

סימן לב שמיטת כספים [ג]

מכר דירה ולא קבל את כל תמורתה

- ראשי פרקים
א. השוני בין קרקע למטלטלין.
ב. בלא נתינת מעות לא נגמר קנין הקרקע.
ג. חתימה על חוזה.
ד. מכירה שלא נרשמה בפנקס המקרקעין.

א. השוני בין קרקע למטלטלין

שונה קניית קרקע מקניית מטלטלין. קנין המטלטלין נגמר גם ללא נתינת תמורתו, ואילו בקנין קרקע [לעיתים- וכדלהלן] יש צורך גם בנתינת מעות, ובמקרים מסוימים יש צורך בנתינת כל התמורה. ע"כ צריך ברור אימתי קנינם מסתיים אף בטרם יתן כל דמיו. והנפק"מ לענין שביעית, שאם נאמר שישמט החוב הרי שלא נתן כל דמיו וממילא לא נקנה לו המקח, אם לא יתן דמי ממכרו, שהמעות הן חלק מגוף הקנין, ובדליכא מעות ליכא קנין.

האמור לקמן מתיחס הן לקניית קרקע והן לקניית דירה- עיין ברמ"א חו"מ צה, א שהביא ב דעות אם תלוש ולבסוף חברו דינו כקרקע, ועיין שם בש"ך ס"ק ח ובקצוה"ח שם סוס"ק ג שהסיקו דדינו של בית כקרקע. ובש"ך שם הוסיף: "תדע דהא משמע בכל דוכתי דבית נקנה בכסף בשטר וחזקה כמו קרקע". [וראיה מדברי הרמב"ם פ"א ממכירה ה"ד, ה"ח, ה"ט ועוד, שכתב בהן הרמב"ם קניני קרקע לענין בית] הרי דלענין קנינים דינם כקרקע, עיי"ש.

איתא במתני' קידושין כו, א: נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף בשטר ובחזקה. ובגמ' שם, אמר רב לא שנו אלא במקום שאין כותבים את השטר אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה. ופרש"י שם, דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא. ובהמשך שם בגמ' - בענין קנין שטר - אמר שמואל לא שנו אלא בשטר מתנה, אבל במכר לא קנה עד שיתן לו דמים. ופרש"י שם, דלא גמר מוכר ומקנה עד דקביל דמים ואע"ג דקביל דמים בעי שטרא. ויש לבאר אם במקום שכותבים את השטר ובעי עם קנין הכסף שיכתוב לו שטר, ובכתובת השטר בעי שיתן לו דמים, אם למעשה

קונה בכסף עם השטר, דבמקום שכותבים השטר לעולם בעי לתרוייהו
וא"א לכסף בלא שטר ולשטר בלא כסף, או דלמא יש נפק"מ אם קונה
בכסף שצריך גם לכתוב שטר, לבין קונה בשטר שבעי נתינת כסף.

ב. ללא נתינת מעות לא נגמר קנין הקרקע

הרמב"ם בפ"א ממכירה ה"ד, כתב וז"ל:
"כיצד בכסף. מכר לו בית או שדה ונתן לו הדמים קנה. במה
דברים אמורים, במקום שאין כותבים את השטר אבל במקום
שדרכן לכתוב שטר מכר לא קנה עד שיכתוב את השטר."
ובה"ז כתב, וז"ל:

"כיצד בשטר ... בד"א במוכר שדה מפני רעתה אבל בשאר
קרקעות, אע"פ שהגיע השטר של מכר לידו ואפי' היו בו עדים,
לא קנה עד שיתן את הדמים."
ומשמעות שתי ההלכות דהן שקונה בכסף בעי לשטר [במקום שכותבין]
והן כשקונה בשטר [כשאינה מפני רעתה], בעי לכסף לקנינו ואין
חילוק ביניהם.

