

מֵרָאָה בְּמֵרָאָה: הַשְּׁתַקְפוֹת מֵרֶשֶׁם הַמִּקְרָקֵיין בְּאַסְפֵּקְלֵרִיָּה שֶׁל הַמִּשְׁפֵּט הָעִבְרִי

מיכאל בריס

א. אדם ואדמתו, חברה ותודעתה: קטבים מושגיים

הרעיון של זכות קניין במקרקעין מעורר קושי, ותהיות הנוקבות עד התהום. בעלות כרוכה בשליטה, תהא אשר תהא ההצדקה להכרה במוסד זה.¹ אדם יכול לשלוט במיטלטליו – להניעם, לטפחם, ליהנות מהם עד כלות ואף להשמידם כאוות נפשו.² אך לא כן במקרקעין. האדם כלֵה והיא, הקרקע, אינה כלֵה. שליטתו של האדם על מקרקעיו מוגבלת. האדם אינו יכול "להעלים" את אדמתו. גם אם יחפור בה בורות או ישחית את

ברכות לפרופ' בן-מנחם. חנינה הנחני בדרך אמת – בראשית דרכי האקדמית כמתרגל בודק עבודות בתורת המשפט, כמנחה שלי בתואר השני ובדוקטורט, ובראשית דרכי בהוראה. בכל אלה לא ויתר על בהירות ועל חוזקם של טיעונים ואסמכתאות. יכולתו לראות את המאחד בין דיונים בפילוסופיה של המשפט לסוגיות בחושן המשפט משמשת עבורי דוגמה אישית. גם כיום עצתו יקרה מפז. וברכות גם לנוות ביתו, ימימה, שזכיתי ללמוד אף ממנה חכמה, ולדעת שלא כל שאלה מעוררת ספק, וקל וחומר ספקנות. ואמרתם: כה לחי, ואתה שלום וביתך שלום וכל אשר לך שלום (שמואל א, כה 6).

* אני מודה לחברי מערכת דיני ישראל, כמו גם לפרופ' בני פורת ולד"ר חגי ויניצקי, על סבלנותם ועל הערותיהם המחכימות והמעמיקות אשר בלעדיהן מאמר זה לא היה רואה אור.

1 יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 21-49 (התשנ"ז); מיגל דויטש קניין כרך א 301-309 (התשנ"ז) (להלן: דויטש, קניין א); השוו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 17-64 (2005); Jeremy Waldron, *Property Law, in A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 3, 8-22 (Dennis Patterson, ed., 1996); Peter Benson, *Philosophy of Property Law, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW* 752 (Jules Coleman and Scott Shapiro, eds., 2002); JOSEPH WILLIAM SINGER, *PROPERTY LAW* 13-20 (3rd ed., 2010).
2 השוו סעיף 536 לתזכיר חוק דיני ממונות.

פניה בדרך אחרת, הרי הארץ לעולם עומדת.³ שליטה בתוצר של המקרקעין או בכניסה אליהם בלבד היא שליטה מוגבלת, ואינה מבטאת את הכוליות הנעוצה ברעיון הבעלות. מכאן צמחו שני קטבים בהמשגת הקניין במקרקעין – והדיון שלנו יישען על המתח שביניהם. הקוטב האחד כולל בתוכו רעיונות מגוונים אשר המשותף להם הוא ההתמקדות בזיקה שבין אדם הטוען לבעלות לבין הקרקע – בכינון זיקה זו, בניצולה ובשימורה. מבחינה פונקציונלית האדם יכול להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם וליהנות מפירותיהם.⁴ על דרך השלילה הוא יכול גם לגדור בפני אחרים המבקשים ליהנות מן המקרקעין אף הם.⁵ הוא משקיע לשם כך את הונו ואת אונו, ולעיתים אף מקים שם את מעונו. כל אלה קושרים אותו בקשר אמיץ – ואם ירושה היא בידו, הוא קשור בהם גם בעבותות אבותיו. אך כל אלה עשויים להיות מוגבלים. בסופו של יום תקוותו של האדם היא כי במקרה הטוב הקרקע היא זו שתקלוט אותו לאחר חייו – "כי עפר אתה ואל עפר תשוב".⁶

בקוטב האחר ניצב הרעיון של קניין כתודעה חברתית. תחת המשגה זו, בעלותו של האדם במקרקעין מתמצה בכך שהחברה נסוגה מטענותיה במשאב אוניברסלי זה – האדמה שעליה היא ניצבת – ומותירה אותו בידי הפרט. החברה מכירה בייחודיות השימוש (או ההימנעות משימוש) שלו באותה יחידת שטח שעל פני כדור הארץ, וביכולתו של האדם לגדור בעד שימושם של אחרים ביחידה זו. לגישה אפיסטמית-חברתית זו שורשים גם במסורת המשפט העברי. בשלב קדום ביותר – שלב טרום-הלכתי ואולי מיתי – הכיר המשפט העברי בתפקידה המכונן של התודעה החברתית בהענקה ובהעברה של זכויות במקרקעין, כפי שנציג זאת להלן בפרק השני. הכרה חברתית זו היא גם לב-ליבו של רעיון מרשם המקרקעין הישראלי, השואב את כוחו במישרין מן הממד ההכרתי החברתי. להלן בפרק השלישי, אבקש להראות כי בראשית דרכו של חוק המקרקעין הישראלי משנת 1969, אכן שלט חזון איריאלי של מרשם זה – לטענתי עד כרי התלכדות של המשגת הקניין במקרקעין עם רעיון הפומביות.

3 על פי קהלת א 4.

4 ס' 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969, ס"ח תשכ"ט 575.

5 ראו בהרחבה: Benjamin Porat, *Ownership and Exclusivity: Two Visions, Two Traditions*, 64 Am. J. Compar. L. 147, esp. 150-157, 187-190 (2016); JOHN CHRISTMAN, THE MYTH OF PROPERTY – TOWARD AN EGALITARIAN THEORY OF OWNERSHIP 15-27 (1994) וולדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3-8; כנסון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 752-759; דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17-36; Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Of Property and Information*, 116 Colum. L. Rev. 237, 242, 246 (2016) (להלן: בל ופרחומובסקי, מידע).

6 בראשית ג 19. לא בכדי פרשת קניין מערכת המכפלה לאחוזת קבר נעשית ברוב-עם: השווה להלן ה"ש 37.

אולם, הלכה למעשה, המשגה אפיסטמית זו של זכות הקניין רחוקה היא מן האינטואיציות של הקהילייה ההלכתית כיום. ההלכה העברית הנורמטיבית, המוכרת לנו מאז רישום התורה שבעל פה, הסיטה את מרכז הכובד מן התודעה החברתית כמכוננת זכות קניינית אל עבר דרכי קניין פורמליסטיות המשקפות מגוון ערכים שאינם נשענים בהכרח על עקרון הפומביות לבדו. כך, פסיקות רבניות מנחות שהתייחסו למרשם הזכויות שבעידן שקדם לחוק המקרקעין – שאותן אסקור בפרק הרביעי – שימשו גם בסיס עבור פוסקים הלכתיים מאוחרים יותר, לאחר חקיקת החוק הישראלי. בפרק החמישי אסקור את הפסיקה הרבנית שהתייחסה בדורות האחרונים למרשם המקרקעין הישראלי, ואציג את הבעייתיות העולה מחלקה. פוסקי הלכה של המשפט העברי לא הכירו את משמעותו החדשה ומרחיקת הלכת של מרשם המקרקעין תחת המשגה שהרנית זו – או לא הכירו בה. פוסקים אלה תפסו את הקניין כזכות שאינה תלויה במרשם מנהלי או במוסכמה חברתית. הקניין במקרקעין משקף זיקה ישירה, אימננטית, שאינה אפיסטמית גרידא – גם מבלי לשרטט את דיוקנה של זיקה זו במדויק. לעומת זאת, דרישת הרישום נתפסה כדרישה מנהלית, חיונית אולי לצרכים חברתיים פרגמטיים, אבל היא אינה מתלכדת עם מושג הקניין עצמו. הנכס הוא שלך שלא מכוח הרישום, ובידך להעבירו שלא באמצעותו.

אטען כי גם המשפט הישראלי עבר תהליך דומה, כפי שאראה בפרק השישי. פוסקי ההלכה של המשפט הישראלי הכירו עם הזמן בהשלכות הקשות שהמשגה אפיסטמית זו גוררת עימה, ריככו אותה באמצעות שיבה לרעיון דיני הישר, ובכך גם הפכו את מראת הזכויות של המרשם לאספקלריה שאינה מאירה. אני סבור שלא הקשיים המעשיים בלבד חוללו שינוי זה. המשמעות האפיסטמית שנגזרה ממהלך זה לא נקלטה בתודעה החברתית הרחבה – לא של הצדדים לעסקאות, ואף לא של היושבים על מדין. משום כך היא קרסה – ככזו – מבפנים.⁷

המושותף לשני תהליכים אלה הוא תנועה מן הקוטב התודעתי-חברתי אל עבר תפיסה אישית – במידה מסוימת אף ריאלית⁸ – של רעיון הקניין. תנועות מושגיות

7 השור: מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 41-82 (התשס"ח).
 8 השימוש בטרמינולוגיה זו כאן מחייבת זהירות. קיים כיום דיון ער בפילוסופיה של ההלכה סביב שני קטבים – ריאליזם מול נומינליזם – כפי שהגדיר אותם יוחנן סילמן ז"ל, או מול נון-ריאליזם, כהגדרתו של יאיר לורברבוים, במשמעות שקיימת תשתית ממשית לקביעות הנורמטיביות של ההלכה, וההלכה יוצרת או מגיבה למשהו המתרחש בעולם, ראו בהרחבה: יוחנן סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם: עיונים בפילוסופיה של ההלכה" **דיני ישראל יב**, רמט (התשד"ם-התשמ"ה); Yohanan Silman, *Introduction to the Philosophical Analysis of the Normative-Ontological Tension in the Halakha*, 31 *Da'at v* (1993); יאיר לורברבוים "ריאליזם הלכתי" **שנתון המשפט העברי** כז 61 (התשע"ב-התשע"ג).
 השור: מיכאל בריס "המטפיזיקה של הגירושין: עיון הילכתי-פילוסופי בסדר הגט" **דיני ישראל ל** 43 (התשע"ה). עמדה זו שונה בתכלית השוני מזו של הריאליסטים האמריקאים והבאים בעקבותיהם, אשר התמקדו בהשלכות של החוק ושל ההכרעה השיפוטית על החברה,

אלה לא התרחשו באותה עת. הן אינן סינכרוניות. ומכאן, לעיתים דומה שחל חוסר הבנה של המשפט העברי את המשפט הישראלי. חוסר קליטת ההסדר במשפט העברי, ואף חוסר הבנתו עד תום, משקפים את הקושי לשנות פרדיגמות מושגיות. תהליך דומה עבר על מוסד הערת האזהרה – שהחוק הישראלי ייעד לו תפקיד חשוב, אך לא העניק לו היבטים של זכויות קנייניות, אך הפסיקה המאוחרת יותר עשתה כן, בין היתר על סמך עקרון הפומביות. אף כאן פוסקים רבניים ייחסו לה מעמד מעין-קנייני מראשיתה. ניווכח שדווקא "טעויות" אלה של פוסקים של המשפט העברי הטרימו את התהליכים הפנימיים שהתרחשו בתוך המשפט הישראלי. בבואתה של האחת משתקפת באספקלריה של רעותה. יחד הן חושפות התמודדות משותפת עם הקשיים המושגיים שברעיון הקנייני.

ב. הקניין כתודעה ותודעת הקניין: מיתוס ומשפט במשפט העברי

בעלות היא סוג של שליטה. דרכי העברת זכויות קניין במיטלטלין במשפט העברי מבטאות שליטה בנכס – ובפירוט מדוקדק: משיכה, מסירה, והגבהה – והן מותאמות לסוג הנכס ולמקום ביצוע העברת הזכויות.⁹ דרכים אלה פורמליסטיות הן ביסודן, ואף אינן ניתנות להתנאה,¹⁰ אלא שההלכה היהודית מכירה ביצירת דרכים חלופיות להעברת זכויות מכוח המנהג – הלא הוא קניין "סיטומתא".¹¹ ההלכה גם קבעה דרכי העברת קניין במקרקעין – "נכסים שיש בהם אחריות", קרי מקרקעין "נקנין בכסף, בשטר

ושללו מכול וכול את הגישה שנורמות "נמצאות" בעולם או בכל מקום אחר, פרט לדרך הפעלתם. בדיון שלנו הזהירות חשובה במשנה תוקף, לאור המינוח של חנוך דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67-74; ראו גם: חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" ספר דליה דורנר 303 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, התשס"ט). מתח זה קיים במשפט הכללי, בייחוד בתיאוריה של הקניין, בין גישה מושגית (conceptualism) לבין גישה תכליתית (instrumentalism), ראו: Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *A Theory of Property*, 90 CORNELL L. REV. 531, 534-537 (2005). ראו גם מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" מחקרי משפט כא 439, 441, 446, 459 (התשס"ה); מנחם מאוטנר "תחרות זכויות: השפעת החוק, נפתולי הפסיקה, ויחסי האקדמיה ובית המשפט" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 331, 361-368 ובמקורות שצוינו שם בה"ש 100 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

9 משנה תורה, הלכות מכירה ג, א-ג; שולחן ערוך, חושן משפט, קצח, ד, ז, ט, יג; ריטב"א, קידושין כה ע"ב: "ושלושה קניינים הן [...] ואין קנין השפל גומר במקום שתקנו בו קנין עליון ממנו אבל העליון גומר בתחתון במקום שגומר השפל ממנו".

10 שלא כהעברת מיטלטלין על פי ס' 33 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח תשכ"ח 529.

11 בבלי, בבא מציעא עד ע"א; משנה תורה, הלכות מכירה ז, ו; שולחן ערוך, חושן משפט, רא, א. וראו בהרחבה: רון ש' קליינמן דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי – משפט, ריאליה והיסטוריה פרקים 3-13 (התשע"ד).

ובחזקה", כדברי המשנה.¹² פורמליזם זה, כאשר לצידו גם הגמשה פרגמטית, אופייני למשפט העברי, כפי שעמדו על כך כבר במחקר.¹³ ובעוד ההעברה הפורמבית של הזכויות הקנייניות במקרקעין היא לב-ליבו של מרשם המקרקעין הישראלי כפי שנראה להלן, מעשה הקניין במשפט העברי הוא פרטי.¹⁴ המשפט העברי אף אינו מצריך עדות מכוננת כדי להעניק תוקף למכירה. בתחום דיני הממונות, ודיני הקניין בכללם, "לא איברו סהדי אלא לשקרי" [=לא נבראו עדים אלא (כנגד) השקרנים].¹⁵ אך לא תמיד הייתה זו תפיסת הקניין במקרקעין במשפט העברי. והעיון בתמורה זו – ביסודות האפיסטמיים

12 משנה, קידושין א, ה; משנה תורה, הלכות מכירה א, ג; שולחן ערוך, חושן משפט, קצ, א: "קרקע נקנה באחד מארבע דברים, בכסף ובשטר ובחזקה ובקנין סודר", השו"ת להלן ה"ש 26.

13 אני מסכים רק באופן חלקי עם האפיון שנתן ג'ורג' וובר להעברת זכויות הקניין במשפט העברי:

It is characteristic of an ancient legal system to require objects of property to be transferred in a formal manner. The mode of transfer is not for the purposes of evidence, but is of the essence of the transfer. The object cannot be publicity. For why for different species of property are different modes prescribed? [...] The origin seems to lie in the instinct of primitive society to express itself in all the facts of life, so to say, ceremonially. Only with the progress of society comes the transition from the formal act to the act which just expresses the will of the parties.

(George J. Webber, *The Principles of the Jewish Law of Property*, 10 J. COMP. LEGIS. & INT'L L. 82, 85 (1928)).

וובר מדגיש את ההיבט הפורמליסטי אך שולל את תפקיד הפורמביות. לעומתו, אטען להלן למרכזיותו של רעיון הפורמביות, לפחות בשלבי ההתפתחות הראשוניים של העברת זכויות קנייניות במשפט העברי, וייחודה של דרישה זו בנכסים כעין מקרקעין. להיבטים פורמליסטיים של המשפט העברי. ראו גם: משה זילברג "קושיותיו של ר' ירמיהו – שיטה או אופי?" באין כאחד – אסופת דברים שבהגות ובהלכה 151 (התשמ"ב); חיים ה' כהן "על המידות והשיעורין" שנתון המשפט העברי ג-ד 217 (התשל"ו-התשל"ז); AARON KIRSCHENBAUM, EQUITY IN JEWISH LAW: FORMALISM AND FLEXIBILITY IN JEWISH CIVIL LAW, (1991) 3-53; יאיר לורברבוים "גזירת מלך וגזירת הכתוב בספרות התלמודית" תרביץ פב 5 (התשע"ד); הנ"ל "הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל 'גזירת הכתוב'" מחקרי משפט כט 350 (התשע"ד); Yair Lorberbaum, *Two Concepts of Gezerat ha-Katuv*; (2012) 123* A Chapter in Maimonides' Philosophy of Law and Halakhah – Part I, 28 DINE ISRAEL (2012); Idem, *Two Concepts of Gezerat ha-Katuv: A Chapter in Maimonides' Philosophy of Law and Halakha – Part II: The Jurisprudential Sense*, 29 DINE ISRAEL (2013) 101*.

14 דויטש, קניין א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 127-200; הנ"ל "פורמביות הקניין, חופש הקניין ותאימות השיטה – הצורך במודל וקווים לעיצובו" משפטים כג 257 (התשנ"ד).

15 בבלי, קידושין סה ע"ב.

ובהתרחקות מהם – חשוב לענייננו, שכן תמורה זו משקפת התמודדות מושגית עקרונית עם רעיון הקניין במקרקעין.

בניגוד גמור להוראות הנורמטיביות של ההלכה כיום, קיימת מסורת במשפט העברי – מעין מיתוס (אמיתי) מכונן¹⁶ – המזהה את העברת הקניין עם הפומביות, עד כדי התלכדות של העברת הזכויות עם השינוי התודעתי שפומביות זו יצרה. התלמוד

16 **מיתוס יכול להיות אמיתי, ואינו בהכרח בדיה.** הוראותיו הראשונות קשורות בדיבור או בסיפור: "μῦθος", HENRY GEORGE LIDDEL & ROBERT SCOTT, A GREEK-ENGLISH LEXICON 1151: "word, speech [...] II. story, narrative [...] without distinction of true or false" (9th ed., 1928). הטיית האותיות במקור). מיתוס יכול להיות סיפור מכונן ואף אירוע היסטורי, הנושא עימו משמעות מעבר לאירועים עצמם, לרבות הסברים של מוסדות חברתיים, כפי שכבר הדגישו במחקר: איתמר גרינוולד "מיתוס ואמת היסטורית – האם אפשר לנפץ מיתוסים?" **המיתוס ביהדות – היסטוריה, הגות, ספרות** 15 (משה אידל ואיתמר גרינוולד עורכים, התשס"ד); רון מרגולין "פניו השונים של המיתוס היהודי: מן המקרא ועד להפנמתו הרעיונית בחסידות" בתוך **מיתוס, ריטואל ומיסטיקה – מחקרים לכבוד פרופסור איתמר גרינוולד** 137 (גדעון בוהק, רון מרגולין וישי רוזן-צבי עורכים, התשע"ד). ראו גם: Eli Wiesel, *Myth and History, in MYTH, SYMBOL AND REALITY*: Mircea Eliade, *MYTH AND REALITY* 1-20. השו"ג: 20-30 (Alan M. Olson ed., 1980) (1964). למעמד היוקרתי המיוחס לסיפורי ראשית, כפי שמשקפת בפתיה לתיאור הקצצה "בראשונה", ראו שם, 36-38, והשו"ג בהרחבה: G.S. Kirk, *MYTH – ITS MEANING AND FUNCTIONS IN ANCIENT AND OTHER CULTURES* 8-31 (1970). ל"קרע" שבין הזמן המיתי לבין הזמן המדעי, ראו שמואל שקולניקוב **תולדות הפילוסופיה היוונית: הפילוסופים הקדם-סוקראטיים** 25-31 (1981). כעין זה הוראת המילה "משל" בעברית המקראית, ראו דברים כח 37: "והיית לַשְׁמָה, למשל ולשנינה"; מנחם צבי קרדי "משל (2)" **מילון העברית המקראית** 676 (התשס"ו). כמוה ה"אגדה" שאינה אלא ההגדה – מסורת ישראל מייחסת משמעות היסטורית להגדה של פסח, אף שהתייחסה באופן שונה ל"אגדתא" התלמודית, שכן "אין למדין מן האגדות", ירושלמי, פאה ב, ו (ז ע"א), חגיגה א, ח (עו ע"ד). למשמעות של האגדה כסוד "אגוד" וקשור, שאינו ניתן לפרשנות פשטנית, ראו: ברכיהו ליפשיץ "אגדה ומקומה בתולדות תורה שבעל-פה" **שנתון המשפט העברי** כב 233, 241-248 ובהערה 29 (התשס"א-התשס"ג). אך השו"ג מנגד יהודה ליבס **עלילות אלהים: המיתוס היהודי – מסות ומחקרים** 7-33 (התשס"ט), וכן במילון אוקספורד לשפה האנגלית: "Myth", THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY 177 (2nd ed., 1991): 1.a.: "a purely fictitious narrative" מקום להשוות מיתוס זה למיתוס על השותפות הקניינית, שמקורו בחשיבה היוונית הקדומה, דרך כיתות קדומות דוגמת תנות האיסיים והנוצרים הקדומים, והמהדהד בתיאוריות של הקניין במשפט הטבעי אצל גרוטיוס וג'ון לוק – שכן המעבר משותפות זו להכרה בזכות הקניין נזקק להסכמה מכללא, ראו: Peter Garnsey, *Thinking About Property – From Antiquity to the Age of Revolution* 3, 6-27, 31-83, 136-139 (2007) מסורת חז"ל מתארת איסור גזל החל על אדם הראשון כבר בגן עדן, דבר שמניח קיומה של זכות קניין פרטית, בבלי, סנהדרין נו ע"ב.

