

מעמדו המשפטי-הלכתי של בית בשטחי יהודה והשומרון

הרב ישועה רטבי

המקרה:

עורך הדין של התובעים (דיירים בבניין בישוב בבנימין) טען שחוק המקרקעין לא חל בשטחי יהודה והשומרון, ולפיכך, כל החובות והזכויות שיש בחוק המקרקעין - לא ניתן להחילם בבתיים הללו.

השאלות לביור:

- א. הגדרת מעמדו של בית ביהודה והשומרון?
- ב. תוקפה של מכירת דירה שלא נרשמה בטאבו?
- ג. האם חוק המקרקעין תקף ביישובי יהודה והשומרון?
- ד. האם יש חיוב בגלל מנהג מדינה?

א. הגדרת מעמדו של בית ביהודה והשומרון

לעת עתה, מדינת ישראל החליטה לשמור על הסטטוס-קו בקרקעות ביו"ש כפי שהיה עד מלחמת ששת הימים. לאור זאת, לכאורה, דיני הקרקעות ביו"ש יהיו מורכבים מהתקופה העות'מאנית (עד מלחמת העולם הראשונה), מהחוק האנגלי (עד קום המדינה), מהחוק הירדני (ממלחמת העצמאות ועד מלחמת ששת הימים), וכן מצווים שנחקקו ע"י מפקד האזור (החל ממלחמת ששת הימים).

במציאות היום, הקרקעות ביו"ש שייכות למנהל האזרחי (שאחראי מטעם המדינה על הפעילות האזרחית שם). המנהל העביר להסדרות הציונית העולמית את זכות השימוש בקרקעות, והחטיבה להתיישבות (בהסדרות) מאשרת לאגודה השיתופית של הישוב לתת לתושב זכות לבנות בקרקע מסוימת.

לדייר יש זכות בנכס כמו בר-רשות, דהיינו, אין לדייר זכות בגוף הקרקע ולא בעלות על גוף הקרקע, אלא רק בניה בלבד, אישור מבעלי הקרקע להחזיק ולגור בדירה.

לכאורה, ע"פ ההגדרה הנ"ל, ניתן לומר שהמעמד של קונה דירה הוא כמו קונה זכות לאכילת פירות, ללא בעלות על גוף הנכס, כך שאין זכות קניינית לדיירים.

דין זה מבואר במסכת בבא מציעא (צו ע"א): "דאיתמר: המוכר שדהו לחבירו לפירות (הקונה רק יכול להשתמש בנכס, בפירות, אך אין לו בעלות על גוף הנכס), רבי יוחנן אומר: מביא וקורא (הקונה מביא ביכורים מפירות השדה, ויכול לקרוא בפרשת הביכורים: "את האדמה אשר נתת לי"). ריש לקיש אומר: מביא ואינו קורא. רבי יוחנן אומר: מביא וקורא, קנין פירות כקנין הגוף דמי (והוא נחשב לבעל השדה באותה תקופה). וריש לקיש אומר: מביא ואינו קורא, קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי".

הרי"ף (נה ע"א) כתב ע"פ דברי הגמרא במסכת יבמות (לו ע"א) שזוהי אחת מתוך שלוש הלכות שנפסקה בהן הלכה כר"ל, שקנין פירות אינו חשוב כמו קנין הגוף. וכך הובא בשו"ע (ח"מ סימן רנו סעיף ה): "קנין פירות - אינו כקנין הגוף". ע"פ הגדרה זו, אין לבעלי הדירות ביו"ש זכות קניינית על הדירה שברשותם.

אבל יותר נראה לומר, שיש בדירות הנבנות ביו"ש קנין גוף וזכות קניינית מלאה, כפי שנוכיח לקמן.

הרמב"ם (הלכות מכירה כג, ה-ו) כתב: "המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב - הרי זה מכירה, ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו, ואוכל הפירות כל זמן המכירה, ובסוף תחזור לבעליה. ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב, ובין המקנה אותה לפירותיה? **הקונה לפירות** - אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס. אבל **הקונה לזמן קצוב** - הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם".

לדעת הרמב"ם, אדם שקנה קניין לפירות - אינו רשאי לבנות או להרוס את גוף הקרקע, כי יש לו זכות להשתמש רק בפירות שגדלים חיצינית לקרקע. אילו אדם שקנה את גוף הנכס, גם אם קונה לזמן קצוב - רשאי לבנות או להרוס את הקרקע¹.

