

מעשה קניין ברכישת דירות

הרב חיים וידאל

- | | |
|--|---|
| א. מבוא | ה. רישום בטאבו |
| ב. קניית קרקע – בכסף, שטר או חזקה | 1. רישום בטאבו כמעשה קניין |
| 1. קניין כסף | 2. העברת בעלות ללא רישום בטאבו |
| 2. קניין חזקה | 3. שיטת החזון איש |
| 3. קניין שטר | 4. ביטול עסקה בגלל עיכוב ברישום או בתשלום |
| 4. בחירת מעשה קניין על ידי הצדדים | ו. סיכום המסקנות המעשיות |
| ג. הפגם של היעדר רצון לקנות ("סמכא דעתא") – מדאורייתא או מדרבנן? | 1. תשלום כסף, חתימת חוזה וחזקה |
| 1. שני תירוצים בפירוש הרשב"א | 2. רישום בטאבו |
| 2. מי שפרע בקרקע | 3. ריבית |
| ד. חוזה, תשלום וחזקה בקניית דירה | ז. נספחים |
| 1. חוזה מכר – האם דינו כשטר קניין? | א – מעמדו של הכסף ששולם עד לכתיבת השטר |
| 2. תשלום הכסף | ב – כוונה בעשיית מצוות לעומת כוונה לקניין |
| 3. חזקה בדירה | ג – כוונה ייחודית בקניין כסף |

א. מבוא

בשולחן ערוך נפסק ש"קרקע נקנה באחד מארבעה דברים: בכסף, בשטר, בחזקה ובקניין סודר".¹ כלומר, כדי לקנות מקרקעין, יש לעשות אחד ממעשי הקניין הבאים: תשלום כסף, כתיבת שטר, עשיית מעשה המבטא חזקה בקרקע או קניין סודר. נראה כי ברכישת דירה נעשים שלושת המעשים הראשונים גם יחד: **כסף** – הקונה משלם למוכר; **שטר** – נערך חוזה מכר בין המוכר והקונה; **חזקה** – הדירה מועברת לחזקת הקונה (שלב זה מכונה מסירת מפתח).² מלבד זאת, הקונה רושם את הדירה על שמו בלשכת המקרקעין (טאבו), וקודם לכן, בדרך כלל, נרשמת הערת אזהרה לטובת הקונה.

* הרב חיים וידאל, אב"ד לממונות, רבנות ירושלים; ר"מ בבית מדרש "דרכי הוראה" בראשות הגאון רבי אשר וייס.

1. **שולחן ערוך** חו"מ קצ, א.
2. מסירת מפתח אינה מועילה כקניין חזקה כמבואר ב**שולחן ערוך** חו"מ קצב, א. אך ייתכן ופעולה זו תועיל כסיטמתא וכן כתב הסמ"ע ר"א, ו. בדרך כלל לאחר מסירת המפתח נכנס הקונה לדירה ומבצע קניין חזקה מלא.

ריבוי השלבים המשפטיים הכרוכים בהעברת הבעלות בדירה מחייב לברר מהו השלב בו עוברת הבעלות על הדירה? לשאלה זו השלכות רבות, למשל, כשהתקלקל חלק מן הדירה. אם היה זה לאחר העברת הבעלות, ההפסד הוא של הקונה, אך אם הדבר אירע לפני כן, ההפסד הוא של המוכר, ועליו לתקן את הקלקול.

נפקות נוספת, מתי רשאי הקונה להיכנס ולגור בדירה?³ כל עוד לא הועברה הבעלות לקונה כל התשלומים ששילם הקונה למוכר נחשבים כהלוואה עד לגמר העברת הבעלות,⁴ אם הדירה שייכת למוכר-הלווה בכל הזמן הזה, נמצא שהקונה-המלווה מקבל ריבית במגוריו בדירה,⁵ אלא אם כן ישלם שכירות.⁶ כמו כן, אם הדירה כבר הועברה לבעלות הקונה והקונה לא שילם עדיין את מלוא הסכום שנקבע, יהיה אסור למוכר לדור בדירה בחינם מבלי לשלם שכר דירה לקונה.⁷

קודם לדיון במעשי הקניין השונים, יש להקדים ולומר שהעברת הבעלות מורכבת משלושה גורמים: המרכיב הראשון הוא עשיית מעשה קניין; השני הוא רצון להיות בעלים (תוצאה); והשלישי הוא דעת לבצע העברת בעלות (תהליך).

את היחס בין המעשה לרצון ניתן לבאר בשתי דרכים:⁸

א. מעשה הקניין הוא המעביר את הבעלות. מובן שהמעשה אינו פועל ללא רצונם של הקונה והמקנה, כיוון שהרצון "מחיה" את מעשה הקניין, ומאפשר לו לפעול את פעולתו.

ב. רצון מעביר את הבעלות, ומעשה הקניין נדרש כדי לגלות שהרצון הוא גמור, כפי שיבואר לקמן.

על הצורך בדעת כדי לבצע העברת בעלות קניין, אנו למדים מההלכה הבאה – העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, לא קנה.⁹

במקרה זה האדם שעודר בשדה חושב שהוא עובד בשדה השייכת לו, והוא מעוניין בתוצאה – שהשדה תהיה שלו. אולם, בגלל שהוא לא התכוון לתהליך העברת הבעלות

3. הגר"נ גולדברג שליט"א (קובץ הישר והטוב ב, עמ' יא) הציע לפתור בעיה זו על ידי הוספת סעיף בחוזה בו יהיה כתוב "שכר הדירה כלול במחיר הנקוב" ולפרט שאם המוכר גר בדירה המחיר הוא לאחר ניכוי דמי השכירות, ואם הקונה גר בדירה המחיר כולל את דמי השכירות שלו. [הערת עורך: ראו הצעה אחרת במאמרו של הרב ד"ר איתמר ורדפטיג, בקובץ זה.]

4. ראה נספח א.

5. שלחן ערוך יו"ד קעד, ו.

6. תורת ריבית יב, יג, במקרה שהדירה עדיין לא הועברה על שמו של הקונה.

וכן אם סיכמו שהקניין על הדירה יעשה בקניין "שטר" – דהיינו בחוזה ולא בכסף, אם כן כבר נתבאר שאין השטר קונה עד שישלם את כל הכסף, אם כן אין שום נפקות לשאלה, האם הדירה נרשמה על שם הקונה בטאבו או לא.

7. שם, יא. הדירה כבר הועברה על שמו של הקונה בטאבו, וכן כתבו כמה אחרונים.

8. ראו עוד בהרחבה במאמרו של הרב ד"ר רון קליינמן "יסודות הקניין – גמירות הדעת ומעשה הקניין", בספר זה]

9. שולחן ערוך חו"מ רעה, כה.

במעשה שהוא עושה – הוא לא קנה את השדה. אמנם, אין צורך שהקונה יתכוון לקנות באופן ייחודי במעשה מסוים: חזקה, במשיכה או בהגבהה, אלא די בכוונת קניין כללית.¹⁰

ב. קניית קרקע – בכסף, שטר או חזקה

ראשית, נבחן את שלושת מעשי הקניין המבוצעים בעת רכישת דירה, ואת הקשר ביניהם.

1. קניין כסף

בגמרא מבואר:

בכסף מנלן? אמר חזקיה, אמר קרא: "שדות בכסף יקנו"...

אמר רב: לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר – לא קנה.¹¹

כלומר, קרקע נקנית בכסף, אבל במקום שנהוג שהמוכר כותב שטר לקונה – אין העסקה נגמרת ללא שטר. רש"י פירש שיש צורך בשטר כדי שהקונה יגמור בדעתו לקנות –

דכיוון דרגילין בהכי, לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא.¹²

הרשב"א,¹³ בניגוד לרש"י,¹⁴ כתב שהצורך בשטר נובע מן הצורך בגמירות דעתם של הקונה ושל המוכר גם יחד.¹⁵

2. קניין חזקה

נחלקו ראשונים בשאלה, האם במקום שנהוג לכתוב שטר ניתן לקנות קרקע בחזקה ללא שטר, הרמב"ן כתב שחזקה אינה מועילה ללא שטר:

ויש מפרשים דאכסף בלחוד קאי אבל בחזקה קנה בכל מקום, דקנייה אלימתא היא שהרי באה לרשותו... ואינו נכון.¹⁶

הרשב"א הביא את דעות החולקים:

10. ראה עוד נספח ג.

11. קידושין כו,א.

12. רש"י שם, ד"ה לא.

13. רשב"א קידושין כו,א, ד"ה אמר רב.

14. לכאורה, יש נפקות בין הראשונים בשאלה האם גם המוכר יכול לחזור בו. לפי רש"י, רק הקונה יכול לחזור קודם נתינת השטר, כי לא גמר בדעתו לקנות, ולפי הרשב"א שניהם יכולים לחזור בהם. אולם דבר זה לא מסתבר, כיון שאם המוכר אינו יכול לחזור בו, הרי מוכח שהבעלות כבר עברה לקונה, וכיצד יוכל הקונה לחזור בו? אלא על כורחנו שבגלל שהקונה אינו גומר בדעתו לקנות גם המוכר לא סומך דעתו, והבעלות כלל אינה עוברת, וכך כתב בפתחי תשובה (חוי"מ קצ, ה, בשם תשובת רשמי שאלה חוי"מ, נב) ומה שרש"י נקט דווקא "קונה", היינו שחוסר הסמיכות דעת מתחילה בקונה ובסופו של דבר קיימת אף לגבי המוכר.