הירושלמי מתאר השתלשלות – היסטורית, ¹⁷ משוערת, מושגית ¹⁸ או אחרת – של דרכי הקניין במקרקעין על גלגוליהן השונים. על פי תיאור זה, השלבים הראשונים של התפתחות דרכי הקניין נעדרים כל סממן של העברת שליטה בנכס. דרכי קניין סמליות אלו – בעיקר מעמד ה"קצצה" ¹⁹ המתואר במסורת זו – מושתתות על הנצחת המעמד בעיני הציבור, והן חושפות את הבסיס החברתי-אפיסטמי של מוסד הקניין במקרקעין:

17 הרב הרצוג ייחס למסורת זו של מעמד הקצצה "סימני היכר של מסורת היסטורית": RABBI .DR. ISAAC HERZOG, *THE MAIN INSTITUTIONS OF JEWISH LAW*, Vol. 1, 138 (2nd ed., 1965). בעודו מסביר את שתיקת המקרא מדרך קנייה זו בהיותה מנהגית (customary) בלבד, שם, 139. עם זאת, סדר הזמנים הפנימי של התיאור שבירושלמי דלהלן אינו מסתדר: אברהם קונה את המערה בכסף הרבה לפני מעשה הקניין של בועז. פרט לאזכור אחד בתוספתא ובמקבילה במדרש רות רבה, להלן בה"ש ²¹, אין תיעוד להליך זה של "קצצה", וככל שירי משגת אין לו מקבילה בריאליה הקדומה, ואף ש"לא ראיתי אינה ראייה" יש לכך גם משקל לשתיקה הרועמת, השוו: מאיר מלול **קובצי הדינים ואוספים משפטיים אחרים מן המזרח הקדום** 59 (§§ e3, e2), 94 (39§), 118 (37§): "כי יקנה איש שדה, מטע או בית של חייל, דייג או אריס – ספר (מקנת) יבוטל ומכספו יסתלק; השדה, המטע והבית לבעליו שוב ישוב", ובהערה 95 שם: "מילולית: 'לוחו יישבר'", (§§ 38-41: אזכורים נוספים של קנייה בכסף ובשטר), 329 (עו-עז: "מלנה כסן) (= 90 שקל), מחירו המלא שקל [=האסמכתא של הירושלמי משקילת הכסף ברכישת מערת המכפלה אינה שונה מהותית מקטע זה; כל ההוספות בטקסט הן של המהדיר] (התש"ע-2010). וראו שם, 210-211 (6§) היררשות לבדיקה פומבית של זכויות רוכש מקרקעין ככל הנראה כדי לעמוד על השגות של בעלי זכויות נוגדות, אך לא כמעמד של העברת הזכויות עצמן, הנעשית בכסף: "כי... יחפוץ [איש?]... לקנות בכסף [שדה או בית] – טרם שאת השדה [ו]הבית בכסף [ייקנה], וציווה (את הכרוז) להכריז שלוש פעמים במשך ירח ימים בלב העיר אשור, וכן בלב העיר (שבה) השדה והבית שברצונו לקנות את הכרוז יצווה להכריז שלוש פעמים בוו הלשון: "את השדה ואת הבית אשר לפלוני בן פלוני באחרו של עיר זו [בכסף] חפץ אנוכי לקנות. מי אשר חפצים [לקנותם או לות]ובעם, יביאונא את לוחותיהם ולפני הפקידים יציגונא (אותם), יתבעונא, ינקונא (את הרכוש מתביעות אחרות) וייקחוןהו", ראו שם ההליך כולו. השוו גם: Robert C. Ellickson, Charles DiA Thorland, *Ancient Land Law: Mesopotamia*; 379-381 (1995) *Egypt, Israel*, 71 CHL-KENT L. REV. אני מודה לאחד הקוראים על הפניה אחרונה זו, כמו על הערות רבות יקרות ערך. המאמר משקף את עמדותיי, וכל שגיאה בו היא שלי.

18 לעניינינו חשובה ההבחנה שבין שאלתו של ההיסטוריון, הנשען על ממצאים אמפיריים, לשאלתו של התיאורטיקן, הן באפשרויות של התפתחות מושגית, ראו: Miranda Fricker *Rational Authority and Social Power: Towards a Truly Social Epistemology*, in *SOCIAL EPISTEMOLOGY: ESSENTIAL READINGS* 54, 58 (Alvin I. Goldman and Dennis Whitcomb eds., 2011).

19 ראו: ברכיהו ליפשיץ **משפט ופעולה – מונחי חיוב וקניין במשפט העברי** 220 (התשס"ב): "(1) הסכם", ושם בהערה 1 הוא מבסס משמעות זו – חוזה, תנאים, pactum, קיצה, קיצותא בסורית – ורוחה את פירוש "כאילו הקצצה היא שבירת החבית שיש בה קליות ואגוזים. השבירה עצמה באה רק לצורך פרסום ההסכם, הקצצה, לציון קורת רוח או

בראשונה היו קונין בשליפת המנעל. הרא היא דכת'ויב] = זהו זה שכתוב] "וזאת לפנים בישראל" "על הגאולה ועל התמורה שלף איש נעלו וגו'"²⁰ [...]

חזרו להיות קונים בקצצה. מהו בקצצה? בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו, היו קרוביו מבייין חביות, וממלין [= ממלאים] אותן קליות ואגוזים, ושוברין לפני התינוקות, והתינוקות מלקטין ואומ'רים: "נקצץ פל'ונין מאחזתו". ובשעה שהיה מחזירה לו היו עושין כך, ואומרים: "חזר פל'ונין לאחזתו (!) = לאחזתו"²¹.

בתיאורים אלה של שני השלבים הארכאיים של מעשה הקניין, פומביות המעמד היא אינהרנטית להעברת הזכויות – אם זו מפורשת בסוגיית הירושלמי ואם לאו. "שליפת הנעל" המתוארת במעשה של גאולת הנחלה שבספר רות נעשתה ברוב עם ובקהל רב: "נגד היושבים ונגד זקני עמי"²², לאחר שבועז לקח "עשרה אנשים מזקני העיר" והושיב

מורת רוח ממנו". דבריו נראים לגבי משמעות המילה קצץ – וכפי שהוא הראה "שמונחי ההתחייבות, הסכם והברית שבלשון העברים מצוינים כולם בלשונות של כריתה וחיתוך". ראו גם שם, עמ' 218, בהערה 6: "קניין הוא הבדלתו של החפץ הנקנה מן המוכר וזאת על-ידי העברתו אל הקונה". השוו גם ברכיהו ליפשיץ אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי 336–338 (התשמ"ח), שם הוא קורא את הברייתא שלנו כמתארת את התפתחות המשפט מהסכם בלבד לדרכי הקניין. מנגד, טענתי היא כי הן קצצה הן שליפת הנעל נועדו להעביר זכויות קניניות, ואין מדובר בהתחייבויות אובליגטוריות גרידא. לטענתי, הפרסום המודגש בכל הפרשיות המקראיות הוא חלק מהותי מתהליך זה ומתוקפו כמעמד המעביר זכויות קניניות במקרקעין. בהמשך דברי הירושלמי מבואר שטקס זה נקבע גם כאשר אדם נשא "אשה שאינה הוגנת לו" כדי לחקוק זאת בזיכרון. לפי הפרשנות שאני מציע, אף קורת הרוח או הסלידה מן העסקה הן חלק אינטגרלי מן התודעה החברתית המעצבת את הזכות הקניינית. ראו גם: HENRY SUMNER MAINE, ANCIENT LAW 268 (1864; reprinted: 1986): "Our instruments of conveyance are written, so that their language, well pondered by the professional draftsman, is rarely defective in accuracy. But an

ancient conveyance was not written but acted".
השוו גם בל ופרחומובסקי, מידע, לעיל ה"ש 1, בעמ' 251, והשוו שם, בעמ' 252.

20 רות ד 7.

21 ירושלמי, קידושין א, ה' א' ע"ג, וכעין זה במדרש רות רבה ז, ז (הפיסוק, מילוי המילים המקוצרות, וההוספות במוסגר הן בטקסט זה ובמובאות האחרות ברשימה זו הן שלי). ראו תוספתא כתובות ג, 3 (מהדורת ליברמן, עמ' 63): "נאמן אדם לומר [...] שאכלנו בקציצה של פלנית", הובאה בירושלמי, כתובות ב, י (כו ע"ד); השוו בבלי, כתובות כח ע"ב.

22 רות ד 4.

אותם בשערה.²³ בועז מעיד את הזקנים "וכל העם",²⁴ אלה הופכים לשותפים של ממש לתהליך העברת הזכויות – "ויאמרו כל העם אשר בשער והזקנים: עדים!".²⁵ מעשה שליפת הנעל עשוי היה לסמל את עסקת החליפין שביסוד העברת זכויות הקניין – אלא שפרוצדורה זו אינה משקפת בהכרח עסקת חליפין. בשני התלמודים אין תמימות דעים בין החכמים מי נתן למי את נעלו – הקונה למוכר או שמא המוכר לקונה,²⁶ והדבר אינו מוכרע גם מפשוטו של מקרא.²⁷ שליפת הנעל, כעין חליצת הנעל של יבם המסרב להקים שם ושארית לאחיו המת, אינה סמל הקשור בהכרח להחלפת טובין. תפקידו היה בעיקר טקסי-פומבי.

מנהג ה"קצצה" – ככל שהוא נהג בפועל – הבלית באופן מובהק את מרכזיותה של הפומביות בהעברת זכות הקניין במקרקעין. מעמד ציבורי זה נועד לשם חקיקת האירוע בזיכרון הקולקטיבי ובעיקר בזיכרוןם של בני דור ההמשך, הילדים – זה תפקידם של הקלילות והאגוזים.²⁸ בתיאור הקצצה, השינוי בתודעה הקהילתית שאֵלה הם מעתה מקרקעיו של פלוני, הוא המכונן את זכות הקניין בידי אותו פלוני: מעמד הקצצה נעדר

23 שם 2.

24 שם 9.

25 11. ובתרגום לפסוק 7, וזאת התעודה בישראל: "והכין נהגין למיקני בית ישראל חד מן חבריה קדם סהדיא"; רבי אברהם אבן עזרא (ראב"ע) שם: תעודה – "מגזירת עדות, על זה היו מעידים"; ר' יוסף קרא: "שלאחר שמעידים עדים שהקנה לו בקנין אין לאחר קנין כלום תרעומת". השוו: Bernard Jackson, *Law and Narrative in the Book of Ruth: A Syntagmatic Reading*, 27 JLA Stud.: Jewish Law and Literature 100, 132-134 (2017).

26 וגם במעשה "קניין הסודר", שהוא יורשו של "שליפת הנעל" המקראית, נחלקו חכמי התלמוד: בבלי, בבא מציעא מז ע"א. קניין סודר תקף גם כאשר הוא נעשה באמצעות כלי שאינו שווה פירוטה, זאת אומרת, גם שלא כנגד תמורה ממונית כלשהי, שם; משנה תורה, הלכות מכירה ה, ו; שולחן ערוך, חושן משפט, קצה, ב.

27 ראב"ע, לעיל ה"ש 25: "ונתן לגואל [...] והטעם שקבלת זה הנעל ונתת תחתיו גאולתך [...] ויש אומרים כי הגואל שלף נעלו ונתנו לבועז, והטעם כאשר נתתי לך זה הנעל כן הגאולה". השוו פירושיהם של רבי לוי בן גרשום (רלב"ג): "וכאילו יקנה המקנה הנעל ובקנותו הנעל היה מקנה לקונה הדבר ההוא מהקנין או מהחליפין", ושל ר' יוסף אבן כספי: "ואולם השולף היה בכאן הגואל, וכן כל מפשיט עצמו מדבר". פרשת הייבום והחליצה כורכת אף היא את זכויות המת בהכרה חברתית: מחד גיסא, כאשר "יבמה יבוא עליה ולקחה לו לאשה ויבמה" איז משתמרת רציפות תודעה ורציפות זכויות של המת באמצעות הבן אשר ייולד: "והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו, ולא ימחה שמו מישראל", דברים כה 5-6. ומאידך גיסא, כאשר ממאן היבם לשמר רציפות זו, חליצת הנעל נעשית "לעיני הזקנים" אשר בשער, ותו הקלון המלווה את האח החי – "ונקרא שמו בית חלוץ הנעל" – מעיד גם על מצב הזכויות בנחלת האח המת, שם 7-10. השוו ג'קסון, לעיל ה"ש 25, 128-132.

28 משנה, כתובות ב, א; השוו שם ב, י "ואלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן". השוו גם: משנה, בבא מציעא ד, יב ("לא יחלק החנווני קליות ואגוזים לתינוקות מפני שהוא

כל ביטוי סמלי לשליטת הרוכש על הנכס או לקיומה של עסקה פרטית כלשהי. העברת הקניין בדרך זו אינה מעשה פרטי. המעמד הציבורי הוא שהעביר באופן מובהק את הזכות, משום שהזכות נגזרה מן ההכרה הציבורית. מעמד הקצצה נועד לקבע בתודעה החברתית ש"קרה משהו", שדברים אינם כתמול שלשום – ותודעה זו היא שחוללה את השינוי הקנייני עצמו. הווי אומר, הקניין במקרקעין הוא עצמו נתפס כעניין תודעתי-הכרתי.²⁹ ההכרה כוננה את הזכות. הקהילה הכירה את השדה כשדהו של פלוני, ובכך היא קבעה את זכויותיו. מעבר הזכויות התרחש במרחב התודעתי הקולקטיבי משום שבסיס הזכות הקניינית במקרקעין הוא תודעתי.

רדוקציה מוחלטת זו של זכות הקניין לתודעה החברתית, כפי שהיא משתקפת במסורת ה"קצצה", עלולה להיראות קיצונית, אך למעשה הרעיון שבו הוא אימננטי לרכישת מקרקעין. מסורת זו מבליטה את ההבדל המהותי בין זכותם של בני-אדם במקרקעין לבין זכותם במיטלטליהם.³⁰ לא ראי קניין במיטלטלין – שניתן לשלוט בהם שליטה מלאה – כראי הקניינים במקרקעין, שלא קיימת בהם שליטה כזו, כפי שכבר הדגשנו.³¹ הכרה בזכויות קניין במקרקעין על פי תפיסה זו היא קונסטרוקציה חברתית שאינה רוכבת על שליטה מלאה בנכס בפועל, אלא על התודעה החברתית הקובעת שאלו הם מקרקעין של פלוני.

אך המשפט העברי לא השאיר את הקצצה כדרך מעשית לדורות להעברת קניין. השיקולים שהביאו לכך עשויים להיות מגוונים – לרבות התפתחות כלכלית וחברתית שלא אפשרה להישען על הזיכרון הקולקטיבי של בני הכפר. אך לא פחות מכך, המעבר מן המיתוס אל דרכי הקניין הקונקרטיות שאימץ המשפט העברי משקף התרחקות מן ההסתמכות על תודעה חברתית ומן הקוטב המושגי האפיסטמי. ההלכה לא נימקה את

מרגילן לבוא אצלו"; ירושלמי, פסחים י, א (לז ע"ב) ("במה משמחן? [...] וקטנים בראוי להם, כגון אגוזין ולוזין"); ובמקבילות.

29 השוו משנה תורה, הלכות טוען ונטען יא, א: "כל הקרקעות הידועות לבעליהן [...]". שינוי הכרתי זה משחק תפקיד קריטי בתהליך הגירושין, ראו משנה תורה, הלכות גירושין א, יג: "ואי אפשר שתהיה זו היום ערוה והבא עליה במיתת בית דין ולמחר תהיה מותרת בלא עדים"; בריס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 44-45.

30 השוו יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 106-116 (התשנ"ג) (להלן: ויסמן, כללי).

31 בעיה זו קיימת גם בדרכי קניין אחרות המוזכרות במשנה שם – אשר בכולן הקניין מבטא הסדר פונקציונלי, המשתקף באופן סמלי בהוכחה מוחשית, בשימוש (ביאה, קיום יחסי אישות, מכונה "תשמיש המיטה" בלשון חז"ל) או בערכו הסמלי של שימוש זה: "האשה נקנית בשלש דרכים בכסף, בשטר ובביאה", משנה, קידושין א, א; "עבר עברי נקנה בכסף ובשטר", שם, ב; "עבר כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה", שם, ג; "נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה", שם, ה. השוו יצחק ברנד "יש מאין": עסקאות בנכסים מופשטים במשפט התלמודי 343 ובהערות 317-319 וכן בעמ' 343 ובהערה 340 (התשע"ז); ליפשיץ, אסמכתא, לעיל ה"ש 19, בעמ' 334.

הַשִּׁנּוּי, אֲלֵא סַתְמָה: "חֲזֹרוּ לֵהִיּוֹת קוֹנִים בְּכֶסֶף, בְּשֵׁטֶר וּבְחֻזְקָה"³². מִבְּחִינָה מוֹשְׁגִית הַתְּמוֹרוֹת בְּדִרְכֵי הָעִבְרָת הַקְּנִיין מִבְּטָאוֹת מֵעֵבֶר מִתְּפִיסָה תוֹדַעֲתִית טְהוּרָה שֶׁל הַקְּנִיין לְרִכִּיבִים שֶׁל שְׁלִיטָה פוֹנְקְצִיוֹנָלִית. חֻזְקָה מִבְּטָאֵת שְׁלִיטָה – אִף שֶׁזוֹ צְרִיכָה לְשֵׂאת עֵרֶךְ פּוֹזִיטִיבִי, וְלֹא נִצְלָנוֹת גְּרִידָא; "נֶעַל גְּדֵר וּפְרִץ" – שֶׁהֵן אֲבוֹת הַטִּיפּוֹס שֶׁל חֻזְקָה זֹו – הֵן פְּעוּלוֹת שְׁנוּעְדוּ לְהַשְׁבִּיחַ אֶת הַנֶּכֶס כְּדֶרֶךְ בְּעֵלִים, וְלֹא דִי עֵבֹרָה בְּאִכִּילַת פִּירוֹת הַשְּׂדֵה בְּלִבְד³³. קְנִיין הַכֶּסֶף מִסְמַל אֶת הַתְּמוּרָה בְּעַד הַשְׁוִי שֶׁל זְכוּת הַשִּׁמוּשׁ וְהַשְׁלִיטָה הַמַּעֲשִׂית בְּמִקְרָקֵיין.³⁴ מַעֲשֵׂה קְנִיין בְּאִמְצָעוֹת שֵׁטֶר הוּא שֶׁמִּשְׁמֵר אֶת רַעִיוֹן הַשִּׁנּוּי הַתוֹדַעֲתִי, אֲךָ מִבְּחִינָה פוֹנְקְצִיוֹנָלִית הוּא מִשְׁמֵשׁ רֵאִיָּה – גַּם אִם רַק לְשַׁעֲתוֹ – שֶׁבְּכּוּחָה לְהַגֵּן עַל הַנֶּכֶס מִפְּנֵי תוֹבְעִים. הַפְּקֵדַת הַמִּסְמָךְ הַמַּעֲיֵד שֶׁשׁוֹב אֵין מְדוּבָר בְּמִקְרָקֵיין שֶׁל פְּלוֹנִי אֲלֵא שֶׁל פְּלוֹנִי הַרוֹכֵשׁ, בִּידֵי אוֹתוֹ רוֹכֵשׁ – הִיא שֶׁמַּעֲבִירָה אֵלָיו אֶת הַזְכוּיוֹת הָאִמּוֹרוֹת. מַעֲתָה רוֹכֵשׁ זֶה יוֹכֵל לְהוֹכִיחַ לְכוּלֵי עֵלְמָא אֶת הַמַּצֵּב הַחֲדָשׁ: אֶת זְכוּתוֹ לְשַׁבֵּת בְּמִקְרָקֵיין וְלְהַשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם בְּאוֹפֵן בְּלַעֲדִי, אִף כִּנְגַד טַעֲנוֹתָיו שֶׁל מִי שֶׁהִיא מוֹכֵר עַל יַדֵי הַחֲבֵרָה כְּבַעֲלִים שֶׁל הַנֶּכֶס – הַמוֹכֵר.³⁵ הָעֵדוֹת הַמוֹחֲשִׂית עַל אִוְדוֹת הַזְכוּת מְכוֹנְנַת אֶת תּוֹקֵף הַזְכוּת עֲצֻמָּה.³⁶

אֲלֵא שְׁקִימוֹ שֶׁל הַמִּיתוּס לֹא הִיָּה לְשׁוּא. רִכִּיב הַפּוֹמְבִיּוֹת לֹא נֶעַלְם עִם הַמַּעֲבָר מִן הַמִּיתוּס אֶל הַמַּעֲשֵׂה. פּוֹמְבִיּוֹת מַעֲשֵׂה הַקְּנִיין בְּמִקְרָקֵיין תּוֹפֶסֶת מְקוֹם מְרִכְזֵי בְּסִיפּוֹרִים הַמִּקְרָאִיִּים – גַּם כֹּאֵלָה הַמִּתּוֹאֲרִים בִּירוּשָׁלַיִם כְּכֹאִים לְאַחַר תּוֹם הַשִּׁמוּשׁ בְּקֻצְצָה. אֲבֵרָה