1 המשנה למלך (שמיטה ויובל יא, א) הקשה שמדברי הירושלמי (גיטין ד, ט) משמע שאסור להזיק לקרקע, כי "התורה אמרה ושב לאחוזתו בעיניו?"

החזון איש (אבה"ע סימן עד ס"ק טו) כתב שהרמב"ם לא התכוון לומר שיכול הקונה לבלות את גוף הקרקע, שא"כ היה על הרמב"ם לומר שמתור לו למכור או להקדיש את הקרקע, לכן צריך להסביר בדעת הרמב"ם

בזמן הקצוב שהנכס ברשותו, יש לו בעלות מוחלטת על הנכס, וכאשר יגיע הזמן להחזיר את הנכס לבעליו הראשונים, ישנה כעין העברת בעלות בחזרה לבעליה הקודמים. אך הראב"ד סבור, שהקונה לזמן קצוב - אינו יכול לבנות ולהרוס, אלא אם כן קנה שדה לשישים או חמישים או ארבעים שנה, שנראה כמוכר בזמן היובל.

המגיד משנה כתב שלדעת הרמב"ם, המוכר לזמן קצוב - נחשב כמו מוכר בזמן שהיובל נוהג, ובזמן שהיובל נוהג, ניתן לקנות נכס בין לזמן קרוב ובין לזמן רחוק, ולעשות בגוף הנכס כרצונו. כך גם הקונה לזמן קצוב, יכול לבנות ולהרוס. המגיד משנה סיים: "ודברי ההשגות אינם ברורים, ויתר דברי המחבר והמפרשים שכתב - כולן ברורים ופשוטים הן".

אם כן, תושב ביו"ש שמקבל אישור בר-רשות - יכול לבנות או להרוס בשטח עליו יש לו זכות בר-רשות. לא רק לפי הרמב"ם, שכן זהו קנין הגוף, אלא גם לפי הראב"ד, מכיוון שזכות זו תקפה ליותר מחמישים שנים.

וכך כתב בקצות החושן (סימן רנו ס"ק ג), שקניין פירות אינו כקניין הגוף רק כאשר הוא יכול להחזיק בפירות בלבד ואין לו כל זכות בגוף הקרקע, אבל אם יכול לחפור בורות, לבנות או להרוס - קניין פירות נחשב כקניין הגוף. וכמו שבזמן שהיובל נוהג הקרקע מכורה לפירות (כי גוף הנכס חוזר ביובל), ובכל זאת נחשב לקניין גוף, מכיוון שיכול לבנות בגוף הקרקע.

שיטה שלישית היא שיטת הר"ן (נדריים כט ע"א ד"ה אמר ליה אביי): "כל קנין שאינו עולמית - קנין פירות בלחוד מיקרי". וכן גם כתב הרא"ש (סוכה ג, ל), שקניין גוף לזמן מוגבל אינו קניין מוחלט, אלא נחשב לקניין פירות, כי הוא יכול להשתמש רק בפרי (בחפץ) וגוף הפרי אינו שייך לו².

שיש לו זכות לשימוש רגיל של כל קונה, שיכול לבנות או להרוס אך לא לכלות את גוף הנכס.

הכתב סופר (ח"מ סימן יג) ביאר שהרמב"ם למד הלכה זו מדברי הירושלמי הללו, כי הירושלמי התייחס לזמן בו היובל נוהג, שאז אכן יש גזירת הכתוב להשיב את הקרקע לבעליה כפי שהייתה וקיים איסור להזיק לקרקע, אך במציאות של קונה ומוכר לאורך זמן יש זכות קניינית על גוף הנכס, כך שהוא נחשב לבעלים של הקרקע.

2 לכן מי שנתן אתרוג לחברו ביו"ש ראשון של סוכות במתנה על מנת להחזיר - אינו יוצא ידי חובתו, שכן האתרוג אינו שלו ממש, ובארבעת המינים כתוב "ולקחתם לכם" - משלכם, והוא לא נתן לו את האתרוג במתנה גמורה, אלא רק עד שסיים לנענע ולצאת ידי חובת המצווה, ודומה למשאל אתרוג, שרק הפרי שלו ואין הגוף שייך למשאל.

מי שרוצה לתת אתרוג לחברו ע"מ שיחזירהו, עליו לתת את האתרוג במתנה גמורה (ולא במתנה עד שיצא ידי חובתו), אלא שהמתנה (הגמורה) היא על מנת שיחזיר את האתרוג. ומכיוון שהמתנה היא גמורה, צריך המקבל להקנות בחזרה את האתרוג, שכן האתרוג אינו חוזר מאילו לבעלים שהרי הוא נתון כעת למקבל.