15. ראה נספח ג.

16. רמב"ן קידושין כו,א, ד"ה לא, וכן בחידושי תלמידיו שם.

ואיכא מאן דאמר דאין לאחר חזקה כלום ואפילו בלא דמים נמי קנה והדמים אצלו חוב... וכן דעת רבותינו הצרפתים וכן כתב רב האי גאון ז"ל בתשובה.¹⁷

וסברתו היא שאם עושה קניין בגופה של קרקע יש לקונה יותר גמירות דעת, הרמ"א פסק כדעת החולקים.¹⁸

לאור זאת עולה השאלה, האם בעסקת מכירת דירה צריך כתיבת שטר כדי לגמור את הקניין, לאחר שהקונה כבר נכנס לגור בדירה?¹⁹ בפועל, נראה שמנהג בתי הדין היום שלא להסתפק בחזקה, משום שהרמ"א כתב שם "מיהו אם התנה הכל לפי תנאו", והמנהג כיום הוא לכתוב חוזה מכר, והרי זה כאילו התנו במפורש.

3. קניין שטר

על קניין מקרקעין בשטר נאמר בגמרא:

אמר שמואל: לא שנו אלא בשטר מתנה, אבל במכר – לא קנה עד שייתן לו דמים. מתיב רב המנונא: בשטר כיצד? כתב לו על הנייר או על החרס אף על פי שאין בהם שוה פרוטה "שדי מכורה לך", "שדי נתונה לך", – הרי זו מכורה ונתונה! הוא מותיב לה, והוא מפרק לה: במוכר שדהו מפני רעתה.²⁰

כלומר שטר בלבד מועיל רק כאשר מדובר במתנה, אבל במכר אין העסקה נגמרת לפני התשלום, אלא אם מדובר במוכר שדה גרועה "מפני רעתה". על כך העיר הר"ן:

איכא מאן דאמר דדווקא כל הדמים, אבל במקצת הדמים... לא קני. דכי אמרינן דבמקצת הדמים קנה הכל... הני מילי בנותן מקצת הדמים לשם קניין דכיוון שקיבלם לשם קניין... גלי אדעתיה דניחא ליה דליקני בהכי. אבל הכא אפילו דמים

17. רשב"א קידושין כו,א, ד"ה אמר רב.

18. רמ"א חו"מ קצב, טז.

19. כוונת קניין חזקה כיום –

לכאורה יש להעיר שכיום אין בכלל קניין חזקה, שהרי גם בקניין חזקה יש צורך בכוונת קניין, כמו שמצאנו גבי עורך בנכסי הגר וכסבור שהן שלו ולא קנה (שולחן ערוך חו"מ רעה, כה). בניגוד לכך, כיום עיקר הדעת "להתקשרות" בין הצדדים נעשית רק על ידי חוזה המכר או קבלת הדמים, ואילו מסירת החזקה בפועל אינה נראית בעיני אנשים כמעשה שיוצר את עצם ההתקשרות בין הצדדים, אלא כמילוי ההתחייבות לקיום העסקה. הדברים אמורים גם אם יש בחוזה אוכור מפורש לכך שעם מסירת החזקה תבוא העסקה לידי גמר. מצב זה דומה למה שכתב הטור (חו"מ קצד) שאם נתן כסף לגוי עבור קרקע שוב לא יכול הגוי לכתוב שטר קניין על הקרקע, כיוון שהגוי הפקיר את הקרקע משקיבל את הכסף.

לפיכך גם אם הקונה ממשיך לדור בדירה הוא אינו קונה בחזקה כי דעתו הייתה לקניין שטר או מעות, ולא לקניין חזקה. יתירה מזו, גם לדעות שדי ברצונו של המוכר להקנות (דעת אחרת מקנה), ואין צורך בכוונת קניין מצד הקונה אלא די בחוסר התנגדות של הקונה (שו"ת רעק"א, לו) במקרה זה לא יהיה בכך די. כיוון שכיום עיקר דעתו של המוכר שהתקשרות מחייבת נעשית רק בחוזה המכר או בקבלת המעות. ולא ראיתי מי שיעיר בזה, וצ"ע.

אמנם ייתכן שכאשר המוכר הכניס את הקונה לדירה לפני קבלת מלוא התמורה ולא נכתב בחוזה תנאי המונע מהקונה מלקנות את הדירה בקניין חזקה, נראה שהמוכר מתרצה שהקונה יקנה בחזקה, אבל דבר זה בהחלט לא שכיח. וכן אין זה מסתבר שכוונתו להשאל את הדירה לקונה.

20. קידושין כו,א.

הללו לא לשם קניין נתנם לו, שהרי בשטר הוא קונה, אלא לשם פרעון נתנו... ולפיכך יש לומר שאפילו כנגד מעותיו אינו קונה דכיוון שבשטר הוא קונה אי אפשר לו לקנות מקצת השדה שעל כל השדה נכתב ולא על חציו.²¹

כלומר אף שבדרך כלל ניתן לקנות את כל הקרקע באמצעות תשלום חלקי, אולם כשקונה בשטר, העסקה אינה נגמרת עד לתשלום המלא. זאת, כיוון שבמקרה זה, התשלום אינו בגדר מעשה קניין בלבד, אלא הוא תנאי לקיום העסקה, כיוון שאומדים את דעתו של המוכר שאינו מעביר את הבעלות ללא תמורה, לפיכך, כדי שהבעלות תעבור במלואה יש צורך בתשלום מלא,²² וכך נפסק בסמ"ע.²³

לפי הלכה זו, אם נערך חוזה מכר שדינו כשטר והוא מעשה קניין, בכל זאת לא תועבר הבעלות בדירה אלא אחר שישלם הקונה את מחיר הדירה במלואו.²⁴

4. בחירת מעשה קניין על ידי הצדדים

כאן המקום לשאול: מהי משמעות ההלכה הקובעת שבמקום בו נהוג לכתוב שטר, אין הכסף מועיל להעברת הבעלות עד שייכתב השטר? האם המשמעות היא, שהבעלות עוברת רק לאחר מסירת השטר, או שמא מסירת השטר היא תנאי לתחולתו של הקניין בכסף?

לפי התשובה לשאלה זו נוכל לקבוע מאימתי עוברת הבעלות בנכס? אם מסירת השטר אינה אלא תנאי לגילוי גמירות דעת הצדדים בקיום העסקה, הרי שהעברת הבעלות חלה למפרע משעה שבוצע קניין הכסף עם מסירת השטר, אולם, אם המנהג לכתוב שטר מגלה שהצדדים בוחרים לסיים את העסקה רק לאחר מסירת השטר, הבעלות עוברת רק לאחר מסירתו!

שאלה נוספת היא, האם יש בכוחם של הצדדים לקבוע מהו המעשה מבין המעשים שנעשו, שיבצע את הקניין; או שמא, מעשה הקניין שמכוחו תעבור הבעלות אינו מושפע מעמדות הצדדים לעסקה, וכוחם של הצדדים מצטמצם להחלטה, איזה מעשי קניין לעשות? לשאלה זו משמעות גדולה במכירת דירה, שם נעשים מעשים שונים – האם יכולים הצדדים להחליט מי מהם יהיה מעשה הקניין? מהגמרא משמע שניתן לבחור:

ואי פריש – פריש, כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא, אמר: אי בעינא בכספא איקני, אי בעינא בשטרא איקני...²⁵

כלומר, הצדדים יכולים לפרש באיזה מעשה קניין דעתם לקנות, וכך היה עושה רב אידי בר אבין, שהיה מתנה שיקנה או בשטר או בכסף.

21. ר"ן על הרי"ף קידושין י, ב (בראשו).

22. ריטב"א קידושין כו, א, ד"ה אמר שמואל, והסביר זאת משום שקניין שטר הוי קניין גרוע כיון שאין הקונה מוחזק בקרקע.

23. סמ"ע חו"מ קצה, ד.

24. ראה נספח ג.

25. קידושין כו, א.