ובשיטה לא נודעת למי (כו, א), כתב וז"ל:
"רב אשמועינן דבמקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב את
השטר. מיהו הוה אמינא בשטר בלא דמים קנה, אשמועינן שמואל
דבשטר לא קנה בשום מקום במכר בלא דמים."
מבואר מדברי השיטה דבמקום שכותבים את השטר קונה בכתובת השטר,
ועד שלא כתב השטר אינו קונה אף שנתן דמים, דהשטר הוא הגומר
ומקנה. ואתא שמואל לאשמועינן דלא תימא דא"כ יקנה בשטר
לחודייהו, דדוקא במתנה אפשר לשטר בלא דמים אבל במכר לעולם בעי
תרוייהו. ומשמעות דבריו, דשמואל בא להשלים את דברי רב, דלא
תימא כיון דדעתיה אשטרא א"כ יקנה בשטר לחוד, אלא במכר בעי נמי
לדמים. אולם עדיין לא נתברר בדבריו האם גם הכסף וגם השטר הינם
חלק בלתי נפרד ממעשה הקנין, ובין אם קונה בכסף במקום שכותבים
את השטר ובין אם קונה בשטר תרוייהו חלק מגוף מעשה הקנין, או
דלמא כשקונה בכסף במקום שכותבים את השטר, הכסף הוא הקנין והשטר
תנאי בחלות הקנין, וה"ה בקונה בשטר- מעשה הקנין הוא בשטר אולם
תנאי בחלות הקנין היא נתינת הדמים.

הר"ן בקידושין (י, ב- בעמודי הרי"ף), כתב וז"ל:
"ודאמרינן לא קנה עד שיתן דמים, איכא מ"ד דדוקא כל הדמים
אבל במקצת דמים אפי' לא עאיל ונפיק אזוזי לא קני, דכי
אמרינן דבמקצת דמים קנה הכל כל היכא דלא עאיל ונפיק
אזוזי, הני מילי בנותן מקצת דמים לשם קנין, דכיון שקבלם
לשם קנין ולא עאיל ונפיק אשאר, גלי אדעתיה דניחא ליה
דליקני בהכי, אבל הכא דמים הללו לא לשם קנין נתנם לו,
שהרי בשטר הוא קונה, אלא לשם פרעון נתנו ולפיכך אע"פ
שקבלם אין כאן הוכחה דניחא ליה שיקנה בהן, ולפיכך י"ל

שאפי' כנגד מעותיו אינו קונה, דכיון דבשטר הוא קונה א"א
לו לקנות בו מקצת השדה, שעל כל השדה נכתב ולא על חציו,
וכיון שבטל כח השטר במקצתו בטל כולו."

מדברי הר"ן מבואר חילוק מהותי בין קנין כסף במקום שכותבים שטר,
שאינו קונה אלא בצרוף שטר, לקנין שטר שאינו קונה א"א כ נתן כסף,
דבקנין כסף הרי הוא קונה בכסף ויש גילוי דעת מצד המוכר שגומר
בדעתו להקנות גם במקצת הכסף, אם אינו מחזר אחר מעותיו. [לפי
התנאים שהתבררו בגמ' ב"מ עז, ב, ברא"ש שם ה"ז, בנימוק"י מז, ב,
בעמודי הר"ף ובשו"ע סי' קצ ובנו"כ שם]. יש בביצוע הקנין ע"י
מקצת מעות המקח גילוי דעת מצד המוכר שגומר דעתו גם במקצת הכסף,
שהרי בדרך התנהגותו עם הכסף מגלה לנו המוכר שחפץ במכירה, גם אם
לא קבל עדיין כל תמורתה, ובתנאי שיקבל לאחר מכן את כספו ולא
יהיה עאיל ונפיק אזוי. רק מכיון שעומד במקום שכותבים שטר
אמרינן שלא גמר בדעתו להקנותו אלא בשטר. משא"כ בקונה בשטר,
השטר הוא מעשה הקנין הבלעדי והכסף הוא לא כסף קנין אלא תנאי
בחלות קנין השטר, ותנאי זה לא הותנה ע"י המוכר אלא שחכמים
אמדוהו שלא גומר בדעתו להקנותו בשטר א"א כ יקבל פרעון המכירה.
וה"ה שאומדן דעת זה נכון גם כאשר מוכר בקנין כסף, אולם בקנין
כסף יש לנו גילוי דעת [מהמוכר] נגד אומדן דעתינו, ובכה"ג גילוי
דעת המוכר עדיפא. ע"כ בקנין כסף קונה אפי' לא קבל אלא שווה
פרוטה, ואילו בשטר דוקא קבל כל מעותיו.

