

## ”בר-רשות” – מעמדו ההלכתי וויתור עליו

### הרב נתן חי

- א. רקע עובדתי
- ב. הגדרת ”בר-רשות” – זכות קניין או זכויות שימוש בלבד?
- ג. האם יש תוקף לסיכום בין מזכירות היישוב והתושב
- ד. האם לסיכום יש תוקף של התחייבות או של קניין
- ה. ויתור על הזכות על ידי התושב
- ו. על מי נטל הראיה בסכסוך שבין הצבור ליחיד?
- ז. פסק הדין

#### א. רקע עובדתי

בתחילת שנת תשס”ג הציעה מזכירות יישוב בשומרון לתושבים, להשתתף בפרויקט בנייה פרטית. לפרויקט נרשמו רק שתי משפחות. אחת מהן נכנסה לתהליכי בנייה באופן מעשי, בעוד המשפחה השנייה, להלן, התובעים, התלבטה האם לממש את זכותה לבנות ובינתיים לא עשתה צעדים מעשיים.

סמוך לפסח תשס”ג, לאחר שהתברר למזכירות היישוב כי המבצע למתן מענקי בנייה מיוחדים לתושבים מתקרב לקיצו, פעלה המזכירות בצורה נמרצת כדי לקדם פרויקט של בנייה ציבורית מרוכזת בעבור התושבים. לשם כך חתמה המזכירות על הסכם עם חברת בנייה לבנייה מרוכזת ודרשה מכל משפחה להפקיד 3000 ₪ בדידה בתור דמי רצינות. גם התובעים הפקידו בידי המזכירות דמי רצינות על מגרש א’.

המזכירות ביקשה לקדם במהירות את הבנייה בשכונה כדי לאפשר את קבלת המענקים המיוחדים לבנייה בשכונה המתוכננת וכדי לתת צביון אחיד לשכונה ועל כן פנתה המזכירות לתובעים וניסתה להשפיע עליהם להצטרף לבנייה המרוכזת הציבורית. במקביל הציעה המזכירות לתובעים מגרש חלופי לבנייה פרטית במקום אחר ביישוב (מגרש ב’), אם כי שם הבנייה ההתחלתית הייתה יקרה יותר בשל הצורך במנוף מיוחד וגם מיקומו של מגרש זה לא מצא חן בעיני התובעים.

\* הרב נתן חי, רב היישוב ואב”ד לממונות, איתמר; מכון משפטי ארץ, עפרה. המאמר עובד ע”פ נימוקי פסק הדין בתיק 010 תשס”ג, בית הדין לממונות, איתמר, בפני הדיינים: הרב נתן חי (אב”ד), הרב צבי פרג והרב יעקב כהן.

בעוד התובעים מתלבטים, המשיכה המזכירות להפעיל עליהם לחץ שיתחילו מיד בבנייה, ושישתלבו בבנייה הציבורית המרוכזת או לחילופין שיעבירו את זכותם למגרש אחר, מאחר שמשפחה אחרת הייתה מעוניינת להצטרף לבנייה הציבורית במגרש שיפנו התובעים. ביום רביעי ב' ניסן תשס"ג התנהלה שיחת טלפון בין נציג המזכירות לבין אבי משפחת התובעים, כאשר, לטענת נציג המזכירות, בשיחה זו הודיע לו אבי המשפחה שהם אכן מוותרים על זכות הבנייה במגרש הנידון. לעומתו אבי המשפחה טוען כי אמר לו רק שיש סבירות של 95% שהם יוותרו על זכותם.

בעקבות שיחה זו הודיעה המזכירות למשפחה האחרת שהמגרש פנוי לטובתם, אך למחרת הודיע אבי משפחת התובעים לנציג המזכירות שהם לא מוותרים על זכות הבנייה. מאידך, נציג המזכירות טען כי התובעים אינם יכולים לחזור בהם לאחר שוויתרו על זכותם בשיחת הטלפון.

התובעים מבקשים מבית הדין לקבוע כי הם זכאים לבנות במגרש א' באופן פרטי ולא בבנייה המרוכזת. בית הדין דן בכמה סוגיות הלכתיות בהקשר זה.