וכך הסביר הרא"ש את דברי הגמרא במסכת סוכה (מו ע"א) שאסור לתת את הלולב לבן קטן ביום הראשון

הקצה"ח (סימן רמא ס"ק ד) כתב שקניין לזמן מוגבל נחשב כקניין הגוף, קניין מוחלט. הוכחה לדבריו הוא מביא מדברי הגמרא במסכת בבא בתרא (קלז ע"ב, כמבואר בהערה³).

הקצה"ח הוסיף שהר"ן לא חולק על יסוד זה, ודבריו מתייחסים רק לקידושין - שבקידושי אישה אכן יש צורך בקניין לעולם ולא שהקידושין יהיו לזמן מוגבל, אבל **בדיני ממונות**, גם לדעת הר"ן קניין גוף לזמן מוגבל נחשב קניין הגוף.

אמנם, בנתיבות המשפט (סימן רמא ס"ק ה) כתב שמדברי הר"ן מבואר ש**גם בדיני ממונות** צריך שהקניין יהיה לעולם, וקניין לזמן מוגבל נחשב כקניין פירות ולא כקניין גוף⁴.

אך נראה לומר, שגם אם נסביר את דברי הר"ן כדעת הנתיבה"מ ולא כדעת הקצה"ח - עדיין יש לראות בבניה ביהודה והשומרון כקניין גוף ולא כקניין פירות, שהרי בעל הנכס יכול להוריש את דירתו לבניו. הר"ן (נדרים מז ע"א) במפורש כתב שקניין בו אדם מחזיק נכס ויכול להורישו לבניו - נחשב לקניין גוף, למרות שעליו לשלם

של חג וכוות, שכן התינוק לא יכול להקנות בחורה, ואם נאמר שהמתנה חוזרת מעצמה, אי"כ שוב לא תהיה כל בעיה לתת את לולבו לתינוק עד שייסיים את המצווה והלולב יחזור מאליו לבעליו הראשונים. ומכאן שהמקבל צריך להקנות את האתרוג בחורה לבעליו הראשונים, דבר שתינוק אינו יכול לעשותו. וכ"פ ערוך השולחן בסעיף יא והנתיבה"מ בס"ק ה.

3 בגמרא מובא (אליבא דרשב"ג) שאדם האומר לחבורו: 'האתרוג נתון לך במתנה, ואחר כך לפלוני' - יצא ידי חובה, שכן האתרוג קנוי לו לחלוטין ונחשב 'לכם'. מכאן אנו רואים, שגם במתנה הקנייה רק לזמן מוגבל, כמו כאן, שהרי הבעלים אמר לו ואחר כך לפלוני, בכ"ז יצא ידי"ח.

ואין זה דומה לשאל, שכן בשאל אין הגוף קנוי לו אלא יש למשאל רק פירות, אך כאן שהקניין מוחלט נחשב שקנה את גוף האתרוג. והשני קונה אח"כ את האתרוג ללא צורך בקניין נוסף, שהקניין של הראשון יפסק מאליו ויעבור לשני, וכן בכל מתנה ע"מ להחזיר שאין צורך בחזרה בקניין.

ואין לפרש שהתנאי שעשו הבעלים ('על מנת שתחזירנה לי'), גרע מתוקף הקניין, שכן לעולם המתנה היא מוחלטת לאותו זמן, והבעלים שעשו את הקניין, בכדי לא להגיע למצב שיהיה מובן שרק מה שישאר מההאתרוג יחזור אלי, שהרי באמירה 'ואחר כך לפלוני', אנו אומרים שמה שישאר ילך לפלוני, ואם משל אכלו ולא נשאר כלום, הרי שאין צורך להחזיר, לכן בכדי למנוע בעיה זו, הבעלים אומרים שהם רוצים את האתרוג בחורה.

4 השו"ע (סימן שמו סעיף יח) כתב ע"פ דברי התוס' (ב"מ צו ע"ב ד"ה בעל) שלקוח שקנה חפץ לזמן מוגבל (שלושים יום) - נחשב לשומר חנם.

הקצה"ח (ס"ק ה) הקשה ע"פ דברי הרמב"ם המובאים לעיל, שהקונה חפץ לזמן מוגבל נחשב כמו קניין הגוף ויכול אפילו להרוס בדיינים, שאם מותר לו להזיק ק"ו שלא ניתן לחייבו על פשיעה כדין שומר חנם.