ובר"ן שם (בעמ' א) מבואר דבמקום שכותבים בשטר וקנה בכסף, גם
הכסף וגם השטר הינם חלק בלתי נפרד ממעשה הקנין, וכמשמעות פרש"י
בסוגיין שהובא לעיל. שהר"ן פירש שבשטר קנין עסקינן, ובכה"ג
קונה רק בשעת השטר ולא משעת נתינת הכסף;
"שכל שיש לפניו שתי קניות, אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא
יותר מועיל, ושטר יותר מועיל מכסף לפי שמועיל לקנין
ומועיל לראיה."

ע"כ השטר הינו חלק ממעשה הקנין. ויש מקום לומר שאף למסקנת הר"ן
שם, אף בשטרי ראיה והודאה הינם חלק ממעשה הקנין, שלוקח אינו
גומר בדעתו לקנות ללא שטר ראיה, וכלפי לוקח ליתא לקנין כסף ללא
שטר במקום שנהגו. אלא שבדברי האור שמח (פ"א ממכירה ה"ד בד"ה
איברא) מבואר דהשטר אינו קונה אלא הכסף בלבד קונה לאחר שכתב
השטר למפרע משעת קנין הכסף, והוכיח דבריו מהא דמהני שטר ראיה
ג"כ, וע"כ דעתו לקנות בכסף בתנאי שיגיע השטר לידו. לדבריו, אם
השטר חלק ממעשה הקנין או כתנאי, תלוי בדעות הראשונים שהביא
הר"ן אם צריך לשטר קנין דוקא או סגי בשטר ראיה. אלא שהאור שמח
עצמו הביא בפ"ה מזכ"ה ומתנה ה"ו (בד"ה איברא) צד לומר דאף אם
סגי בשטר ראיה מ"מ לא קונה אלא בשעת כתיבת השטר ולא למפרע, אך
הסיק דלשון הכס"מ מורה שהקנין חל למפרע, עיי"ש. ויש להסתפק
לדבריו, לסוברים דמהני שטר ראיה ובפועל כתב שטר קנין, אם השטר
ג"כ מהוה רק תנאי, או ששטר הקנין מהוה בכגון זה חלק ממעשה

הקנין. ומסתבר טפי דהא דמהני שטר ראייה, הוי סימן דכתיבת השטר הוי כתנאי לחלות קנין ולא חלק ממעשה הקנין, וע"כ אפי' היכא שיכתוב השטר בלשון הקנין, אינו משנה בעצם מהותו ותכליתו. ועיין באבן האזל (פ"א ממכירה ה"ד בד"ה והנה) שהקשה, דא"כ מיתוקמא הגמ' בשתי מציאויות שונות, דבשטר ראייה הוי קנין למפרע ובשטר קנין הוי חלק ממעשה הקנין, והו"ל לגמ' לאשמועינן חילוק מהותי זה. וגם ברמב"ם לא משמע שחילק בכך. ולמש"כ א"ש, דגם כשכותב שטר קנין הוי כתנאי לחלות המכר וע"כ אין שוני ונפק"מ בין אם יכתוב שטר מכר לבין אם יכתוב שטר ראייה. ומש"כ הר"ן דבמקום שנהגו לכתוב שטר קנין דוקא, השטר הינו חלק מהקנין, א"כ במקום זה לא יועיל שטר ראייה, וע"ז קשה דא"כ הגמ' שכתבה דקונים רק בשטר מייירי לעיתים כחלק מהקנין ולעיתים כתנאי והכל כמנהג המקום, וע"ז הקשה דהו"ל לגמ' לאשמועינן כן. [ומה שכתב שם דאין לומר דבמקום שכותבין שטר קנין קונה משעת נתינת הכסף והקנין מתלי תלי עד כתיבת השטר, דלשון "לא קנה" לא משמע כן. לכאורה אינו ראייה, דאף היכא דמיתלי תלי כתב הרמב"ם לשון של "לא קנה", עיין בריש פ"א ממכירה לענין תנאים, דאם נתקיימו התנאים נקנה הדבר שהוקנה, ואם לא נתקיים התנאי לא קנה, והתם הוי רק מיתלי תלי ככל תנאי. אלא דלרמב"ם כל היכא דלא חל הקנין, כתב בלשון לא קנה, בין אם הוי חסרון בעצם הקנין ובין אם הוא חסרון בחלותו.]. וע"ע בריטב"א בסוגיין המביא צד שאף בשטר קנין יחול למפרע ולא הוי כחלק ממעשה הקנין, דלא כר"ן, ועיין באמרי בינה (הלואה יא וקנינים כב) מש"כ בזה.