- 32 יְרוּשָׁלַיִם, לְעֵיל ה"ש" 21.
- 33 מִשְׁנָה, בְּבֵא בְּתָרָא ג, ג; מִשְׁנָה תוֹרָה, הַלְכוֹת מְכִירָה א, ח; שׁוֹלְחַן עֵרוֹךְ, חוּשֵׁן מִשְׁפָּט, קֻצְצָב, א.
- 34 נִחְלָקוּ הַפּוֹסְקִים אִם מַעֲשֵׂה קְנִיין בְּאִמְצָעוֹת כֶּסֶף צְרִיךְ לְשַׁמֵּשׁ גַּם חֶלֶק מִן הַפִּירְעוֹן בְּפּוֹעֵל שֶׁל הַתְּמוּרָה אוֹ שֶׁהוּא נִשְׂאָר בְּמִישׁוֹר הַסְּמָלִי-פּוֹרְמָלִי גְּרִידָא, רֵאוּ שׁוֹלְחַן עֵרוֹךְ, חוּשֵׁן מִשְׁפָּט, קֻצְצָב; ב; ס"מ"ע ס"ק א, ט"ז.
- 35 אוֹמְנָם הַהֲלָכָה אֵינָה מַחִיבַת שִׁשְׁטָרוֹת אֵלָה יִהְיוּ עֲמִידִים אוֹ קְבִילִים כְּרֵאִיָּה בְּעֵתִיד. שֵׁטֶר קְנִיין, וּכְמוֹהוּ גַם גֵּט אִישָׁה, שֶׁבּוֹ הִיא "קוֹנָה אֶת עֲצֻמָּה" (כְּלָשׁוֹן הַמִּשְׁנָה, קִירוּשֵׁין א, א), יְכוּלִים לְהִיכְתֹּב עַל הַנִּייר וְאִף עַל הַחֶרֶס (שְׁנִיתָנִים לְמַחִיקָה) אוֹ עַל עֵלָה שֶׁל זֵית (שֶׁהוּא דָּבָר כִּלְהוֹ). אֲךָ הַלְכָה זֹו מְבַלִּיטָה שְׂרִי ב"רֵאִיָּה לְשַׁעֲתָה" – קְרִי, בְּמִסְמָךְ אוֹבִיִּיקְטִיבִי הַמוֹדִיעַ לְנוֹ אֶת כּוּחוֹ שֶׁל רוֹכֵשׁ הַזְכוּת בְּנֶכֶס – כְּדִי לְכוֹנֵן אֶת הַזְכוּת, וְאֵין הָעִבְרָת הַזְכוּת נִשְׁעֶנֶת בְּהַכְרַח עַל מִסְמָךְ רֵאִיִּיתִי הַצּוֹפֵה פְּנֵי עֵתִיד. רֵאוּ: בְּבִלִי, קִירוּשֵׁין ט ע"א; כו ע"א ("בְּשֵׁטֶר כִּיִּצְדָּ? כְּתַב לוֹ עַל הַנִּייר אוֹ עַל הַחֶרֶס"); מִשְׁנָה תוֹרָה, הַלְכוֹת אִישׁוֹת ג, א ("וְאֵם קִידֵשׁ בְּשֵׁטֶר כּוֹתֵב עַל הַנִּייר אוֹ עַל הַחֶרֶס אוֹ עַל הָעֵלָה וְעַל כָּל דָּבָר שִׁירְצָה"); מִשְׁנָה תוֹרָה, הַלְכוֹת מְכִירָה א, ז ("כִּיִּצְדָּ בְּשֵׁטֶר? כְּתַב לוֹ עַל הַנִּייר אוֹ עַל הַחֶרֶס אוֹ עַל הָעֵלָה"). הַשׁוֹ יִרְמִיָּה לִב 14: "לְקוֹחַ אֶת הַסְּפָרִים הָאֵלֶּה [...] וְנִתְתַּם בְּכִלֵי חֶרֶשׁ, לְמַעַן יַעֲמְדוּ יָמִים רַבִּים".
- 36 מִיכָאֵל בְּרִיס "מְבוֹא לְדִינֵי קְנִיין: אִישִׁיוֹת, תּוֹעֵלַת וְאִפְסוֹת" מִשְׁפָּטִי אֲרִץ כֶּרֶךְ ג: קְנִיין וּמַסְחָר 19 (עֵדוֹ רְכִנִּיץ עוֹרֵךְ, הַתְּשׁ"ע) (לְהֵלֶן: בְּרִיס, מְבוֹא); בְּרִיס, הַמְּטַפִּיזִיקָה, לְעֵיל ה"ש" 8, בַּעַמ' 51-53.

רוכש את מערת שדה המכפלה "לעיני בני חת בכל באי שער עירו".³⁷ ירמיה הנביא רוכש את השדה של חנמאל (בן) דודו "לעיני כל היהודים היושבים בחצר המטרה".³⁸ ובהלכה הבתר-מקראית גם לצידה השני של אותה מטבע: אין תוקף במשפט העברי למתנה נסתרת במקרקעין ("מתנתא טמירתא") גם בהיעדר דרישה קונסטיטטיבית של עדות בעסקה כזו.³⁹ לאורך הדורות נתקנו תקנות בקהילות ישראל שבגולה שנועדו להבטיח את פומביות הקניין ואת ודאותו – לרוב באמצעות רישום עסקאות, אך לעיתים גם באמצעות רישום זכויות.⁴⁰ ועם זאת, ככל שרעיון הפומביות הוא מרכזי לדיני הקניין

37 בראשית כג 18; והשוו רשב"ם, שם 4; רבי יוסף בכור שור, שם 20; רמב"ן, שם 11. ראו גם: יאיר הופמן **מקרא לישראל: ירמיה 620** (התשס"א): "לעיני... ולעיני... לעיני... – חוזר ומדגיש את התוקף החוקי של העסקה ואת הפומביות שניתנה לה. כאומר: גם מי שמפקפק בפרטי סיפורי קל לו לברר את אמיתותו", וכעין זה, בייחוד לאור מעמדו של אברהם כגר, ראו: Raymond Westbrook, *The Purchase of the Cave of Machpelah*, 6 *ISR. L. REV.* (1971) 29. ראו גם: Manfred R. Lehman, *Abraham's Purchase of the Machpelah and Hittite Law*, 129 *BULL. AM. SCH. ORIENT. RES.* 15 (1953); Gene M. Tucker, *The Legal Background of Genesis 23*, 85 *J. BIBLICAL LIT.* 77 (1966).

38 ירמיהו לב 12; קשרי המשפחה בין חנמאל לירמיה מעורפלים־מה, השוו שם, לב 6 ("חנמאל בן שלם דרך"), 9 ("חנמאל בן רדי"), 12 ("חנמאל רדי").

39 בעיקר כדי להגן על צד ג' ("לא מגבינן בה" [=אין גובים מכוחה]); בבלי, בבא בתרא מ ע"ב; משנה תורה, הלכות זכיה ה, א-ב: "הנותן מתנה [...] צריך שתהיה גלויה ומפורסמת, אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו אינה כלום", אף שהנימוק לכך הוא כדי למנוע הערמה; שולחן ערוך, חושן משפט, רמב, ג; חנינה בן־מנחם "מתנה טמירתא" **שנתון המשפט העברי יג** (התשמ"ז).

40 הרשב"א נשאל בכעין זה באמצע המאה י"ג – תחילת הי"ד, שו"ת הרשב"א ז, סה, מאשש תקנה "שיהא סופר מתא, כותב עיקר המיקח ותנאיו בפנקסו. ושיהא אותו הפנקס, נאמן כשני עדים, כדרך שנוהגים בפנקסי הערכאות".

ראו גם שו"ת הרשב"א שם, נט; ו, ז; ריטב"א, יבמות פט ע"ב, ד"ה "הפקר ב"ד" ("ומכאן סמך להכרזות שנהגו במלכותנו כי מפני שיש בו תיקון ללקוחות ולמוכרים מפקיעים זכותו של מערער מפני שלא מיחה"); שם כתובות ק ע"ב ד"ה "כי איצטריכא" ("אבל יש מקצת מקומות שהתנו בני העיר והגלוים בהכרזות").

על קיום דרישת רישום במרשם זכויות ניתן ללמוד מתקנות ניקולשבורג ומדינת מעהריץ, ואולי גם על שיטת רישום של זכויות בנוגע למקומות בית כנסת: "כל הבתים והאפוסיקאות יכתבו בפנקס הקהל, וצריך שיהא פנקס כזה לכל קהילה וקהילה, והם יתקנו מהו תוקפו החוקי של פנקסים. בפנקס המקומי היו כתובים גם המקומות בבית הכנסת", הרב ישראל שציפנסקי **התקנות בישראל** כרך רביעי: תקנות הקהילות, תקפו (התשנ"ג), על פי תקנות קהילת מעהריץ ס' רלח; ושם הערה 164, בשם תקנה של בעל הטורי זהב (ט"ז) בהיותו באיזמיר, שעל פיה המרשם המקומי גובר על עסקאות סותרות. ראו גם הגהות מרדכי, בבא מציעא, תנז-תנח:

גם כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני ג' אין יכול לחזור. דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד, ורבים הם שלשה כדאיתא פרק השולח, ואפילו יחיד

במשפט העברי ולמורשת שלו – במישור המעשי שוב לא ניתן לעשות רדוקציה של הזכות במקרקעין אל התודעה החברתית. הזכות קיימת בנפרד מן הרישום ומן הפומביות. אלה עשויים לשמש תנאי מתלה בלבד.⁴¹

מכאן הקושי של הפסיקה הרבנית בהבנת – שלא נאמר בקליטת – משטר הרישום הטהרני שנקבע בחוק המקרקעין הישראלי בתחילת דרכו, כפי שנתאר אותו בפרק הבא. אולם דווקא התנודות שבפסיקה הישראלית האזרחית המאוחרת יותר, כפי שאתאר בפרק השישי, ועימה הנסיגה מן החזון הטהרני של אספקלריה מאירה שאין בלתי, מקרבות באופן פרדוקסלי בין העמדות – ההלכתית והישראלית. אלה מבליטות את התמורות שחלו בתפיסות העומק של המשפט הישראלי על אודות המרשם ואף על אודות מהות הקניין הפרטי, כפי שאבקש להראות.⁴² חזון המרשם, כמו התיאור המיתי של קניין "הקצצה", שיקפו אידיאה אפיסטמית-קהילתית של הקניין במקרקעין, ושניהם פינו את מקומם לטובת המשגה של זיקה ישירה ואישית. זו המראה העברית שאני מבקש להציב בפני מראת הזכויות הישראלית. אך קודם לכן, שומה עלינו להבין את מהותו של מרשם המקרקעין על פי החוק הישראלי.

העושה על פי רבים [אין] יכול לחזור כגון נדר שנעשה ברבים או על דעת רבים כל שכן רבים עצמם. ולכן נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קניין במקום שיחיד צריך קניין – ושלשה טובי העיר חשובים כמו כל העיר.

וראו יחיאל קפלן "אי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי" **משפטים** כה 377 (התשנ"ה), ובהרחבה אצל קליינמן, לעיל ה"ש 11, 211–221 ובהערות 89–90, 95 לעדויות נוספות על צורך ברישום פורמלי כזה או אחר אצל השלטונות הנוכחים. התודעה החברתית שימרה את מעמדה המרכזי בכל הנוגע לשאלת נטל הראיה של המחזיק במקרקעין, במובחן מנטל הראיה בסכסוך הנוגע למיטלטלין. בעוד חזקת מיטלטלין נקבעת, בדרך כלל, על ידי שליטה בפועל: "כל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו אע"פ שהביא התובע עדים שהמיטלטלין האלו ידועין לו" (משנה תורה, הלכות טוען ונטען ח, א), במקרקעין חזקת הנתבע (במובן של כללי נטל הראיה) נקבעת על ידי התודעה החברתית: "כל הקרעויות הידועות לבעליהן [=זאת אומרת, שהן ידועות כשייכות למי שידוע בתור בעליהם], אע"פ שהן עתה תחת ידי אחרים, הרי הן בחזקת בעליהן" (משנה תורה, שם, יא, א). הרמב"ם מבליט בשפה סימטרית והפוכה את ההבדל בין מיטלטלין למקרקעין בקביעת נטל הראיה הנגזרת מן הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה". במושאים כמו מקרקעין, התודעה החברתית ("ידועות לבעליהן") היא זו המספרת את נרטיב היסוד של הסכסוך, ולא המצב הפיזי של הנכס. בדומה לכך, הדבר נכון גם במיטלטלין נוספים שאין במיקום שלהם כדי לקבוע נרטיב זה, מעמדם נקבע על ידי מה ש"ידוע לבעלים" [=ידוע בתור נכס של בעלים מסוים] – כגון במיטלטלים העשויים להשאיל ולהשכיר (משנה תורה, שם, ח, ג-י), כלים הנמצאים בידי אומן המתקן כלים מסוג זה (שם, ט, א-ג), בעלי חיים (שם, י, א-ד) ועוד.

עמד על כך גם הרב שלמה אישון "עסקת מקרקעין שלא נרשמה בטאבו" **תחומין** לו 381 (התשע"ו), אלא שלא פירט, וגם לא תיאר את המשמעות המושגית של השינויים בחוק הישראלי או בהלכה כפי שאני טוען לה במאמר זה.

ג. מרשם הזכויות הישראלי: חזון האספקלריה המאירה

כל שיטת רישום נותנת פומבי, באופן זה או אחר, להכרה החברתית בזכות קניינית של אדם. שטר מכר היוצא מתחת ידי הרוכש משמש עבורו ראיה נאמנה כי הקרקע היא שלו. תיעוד עסקאות במקרקעין ושימורן על ידי מנגנון ציבורי הוא מנגנון עתיק ביותר שנועד להוכיח זכויות במקרקעין.⁴³ באמצעותו יכול רוכש פוטנציאלי לעקוב אחר "אילן היוחסין" של הקרקע, לבחון אם אכן מוצעת לו עסקה כשרה – וכי המוכר הוא בעל הזכות במקרקעין. ניהול מרשם של עסקאות אלה הספיק כל עוד שרשור הזכויות היה יחסית קצר, ופשוט דיו. אך עם הזמן, הסתבר ששיטה זו קשה ליישום בשוק גדל"ן מודרני וכי הבידור של הזכות באמצעות בחינת העסקאות שנעשו בנכס בעבר עלול להיות יקר ומפותל ורווי אי-וודאות. באמצע המאה ה"ט, הציע מושל דרום אוסטרליה, רוברט טורנס, להפוך את היוצרות ולנהל את רישום הזכויות במקרקעין, במקום רישום העסקאות המבססות זכויות אלה.

החזון המונח בבסיס שיטת טורנס, הקרויה על שמו, הוא של יצירת מראה בהירה אשר תשקף באופן מדויק ובלעדי את מצב הזכויות הקנייניות במקרקעין, לפחות העיקריות שבהן.⁴⁴ שיטה זו נקלטה בארץ בשלבים – תחילה על ידי שלטונות המנדט, ולאחר מכן על ידי המחוקק הישראלי. אך נכון לקבוע כי בשעת כניסתו של חוק המקרקעין לתוקף בראשית שנת 1970, ובשלושת העשורים שלאחר מכן, גישה זו שאפה לשכלל מרשם אשר ישקף את הזכויות במקרקעין באספקלריה מאירה. טענתי היא שהסדרי החוק, והפסיקה שנתנה תוקף קשיח להסדרים אלה, מייצגים את הקוטב האפיסטמי-חברתי של זכות הקניין במקרקעין כרעיון המכוון שלו.

אבאר דבריי. שיטת רישום זכויות מבוססת על שני עקרונות: עקרון "המראה" מדגיש שהמרשם מקיף את כל העובדות המהותיות הנחוצות לקבוע את זכותו של הבעלים במקרקעין;⁴⁵ עקרון ה"מסך" מדגיש שמבחינתם של הרוכשים, מרשם המקרקעין

43 אליקסון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 383-387.

44 ויסמן, כללי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 290, 300-301; חיים זנדרבג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל**, 199-200, 335-338 (2000) (להלן: זנדרבג, הסדר); הנ"ל "הסתמכות על מרשם זכויות – חזון לעומת מציאות" **עלי משפט** ב 273 (התשס"ב) (להלן: זנדרבג, הסתמכות); Theodore R.F. Ruoff, *An Englishman Looks at the Torrens System*; (1957) 16-31. לתכליות מרשם המקרקעין ראו בהרחבה גם רונית לוינ'שנור **דיני רישום מקרקעין: הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית** 37-88 (התשע"ב).

45 רואוף, שם, בעמ' 16 (ההדגשה במקור):

[T]he *mirror* principle under which the register book reflects all facts material to an owner's title to land. Nothing that is incapable of registration and nothing that is not actually registered appears in the picture but the information that is shown is deemed to be both complete and accurate.

הוא מקור המידע הבלעדי שהוא רלוונטי לזכויות שהם מבקשים לרכוש בכנס. הם אינם נדרשים לתור אחר קיומן האפשרי של זכויות במקום אחר. התמונה המתקבלת על ידי המרשם צריכה להיות ברורה, ונקייה מזכויות שבושר ודומותיהן העלולות לטשטש תמונה זו.⁴⁶ דימויים אלה שבהם תואר המרשם – מראה ומסך, כמו גם "תמונה בהירה" של מצב הזכויות לעומת כוז שהיא "עמוסה ומבולבלת" (cluttered) – הן מטפורות הכרתיות מובהקות, המחזקות את הניתוח האפיסטמי של יסודות אלה. מקרקעין הם בבעלותו של פלוני אם ורק אם הם רשומים על שמו במרשם זה.

מעבר ליתרונות המעשיים שבשיטת מרשם זכויות, טענתי היא שהוא מסיט את מרכז הכובד המושגי אל רעיון הפומביות עד כדי התלכדות הזכות הקניינית עימו. הרישום מייצג את עקרון הפומביות – את יכולתו של כל אחד לעיין בו ולדעת מה מצב הזכויות בכנס. פומביות זו מגינה על רוכשים ונושים פוטנציאליים וגם על הבעלים עצמו – מפני פגמים קדומים בזכויותיו, אך קיים בה גם ערך נוסף: היא מייצגת את התודעה החברתית הקולקטיבית.⁴⁷ מבחינת התוכן המעשי של הזכות הקניינית, הקביעה של החוק נותרה מוכרת. אך ההסדרים של כינון הזכות ושל העברתה – כיצד מקרקעין הופכים להיות "שלי" או "שלך", וממילא גם מה פירושו של דבר שמשהו הוא אכן "שלי" או "שלך" – חושפים תפיסת עומק שונה מכל מה שקדם לחוק.

46 שם, בעמ' 16-17 (ההדגשה והאיות, במקור):

[T]he *curtain* principle which emphasises that so far as a proposing purchaser is concerned, the register book is the sole source of information about the legal title so that he neither need nor may look behind it. To clutter the picture with trusts and 'obscure equities', for example, is an evil and is forbidden.

המשפט הישראלי לא אימץ את עקרון הביטוח של שיטת טורנס, שם עמ' 17, 32-40; והשוו קריאתו של השופט מלצר בע"א 624/13 אסתר מורדכיוב נ' שלמה מינץ (נבו, 4.8.2014; להלן: פרשת מורדכיוב). עקרון הביטוח שייך לשיקולים מנהליים בעיקר, ואינו משמש חלק מן התודעה החברתית המכוננת את הבעלות ומחוללת את העברתה. השמטתו מבליטה את ההבדל בין שני סוגי השיקולים – התודעתי מול המנהלי. ראו: זנדברג, הסתמכות, לעיל ה"ש 44, 273-275; השוו גם חנוך דגן "תקנת השוק כביטוח" ספר יהושע ויסמן 15 (רפנה לוינסון-זמיר ושלום לרנר עורכים 2002).

47 השוו מיגל דויטש קניין כרך ג 191 (התשס"ו) (להלן: דויטש, קניין ג): "המעשה הטכני נושא עמו משמעויות ערכיות חשובות. שכלולה של הזכות יוצר את המימד הפומבי לזכות, אשר מאפשר הגנה רבת-עוצמה עליה, בהתחשב בכך שצדדים שלישיים יכולים לבדוק את מצב הזכויות כתוצאה מכך, ולהימנע מפגיעה בזכות" (הדגשה במקור). ראו גם: לויין-שור, לעיל ה"ש 44, בעמ' 4: "למידת הפומביות שבהליך גיבוש הזכות משקל רב בקביעת עוצמתה הקניינית"; ושם בעמ' 12-13 "מתוך התכליות צריכה להיגזר מידת הפומביות" (הדגשה במקור); ובהערת שוליים 23. טענתי היא שפומביות זו אינה רק מאפשרת את ההגנה על הזכות או מחזקת אותה מתוך ראייה אינסטרומנטלית, אלא מכוננת אותה.

שיטת רישום הזכויות – שיטת טורנס – הונהגה בארץ ישראל על ידי שלטונות המנדט בשנת 1928, אך לא במלוא משמעותה. המחוקק המנדטורי השאיר מקום לזכויות קנייניות שביושר מחוץ למרשם המקרקעין.⁴⁸ היה זה המחוקק הישראלי שביקש לממש ככל הניתן את החזון האוטופי של שיטת רישום זו וקבע, לפני קצת למעלה מיובל שנים, הסדרים חדשים לביצור המרשם של זכויות הקניין העיקריות במקרקעין.⁴⁹

על פי לשון החוק, עסקה במקרקעין – הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין – נגמרת רק ברישום, ורישום זה משקף באופן חותך את מצב הזכויות של מקרקעין מוסדרים. המחוקק הישראלי ביצר את מעמדו הראיתי של מרשם המקרקעין והפך אותו לחלוט.⁵⁰ המחוקק גם ביטל את דיני היושר האנגליים:⁵¹ סעיף 160 לחוק סתם את צינור הייבוא של דיני היושר דרך סימן 46 לדבר המלך; סעיף 161 לחוק, שהוכתר "ביטול דיני היושר", קבע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק".⁵² הונהגה תקנת שוק במקרקעין, המגינה על בעל הזכות הרשומה (ולא על המחזיק שאינו רשום), ובוטלו זכויות נוספות שמקורן בחזקה ולא ברישום. השילוב של מכלול יסודות אלה – ריקון חוזה המכר מערכו הקנייני, ביצור המרשם כראיה חלוטה, וביטול זכויות מן היושר שלא השתקפו במרשם – הפכו את הרישום עצמו למקור אוטונומי לזכויות קנייניות.⁵³

התמונה העולה מכל אלה היא של שאיפה לאידיאה של מרשם, ושל צחצוחו כאספקלריה נקייה ובהירה של הזכויות העיקריות שבמקרקעין. כאמור, היסודות הונחו אף קודם לכן, ויש שיראו בהסדרים החדשים של החקיקה הישראלית שיפורים טכניים בלבד של מנגנון הרישום שהיה קיים זה מכבר.⁵⁴ גם אמת הדבר, שהחזון האוטופי של מראה מבהיקה אשר ניתן יהיה להסתמך על המשתקף בה בביטחון מלא נותר רחוק

- 48 זנדברג, הסדר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 188-189.
- 49 בניית המרשם נשענה כאמור על נדבכים קודמים. במלאכת נמלים עקבית ומתמשכת עמלו פקידי המרשם לאתר ולרשום את בעלי הזכויות במקרקעין. הרישום כשלעצמו לא התיימר להיות כלי להקצאת זכויות קניין או ליצירתן. אך השאיפה ליצור זהות בין בעל הזכויות הרשום לבעל הזכויות למעשה – ובמילים אחרות, הטמעת הזכויות הקנייניות העיקריות כולן אל תוך המרשם – הוא העיקרון המארגן של שיטת טורנס.
- 50 ס' 125 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969.
- 51 ויסמן, כללי, לעיל ה"ש 30, 31; דויטש, קניין א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 61.
- 52 ראו גם מוטי בניאן דיני מקרקעין – עקרונות והלכות 57-58 (2002).
- 53 תקנת שוק במקרקעין (ס' 10) מעניקה יתרון למי שרושם את הזכות (ס' 9) ומחזקת בכך אף היא את כוחו של הרישום; בוטלו זכויות שמקורן בחזקה ולא ברישום (התיישנות, זכות המקיים במקרקעין הזולת); התחייבות לעשות עסקה יש לה תוקף חוזי (ס' 7(ב)) אך אין לה תוקף קנייני (כפי שנפסק בפרשת בוקר שתידון להלן).
- 54 השו: זנדברג, הסדר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 77-78.