הקצה"ח הוסיף שהתוס' סבורים כדעת הראב"ד, שקניין לזמן מוגבל לא נחשב לקניין גוף, ולכן התוס' חייבו את הקונה כדין שומר חנם, 'ולכן תמה אני, לא אדע דרכי השו"ע שבסימן רי"ב סעיף ד כתב כדברי הרמב"ם הנזכר, וכן הרמ"א שם אינו חולק, וכיון דקונה לזמן רשאי לקלקל, השתא אוקי מויק ליה ופטור - ומכל שכן בפשיעה? וצ"ע".

בכל שנה סכום מסוים לבעל הנכס, "כי האי גוונא קנין הגוף מיקרי ולא שעבוד בלבד".

לסיכום פרק זה: לדעת הרמב"ם, היכולת לבנות או להרוס - חשובה כקניין גוף; לדעת הראב"ד, הזכות להישאר בקרקע במשך עשרות שנים - חשובה כקניין גוף, כמו שהיה ביובל; ולדעת הר"ן, היכולת להוריש את הנכס ליורשיו - חשובה כקניין גוף. לפיכך, תושב שבנה את דירתו ביהודה והשומרון, וקיבל זכות בר-רשות, יש לו בדירה זכות קניינית מלאה כדין קניין גוף.

ב. רישום בטאבו

ע"פ החוק (חוק המקרקעין סעיף 7 ב) יש חובה לרשום את מכירת הנכס בטאבו: "עסקה שלא נגמרה ברישום - רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".

השאלה היא, האם החיוב ע"פ החוק לרשום את העברת הבעלות בטאבו - יוצר גמירות דעת שהעסקה תסתיים רק ברישום בטאבו ולא לפני כן⁵, או שמכיוון שלא מצאנו בהלכה חיוב לרשום בטאבו בכדי להחיל קניין, העברת בעלות בקרקע תסתיים בכסף, בשטר, בחוקה ובקניין סודר?

מהר"י באסן (סימן צא) כתב למרות שע"פ ההלכה קניין חוקה מועיל ואין צורך ברישום נוסף, בכ"ז מכיוון שע"פ החוק יש חובה לרשום בפנקס המותיבילי (=טאבו), לכן לא סמכא דעתו של הקונה לקנות עד שיסתיים הרישום. וכך כתבו כנסת הגדולה (הגהות טור חו"מ סימן קצ בס"ק לב), הדברי אמת (סימן יב), הפני משה (חלק ב סימן עז), החתם סופר (חו"מ סימן קמב), ועוד פוסקים.

בכנסת הגדולה (הגהות טור חו"מ סימן קצ בס"ק ח) הוסיף שגם אם אין דינא דמלכותא, בכ"ז יש תוקף לרישום בטאבו בגלל שכך הוא מנהג הסוחרים. וכעין זה כתב בערוך השולחן (סימן קצ סעיף כח): "במקום שהמנהג שכל זמן שלא בא קיום מערכאות לא נגמרה המכירה - אין הקניין נגמר עד שיתקיים בהערכאות, וכשנגמר קונה למפרע משעת הקניין בלא זה הכל לפי תנאים".

וע"פ דברי החתם סופר (חו"מ סימן מד) המפורסמים, שיש חובה לפסוק כפי הדינא

5 וכפי שנפסק במכירת קרקע בכסף שלא קונה במקום שמוכרים קרקעות בשטר, אלא צריך שיכתוב שטר בנוסף לכסף. זאת מכיוון שאין גמירות דעת לקנייה ללא שטר, והלקוח לא סמכא דעתו עד שיהיה בידו שטר מכירה. א"כ, גם כאן נאמר שאין גמירות דעת בתשלום הכסף ובכתיבת השטר עד שירשום את הבעלות בטאבו.

דמלכותא בכל חוק שנועד לצורך הסדרת חיים תקינים לטובת הציבור - ניתן לומר שיש תוקף לדינא דמלכותא בכל הנוגע לחיוב הרישום בטאבו, כי הרישום בטאבו נועד להגן על הקונים, כדי שלא תהיה מכירה כפולה של בתים, כעין תקנת השוק⁶.

הגרי"ש אלישיב (פסקי דין רבניים חלק ו עמוד 376) כתב: "לפי הנוהג כאן בארץ שעל עניני העברות בין איש לרעהו, אם הוא מוכר או נותן מתנה, הכל לאשר לכל מעבירים ע"י רישום בספרי האחוזה, א"כ יש לראות בזה קנין מדין סיטומתא". דהיינו רישום הבעלות בטאבו נחשב לקניין סיטומתא.