אולם נראה שמפירוש רש"י לשאלה, מדוע לא ניתן לגמור את הקניין בכסף, במקום בו נהוג לכתוב את השטר, ניתן להסיק מסקנה הפוכה, וזו לשונו:

דכיוון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא.²⁶

רש"י כתב שללא שטר לא "סמכא דעתיה", כלומר, ללא שטר אין רצון להעברת בעלות.²⁷ גם הניסוח של רש"י "ועיקר דעתו לקנות על השטר", מוכיח שאין כוונתו לכך שניתן לבחור מעשה קניין. אילו כך היה, רש"י היה כותב "לקנות על ידי השטר", אלא כוונתו היא שמעשה הקניין הוא תשלום הכסף, ותחולתו תלויה ועומדת עד שיכתוב את השטר. בניגוד לכך הר"ן הביא גם דעה אחרת:

וטעמא דמילתא משום דכל שיש לפניו שתי קניות אין דעתו לקנות אלא בקניין שהוא יותר מועיל, ושטר מועיל יותר מכסף לפי שמועיל לקניין ומועיל לראיה.²⁸

דהיינו, דעתו של הקונה לבחור במעשה הקניין המועיל ביותר מבחינתו. לשיטתו, מפרש הר"ן בתחילה שמדובר בגמרא בשטר קניין, אבל בשטר ראייה קונה הוא בכסף בכל מקרה. אבל לבסוף, הר"ן דוחה דעה זו, ומסיק שהגמרא עוסקת בין בשטרי קניין ובין בשטרי ראייה: בשטרי קניין – קונה מזמן השטר,²⁹ ובשטרי ראייה – קונה בכסף למפרע לאחר שיכתוב את השטר.³⁰

26. רש"י שם, ד"ה לא.

27. עיין חזון איש (חוי"מ ליקוטים, טז, ה) שכתב ש"לא סמכא דעתיה" אין פירושו שהקונה אינו רוצה לקנות, שהרי לא ירוויח בכך דבר. אלא פירושו שהקונה איננו בטוח בקניין וליבו נוקפו, והוסיף שמדברי הנימוקי יוסף (על הר"ף בבא בתרא כט, א, ד"ה הרי) משמע יותר שהקונה אינו רוצה.

28. ר"ן על הר"ף קידושין י, א.

29. על פי כל השיטות משמע שבשטרי קניין קונה רק בקניין שטר, וכלשון הר"ן "אין דעתו לקנות אלא בקניין שהוא יותר מועיל". ויש לתמוה על כך, שהרי בגמרא ממנה למדו את הדין מדובר על קניין כסף וכמו כן דין זה נפסק בשולחן ערוך חו"מ בסימן קצ העוסק בקניין כסף ולא בקניין שטר.

אין לומר שמדובר במעשה קניין חדש לגמרי המורכב מקניין כסף וקניין שטר כאחד, כיון שאז יהיה קושי לפרש את המשך הגמרא "אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בשטרא איקני", שהרי אין אפשרות לקנות בחצי מעשה קניין.

לכל היותר אפשר לומר שחז"ל קבעו שבמקום שכותבים את השטר, אין סמיכות דעת וצריך שני מעשי קניין – קניין כסף ובנוסף קניין שטר. לכן יכול הקונה להתנות שיקנה באחד משניהם, כיוון שהוא מגלה שבכך דעתו סומכת. אכן מפשט לשון הר"ן לא משמע כך, אלא משמע שהקניין נעשה רק בשטר, ומיקומו בגמרא ובשולחן ערוך נקבע במקום הקרוב ביותר מבחינה עניינית הגם שמדובר בקניין שטר.

30. הר"ן (על הר"ף קידושין י, א) הודה שאם כתב שטר קניין הרי שקונה רק בשטר ולא בכסף. נמצא לכאורה שהנפקות בין שיטת הר"ן והשיטה האחרת שהביא ("איכא מאן דאמר") היא רק במקום שנהגו לכתוב שטר ראייה, כאשר לפי השיטה השנייה קונה בכסף לחוד, ולפי שיטת הר"ן קונה בכסף למפרע כשיכתוב השטר.

אמנם העירוני שעל פי השיטה השנייה קשה, כיצד ייתכן שבמקום שנהגו לכתוב שטר ראייה יקנה בכסף בלבד? המאורי (קידושין כו, א, ד"ה אמר המאירי) פירש בדומה לשיטה המובאת בר"ן, שהגמרא עוסקת רק בשטר קניין, והוא מסביר שקונה בכסף לחוד "היכא שהתנה" לקנות בכסף. ועדיין קשה, הרי במקרה שהתנה לקנות בכסף בלבד, לכל השיטות די בקניין כסף, ואם כן, במה נחלק הר"ן עם השיטה שהביא?

בספר אמרי בינה³¹ כתב ששיטת הריטב"א היא, שגם כאשר נעשה השטר לראיה בלבד על מעשה הקניין, ולא מתפקד כשטר קניין יש מקום לדון האם העברת הבעלות היא רק במועד מסירת השטר, כי על כך סמכו הצדדים, או שמא במועד התשלום, והוא מוסיף שמדברי השולחן ערוך והסמ"ע משמע, שהעברת הבעלות היא רק במועד מסירת השטר.

אולם דבריו קשים, כיוון שדעה כזו הובאה בדברי הר"ן, והוא דחה אותה מן ההלכה. הבית יוסף³² הביא רק את דברי הר"ן במסקנתו, ולא את השיטה שדחה מן ההלכה. קשה אם כן לומר, שבשולחן ערוך פסק על פי השיטה המובאת בר"ן, שלא הובאה כלל על ידו בספר בית יוסף.

נפקות אחרת יש לשאלה זו בעניין זכות הקונה לחזור בו מן העסקה, לפני מסירת השטר. אם הקניין נעשה על ידי השטר, מסתבר שיכול הקונה לחזור בו קודם מסירת השטר. אולם אם קונה בכסף למפרע, הרי שמסירת השטר אינה אלא תנאי ואם התנאי התקיים על ידי המוכר שמסר לקונה את השטר, הבעלות חלה למפרע משעת התשלום, והקונה אינו יכול לחזור בו.

בספר המקנה³³ הוכיח ממשמעות הסוגיה בגמרא שהקונה יכול לחזור בו קודם כתיבת השטר,³⁴ שמדובר דווקא בשטר קניין, כדעה שהביא הר"ן. אולם, נראה שהדבר תלוי במחלוקת האחרונים בשאלה, האם די בכתיבת השטר או שצריך גם למסור אותו לקונה, כפי שהובאה בספר אמרי בינה.³⁵ ונראה ששורש המחלוקת הוא שאלת חיוניותו של השטר – אם מפני חשש של הקונה שמא המוכר ישקר שלא מכר, או יש צורך גם במסירה, אבל אם החשש הוא שמא המוכר יחזור בו, אז די בכתיבת השטר על ידי המוכר.

ג. הפגם של היעדר רצון לקנות ("סמכא דעתא") – מדאורייתא או מדרבנן?

1. שני תירוצים בפירוש הרשב"א

הרשב"א הקשה, מהיכן למדנו שקרקע אינה נמכרת באמצעות שטר מכר בלבד, אלא בצירוף התשלום:

ואם תאמר, והא מהיכא ילפינן [=וזה מהיכן למדנו] שטר? מ"ואקח את ספר המקנה" (ירמיה לב, יא), וההוא שטר מכר הוה!

איכא למימר התם [=יש לומר, ששם] מוכר שדהו מפני רעתה הוה, כדכתיב "הנה הסוללות באו העיר ללוכדה".

31. אמרי בינה קניינים, כב.

32. בית יוסף חו"מ, קצ.

33. מקנה קידושין כו, א, ד"ה בגמרא אלא מהכא.

34. שם: "אי בעינא בשטרא איקני".

35. אמרי בינה קניינים, כב (בסופו).

ו**לוי נראה** דלאו קושיא הוא דהא דאמרינן בשטר מכר לא קנה לאו משום דכסף מעכב בקניית שטר דהא אי פריש פריש, אלא **רבנן הוא דתקון** משום דאפשר דלא סמכא דעתיה, וקרא דינא, ודשמואל תקנתא דקם אדעתא דאינשי.³⁶

דהיינו, הרשב"א הקשה מכך שהמקור של קניין שטר נלמד מירמיה הנביא, ושם לא נזכר שצריך ליתן דמים! ותירץ בשני אופנים:

א. במעשה של ירמיה השדה נמכרה "מפני רעתה", ואכן במקרה כזה אין צורך בתשלום.

ב. מדין התורה ניתן לרכוש שדה על ידי שטר בלבד, וההלכה הקובעת שדרוש גם תשלום יחד עם השטר היא מאוחרת, ומקורה בתקנת חכמים.

מבואר אם כן, שיש מחלוקת בין התירוצים: על פי **ההסבר הראשון** הצורך בתשלום נובע מחוסר גמירות דעת מצד הקונה, ולכן לא קנה גם מדאורייתא. וכן כתב במפורש במנחת חינוך³⁷ שהחיסרון ב"סמכא דעתיה" הוא גם מדאורייתא. אולם, על פי **ההסבר השני** אין מדאורייתא אין בעיה של גמירות דעת, אלא רבנן הם שחששו שהמוכר לא יגמור בדעתו.

נראה שעל פי ההסבר השני דין התורה לא שלל את תוקף הקניין בשטר בשל היעדר סמיכות הדעת, משום שההנחה היא שהצדדים מתרצים לקיום העסקה, ואם המוכר אינו מתרצה עד שיקבל את כספו, הרי זה בגדר **דברים שבלב** שבהם אין מתחשבים כל עוד אין הם בליבו ובלב כל אדם.³⁸ אולם חכמים חששו לאותם **המקרים** שבלבו ובלב כל אדם אין גמירות דעת לקניין ולכן הצריכו מלבד כתיבת השטר גם תשלום כסף כדי שהקניין יחול.