מִמִּיּוֹשׁ בְּהִיבְטִים מַעֲשִׂים חֲשׂוּבִים, כְּפִי שֶׁכִּבֵּר הַצְּבִיעוֹ עַל כֵּךְ בְּמַחְקֵר.⁵⁵ אֵךְ מִבְּחִינָה מוֹשְׁגִית הַתְּחוּלָּה מֵהַפִּיכָה שֶׁל מִמְשׁ. מֵרֶכֶז הַכּוֹבֵד שֶׁל הַרִישׁוּם נַעֲקֵר מִן הַמִּיּוֹשׁ הַמְּנַהֵלִי – כִּלְפֵי "הַמַּלְכוּת" בְּלִשׁוֹן הַפְּסִיקָה הַרְבֵּנִית שֶׁקֹּדֶמָה לְחֻק הַמִּקְרָקֵיין, כְּפִי שֶׁנִּרְאָה לְהֵלֵךְ בְּפֶרֶק הַבֵּא. בְּעוֹד חוּזָה הַמְּכִירָה נוֹתֵר אוֹבְלִיגַטוֹרִי – הַתְּחִיבּוֹת לַעֲשׂוֹת עֶסְקָה – הַזְּכוּיּוֹת הַקְּנִיִּינִיּוֹת בְּמִקְרָקֵיין עוֹבְרוֹת בְּאִמְצָעוֹת הַמֵּרֶשֶׁם וּבְאִמְצָעוֹתוֹ בְּלִבְד. הַקּוֹטֵב הַתּוֹדַעֲתִי-חֲבֵרְתִי הַתַּעֲצֵם לַעֲמוֹד הַתּוֹךְ שֶׁל הַקְּנִיִּין בְּמִקְרָקֵיין.⁵⁶

דְּרִישָׁה חֲמוּרָה זוֹ שֶׁל מֵרֶשֶׁם הַמִּקְרָקֵיין, וְעִימָה עֲלִיוֹנוֹת הַמּוֹדֵל הָאִפִּיסְטִמִּי-חֲבֵרְתִי שֶׁל זְכוּיּוֹת הַקְּנִיִּין, בְּאוֹת לִידֵי בִּיטוּי בְּהִלְכַת בּוֹקֵר שְׁנִיתָנָה זְמַן קֶצֶר יַחֲסִית לְאַחַר כְּנִסֵּית הַחֻק לְתוֹקֵף, וְאִשֶׁר עֲמָדָה בְּעִינָה כְּשֵׁנוֹת דוֹר. שֵׁם אִישׁ שֶׁבֵּית הַמִּשְׁפָּט "כִּי הַבְּעֻלוֹת אוֹ זְכוּת אַחֲרַת בְּמִקְרָקֵיין מוֹקְנִית רַק עַל יְדֵי רִישׁוּם"; כֵּל עוֹד לֹא נִגְמָרָה בְּרִישׁוּם רּוֹאִים בְּהַ רַק עֶסְקָה אוֹבְלִיגַטוֹרִית.⁵⁷ הַמִּשְׁמָעוֹת הַמַּעֲשִׂית הַיִּיתָה שְׁמִי שֶׁרֶשֶׁם אֶת זְכוּיּוֹתוֹ בְּדִירַת מְגוּרִים גּוֹבֵר עַל מִי שֶׁרַכַּשׁ אֶת הַדִּירָה אֵף קוֹדֵם לְכֵן, אֲלֵא שֶׁלֹּא רֶשֶׁם זֹאת בְּמֵרֶשֶׁם הַמִּקְרָקֵיין. מִבְּחִינָה מוֹשְׁגִית, הַלְכַת בּוֹקֵר הַרְאָתָה שֶׁהַמְּחֻקֵּק הַיִּשְׂרָאֵלִי בִּיקַשׁ לְהַעֲמִיד אֶת

55 הַמֵּרֶשֶׁם אֵינּוּ מִשְׁקָף שְׁכִירּוֹת קֶצֶר מוֹעֵד, זִיקוֹת הַנֶּאֱחָה, הוּא אֵינּוּ עֲרוּבָה לְנִכְוֹנוֹתָם שֶׁל צְוִי יְרוּשָׁה, וְעוֹד. גַּם כּוּחוֹ הָרְאִיִּיתִי שֶׁל סְעִיף 125 הוֹכֵפֵף לְתִנְאִים שֶׁל תְּקֵנָה הַשּׁוֹק שְׁבַסְעִיף 10. רֵאוּ: וִיסְמֵן, כִּלְלִי, לְעִיל ה"ש 30, בְּעַמ' 299-301; דוִיטֵשׁ, קְנִיִּין ג', לְעִיל ה"ש 47, עַמ' 337 (בְּהַעֲרָה 7); עַל הַמִּשְׁמָעוֹת הַמַּעֲשִׂוֹת מֵרַחֲיֻקוֹת הַלְכַת שֶׁל "פֶּעֶר הַמֵּרֶשֶׁם" רֵאוּ גַם בְּהַרְחֵבָה: זֶנְדֵּרְבֵּרְג, הַסְּתַמְכוּת, לְעִיל ה"ש 44, בִּיחּוּד 277-278. לְדַבְּרִיּוֹ, שֵׁם, עַמ' 61 הַעֲרָה 51: שִׁיטַּת הַשְּׂרִיּוֹן הַרְחוּי (deferred indefeasibility) הֵיא "אַחַד הַבְּקִיעִים הַמֵּרְכּוּזִים בְּמִסְךְ הַשְּׂרִיּוֹן שֶׁל הַמֵּרֶשֶׁם". רֵאוּ גַם הַעֲרָה 63 לְהֵלֵךְ.

56 בֵּל וּפְרַחוּמוֹבְסְקִי הַדְּגִישׁוֹ אֶת חֲשִׁיבוֹת הַיֵּדַע עֲבוּר עֲרֻכּוֹ שֶׁל הַנֶּכֶס, אֵךְ לֹא זִיְהוּ אֶת זְכוּת הַקְּנִיִּין עִם יֵדַע זֶה: בֵּל וּפְרַחוּמוֹבְסְקִי, מִיֵּדַע, לְעִיל ה"ש 1, בְּעַמ' 241 (הוֹסְפָה שְׁלִי, מ"ב): [T]he simple idea [is] that the value of title to property rights vitally depends on the degree to which it is known by people in the world [...] Knowledge about title to property rights is crucial to enjoying their value. If one "owned" an asset, but nobody knew about the ownership, its value would be deeply compromised.

בֵּל וּפְרַחוּמוֹבְסְקִי גַם הַדְּגִישׁוֹ אֶת הָעֶרֶךְ שֶׁל הַמִּיֵּדַע בְּאִמְצָעוֹת הַמֵּרֶשֶׁם, שֵׁם, בְּעַמ' 163-244; אֵךְ רֵאוּ הַסְּתִיגוֹתֵם מִמִּשְׁטֵר שֶׁל מִיֵּדַע מוֹשְׁלֵם, שֵׁם, בְּעַמ' 242, 263-277. הַשּׁוּוֹ: Ernest Sosa, *Social Roots of Human Knowledge, in ESSAYS IN COLLECTIVE EPISTEMOLOGY* 167, (Jennifer Lackey ed. 2014) 167-178; בֵּל וּפְרַחוּמוֹבְסְקִי, מִיֵּדַע, לְעִיל ה"ש 1, בְּעַמ' 276-275.

57 בְּר"ע 178/70 בּוֹקֵר נ' חֲבֵרָה אֲנַגְלוֹ יִשְׂרָאֵלִית לְנִיְהוּל וְאַחֲרִיּוֹת בְּע"מ, פ"ד כה(2) 121, 127 (לְהֵלֵךְ: הַלְכַת בּוֹקֵר). שֵׁם גַּם הוֹדַגֵּשׁ כִּי הַחֻק בִּיטֵל אֶת דִּינֵי הַיּוֹשֵׁר הָאֲנַגְלִיִּים, כְּרַלְעִיל ה"ש 51.

זכות הקניין על יסוד של תודעה חברתית וציבורית באופן בלעדי. בית המשפט הדגיש שהמרשם הוא "קונסטיטטיבי" לקניין.⁵⁸

רבדים שונים למילה זו ולתכונה זו של קונסטיטטיביות. מחד גיסא, הוא מבטא "העמדה" או "הצבה" של דבר, מלשון status או stature. אפשר לראות במרשם דבר המציב את הקניין על כנו, אשר בלעדיו הוא יתמוטט. הזכות הקניינית תלויה ועומדת בתנאי מתלה והכרחי עד להשלמת הרישום כמצוות המחוקק, ורק אז עומדת היא באופן יציב. אך ממד נוסף יש לתכונת הקונסטיטטיביות ולהוראתה בשפה (constitute, constitution): למילה זו גם משמעות של לכידות עם הדבר עצמו. היא מצביעה על רכיבים המרכיבים את הדבר השלם – אי אפשר להפריד בין רכיבים אלו לבין התוצר עצמו.⁵⁹ באנגלית היא מציינת את מסמכי היסוד של מדינה או של אגד מדינות – שאנחנו מכנים "חוקה" – ואף את מזגו האישי של אדם.⁶⁰ בכל אלה, קונסטיטטיביות אינה תנאי חיצוני אלא מתלכדת היא עם הדבר עצמו; זהו הרכבו.

המחוקק שקבע שהרישום במקרקעין הוא קונסטיטטיבי לרכישת זכויות בהם, קבע בכך שתודעה חברתית היא אינהרנטית לתהליך זה: שדבר הופך להיות שלך לא רק בתנאי שהחברה תדע שנכס מסוים הוא שלך, אלא משום שבתודעה החברתית הנכס הוא שלך. מה שהוא שלי הוא מה שהחברה מכירה אותו בתור שלי, כאשר המרשם הוא המרכב של "דיעה" חברתית זו.⁶¹ האפשרות לערוך רוויזיה של התודעה החברתית

58 כדברי השופט לנדוי בהלכת בוקר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 134: "סדר חדש זה הונהג למען תכלית חשובה, דהיינו הגברת ערכו המעמיד (הקונסטיטטיבי) של הרישום בפנקסי המקרקעין וחיזוק אמינותם של הפינקסים". השופט קיסטר תרגם את המונח קונסטיטטיבי בתור "יוצר זכויות", שם עמ' 127-128.

59 כמו במשפט: "flour, water and leavening constitute dough for bread" או בתיאור: "mortar constituted of lime and sand"; הדוגמאות הן מתוך הערך, "Constitute" RANDOM HOUSE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE – THE UNABRIDGED EDITION (1967), 314, ההדגשות הן שלי.

60 שם, ערך "constitution". השוו מילון אוקספורד, לעיל ה"ש 16, כרך ג 789, "Constitute": על פי דריידן, חיי פלוטארכוס: "one body of men constituted of many individuals".

61 היה מקום לבעל דין לחלוק על פרשנות זו מכוח הלשון של תקנה 8 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התש"ל – 1969, שעל פיה "רישום ייעשה על סמך שטר שנערך כדין על ידי הצדדים", כאשר נוסח השטר שקבע הממונה, מכוח תקנה 90 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשע"ב-2011, מדבר על העברת זכויות הקניין מהמוכר לקונה, לשון המשמרת את האופי הפרטי של העסקה ומייעדת לרישום תפקיד נלווה בתור תנאי מתלה, "השטר הזה מעיד [...] השטר הזה מעיד [...] מעבירים בזה ה"ה [...] לה"ה [...] את זכות הקניין במקרקעין המפורטים ברשימה דלהלן [...]". ראו: "הרשות לרישום והסדר זכויות מקרקעין" **משרד המשפטים** https://www.gov.il/BlobFolder/service/bill_of_sale/en_shtarmecher1.doc, אך אין בכוחו של מתקין תקנות לשנות את ההמשגה הנגזרת במישרין מחקיקה ראשית.

במקרים מתאימים נחוצה כשם שהיא נחוצה בתודעתו של היחיד. כך מתרחש כאשר מתברר שמדובר בזיוף או התחזות.⁶² רוויזיה זו מחזקת את התבנית האפיסטמית אף היא. ובאנלוגיה נוספת לתורת ההכרה – איכויות שונות של שיטות רישום ושל המסמכים עליהם הרישום מתבסס מובילות למדרג בזכויות הקניין, כשם שרמות שונות של צידוק הכרתי מאפשרות רמות שונות של תודעה.⁶³

פוסקי ההלכה הרבניים לא הכירו את המשגה האפיסטמית שביקש חוק המקרקעין הישראלי לייסד – או שלא הכירו בה. פסיקות אלה נשענו על דברי פוסקים שהתייחסו למרשם המקרקעין הבריטי, ולא לזה הישראלי – מבלי להבחין בין ההבדלים המושגיים והמעשיים שביניהם. בפרק הבא אתאר פסיקות אלה. אלא שלאחר שנות דור, הפסיקה הישראלית התרחקה אף היא מהלכת בוקר, וממילא מן התפיסה שזיהתה את קיומה של הזכות במקרקעין עם הפומביות שבמרשם. התמורות שבשתי מערכות משפט אלה – אימוץ מודל אידיאי של פומביות כמכוננת קניין, וההתרחקות ממנו – מקבילות. אך אין הן סינכרוניות, ומכאן פתח למה שנראה כטעות בהבנת מהותו ותפקידו של מרשם המקרקעין על פי החוק. אלא שבראיה סינופטית יש בתמורה האחת כדי ללמד על רעותה. שתי מערכות המשפט, העברית והישראלית, התמודדו עם הקושי שברדוקציה של תפיסת בעלות לתודעה החברתית, חיונית ככל שתהיה. הטיעונים שבשתי מערכות אלה שונים ואף הנסיבות שבהן עולה סוגיית המרשם לבחינה מחודשת שונות בתכלית. אך שתיהן התכנסו לנקודה אחת. שתי מערכות המשפט התרחקו מן המודל האפיסטמי, וביקשו להשתית את רעיון הקניין על תפיסה אישית של מושג הבעלות – על זיקה בין אדם לנכס שאינה ניתנת לרדוקציה לתודעה חברתית ולפעולות מנהליות המבקשות לשקף אותה. נפתח בהתייחסות הרבנית למרשם המקרקעין בתקופה הבריטית.

תקנה זו צריכה הייתה גם לייתר את הדיון בתוך המשפט העברי פנימה על אודות דיותו של רישום מקרקעין לשם העברת בעלות, שכן מקרקעין נקנים באמצעות שטר, והשטר המהווה עסקת יסוד במהלך הרישום עומד בכל דרישות ההלכה, ראו: מיכאל בריס "הרהורים אודות מעמד מרשם המקרקעין על פי ההלכה" משפטי ארץ ג: קניין ומסחר 224, 225-231 (עדרו רכניץ עורך, התש"ע).

62 ראו רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854 (1995); פרשת מורדכיוב, לעיל ה"ש 46.

63 כך, רישום עסקאות מספק רמה נחותה ויקרה של ידיעה חברתית, משום שהוא נשען על שרשראות ארוכות ומפותלות של זכויות. הליקוי שבשיטה זו הוא מעשי, אך גם אפיסטמי. גם מרשם זכויות מבחין בין רמת הידיעה של זכויות במקרקעין שאינם מוסדרים, שבהם המרשם מספק ראייה לכאורה, לבין מקרקעין מוסדרים – שבהם הראיה חותכת. במובן זה, אין הבדל בין המשגת הקניין בשוק מחנה יהודה, שם המקרקעין טרם הוסדרו, לבין בית הכרם המוסדר. הבריח התיכון של מרשמים אלה נותר רעיון הפומביות. ראו לעיל ה"ש 75, והשוו: זנדברג, הסדר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 77-78.

ד. השוללים: חזון איש והרב ש"ז אויערבך

מבין בעלי הסמכות ההלכתית של הדורות האחרונים, בולטות דמויותיהם של הרב אברהם ישעיה קרליץ, הנודע בכינוי ספרו "חזון איש", והרב שלמה זלמן אויערבך, בן זמנו הצעיר ממנו כשנות דור. לענייננו, שתי דמויות אלה שללו את הצורך ההלכתי ברישום מקרקעין כתנאי להעברת בעלות על פי המשפט העברי. זאת, בתמיכה לעמדה שהכשירה מכירת קרקעות לנוכרים כדי לאפשר לחקלאים יהודים להמשיך במלאכתם בשנת השמיטה, תוך שינויים המחויבים על פי ההלכה. במסגרת הפולמוס סביב "היתר המכירה", כפי שכונה, נטען שמכירה זו היא פיקטיבית בלבד, שכן היא אינה נרשמת בספרי האחווה (שקדמו למרשם המקרקעין) על שם הנוכרי שקונה את הקרקע. עמדתם של שני הפוסקים – לפחות באותו שלב – שללה טענה זו והכשירה עסקאות במקרקעין שלא הגיעו לכדי רישום. ושניהם הבליטו את הרכיב השלטוני-מנהלי שבדרישת הרישום. אלא שדבריהם יפים היו למרשם המקרקעין שקדם לחוק הישראלי, כפי שנראה, ולא למרשם שקבע החוק.

ד.1. חזון איש: "אין המלכות מקפדת"

עיון מדויק בדברי החזון איש, הכותב בשנת תרצ"ז (1938), כעשור לאחר המהפכה שעשו הבריטים בשיטת רישום הזכויות, חושף שדבריו מושתתים על תפיסה מנהלית של תפקיד מרשם המקרקעין:

והנה בארצנו אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה, ולא על הדיון בבית דין של ישראל. ואדרבה כשהבעלי דין חותמין הצהרה שהם מקבלים פלוני לדיין ביניהם הממשלה מאשרת אחר כך בדיניהם את הפסק דין של הרב שקבלו עליהם, והלכך כל קנינים שנעשו בין איש לרעהו צריכים לרון על פי דין תורה אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאב"ו [=אין אדם אוכל (פירות) של חלקת אדמה אלא בנאמצעות] איגרת הטאבו; על ניב זה ראו להלן, מכל מקום אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו.⁶⁴

64 חזון איש, חושן משפט, ליקוטים טז, ה; הגרשיים [=טאב"ו] במקור, והם משמשים כמירכאות, ולא לסימון ראשי תיבות (הספר פורסם ללא שם המחבר; מהדורת צילום תשנ"א). בערה בתחילת הסימן בעמ' 464: "נדפס בשנת השמיטה תרצ"ז בליקוטים שבספר מעשרות סי' י' ויש בזה חזרה מכמה פרטים בספר ב"ק סי' י' סק"ט" (=בספרו על בבא קמא חוזר בו החזון איש מכמה פרטים שקבע בליקוטים הנ"ל). החזרה נוגעת בעיקר למערכת היחסים שבין יהודי לנוכרי, חושן משפט, ליקוטים שם, אות ח, שם קבע שגם כלפי נוכרי "העיקר כדיני ישראל". בנקודה זו חזר בו החזון איש כפי שמובא בתמצית בספרו על הלכות שביעית, סימן כז אות ז: מכירה כזאת לנוכרי ללא רישום לא תוכל להיאכף על ידו "ואם היה הערבי

הַחֲזוֹן אִישׁ מֵתָאֵר אֶת הַצּוֹרֵךְ בְּרִישׁוֹם עֶסְקָה כְּאִינְטֵרְס שֶׁל הַמַּלְכוּת וּבַעֲבוּרָה – וּמִשׁוֹם כֵּךְ, הַיְעָדֵר רִישׁוֹם אִינּוּ מֵאִיִּין אֶת הָעֵבֶרֶת זְכוּיֹת הַקִּנְיִין. דְּבָרָיו אֵלֶּה הֵם פֶּרְפֹּרָה שֶׁל דְּבָרֵי הַתְּלָמוּד בְּהַקְשֵׁר אַחֵר: "וּמִלְכָּא אִמַּר לֹא לִיקְנִי אַרְעָא אֲלֵא בְּאִגְרָתָא" [=וְהַמֶּלֶךְ אָמַר: לֹא יִקְנֶה אָדָם אֲדָמָה אֲלֵא בְּשֵׁטֶר].⁶⁵ הוֹרָאָה זֹאת שֶׁל מֶלֶךְ פֶּרְס הַמְּאוֹזְכָּר בְּתְלָמוּד נִתְפַּסֵּת כְּנִעוּצָה בְּצוֹרֵךְ לְהַבְטִיחַ אֶת תְּשׁוּלֹם הַמָּס: "אִגְרָת סוֹפְרֵי הַמֶּלֶךְ כְּדֵי שֶׁלֹּא יוּכַל אָדָם לִגְנוֹב חֶק הַמֶּלֶךְ שִׁישׁ לוֹ עַל הַקְּרָקְעוֹת".⁶⁶ הַדִּיּוֹן הַתְּלָמוּדִי עוֹסֵק בְּמִקּוֹם שָׁבוּ בְּעֵלֵי הַשְּׂדוֹת נִיטוֹ לְהַעֲלִים מִיָּסִים, וְהַדְּרָךְ הַיְעִילָה בִּיּוֹתֵר לְאֲכֹפֵךְ אֶת גְּבִייתָם הַיִּתָּה לְהַתְנוּת אֶת חִילּוֹפֵי הַבְּעִלוֹת בְּמִסְמָךְ שֶׁהוּא פּוֹמְבִי בְּמַהוּתוֹ, וְעַל יָדֵי כֵךְ לְגַבּוֹת אֶת הַמָּס – "וּמִלְכָּא אִמַּר מֵאֵן דִּיהֵיב טַסְקָא לִיכּוּל אַרְעָא" [=וְהַמֶּלֶךְ אָמַר שְׁמִי שֶׁמְשַׁלֵּם אֶת הַמָּס יִיְהַנֶּה מִן הַקְּרָע].⁶⁷ הַחֲזוֹן אִישׁ הַלְחִים אֶת שְׁנֵי הַכְּרוּזִים הַמְּלֻכּוּתִיִּים – "מִלְכָּא אִמַּר" – לְפֶרְפֹּרָה אַחַת. לְרִישָׁא שֶׁל דְּבָרָיו: "לֹא לִיכּוּל אַרְעָא" [=לֹא לִאֲכּוּל (פִּירוֹת) הָאֵרֶץ (הָאֲדָמָה, הַשְּׂדֵה)] הַמוֹסֵב בְּתְלָמוּד עַל זְכוּת הַחֲזָקָה מִכּוּחַ תְּשׁוּלֹם הַמִּיָּסִים, צִיָּרָף אֶת הַסִּפָּא שֶׁל כְּרוּז מְלֻכּוּתֵי אַחֵר: "אֲלֵא בְּאִגְרָתָא" [=אֲלֵא בְּשֵׁטֶר], שְׁנֵאִמַּר בְּמִקּוּרּוֹ עַל זְכוּת הַקִּנְיִין בְּמִקְרָעִין. וְכֵאֵן, הוֹסִיף הַחֲזוֹן אִישׁ, הַזְכוּת מוֹכֵרֶת מִכּוּחַ "אִגְרָתָא דְּטָאֲבוּ". הַלְחָמָה זֹאת חוֹשֶׁפֶת אֶף הִיא אֶת תְּפִיסָתוֹ שֶׁל הַחֲזוֹן אִישׁ, שֶׁתְּפַקִּיד הַמֶּרְשֵׁם בְּעֵינָיו הוּא מְנַהֵלִי גְרִידָא – שֶׁהָרִי הוּא הַחֲלִיף בְּנִקְל בֵּינוֹ לְכֵיֵן תְּשׁוּלֹם מִיָּסִים.