### ב. הגדרת "בר-רשות" – זכות קניין או זכויות שימוש בלבד?

הנהוג הרשמי בהענקת זכות בנייה למתיישב מבוסס על כך שהמנהל האזרחי מעביר את זכות השימוש בקרקע ל"הסתדרות הציונית" וזו, באמצעות החטיבה להתיישבות, מסמיכה את האגודה השיתופית שביישוב לתת לתושבים זכות בנייה בנחלות.

משמעות נתינת זכות זו היא שהמזכירות, שהיא הזרוע הביצועית של האגודה השיתופית, מתחייבת בשם החטיבה להתיישבות להסדיר את רישום הנחלה על שם המתיישב במעמד המוגדר "בר-רשות". תהליך זה מקביל לנעשה בעסקאות להעברת מקרקעין בתוך תחומי "הקו הירוק", כשהחברה המשכנת מציעה דירות למכירה, ומתחייבת להסדיר את רישום הנכס בטאבו עבור הרוכשים, כחלק מן התמורה הכספית.

כדי לעמוד על מהותו של מעמד "בר-רשות", נעיין בקובץ תקנות שקבעה הסוכנות לצורך קבלת מגרש לבנייה ביישוב כפרי:

המנהל והמיישבת (=הסוכנות) מעמידים בזה את המגרש לרשות המתיישב, והמתיישב מקבל בזה את המגרש לרשותו כ"בר-רשות" בלבד לתקופה של \_\_\_ חודשים החל ביום אישור העסקה וכלה ביום \_\_\_ (להלן – תקופת הפיתוח) לשם פיתוחו ובניית מבנה המגורים למטרת הרישיון בהתאם לאמור במבוא לחוזה זה ובהתאם לתכניות שתאושרנה ע"י המנהל, המיישבת והרשויות המוסמכות.<sup>1</sup>

עוד נקבע שם:

אם המתיישב ימלא אחר התחייבותו על פי חוזה זה, ובמועדים הקבועים לכך בחוזה, מתחייב המנהל לחתום עם המתיישב בלבד, והמתיישב לחתום עם המנהל

1. ניהול יישוב כפרי, אסופת מסמכים, נור מנחין וחנה לודמר, הסוכנות היהודית לא"י המחלקה להתיישבות כפרית פרק שלישי מסמך 11 סע' 2.

על חוזה חכירה לתקופה של 49 שנים החל מיום אישור העסקה לגבי המגרש והמבנים.<sup>2</sup>

בספרות המשפטית, קיימת הבחנה בין "בר-רשות" בדירת מגורים, ל"בר-רשות" במשקים חקלאיים. מעמד "בר-רשות" רגיל בדירות מגורים הוא:

מחזיק במקרקעין מכוח הרשאה או רישיון ולמעט אלה שום חוק אינו חל ואינו מגן עליו. את ההרשאה ניתן בדרך כלל לבטל בתוך פרק זמן סביר ללא תמורה, כשמדובר ב"בר-רשות" חינוך, ובליוי פיצויים אל מול "בר-רשות" בתמורה, כלומר מי ששילם כסף בעד ההרשאה. גם התנהגות הצדדים במשך הזמן יכולה להקנות למשתמש מעמד "בר-רשות" שאינו נובע דווקא מהרשאה פוזיטיבית אלא מעין הסכמה שבשתיקה מצד הבעלים. הדייר המוגן נהנה מהגנת החוק ואילו "בר-רשות" נבדל ממנו ולהגנתו עומדים רק מנהג או הסכם הרשאה.<sup>3</sup>

לעומת זאת לגבי מעמד "בר-רשות" בהתיישבות נאמר:

חברי מושבים היושבים על אדמות המדינה בגדר "בר-רשות" ... אינם כ"בר-רשות" בהקשר לדירות מגורים הנזכר לעיל וההבדל ביניהם הוא בעיקר בנוגע למידת יכולתו של בעל הקרקע לבטל את הרשות בפועל. כי "בר-רשות" במשקים החקלאיים זכותו בפועל לחכירת הקרקע לשנים רבות ... לזכות "בר-רשות" של חברי מושב יש ערך כלכלי ריאלי: הם נחשבים בעלי זכויות מלאות לכל דבר ועניין **בנחלות שברשותם.**<sup>4</sup>

נראה, שמעמד "בר-רשות" ביישובי השומרון הוא כגדר מעמד "בר-רשות" בהתיישבות החקלאית. וכיוון שבהתיישבות "בר-רשות" נחשב לבעל זכויות הרי שכך גם לגבי "בר-רשות" במקרה הנידון כאן.