דברי הרשב"א נאמרו אמנם בעניין מכירת קרקע בשטר בלבד, אך נראה שסברתו נכונה גם לגבי קניין כסף במקום שכותבים את השטר, וגם שם יאמר שזו רק תקנה מדרבנן. נראה שרבים מהראשונים סברו כתירוץ השני של הרשב"א, וכך פסקו האחרונים להלכה, כפי שעולה מסוגיית מי שפרע בקרקע, כמבואר בפרק הבא.

2. מי שפרע בקרקע

מן התורה, **מיטלטלין** נקנים בכסף, אולם חכמים תקנו שמיטלטלין ייקנו במשיכה או בהגבהה.³⁹ לפיכך, לאחר ביצוע התשלום כל אחד מהצדדים יכול לחזור בו, אולם מוטלת עליו קללת "מי שפרע".⁴⁰ הרמב"ן ותלמידיו⁴¹ דנו בשאלה, האם בעסקת **מקרקעין** במקום שנהוג לכתוב שטר, ואחד הצדדים חזר בו מן העסקה לאחר התשלום הכספי, מוטלת עליו קללת "מי שפרע"?

36. רשב"א קידושין כו, א, ד"ה אמר שמואל.

37. מנחת חינוך מצוה שלו, א.

38. שולחן ערוך חו"מ רז, ד.

39. שולחן ערוך חו"מ קצח, א.

40. שולחן ערוך חו"מ רד, א.

41. רמב"ן בבא מציעא מח, ב, ד"ה כתב, וראה עוד בבית יוסף חו"מ רד, ה.

ועיין **קצות החושן** (רד, ב) שכתב שבזה נחלקו הרי"ף והר"י מיגאש, והניף ידו שנית וכתב (רט, ט) שבזה גם נחלקו הסמ"ע (שם, כג) והש"ך (שם, יג) להלכה.

מסקנת הבית יוסף⁴² היא, שלדעת הר"ן כאשר הקניין חל מדאורייתא אך לא מדרבנן, מוטלת קללת "מי שפרע" על החוזר בו מן העסקה. לפיכך, מי שקנה מקרקעין בכסף במקום שכותבים שטר וחוזר בו מן העסקה לפני מסירת השטר – מוטלת עליו קללת "מי שפרע". אולם נראה שהדבר תלוי בשאלה שהובאה לעיל,⁴³ האם הצורך בשטר הוא מדרבנן או מדאורייתא. אכן, על פי התירוץ השני של הרשב"א, הצורך בשטר הוא רק מדרבנן, ומן התורה קונה בכסף, ולכן מוטלת קללת "מי שפרע" על מי שחוזר בו מן הקניין לפני שנכתב השטר.

להלכה נראה שאף על פי שבבית יוסף כתב שהראשונים מסופקים בזה, מכל מקום האחרונים⁴⁴ הכריעו שמוטלת קללת "מי שפרע" על החוזר בו מעסקה במקרקעין, ופסקתם זו מתאימה להכרעת החזון איש,⁴⁵ שמדאורייתא קרקע נקנית בכסף, ורק מדרבנן אין היא נקנית בכך, במקום שכותבים שטר, וכדעת הרשב"א בתירוץ השני.

ד. חוזה, תשלום וחזקה בקניית דירה

כאמור בפתיחה, העברת בעלות כוללת מספר שלבים – חתימה על חוזה, תשלום בכמה שלבים, העברת החזקה לקונה ורישום בטאבו. בפרק זה יידון מעמדם של השלבים הראשונים, פרט לרישום, כמעשה קניין המעביר את הבעלות.

1. חוזה מכר – האם דינו כשטר קניין?

כדי שהבעלות תעבור ברגע חתימת החוזה ומסירתו, עליו להיות בגדר שטר קניין ולא רק שטר ראיה על מעשה הקניין. לכך יש כמה השלכות: ראשית, צריך שיהיה השטר שייך למוכר, ולא, אין בכוחו להעביר בעלות.⁴⁶ אם חוזה המכר שייך לעורך-הדין, יש להקפיד שעורך-הדין יקנהו למוכר כדין תורה. שנית, יש לנסחו באופן מסוים: או בלשון הווה – "שדי מכורה לך",⁴⁷ או בלשון עבר – "מכרתי לך את שדי".⁴⁸ אבל, חוזה המכר נכתבים כיום בלשון "התחייבות", שאינה מועילה בשטר קניין.

42. בית יוסף שם.

43. ליד הציון להערה 36.

44. שו"ת רעק"א, קלג, שכתב כדבר פשוט שיש "מי שפרע" בקרקעות כיוון שכך משמע מתוספות (כתובות צג,א), וכן כתב בספר משכנות יעקב המובא בפתחי תשובה רד, ב, בשם הרבה ראשונים.

45. ליד הערה 70.

46. ע"פ קצות החושן קצא, א; נתיבות המשפט קצא, א; וכן בשו"ת משכנות יעקב, כו; הובא בפתחי תשובה, רלח, ב.

47. ר"ן על הרי"ף קידושין י, א, ד"ה גמ'; וכן נפסק בשולחן ערוך חו"מ קצא, א.

48. שולחן ערוך חו"מ קצא, ג, וראה סמ"ע קצא, ו.

לפיכך נראה שחווה מכר דהיום מהווה רק שטר ראיה, ולכן אין הוא צריך להיות שייך למוכר,⁴⁹ ואכן זו גם עמדת החזון איש⁵⁰ שדעת הציבור היא שמעשה הקניין הוא בכסף, והחווה משמש רק כשטר ראיה. לדבריו, אין צורך שחווה מכר יהיה בגדר שטר קניין.⁵¹ יתירה מזו, כיוון שבדרך כלל חוזה מכר דירה מנוסח כהתחייבות: "המוכר מתחייב למוכר" הרי שכוונת הצדדים שהבעלות לא תעבור באופן מיידי, אלא כוונתם היא אך ורק להתחייב להעביר את הבעלות בעתיד.⁵² לאור זאת נראה שהחווה איננו משמש אפילו כשטר ראיה, כיוון שאינו מתעד את העברת הבעלות שהייתה בעבר, אלא את ההתחייבות להעביר את הבעלות בעתיד. כך נמנעת גם האפשרות לראות בחתימת החווה קניין מכוח מנהג המדינה ("סיטומתא"), אפילו כשהקונה שילם את מלוא התמורה.⁵³

2. תשלום הכסף

התשלום הראשון בזמן החתימה על החווה אינו מהווה מעשה קניין, כיוון שחווה המכר מנוסח כהתחייבות עתידית להעביר את הבעלות, לכן גם התשלום המתלווה אליו אינו יכול לבצע העברת הבעלות באופן מיידי. גם לצורך יצירת ההתחייבות הוא מיותר, כיוון שאין צורך במעשה נוסף כדי ליצור התחייבות, אולם נראה שהמוכר אינו מסכים להתחייב בלי שיקבל בתמורה כסף.⁵⁴

גם אחרי ששילם הקונה את מלוא התמורה על הדירה עדיין לא די בכך, כיוון שעל פי ההלכה יש צורך גם בשטר ראיה. כאמור, קשה לראות בשטר המכר המנוסח כהתחייבות עתידית להעביר את הבעלות, שטר ראיה להעברת בעלות שכבר בוצעה.

49. קצות החושן קצא, א.

50. חזון איש חושן משפט, ליקוטים, טז, ד.

51. [הערת עורך: הניתוח נכון מבחינה הלכתית, רק אם מתעלמים מן הנוהג המקובל. מבחינה משפטית. עסקה במקרקעין אף אם זו רק התחייבות להקנות, דורשת קיומו של מסמך כתוב. המסמך אינו ראיה בלבד לקיום העסקה, אלא קיומו נדרש כתנאי "קונסטטיטויבי" בלשון המשפטים ("דרישת כתב קונסטטיטויבי", במובחן מ"דרישת כתב ראייתי"), שבלעדיו לא תיכון העסקה, ואף לא יתבצע רישום בטאבו. נמצא, ששטר המכר, לפי הנוהג המקובל, הוא הרבה יותר מראיה גרידא. י. א.]

תשובת המחבר: כל עוד אין בחוק דרישה שחווה המכר יכתב בלשון קניין ממש, כפי דרישת ההלכה, אין מקום לנידון זה. הניסיון להעמיס ולהחיל את פרטי ההלכות שנאמרו בשטרי קנין (על פי דין תורה) על הגדרות המשפטיות הנ"ל, הוא דבר זר.

52. בעניין נוסח ההתחייבות המועילה עיין שו"ת המביט ב, כו, ושו"ת מהר"א ששון קלג. ו שאם המוכר מתחייב למוכר ההתחייבות מועילה, ולא כדעת שו"ת מהר"ש הלוי חו"מ ה.

