אם אין לו אפשרות למנוע זאת, עליו להודיע לוועד הבית שהתשלום שהוא משלם מיועד רק לדברי היתר.¹⁶



14. כן משמע מלשון חוק המקרקעין, הקובע שעסקה עניינה הקנאה של הבעלות, ובפשטות עסקה חייבת לכלול קונה. וזה לשון החוק - עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה. (פרק ב': עסקאות ורישומן סעיף 6). תודתי לעורך דין מתי בן נון על המידע שהעביר לי, וממנו נגזרה הערה זו וההערה הבאה.
15. כאשר אין מובאת אפשרות הפקרה בחוק, המשמעות היא שפעולה זו אינה תקפה.
16. ואף לשיטות שהובאו לעיל שיש בעיה בכך שחלקו בגינה נעבד באיסור, הרי הוא אנוס, ומדובר על איסורי דרבנן, שכן שביעית בזמן הזה דרבנן. ועוד, על פי רוב פעולות הגיזום בשושנים גם הן מדרבנן, לדעות שנטיעת עצי סרק אינה אסורה מהתורה (ערוך השולחן, הל' שמיטה ויובל פרק יט סעי' ה). ובספר משפטי ארץ, שביעית, פרק ח סעי' ג, נכתב בשם הרב אלישיב, שכאשר העבודות בגינה הן איסורי דרבנן, אינו עובר, כי לא גזרו שבות לגבי מצוות שביתת הקרקע, כפי שאין שבות בשביתת בהמתו בשבת. ובמנחת אשר סי' א ס"ק ז, הרב אשר ויס טען שאין להשוות לשביתת בהמה, ועדיין עובר אף באיסורי דרבנן.