בהמשך דבריו הביא הר"ן פלוגתא ביני רבוואתא בקונה קרקע בקנין סודר, אם צריך לתת דמיו כבשטר או אין צריך. והסיק הר"ן דאין צריך ליתן דמיו, וכן הסיק הרמב"ן (קידושין כו, א) דלא כבעל העיטור (מאמר אגב), וכדעת הר"ן והרמב"ן פסק גם הרשב"ש בתש" (סי' עט). ונראה בטעמו, דדוקא כשקונה בשטר ויש למוכר גם קנין וגם ראייה [וכמש"כ הר"ן הנ"ל] בזה לא סמכא דעת המוכר בטרם שקיבל מעותיו, שהרי ביד הלוקח ראייה לקנייתו ונמצא המוכר קרח מכאן ומכאן, וע"כ לא סמכא דעתיה בלא שטר, משא"כ בסודר דהוי רק מעשה קנין ללא ראייה סמכא דעתיה גם ללא מעותיו. ואפי' יעשה הקנין בעדים עדיין לא הוי ראייה כשטר וע"כ סמכא דעתיה אפי' ללא מעות. אולם כשקונה בקנין כסף, במקום שכותבין את השטר, כיון דאיכא גילוי דעת מצד המוכר דסגי ליה גם במקצת מעות אף שביד הלוקח מצויה ראייתו, מכיון שעשה קנין במקצת מעות גילה דעתו שגומר קנינו גם במקצת מעות, וע"כ הרי זה גמירות דעת מהמוכר אף ללא קבלת כל מעותיו.

[ולענין קנין חזקה- עיין בתורת חסד סו"ס קעט ובאמרי בינה קנינים כב, וכבר עמד ע"ז במהרשד"ם בתש" אהע"ז קסד ד"ה ועוד, וע"ע בתש" ר' בצלאל אשכנזי סי' יז, ובתש" מהר"י באסן סי' צא.]. וע"ע במש"כ הגרא"ז באבן האזל (פ"א ממכירה ה"ז), וז"ל:

"ונראה דבעל העיטור סובר דמלוה לא קונה במכר כשיטת רוב הפוסקים, וסובר דמה דאמר שמואל דבשטר לא קנה עד שיתן דמים, אינו משום גדר תנאי דאינו מקנה לו עד שיתן לו הדמים, אלא דהשטר אינו קונה כלל, דבמכירה דאיכא כסף רק כסף הוא הקונה. ולכן כשכתב לו השטר קודם שיתן הכסף, אפי' שילם לו אח"כ דמי הקרקע במלוה- אינו קונה, דמה דלא הוי כסף לקנין לא מהני."

הרי דס"ל לרא"י דהכסף במוכר שדהו וכתב שטר הינו חלק ממעשה הקנין ואינו כתנאי לחלות קנין השטר, וע"כ לא מהני אם יתן לו במקום כסף מלוה, דכיון שהכסף קונה, בעינן שיהיה לכסף כל גדרי כסף קנין, ולענין זה מלוה אינו ככסף, משא"כ אם היינו אומרים שדינו כתנאי, מהני לתת מלוה כתחליף לכסף כדי שיקוים התנאי לחלות קנין השטר. ומוכח מדבריו שהכסף הינו חלק מגוף הקנין, וכל זמן שלא נתן דמים לא קנה הקרקע כלל. ולענין השמטת השביעית, אם נאמר שהוא חלק מהקנין, פשיטא שאם אינו משלם לו עבור קרקעו - לא קנה - שהרי חסר חלק ממעשה הקנין, אך אם נאמר שהוא תנאי, י"ל שהתנאי היה לשלם לו כל זמן שהוא חייב, וכשנשטם בשביעית- אינו חייב.