הציץ אליעזר (חלק ח סימן מ) פסק, שלא מועיל קניין כסף ושטר ללא רישום בטאבו⁷. וכ"פ האגרות משה (חרי"מ חלק ב סימן סב): "ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים - לא נקנו במדינתנו וכדומה - לא בכסף ולא בשטר - כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה, דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה".

החזון איש בהלכות שביעית (שביעית סוף סימן כו) סבר שהקנייה לא תקפה ללא הרישום בטאבו, ומכאן הקשה על היתר מכירה שאינו תקף, כיוון שבאותן שנים הקרקעות לא היו נרשמות בטאבו על שם הגוי. ברם, לאחר מכן החזון איש (חרי"מ לקוטים סימן טו, וכן בב"ק סימן י אות ט) חזר בו ופסק שהרישום בטאבו אינו מעכב את הקניין: "והנה בארצנו, אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות וזולתה⁸, ולא על

6 גם הר"ן יודה שיש בחוקים אלו דינא דמלכותא גם במלכי ישראל, "דהטעם משום דניחא להו, ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם".

7 וכך כתב הציץ אליעזר: "והרי ידוע הדבר, דבזמנינו ובמקומינו כאן בארץ, הדרך הוא לכתוב שטר בקניית קרקע, ולא רק שטר-חווה, כי אם שטר בדרך העברה בטאבו, ואפילו כתיבת שטר-חווה משמש עדנו רק כשטר התחייבות בלבד, אבל גמרא המכירה, כו"ע ידעי שלא נעשה כי אם בהעברת הרכוש בטאבו מידי המוכר לידי הקונה. וראיה לכך, דבהחווה כותבים קנס על החזר בו, סימן שביכולת עוד לחזור מהמכירה במציאות, ואם כן פשוט הדבר, שכל שחסר עדנה דבר העברת הטאבו, ועל אחת כמה כשחסר אפילו כתיבת חווה המכירה והחתמתו ע"י שני הצדדים, דבכסף בלבד אינו קונה בזה".

וגדולה מזו, בהיות שחוק המדינה הוא על כך, שלא יקנו כי אם ע"י דרך העברה בטאבו, אם כן לא רק קנין כסף אינו מועיל בזה, כי אם גם שום קנין אחר לא מהני בזה, מלבד ע"י הרישום והעברה בטאבו, כדמצינו בשירר והעלה עפ"י דברי גדולי הפוסקים, בשו"ת דברי אמת (בכר) בחלק השו"ת סי' י"ב עיי"ש באריכות.

והכי מצינו בספר שו"ת תועפות ראם (טויבש, חחרי"מ סי' י"ג), שהעלה להלכה, דדבר ההצרכה להעביר בטאבו, הו"ל כמקום שכותבין את השטר, ולא קני בכסף וגם לא בקנין עד שיסדרו דבר ההעברה כפי החק עיי"ש. וכך ס"ל בפשיטות גם בשו"ת חתם סופר (חחרי"מ סי' קמ"ב), דמכיון דחוק המדינה הוא לסדר העברה בטאבו - אין קרקע נקנית לא בשטר ולא בקנין אחר".

8 אמנם צריך לציין, שהיום החוק מקפיד על רישום בטאבו ואי רישום בטאבו מעכב את העברת הבעלות. וכך מובא בפסקי דין רבניים (חלק ה פס"ד בעמוד 120) בהרכב מרנן הגר"ע יוסף, הגרא"י ולהנברג והגרי"י קאפח: "ובגדולה מזו, בהיות שחוק המדינה הוא על כך שלא יקנו כי אם ע"י העברה בטאבו, אם כן לא רק קנין כסף אינו מועיל בזה, כי אם גם שום קנין אחר לא מהני, מלבד ע"י הרישום והעברה בטאבו".

דיון בבי"ד של ישראל, ואדרבא כשבעלי הדין חותמין הצהרה שהם מקבלים פלוני לדיין ביניהם - הממשלה מאשרת אח"כ בדיניהם את פסה"ד שקיבלו עליהם, והלכך כל קנינים שנעשו בין איש לרעהו - צריכים לזון עפ"י דין תורה, אע"ג דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאבו, מ"מ אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו... והלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר או שקנה בחזקה או בקנין סודר - **קנה אע"ג שלא כתבו בטאבו, ולא המוכר ולא הלוקח יכולים לחזור**". וכ"פ המנחת יצחק (חלק ו סימן קט).