תּוֹבַע לְקִיָּים הַמִּקָּח בִּידוֹ אוֹמְרִים לוֹ כֵךְ דִּינְכֶם, דְּבִלָּא רִשִׁימַת טַב"וֹ לֹא נִקְנָה"; עֶסְקָה כּוֹז אֶף פְּגוּמָה מִבְּחִינַת גְּמִירוֹת־הַדַּעַת שֶׁל שְׁנֵי הַצַּדִּיקִים בְּהִיּוֹתָה פִּיקְצִיָּה בְּלִבְךָ, "מִפְּנֵי שֶׁלֵּב כָּל אָדָם שָׂאֵנוּ קִנְיִן בְּאִמַּת"; רֵאוּ בְּנִימִין בְּרֵאוֹן הַחֲזוֹן אִישׁ – הַפּוֹסֵק, הַמֵּאֲמִין וּמְנַהֵג הַמַּהֲפַכָּה הַחֲרָדִית 756-757 (הַתְּשׁוּעָא). בְּרֵאוֹן עוֹשֶׂה רְדוּקְצִיָּה שֶׁל הַטַּעֲנָה הָרֵאשׁוֹנָה מִבֵּין שְׁתֵּי אֵלֶּה לְטַעֲנָה הַשְּׁנִיָּה, קָרִי לְשִׁאלַת הַהִסְתַּמְכּוּת: "בְּשֵׁתֵי הַטַּעֲנוֹת [...] נִטְעַן לְמַעֲשֵׂה אוֹתוֹ הַדְּבַר עֲצָמוֹ – שְׁחוּזָה מְכִירַת הַקְּרָקְעוֹת נַעֲשֶׂה בְּלֹא גְּמִירוֹת־דַּעַת, אֲלֵא שְׁכַל אַחַת מֵהֵן מְבַסֵּסֶת אֶת הַטַּעֲנָה עַל רֵאִיָּה אַחֲרָת". אִינְנִי מְסַכִּים עִם הַמַּחְבֵּר בְּנִקּוּדָה זֹאת. הַטַּעֲנָה הָרֵאשׁוֹנָה מִבֵּין שְׁתֵּי טַעֲנוֹת אֵלֶּה יִסּוּדָה בְּדִינֵי הַמִּשְׁפָּט שֶׁבֵּין הַדִּין הַיְהוּדִי וְדִינֵי הַנּוֹכְרִים, כְּפִי שֶׁהִדְגִישׁ הַחֲזוֹן אִישׁ עֲצָמוֹ בְּכַבָּא קָמָא, י, ט: "וְנִרְאִים הַדְּבָרִים דִּישׁ לְיִשְׂרָאֵל זְכוּת דִּינִיָּה וְלֹא קִנְיִ לֵה נְכָרִי [...] דֵּאִינּוּ זוֹכֵה מִיִּשְׂרָאֵל בְּמִקּוֹם דֵּאִין לוֹ זְכוּת בְּדִינִיָּהם [...] כֵךְ דִּינְכֶם הוּא חַיּוּב עַל הָעֵכוּר" שֶׁלֹּא לְקַפֵּחַ זְכוּת יִשְׂרָאֵל שִׁישׁ לוֹ בְּדִינִיָּהם, וְאִם בְּדִינִיָּהם אֵין קוֹנֵין בְּלֹא טַב"וֹ אִינּוּ קוֹנֵה מִיִּשְׂרָאֵל בְּלֹא טַב"וֹ" [מִרְכָּאוֹת פְּנִימִיּוֹת שֶׁלִּי]. רֵאוּ גַם קְלִינְמָן, לְעִיל ה"ש 11, בְּעַמ' 221-222, וְשֵׁם ה"ש 129, 130, 133.

65 כְּבִלִי, בְּבֵא בְּתָרָא נָד ע"ב, בְּמִסְגֵּרַת דִּיּוֹן עַל הַשְּׁלֻכּוֹת הַכֹּלֵל "דִּינָא דְּמִלְכוּתָא דִּינָא".

66 חִידוּשֵׁי הַרְשֵׁב"א, בְּבֵא בְּתָרָא נָה ע"א; הַשּׁוֹ שו"ת אֲבָקָת רּוֹכֵל, סִימָן עב.

67 שֵׁם; רֵאוּ עֵרֶךְ "טַסְקָא" בְּתוֹךְ: MICHAEL SOKOLOFF, A DICTIONARY OF JEWISH BABYLONIAN ARAMAIC 508 (2002): Persian land tax. אֵךְ גַּם בְּחֻלּוּפָה אַחַת גַּם טַסְקָא, שֵׁם τῶξίς. רֵאוּ גַם לִידֵל וְסִקּוֹט, לְעִיל ה"ש 16, בְּעַמ' 1756: "arranging, arrangement", וְאֵף [...] list "account". עַל אֶף הַדִּמְיוֹן שֶׁבֵּין tax לְטַסְקָא, יֵשׁ שִׁיחְסוֹ אֶת הַמִּילָה tax לְשׁוֹרֵשׁ tangere בְּלִטְיָנִית, מְלִשׁוֹן לְגַעַת, וּמְכָאֵן גַּם לְאִמּוּד, רֵאוּ: עֵרֶךְ "tax", מִלּוֹן גְּרָדוּם הָאוּס, לְעִיל ה"ש 1456, בְּעַמ' 59.

החלת רציונל זה על מרשם המקרקעין המודרני בידי החזון איש מעלה את המרשם ב"דרך המלך" (תרתי משמע) אל הכלל המכיר בחקיקה שלטונית: "דינא דמלכותא דינא". הפררוגטיבה של כל מלכות, גם בעיני המשפט העברי, היא בראש ובראשונה בתחום המשפט הציבורי והמנהלי. יש שאף הגבילו את הכרת ההלכה בסמכות השלטונית דווקא לתחומי משפט אלה – הציבורי או המנהלי.⁶⁸ משום כך דרישת הרישום על פי פרשנות זו מתמקמת היטב במתחם סמכותו של המחוקק (הזר או החילוני, על פי גישת החזון איש).⁶⁹ העברת הזכויות עצמה נותרה אפוא בתחום המשפט הפרטי. ניתוחו של החזון איש תואם את הידוע לנו מבחינה היסטורית. גם בעיני השלטון המנדטורי הצורך ברישום היה מנהלי גרידא. לפי ויסמן, "שיטת רישום מקרקעין הונהגה [=על ידי השלטון המנדטורי] לא בשל הרצון להעניק שירות מועיל לאזרחים אלא בכדי לייעל את הגבייה של מסים מבעלי מקרקעין".⁷⁰ ולא שיקולי מיסוי של העסקה הספציפית בלבד עמדו בראש מעייניה של "המלכות", לפי גישה זו, אם כי שיקול זה ודאי נמצא ברקע. לא פחות מכך שימש המרשם גם לשם הטלת מיסי רכוש וארנונות. יתירה מזו, נראה שהצורך בניהול מרשם מקרקעין היה בידי המנדט למכשיר שלטוני טהור. על רקע המורכבות של תנאי הארץ, נוח היה להם לשלטונות הבריטיים מצב שבו הם יודעים לייחס כל מקרקעין לבעלים רשום. אך דווקא משום כך, כותב החזון איש, דרישת הרישום אינה משנה את היחסים המשפטיים כאשר לא נפגעים אינטרסים מנהליים אלה. "אין המלכות" – קרי המנדט הבריטי – "מקפדת על עשיית שטרות זולתה".

הפקודה המנדטורית עצמה, שנחקקה כשמונה עשרה שנה לפני פסיקה זו של החזון איש, קבעה כי עסקה במקרקעין שלא נרשמה תהא בטלה ומבוטלת.⁷¹ ועם זאת, כפי שעולה מדברי החזון איש, הנוהג היה לאכוף סנקציה חמורה זו במידה חלקית בלבד,⁷²

68 מהרי"ק שורש קפז (מהדורת אורייתא, התשמ"ח; על פי מהדורת ונציא, הרע"ט); רמ"א לחושן משפט, שסט, ח הכריע כרעה החולקת, אך בסעיף יא הגביל את הכלל לאחת משתי עילות: "דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה", על פי מהרי"ק הנ"ל; השו"ח חזון איש, לעיל ה"ש 64, אותיות ט-י; שמואל שילה דינא דמלכותא דינא 131-184 (התשל"ה).

69 השו"ח חזון איש, סנהדרין טו, ד: אבל אם יסכימו על חוקים הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר 'אשר תשים לפניהם' – ולא לפני הדיוטות [...] ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים, ובין ישראל ששופט ע"פ חוקים בדויים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל, ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא [=גזל] ומרימים יד בתורת משה.

ושם, בבא קמא י', ט.

70 ויסמן, כללי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 290. השו"ח זנדברג, הסדר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 72-76.

71 ויסמן, כללי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 292.

72 במסורת הבריטית דאז, סנקציה מעין זו רווחה גם בסדרי דין אזרחיים בכל דבר של סטייה מן הפרוצדורה, השוו גם מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"

אולי מתוך רצון לכבד את בתי הדין של העדות השונות.⁷³ לא בכדי תלה החזון איש את דבריו בסמכות השיפוט שהייתה נתונה לבתי הדין הרבניים על פי שטר בוררות, בבחינת הלך הדין אחר הדיין. האינטרס השלטוני העיקרי היה "שקט תעשייתי", ולא הסדרת הזכויות הפנים-קהילתיות של החברה בפלשתינה (א"י).

לעומת תיאורו של החזון איש את המצב הנורמטיבי, יש לזכור שלמרשם המקרקעין המנדטורי נלוו גם מטרות חברתיות של ודאות ושל מניעת תרמיות – אף אם יעדים אלה היו משניים בעיני השלטון הקולוניאלי.⁷⁴ זאת ועוד, אחד המניעים שדחפו להסדר זה בארץ ישראל היה הרצון של אנגליה לממש את הצהרת בלפור.⁷⁵ מכאן שניתן היה להטיל ספק בתיאור המשפטי ששימש יסוד להכרעתו של החזון איש גם בשעת כתיבתה.⁷⁶ אולם משעה שנחקק חוק המקרקעין הישראלי, עם חזון המרשם המשקף את הזכויות במקרקעין כבמראה, קשה להתאים וליישב את דבריו עם מגמת החוק.⁷⁷ קשה אף יותר להלום את פסקי הדין של בתי הדין הרבניים הממלכתיים ושל פוסקים רבניים אחרים

עיוני משפט יז 503, 544-547 (1993). במוכן זה צדק החזון איש לגבי המצב המשפטי בשעתו, שאין לראות בהקפדה של השלטון על הרישום דבר הנובע משיקולים מהותיים למושג הקניין, אלא כסנקציה פרוצדוראלית גרידא. ראו גם עמיחי רדזינר "חוק מקרקעין עברי: על עוד ניסיון (מרשים אך כושל) להחדרת המשפט העברי לחקיקה ישראלית" **שנתון המשפט העברי** כח 239, 294-295 (התשע"ד-התשע"ה). השוו קליינמן, לעיל ה"ש 11, בה"ש 143, שפירש אחרת את דברי החזון איש, אבל השוו גם ויסמן, כללי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 292, המנתח את היישום במדינת ישראל של פקודת העברת מקרקעין, 1920: "חריפותה של הסנקציה פעלה כבומרנג", ומכאן להגמשתה בידי הפסיקה. לי נראה ששורש נוהג זה נעוץ כבר בימי המנדט.

73 כך היה גם בתקופה העות'מאנית, על אף החקיקה הנוקשה שאסרה על החזקת מקרקעין ללא שטר ראייה של המרשם ("קושאן"), אלא שהאכיפה הייתה חלקית וגם הכירו בתעודות שניתנו מאת בתי הדין השרעיים, ראו אליהו כהן **רישום ועסקאות מקרקעין** 21-22, 42-43 (התשמ"ח); על פי ספרו של משה דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל** 367-368 (מהדורה שנייה, התשי"ג). כך גם בתקופה המנדטורית שלפני חקיקת פקודת הסדר זכויות במקרקעין, כהן, שם, בעמ' 124-125 ובהערות שם. וראו בהרחבה, זנדברג, הסדר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 176-181.

74 כהן, שם, בעמ' 291.

75 שם, בעמ' 4. על הרקע להסדרת זכויות במקרקעין בתקופת המנדט הבריטי, ראו בהרחבה: זנדברג, הסדר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 107, 130-131, 167-203, ובפרט בצורך השלטוני מן ההיבט המדיני, שם, בעמ' 169-171, 174-175.

76 השוו גם קליינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 224, ובה"ש 141-143.

77 השוו: הרב יעקב ישעיה בלויא **פתחי חושן** כרך ז: בדיני הקניינים, עמ' ב, יא, והערה יד בעמ' ס (התשנ"ד) (להלן: פתחי חושן) שהעיר על דברי החזון איש: "ולענ"ד יש לעיין בזה, שבזמננו נראה שהדינא דמלכותא לרשום בטאבו אינו רצון המלכות בלבד בלא טעם, אלא תקנה לטובת התושבים [...]".

בני זמננו הנשענים על הוראתו זו של החזון איש גם לאחר חקיקת חוק המקרקעין מבלי שהתייחסו לשינוי הנורמטיבי שחל במדינה.⁷⁸

ד.2. הרש"ז אויערבך: מנהל ודיני היושר

דבריו של הרב שלמה זלמן אויערבך נכתבו ב"תש"ד – ערב שנת השמיטה" (=1943/4), כתמיכה להיתר המכירה על אף שמכירה זו אינה נרשמת בספרי האחוזה, מרשם המקרקעין הבריטי:

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 [=היטב] 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 וזולת זה שאין לו שום ערך ותוקף כלפי הממשלה.⁷⁹

הרב אויערבך משתית את דבריו כאן על שני יסודות. ראשית, הוא מפריד בין ההיבט המנהלי של המרשם (רכיב הקניין ה"נוגע להממשלה"), לבין השליטה האפקטיבית בנכס ("לירד בתוך שדהו ולהתנהג שם כבעלים"). הבעלות המהותית – היא הבעלות האמיתית לפי גישתו – אינה משתקפת בהכרח ברישומי הזכויות במקרקעין. לרישום זה ערך מנהלי בלבד. בשלב שני, מסמיך הרב אויערבך את דבריו על דיני היושר האנגליים,⁸⁰ ובכללם גם על זכויות הקניין שביושר.⁸¹ אף הזכויות שביושר אינן רשומות, אך אלה מוכרות במשפט האנגלי. התוצאה הייתה שבתי המשפט המנדטוריים (ולאחר מכן בתי המשפט הישראליים עד כניסת חוק המקרקעין לתוקף בתחילת שנת 1970) הכירו בזכויות במקרקעין גם מעבר לזכויות הרשומות בפנקסי הזכויות. כוחה של זכות קניינית לא נגרע רק משום שהיא לא נרשמה.

פרשנותו של הרב אויערבך לחוק המנדטורי הנוקשה, המבטל עסקאות שלא נרשמו, ממקמת הוראה זו היטב בתחום המשפט המנהלי, ולא כחלק אינטגרלי מן המשפט הפרטי

78 להלן ה"ש 93.

79 הרב שלמה זלמן אויערבך, מעדני ארץ, יח, א; השוו שולחן ערוך, חושן משפט, ססט, ח. שנהגו בארץ מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922.

81 ראו: ערעור (גדול) תשכ"ו/127, פד"ר ו 376 (התשכ"ו), בעמ' 383-384.

עצמו. ההכרה בזכות קניין שבישור מרככת נוקשות זו אך גם משתלבת בו היטב, שכן די להם לשלטונות המנדטוריים לצורכיהם המנהליים, שמישהו יהיה רשום כבעלי של הנכס, גם אם הוא מחזיק אותו בנאמנות עבור צד ג'. לא הדיוק של המרשם קבע, אלא ההסדר שהוא יצר. יסוד זה הוא מרכזי בהמשך דבריו של הרב אויערבך, תוך שהוא מקיש למצב העניינים שנהג בתקופה העות'מאנית, ומבלי להבחין בין שיטות הרישום השונות -

ומכיוון שכן, נראה שאם אחד קנה קרקע באופן זה שאמר שהוא מאמין⁸² את המוכר שלא ישתמש בו כלל לרעתו בכח זה, שהוא נחשב אצל הממשלה לבעלים, וניחא ליה מהשתא [=ונוח לו מעכשיו] 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 דאף על גב שלגבי הממשלה חשיב [=נחשב] רק לוי כבעלים ולא זה שנתן דמים, מכל מקום בדיני ישראל פשוט הוא דראובן שפיר [=יפה, היטב] קנה וחשיב [=ונחשב] בעלים גמור (וכן נהגו בזמן שארץ הקודש היתה תחת עול ממשלת טורקיא והיה אז חוק ששום נתין זר לא יוכל לרכוש לו נכסי דלא נייד, ואף על פי כן התחכמו הזרים וירכשו להם בתים וקרקעות על שמות נתינים טורקיים) [...] והיינו משום דלגבי דידין שפיר סגי [=לגבינו בהחלט מספיק] בבעלות שעל פי חוקי התורה ואין אנו צריכים כלל שיחשב לבעלים גם כלפי המלכות.

דברי הרב אויערבך מבטאים את תחושת העצמאות הפנימית של הקהילה היהודית גם מן ההיבט הנורמטיבי. הנתין היהודי הוא בעל "אזרחות כפולה". הוא כפוף להסדרי השלטון של "המלכות" - כאן השלטונות העות'מאניים והבריטיים בארץ ישראל - אך בה בעת הוא כפוף גם למערכת הנורמות של קהיליית ההלכה. מערכת נורמות זו, לה הוא נאמן, על פיה הוא חי, ועל פיה הוא מנהל את חייו החברתיים, לא נבלעה בתוך המערכות הזרות של השלטון הנוכרי - וודאי לא נעלמו ההסדרים ההלכתיים של המשפט הפרטי. הנורמות של ההלכה הן הקובעות את מעמדו "האמיתי" של הנכס.

ההכרה של המערכות הזרות בזכויות שבישור, ועימה הפער שנפער בין המרשם לבין זכויות הבעלות עצמן, מעידים אף הם על כך שמרשם המקרקעין נמצא בספֶּרה השלטונית-מנהלית, ולא נועד להחליף הסדר מן ההסדרים של המשפט הפרטי. המבחן המרכזי בפרשנות זו, אם לא היחיד, להכרת ההלכה בדרישת רישום המקרקעין הוא

82 מילולית מלשון: נאמנות, trust, לעשות אותו נאמן, כבהוראת דיני היושר האנגליים, וכדבריו לעיל ה"ש 79: "מאמין בו וסומך עליו דעתו". וראו גם קליינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 223 הערה 137, בשם בעל שערי עזרה: "והיא בתורת אמנה". אני מסכים עם קליינמן, שם, עמ' 224 הערה 143, שיש להבחין בנקודה זו בין דברי החזון איש לבין הרב אויערבך. ראו התייחסותו של לדבריי, בריס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 232; השו"ת גם רואף, לעיל ה"ש 46.

השיקול המנהלי, וההשלכות של מחדל ברישום המקרקעין תלויות אפוא במידת ההקפדה המנהלית על כך.