ג. חתימה על חוזה

ויש להסתפק כשקונה קרקע ע"י חתימה על חוזה, למ"ד שמועיל קנין סיטומתא בקרקעות [ענין בש"ד סי' רא ס"ק א], ולסוברים שחתימה על חוזה כמוה כסיטומתא [ענין בדברי מלכאל ח"ד סי' קמג, ובמשפטי שמואל לגר"ש ורנר סי' לו אות ט מש"כ בזה], האם צריך לתת לו את כל המעות. ונראה למש"כ, דהדבר תלוי באופיו של קנין הסיטומתא, במקום שהסיטומתא מהווה בין קנין ובין ראייה, וכגון חתימת חוזה התקף ע"פ הלכה, הרי זה כשטר וצריך לתת לו כל מעותיו, ברם, במקום שהסיטומתא מהווה רק קנין ולא משאירה בידי הקונה שטר ראייה, אינו צריך לתת למוכר כל מעותיו. ובעיקר נראה דהדבר תלוי בנוהגי השוק. אם מנהג השוק לקנות בחתימה זו אף ללא נתינת כל הדמים, הסיטומתא קונה ללא דמים, דהיא גופה המנהג, אך אם נוהגי השוק לקנות בחתימה זו רק בנתינת כל הדמים, לא מהני סיטומתא בלא פרע כל תמורתה. כיום נוהגים לכתוב בחוזה, שבמידה ויהיה עיכוב של כו"כ ימים באחד מהתשלומים, יש בכך משום הפרת חוזה, ויכול המוכר לבטל את המכר. יש כמוכן לבדוק כל חוזה בפני עצמו, אך הדבר ברור שאי פרעון מוחלט של כל התמורה, מבטל את המכר. אי לכך ניתן לומר, שסיטומתא זו אינה קונה ללא נתינת כל הדמים, אא"כ סוכם אחרת.

[ברצוני להעיר שלשון החוזה הנערך כיום ע"פ החוק שנוסחו: "הואיל והמוכר רוצה למכור והקונה רוצה לקנות ... המוכר מתחייב וכו'", אין דינו כשטר קנין אלא כשטר התחייבות, ענין מש"כ בזה

הגרז"י גולדברג בתחומין יב עמ' 279 ולהלן, וראה שם בענין תוקפו של שטר התחייבות לענין קנין קרקע. וע"ע במש"כ הגר"י בלוי בפתחי חושן-קנינים, פרק ד הערה ו.] הנפק"מ בכל זה אם צריך לתת לו כל מעותיו לחלות המכר, היא גם לענין שמיטת כספים. במקום שנגמר הקנין לפני שנתן לו כל מעותיו הרי שהשמטה תהיה תלויה בדעות שכת' בדין הקפת החנות, אם השביעית משמטתה, [הרא"ש, הרמב"ם, המרדכי והתוס' והר"ן], דיתכן כיון דהוי קניה של חפץ אחד לא דמי להקפת החנות וכמש"כ הכס"מ שם, וכן לדעת הרא"ש היכא שלא קבע לו זמן לפרעון וכו'. ברם, אם נאמר שהמכירה לא חלה כל עוד לא קיבל כל דמיו, הרי שאין כאן עדיין חוב וחסר המעות לקיום הקנין. ואינו דומה לחוב מחמת מכר שכבר הקנה לו ממכרו ונשארו מעותיו כחוב, דבכה"ג למקצת פוסקים משמט בתנאים הנ"ל, אבל כשהמעות נצרכים לקיום הקנאת המכר, כל זמן שאינו נותן לו מעותיו, לא חל המכר. וממה נפשך- אם לא יתן לו מעותיו אחר השביעית הרי שהמכר לא התקיים, ואם יתן לו ה"ז כסיומה של מכירה בשנה השמינית.

ד. מכירה שלא נרשמה בפנקס המקרקעין

חובת רישום עיסקת מקרקעין בפנקס המקרקעין כתובה בסעיף 7 לחוק המקרקעין [תשכט-1969]

"(א). עיסקה במקרקעין טעונה רישום: העיסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העיסקה לרישום כשעת הרישום.

(ב). עיסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עיסקה."

השאלה ההלכתית הנשאלת היא האם כתוצאה מחובת החוק לרישום עיסקת מקרקעין אין הקנין מסתיים ע"פ ההלכה רק ברישום בטאבו, האם קיימת גמירות דעת בקנין קרקע בכסף ובשטר ללא רישום בטאבו, או שהחוק והנוהג המעשי מכתיבים חוסר גמירות דעת ללא רישום בפנקס המקרקעין.