וביאר סברא זו בספר שורת הדין (חלק יג עמ' צב): "מבואר ברשב"א (מס' קידושין דף כו ע"א), כי דברי הגמ' שאין קניין חל עד שלא כתב שטר, אינם מדין תורה, אלא חכמים הם שקבעו שהקניין לא יחול, משום שהקונה לא גמר בדעתו. לכן, דווקא כתיבת אותו שטר שאליו כוונו חכמים, שהוא השטר שמועיל מדין תורה לקנות קרקע, היא המעכבת את הקניין, אולם אין באפשרות הסדרים שונים שנהגו ע"י חוקות המדינות לעכב את חלותו של הקניין מן התורה".

וכך פסק בשבט הלוי (חלק ט סימן שו), שאין העברת הטאבו מעכבת את הקניין: "ולענ"ד דאעפ"י דודאי כסף הוא קנין קרקע ובית, ומהני תחילת כסף כמבואר במשנתינו, ובש"ע חו"מ סי' ק"צ, לדידן ודאי בעינן עוד שני דברים, דהיינו שטר או חוזה, כמבואר שם סי', וגם קיום כל התנאים של התשלומים בזמנם הנזכרים כתנאי בחוזה, וכל זמן שלא שילם כולם או נתן לו בטיחות ע"ז שנתקבלו ע"ד המוכר - אין גמירת דעת גמורה להקנות, וע"כ כיון שנהוג שנותן לו המפתח רק אחרי קיום התנאים או שעת הקנין, ואם מסר לו מפתחות לפני גמר תאריכי תשלומין - ה"ז מודיע שהקנה לו בחלק מן הכסף ושטר, והשאר הלואה, ואם לא מסר המפתח בטענה שלא קיים תנאי התשלומין, כנראה עדין אין גמירת דעת לקנות, אם לא שמפורש אחרת בחוזה. **ובענין הטאבו** - ודאי נראה כדעת הסוברים שאינו מעכב הקנייה, אם הלוקח קיים התנאים והמוכר הרשה להלוקח להשתמש בבית כבתוך שלו. ומעשים בכל יום יוכיחו, זה הנראה עיקר הקנין היום, אעפ"י שבהלכה משכחת לה שקונה גם בלי זה, כמבואר לכל מעיין בש"ס ופוסקים, ממילא תיקון הדוד וכיו"ב שייך להמוכר, עד גמר התנאים ומסירת מפתח". וכ"פ הגר"ז אויערבך (מעדני ארץ, שביעית, סימן יח).

היוצא מכל זה, לעניינינו, שכל החיוב לרשום בטאבו נובע מאי סמיכות דעת שיש במכירה ללא רישום בטאבו. לאור זאת, בקרקעות הנמצאות ביהודה והשומרון, בהן לא קיים רישום בטאבו - יש סמיכות דעת בין המוכר לקונה שהמכירה תהיה

תקפה גם ללא הרישום בטאבו. במקומות בהם אין אפשרות לרשום בטאבו - יש לחזור לדיני חוקת קרקעות המבוארים בשו"ע (החל מסימן קצ), כך שכל העברת בעלות תעשה בדרך של כסף, שטר, חוקה, קניין סודר. כאשר בעז"ה יסופחו שטחי יהודה והשומרון ויתאפשר רישום בטאבו - יהיה מוטל על המוכר לרשום את העברת הבעלות בטאבו, אך אי הרישום אינו מעכב את הזכות הקניינית שיש לרוכש.

וכך כתב הגר"ח פלאג'י בספרו חוקות החיים (סימן מח): "כי זה שלא העביר בפנקס המוטובילי (=טאבו) - אין זה מעלה ומוריד לבטל המכירה, אחר שהמנהג פשוט בעיר אנדריופולי יע"א - לקנותה גם בלי העברה בפנקס המוטובילי".

וכך משמע מדברי המנחת יצחק (חלק ו סימן קע): "דמחמת שעדיין לא אפשר לרשום בטבו, הרי מוכח שמכר כל זכותו להקונה שלא בהקפדה לרשום בטבו לעת עתה, רק שקיבל עליו שבעת שאפשר יהיה לרשום מוטל עליו לרשום בטבו, וכן מוכח בשטר המכירה"⁹.

