

הרהורים אודות מעמד מרשם המקרקעין על פי ההלכה

הרב ד"ר מיכאל בריס

א. פתיחה	ג. האם הרישום נדרש על פי ההלכה?
ב. האם הרישום מועיל על פי ההלכה?	1. פסיקת החזון איש
1. קניין שטר	2. פסיקת הרב שלמה זלמן אויערבך
2. שטר המכירה והרישום בטאבו – תרתי דסתרי?	3. ניתוח המציאות החוקית כיום
3. כוונת הקניין	4. תקנות הקהל בתחום קניין קרקע
4. הטאבו – פגם בקניין?	5. מעשה קניין באדמות המדינה
	ד. סיכום

א. פתיחה

כיצד רואה ההלכה את מרשם המקרקעין? לשאלה זו פנים מגוונות, וביניהן שתיים מרכזיות: האם רישום מקרקעין על פי דרישות החוק הוא **תנאי מספיק** להעברת בעלות במקרקעין והאם הוא **תנאי הכרחי**? בשאלות אלה דנו פוסקים גדולי עולם לפני שנות דור, ועם זאת דומה כי קיימים היבטים של דיון זה שניתן ואף חובה להאיר, דווקא בשל חלוק העתים. בתמצית, בשאלה הראשונה קיימת פסיקה של בתי דין רבניים, בעיקר מראשית שנותיה של המדינה, המכירה ברישום המקרקעין כקניין תקף – ולעתים אף הכרחי.² ראשי

* הרב מיכאל בריס, ראש כולל, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. **חוק המקרקעין**, תשכ"ט – 1969, ס"ח תשכ"ט, 259 (להלן – החוק).
2. בסוגיה זו יש גם שראו ברישום **תנאי הכרחי** לקניין, הן מכוח חיסרון בגמירות דעת והן מכוח דינא דמלכותא: תיק 70/תשט"ו פד"ר א 281, 283-285; ערעור 127/תש"ך, ערעור נגדי 166/תש"ך פד"ר ד 75, 81; תיק 1987/תשכ"ב פד"ר ה 120, 121; ערעור תשכ"ו/127 פד"ר ו 376, 378-384. יש שקבעו שהוא גם **תנאי מספיק**: תיק 70/תשט"ו הנ"ל; ערעור תשכ"ו/127 הנ"ל; תיק 7210/ל"ז פד"ר יא 116, 120-121; תיק 2533/ל"ט פד"ר יא 253, 255; דעת המיעוט בתיק 277/מח פד"ר יז 321, 327-330; והשווה תיק 1523[ב] פד"ר כ 297, 304-305, 326 (הודפס גם פד"ר כא 28, 36-37, 57); יש שסברו שלפחות ישנו ספק בדבר: ערעור תשכ"ו/139 פד"ר ו 257, 263-265; תיק 7210/ל"ז פד"ר יא 116, 127-128; ער/תשלח/199 פד"ר יב 179, 182-184; אלא אם כן קיימת אומדנא ברורה נגד הרישום: דעת הרוב בתיק 277/מח פד"ר יז 321, 323. יש שחלקו על הכרה הלכתית במרשם המקרקעין מכח פסיקת החזון איש שתובא להלן: תיק 16175/מ"א פד"ר יב 239, 244; או מנימוקים דומים: תיק 99/תשנ"א פד"ר טז 353, 355-358. השווה גם תיק 3119/מא פד"ר יג 297, 302; תיק 3116/מ"ב פד"ר יד 21, 24; דעת הרוב בתיק 277/מח הנ"ל, 323. וראה בהרחבה תיק 1-000489468-21 פד"ר כא 120, 129-131 שדן בפרשנות חוק המקרקעין ובמשמעות דבריו של החזון איש אשר יידונו להלן, ונותר בספק; תיק 2481830 פד"ר כב 117, 121-124.

הדוברים בסוגיה השנייה אשר שללו את דרישת הרישום, הלא הם החזון-איש זצ"ל,³ והגאון הרב ש"ז אויערבאך זצ"ל.⁴ אולם דבריהם נכתבו בתקופה המנדטורית, ולא התייחסו לחוק הישראלי – ובעיקר לא לחידושים של חוק זה משנת תשכ"ט. גם דייני בתי הדין הרבניים שדנו בסוגיה זו בשנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל קבעו את דבריהם לאור החוק שהיה קיים אז, שהיה דומה מאוד לחוק המנדטורי, ולא דנו בחוק המקרקעין כפי שחל היום.⁵ ברשימה זו אבקש להרהר בקול רם בהשפעותיה האפשריות של חקיקה זו על פסקי ההלכה שלהם – הרהור ולא קביעה נחרצת. ראשית, נבחן את דיוטו של הליך המרשם במקרקעין ולאחר מכן נדון בשאלת נחיצותו ההלכתית ובמעמד המקרקעין בתקופת הביניים משעת חתימת חוזה המכר ועד לרישומו, ובתמצית: האם מרשם המקרקעין הוא תנאי מספיק לקניין והאם הוא תנאי הכרחי? מטרת הדיון להלן היא לבחון את יסודות מרשם המקרקעין על פי דיני הקניין בהלכה, על פיהם לא יהיה צורך להיכנס לשאלות הנגזרות מדיני סטומתא או מגדרי מנהג.

ב. האם הרישום מועיל על פי ההלכה?

ההלכה קובעת שקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה⁶ – ודרישת רישום, וכמוה גם אפשרות רישום במקומה של דרכי הקניין המקובלות, אין. אולם כאשר בוחנים את הליך המרשם על פי חוק המקרקעין הישראלי אפשר להיווכח שההליך עצמו אינו מנהלי גרידא, ואף בו מתקיים מרכיב של העברת הממכר מבעלות של המוכר לזה של הקונה – ובשטר.

1. קניין שטר

תקנות המקרקעין קובעות כך את סדר הדברים –

8. רישום עסקה על סמך שטר

רישום עסקה ייעשה על סמך שטר שנערך כדין על-ידי הצדדים לעסקה ואומת ואושר כאמור בתקנות אלה (להלן – שטר עסקה); השטר יודפס או ייכתב במכונת כתיבה ויהיה לפי הטופס המתאים מן הטפסים שיקבע הממונה.⁷

לניתוח חלק מפסקי הדין הנ"ל ראה הרב דב כ"ץ, פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, עמ' 15-21, 37-43 (ירושלים, תשל"ו); הרב יעקב אליעזרוב, "תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה" [תיק ביה"ד האיזורי בירושלים 8935/ס"ג], שורת הדין י' רסא, רצ-רצג (ירושלים, תשס"ו); ושם, הרב חיים יהודה רבינוביץ, כנ"ל, עמ' שלג-שלה; הר"ש דיכובסקי, "קנייני נכסי דלא ניידים" דברי משפט ד, רסא-ב (תל-אביב, תשנ"ח); רח"ג צימבליסט, "דרכי קניין דירה" שם, רעה; וראה בהרחבה הרב יעקב ישעיה בלויא, פתחי חושן כרך ז – בדיני הקניינים, ב, יא ובהערה יד שם (ירושלים, תשנ"ד); הרב עזרא בצרי, דיני ממונות, חלק שני, עמ' נד-ס ובהערות שם (מהד' שניה, ירושלים, תש"ן).