המהר"י אלפנדרי בתשי' מוצל מאש (סי' ט), כתב וז"ל: "... אפי' לאחרונים רבני זמנינו שכתבו דכתיבה בפנקס המוטיוילי מעכבת למכירת ולקניית הלוקח, היינו משום דלא סמכא דעתיה דלוקח והוא לקיום השטר וחוזק, אבל לא שיבטל לשטר שלנו."

המהר"י אלפנדרי מתייחס לרישום הטאבו שהיה נהוג בזמנו [מוטיוילי] כאל קיום שטרות או חיזוק השטר, אך לא כאל חלק ממעשה הקנין, וע"כ אף שהרישום מוסיף לגמירות דעת הלוקח, אין אנו זקוקין לחיזוק זה כדי לסיים את הקניה, והרי זה דומה לקיום השטר בב"ד, המהווה ג"כ חיזוק לדעת הלוקח ששטר מקוים בידו, שאינו הכרחי לגמר הקנין.

אלא שמדברי המהר"י באסן בתש"י (סי' צא) משמע שלא נגמר קנינו ללא הרישום הנהוג, וז"ל:

"בימי הרב הגדול מארי דאתרא הראנ"ח נשאלה שאלה, אם כתיבת הבית במותיבילי דמיא לכתובת השטר במקום שכותבין, דקיי"ל יכולין לחזור כל זמן שלא נכתב השטר. והיתה סברת הרב שיש חילוק בין בית לחנות, דבחנות כל זמן שלא נכתב במותיבילי לא נגמר המקח כלל כי כן דבר המלך בחנויות, אבל בבתיים אינו אלא מכח הסכמת הקהילות ואין כתיבת המוטיבילי מעלה ומוריד כלל... ובנידו"ד כל שלא נכתב בפנקס המוטיבילי אינו קונה כלום, אפי' החזיק ואפי' קנו מידו ג"כ, דהתם [בקנין חזקה וסודרן] הוא משום דלא סמכא דעתיה עד שיכתוב את השטר, וכשהחזיק או קנו מידו מילתא אלימתא היא וסמכא דעתו, אבל הכא לא קנה כלום כי כן דבר המלך כאמור, וכה"ג דינא דמלכותא הוא לכ"ע..."

בהמשך דבריו ס"ל למהר"י באסן שבמציאות שבה אמר הקונה מפורשות שהוא מאמין למוכר שירשום זכותו בפנקס, סגי לגמור דעתו, אבל כשלא אמר כן, אין גמירות וסמיכות דעת. מכלל דבריו עולה שהרישום במוטיבילי [או "מוטיבילי"] מהווה חלק ממעשה הקנין וחסרונו מחסיר בגמירות הדעת של הקנין, וזה דלא כמוצל מאש שהתיחס לרישום זה כחיזוק לא הכרחי למעשה הקנין. וע"ע במש"כ בזה הערך שי בסי' קצד.

דעה שונה הובאה במהרש"ם במשפט שלום (סי' קצ ס"ק ז) בשם תשי' תועפות ראם חחוי"מ סי' יג. כשהדרך להעלות קנין בית ושדה בטאבילאציאן אין המכירה נגמרת עד שיעלהו שם, משא"כ כשיש הוכחה שסמך על השטר, קנה אף ללא רישום. ונראה סברתו, דהיכא דהוי הוכחה שגומר בדעתו אף ללא רישום, הוי דינו כהתנה שרצונו לקנות ללא שטר שקונה בכסף גרידא. ואף דהתם בעי תנאי מפורש, שאני גמירות דעת של קנין כסף בלא שטר מרישום בפנקס המרקרעין, דלא שטר ליכא גמירות דעת כלל וע"כ בעי תנאי מפורש, משא"כ רישום סגי בהוכחה שגומר בדעתו אף ללא תנאי מפורש. הרי שבניגוד למהר"י באסן שמצריך התנאה מפורשת התועפות ראם מסתפק בגילוי דעת. ובחזון איש (חוי"מ ליקוטים סי' טז) דן באריכות בנושא זה, והעלה להלכה דבארצינו שאין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה, כל הקנינים צריכים להעשות ע"פ דין תורה, והלכך אם קנה בכסף וכו', אע"ג שלא כתבו בטאבו אין יכולים לחזור בהם. ושם בס"ק ז כתב דבארצינו שאינם מקפידים כלל ומכר קרקע לאחד ולא רשם ואח"כ מכרה לשני ורשם, קנה הראשון גם ללא הטאבו. אך מש"כ "מקפדת" נתון לפירוש כפול. האחד - מענשת, והשני - מקפדת שע"פ החוק הקנין לא תקף. והנפק"מ לימינו אנו, דלמש"כ ע"פ חוק המקרקעין עיסקה לא רשומה הינה עיסקה לא גמורה, וא"כ הרי זה הקפדה לחלות עיסקת המקרקעין אף שכמובן לא חל כל עונש למי שמניח כספו על קרן הצבי. והמע"ן שם בדבריו יראה שכוונתו שאין המלכות מקפדת לחלות