53. [הערת עורך: גישה שונה העלו הרב נתן חי והרב יעזר אריאל בספר זה. י. א.]

תשובת המחבר: בחוק המקרקעין קיים רק מושג של "התחייבות" או "העברת בעלות". "קניין פירות" אינו מוזכר שם, ולכן קשה לומר שיש סיטומתא על מושג קנייני שלא קיים בחוק. יצוין עוד שלפני כמה עשרות שנים נהגו המשפטים להגדיר את כתיבת החווה כ"קניין שביושר".

54. בספר ברית יהודה כח, נט, כתב לפרש את החווה שהוא כמו קניין כסף מעכשיו על תנאי, והיינו שלעולם הכסף יקנה מעכשיו, בתנאי שהקונה ישלם את כל התשלום. וראה עוד במאמרו של הגר"ז גולדברג שליט"א, "תוקף ההתחייבות למוכר ב"זכרון דברים", תחומין יב (תשנ"א), עמ' 279 ולהלן; וכן בספר משפט שלמה, נויקין, עמ' כה.

אמנם, כיוון שבבתי המשפט נהוג להחשיב את העסקה כמי שהסתיימה כבר לאחר ששולמו רוב התשלומים ואף ללא רישום בטאבו, הרי שניתן לראות בתשלום הכסף מעשה קניין מועיל, וצריך עיון לדינא.⁵⁵

3. חזקה בדירה

אף שניתן היה לראות בהעברת החזקה לקונה מעשה קניין, אולם לפי האמור לעיל מנהג בתי הדין הוא, שיש צורך בשטר ראיה גם בקניין חזקה. לכן שוב עולה כאן בעיית שטר המכר המנוסח כהתחייבות, שלא ניתן לראות בו שטר ראיה. אמנם מסתבר לומר שבעיית נוסח השטר קיימת רק במקרה שהקונה עדיין לא נכנס לדירה, אבל במקרה שהוא נכנס לדירה די בנוסח חוזה כזה, כדי לאפשר לו לקנות בחזקה. ובתנאי ששילם את מלוא התשלום, אבל אם לא שילם עדיין את מלוא התשלום, נראה שדעת המוכר שלא להעביר את הבעלות על הדירה בחזקה זו, אלא אם כן הותנה כך במפורש.

ה. רישום בטאבו

מלבד מעשי הקניין המופיעים בשולחן ערוך, נהוג בימינו שלב נוסף בתהליך העברת הבעלות – רישום הדירה על שמו של הקונה על ידי השלטונות. שלב זה מעורר שתי שאלות – האם הוא יכול להוות מעשה קניין, והאם ניתן להעביר את הבעלות ללא רישום?

1. רישום בטאבו כמעשה קניין

נראה שרוב הפוסקים סבורים שרישום בטאבו יכול להוות מעשה קניין מדין סטומתא. כך כתבו הרב יוסף שלום אלישיב⁵⁶ וכך כתב הרב עובדיה הדאיה⁵⁷ וכן שמעתי מפיו של הרב אשר וייס. נפקות חשובה לכך היא, שגם אם חוזה המכר אינו בגדר שטר קניין על פי ההלכה, הרי שעצם הרישום בטאבו יהווה מעשה קניין.

55. [הערת עורך: כיום, בתי המשפט נוטים לראות את הזכאי על פי חוזה התחייבות להעברת זכויות במקרקעין כמי שמחזיק בזכות מעין קניינית – "קניין שבישור" שמקורו במשפט האנגלי. "הלכה" זו נקבעה בפס"ד ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מוזל אהרונוב, פד"י נג"י (4) 199, והיו שכינה כ"זכויות שבישור מתוצרת ישראל".

הלכת בנק אוצר החייל מערערת את כל המסקנות שלעיל, באשר היא קובעת שלמרות ניסוחו של החוזה, החתימה עליו מעניקה לרוכש זכות מעין קניינית, שמכוחה, למשל, הוא יכול למנוע את עיקול הנכס שרכש ע"י נושי המוכר. י. א.]

תשובת המחבר: אני מסכים לתשובתו של המעיר באשר ל"הלכת בנק אוצר החייל", אף אם כך נקבע שם, אולם עד כמה שידוע לי, אין זו קביעה מכוח החוק "היבש", אלא קביעת בית משפט על פי ראות עיניו, ואנו נוהגים להתחשב, אם בכלל, רק במה שמפורש בחוק, או בדבר שהוא מנהג מדינה.

56. פד"ר א, עמ' 283–285; שם ו, עמ' 378–383.

57. שו"ת ישכיל עבדי ד, דברי שלום ה.

2. העברת בעלות ללא רישום בטאבו

אחת השאלות המרכזיות בהן דנו האחרונים היא, האם ניתן להעביר בעלות ללא רישום המקרקעין על ידי הרשויות⁵⁸ ואציין כמה מהם:

המהר"י באסן⁵⁹ כתב שאי-רישום בטאבו (בלשונו: מוטיוולי) מעכב את העברת הבעלות, דהיינו גם אם שילם וכתב שטר ראיה, עדיין אין גמירות דעת מלאה כל זמן שלא רשם בטאבו. כך כתב גם מהר"י אלפאנדרוי:

אפילו לאחרונים... דכתיבה בפנקס המוטיוולי מעכבת למכירת וקניית הלוקח, היינו משום דלא סמכא דעתיה דלוקח והוא לקיום השטר וחזוק, אבל לא שיבטל לשטר שלנו.⁶⁰

כלומר רישום בטאבו אינו חלק ממעשה הקניין, אלא דינו ככתיבת שטר ראיה לאחר מעשה קניין, ובלעדיו אין גמירות דעת.

לדעה זו עדיין נחלקו האחרונים, אם דינו לגמרי כמי שקנה בכסף וטרם כתב שטר, ומכאן שאם פירשו שרצונם לקנות בכסף יקנו, או שאפילו אם פירשו לא מועיל הקניין עד שירשמו את הקרקע בטאבו. בספר דבר משה כתב:

אי פריש לקנות בכסף או בשטר דידן אף בלא כתיבה בפנקס המוטיוולי קנה.⁶¹

לעומת זאת בספר דברי אמת⁶² כתב שעצם הרישום בפנקס המוטיוולי קונה את הקרקע, ואינו רק אמצעי ליצור את סמיכות הדעת לקניין אלא עצם הרישום מבצע את הקניין מדין דינא דמלכותא. לשיטה זו לא מועיל שום קניין אחר אף אם החזיק בקרקע, או אם פירש שברצונו לקנות בקניין אחר אין במעשיו ובדבריו כלום, וכן סברו כמה מהאחרונים. המחלוקת הובאה בפסק דין רבני, שם צוינו פוסקים נוספים לכלל צד ולבסוף הכריעו:

הן אמנם הדבר פשוט כי כל מה שנשאו ונתנו הני אשלי רב רבי ז"ל בדבר תוקפו של טאבו ועד היכן כוחו יפה, לא דיברו אלא לפי מקומם ושעתם. כי לפי חוקי המדינות

58. עיין בספר ברית יהודה כח, נט; וכן בספר תורת הריבית יב, ט שם הובאו מקורות רבים. [הערת עורך: הניסיון ללמוד על משמעות הרישום בטאבו בישראל בתקופת הזמן הנוכחית, מתשובות קדמוניות העוסקות בארצות אחרות ובמערכות חוקים שונות, תמוה. י.א.]

תשובת המחבר: בפסקי דין רבניים חלק ו עמוד 376 מובא פסק דין מאת בית הדין הרבני הגדול ירושלים בפני כב' הדיינים: הראשון לציון הרב הראשי לישראל הרב י' נסים – נשיא הרבנים, יוסף שלום אלישיב, בצלאל זילטי, נקטו שהרישום בטאבו הוא כמו רישום המיטיוולי.

לעצם העניין, לדעתי, בזמן העתיק יותר לא היה משמעות קניינית לרישום בספרי האחוזה כמו היום למרות זאת, האחרונים הצריכו רישום בטאבו. שוב ראיתי בספר קורות היהודים בתורכיה וארצות הקדם מאת ש. רואניס עמ' 61, שפירש ששטר המוטיוולי הוא שטר של פקיד האחוזות. כך נקט במילון המשפטי שבספר "יהודים בממלכת הסולטנים" מאת פרופ' ירון בן נאה עמ' 354, שביאר שבכלל הליך זה הוא שהיהודים היו רושמים את נכסיהם במנהל הקדש הנקרא "ווקף" במטרה להיפטר ממיסים.

59. שו"ת מהר"י באסן, צ.א.

60. שו"ת מוצל מאש, ט.

61. שו"ת דבר משה סב.

62. דברי אמת סימן יב.