3. חזון איש, חו"מ, ליקוטים, טו. בהערה שם: "נדפס בשנת השמיטה תרח"ץ...".

4. מעדני ארץ, ירושלים, "ערב שנת השמיטה" – תש"ד, יח (הדפסה מחודשת, תשל"ב).

5. פרט לעמדתו של רב ח"י רבינוביץ בתיק 1-000489468-21 פד"ר כא 120, לעיל הערה 2.

6. קידושין כו,א; רמב"ם מכירה א, א; שולחן ערוך חו"מ קצ, א, שגם בקניין סודר על פי קידושין ג,א, בבא מציעא מז,א.

7. תקנות המקרקעין (ניהול ורישום) תשל"ל-1969, ק"ת תשל"ל, 657; (תיקון) תשל"ז, 1776 (להלן – התקנות).

הווי אומר, כי כל מרשם במקרקעין טומן בחובו גם הליך של עריכת שטר מכר בין הצדדים לעסקה – ומכאן לכאורה שעסקה שכזו כשרה גם על פי ההלכה – מבלי להזדקק לשאלת תוקפו של הקניין כחלק מקניין סיטומתא. לדעתי, לא הודגש היבט זה של הליך רישום המקרקעין די צרכו – פרט לפסק דין אחד שקבע בו דברים החלטיים, ובעקבותיו אני מבקש לצעוד.⁸ כאן עלינו לבחון הליך זה לאור הדרישות הפורמליות שמעמידה ההלכה לקניין מקרקעין בשטר:

כיצד בשטר, כותב לו על הנייר או על החרס או על העלה: שדי נתונה לך, שדי מכורה לך – כיוון שהגיע השטר לידו קנה.⁹

ניסוח זה של שטר הקניין מבטא באופן ברור את העברת זכות הקניין מן המוכר אל הקונה. אולם דרישה זו אינה דווקנית. הפוסקים הכשירו, ככלל, גם לשונות בהם הוזכרה מכירה אף בלשון עבר או בלשון עדות.¹⁰ ומשום כך "שטרי דידן" הכתובים בלשון "מכרתי" או "נתתי" – "שטרי קניין הם",¹¹ אלא אם כן מפורש בהם שהשטר נועד לראיה בלבד.¹² נוסחו של שטר המכר המשמש למרשם המקרקעין אינו קבוע בחוק או בתקנות, אולם הוא חייב לשקף את העברת הזכויות ברצון מהמוכר לקונה, ונוסחו מקובל וידוע – שטר זה מעיד שבתמורה שקיבלו ה"ה... מאת ה"ה... מעבירים בזה ה"ה... לה... את זכות הקניין במקרקעין...¹³

על פי שטר זה מתקיים הרישום בלשכת מרשם המקרקעין. אכן יש לנקוט זהירות בהסקת מסקנות מנוסח מקובל שאין מקורו במעשה חקיקה ראשית, ואף אינו מפורט בהוראות של

8. ראה תיק תשט"ו/70, לעיל הערה 2, בעמ' 285:

יש להוסיף כי מאחר שסידור ההעברה בטאבו לפי הנהוג והדרוש כאן, הוא שהמעביר חותם על שטר ההעברה של מכר או מתנה וגם עדים חותמים עליו, ומוסרים השטר לקונה או למקבל המתנה נראה דהוי בדין קניין שטר גמור לפי התורה, ואף באין חתומים עליו עדים או שאינם כשרים, יש לדון דיהיה בדין קניין שטר מטעם חתימת המוכר או הנותן לבד וכמבואר בשולחן ערוך חו"מ סי' קצ"א.

9. קידושין כו,א; רמב"ם מכירה א, ז; שולחן ערוך חו"מ, קצא, א.

10. כן הנוסח בנחלת שבעה לא, וכלשונות הכתובה הנהוגות היום.

11. ר"ן קידושין י, א בדפי הרי"ף על פי העיטור והרשב"א; מגיד משנה לרמב"ם, שם; בית יוסף חו"מ קצ, ח; שולחן ערוך שם, ג; סמ"ע שם, א. דעת הרא"ש שהובאה בטור חו"מ, קצא, הפוסל נוסח זה, נדחתה על ידי הבית יוסף חו"מ קצא, ג, מכוח העיטור, הרשב"א והר"ן הנ"ל, ובביאור הגר"א שם ס"ק ו, שנדחו גם הדעות שקונה בשטר ראיה. וראה הרב עזרא בצרי, לעיל הערה 2, עמ' סא; הרב יעקב ישעי' בלויא, פתחי חושן, לעיל הערה 2, עמ' קכא; הרב יוסף גולדברג, הסכם ממון – ספר עזר לניסוח הסכמי ממון על פי ההלכה – הלכות, ניסוחים, כללים ומנהגים בלשונות שטר, עמ' עט (ירושלים, תשנ"ו).

12. רמ"א חו"מ קצא, ג.

13. להלן ציטוט נרחב יותר:

שטר זה מעיד שבתמורה שקיבלו ה"ה... מאת ה"ה... מעבירים בזה ה"ה... לה... את זכות הקניין במקרקעין המפורטים ברשימה דלהלן ומצהירים בזה שהוא/שהם בעלי המקרקעין הנזכרים ברשימה והם נקיים מכל ערעור זכות צד שלישי, פרט למפורטים להלן, כן מצהירים/הצדדים שהתמורה המלאה והנכונה שולמה.

גם לפי החוק הישראלי לשון העדות כאן אינה גורעת מהיותו שטר יוצר, כעין הלשון בשטרות הלכתיים.

חקיקת משנה (תקנות המקרקעין) אלא שיש לערוך אותו "לפי הטופס המתאים מן הטפסים שיקבע הממונה"¹⁴. עם זאת, הנוהל הנהוג כיום מתקיים בפועל מכוח שטר זה. זאת ועוד, מתיאור הליך המרשם עולה בבירור שהמחוקק ראה את השטר כחלק מהליך העברת הבעלות, כפי שנראה בפרק הבא.