העיסקה.

על מהות ההקפדה לגמר העיסקה כשעדיין לא נרשמה בטאבו ניתן ללמוד מסעיף 9 לחוק המקרקעין:

"התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העיסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העיסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב- זכותו עדיפה."

הרי שעיסקה שדינה כהתחייבות כוחה יותר מעיסקה גמורה ורשומה שלא נעשתה בתום לב, אבל כשהעיסקה המאוחרת נעשתה בתום לב כוחה עדיף מהעיסקה המוקדמת הלא רשומה שדינה כהתחייבות.

[ועיין בפסקי דין רבניים (ח"ו עמ' 382-379 שהראו לאחרונים נוספים שדנו בנושא, וע"ע בדברי מלכיאל ח"ד סי' קמג, במעדני ארץ לגרש"ז אויערבך ח"ב סי' יח, ובמשפטי שמואל לגר"ש ורנר סי' לו אות ט, ובפתחי חושן- קנינים, לגר"י בלוי, פרק ב הערה יא, שאסף כעמיר גורנה את כל דעות הפוסקים בענין זה.]

אמנם נראה שבמציאות דברי ימינו, שאין מי שיקנה קרקע ללא שיתן לכל הפחות הערת אזהרה בטאבו, אין עיסקת המקרקעין נגמרת ללא שיזהיר בטאבו כדי שלא ימכור המוכר בשנית מה שכבר נמכר, שאין מי שיגמור בדעתו לקנות קרקע ללא הערת אזהרה. ואף לענין הרישום עצמו בטאבו יש להסתפק אם העיסקה נגמרת בלעדיה ע"פ ההלכה וכמשי"כ למעלה, אך לענין הערת אזהרה, אף שליכא גבה דינא דמלכותא לגמר העיסקה [ראה בענין הערת אזהרה: סעיף 126 לחוק המקרקעין תשכט- 1969 וסעיף 4] (לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)- תשלה- [1974 מ"מ אין מי שיסמוך בדעתו לקנות ללא שיזהיר לבאים אחריו, שהרי מנין לקונה שעושה העיסקה השניה לא ינצל את זכותו בבית משפט ע"פ סעיף 9 לחוק המקרקעין שהעיסקה השניה עדיפה, וע"כ נראה שללא רישום לכל הפחות של ההערת אזהרה לא חלה המכירה.

מסקנות

- א. קיי"ל שדין הבית כקרקע, לענין הלכות קנינים.
- ב. כשלא מוכר שדהו מפני רעתה, אינו קונה בשטר ללא נתינת דמים.
- ג. יש להסתפק בכגון זה, אם הכסף הינו חלק ממעשה הקנין או תנאי בחלות קנין שטר.
- ד. כשקונה הקרקע בקנין סודר, נחלקו הראשונים אם צריך לנתנת מעות, וקיי"ל שאין צריך.
- ה. חתימה על חוזה, אם דינה כסיטומתא, לפי הנוהג כיום, לא נקנת הקרקע ללא נתינת כל הדמים.
- ו. יש מקום לומר שמכירה אינה נגמרת ללא רישום בטאבו, ויש לאמוד

את דעת הקונה, אם גמר לקנות אף ללא רישום בטאבו.
ז. נראה שללא הערת אזהרה לא נגמר המכר, וא"כ ניכר שהקונה גמר
בדעתו לקנות אף ללא הערת אזהרה.