בהם היו רבותינו שבגולה ושבארץ-ישראל, בשעתם לא היה כל ערך למכר או למתנה אם לא רשם בפנקס המוטיבילי לזכותו ועל שמו של הקונה. אולם כאן בארץ אם כי עצם העברה בטאבו משמשת מעשה קניין גמור, ועל ידי זה עובר הנכס לבעלותו המוחלטת של זה שנרשם שמו בטאבו, עם כל זאת יש תוקף מסוים גם לחוזה, ואם נערך חוזה בין מוכר לקונה והמוכר קיבל מחיר הנכס ותמורתו, זוכה הקונה במין בעלות על הנכס הנקרא – לפי מושג שלהם "בעלות שביושר" [אף שבידי המוכר להפקיע בעלות הנכס מיד הקונה, במוכרו לאיש אחר ורושם במשרד ספרי החוזה על שמו של זה האחרון], אך במה דברים אמורים בזמן שקיבל המוכר את מחיר הנכס ותמורתו.⁶³

המבואר מזה, שבזמן הזה, אף אם יש תוקף לרישום הקרקע בטאבו, מכל מקום גם אם לא רשמו בטאבו, אין זה נדון לגמרי כמו קניין כסף במקום שכותבים את השטר שאין שום תוקף מחייב למסירת הכסף. ובפסק הדין הגדירו את זה כ"בעלות שביושר". ונראה להסביר יותר שאם נקבל את פשטות לשון החוק (סעיף 7 לחוק המקרקעין) הרי שבכתיבת חוזה בצירוף תשלום כסף יש התחייבות למכר שאי אפשר לחזור ממנה, אולם כל עוד לא נרשם הבית בטאבו עדיין אין לראות את הבית בבעלותו של הקונה.

3. שיטת החזון איש

בעניין קניית מקרקעין ללא רישום בטאבו, כתב החזון אי"ש:

והנה בארצנו אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה ולא על הדין בבית דין של ישראל. ואדרבה, כשהבעלי-דין חותמים הצהרה שהם מקבלים פלוני לדיין ביניהם (=בשטר בורות), הממשלה מאשרת אחר כך בדיניהם את הפסק דין של הרב שקבלו עליהם. הלכך כל קניינים 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... והלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר, או שקנה בחזקה או קניין סודר קנה אע"ג דלא כתבו בטאב"ו, ולא המוכר ולא הקונה יכולים לחזור.⁶⁴

כלומר, כיוון שהחוק מאפשר לקבל בית דין של תורה כבורר, ובאותו בית דין ניתן לדון בשאלת הבעלות על מקרקעין מתוך התעלמות מהרישום בטאבו, מכאן שרישום בטאבו, גם על פי החוק, אינו חוק מחייב בבתי דין, ולכן על פי ההלכה רישום בטאבו אינו הכרחי על מנת להעביר את הבעלות.⁶⁵

63. פסקי דין רבניים ו, 383.

64. חזון איש חושן משפט, ליקוטים, טז, ה.

65. נהערת עורך: החזון איש מדבר שם על הרישום בטאבו כהקפדה של המלכות שהקניין יתבצע באמצעות שטר של המלכות. הנחתו היא, שאם המלכות אינה מקפידה שהקניין יתבצע דווקא בדרך שקבעה, ומאפשרת ביצוע קניינים כדין תורה, במצב זה, יש לבצע את הקניין כדין תורה, ואין דינא דמלכותא. לכן הקניין חל גם ללא הטאבו. ברור מאליו שהוא לא מתייחס לרישום בטאבו כמנהג המדינה בדיני הקניינים, ואף ברור שהנחתו שהמלכות אינה מקפדת, אינה נכונה כיום.

בהמשך דן ה'חזון איש' שמא רישום בטאבו, גם אם אינו נדרש על ידי החוק, נדרש על ידי הקונה:

ואפילו תימה דחשיב אומדנא דמוכח דלא נתרצה הלוקח אלא על מנת שיכתוב לו בטאבו, וכל שכן כשהתנה (=במפורש) שימסור לו בטאבו דחשיב כתנאי. מכל מקום, אם המוכר נתרצה למסור לו בטאבו אין הלוקח חוזר, וכן אם הלוקח מתרצה בלא כתיבת הטאבו אין המוכר חוזר.⁶⁶

החזון איש כתב שאמנם ייתכן שהקונה לא גומר בדעתו לקנות את הנכס ללא העברת הרישום, אבל אם הקונה ויתר על דרישה זו – העסקה חלה ללא רישום.

מדברי החזון איש עולה, שמעמדו של הרישום בטאבו תלוי ב"הקפדת המלכות", אלא שלדבריו החוק בזמנו אינו מחייב רישום בטאבו על מנת להעביר את הבעלות. מאז השתנה החוק, והדברים מנוגדים ללשון החוק הנוהג כיום: "עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".⁶⁷ הרי מפורש, שהחוק מקפיד שהעברת בעלות תיעשה עם רישום בטאבו כחוק.

על כן נראה שדברי ה'חזון איש' אמורים לפני שהחוק שלפנינו נחקק. לחילופין, ניתן לומר שהחזון איש כתב את דבריו רק כשברור שהצדדים רוצים ומגלים דעתם, שרצונם לדון רק לפי דין תורה ושהעברת הבעלות תיעשה בלי רישום בטאבו. במקרה כזה גם החוק יכיר ברצונם זה, כיוון שאין לנו ראייה שהחוק לא יכיר ברצון הצדדים לעשות עסקאות לפי מה שיחפצו וכך העלו בפסקי דין רבניים.⁶⁸ אבל בלא גילוי דעת מפורש נראה שהחוק מקפיד שתיעשה העברה בטאבו, ובלא זה אין כאן העברת בעלות. יתירה מזו, כאשר בחוזה המכר

נוסף לכך יש לציין שלפי סעי' 3 של חוק הבוררות, להסכם הבוררות אין תוקף לענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים. כיון שזכויות במקרקעין נקבעות רק עפ"י חוק (סעי' 161 לחוק המקרקעין) ואין נקבעות על פי הסכם, הבורר אינו מוסמך ליצור זכויות במקרקעין בדרך שונה מזו שנקבעה בחוק, ועל כן המלכות מקפדת. י.א.]

תשובת המחבר: זו אכן סיבה נוספת מדוע דברי החזון איש אינם תקפים במציאות היום, וראה עוד לקמן.

66. חזון איש חושן משפט, ליקוטים, טז, ה.

67. חוק המקרקעין תשכ"ט – 1969, סעיף 7(ב).

68. פסקי דין רבניים ה', 121. מן הראוי לציין כאן שלכאורה ישנה סתירה פנימית בדברי החזון איש עצמו. בתחילה הוא מתחשב באופן עקרוני בדין המלכות, ומכיוון שהמלכות מאפשרת להתנתק מהחוק האזרחי באמצעות חוק הבוררות, לכן צריך ללכת לפי דין תורה, כי גם לדבריהם יש לתלות שאנשים השומרים תורה ומצוות מעוניינים להתנתק מהחוק האזרחי.

לאחר מכן שוב מקשה החזון איש: "אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאבו". נראה שהחזון איש מקשה מהחוק שהבאנו שעסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות בלבד – אם כן, חוק הבוררות לא חל במקרה זה שהחוק קובע מפורשות שבלי רישום בטאבו אין כאן קניין.

על זה הוא מתרץ שאין בכוחם לחייב אותנו בזה, כי אין זה מהנאת המלך אלא בין אדם לחברו, ולא ובאופן כזה לא חל הכלל של "דינא דמלכותא דינא". אם כך כוונת החזון איש אינה מובנת, ולמה נוקק בתחילה לחוק הבוררות, היה לו לומר שאין החוק מחייב אותנו כי אין זה הנאת המלך, אפילו אם לא היה מושג של חוק הבוררות.

ישנו אזכור של הרישום בטאבו, ואי-הרישום בטאבו מהווה הפרה יסודית, נראה שהקניין לא יחול אלא אחר הרישום, כפי שכתב גם החזון-אי"ש.⁶⁹ החזון-אי"ש שאל, מדוע לא נראה את הרישום בטאבו כשטר ראייה, שבלעדיו קרקע אינה נקנית אפילו בכסף, וכך הוא השיב:

ואף הקונה בכסף במקום שכותבים את השטר שניהם יכולים לחזור... משום דלא סמכא דעתא דלוקח, והכא נמי לדידן דלא צייתי דינא יש לומר דלא סמכא דעתא עד מסירת הטאבו. זה אינו, דדין מקום שכותבים את השטר לא קני עד שיכתוב את השטר הוא תקנת חכמים וכמו שכתב הרשב"א.⁷⁰

החזון-אי"ש השיב על פי שיטת הרשב"א, שהצורך בשטר במקום שנהגו לכותבו, הוא תוצאה של תקנת חכמים, אבל ביחס לרישום בטאבו אין תקנה ולכן אין בו צורך. אף שדבריו אינם מתיישבים עם הסברו הראשון של הרשב"א, הגורס כי ללא כתיבת שטר, במקום שנהגו לכתוב, אין לקניין מקרקעין בכסף תוקף מדאורייתא, כבר הובא לעיל שככל הנראה רוב הראשונים פסקו כתירוץ השני של הרשב"א.