מבחינה הלכתית, הגדרה כזו המעניקה זכות שימוש למשך שנים רבות, ואינה ניתנת לביטול על ידי מי שנתן אותה, תיחשב כזכות קניינית.<sup>5</sup> ישנן עוד דוגמאות להסדרים כלכליים שעל פי הפרשנות ההלכתית יוצא שאחד מהצדדים נחשב בעל זכות קניינית מוגבלת. בשכירות למשל לדעת הרמב"ם וראשונים נוספים, יש לשוכר זכות קניינית בנכס – "שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא".<sup>6</sup> זאת, למרות שההגדרה כקניין לא סוכמה במפורש בין הצדדים, ותנאי השימוש בלבד סוכמו.

### ג. האם יש תוקף לסיכום בין מזכירות היישוב והתושב

ליישוב, כלומר לאגודה השיתופית, אין בעלות על הקרקע, אולם נראה שמעמדו הוא כשל

2. שם, סעיף ד.

3. מ' בניאן, פרקי יסוד בדיני מקרקעין, משרד הביטחון והוצאה לאור, עמ' 76-77.

4. שם, עמ' 83.

5. ראה עוד במאמרו של הרב עדו רכניץ בספר זה, בפרק הדין בקניין פירות לעולם.

6. רמב"ם שכירות ז, א.

שליח של החטיבה להתיישבות בסוכנות-היהודית, אשר תפקידו לתת זכות שימוש בקרקע, לבנייה ולמגורים, למתיישב. לאור זאת, מתעוררת השאלה מה משמעותה של הבטחת היישוב לתת זכות כזו לתושב, לפני שהתהליך הסתיים באופן פורמאלי? קודם כל, יש לדון בשאלה האם לסיכום בעל-פה בין היישוב לתושב ותשלום מקדמה, יש תוקף כלשהו או שזו רק הבטחה בעלמא.

הנוהג המצוי ביישובים הוא, שתהליך העברת הזכויות בנחלה בין המזכירות לבין המתיישב בנוי בשלבי הראשונים על הסכמות והבנות בעל פה, ורק עם התקדמות העסקה, מקבלות ההבנות ביטוי במסמכים רשמיים.

בנידון דידן, המזכירות לא הוציאה עדיין מסמך רשמי למשפחת התובעים לגבי זכויות הבנייה שלהם, מאחר שלא נכנסו בפועל להתקשרות עם קבלן וכיוצא בזה. אולם המזכירות לא הכחישה את מחויבותיה, להוציא מסמך שמאשר את העברת הזכות, וללוות את המשפחה עד לרישום הסופי של זכויותיה במקרקעין.

בדיון בבית הדין התברר, שהמזכירות אינה מכחישה את העובדה שנתנה זכות בנייה במגרש למשפחה, אבל מעולם לא כתבה זאת במסמך רשמי אלא הבטיחה בעל פה, לאחר תשלום "דמי רצינות". זאת כפי שמקובל בשלב הראשון של העסקה, עד אשר יוצגו המסמכים הפורמאליים הדרושים, כמו אישור קיומה של משכנתה, ואישור על התחלת הבנייה.