וכיוון שכן נראה דרווקא אם היה עושה המלך חוק שלא לסדר כלל שום מכירה כי אם בערכאות שלהם וכל העובר על זה ענוש יענש, אז היה שפיר [=היטב] מסתבר דכיון שעיקר המקח הוא נגד המלכות, הרי הוא בטל לגמרי משום דדינא דמלכותא דינא [=שדין (או: משפט, חוק) המלכות היא דין (משפט, חוק)] (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 מהיכי תיתי [=מהיכן נביא, על סמך מה נאמר] אנחנו לבטל את המכר מכל וכל גם מה שאיננו כלל נגד חוק המלכות.⁸³

הרב אויערבך מאפיין כאן דרישות מנהליות "קשות" הגוררות סנקציה פלילית או בטלות. לא כך מצב האכיפה בנוגע לדרישה המנדטורית לרישום עסקאות במקרקעין. שם "אין המלכות מקפדת כלל על כך". ההכרה בדיני היושר מצטרפת להכרה באוטונומיה של בתי הדין הדתיים להכריע בזכויות. פסיקת בתי הדין הרבניים הממלכתיים לא נתפסה עדיין כפסיקה פרטית של בורר, אלא כפסיקה של מערכת בתי דין אוטונומית, ובמידה רבה שיקפה את עמדתה של העדה היהודית עצמה.⁸⁴ אלה יכלו לקבוע את הזכויות "האמיתיות" של הצדדים, גם כנגד הרשום במרשם המקרקעין. נמצא, לפי גישה זו, שדרישת הרישום אינה שייכת לתחום המשפט הפרטי אלא למשפט המנהלי ולהוראותיו ה"רכות". ואף דרישה מנהלית זו לא נועדה לעצב מחדש את פניו של המשפט הפרטי.⁸⁵

83 מעדני ארץ, שם, לעיל ה"ש 79.

84 ראו, למשל, החלטת בית הדין הגדול לערעורים בתיק 1/4/705 אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל בית הדין הגדול לערעורין חלק א, עא (זרח ורהפטיג עורך, מהדורה שנייה, התשמ"ה), שם בית הדין הכיר בזכות ערעור שקמה גם לאחר פסק דין בבתי הדין הרבניים שניתן מכוח הסכם בוררות. כל זה כמובן בעידן שקדם בהרבה לבג"צ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד סא (1) 259; ראו: אליאב שוחטמן "סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים שלא בענייני המעמד האישי" ספר השנה למדעי היהדות והרוח כח-כט 437 (התשס"א); הנ"ל סדר הדין בבית הדין הרבני 1447-1491 (התשע"א).
85 מהמשך דבריו של הרב אויערבך ניתן להבין שקיימת משמעות למרשם בבחינת גמירות-הרעת של הצדדים. וכך הבין הרב חיים יהודה רבינוביץ שורת הדין י שלג-שלה (התשס"ו). 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.

ה. חוק המקרקעין באספקלריה של המשפט העברי: טעות בהמשגה?

הכרעות אלה של החזון איש ושל הרב איערבך יפות היו – ככל הנראה⁸⁶ – לשעתן, אך לא יכולות היו לשמש בסיס לניתוח הלכתי של מרשם המקרקעין על פי חוק המקרקעין הישראלי שנכנס לתוקפו בשנת 1970, ופסיקה שליוותה אותו במשך שנות דור.

מבחינת המשפט העברי, קיימות דעות חלוקות בפסיקה של בתי הדין הרבניים הממלכתיים בשאלת מעמדו של מרשם המקרקעין⁸⁷ כבר מן השנים הראשונות של מדינת ישראל – לפני חקיקת חוק המקרקעין בשנת תשכ"ט – ועד ימינו, וכך גם בכתיבתם של פוסקי הלכה מרכזיים מחוץ לבית הדין, גם כיום.⁸⁸ יש שקבעו שהרישום הוא תנאי מספיק, גם ללא מילוי הדרישות הפורמליות של המשפט העברי בדיני מכר מקרקעין⁸⁹ – אם משום שהכירו במישרין במעמדם ההלכתי של חוקי המדינה, אם בתחולה עקיפה מכוח המנהג ("סיטומתא"), ואם מכוח הסכמתם הסובייקטיבית של הצדדים ("סמכה דעתייהו").⁹⁰ יש שראו ברישום תנאי הכרחי לקניין, למצער כדי למנוע פגם בגמירות

- 86 אך ראו קליינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 223-226.
- 87 אף כאן ראו בהרחבה קליינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 228-243. בסוגיה זו יש להבחין בין שני היבטים של שאלת המעמד של מרשם המקרקעין בעיני המשפט העברי: אם המרשם הוא תנאי מספיק לחולל העברת זכויות קנייניות על פי ההלכה ואם הוא תנאי הכרחי. גם בפסיקה הרבנית יש לעשות הבחנה זו.
- 88 להלן בהמשך פרק ג. וראו גם הרב יעקב אליעזרוב "תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה" [=תיק ביה"ד האיזורי בירושלים 8935/ס"ג] שורת הדין י, רסא, רצ-רצג (התשס"ו); הרב חיים יהודה רבינוביץ, לעיל ה"ש 85; הרב שלמה דיכובסקי "קנייני נכסי דלא נייד" דברי משפט ד, רסא-רסב (התשנ"ח); הרב חיים גדליה צימבליסט "דרכי קניין דירה" שם, רעה; וראו בהרחבה פתחי חושן, לעיל ה"ש 77, בעמ' ב, יא ובהערה יד שם; הרב עזרא בצרי דיני ממונות חלק שני, נד-ס ובהערות שם (מהדורה שנייה, התש"ן); בריס, לעיל ה"ש 61.
- 89 תיק ט"ו/70 פד"ר א 281; ערעור 127/כ"ו פד"ר ו 376, 383-384 (לפני חוק המקרקעין); תיק 7210/ל"ז, פד"ר יא 116, 120-121 (לאחר חוק המקרקעין, כמו גם פסקי הדין דלהלן בפסקה זו); תיק 2533/ל"ט פד"ר יא 253, 255; דעת המיעוט בתיק 277/מ"ח פד"ר יז 321, 327-330; והשוו תיק 1523[ב] פד"ר כ 297, 304-305, 326 (הודפס גם פד"ר כא 28, 36-37, 57); דעת הרוב בתיק (י-ם) 956318 (נבו 2016.21.3); תיק (י-ם) 1076746 (נבו 2018.10.23): כאמור, הרישום הוא תנאי הכרחי להשלמת העסקה מכוח ס' 7 לחוק המקרקעין וייתכן אף תנאי מספיק; תיק (ב"ד הגדול) 1125089 (נבו לל"ת); תיק (נתניה) 283368 (נבו 2020.11.12) לאחר פריסת הדעות השונות.
- 90 השוו קליינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 215-217.

הדעת.⁹¹ ויש שהותירו את הדבר בספק.⁹² אך לכאורה תמוהות הפסיקות שחלקו על ההכרה ההלכתית במרשם המקרקעין שלאחר חקיקת חוק המקרקעין – בהסתמך על פסיקותיהם של החזון איש ושל הרב אויערבך שנידונו בפרק הקודם.⁹³

- 91 תיק 70/ט"ו פד"ר א 281, 283-285; ערעור 127/ש"ך פד"ר ד 75; ערעור נגדי 166/ש"ך פד"ר ד 75, 81; תיק 1987/כ"ב פד"ר ה 120, 121; ערעור 127/כ"ו פד"ר ו 376 ו 384-378 (כל אלה לפני חוק המקרקעין); דעת הרוב בתיק (י-ם) 763254 (נבו 4.3.2014); תיק (י-ם) 1076746 (נבו 23.10.2018): תנאי הכרחי להשלמת העסקה מכוח סעי' 7 לחוק המקרקעין וייתכן ואף תנאי מספיק; תיק (י-ם) 763254 (נבו 4.3.2014) כפגם בגמירת דעת, יש לציין שלפי דעת אחד הדיינים, הפרסום בטאבו עשוי לתת תוקף כשלעצמו ("גם מטעם דינא דמלכותא וגם אפשר דנקרא מתנה גלויה ומפורסמת, שכל אחד יודע מכך, ועכ"פ יכול לדעת על כך, ולפיכך מהני מתנה זו גם ע"פ הלכה"); תיק (י-ם) 734891 (נבו 07.05.2017), כמו גם תיק (י-ם) 8935 (נבו 1.11.2004), שניהם על פי ס' 7 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969.
- 92 ערעור 139/כ"ו פד"ר ו 257, 263-265 (לפני חוק המקרקעין); תיק 7210/ל"ז פד"ר יא 116, 127-128 (לאחר חוק המקרקעין, כמו גם פסקי הדין דלהלן בפסקה זו); ערעור 199/כ"ו פד"ר יב 179, 182-184; אלא אם כן קיימת אומדנא ברורה נגד כוונת הצדדים להסתמך על הרישום: דעת הרוב בתיק 277/מ"ח פד"ר יז 321, 323; תיק (חיפה) 24-1-9630 (נבו 24.12.2007), המביא מחלוקת הפוסקים, ואת דעתו של החזון איש כבסיס לדעה "שגם המלכות בימינו אינה מקפידה על דרכי הקניינים שבין בני אדם אלא שלמען הסדר הטוב מעוניינת שיעשה רישום בטאבו", ומאבחן לגישת החזון איש בין מכלול מתנה, שם יסכים שהמחוקק נתן פתח לחזרת נתן מקרקעין במתנה כל עוד לא נרשמה במרשם המקרקעין; תיק (י-ם) 938828/10 (נבו 19.9.2017), אם הרישום עצמו נחשב כנתינת מתנה מאת הבעל לאשתו.
- 93 תיק 16175/מ"א פד"ר יב 239, 244 (לאחר חוק המקרקעין, כמו גם פסקי הדין דלהלן בפסקה זו); או מנימוקים דומים: תיק 99/נ"א פד"ר טז 353, 355-358; תיק (חיפה) 1052626 (נבו 10.8.2017): "שהחווה בלי רישום בטאבו מועיל מדין 'בעלות שביושר'" (הדגשה שלי). ראו גם פסקי דין ירושלים ד, רעא, רפג; וראו גם: הרב אפרים עמיאל הכהן עמאש בנין שלם צט-ק (התשס"ח) המגן על עמדת החזון איש מפני מבקריו, ושולל את נחיצותו של רישום הנכס כדי להעביר זכויות קנייניות. תיק 21-000489468-1 פד"ר כא 120, 129-131 שדן בפרשנות חוק המקרקעין ובמשמעות דבריו של החזון איש, ונותר בספק; תיק 2481830 פד"ר כב 117, 121-124 (כל אלה לאחר חקיקת חוק המקרקעין); ראו גם ע' (גדול) 1013683 (נבו 12.1.2016), המכיר באפשרות של קניין חזקה בדירה במסגרת חלוקת רכוש גם ללא רישום. דעת המיעוט בתיק (י-ם) 956318 (נבו 21.3.2016) הדגישה את הפן הראייתי והמינהלי – ושלל את ערכו בהעברת זכויות קנייניות. דעת הרוב בתיק (חי') 24-1-9630, לעיל ה"ש 92: רישום נדרש כדי להשלים את גמירת הדעת של מתנה, אבל כשלעצמו אינו מעביר זכויות – כדברי חזון איש. והשוו: פד"ר ו 202, 217 המסתמך על החזון איש ועל הרש"ו אויערבך (לפני חוק המקרקעין). לעיתים בתי הדין התעלמו מן הרישום בטאבו גם מבלי להזכיר פוסקים אלו, השוו: תיק 3119/מ"א פד"ר יג 297, 302; תיק 3116/מ"ב פד"ר יד 21, 24; דעת הרוב בתיק 277/מ"ח פד"ר ל, 323. לניתוח חלק מפסקי הדין הנ"ל ראו הרב דב כ"ץ פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים 15-21, 37-43 (התשל"ו). הרב כ"ץ עמד על כך שדברי החזון איש נאמרו לפני חקיקת חוק המקרקעין,

כך, בשנת תשמ"א (1981), דוחה בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב – יפו:

את טענת הנתבעים שבזמנינו כל זמן שלא נרשם הנכס בטאבו לא חל קנין. והדברים מפורשים באחרונים וב"חזון איש"⁹⁴.

עמדת החזון איש מובאת כבסיס לעמדה השוללת את הצורך ברישום בטאבו, על ידי בית הדין הרבני האזורי בחיפה בשנת תשס"ח (2007), מכוח נימוקו ש"אין המלכות מקפדת" – כפי שהיה בזמן המנדט הבריטי:

שגם המלכות בימינו אינה מקפידה על דרכי הקניינים שבין בני אדם אלא שלמען הסדר הטוב מעוניינת שיעשה רישום בטאבו. (ראה חזון איש) (=חזון איש) שם.⁹⁵

בית דין רבני זה אף מינף את הסברו של החזון איש כדי להבחין בין עסקת מכר, שבה הרישום אינו מעכב משום "שאז המלכות אינה מתערבת בהליך שביניהם" – לבין התחייבות לתת מתנה, "שם נתנה המלכות (החוק) אפשרות ופתח לחזרה כל עוד לא הושלם ההליך בנסיבות מיוחדות", ונוצר פגם בגמירות דעתם של הצדדים ללא רישום בטאבו. מכאן שבכוחו של הרציונל שבבסיס דברי החזון איש – "אין המלכות מקפדת" – לגזור השלכות מעשיות נוספות.

ברוח דומה אימץ בית הדין הרבני האזורי בחיפה בשנת תשע"ז (2017) את עמדתו של החזון איש, ואף הוסיף לה את הממד הנוסף – של זכויות שביושר:

האחרונים דנו במקום שנהגו לכתוב את דבר המכירה ברשומות כגון טאבו האם דינו כשטר או לא, וכן דנו האם יש בו משום דינא דמלכותא [...] ועיין בחזון איש [...] שכתב שבארץ ישראל אין הדין כן, כיון דאין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה, אלא יש לפסוק על פי השולחן ערוך, ואם קנה בחזקה אף על גב דלא כתבו בטאבו, לא המוכר ולא הקונה יכולין לחזור [...] ועיין בפסקי תשובות למרן הגאון הרב שלום יוסף אלישיב זצ"ל [...] שהחזרה בלי רישום בטאבו מועיל מדין "בעלות שביושר"⁹⁶.

אלא שדן בקל וחומר "שאף כי ביטלו את הזכויות שביושר" ההתחייבות לעשות עסקה משמעה ש"אין הממשלה מקפידה אפוא על ביצוע טראנסאקציות של העברת נכסים בלי הרישום בטאבו" (עמ' 23-27) ודי בקניין לפי דיני ישראל בלא רישום לגישת החזון איש. הרי שהבין ששאלת הרישום אינה אלא מנהלית גם על פי חוק המקרקעין.

94 תיק 16175/מ"א, לעיל ה"ש 92, על פי חזון איש, ליקוטים טז, לעיל ה"ש 64.

95 דעת הרוב בתיק (חי') 1-24-9630, לעיל ה"ש 93, וגם על פי הרב ש"ז אויערבך, מעדני ארץ, לעיל ה"ש 79.

96 תיק (חיפה) 1052626, לעיל ה"ש 93, ההדגשה שלי; וכפי שמרחיב הרב אלישיב עצמו: כאן בארץ אם כי עצם העברה בטאבו משמשת מעשה קנין גמור ועל ידי זה עובר הנכס לבעלותו המוחלטת של זה שנרשם שמו בטאבו עם כל זאת יש תוקף מסוים גם לחוזה

בפסק דין אחר, בית הדין הרבני האזורי בירושלים מעמת ישירות את הוראות סעיף 7 לחוק המקרקעין עם דברי החזון איש. בית הדין מסייג את דברי החזון איש במקרה שבו מי מן הצדדים עלול לחשוש "שמשנהו יפנה לערכאות". דבריו אמורים אפוא רק "במצב בו שני הצדדים לעיסקה הינם כאלה אשר לא יודקו לערכאות המדינה [...] והרי כל מה שהמלכות מאשר את משפטו של הרב הוא במקרה בו ניתנה הסכמת שני הצדדים לכך".⁹⁷ דברים כמעט זהים עולים גם מפסק דינו של בית הדין האזורי בתל-אביב.⁹⁸ גם בספרות ההלכתית בת ימינו נשענו על פסיקות אלה של החזון איש ושל הרב אויערבך כבסיס לכך "שדעת רוב גדולי הפוסקים דאין הרישום מעכב הקניין".⁹⁹

וכך בדיון המקיף בספר "פתחי חושן", מסתמך – בין היתר – על פסיקתו של הרב ש"ז אויערבך כדי לקבוע כי "דעת הרבה פוסקים שאין הרישום מעכב" כאשר נעשית העברת זכויות על פי הדרכים שקבעו חז"ל:

וגם בספר מעדני ארץ [...] כתב ג"כ שעיקר חובת הרישום בטאבו מצד דינא דמלכותא, ודאי שאינו מעכב המכירה שלמלכות לא איכפת על שם מי רשום הקרקע, אלא שאינם מכירים בעסק מקרקעין כל זמן שאינו רשום בטאבו [...] שהבעלים האמיתיים הוא הקונה האמיתי, ולא זה שנרשם על שמו.¹⁰⁰

במבט ראשון תובנות אלה אינן עולות בקנה אחד עם תפיסת המרשם כפי שהמחוקק האזרחי קבעו. דומה היה שפסיקה רבנית זו נשענת על הנחה נורמטיבית שאינה משקפת את המצב המשפטי לאשורו.

ו. נדידה וטנגו: המראה נסדקת

אלא שהמציאות הנורמטיבית שנוצרה בעקבות חוק המקרקעין מורכבת יותר. לאחר כשלושים שנה, החלה הנסיגה ממה שכוונה "משטר קיצוני של רישום"¹⁰¹ – ואף "אידיאית

ואם נערך חוזה בין מוכר לקונה והמוכר קיבל מחיר הנכס ותמורתו זוכה הקונה במין בעלות על הנכס הנקרא לפי מושג שלהם בעלות שביושר [...]

הרב שלום יוסף אלישיב קובץ תשובות חלק א' סימן רו, עמ' שצו (התש"ס). לא הצלחתי לתארך פסיקה זו במדויק.

97 תיק 21-000489468-1, לעיל ה"ש 93, בעמ' 129-131.

98 דיכובסקי, לעיל ה"ש 88, בעמ' רסב.

99 הרב יעקב אברהם כהן עמק המשפט חלק א: דיני חוזים והסכמים, סימן טו, ב, עמ' קמג (ל"ת; אך לא לפני התש"ס); פתחי חושן, לעיל ה"ש 77.

100 פתחי חושן, לעיל ה"ש 77, בעמ' סא.

101 כתיאורה של השופטת שטרסברג-כהן, ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999) (להלן: הלכת בנק אוצר החייל), עמ' 218.

המרשם", ו"אוטופיית המרשם"¹⁰² – ופותרה דוקטרינה של "זכויות שביישר תוצרת ישראל", שהעניקה זכויות במקרקעין הרבה מעבר להסדר המקורי שנקבע בחוק.¹⁰³ הלכת בוקר נזנחה ונותרה "אי" נורמטיבי בודד.¹⁰⁴ מראת הזכויות עומעמה ונסדקה.

הלכות אלה התפתחו כדי לפתור באופן מעשי את תחושת אי-הצדק שהתעוררה במצבים קונקרטיים בעקבות ההסדר שבחוק המקרקעין, במקרים שבהם קרתה "תאונה משפטית" שנוצרה בעקבות עסקאות נוגדות. הזכויות הקנייניות שביישר כפי שהן עוצבו על ידי הפסיקה הישראלית בדיני המקרקעין הקנו זכויות של ממש כנסכ, זכויות "מעין-קנייניות", שכוון יפה גם כלפי צדדים שלישיים.¹⁰⁵ לטענתי, תחושת אי-הצדק מתעוררת בעיקר מחמת התחושה שנכס עשוי להפוך להיות של רוכשו גם כטרם הושלם ההליך המנהלי של הרישום.

באופן פרדוקסלי התמורות שחלו במשפט הישראלי קירבו במידה מסוימת בינו לבין הדרך שבה ראו פוסקי ההלכה הרבניים את המרשם.¹⁰⁶ ה"טעות" הנחזית – הפרשנית

- 102 השופט מישאל חשין טבע מטבעות לשון אלו, שם, בעמ' 259.
- 103 השוו דויטש, קניין ג, לעיל ה"ש 47, בעמ' 353: "הסדרים יסודיים במשפט, הנשענים על תחושת צדק בסיסית, עמידים בפני צוק העתים, וגם אם יידחקו לזמן-מה מן הדין הפוזיטיבי, סופם שישוּבו ויתפסו את מקומם הראוי. הזכות שביישר מושתתת על תחושת צדק בסיסית זו. היא שבה ותפסה עתה את מקומה הראוי בדין הישראלי".
- 104 בעקבות הלכת בנק אוצר החייל, שם. אין טעם למנות כרוכל את ההלכות שצעדו בעקבותיה משום שהיא נקלטה היטב ואין עוררין עליה, כפי שהודגש בין היתר בע"א 2010/94 אלי גלבוע נ' בינוי ופיתוח א"י (רמת קדרון) בע"מ (נבו 17.9.2000); ע"א 7231/10 תלמוד תורה בית יהודה קרית אתא ע"ש יהודה גפן זצ"ל נ' עיריית קרית אתא (נבו 17.12.2012). עם זאת ראו גם: ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאלי חברה בע"מ, פ"ד נז (2) 385 (2003), (להלן: הלכת גנו); ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז (5) 49, 58-57, 66-62 (2003) הבוחן אם נקלט הרעיון של נאמנות קונסטרוקטיבית במסגרת דיני יושר תוצרת ישראל; רע"א 8791/00 אניטה שלם נ' טווינקו בע"מ (נבו 13.12.2006), סעיף 23 לפסק דינו של השופט ברק המחיל עיקרון זה גם על זכויות בן זוג על פי הלכת השיתוף. ראו גם ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח (2) 182, 187 (1974); ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לח (3) 253, 269 (1981); ת"א (ת"א) 2182/82 סורוקין נ' אחיעזר, פ"מ תשמ"ג (2) 299, 308 (1983), וראו גם: מיגל דויטש "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביישר שבמשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד 313 (התשס"א); יחיאל בהט "הזכויות שביישר בישראל – מה צופן העתיד?" מקרקעין ד 3 (2005); שי שגב פרקים בדיני קניין חלק ב 187-266 (2002).
- 105 הלכת בנק אוצר החייל, לעיל ה"ש 101, 247, 254; ע"א 2010/94, לעיל ה"ש 104; ע"א 7139/99 יובל אלוני נ' אליעזר ארד, פ"ד נח (4) 27, 36 (2004); ע"א 10467/08 חג'אז נ' עיאס (נבו 3.11.2010), סעיף 9 לפסק דינה של הנשיאה בייניש; גם אם זכויות אלה חלשות מזכויות קנייניות "מן השורה": ע"א 9380/09 נספיר בע"מ נ' אמנון לורד, עו"ד – כונס הנכסים הזמני (נבו 10.10.2011), סעיף 37 לפסק דינה של השופטת ארבל. לעיל ה"ש 42.