לסיכום פרק זה: ע"פ החוק יש חובה לרשום את מכירת הנכס בטאבו. חיוב זה תקף ע"פ הלכה בגלל דינא דמלכותא, בגלל מנהג הסוחרים ובגלל תקנת השוק. אמנם במקומות בהם אין אפשרות לרשום בטאבו - העברת בעלות תעשה ללא הרישום בטאבו.

ג. חוק המקרקעין ביישובי יהודה והשומרון

בתקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון, תשמ"א-1981, נספח מס' 8 סעיף 2) מבואר: "בכפוף לאמור בסעיף 3 לנספח זה - מוסמכים לפעול לפי דיני בתים משותפים¹⁰ כל מי שמוקנות לו בישראל סמכויות לפי דיני בתים משותפים".

הרי לנו שחוק המקרקעין חל במועצות המקומיות.

העו"ד של התובעים לפלל וחילק בין מועצה אזורית ובין מועצה מקומית - **במועצה אזורית חוק המקרקעין לא חל, ורק במועצה מקומית חוק המקרקעין חל.**

9 וכן משמע בשו"ת דברי מלכיאלי (חלק ד סימן קמג), שבמקום בו הלקוח הסכים שהמכירה תחול ע"י קניין כסף - אין הרישום בטאבו מעכב את המכירה והמוכר לא יכול לחזור בו.

10 שהם, כפי שהוגדר בתקנון בסעיף 1: "דיני בתים משותפים" - פרק ו' לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן - "חוק המקרקעין"). חוק המקרקעין (החלפת ספק גז בבית משותף), התשנ"א-1991, התוספת לחוק המקרקעין וכל תחיקת משנה מכחם כפי תקפם בישראל מעת לעת ובשינויים כפי שיפורטו בנספח זה".

ומכיוון שהישוב נכלל בתוך מועצה איזורית מטה בנימין, הרי שחוק המקרקעין לא תקף.

אך דבריו לא נראים כלל. ישנן הפניות רבות מתקנון המועצה האזורית למקומית ולהיפך, כך שהדברים המפורשים הנוגעים לחוק מקרקעין הכתובים בתקנון המועצות המקומיות - חלות גם על המועצות האזוריות.

מעבר לכך, בחוזה שנחתם בין הדיירים ובין ההסתדרות (סעיף 16 בחוזה בר-רשות בישוב קהילתי במגרש למגורים ביו"ש) נאמר: "על חוזה זה וכל הנובע ממנו - יחול הדין הישראלי".

ובשו"ת ישיב משה (עמוד רכו) כתב בשם הגרי"ש אלישיב: "יש אצלנו בין בא"י ובין בחו"ל עירייה שיש לה חוקים, ועל דעת אלו חוקים כל אחד קונה ובונה". ע"פ דבריו אלו יש לומר כך גם על המועצה אזורית מטה בנימין: למועצה יש תקנון ו"על דעת אלו חוקים כל אחד קונה ובונה".

ד. מנהג המדינה

גם אם נאמר (כדברי העו"ד), שחוק המקרקעין לא חל ביו"ש - עדיין יש תוקף לסעיפי החוק מכוחו של מנהג המדינה¹¹.

הרי"ף (ב"מ נב ע"א) והרא"ש (ב"מ ז, א) הביאו את דברי הירושלמי (ב"מ ז, א): "אמר רב הושעיה: זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה". וכן פסק השו"ע (סימן רלב סעיף יט): "ומנהג מבטל הלכה".

הרמב"ם (הלכות מכירה כו, ז) כתב: "אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים וכיוצא בהן מענינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג, ולא שמות יודעים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך - הרי זה מכור וסומכין על המנהג". וכ"פ השו"ע (סימן רטו סעיף ח).

הרמב"ם (בהלכה ח) הוסיף: "וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון

11 נראה שמדינה הכוונה למחוז או לעיר גדולה, וכדברי המשנה במסכת בבא בתרא (דף לח ע"א): "שלש ארצות לחוקה: יהודה, ועבר הירדן, והגליל... אינה חזקה עד שיהא עמו במדינה אחת" (וכן מובא במשנה במסכת כתובות דף קי ע"א: "שלש ארצות לנשואין: יהודה, ועבר הירדן, והגליל"). וכך כתב רש"י (גיטין ב ע"ב ד"ה אי נמי): "ממדינה למדינה בארץ ישראל - כגון יהודה וגליל". הרמב"ם (מגילה וחנוכה א, ד) כתב: "איזה הוא זמן קריאתה? ...כל מדינה שהיתה מוקפת חומה בימי יהושע בן נון". וכן נראה מדברי הדרכי משה (אבה"ע סימן קכח ס"ק ה): "אין לכתוב מדינה אלא כשכל הפלך נקרא על שם אותה העיר".