דרישה הלכתית נוספת היא שהנייר יהיו בבעלותו של המוכר.¹⁵ דרישה זו נגזרת מהגדרתו של השטר כ"ספר מקנה" הדומה במהותו לגט אישה, דרישה שאינה קיימת בשטרי ראייה.¹⁶ ייתכן כי דרישה זו הייתה מצריכה החלה של דיני המנהג – כדי להגדיר את השטר כשטר כשר ולא כדי להכשיר את ההליך כולו. עם זאת, ובלי לחלוק על הפוסקים הנ"ל בנקודה זו, יש מקום לדעתי לשקול מספר שיקולים שבכוחם להכשיר את שטר העסקה כשטר מכר תקף על פי ההלכה:

א. למסקנת הגמרא ייתכן ואנו מניחים שהתבצעה הקנאה של הנייר לטובת המוכר, כשם שאנו מניחים זאת לגבי גט אישה.¹⁷

ב. חז"ל תקנו ששכר הסופר ישולם על ידי האשה, למרות שמעיקר הדין היה על הבעל לשלם הוצאות אלו, על פי העקרון של "וכתב ונתן",¹⁸ ותקנו בד בבד גם את הקנאת השטר לבעל כדי להכשירו. הרמב"ן מדגיש שזאת מסקנת הגמרא לגבי גט אישה, וששוב אין צורך להקנות את הנייר והדיו לבעל.¹⁹ ייתכן והקנאה זו קיימת גם כאשר הלוקח משלם את שכר הסופר,²⁰ על אף הדרישה המהותית של "ספר המקנה", משיקולים דומים. ההשלכה של דרישת הבעלות של המקנה על השטר מכוונת, לפי פרשנות זו, רק כנגד בעלות הקונה על הנייר והדיו, ולא כלפי מצב שהנייר שייך לסופר (כאן: למשרד הממשלתי). פרשנות זו עולה בקנה אחד עם העובדה שאין צורך בשווי של ממש לשטר הקניין – גם חרס וגם עלה של זית כשרים.

14. תקנה 8.

15. **קצות החושן קצא, א**, מכוח דברי הגמרא **גיטין כב, כא, א**, ומסיים "ומהתימה על הפוסקים שלא הזכירו דין זה, לפרש שצריך להיות הנייר משל מקנה וכמו בגט אשה". כדבריו עולה שם **מתוספות שם, ד"ה וכותב; רמב"ן שם, ד"ה הא דדייק אביי**. קצות החושן סבור שגם שכר הסופר צריך להינתן על ידי המוכר דווקא, וזוהו חלוקים עליו **נתיבות המשפט שם, א; ערוך השולחן שם, ב**. דרישה זו הובאה גם בפוסקי זמננו – ראה **דיני ממונות, לעיל הערה 2, בעמ' סא, הערה 2; פתחי חושן, שם, עמ' קכב, הערה יג**.

16. **גיטין שם, ותוספות שם, ד"ה וכותב**.

17. "האישה כותבת את גיטה", שם כא, א.

18. **בבא בתרא קסח, א**.

19. **גיטין כ, א; רמב"ן, ד"ה דילמא אקנויי אקנו ליה רבנן: "פירוש, אף על גב דבדרך דילמא איתמר, עיקר הוא... ושמענין מינה שהדיו והקסת והקולמוס והנייר הכל משל סופר, ובכך הגט כשר ואין בו מיחוש, שהכל הוא מוכר לבעל באותו פשוט שנותנת היא לסופר בגט, בין קלף בין דיו וטרחו ועמלו ואקנויי אקנויה רבנן לבעל. ולא כדברי הנקדנין שמקנין הכל לבעל ממש, אלא רבנן אקנויהו ניהליה ואף על גב דלא משך כלום כשר...". הרמב"ן מבחין בין נייר ודיו של הסופר לבין אלה של האשה: "ומיהו אם היה הכל של האשה... דילמא צריכא היא לאקנויי ממש את הגט עצמו לבעל, דלא תקון ליה רבנן אלא פשיטי דספרא דלא ליקנייה היא לגט מן הסופר אבל דידה לא תקון לבעל".**

20. **בבא בתרא קסז, ב**.

אולם אין בהרהורים אלה כדי לחלוק על הפוסקים עצמם. נראה יותר שהרמב"ם והמחבר שסתמו ולא הביאו דין זה משום שסבורים הם שאין הוא נכון על פי מסקנת הגמרא.²¹ יתרה מזו, אף שהפוסקים בני זמננו קבעו "שצריך שיהיו הדיו והנייר של מקנה" הם נמנעו ממסקנתם מרחיקת הלכת של קצות החושן ונתיבות המשפט²² לפיה יש לפסול שטרות אשר לא עמדו בדרישה זו אף בדיעבד. אם אכן קיימת מחלוקת פוסקים בנקודה זו, כפי שביקשתי להראות, הרי שניתן להכריע בה על סמך הנוהג הכללי – "ופוק חזי מאי עמא דבר".²³

המסקנה המתבקשת לכאורה היא, שכאשר מתבצע הליך רישום מקרקעין על פי חוק הכולל בתוכו גם העברת בעלות בשטר – אין צורך במעשה קניין נוסף לשם מתן תוקף על פי ההלכה.

2. שטר המכירה והרישום בטאבו – תרתי דסתרי?

עם זאת, אין לטשטש את ההבדל בין דרישות ההלכה לבין האמור בחוק. רגע העברת הבעלות לפי ההלכה הוא שעת ביצוע "מעשה הקניין" – קרי, כאשר מדובר בקניין

21. רב אשי מוכיח ממשנה בערויות ב, ג, שאין לחשוש לכך שהגט יהיה בבעלות האשה: "אשה כותבת את גיטה והאיש כותב את שוברו, שאין קיום הגט אלא בחותמיו". הרמב"ם, גירושין ד, ה מפרש את ההנמקה שבסיפא על פי תקנת חז"ל: "שאינן קיום הגט אלא בחותמיו אם אין שם עידי מסירה", והשמיט את האוקימתות של הסוגיא "דילמא ידע לאקנויי". לפי הרמב"ם כשרותו של השטר צריכה לדבר בעד עצמה. אין צורך לחשוש שמא קיים פגם נסתר, דוגמת בעלות על הנייר. משום כך גם אין נפקות לדרישת בעלות שכוז – האשה רשאית לכתוב לעצמה, ואין צורך שיהיה של בעלה, מכיוון שלא יהיה פגם בהוכחת הגירושין שלה, שכן היא יוצאת "מתחת ידה" (לפי גרסתו בסוגיה, וכפי שפסק שולחן ערוך אה"ע קכד, ז, שלא כגרסתנו "מתחת ידו", ראה ביאור הגר"א אה"ע, שם אות יט; ברם השולחן ערוך השמיט את הסיפא של הרמב"ם בו הוא נותן טעם לדבריו כנ"ל). במובן זה, אין דרישת הבעלות על הנייר דרישה כמו "לשמה" למסקנת הגמרא. ראיה לדבר, שהרמב"ם לא הביא דין זה ברשימת עשרת הדברים הנחוצים מן התורה לכשרות הגט שבתחילת הלכות גירושין. ברור שהרמב"ם למד שהשאלה של רמי בר חמא קשורה לדין "ונתן", שכן אם היא מוחזקת בטבלא – שמא לא עברה הטבלא מידו לידה. מרגע שתקנו שאפשר לסמוך על עדי חתימה ואין צורך בעדי מסירה, שוב אין חשש כזה. השווה גם רמב"ם, גירושין, ז, כד. בתמצית אפוא: הרמב"ם והמחבר פסקו שלדינא אין צורך בהקנת הנייר והדיו למוכר, ואף לא לבעל מעיקר הדין.