והמושגית – של פוסקים מאוחרים אלה, משקפת אפוא אינטואיציות חזקות על אודות מוסד הקניין גופא – אינטואיציות הפועלות מעל ומתחת לפני השטח של התמורות במשפט הישראלי עצמו.¹⁰⁷ זו המראה העברית שאני מבקש להציב לפני מראת הזכויות הישראלית. מעבר להשלכות המעשיות, וההתרחקות מן הפורמליזם השיפוטי,¹⁰⁸ שינוי ההלכה נגע ברובד העיוני של הקניין כמוסד חברתי. טנגו ההתרחקות וההתקרבות של מערכות המשפט האחיות, העברית והישראלית, מתרחש בזירה זו.

הקושי שבהעמדת הזכות הקניינית באופן בלעדי על יסוד התודעה החברתית הוא שבכך מחמיצים אינטואיציות בסיסיות אחרות של מושג זה – רעיונות של הסתמכות,¹⁰⁹ של קשר בין האדם לבין משאב שאינו תלוי בחברה,¹¹⁰ של שליטה ואף שרירות מחד גיסא¹¹¹ ושל צדק מאידך גיסא,¹¹² ובעיקר – של שייכות.¹¹³ הזיקה שבין האדם לרכושו אינה מתמצית, לפי תחושה זו, במרשם ואף לא בפומביות טבעית יותר. משהו יכול להיות "שלי", באופן פרטי, ומבלי חותמת חברתית או ביורוקרטית כלשהי. השליטה הפונקציונלית של האדם בנכסיו, חזקתו בהם, גידורו מפני שימוש של זרים, ואף המשאבים שהוא השקיע ברכישתם, כפי שהודגש בפסיקה המאוחרת וכפי שנתפס בעיני

107 בפסק דין בוקר עצמו, השופט קיסטר בוחן באופן מדוקדק את מידת אי-הצדק היחסי שייגרם לרוכש ולנושה כאחד ("אתחיל בכירור העניין מבחינת הצדק") 124-125, ומסיק שגם על פי דיני האקוויטי (=היושר) המאזן לא היה נוטה לטובת הרוכש בנסיבות אלה, כפי שעמדה על כך השופטת שטרסברג-כהן בפס"ד אוצר החייל, לעיל ה"ש 101, בעמ' 217-218. ראו דויטש, קניין ג, לעיל ה"ש 55, בפרק 18 לדיון מקיף בהגנות שביושר במקרים של תחרות זכויות לפני הלכת אוצר החייל ואחריה. יש מקום לחשוב על ההקבלה בין סוגיה זו לבין התהליך שהתרחש בנוגע לררישת רישום משכון על פי סעיף 2(ב) לחוק המשכון: ע"א 455/89 קולומבו נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (1991); שנהפך ברע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני), פ"ד נז(4) 385 (2003).

108 דויטש, קניין ג, לעיל ה"ש 47, בעמ' 346-355, 413-414; דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 225-230.

109 דויטש, קניין ג, לעיל ה"ש 47, בעמ' 297-298.

110 בירנהק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 447.

111 שם, בעמ' 448, 456.

112 דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 211-214.

113 השו: MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY 35-71 (1993); Idem, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1981-1982) לעיל ה"ש 47, בעמ' 353-359. גישה זו מצאה ביטוי גם בפסיקה הישראלית; ראו בין היתר: בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 672 (2001), תוך הזדקקות לפרשת כרם נבות היזרעאלי; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 289-290 (2004); ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 358 (2004); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 797-801 (פסק דינו של השופט אדמונד א' לוי (2005)); לוי-שנור, לעיל ה"ש 44, בעמ' 32-33 ובה"ש 106-110 שם; ברנד, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1-2 ובה"ש שם.

הַצְדָדִים עֲצָמָם¹¹⁴ – כֹּל אֱלֹהִים קוֹשְׁרִים בְּמִיִּשְׁרֵינָם אֶת הָאָדָם אֶל מִקְרָעֵיו, וְיוֹצְרִים תְּפִיסָה אֵינְטוּאִיטִיבִית שֶׁל בַּעֲלוֹת שְׂאִינָה נִיתְּנָה לְרִדּוּקְצִיָּה לְתוֹדָעָה קוֹלְקָטִיבִית. וְדוּק, הַקְּטָבִים הָרַעִיוֹנִיִּים הַמוֹצְגִים בְּזֹאת אֵינָם מְצוּיִים בְּשֵׁדָה הַהֲצַדְקָה שֶׁל מוֹסֵד הַקְּנִיִּין, אֲלֵא בַּמְהוּתוֹ: הָאֵם דָּבַר הוּא שְׁלֵי כְּנִגּוּרַת שֶׁל תּוֹדָעָה חֲבֵרְתִית אוֹ כְּנִגּוּרַת שֶׁל קְשָׁרִים אִישִׁים יִשְׂרָאֵלִים. הַמּוֹדֵל הַטְּהוּר שֶׁל רִישׁוּם כִּיּוֹצֵר הַבְּלַעֲדֵי שֶׁל הָעֵבֶרֶת זְכוּיֹת, כְּפִי שֶׁעֲלָה מֵהַלְכַת בּוֹקֵר שֶׁעֲמָדָה בְּעִינָה שְׁנוֹת דוֹר, מִיִּצֵּג אֶת הַקּוֹטֵב הָאֶפִּיסְטִמִי-חֲבֵרְתִי. הַהֲלָכוֹת הַמְּאֻחָרֹת שֶׁנִּסְגְּרוּ מֵהַלְכַת בּוֹקֵר שִׁיקְפוּ רֵתִיעָה מֵתְּפִיסָה זוֹ שֶׁל מוֹשֶׁג הַקְּנִיִּין, וּמַעֲבֵר אֶל הַקּוֹטֵב הָאֲחֵר, הַלֵּא-אֶפִּיסְטִמִי – אֶף מַעֲבֵר לְבַעֲיֹת הַקּוֹנְקְרֵטִיּוֹת שֶׁבִּיקְשׁוּ לְפִתּוֹר. הָרַעִיוֹן שְׁנִיתָן לְזֵהוּת אֶת הַקְּנִיִּין עִם רִישׁוּם זְכוּיֹת דְּמָה אֶפְאֹל לְ"זִמְן הַדְּצִימָלִי" פְּרִי רוּחָה שֶׁל הַמְּהַפְכָה הַצְּרַפְתִּית, אֲשֶׁר עַל אֶף הַיְעִילוֹת שֶׁלוֹ, וְעַל אֶף הַצְּלַחַת הַשִּׁיטָה הַמְּטְרִית בְּתַחֲמוּמֵי מִדִּידָה אַחֲרֵים, לֹא הִיכְתָה שׁוֹרֵשׁ בְּצִיבּוֹר.¹¹⁵ גַּם כֹּאן, רַעִיוֹנוֹת הַיְעִילוֹת וְהַגְּנָה הַמוֹקְנִים בְּאֻמְצָעוֹת הַמְּרֶשֶׁם נִשְׁתַּמְרוּ, אֶךְ כִּיּוֹם כְּרוֹר שְׂאִין לְהַגְדִיר בְּאֻמְצָעוֹתוֹ בְּלִבְד אֶת מוֹשֶׁג הַבְּעֲלוֹת.¹¹⁶

- 114 דוֹיטֶש, קְנִיִּין ג', לְעִיל ה"ש 47, בְּעַמ' 355: "רוֹכֵשׁ טִיפּוֹסִי סוֹבֵר כִּי מְבַחֲנָה כְּלָלִית הַמִּקְרָעִין הֵם 'שְׁלוֹ' מִיִּיד עִם סִיכּוֹם תְּנֵאֵי הַמְּכַר, וּמְבַחֲנָה שְׂמֵאִית, נוֹהֲגִים לְשׁוֹם זְכוּיֹת חוֹזִיּוֹת בִּיחַס לְנֶכֶס בְּסִכּוֹם הַדּוּמָה לְשׁוּוִיָּה שֶׁל הַזְּכוּת הַקְּנִיִּינִית בְּנֶכֶס"; שֵׁם 359: "בְּעִינָיו שֶׁל רוֹכֵשׁ דִּירָה טִיפּוֹסִי, הַדִּירָה הִיא 'שְׁלוֹ', מִן הַשְּׂעָה שֶׁחָתַם עַל הַחוּזָה, הַגֵּם שֶׁהוּא מְבִין כִּי טְרַם הַרִישׁוּם בְּפִנְקָסִים, עֲדִיין עֲלוּלוֹת לְהִיוּצֵר תְּקֵלוֹת, בְּמִקְרָם מִיוֹחֲרִים".
- 115 Hector Vera, *Decimal Time: Misadventures of a Revolutionary Idea 1793–2008*, 9 (2009). KRONOSCOPE 29
- 116 יֵשׁ מְקוֹם לְבַחּוֹן שְׂאֵלָה זוֹ גַּם לְאוֹר מְרֶשֶׁמִים אַחֲרֵים קִיִּימִים עַל פִּי חוֹק, בֵּין הִיתֵר: חוֹק הַמִּשְׁכּוֹן, הַתִּשְׁכ"ז – 1967; חוֹק הַחֲבֵרוֹת, הַתִּשְׁנ"ט – 1999; חוֹק הַפְּטָנִים, הַתִּשְׁכ"ז – 1967; פְּקוּדַת הַפְּטָנִים וְהַמְּדַגְמִים, 1926; פְּקוּדַת סִימְנֵי מִסְחָר [נוֹסַח חֲדָשׁ], הַתִּשְׁל"ב – 1972; פְּקוּדַת הַרוֹקָחִים [נוֹסַח חֲדָשׁ], הַתִּשְׁמ"א – 1981; חוֹק זְכוּת מְטַפְחִים שֶׁל זְנֵי צְמָחִים, הַתִּשְׁל"ג – 1973; חוֹק הַטִּיס, הַתִּשְׁע"א – 2011; חוֹק הַסְּפָנוֹת (כְּלֵי שִׁיט), הַתִּשְׁך" – 1960. רְאוּ: חֲגִי וִינִיצְקֵי מְרֶשֶׁם לְסוּדוֹת מִסְחָרִים 250–287 (חִיבּוֹר לְשֵׁם קְבֵלַת תּוֹאֵר "רוֹקְטוֹר לְמִשְׁפָּטִים", אוֹנִיבֵרְסִיטֵט בֵּר אֵילֵן, הַתִּשְׁס"ו); הַנ"ל "עֶסְקָאוֹת בְּמַדְגָּמִים לְאוֹר תּוֹכִיר חוֹק הַמְּדַגְמִים, תִּשְׁע"ג – 2013 "שְׂעָרֵי מִשְׁפָּט ז' 69 (הַתִּשְׁע"ד); לוֹיִן-שְׁנוֹר, לְעִיל ה"ש 44, בְּעַמ' 23–36 בְּאִשֶׁר לְהַבְחִנָה בֵּין מְרֶשֶׁמִים קְנִיִּינִים וּמְנַהֲלִיִּים; בַּל וּפְרַחוּמוֹבְסְקֵי, מִידַע, לְעִיל ה"ש 1, בְּעַמ' 252, הָעֵרָה 64; שֵׁם עַמ' 255.

המשפט האזרחי יהסס מלנסח תחושה זו בשפה מטפיזית,¹¹⁷ בעוד המשפט העברי מדבר בקול רם בתבניות אונטולוגיות.¹¹⁸ די לנו אפוא באינטואיציה החברתית המייחסת לקניין זיקה ממשית, ללא תלות בתודעה החברתית או במעשה המנהלי. מבחינה פנומנולוגית, הצורך להכיל תחושה זו במישור הנורמטיבי, אחד הוא לשתי המערכות. כאן נקודת המפגש בין שתי שיטות משפט אלה, הישראלית והעברית. הניסיון של המשפט הישראלי להגדיר – ולו בפן זה של העברת זכויות – את מוסד הקניין בתור אפיסטמולוגיה חברתית, על פיה בעלות עוברת באמצעות המרשם, דומה לשלב המיתולוגי של ה"קצצה" במשפט העברי. אך המשפט העברי כבר המיר מזמן אידיאה תודעתית זו בסמלים של שליטה אפקטיבית, של הוכחה, ושל תמורה ("חזקה, שטר, וכסף"). אלה הם סממנים מובהקים גם של זכויות קנייניות שביושר, והמשפט הישראלי שב אליהם רק מאוחר יותר. לא בכדי "זכויות שביושר תוצרת ישראל" הוגדרו כזכויות "מעין קנייניות" אשר כוחן יפה גם כלפי צדדים שלישיים, ואשר מכוחן "יש לקונה זכויות מהותיות בנכס מסוים".¹¹⁹ תחושת חוסר הצדק לא נוצרה בחלל הריק. היא קיימת על רקע ההבנה שראוי להכיר בזכות הקניינית של הרוכש בנכס, במנותק משאלת הרישום. התהפוכות היו מושגיות: תנודה בין קטבים של רעיון הקניין מתוך התרחקות מן הרעיון שקניין נגזר מן הידיעה החברתית המגולמת במרשם. במשפט הישראלי מעתה, (שוב) אין לזהות את זכות הקניין עם הרישום, אלא זו ניצבת בפני עצמה.

117 אך לא יימנע מכך כלייל, השוו ביקורתו של הולמס על הגישות הגרמניות בנות זמנו, שהצדיקו את זכות החזקה ומכוחה את זכות הבעלות, מכוח רעיון החירות האישית, המטילה את אישיות האדם על הנכס. הולמס מצביע על חוסר עקביות של תיאוריות אלה, וקובע שאין מקום להתכחש לתפיסות אינטואיטיביות לגבי זכויות שכאלה: OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 206-213 (1881; 45th printing, 1923): "Philosophy may find a hundred reasons to justify the instinct but it would be totally immaterial if it should condemn it and bid us surrender without a murmur". תוכנה זו נכונה בענייננו גם כאשר מערכת הכללים אינה הולמת את האינסטינקטים הבסיסיים של בעלות, המבטאים את הזיקה הקונקרטיית, לא המנהלית, של האדם אל נכסיו.

118 שי עקביא וזנר "חשיבה אונטולוגית ונטורליסטית במשפט התלמודי ובישיבות ליטא" דיני ישראל כה 41, 48-51 (התשס"ח); הנ"ל חשיבה משפטית בישיבות ליטא – עיונים במשנתו של הרב שמעון שופ 88-98 (ובייחוד מעמ' 95 ואילך ובהערות השוליים שם), 238-247 (התשע"ו); וראו בהרחבה סילמן ולורברבוים, לעיל, ה"ש 8. ראו גם בריס, מבוא, לעיל ה"ש 36, בה"ש 14-16, 47.

119 בפסק דין בנק אוצר החייל, לעיל ה"ש 101. הבלטת היסוד החפצי – כלפי כולי עלמא – של זכות זו שביושר, נקבעה על ידי הנשיא ברק בהלכה מנחה זו תוך ריכוך התבניות הקלאסיות של תורת המשפט המושגית לטובת תורת משפט תכליתית. אך ברק אינו נוטש את הדיון המושגי כלל וכלל. לדעתו, התפיסה המושגית האינטואיטיבית של הקניין מנתבת את הדיון התכליתי, ומעצבת את ההמשגה ההקשרית (contextualist) של פסק דין זה.

הַמִּשְׁפָּט הָעִבְרִי מְצִיב אֶפֶס מִרְאָה מִן הַמִּשְׁפָּט הָעִבְרִי שֶׁל מִרְשֵׁם הַמְקַרְקָעִין הַיִּשְׂרָאֵלִי. בְּשֵׁלֶב הָאִיִּדִיָּאִי שֶׁל הַמִּשְׁפָּט הַיִּשְׂרָאֵלִי, כְּפִי שֶׁהַשְׁתַּקְפָּה בְּפֶסֶק דִּין בּוֹקֵר,¹²⁰ שְׁבוּ הַקְּנִיִּין הִיָּה מִיּוֹסֵד עַל הַתּוֹדָעָה הַחִבְרָתִית שֶׁל הַמִּרְשֵׁם גְּרִידָא, פּוֹסְקֵי הַהִלְכָה הַרְבֵּנִיִּים לֹא הִבִּינוּ אוֹ לֹא הָיוּ מוֹכְנִים לְקַבֵּל דְּרוֹקְצִיָּה אֶפִּיסְטִמִית זֶה כְּנֹרֵמָה מִשְׁפָּטִית – כִּשֶׁם שֶׁהֵם לֹא רָאוּ בְּמִנְהַג הַקְּצָצָה מִקּוֹר נֹרְמָטִיבִי לְרַעִיּוֹן זֶה הִלְכָה לְמַעֲשֵׂה. מוֹשֵׁג הַקְּנִיִּין נֹתֵר מוֹבְדֵל מִן הַמִּרְשֵׁם עֲצָמוּ בְּשִׁטַּת הַמִּשְׁפָּט הָעִבְרִית. נִמְצָא שְׁדוּוֹקָא הַ"טָעוֹת" הַפְּרָשְׁנִית הַנַּחֲזִית שֶׁל פּוֹסְקֵי הַהִלְכָה הַרְבֵּנִיִּים עַל אֹדוֹת תְּפִקִּידוֹ שֶׁל הַמִּרְשֵׁם בְּהַעֲבֵרַת זְכוּיּוֹת בְּמִקְרָעִין שִׁימְרָה תּוֹכְנוֹת יָסוּד עַל אֹדוֹת מֵהוֹתָה שֶׁל זְכוּת הַקְּנִיִּין. תּוֹכְנוֹת אֵלֶּה חֲזָרוּ וְנַחֲשָׁפוּ בְּפִסְיָקָה הַיִּשְׂרָאֵלִית הַמְּאֻחֶרֶת יוֹתֵר, שְׁנִסּוּגָה מִן הָאִיִּדִיָּאָה שֶׁל הַמִּרְאָה וְהַמִּסָּךְ הַמּוֹשְׁלָמִים. הַפֶּעֶר שֶׁנִּפְעַר בְּהִלְכּוֹת הַמְּאֻחֶרֶת בֵּין הַמִּרְשֵׁם לְבֵין הַעֲבֵרַת זְכוּיּוֹת קְנִיִּינִיּוֹת מְצַבֵּעַ עַל פֶּעֶר מוֹשֵׁגִי וְעַל עֲצָמָאוֹתוֹ שֶׁל רַעִיּוֹן הַקְּנִיִּין בְּעִינֵי הַצִּיּוֹר וְהַמִּשְׁפָּט. מִרְשֵׁם הַמְקַרְקָעִין עֲדִיִּין מִשְׁקָף אֶת זְכוּיּוֹת הַקְּנִיִּין בְּמִקְרָעִין בְּסוּגִיּוֹת עֵיקִרִיּוֹת. הוּא מַעֲנִיק הַגְּנָה חֹשֶׁבָה מִפְּנֵי שׁוֹרָה אֲרוּכָה שֶׁל פְּגָמִים. וּמִפְּנֵי אַחֵרִים – הוּא מַעֲלוֹם לֹא הִתִּימֵר לְהַגֵּן. אֵךְ פְּשׁוּטֵן שֶׁל הוֹרָאוֹת הַחוּק כְּפִי שְׁבָאוּ לְיָדֵי בִּיטוּי בְּהִלְכַת בּוֹקֵר שִׁיקָף אִיִּדִיָּאָה שֶׁל הַתְּלַכּוֹדוֹת הַתּוֹדָעָה הַחִבְרָתִית עִם הַזְכוּיּוֹת עֲצָמוּ. בְּתוֹר שְׁכּוֹז, הַמִּרְאָה הוֹעֵמָה וְנִסְדָּקָה. הַפִּסְיָקָה הַמְּאֻחֶרֶת יוֹתֵר הַתְּרַחֲקָה מִן הַחֲזוֹן שֶׁל שִׁיקוֹף זְכוּיּוֹת בְּמִקְרָעִין בְּאֹפֶן מֵלָא וּמְדוּיָק. שׁוֹב אֵין הַתּוֹדָעָה הַחִבְרָתִית מִתְּלַכּוֹדָת עִם הַזְכוּיּוֹת עֲצָמוּ. כְּבֹאָה כְּפֹלָה זֶה שֶׁל הַמִּרְשֵׁם בְּנִפְרֵד מִן הַזְכוּיּוֹת הִיא הַמִּשְׁתַּקְפֵּת מִתּוֹךְ הַמִּשְׁפָּט הָעִבְרִי.