בני אדם באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש שקורין כך - עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו".

הרמב"ם (שם כו, יא) חזר והדגיש: "אל ילזו מעיניך העיקר הגדול בדברים אלו שהוא מנהג המדינה והשמות הידועים ביחוד לכל דבר ודבר, ובמקום שאין מנהג ולא שם שהכל אומרים לו ביחוד ולא שיתוף הולכין אחר אלו הכללות שביארו חכמים כמו שביארנו". וכ"פ השו"ע (סימן רכ סעיף טו)¹².

וכתב הרשב"א (חלק ב סימן רסח): "והמנהג בעיני דיני הממונות כל מנהג שהנהיגו ביניהם בני המדינה בהסכמת גדוליהם היא הסכמה ודנין עליה כשל תורה".

והדגיש ספר התרומות (שער מט חלק ה) בשם הראב"ד: "במקום שאין מנהג - הולכים אחר מנהג הגוים... וכן אני אומר בכל דבר שאין דינו מפורש אצלנו, ואין לנו בו מנהג ידוע - שהולכין בו אחר מנהגות שלהם, שקרוב דבר זה לדינא דמלכותא דינא, והם דנין על פי המנהגות" (מובא בש"ך בסימן עג ס"ק לה).

וביאר החזו"ן איש (ב"ב סימן ה בס"ק ד) שמנהג המדינה תקף בגלל שתי סיבות: א. כל אדם שבא לגור באותה מדינה נכנס לגור על דעת כל המנהגים של אותה מדינה. ב. "מפני שהסכמת הציבור הוי ככח בית דין".

וכן ראינו לעיל בדברי כנסת הגדולה, שגם במקום בו אין דינא דמלכותא, בכ"ז יש תוקף לחוק ע"פ מנהג מדינה ומנהג הסוחרים.

וכן משמע מדברי האגרות משה (ח"מ חלק ב סימן סב): "ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים... דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה".

והוסיף המנחת יצחק (חלק ז סימן קכו) שבבניין משותף בו רבים מצטרפים לגור ביחד, גם אם ע"פ דין תורה אין זכות לאחד הדיירים, בכ"ז כדי שלא יהיו מריבות בניהם יש אומדנה דמוכח שהם מחלו זה לזה על הדין תורה וקיבלו על עצמם את המנהג, כי התנהלות ע"פ הנוהג המקובל גורם לשלום ומונע מריבות.

לסיכום פרק זה: חוק המקרקעין חל גם על שטחי יו"ש, ע"פ חיוב הנוצר מכוחו של מנהג מדינה, וכן מכוח גמירות הדעת שיש בין הצדדים בשעת רכישת הדיירות.

12 וכן כתב הרמב"ם בהלכות מכירה יז, ו, ונפסק בשו"ע בסימן רל סעיף י, וכן ברמב"ם שם יח, יב, ונפסק בשו"ע בסימן רכט סעיף ב, וברמב"ם שם כח, טו.

מסקנות

א. תושב שבנה את דירתו ביהודה והשומרון, וקיבל זכות בר-רשות, יש לבעל הדירה זכות קניינית מלאה בדין קניין גוף.

ב. ע"פ החוק יש חובה לרשום את מכירת הנכס בטאבו. חיוב זה תקף ע"פ הלכה בגלל דינא דמלכותא, בגלל מנהג הסוחרים ובגלל תקנת השוק. אמנם במקומות בהם אין אפשרות לרשום בטאבו - העברת בעלות תעשה ללא הירשום בטאבו.

ג. ישנם מספר טעמים מדוע יש תוקף לחוק המקרקעין גם ביהודה והשומרון:

1. בתקנון המועצות המקומיות מבואר שחוק המקרקעין חל במועצות שביהודה והשומרון.

2. יש מנהג מדינה ברור לבנות ע"פ חוקי המדינה ותקנותיה.

3. דיירי הבניין חתמו על חוזה שנותן תוקף לדין הישראלי וכן לתקנון המצוי.

4. היום יש גמירות דעת ברכישת דירות, שכל אדם שרוכש דירה בבניין משותף, קונה על דעת כך שדיירי הבניין ינהגו ע"פ החוק.