כיוון שמעשי הקניין נועדו לתת ביטוי להסכמה בין הצדדים ולגמירות הדעת שביניהם, הרי שגם דרכי הקניין הנהוגות בין הסוחרים או בציבור מסוים יכולים להביא לגמירות דעת. דרך זו של קניין הנקראת בהלכה "סיטומתא", משמעותה היא שמקובל שלאחר סיכום העסקה בין המוכר והקונה, מסמן הקונה סימן כלשהו על החפץ הנקנה ובוה נגמר המקח.<sup>7</sup>

במקום שנהוג סיימן כזה הוא קניין גמור, הרי זה קניין גמור לפי ההלכה ואין אחד מהם יכול לחזור בו, אפילו לא נתן עדיין מעות. וכן בכל דבר שנהגו הסוחרים לקנות כגון תקיעת כף או נתינת פרוטה או מסירת מפתח וכיוצא בזה. וכן מועיל קניין סיטומתא במקרקעין.<sup>8</sup> לפי זה, יש בכוח המנהג הרווח לסיום עסקה לתת תוקף וליצור קניין מדין סיטומתא, ובייחוד לאור מה שקבעו הפוסקים, שהמנהג עדיף על דרך קניין שתקנו חכמים, והוא מועיל מדאורייתא.<sup>9</sup>

בנידון דידן, כיוון שנהגו להסתמך על מתן רשות הבנייה מצידה של המזכירות כאילו הייתה זו הענקת זכות גמורה, ובייחוד על רקע העובדה, שהמשפחה שילמה דמי רצינות, יש לראות את מתן רשות הבנייה כקניין גמור, וכן משמע מדברי הט"ז,<sup>10</sup> שקבע שגם נתינת פרוטה לשם חלות קניין מועילה לתת תוקף למעשה הקניין.

7. שולחן ערוך חו"מ ר"א, א.

8. שולחן ערוך חו"מ ר"א, ב; ש"ך ש"ם, א.

9. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן שיד, ועוד רבים. עיין עוד במאמרו של הרב דניאל כ"ץ בעניין סיטומתא בספר זה.

10. ט"ז חו"מ ק"ז, א.

זאת ועוד, מצאנו בשו"ת הרא"ש<sup>11</sup> שהחלטה של טובי הקהל, הגם שנאמרה בעל פה ובלא קניין, דינה כמסמך כתוב, וכן העלה הרשב"ש בתשובותיו:

אלים כוחא דציבורא בלא קניין כיחיד בקניין... משום הפקר לא נגעו בה. אם כן ציבור אפילו בלא קניין ובדבר שלא בא לעולם מכירתם מכירה.<sup>12</sup>

ונפסקו הדברים להלכה ברמ"א: "וכל דברי הקהל אינם צריכים קניין".<sup>13</sup>

עוד נקבע בשו"ת הריב"ש<sup>14</sup> שהציבור אינו יכול לחזור בו מזכות שנתן ליחיד, למרות שזו ניתנה בעל-פה ולמרות שנתחלפו ממוני הקהילה. לכן, ההבטחה שנתנה המזכירות למשפחת התובעים לקבלת זכות בנייה במגרש תקפה ומחייבת. בייחוד לאור העובדה, שכך המנהג ביישובים רבים, ואף המזכירות עצמה לא טענה שההבטחה הראשונית למשפחת התובעים אינה בתוקף, אדרבה מאמצי המזכירות לשכנע את המשפחה לוותר על הזכות מוכיחים שגם היא מכירה בזכות המשפחה.

אף אם היה מקום לדון בעניין זה ולפקפק בתוקף ההבטחה למשפחת התובעים, מכל מקום, מכיוון שהמזכירות לא העלתה טענה זו ועמדה בתום לב בהתחייבותה הראשונית, אין לבית הדין להעלות עניין זה לדיון, כפי שנפסק בשולחן ערוך<sup>15</sup> שלא יעשה הדיין מליץ לדבריו של בעל הדין וכן לא ילמד לאחד מבעלי הדין לטעון טענות. לכן ההתחייבות הראשונית שנתנה המזכירות לתובעים במקומה עומדת.

לאחר שהתברר שיש תוקף לסיכום בין המזכירות והתובעים, הרי שיש לעמוד על תוכנו ומהותו של הסיכום. כאן נבחן שתי אפשרויות: האחת, הסיכום להעביר את הזכויות דינו כהעברת הזכות הקניינית, והשנייה, תאמר שאין כאן העברה של הזכות עד לרישום הזכות בחטיבה להתיישבות, אבל יש כאן התחייבות להעברת זכויות בעתיד.