22. לעיל, הערה 15.

23. ברכות מה, א; ובעוד מקומות. יפים לענייננו הם דבריו של רבי מסעוד חי רקח, בעל מעשה רקח, על הרמב"ם גירושין, ד, ה (הסבור שהרמב"ם סתם משום שסבור שרבנן הקנו את הנייר והדיו לבעל, דהפקר בית דין הפקר): "גם מה שכתב הפרי חדש שם דאי לא אקני ליה אינה מגורשת והכי נקטינן, דמשמע דאם נישאת תצא והבנים ממורים, אין נראה כלל, ופוק חזי מאי עמא דבר דאפילו במצות לולב דקפיד קרא "ולקחתם לכם – משלכם" לא נמצא מי שיתן לחבירו הלולב ויאמר לו בפירוש הרי הוא לך במתנה, וכן במצות ציצית וכיוצא, וכיון שכן מה נשתנה גט מכל הני. ואדרבה בגט לא בא מבואר בפסוק שיהא שלו כמו שאר מצות דכתיב בהו "לכם", ואפילו הכי לא נהגו לומר כן בפירוש ואם הלכה רופפת בידך פוק חזי מאי עמא דבר".

ואם בגיטי נשים החמורים כן, אין צורך לפסול שטרי מכר משום דרישה פורמאלית כזו שאף קצות החושן העיד עליה שלא בא זכרה בדברי הפוסקים, ואף שלא ראינו אינה ראייה, אכן לא שמענו מי שיפסול משום כך שטר מכר, כנלענ"ד. אני מודה לרב דניאל כ"ץ שליט"א על שאתגר אותי בשאלה זו.

באמצעות שטר, משעת מסירת שטר הקניין.²⁴ לעומת זאת, המחוקק הישראלי רואה בשטר שלב מקדים – גם אם הכרחי – להעברת זכויות הקניין, אשר משתכללת רק עם רישומם בפועל של המקרקעין (או בניסוח אחר: המחוקק רואה בשטר אחד משני השלבים אשר ביחד משכללים את העברת הבעלות). וכך קובע החוק –

7. גמר העסקה

(א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.

המחוקק הגדיר אפוא את סיום תהליך העסקה – לענייננו, המכר – ברישום, ולא בעריכת השטר. רגע העברת הבעלות בנכס²⁵ הוא רגע הרישום, או ליתר דיוק – רגע אישור העסקה לרישום. יתרה מזו, על משמעותה של הוראת החוק ניתן ללמוד מהסיפא שלה, לפיו מעמדו של חוזה המכר הוא של **התחייבות** ולא של מעשה קניין –

(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.²⁶

הוראה זו יש בה כדי להוסיף וכדי לגרוע. היא מוסיפה שאין שלב הביניים מעשה בטל, אלא יש בה התחייבות לסיים את שכלול הליך העברת הבעלות. אולם יש בה כדי לגרוע – שכן לפי פשוטה, אין תוקף קנייני למעשה שנעשה בין הצדדים כל עוד לא סיימו את הליך הרישום. מכאן שמשמעות הוראות אלו אינה מוגבלת לשאלת זמן שכלול הקניין – אלא מבקשות הן להגדיר את מהות מעשה הקניין במקרקעין בעיני המחוקק הישראלי. כאן המקום להתלבטות ההלכתית בדבר מהות הרישום – האם הוא עיקר, והשטר רק משמש לו מבוא? או שמא השטר עיקר, אלא שתוקפו מותנה בהליך נוסף של רישום.

מצד אחד, הרישום הוא מעשה שגם השלטון המרכזי צד לו, ולא מעשה אשר נשען על ידי הצדדים לעסקת המכר בלבד. מאידך, הרישום אינו מעשה-שלטוני טהור, אלא נגזר מהעסקה הפרטית עצמה.²⁷ האם תכונה זו יש בה כדי לגרוע מתוקפו של מעשה הקניין ההלכתי – במקרה דנן, מתוקפו של שטר הקניין שנערך בשעת הרישום? שאלה זו מתפצלת לשתיים: האם קיים פגם בכוונת הקניין והאם קיים פגם במעשה הקניין – משום שיש לו תפקיד שונה על פי חוק מאשר בהלכה?

24. שולחן ערוך חר"מ קצא, א; הגר"א שם, ב.

25. סעיף 6 לחוק קובע: "עסקה במקרקעין היא הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה".

26. סעיף 7(ב) לחוק.

27. אף הפסיקה הישראלית התחבטה בשאלה זו, וחלו בה שינויי תפיסה במשך השנים – כאן לא אכנס לדיון בקיומה או שלילתה של תלות ההלכה בתנודות אלה כאשר אין דנים במסגרת דיני מנהג. לעניין העצמאות הפרשנית של בתי הדין את החוק ראה פסק דינו של הר"ש גורן זצ"ל ער/תשמ"א/18 פד"ר יב 129, 138-140, 145.

3. כוונת הקניין

באשר לכוונת הקניין – האם העובדה שהצדדים באים לרשום את המקרקעין, ובכך "להשלים את העסקה" על פי דרישות החוק, גורעת מכוונת הקניין שבשטר שנעשה באותו מעמד?

הפוסקים נחלקו אם הוספת קניין שאינו מועיל גורעת מקניין המועיל מבחינת דעת הקונה. על דבריו של ריש לקיש משום אבא כהן ברדלא: "ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום"²⁸ מקשה הגמרא ממשניות בהלכות פאה ובהלכות מציאה, בהן קניין שאינו מועיל אינו קונה, ואין מתחשבים בקניין ארבע אמות של האדם. "ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה – זה שהחזיק בה זכה בה", "נפל לו עליה (=על הפאה), פרס טליתו עליה, מעבירין אותו הימנה".