4. ביטול עסקה בגלל עיכוב ברישום או בתשלום

לשיטת החזון אי"ש, שמעמדו של רישום תלוי בהקפדת המלכות, יש נפקות נוספת. על פי החוק, לאחר חתימה על חוזה מכר בית המשפט יכול לכפות את הצדדים לבצע את העסקה ובכלל זה את המוכר לרשום את הדירה בטאבו על שמו של הקונה. אם כך נהוג למעשה הרי שמן הסתם כך יש לפסוק גם לפי דין התורה, כי אז מוכח שאין חסרון בסמיכות הדעת. כמו כן מקובל לכתוב בחוזה מכר, שעיכוב באחד מהתשלומים ייחשב להפרת החוזה, והמוכר יוכל אם ירצה בכך, לבטל את המכר. נראה שגם בעניין זה יש לדון באותו האופן בדין תורה.

גם כאשר אין תנאי כזה בחוזה, לפעמים בית המשפט רואה באי תשלום מלא הפרת חוזה. נראה שבמקרה כזה, אין הנוהג בבתי המשפט מחייב את בתי הדין, ויש לפסוק על פי ההלכות המופיעות בשולחן ערוך.⁷¹

1. סיכום המסקנות המעשיות

במכירת דירה ישנם כמה שלבים: חתימת חוזה, תשלום, העברת חזקה ורישום הדירה על שמו של הקונה. הגדרת רגע העברת הבעלות חשובה למקרה שהתקלקל פריט בדירה במהלך שלבי העסקה, וכן לעניין השאלה, מהו המועד שלאחריו רשאי הקונה לגור בדירה.

69. אחר כתיבת הדברים, כתב לי הרב אשר וייס, שלדעתו פשוט לשון החזון אי"ש מראה שאין העברה בטאבו מהווה חסרון בקניין בכל אופן.

70. חזון אי"ש חושן משפט, ליקוטים, טז, ה.

71. שולחן ערוך חושן משפט, קצ, י.

1. תשלום כסף, חתימת חוזה וחזקה

א. אם החוזה כתוב בלשון התחייבות, החתימה עליו אינה מעבירה את הבעלות בדירה לטובתו של הקונה (ויש להסתפק בזה כששילם את מלוא התשלום, האם קונה מדין קניין כסף).

ב. אם כבר נכנס הקונה לדירה בפועל, ושילם את כל התשלומים במלואם, הוא קנה את הדירה בקניין חזקה, על אף שהחוזה כתוב בלשון התחייבות, אבל אם לא נחתם חוזה מכר, אין הוא קונה בחזקה.

ג. אם יש סעיף בחוזה שקובע שאיחור בתשלום מהווה הפרת חוזה במקרה של עיכוב בתשלומים, ניתן לבטל את העסקה. בהיעדר סעיף זה, יש לדון על פי ההלכות המופיעות בשולחן ערוך⁷² בעניין זה.

2. רישום בטאבו

א. יש בכוח הרישום בטאבו לחדד, להעביר את הבעלות על הנכס לידי הקונה. אולם אם הוסכם לבצע את העסקה באמצעות חוזה ונכתבו בו תנאי תשלום הדין הוא כדלהלן.

ב. במקרה שהוסכם לבצע את העסקה באמצעות חוזה מכר ונכתבו בו תנאי תשלום, לדעת החזון איש אין צורך כלל ברישום בטאבו כדי להעביר את הבעלות. אכן אם כותבים חוזה מכירה בנוסח המצוי, מבלי שיגלו הצדדים את דעתם שרצונם לדון לפי דין תורה, ויש בחוזה אזכור לרישום בטאבו, הרי שאין הבעלות על הדירה עוברת לקונה כל עוד לא נרשמה העברת הבעלות בטאבו.

ג. אם הקונה כבר שילם את מלוא התמורה עבור הדירה, והמוכר ממאן לרשום את הדירה על שמו בטאבו, רואים את הדירה כמכורה לגמרי לקונה.

3. ריבית

א. במקרה שהקונה לא שילם את מלוא התשלום על הדירה, אסור לקונה לדור בדירה חינם לפני גמר הקניין (דהיינו לפני הרישום בטאבו, בכפוף למה שנתבאר בסעיפים הקודמים). שהרי אם הדירה עדיין בבעלות המוכר, נמצא שהמעות שקיבל כבר מאת הקונה הם רק הלוואה, ומגורי הקונה בדירה מהווים תוספת על ההלוואה (=ריבית), אם הוא לא גובה מהקונה תשלום על שדר שם.

ב. כמו כן יש אומרים שאם הדירה כבר הועברה לבעלות הקונה, אסור למוכר לדור שם חינם. אולם לדעתנו, אם החוזה נוסח בלשון התחייבות, אין משמעות לכל זה כל עוד הקונה לא נכנס לדירה בפועל וקנאה בקניין חזקה.

ג. העצה להימלט מאיסור ריבית הן מצד הקונה והן מצד המוכר; להוסיף בנוסח החוזה כי "שכר הדירה כלול במחיר הנקוב": אם הוסכם ביניהם שהמוכר ידור בדירה, יוסיפו שהדירה

72. שולחן ערוך חו"מ קצ, י.

תעלה סך... לאחר ניכוי דמי השכירות שחייב המוכר, ואם הוסכם שהקונה ידור בדירה יכתבו שמחיר הדירה כולל דמי שכר דירה שחייב הקונה.

ז. נספחים

נספח א – מעמדו של הכסף ששולם עד לכתיבת השטר

יש לדון במעמד התשלום בהלכה, כל זמן שהמוכר לא קיבל את השטר. לכאורה, אם דעת הצדדים הייתה, שהדירה תעבור לבעלות הקונה עם העברת הכסף למוכר, ברור שהתשלום ניתן בתורת קניין כסף, ואין לראותו כהלוואה (אמנם, לדעת הסמ"ע,⁷³ מהות קניין כסף הוא פרעון התמורה ולשיטתו אין הבדל). אמנם חכמים קבעו שכשרגילים לקנות בשטר אין הכסף קונה, אך הסיבה לכך היא, שבמקרה זה הקונה לא סומך דעתו משום שלא קיבל שטר, ובחיסרון כזה שהוא רק **ברצון** לקניין ולא **בדעת** לקנות במעשה קניין זה, יש לומר שאין כאן מעות הלוואה כלל וממילא אין איסור ריבית.

אמנם יכול הקונה לחזור בו מהמכירה כל עוד לא קיבל שטר ואז יתברר למפרע שהמעות לא העבירו את הבעלות וניתנו כהלוואה למוכר. אולם בזמן שסוכם על העסקה, בוודאי הייתה כוונתם שהמעות יינתנו לשם מכר.⁷⁴

כמו כן יש מקום לומר שביטול העסקה אפשרי רק מצידו של הקונה שאינו סומך דעתו לקנות ללא שטר. אבל מצידו של המוכר מתן הכסף הוא תשלום ולא הלוואה. אולם, שולחן ערוך הרב,⁷⁵ פסק, שדי בכך שרק הקונה יכול לחזור בו מן העסקה, כדי לאסור על המוכר לתת לקונה לאכול את פירות השדה משום ריבית.

אולם נראה שיש להבחין בין ההלכה של שולחן ערוך הרב לנידוננו. בהלכה זו מדובר בעסקה שבה התנה הקונה מראש שאם הוא יחזיר את הקרקע, יחזיר לו המוכר את כספו, ומכיוון שלא ניתן להוכיח שכוונתו למכר, ניתן לראות את הכסף שנתן למוכר כהלוואה. לעומת זאת, בקנייה רגילה יש להניח שהקונה רוצה לקנות את הקרקע ללא סייג, אלא שאנו אומדים דעתו, שאם יתברר לבסוף שלא יכתבו לו שטר אין הוא רוצה בקיום העסקה, ולכן אפשר שאין זו הלוואה.

נראה שהשאלה תלויה במחלוקת האחרונים הבאה: רבי עקיבא איגר⁷⁶ כתב על פי דברי מהרח"ש,⁷⁷ שהקונה יכול לומר שהוא רוצה לקנות בכסף גם לאחר שכבר שילם. במקרה כזה, הקניין חל מזמן האמירה, ולא למפרע. לעומת זאת, בעל אמרי בינה⁷⁸ סבר, שכיוון שיש חסרון של סמיכות דעת כל זמן שהשטר לא נכתב, הרי שכל עוד לא נכתב השטר

73. סמ"ע קצ, א.

74. והשווה סמ"ע רז, יג; נתיבות המשפט שם, טו (על פי הסברו השני של הכסף משנה).

75. שולחן ערוך הרב י"ד, הלכות ריבית סעיף נה.

76. הגהות רבי עקיבא איגר לשולחן ערוך ח"מ קצ, ח.

77. שו"ת מהרח"ש א, י.

78. אמרי בינה קניינים, סימן כב.

המעוות הם בגדר הלוואה. רק אחר כתיבת השטר מתברר למפרע שהמעוות מראש ניתנו לשם קניין. לפיכך, לא ניתן להחליט לאחר נתינת המעוות לקנות במעות מבלי לכתוב את השטר, כי אין מעוות מלווה יכולות לעשות קניין.