#### ד. האם לסיכום יש תוקף של התחייבות או של קניין

על פי החוק במדינת ישראל העברת בעלות במקרקעין נעשית על ידי רישום בטאבו או בנהל מקביל לכך ביהודה ושומרון.

נחלקו הפוסקים האם במציאות כזו ניתן בכלל להעביר בעלות ללא רישום. כאשר אין הצדדים מקפידים על קיומו של רישום מסודר, קבע המהרי"ט, שהמכר יחול אף בהעדר רישום,<sup>16</sup> וכן נקבע בשו"ת דברי מלכיאל,<sup>17</sup> שאם סמכה דעתם של הצדדים על המיקח, למרות שלא בוצע רישום בטאבו, בכל זאת המיקח תקף מבחינת דיני הקניין. כלומר למרות

11. שו"ת הרא"ש ו, יט.

12. שו"ת הרשב"ש, תקסו.

13. רמ"א חו"מ קסג, ו.

14. שו"ת הריב"ש, תעו.

15. שולחן ערוך חו"מ יז, ה.

16. שו"ת מהרי"ט ב, חו"מ, סו.

17. שו"ת דברי מלכיאל ד, קמג.

שעל פי חוקי המדינה כל עסקת מקרקעין טעונה רישום, בכל זאת, לדעת חלק מהפוסקים הרישום בטאבו לא מעכב את הקניין.<sup>18</sup>

זאת ועוד פעמים רבות מסתפקים הצדדים בהערת אזהרה בטאבו והרישום עצמו נמשך שנים רבות בלא לגרוע בינתיים מהגדרת המחזיק כבעלים לכל דבר, מציאות זו יש בה כדי לתמוך בשיטת הפוסקים שהובאה לעיל.

על פי שיטה זו נתינת זכות השימוש והבנייה במגרש לתושבים על ידי היישוב היא למעשה העברה של זכות קניינית לכל דבר, ולא הבטחה בלבד.

לעומת זאת, ישנם פוסקים<sup>19</sup> הסבורים כי יש תוקף הלכתי לחוק הקובע כי העברת בעלות במקרקעין תיעשה רק על ידי רישום. לשיטתם, לא ניתן לראות בסיכום בין היישוב והתושב העברת בעלות אלא רק התחייבות להעביר בעלות.<sup>20</sup>

אמנם בסוגיה של התחייבות להעביר בעלות על נכס מסוים נחלקו אחרונים,<sup>21</sup> אבל נפסק בהלכה שהדבר תקף מבחינה הלכתית.<sup>22</sup>

#### ה. ויתור על הזכות על ידי התושב

לאחר שהוצגו שתי אפשרויות כיצד לפרש את מהות הסיכום שבין היישוב והתושב, יש לדון בשאלה נוספת, האם וכיצד ויתרו התובעים על זכותם?

נציג המזכירות טען בפנינו, שאבי משפחת התובעים ויתר למעשה על זכות הבנייה שלהם במגרש, בשיחת טלפון. כנגדו, טען אבי המשפחה, שבשיחת הטלפון הדגיש שזו לא החלטה סופית, ושקיימת סבירות של 95% שהם יוותרו על זכותם.

לטענת אבי המשפחה הויתור על הזכות לא היה שלם אלא רק בגדר דעת נוטה, ואין בזה משום ויתור. לטענת נציג המזכירות, הויתור היה שלם. אולם, למרות שמחילה אינה צריכה קניין ודי באמירה בעלמא,<sup>23</sup> הרי שקיומה של המחילה מוכחש, ואם כן, זו טענת מחילה שאין עמה ראיה, ולכן אין לה תוקף.<sup>24</sup>

אף אם היינו מקבלים את טענת נציג המזכירות, שאבי המשפחה ויתר על זכות הבנייה בשיחת טלפון שנערכה עימו, הרי האגודה נתנה לתושב זכות קניינית, שאינה ניתנת למחילה כך. מחילה בעל פה מועילה רק כדי לפטור את החייב מהתחייבות להקנות, או מן החובה לפרוע חוב. אולם, כאשר המחילה נועדה לבטל זכות קניינית שבידיו של אדם, לא די במחילה בלבד. במקרה כזה יש לעשות מעשה קניין נגדי, כדי להשיב את הזכות

18. חזון איש חו"מ, ליקוטים טז, ה, ובעקבותיו גם פוסקים נוספים.