בתירושים הראשונים הגמרא תולה זאת בעיקרון גמירות הדעת: "כיוון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני, בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני". בתירושים האחרונים מבארת הגמרא שאין קניין ארבע אמות בפאה, משום "דלא תיקנו לו רבנן בשדה דבעל הבית", ולא תקנו לו אלא בסמטא "דלא דחקי רבים" או צידי רשות הרבים, לעומת רשות הרבים "דקא דחקי רבים – לא תקנו רבנן".²⁹

רוב הפוסקים אכן נקטו כתירושיה האחרונים של הגמרא – לפיהם קיימות מגבלות על תקנת קניין ארבע אמות – ולא הביאו את העיקרון של "גילוי דעת" הסותר את מעשה הקניין על ידי קניין שאינו מועיל להלכה, ככל הנראה משום שלמדו שתירושים אלו נדחו מהלכה.³⁰ מיעוט פוסקים למדו ששני התירושים קיימים להלכה – ואכן מעשה "מיותר" עלול אף לבטל את מעשה הקניין.³¹

עם זאת, דומה שאין בכך כדי לבטל את מעשה הקניין לדינא במקרה דנן, מכמה נימוקים: א. המחבר סתם כדעה זו, הרמ"א דחה במפורש את הדעה החולקת, וכך כתבו גם הש"ך והסמ"ע.³²

ב. גם החולקים מבחינים בין קניין ארבע אמות, שהוא מדרבנן בלבד, ושעל כן נדחה מפני גילוי דעת קלוש, בבחינת "אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו", לבין קניין דאורייתא, דוגמת שטר קניין דנן.³³

28. **בבא מציעא י, א.**29. **שם, ב.**30. **בית יוסף חו"מ רסח, ד-ה בדעת רי"ף, רמב"ם ורא"ש.**31. **מגיד משנה בדעת הרמב"ם.**32. **שולחן ערוך חו"מ רסח, א.**

אבל אם ראה את המציאה, אפילו נפל עליה, ובא אחר והחזיק בה, זה שהחזיק בה זכה בה.

הגה: ודווקא ברשות הרבים, אבל במקום שארבע אמות קונות, קנה, ולא גרע משום דנפל עליה.

ודלא כיש חולקין.

וכן בסמ"ע ב, ובש"ך א.

ג. כמו כן נראה להכריע, לענ"ד, שאין פגם בגמירות הדעת, משום שבהקשר דנן ברור שמטרת השטר היא אכן להעביר בעלות מהמוכר לקונה, ואף אם זו נעשית במעמד הרישום וכדי לאפשר את רישום העסקה במרשם המקרקעין, הרי שאין אלו שני תהליכים נפרדים ומתחרים העשויים לפגוע זה בגמירות הדעת של זה. ההליך העיקרי הוא שטר העברת הבעלות (הוא שטר המכר, שטר מעשה הקניין), והרישום אך מקבע העברה זו במרשם המקרקעין הציבורי. לשם כך יש להבין את תפקידו של שטר המכר ואת יחסו למרשם במסגרת החוק.

4. הטאבו – פגם בקניין?

מעבר לשאלת הכוונה, יש לבחון גם אם קיים פגם במעשה הקניין. ניתוח תפקידו של השטר על פי סעיף 7 לחוק הנ"ל מעלה שתי אפשרויות: האחת תישען על הוראת ס"ק (ב) לפיה מעמדה של עסקה – לרבות שטר המכר עצמו שבמעמד הרישום – אינו אלא התחייבות, ולא קניין. ככזה, החוק מבטל את תוקפו הקנייני של שטר המכר, ולא ברור אם הצליח "לחדש" דרך חלופית של העברת הנכס שתהיה מקובלת על ההלכה. לפי פרשנות זו יש לבחון אם אכן קיימת יכולת למחוקק לבטל הוראה שכזו שלא על פי דין תורה. מצב עניינים זה דומה על דרך ההמחשה (אך לא זהה) לדברי דברי שמואל ביחס לנכסי הגוי –

מכי מטו זווי לידיה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה.³⁴

אף במקרה שלנו, לפי גישה זו משעת המרשם או השלבים המובילים אליו "אסתלק ליה" מוכר, והקונה לא קנה "עד דמטי שטרא לידיה", קרי עד שיערוך שטר מכירה נפרד על פי דין תורה. כאן לא נותר חלל ריק – ואם המכר אינו יוצא אל הפועל, המקרקעין נשארים בבעלותו של המוכר. אך כוונתי להצביע על האפשרות שקיים פער בין שעת המכר מבחינתם של הצדדים על פי ההלכה (שטר העסקה) לבין שעת המכר המוכרת על פי החוק (שעת הרישום בפועל).

אולם דומה שגם כאן הפרשנות הנכונה היא אחרת. ניתוח תפקידו של שטר העסקה במהלך הרישום על פי החוק מביא גם למסקנה הלכתית זהה לניתוח של גמירות הדעת של הצדדים. דרישת השטר היא ביטוי לכך שקיימת עסקה בין הצדדים, ואשר המרשם בא לקבע אותה ולתת לה פומבי. דרישת השטר אינה אפוא מעשה טכני או מנהלי בעלמא. החידוש בחובת הרישום על פי החוק הוא בעצם הדרישה לפומביות. אין היא באה לגרוע מקיומה של עסקת הבסיס במקרקעין – אלא מבקשת היא לגרוע מדיותה של עסקה זו. לפי זה אין לבטל מכר שנרשם במרשם המקרקעין על פי סדר הדברים הנכון.

33. רשב"א בבא מציעא יב, ד"ה הא דאמר: "דווקא בקניה דרבנן אמרו כן כיון דאינו קונה אלא בתקנת חכמים הרי זה כאומר: "אי אפשי בתקנת חכמים", ששומעין לו, אבל בקניות דאורייתא אף על גב דגלי אדעתיה קנה".

34. בבא בתרא נדב; רמב"ם זכיה א, יד; שולחן ערוך חו"מ קצד, א-ב וברמ"א.

ג. האם הרישום נדרש על פי ההלכה?

כבר ציינו, שבשני פסקי הלכה מנחים בסוגיה זו עיקר הדיון נסב על תוקפה של דרישת המדינה (או: "המלכות", קרי השלטון הבריטי המנדטורי) לרישום מקרקעין לצרכיה היא.

1. פסיקת החזון איש

החזון איש, שכתב את הדברים בשנת תרח"ץ, שלל את דרישת הרישום מתוך תיאור כזה של אותה דרישה –

והנה בארצנו אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה, ולא על הדיון בב"ד של ישראל. ואדרבה כשהבעלי דין חותמין הצהרה שהם מקבלים פלוני לדיון ביניהם הממשלה מאשרת אחר כך בדיניהם את הפסק דין של הרב שקבלו עליהם, והלכך כל קנינים שנעשו בין איש לרעהו צריכים לדון על פי דין תורה אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאב"ו, מכל מקום אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו.

החזון איש מתאר את הצורך ברישום עסקה כאינטרס של המלכות ובעבורה, ולכן מכנה אותו "אגרתא", כעין סוגית הגמרא "ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באגרתא".³⁵ ואכן, מרשם המקרקעין עונה על דרישות מגוונות. מבחינה היסטורית הצדק עם החזון איש באותה שעה, שכן "שיטת רישום מקרקעין הונהגה לא בשל הרצון להעניק שירות מועיל לאזרחים אלא בכדי לייעל את הגבייה של מסים מבעלי מקרקעין".³⁶

עם זאת, לרישום המקרקעין מטרת נוספת – מטרת מנהליות שונות כמו סיוע לרשויות התכנון, ואף מטרת המיטיבות עם האזרח, כגון: מניעת תרמיות וסיפוק מידע אמין בדבר בעלי זכויות במקרקעין.³⁷ יש לציין שאחד המניעים שדחפו להסדר זה בארץ ישראל היה הרצון של אנגליה לממש את הצהרת בלפור.³⁸

הפקודה המנדטורית עצמה, שנחקקה כעשר שנים לפני פרסום דבריו של החזון איש, קבעה כי עסקה במקרקעין שלא נרשמה תהא בטלה ומבוטלת.³⁹ עם זאת, כפי העולה מדברי החזון איש, הנוהג היה לאכוף סנקציה חמורה זו במידה חלקית,⁴⁰ אולי מתוך רצון לכבד את בתי הדין של העדות השונות.⁴¹ הדבר היה אמור ביחס למקרקעין שטרם עברו הליך של הסדר.