ככל הנראה סברת מהרח"ש היא, שקביעת חכמים שאין הכסף קונה עד שייכתב השטר בשל היעדר סמיכות הדעת של הקונה, אינה משנה את משמעות העברת הכסף לידי המוכר. העברת הכסף נחשבת, גם לאחר תקנת חכמים, כמעשה קניין גמור, אלא שמעשה קניין זה אינו תקף, עד שימולא התנאי שקבעו חכמים, וייכתב השטר.⁷⁹

נמצאנו למדים שמחלוקת האחרונים תלויה בשאלה האם לראות בנתינת המעוות הלוואה או תשלום. לפי הבנת המהרח"ש הכסף שנמסר למוכר אינו בגדר הלוואה אלא הוא תשלום, ולפי דעת האמרי בינה, הכסף נחשב כהלוואה, עד כתיבת השטר.

נספח ב – כוונה בעשיית מצוות לעומת כוונה לקניין

ישנה מחלוקת יסודית ביחס לקיום מצוות, האם מצוות צריכות כוונה, כמובא בשולחן ערוך⁸⁰ למי שסובר שמצוות לא צריכות כוונה, אדם יוצא ידי חובה גם כאשר אינו מכוון למצווה בכלל. למשל מי שנשאל כמה ימים היום בעומר והשיב במניין הנכון – יצא ידי חובה לדעה זו.⁸¹ מההלכה שהתוקע בשופר על מנת להתלמד (להתאמן) – לא יצא,⁸² עולה שבמקרה שיש כוונה שלילית – לא לצאת, לכל הדעות אינו יוצא ידי חובה.

במעשה קניין מצאנו שיש הכרח שיתכוון באופן חיובי לקנות או לפחות שיגלה דעתו שמתרצה לקניין קודם לכן. ייתכן שבאותם הקניינים שמשמעותם "הפגנת בעלות" או "הכנסה לרשות" צריך שיכוון דעתו, ולא די בכך אינו מתכוון שלא לקנות.

את קניין חצרו של אדם, הקונה לו שלא מדעתו, ניתן לפרש בשני אופנים: א. החצר פועלת מדין שליחות, וכשם שדי בדעת שליח ולא צריך דעת המשלח, כך בחצר לא צריך דעת בעלים. ב. בהגהות אשר"י⁸³ כתב שחצר קונה רק כאשר הבעלים בוודאי ימצאו בהמשך את החפץ שהגיע לתוכה. לשיטתו, בנוסף למעשה הקניין של החצר, יש צורך גם בדעת בעל החצר, בדומה לקניין כסף במקום שכותבים את השטר, שאין הכסף קונה עד שיכתוב את השטר.

נוסף על כך, יש להעיר כי לכל הדעות הנחלקות בכוונת המצוות, יש צורך בכוונת הלב לעצם המצווה שעוסק בה, בקריאת שמע ובברכת אבות שבתפילת עמידה כוונה זו הכרחית לקיום המצווה.⁸⁴ בניגוד לכך, בקניין אין צורך בכוונת הלב שיקנה בקניין זה דוקא כגון במשיכה או הגבהה, אלא די ברצון כללי לקנות. יוצא דופן הוא קניין כסף (ראה נספח ג)

79. וכן משמע מספר מחנה אנרים קניין מעוות, ז.

80. שולחן ערוך אורח חיים ס, ד.

81. שולחן ערוך אורח חיים תפט, ד.

82. שולחן ערוך אורח חיים תקפט, י.

83. הגהות אשר"י על הרא"ש בבא מציעא ב, ט.

84. משנה ברורה ס, ז.

שם נדרשת כוונה ייחודית לקבל את הכסף לפרעון או לשעבד תמורה, וללא כוונה זו אין הבעלות אינה עוברת.⁸⁵

נספח ג – כוונה ייחודית בקניין כסף

יש לעיין מדוע לאחר נתינת השטר לא יקנה בתשלום חלק מהכסף, מדין קניין כסף בו די בתשלום של פרוטה ובוודאי של מקדמה.⁸⁶ הר"ן⁸⁷ כתב שאם קונה, הרי שהקניין מותנה בתשלום כל דמי המיקח. מדבריו מוכח לכאורה שאם התכוון לקניין שטר, אינו קונה בקניין כסף.⁸⁸

ניתן להסביר זאת בשתי דרכים: **דרך אחת** – אם מתכוון לקנות בשטר הרי הוא כמבטל את כוונתו לקנות בשאר הקניינים, ולכן לא קנה. **דרך שניה** – זהו חידוש מיוחד לגבי קניין כסף כפי שכתב בספר קהילות יעקב⁸⁹ וכפי שנתבאר לעיל, שבקניין כסף יש צורך בכוונה ייחודית שהכסף ניתן כפרעון או לפחות בתור תמורה, ולא די בכוונת קניין כללית. לכן יתכן שכוונת קניין באמצעות השטר – שהיא כוונת קניין כללית – לא תועיל לקנות בקניין כסף. כך משמע מדברי רש"י,⁹⁰ שאם אשה מתקדשת בשטר העשוי מנייר, עליה **להתכוון** להתקדש בשווי הנייר כדי שהקידושין יחולו מחמת נתינת שוה כסף.

על טענה זו, על פיה יש צורך בכוונה לקנות בקניין כסף קשה מדברי הריטב"א. הריטב"א⁹¹ הקשה, מדוע לא די בתחילת פרעון כשקונה בשטר? ותירץ בשלושה אופנים: **האחד**, מדובר במוכר שדהו מפני רעתה, ולכן קניין כסף ללא שטר אינו מועיל כי השדה רעה. **השני**, מדובר שאמר במפורש שיקנה אך ורק בשטר. **השלישי**, כשנותן דמים שאינם ראויים לקניין כגון מלוח. לכאורה, מתירוצי הריטב"א מוכח שאין צורך בכוונה מיוחדת לקנות בכסף, אלא שכאן מדובר במקרים בהם כסף אינו מועיל או בהחלטה מפורשת לקנות בשטר!

אכן מדברי הריטב"א מוכח שהוא חולק על יסוד זה, ולדבריו אין צורך בכוונה ייחודית בקניין כסף, יתירה מזו, ייתכן אף שבכך הריטב"א נאמן לשיטתו במקום אחר.

בגמרא⁹² מובא שניתן להעביר בעלות בכך שאדם א' משלם לאדם ב' עבור מוצר שינתן לאדם ג'. קניין זה נלמד מעבד כנעני (אדם ג') המקבל את חירותו בכך שאדם א' נותן את שווי לבעלים (אדם ב'). הריטב"א,⁹³ כתב שיש צורך בלימוד מעבד רק במקרה שמי שנותן את הכסף (א') איננו שלוחו של מי שמקבל את המוצר (ג'), אבל אם הוא שלוחו הדין פשוט ואין בו שום חידוש.

85. קהילות יעקב קידושין, א; ויש לדון אם לפי הסמ"ע קצ, א תועיל כוונת תמורה שאיננה פרעון.

86. בבא מציעא עזב.

87. ר"ן על הרי"ף קידושין י, א, ד"ה והיכא.

88. ועיין שו"ת רבי עקיבא איגר רכא, שדן באריכות בנידון כעין זה.

89. קהילות יעקב קידושין, א.

90. רש"י קידושין מח, א, ד"ה שמין.

91. חידושי הריטב"א קידושין כו, א, ד"ה אמר שמואל.

92. קידושין ז, א.

93. חידושי הריטב"א שם, ד"ה הילך.

בניגוד לכך כתב רש"י⁹⁴ שהגמרא עוסקת במקרה שבו מי שמשלם הוא שלוחו של מי שקונה.⁹⁵ בספר חידושי הגר"ש רוזובסקי,⁹⁶ ביאר את המחלוקת כך: הריטב"א סבר שקניין כסף הוא מעשה קניין פורמאלי כמו כל הקניינים כדעת הט"ז,⁹⁷ ולכן אם המעשה נעשה בשליחותו של הקונה אין בכך חידוש. לעומת זאת, לדעת רש"י קניין כסף הוא תשלום התמורה, ולכן זהו חידוש שהקניין מתבצע בתשלום תמורה על ידי מי שאינו מקבל דבר. לדבריו, הריטב"א סבר שקניין כסף הוא מעשה פורמאלי כמו כל מעשי הקניין ובוודאי שאינו מחייב כוונה מיוחדת. אולם, לשיטת רש"י הסובר שמהותו של קניין כסף הוא תשלום התמורה, יש צורך בכוונה ייחודית לשם תחילת פרעון כמו שכתב בספר אבני מילואים.⁹⁸

94. רש"י שם, ד"ה הילך.

95. בספר פני יהושע קידושין ז,א, ד"ה הילך, כתב שלדעת רש"י אין צורך במינוי א' לשליח, די בכך שייתן את הכסף מדעתו של המקבל.

96. חידושי הגר"ש רוזובסקי למסכת קידושין, סימן ג.

97. ט"ז חו"מ קצ, א.

98. אבני מילואים כט, ב.