19. ראה למשל, הרב דב ליאור **תחומין ג**, עמ' 247.

20. ראה עוד במאמרו של הרב יעזר אריאל בספר זה.

21. בספר **קצות החושן רג**, ב, כתב שאין תוקף להתחייבות כזו, לעומת זאת, בספר **נתיבות המשפט רג**, ו, חלק על כך וכתב שיש לכך תוקף.

22. הרב יוסף שלום אלישיב, בתוך: **עמק המשפט א**, עמ' סז.

23. **שולחן ערוך חו"מ יב**, יג.

24. **שולחן ערוך חו"מ עה**, ז; **ש"ך שם**, כב.

הקניינית למוכר. מסיבה זו, אין אדם יכול למחול בדיבור על נכס שלו לטובת אחר, אלא עליו להקנותו באחד מן הדרכים המקובלות.<sup>25</sup> כמו כן אין המיקח מתבטל אפילו כשמוחלים זה לזה בקניין, אלא באמצעות העברת זכות הקניין בדרך מקובלת.<sup>26</sup> כיוון שלא הועברה זכות הקניין מהמשפחה בדרך מקובלת, הרי שהזכות בעינה עומדת, ולא השתנה מעמדה בעקבות שיחת הטלפון.

### ו. על מי נטל הראיה בסכסוך שבין הצבור ליחיד?

המהרי"ל<sup>27</sup> כתב שכאשר יש סכסוך משפטי בין ציבור ליחיד, בכל סוגי התביעות הציבור נחשב כמוחזק בנכסים שעליהם הסכסוך, אפילו אם היחיד הוא זה שמחזיק בפועל בהם, ולכן נטל הראיה הוא על היחיד. מקור שיטתו בדברי מהר"ם מרוטנבורג שכתב:

וטעמא משום דכל היכא דאיכא טענה כל דהו לרבים חשיבי כמוחזקים דאם לא כן לא היה להם תקנה לרבים שכל אחד יעשה עולה ויחשוב בלבו מי יתבעני לדין, מאן פייס ומאן שביק קידרה דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא לכן יש לנו [להחשיב] כמוחזקים...<sup>28</sup>

אבל בשו"ת תרומת הדשן<sup>29</sup> טען שדברי מהר"ם אמורים רק בענייני המס, בעוד שבשאר הדברים אין הציבור מוחזק כנגד היחיד, וחל עליהם הדין הרגיל של "המוציא מחברו עליו הראיה", ומשום כך על הציבור להביא ראיה כדי להוציא מידי היחיד. כך גם נפסק להלכה בדברי הרמ"א:

ואם יש חילוקים וטענות ביניהם הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד וצריך לתת להם משכון קודם שירדו עימו לדין, והא דנקראים מוחזקים לגבי היחיד דווקא בענייני מסים אבל לא בשאר דברים.<sup>30</sup>

כיוון שבמקרה זה לא מדובר על ענייני מסים, הרי שהתובע הוא המוחזק בזכות הבנייה ועל המזכירות להביא ראיה מוכחת שהתובע ויתר על זכותו.

### ז. פסק הדין

לאור כל הנאמר לעיל פסק בית הדין שזכותה של משפחת התובעים לבנייה במגרש תקפה. כמו כן פסק כי על המשפחה מוטל להיכנס בהקדם לתהליכי בנייה מעשיים כדי לא לעכב את תהליכי הבנייה הציבורית ויישוב הארץ בשכונה הנבנית בע"ה. כדי למנוע הישנות מקרים דומים, על המזכירות לעגן הסכמים או ביטולם, בכתובים ובנהלים פורמאליים, גם במקומות שרגילים להסכמות בעל-פה ובתום לב בין המזכירות לחברים.

25. שולחן ערוך חו"מ רמא, ב.

26. שולחן ערוך חו"מ ר, ז.

27. שו"ת מהרי"ל החדשות, קנא.

28. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (פראג), קו.

29. שו"ת תרומת הדשן, שמא.

30. רמ"א חו"מ ד, א.