35. **בבא בתרא** נד, ב.

36. י' ויסמן, **דיני קניין – חלק כללי**, (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשנ"ג – 1993), עמ' 290.

37. שם, עמ' 291.

38. א' כהן, **רישום ועסקאות מקרקעין**, (ירושלים, תשמ"ח – 1988), עמ' 4.

39. ויסמן, לעיל הערה 36, עמ' 292.

40. במסורת הבריטית דאו, סנקציה מעין זו היתה רווחת גם בסדרי דין אזרחיים בכל דבר של סטייה מן הפרוצדורה. גם משום כך צדק החזון איש לגבי המצב המשפטי בשעתו, שאין לראות בהקפדה של השלטון על הרישום דבר הנובע משיקולים מהותיים למושג הקניין, אלא כסנקציה פרוצדוראלית גרידא.

41. כך היה גם בתקופה העות'מאנית, על אף החקיקה הנוקשה שאסרה על החזקת מקרקעין ללא שטר ראיה של המרשם ("קושאן"), אלא שהאכיפה היתה חלקית וגם הכירו בתעודות שניתנו מאת בתי הדין

כמו כן ניתן היה – ועדיין ניתן – לדרוש רישום על סמך פסק דינו של בית דין רבני, כשם שקיימת אפשרות לשילובו של דין בהליך הסדר מקרקעין הראשוני.⁴² לעומת זאת, משעה שנערך הסדר זכויות, תוכן המרשם היווה ראייה חלוטה לאמור בו – כך שגם אם המלכות לא "הקפידה" במובן של דרישת הבטלות לעסקה בתור סנקציה, להעדר הרישום במקרקעין מוסדרים היו השלכות חמורות כלפי הצד שלא ביצע רישום.

בתמצית, דבריו של ה'חזון איש' שהמלכות "אינה מקפדת" על רישום המקרקעין היו יפים בשעתו לגבי מרבית העסקאות במקרקעין, אך אינם מתייחסים לכלל העסקאות ואף לא למכלול המשמעויות של הרישום בימינו.

2. פסיקת הרב שלמה זלמן אויערבך

פסק ההלכה של הרב שלמה זלמן אויערבך זצ"ל מתייחס אף הוא למצב המשפטי אשר שרר בשעת התקופה המנדטורית. עמדתו של הרב אויערבך היתה הפוכה מזו של החזון איש בשאלת תוקפה של מכירת מקרקעין לקראת שנת השמיטה,⁴³ על מנת להתיר עבודה בהם בשעת הדחק. כדי לבסס היתר זה, ביקש הרב לשלול את אחת הטענות המשמעותיות כנגד היתר המכירה, והיא הטענה שמכירה זו היא פיקטיבית בלבד, ושאינן לה תוקף על פי "דיני המלכות" משום שהיא נעדרת רישום במרשם המקרקעין ("ספרי האחוזה").⁴⁴

אולם דרך ניתוחו של הגרש"א את המצב המשפטי, ניתן לראות שהוא מתבסס על אותם עקרונות של מרשם ששררו בתקופה המנדטורית. ההדגשה בדבריו היא על כך שתפקיד

השרעיים, ראה כהן, לעיל הערה 38, עמ' 21-22, על פי ספרו של מ' דוכן, **דיני קרקעות במדינת ישראל**, (מהד' שנייה, תשי"ג), עמ' 367-368; כהן שם עמ' 42-43. כך גם בתקופה המנדטורית, שלפני חקיקת פקודת הסדר זכויות במקרקעין, שם עמ' 124-125, ובהערות שם.
42. **פקודת הסדר זכויות במקרקעין** (נוסח חדש) תשכ"ט – 1969, שהוא המשכו של הפקודה המנדטורית משנת 1928 –

110. דינים לעזרת ההסדר

(א) בסעיף זה –

"בית-דין דתי" – בית-דין רבני...

"דיין" – (1) לענין בית-דין רבני – דיין כמשמעותו בחוק הדיינים, תשט"ו-1955...

(ב) לבקשת המנהל ימנה בית-דין דין, שיתן בתחום-סמכותו של אותו בית-דין תעודות-ירושה ויפעל בכל ענין אחר של המעמד האישי.

(ג) בית המשפט כשהוא דן בתביעה למקרקעין כמקרקעי-הקדש יומין דיין, שנתמנה לפי סעיף זה, לשבת כיועץ בדבר דין ההקדש הנדון.

ראה שם גם סעיף 48, המכיר בפסקי דין של בוררים.

43. ראה לעיל הערה 4.

44. כדי לפתור בעיה זו נחקק **חוק עסקאות במקרקעין** (קיום מצוות שמיטה), תשל"ט – 1979. **תקנות עסקאות במקרקעין** (קיום מצוות שמיטה) תשל"ט-1979 שנתקנו בכוח חוק זה קובעות, בין היתר:

עסקה במקרקעין לצורך קיום מצוות השמיטה, שנעשתה באישור מועצת הרבנות הראשית (להלן – המועצה), או באישור מי שהמועצה הסמיכה לכך, תהיה תקפה על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או בכל דין אחר ואף אם היא לזמן ותהיה נגמרת אף בלא רישום.

ראה גם סעיף 3 לחוק **מקרקעי ישראל** תש"ך-1960: "חוק-היסוד לא יפגע בפעולות הבאות לאפשר קיום מצוות שמיטה בלבד".