ז. הַעֲרָה עַל הָעֲרַת אֲזָהָרָה

לְפָנֵי סִיּוּם, מַעֲנִיִּין לְהַצְבִּיעַ עַל תְּהִלְיָת מִקְבִּיל – בְּמוֹכֵן מִסוּיִם הַפּוֹךְ – שֶׁהַתְּרַחֵשׁ בְּכֹל הַנּוֹגַע לְהַבְנַת תְּפִקִּידוֹ שֶׁל רִישׁוּם הָעֲרַת אֲזָהָרָה וְלַהֲמַשְׁגָּתָה. בְּאִמְצָעוֹת רִישׁוּם הָעֲרַת אֲזָהָרָה רֹכֵשׁ זְכוּת קְנִיִּין בְּמִקְרָעִין מִזְהִיר אֶת הַבָּאִים אַחֲרָיו שְׁקִימַת הַתְּחִיבּוֹת לְהַעֲבִיר אֵלָיו אֶת הַנִּכְסִים. מִטְּבַע הַדְּבָרִים, רִישׁוּם הָעֲרָה נַעֲשֵׂה בְּטָרֵם הוֹשְׁלָמָה הַעֲבֵרַת הַבְּעֻלוֹת בְּמִרְשֵׁם הַמְקַרְקָעִין. בְּתַמְצִית נֶאֱמַר: הַמִּשְׁפָּט הַיִּשְׂרָאֵלִי קָבַע כֹּאֵן מְגַנְנוֹן לֹא-קְנִיִּינִי. אוֹלָם פּוֹסְקִים שׁוֹנִים שֶׁל הַמִּשְׁפָּט הָעִבְרִי יִיחָסוּ לוֹ מִשְׁמַעוֹת קְנִיִּינִית – לְכֹאוֹרָה, תּוֹךְ אִי-הַבְּנָה שֶׁל מוֹסֵד זֶה. אֵךְ עִם הַזְמָן גַּם הַפִּסְיָקָה הַיִּשְׂרָאֵלִית יִיחָסָה לְהָעֲרַת אֲזָהָרָה מִשְׁמַעוֹת מַעֲיִן קְנִיִּינִית אֵף הִיא. בְּאֹפֶן פְּרֹדוּקְסָלִי תְּהִלְיָכִים אֵלֶּה נִרְאִים בְּמִבְט רֵאשׁוֹן הַפּוֹכִים מֵאֵלֶּה שֶׁעָבְרוּ עַל רִישׁוּם הַעֲבֵרַת זְכוּת בְּעֻלוֹת בְּמִקְרָעִין: מִרְשֵׁם הַמְקַרְקָעִין אֵיבַד מִמְּעַמְדוֹ הַקְּנִיִּינִי הַבְּלַעֲדִי; מְנַגֵּד, הָעֲרַת אֲזָהָרָה סִיגְלָה לְעַצְמָה תְּכוֹנוֹת קְנִיִּינִיּוֹת. אֵךְ בְּשָׁנֵי תְּהִלְיָכִים אֵלֶּה, מֵה שֶׁנִּרְאָה תְּחִלָּה כְּטַעוֹת מְצִידִים שֶׁל פּוֹסְקֵי הַמִּשְׁפָּט הָעִבְרִי הַתְּבַרֵר כְּהַמְשָׁגָה שֶׁהִטְרִימָה אֶת עַמְדַּתָּם שֶׁל בְּתֵי הַמִּשְׁפָּט הַיִּשְׂרָאֵלִיִּים. אֵלֶּה שְׁבַמְבַּט

מעמיק, תנועות הפוכות אלה מחזקות את תובנת היסוד על אודות התמורות בתפיסת הקניין במקרקעין. השיקולים של מערכות משפט שונים, אך בבסיסם הם משקפים את התובנות הכורכות בין אדם לקניינו באופן ישיר כתוצאה מנסיבות שונות, ללא תלות בשכלולה של התודעה-החברתית כשלעצמה.

גם כאן פסק דין בוקר ישמש לנו נקודת מוצא נוחה. פסק הדין הציג את הקריאה הפשוטה ביותר של החוק ואת מהותה של הערת האזהרה: זהו מנגנון החוסם את טענת תום הלב של רוכש מאוחר, ומונע ממנו בכך את הגנת תקנת השוק.¹²¹ הרישום אינו מעניק שום זכות קניינית. אולם, סנונית ראשונה לקראת תפיסה קניינית של רישום הערת אזהרה הופיעה בתיקון סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, שהעניק עדיפות לרישום הערת האזהרה על פני עיקול מאוחר יותר (אף כשהחוב הצטבר לפני כתיבת הערת האזהרה, וזאת בעקבות נסיבותיו של פסק דין בוקר). כבר בשנותיו הראשונות של מוסד הערת האזהרה הוצגו גם דעות מורכבות יותר, לרבות גישה שייחסה לה תכונות קנייניות מסוימות של ממש.¹²² המציאות הישראלית, שבה רישום מקרקעין אורך זמן, ולעיתים זמן רב מאוד, ואילו רישום הערת האזהרה נעשה בתהליך שהוא יחסית זול ומהיר, העלה את קרנה של הערת האזהרה ואת מרכזיותה בשאלת ההגנה על זכויות קנייניות – עד כדי הכרה שיפוטית בזכויות קנייניות או מעין-קנייניות (כמו שעבוד)¹²³ המוקנות על ידה. הלכת גנו, שנפסקה בשנת 2004, העלתה את מעמדה של הערת האזהרה למישור קנייני חדש¹²⁴ – ובנסיבות מסוימות רישום הערת האזהרה הוא שמעניק זכות קניינית

- 121 ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969; וכך גם בע"א 68/76 אטיאס נ' הממונה על המרשם לפי חוק המקרקעין, פ"ד ל(3) 527, 531 (1976); ע"א 205/83 חובני נ' דקלה חברה לבניין השקעה בע"מ, פ"ד מא(3) 96 (1987).
- 122 אוריאל פרוקצ'יה "לשאלת תוקפה הקנייני של הערת אזהרה" עיוני משפט ז 446 (התשל"ט-התש"ס); אוריאל רייכמן "הערת האזהרה – מהות יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י 297 (התשמ"ד-התשמ"ה); דוד פולק הערת אזהרה במקרקעין 81-92 (2005); שי שגב פרקים בדיני קניין חלק ב 125-143 (2002), לעניין כוחה של הערת אזהרה ליצור שיעבוד בנכס.
- 123 ע"א 558/88 איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (נבו) 26.04.1994; ע"א 261/88 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' רוזובסקי, פ"ד מח(2) 102 (1994); ראו מיגל דויטש קניין כרך ד 99 ובהערות שם (התשס"ז), לתיאור "המטוטלת" של הפסיקה בשאלה זו. פרופ' דויטש מצדד בעמדה שיש לראות בהערת האזהרה זכות קניינית הטפלה ונלווית לזכות המהותית המובטחת על ידה, שם, בעמ' 106, על אף הפסיקה המאוחרת יותר ע"א 2590/90 נסים נ' דניאלי וערעור שכנגד, פ"ד מח(3) 846, 108-109 (1994). וראו פרשת מורדכיוב, לעיל ה"ש 46.
- 124 הלכת גנו, לעיל ה"ש 104. ושמו מדויק יותר לכנותה "חדש-ישן". הלכת גנו נתפסת כמפנה "אשר החזיר את ההלכה באופן סופי לנקודת ההתחלה שלה שלפני חוק המקרקעין", מאוטנר, תחרות זכויות, לעיל ה"ש 8, בעמ' 351. על ה"מתח העמוק" שנוצר בין הלכת בנק אוצר החייל להלכת גנו ביחס למקומו של מרשם המקרקעין, ראו שם, 362-363:

הגוברת על מי שהתירשלה מלעשות כן כדי לשמור על זכויותיו. לפי חלק משופטיה של הלכת גזו, הערת האזהרה הופכת לעיתים מזכות לחובה.¹²⁵ בכך השופטים גם מיצבו את הערת האזהרה על רצף התודעה החברתית: אם אין אפשרות סבירה לדעת או אף להניח שמישהו רכש זכות במקרקעין, אין לבוא בטענות אל מי שרכש זכות נוגדת מאוחרת ורשם הערת אזהרה. הערת האזהרה עברה תהליך "קנייני" אפוא גם מן ההיבט המושגי.

אלא שגם לפני שחלו תמורות אלה בפסיקה הישראלית ביחס להערת האזהרה, ניתן היה למצוא ביטויים לאופי הקנייני שלה בספרות הפסיקה הרבנית – בדרך כלל כמנגנון שבא להעניק כוח קנייני לחוזה המכר, מתוך ויתור על דרישת הרישום עצמו. הערת האזהרה הוכרה בראש ובראשונה כמשפיעה על התודעה הסובייקטיבית ועל גמירות דעתו של הרוכש: כשם שהפגם באי-רישום המקרקעין נובע, לשיטתם, מהיעדר גמירות דעת סובייקטיבית להקניית הזכויות, כך די בה הערת האזהרה כדי לרפא פגם זה.¹²⁶ אך מעבר לשאלת הדעת, ניתן לזהות בין דברי הפוסקים גם ייחוס מעמד קנייני

החווה לרכישת זכות במקרקעין, כשלעצמו, מחולל שינוי במצב זכויות הקניין של הצדדים כאילו לא התקיים במדינה מרשם מקרקעין, שהרישום בו הוא שאמור לחולל את השינויים במצב זכויות הקניין במקרקעין הנמצאים במדינה. לעומת זאת, עניין גזו מקנה משקל ניכר לקיומו של המרשם במדינה: התעלמותו של הקונה מהמרשם אמורה לגרום לו לאבד את זכויותיו – הבעלות שביושר שלו – במקרקעין.

125 הלכת גזו, לעיל ה"ש 104, בעמ' 404-406; השו"ע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד בע"נ נ' אברהם, פ"ד נט(3) 697, 705-706 (2004); אסף הראל "סייגים לזכות הראשונים בעסקאות נוגדות – בעקבות ע"א 2643/97 גזו נ' בריטיש וקולוניאלי" מקרקעין ג 3 (2004). וראו: ע"א 7113/11 עזבון המנוח עפיף מוחמד ביאר נ' עזבון המנוח חוסני אחמד לחאם ז"ל (נבו 27.2.2014).

126 הרב צבי יהודה בן יעקב משפטיך ליעקב חלק א, תנב (התשנ"ה): "אמנם נראה שבמציאות דברי ימינו, שאין מי שיקנה קרקע ללא שיתן לכל הפחות הערת אזהרה בטאבו, אין עיסקת המקרקעין נגמרת ללא שיזהיר בטאבו" אף על פי שהוא מתלבט במעמדה של המכירה ללא רישום בטאבו על פי המשפט העברי – וראו שם שהוא ער לכך שכיום המשמעות של "מלכות מקפרת" היא הוראת ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (לפיה עסקה מאוחרת הנעשית בתום לב ונרשמה על ידי השני בעודו בתום לב, גוברת על עסקה קודמת שלא נרשמה שרינה כהתחייבות); הרב אברהם בן חיים שו"ת משפטי חיים, שד (התשס"ה): "אי אפשר למכירה שתחול עד שלא תהיה הערת אזהרה בטאבו", כי לא סמכה דעתיה דלוקח בלא רישום טאבו"; הרב שריאל רוזנברג "עריכת חוזים – חוזה על פי ההלכה" קובץ הישר והטוב ז, מב (התשס"ט): "על כל פנים בזמננו שאחיות החווה בלבד מהווה ראייה מספיקה לדרוש את רישום הנכס בטאבו, ואף אנשים רבים אינם מקפידים כל כך לרישום את הנכס תיכף בטאבו, ולפעמים נמשך המצב כך שנים רבות עד שהנכס עובר על שמו בטאבו, והדבר נובע מזה שסומכין דעתם על החווה ועל רישום הערת אזהרה, נראה ברור שאין הטאבו מעכב את חלות הקניין"; הרב יצחק זילברשטיין חשוקי חמד – בבא מציעא, ריט (התשס"ט): "ונראה שבימינו שאם חותמים חוזה תופס גם בדיניהם, יכול הלוקח לעשות הערת אזהרה בטאבו, והמוכר אינו יכול למכור את הדירה, אם כן בזה כולי עלמא

לרישום הערת האזהרה. כך, יש מי שמשקלל את הערת האזהרה בשאלת הטלת נטל הראיה – מי שהערה נרשמה לטובתו (בין היתר) נקרא מוחזק בנכס, ונטל הראיה מוטל על המבקש להוציאו ממנו.¹²⁷ ויש אף מי שרואה בהערת האזהרה סוג של הטלת שעבוד על הנכס הנמכר לטובת הרוכש.¹²⁸ על פי קריאה פשוטה של הוראות החוק, וכפי שהובהרה בפסק דין בוקר, גישה מרחיבה זו מוטעית. רישום הערה אינו מקנה זכות פוזיטיבית, אלא מזהיר רוכש פוטנציאלי, ושולל ממנו כאמור את ההגנה של הסתמכות על המרשם בתום לב. ועם זאת, לאור ההתפתחויות שבפסיקה הישראלית ביחס למוסד זה אי אפשר לומר שהטעות הנחזית החטיאה את מטרתה במרחק כה רב. חלקם של פוסקי ההלכה של המשפט העברי אף הסתמכו במפורש על ההתפתחויות במשפט הישראלי, וציינו את ההיבט ה"מעין קנייני" שהעניקה לה הפסיקה.¹²⁹ אולם לא כל פוסקי ההלכה של המשפט העברי ציינו תמורות אלה כנימוקים להכרעותיהם, וככל הנראה לא עקבו אחריהן, ואינם מכירים אותן. ועם זאת, אף "טעות" נחזית זו של פוסקי הלכה אלה חושפת תובנה המשותפת לגישתה של הפסיקה הישראלית כיום.

התחושה הבסיסית של פוסקים אלה של המשפט העברי היא ככל הנראה שהודעה "רשמית", המשריינת זכות קניינית – בכוחה גם להקים את הזכות הקניינית עצמה – אף שטרם נרשמה הזכות במרשם המקרקעין.¹³⁰ ברובד עמוק יותר, כרוכה גישה זו אף היא עם רעיון הפומביות. ההודעה הציבורית של הערת האזהרה יוצרת מצב שאחרים בְּלִים (או אמורים להיברל) מן הנכס, ושמו של הבעלים החדש נקרא עליו גם אם לא נתקיימו הדרישות האחרות, והמהותיות, שבחוק.

- יורו שבחתימת החוזה קנה, ואין צורך דווקא בהעברה בטאבו; רבי משה לוי לוגאסי מלוח ה', טו (התשנ"ה) מתחשב ברישומה של הערת אזהרה כדי לקבוע את רגע העברת הקניין משיקולים הקשורים לאיסורי ריבית של ההלכה; עמק המשפט, לעיל ה"ש 99, בעמ' קמד.
- 127 הרב ציון בוארון שו"ת שערי ציון סימן א, רצו (התשס"ב).
- 128 ראו: הרב סיני לוי "מעמדה ההלכתי של הערת האזהרה" משפטי ארץ ג: קניין ומסחר 274 (עדו רכניץ עורך, התש"ע), אוזכר בפרשת מורדכיוב, לעיל ה"ש 46, פסקה כז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; וראו בכרך זה גם מאמרים אלו: הרב נתן חי "בר־רשות' מעמדו ההלכתי ויתור עליה" (עמ' 265); הרב יעזר אריאל "העברת בעלות על מקרקעין בימינו" (עמ' 209); הרב חיים וידאל "מעשה קנין ברכישת דירות" (עמ' 239).
- 129 ראו, בין היתר: הרב חיים והב "עיסקת קומבינציה והערת אזהרה" אמת ומשפט – חידושי תורה שו"ת ופסקי דין עמ' שצז (הרב דניאל לוי עורך, התשע"ב); הרב אברהם דב לוי "הסכם לעיסקת מקרקעין בבולגריה" פסקי דין ירושלים יב, עמ' עד (התש"ע), על פי שגב, לעיל ה"ש 122, בעמ' 128 ואילך.
- 130 השוו גם דויטש, קניין ג, לעיל ה"ש 47, בעמ' 192: "כאשר מדובר ברישום בפנקסים, מתלווה לכך ההנחה של הדיוטות כי ניתנת בזאת ג'ושפנקא מדיניתית' – 'שריון' מדינית והכרה – לזכות הנוגעת בדבר".

נמצא כי הפסיקה הישראלית נעה מתפיסה המזהה את הקניין עם המרשם אל ריכוז עמדה זו, ומשלילת מעמדה הקנייני של הערת האזהרה אל עבר הכרה מסוימת בממדיו הקנייניים. מנגד, המשפט העברי, אשר רבו בו הפוסקים אשר שללו מעיקרא את כוחו הקנייני של מרשם המקרקעין – שם ניתן למצוא עמדות המכירות בפועלה הקנייני של הערת האזהרה. בשני הדיונים ההלכתיים – כוחו של המרשם, ודיותה של הערת האזהרה – היה נראה שהמשפט העברי טעה תחילה בהבנת ההסדר שבחוק הישראלי. ולבסוף, כאשר המשפט הישראלי ריכך את עמדותיו, הסתבר שהיה זה המשפט העברי אשר שימר אינטואיציות בסיסיות על אודות מהות הקניין. עקרון הפומביות – שהיה לו מעמד בכורה בשלב המיתי של המשפט העברי – פותח פתח בפני הגמשת דרכי הרכישה הפורמליסטיות גם בשלב הנורמטיבי של ההלכה, כדי לכלול בו את הרישום, אולי גם רישום הערה בלבד, כתנאי מספיק לרכישת זכות קניינית. אך אין בתפיסה זו כדי לזהות את רעיון הקניין עצמו עם רעיון הפומביות. אלה נשארים מושגים נפרדים. ושניות זו היא הבבואה הניבטת מן המראה של המשפט העברי אל מראת הזכויות של מרשם המקרקעין.

ח. הרהורי סיום

דיני היושר נועדו, בראש ובראשונה, לפתור את המצוקות המתעוררות מיישום הכללים הנוקשים שקבע המשפט – וכפי שהתעוררו ביישום אידיאת המרשם שבחוק המקרקעין בתחילת דרכו. לעיתים נדמה שכללי היושר שהתגבשו במסורת האנגלו-אמריקאית הפכו אף הם לנוקשים במידה שאינה נופלת במקרים מסוימים בנוקשותה מכללי המשפט המקובל עצמו, וכי ההבדל הנותר לכללי החוק הוא היסטורי או סמנטי גרידא.¹³¹ לא כן בתרבות היושר של המשפט העברי¹³² ושל "דיני היושר תוצרת ישראל". העקרונות של

131 ALASTAIR HUDSON, UNDERSTANDING EQUITY AND TRUSTS 1-24 (3rd ed., 2008); SARAH WORTHINGTON, EQUITY 3-19 (2003); KEVIN GRAY, ELEMENTS OF LAND LAW 37 (2nd ed., 1993).

132 גישתו של השופט אֶלֶוֹן לפתרון מצוקות אלה, בעידן שלפני הלכת בנק אוצר החייל, הייתה אופיינית למסורת המשפט העברי: הצעה לבעלי הדין לפעול לפני משורת הדין – מבלי לכפות פשרה: ע"א 842/79 נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 220-221 (1981): "אין הם חייבים בכך מן הדין, אך זוהי משאלה לנהוג לפני משורת הדין, ובכך ילכו בדרך טובים וארחות צדיקים ישמורו"; ראו שם באסמכתאותיו לקביעה זו, כמו גם בע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס, פ"ד לג(2) 785, 810-811 (1979). הדעות חלוקות בתוך המשפט העברי פנימה באשר לאפשרות לכפות הסדרים שהם "לפנים משורת הדין"; שולחן ערוך, חושן משפט יב, ב (רמ"א); מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 125-163 (מהדורה שלישית, התשנ"ח); KIRSCHENBAUM, לעיל ה"ש 13, בעמ' 109-170. והשוו: מנחם מאוטנר "אקוויטי במשפט העברי" עיוני משפט יח 639 (1994). פתרון זה, גם אילו

מורשת ישראל מיוסדים על בקשת הצדק באופן דינמי והקשרי.¹³³ גם אם דיני הקניין הישראליים לא שאבו השראה גלויה ממקורות המשפט העברי,¹³⁴ תבניות חשיבה של התרבות הישראלית והיהודית מעצבות את הנורמות המשפטיות. אף על פי שהמשפט הישראלי והמשפט העברי סללו דרכים שונות ולעיתים אף מנוגדות בנתיבי הקניין, התבוננות באחת דרך האספקלריה של השנייה חושפת אינטואיציות מושגיות ותבניות עומק של התמודדות המשותפות לשתי מערכות אלה. במקרה דנן, העמדת זכות הקניין על התודעה הציבורית בתחילת דרכו של חוק המקרקעין שיקפה שלב אידיאי כמו השלב המיתי של דרכי הקניין של המשפט העברי; הסטייה השיפוטית מתפיסה זו מצאה לה מקבילה בגישתם מעיקרא של פוסקי ההלכה הרבניים. עליות קרנה הקניינית של הערת האזהרה בפסיקה הישראלית מצאה לה אף היא מקבילה בפסיקה הרבנית. גם אם נקודות המוצא הפרשניות חלוקות זו מזו, הקרבה המעשית בין שני עולמות אלה חושפת את המשותף שבתבניות החשיבה, את ההתמודדות שלהם עם תבניות חשיבה חברתיות עמוקות, ואת החתירה שלהם לערכים של צדק, של יושר ושל שלום.

היה נכפה, היה שייך לעולם החיובים האובליגטוריים בדומה להוראות רבות מתחום דיני היושר, לפי הכלל הידוע: Equity acts in personam, ראו בין היתר: WORTHINGTON, לעיל ה"ש 131, בעמ' 15; GRAY, לעיל ה"ש 131, בעמ' 37.

133 יש מקום לתהות: האם הכרת בית המשפט בזכויות שביושר תוצרת ישראל פותחת פתח להכרה בזכויות שביושר תוצרת מורשת ישראל? למשל, אם בני קהילה דתית או חרדית, הנזקקים לנורמות של המשפט העברי בענייניהם מרצונם, יבקשו להקנות זכויות בנכס מקרקעין באמצעות "מעשה קניין" הלכתי – האם תיווצר זיקה אמיצה דיה בין הרוכש לבין הנכס כדי שבית המשפט יכיר בזכויות שביושר הקמות לקונה, גם בטרם הרישום? האם הכרה כזו תימנע בהיותה סותרת את הוראותיו הקוגנטיות של ס' 7 לחוק המקרקעין? ושואל זכויות אלה שביושר תהיינה אישיות (in personam) ותקפות – אבל רק כלפי בני אותה קהילה, ולא בזכויות חפציות (in rem) כלפי כולי עלמא, בני קהילות אחרות? במרחב משפטי רב-תרבותי, האם לא יהיה נכון להכיר באינטרסים של ציפיות ושל הסתמכות הצומחים מן התרבות המשפטית הספציפית, לפחות בין חבריה של קהיליית-תרבות זו? גישה כזו נשללה בע"א 1249, 1217/03 קבוצת עונאללה בע"מ נ' ח'אזן, פ"ד נח(1) 224, 238; דריטש, קניין ג, לעיל ה"ש 55, בעמ' 330-439.

134 ויסמן, כללי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 35-36; השוו לעיל ה"ש 72.