הרישום הוא מנהלי בלבד, אף שהוא מדגיש את תפקידו הכפול של עקרון דינא דמלכותא דינא –

מבואר בשו"ע חו"מ סוף סי' שס"ט "דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דאם כן בטלו כל דיני ישראל... וכמו כן בנידון דידן אף שדין המלכות הוא שכל מיקח קרקע שלא נרשם בספריהם אין לו שום תוקף והיא כדבר שאין בו ממש, מכל מקום, כל זה דוקא בנוגע להממשלה שהיא אינה רוצה כלל להתחשב עם המיקח, אבל מכל מקום הרי אינה מקפדת כלל על זה שהוא רשום אצלם בתור בעלים שלא יתן לשום איש לירד בתוך שדהו ולהתנהג שם כבעלים בלי רשות מהממשלה. 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 עכשיו לשלם את מסי ההעברה או מפני טעמים אחרים שיש לו, ואין מקח שכזה מתנגד כלל לחוקי המדינה זולת זה שאין לו שום ערך ותוקף כלפי הממשלה.⁴⁵

הרב אויערבך מתאר כאן את המצב המשפטי אשר שרר, לפיו החוק המנדטורי (ולאחר מכן לפי החוק הישראלי עד כניסת חוק המקרקעין לתוקף בשלהי טבת, תש"ל) הכיר גם בזכויות קניין "שבישר" ⁴⁶ במצב עניינים זה, הוכרו זכויות במקרקעין גם מעבר למה שהמרשם שיקף. יסוד זה הוא מרכזי בדבריו הבאים של הרב אויערבך, גם תוך היקש למצב העניינים שנהג בתקופה העותומאנית –

ומכיוון שכן נראה שאם אחד קנה קרקע באופן זה שאמר שהוא מאמין את המוכר שלא ישתמש בו כלל לרעתו בכח זה, שהוא נחשב אצל הממשלה לבעלים, וניחא ליה מהשתא בגמר המקח על ידי קניין המועיל רק בדיני ישראל, דהרי זה דומה לראובן שקנה קרקע משמעון ורק מסיבה ידועה רשם בפנקסי הממשלה את המקח על שם לוי... דמסתבר ודאי דאע"ג שלגבי הממשלה חשיב רק לוי כבעלים ולא זה שנתן דמים, מכל מקום בדיני ישראל פשוט הוא דראובן שפיר קנה וחשיב בעלים גמור (וכן נהגו בזמן שארץ הקודש היתה תחת עול ממשלת טורקיא והיה אז חוק ששום נתין זר לא יוכל לרכוש לו נכסי דלא נידי, ואעפ"כ התחכמו הזרים וירכשו להם בתים וקרקעות על שמות נתינים טורקיים)... והיינו משום דלגבי דידן שפיר סגי בבעלות שעל פי חוקי התורה ואין אנו צריכים כלל שיחשב לבעלים גם כלפי המלכות.

השיקול המרכזי, אם לא היחיד, של רישום המקרקעין לפי הבנה זו הוא מנהלי, וההשלכות של מחדל ברישום המקרקעין תלויות במידת ההקפדה המנהלית על כך –

וכיוון שכן נראה דדווקא אם היה עושה המלך חוק שלא לסדר כלל שום מכירה כי אם בערכאות שלהם וכל העובר על זה ענוש יענש, אז היה שפיר מסתבר דכיון

45. מעדני ארץ, יח, א.

46. ראה ערעור תשכ"ו/127, לעיל הערה 2, בעמ' 383-384.

שעיקר המקח הוא נגד המלכות, הרי הוא בטל לגמרי משום דדינא דמלכותא דינא (ויבואר... שבימים הקדמונים הקפידה המלכות על כך...) מה שאין כן בזמננו שאין המלכות מקפדת כלל על כך ואם יבואו המוכר והלוקח להתדיין בבית דין של ישראל ויחתמו על "קומפראמיס" (=שטר בוררות) שהם מקבלים עליהם את הדין, אזי תתחשב גם הממשלה עם הפסק דין ותכוף את המוכר להעביר את הקרקע על שם הקונה. ואם כן מהיכתי תיתי אנחנו לבטל את המכר מכל וכל גם מה שאיננו כלל נגד חוק המלכות.

מהמשך דבריו של הרב אויערבך ניתן להבין שקיימת משמעות למרשם בבחינת גמירות הדעת של הצדדים.⁴⁷ בנוגע לתפקידו העיקרי של המרשם ניתן לראות מדבריו, ששאלת תוקפו של המכר שנעשה בלי מרשם תלויה בשאלת מעמדו על פי החוק האזרחי – ובעיקר בשאלת תפקידו ומהותו של המרשם, ומידת ההכרה האזרחית בעסקה שנעשתה ללא רישום. אבן הבוחן היא מנהלית, ומשום כך הרב מבחין בין מקום בו המלכות "מקפדת" לבין מקום ש"אינה מקפדת" ואף מכירה בהסדרים פרטיים על פי עקרונות של דיני היושר האנגליים. במצב עניינים זה, גם בוררות (לרבות דין תורה) יכולה לקבוע את הזכויות "האמיתיות" של הצדדים, על אף האמור במעשה המרשם המנהלי.

3. ניתוח המציאות החוקית כיום

בדומה לכך היה המצב המשפטי במדינת ישראל עד שנחקק חוק המקרקעין. סעיף 161 לחוק קבע –

מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק.

סעיף זה נועד בעיקרו לבטל את תחולתם של דיני היושר האנגליים על דיני המקרקעין במדינת ישראל.⁴⁸ אולם יתרה מזו, תפקיד הרישום הפך להיות מעניין מנהלי – כלפי "המלכות" – שנועד לצרכי מיסוי וכדומה, ליסוד קנייני. תפקידו העיקרי של המרשם הוא למנוע אי-סדר בביצוע העסקאות עצמן, וליצור מצב בו רוכש יכול לדעת מי אכן הבעלים של הנכס שבו הוא משקיע את מיטב כספו.⁴⁹ משום כך קבע המחוקק בסעיף 125 לחוק את כוחו הראייתי החזק של מרשם המקרקעין –

(א) רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתוכנו, אולם אין בכך כדי לגרוע מהוראות סעיפים 93 עד 97 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969.

(ב) רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא-מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתוכנו.

47. וכך הבין הרח"י רבינוביץ, לעיל הערה 2.

48. לזכויות שביושר ולהתחבטות של המחוקק הישראלי בשאלה זו ראה: מוטי בניאן, **דיני מקרקעין – עקרונות והלכות**, 47-58 (תל-אביב, 2002).

49. הסדר של רישום קיים גם בתחומים אחרים כמו מכוניות, אך ההשלכות של העדר רישום עשויות להיות שונות, ואין זה כאן מקומו. [הערת עורך: ראה בעניין זה במאמרו של הרב הלל גפן בספר זה]

הרב אויערבך עצמו ציין את שני היסודות של דינא דמלכותא דינא בראשית דבריו: משמעות מנהלית ("הנאה למלך") או לתקנת בני המדינה. דומה שלאחר חקיקת חוק המקרקעין המקום הנכון לדון במשמעות הרישום הוא דווקא תחת הכותרת השנייה, במקום תחת הכותרת הראשונה.

4. תקנות הקהל בתחום קניין קרקע

ואכן מצאנו תקנות מעין אלה בקהילות יהודיות בגולה,⁵⁰ כך לדוגמא בשו"ת הרשב"א –

שאלה: פעמים שאדם מוכר לחבירו אונות, בעדים ובשטר. ועד שלא נכתב ונחתם השטר, מתו העדים או הלכו למדינת הים, ונמצא לוקח מפסיד. ועכשיו רצו הציבור לחוש לתקלות אלו, ולתקן: **שיהא סופר מתא, כותב עיקר המיקח ותנאיו בפנקסו. ושיהא אותו הפנקס, נאמן כשני עדים, כדרך שנוהגים בפנקסי הערכאות.** הודיעני אם הן אם לאו.

תשובה: כל מה שהסכימו בציבור בענייני ממון, רשאיין הם. והכי הוא מוסכם ומקובל, כאילו הוא דין גמור. שהסכמתם בזה חזרה להיות דין. ובלבד שיעשה מרצון הציבור. ואם יש תלמיד חכם ממונה על הציבור, שיהא הוא נסכם עימם, ועושים מדעתו ומרשותו... שכל תנאי וכל קצבה שרוצים לעשות, אפילו בעלי האומנות, בממון, רשאיין לקיים. כל שהסכימו כל בעלי אומנות בעיר, כטבחים וצבעים וחמרים וספנים, וכל שכן כל בני העיר... הסכמת הרבים יפה. שאין יחיד יכול לחזור לבטלה. שאפילו לכתחלה, הרוב כופין המועט.⁵¹

הרישום בפנקסי הקהילות בגולה שימש למטרה כפולה – הן לקבוע את דיות הקניין והן להפקיע את תוקפו של הקניין שלא נרשם בפנקסים אלה. את הצורך במרשם ניתן ללמוד מתקנות ניקולשבורג ומדינת מעהרין –

כל הבתים והאפוטיקאות יכתבו בפנקס הקהל, וצריך שיהא פנקס כזה לכל קהילה וקהילה, והם יתקנו מזהו תוקפו החוקי של פנקסים. בפנקס המקומי היו כתובים גם המקומות בבית הכנסת.⁵²

תוקף מעשה פנקס זה, לבטל כל מעשה הקודם לו, אפילו תקנות המדינה.⁵³

50. ראה דבריו החשובים של יחיאל קפלן "אי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי" **משפטים** כה, 377 (תשנ"ה).

51. **שו"ת הרשב"א** ז, סה; שם, נט; **שו"ת הרשב"א** ו, ז; **ריטב"א** יבמות פטב, ד"ה הפקר ב"ד ("ומכאן סמך להכרות שנהגו במלכותנו כי מפני שיש בו תיקון ללקוחות ולמוכרים מפיקעים זכותו של מערער מפני שלא מיחה"); שם כתובות קב, ד"ה כי איצריכא ("אבל יש מקצת מקומות שהתנו בני העיר והנלווים בהכרות").

52. הרב ישראל שציפנסקי **התקנות בישראל, כרך רביעי – תקנות הקהילות** עמ' תקפו (ירושלים, תשנ"ג), על פי תקנות קהילת מעהרין סי' רל"ח.

53. שם הערה 164, בשם תקנה של הט"ז בהיותו באיזמיר, על פיה המרשם המקומי גובר על עסקאות סותרות ואף על מרשם סותר.

אף את דיות המעמד הציבורי כתחליף למעשה קניין פורמאלי (אשר ניתן, לדעתי, להקיש אותו גם למרשם בספרי הציבור, אף שהדבר אינו מוזכר במפורש) ניתן להסיק מדברי הגהות מרדכי –

ושאלת רבים שהשכירו מלמד אם יכולין לחזור קודם שהתחיל במלאכתו או לא. הדין פשוט מההיא דפרק בני העיר: כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני ג' אין יכול לחזור. דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד, ורבים הם שלשה כדאית פרק השולח, ואפילו יחיד העושה על פי רבים [אין] יכול לחזור כגון נדר שנעשה ברבים או על דעת רבים כל שכן רבים עצמם. ולכך נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קניין במקום שיחיד צריך קניין – ושלשה טובי העיר חשובים כמו כל העיר... ומה שצריך ז' טובי העיר היינו דברים גדולים כגון להוציא בית הכנסת מקדושתו וכיוצא בו...⁵⁴

5. מעשה קניין באדמות המדינה

יש להוסיף לשיקולים אלה גם מחשבה נוספת הנובעת מחוק המקרקעין הקיים כיום. כמעט כל עסקאות המקרקעין בשוק הפרטי נעשות כיום במקרקעין השייכים למדינת ישראל, והמנוהלים על ידי מנהל מקרקעי ישראל. חוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע –

1. איסור העברת בעלות

מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת.

חוק זה הוא דוגמה מובהקת לחוק שנועד "להנאתה של מלכות". מכוחו יונקים חוק מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960, וחוק מנהל מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960. מעטים מאוד המקרקעין שהיו אדמות מסוג "מירי" אשר הפכו למקרקעין בבעלות פרטית עם חקיקת חוק המקרקעין בשנת תשכ"ט.⁵⁵ הזכות הקיימת לאזרח במקרקעי ישראל, שהם הרוב המוחלט של מקרקעין העומדים לרשות הציבור, היא באמצעות חכירה מן המנהל בלבד. משכך פני הדברים, המחוקק או המינהל הפועל מכוחו יכולים גם לקבוע את דרכי ההעברה, ולהתנות שללא ביצוע הרישום לא יהיה תוקף להעברה שכזו.

ד. סיכום

סוגיית מרשם המקרקעין היא אחת המרכזיות בחייו של האזרח, אשר משקיע את מיטב כספו בקניית דירת מגורים. זו גם סוגיה מרכזית הבוחנת את משמעותו של כלל דינא דמלכותא במדינת ישראל. הרהורים אלה נועדו לבחון את היחס שבין דבריהם של גדולי הפוסקים מהדור הקודם, לאור תמורות שחלו במציאות החוקית במדינת ישראל. אין בהם

⁵⁴ הגהות מרדכי בבא מציעא תנו-תנח.

⁵⁵ "בעלות פרטית במקרקעין אפשרית רק בחלק קטן למדי משטח המדינה... דהיינו רק כ-7% משטח המדינה פנויים לבעלות פרטית"; ויסמן, לעיל הערה 36, עמ' 192-193.

כדי לערער על עקרונות ההלכה שהם קבעו, אלא לבחון אותם לאור שינוי בתשתית העובדתית לאור חוק המקרקעין החדש.

דומני, שלאור השינויים האמורים, היה מקום להסיק על פי דרכם שלמרשם המקרקעין נועד תפקיד הלכתי חשוב באופן ישיר, גם ללא הסתמכות על עקרונות של מנהג ושל סיטומתא. מסקנתי אפוא כפולה: ראשית, די במרשם המקרקעין כדי להעביר בעלות על פי דין תורה, מכוח שטר המכר שבבסיס עסקת המקרקעין. שנית, המרשם אף נחוץ, ובלעדיו לא יועילו קניינים אחרים של ההלכה. התמורות שחלו במטרת מרשם המקרקעין מאז נכתבו תשובות מנחות בעניין זה, הן כאלה המשמשות בסיס לנחיצות המרשם גם על פי ההלכה. ביקשתי להראות אפוא שמרשם המקרקעין הוא תנאי מספיק ואף הכרחי לקניין מקרקעין גם על פי ההלכה.