

בס"ד, כד בשבט תש"ע

8 בפברואר 2010

תיק מס' 70/015

## פסק דין

### בעניין שבין

#### א. תיאור המקרה והעובדות המוסכמות

התובעים שכרו בית ביישוב בפברואר 2008. הבעל הינו בן למשפחה מקומית. לאחר זמן, הם פנו בבקשה לנתבעת 2 שהיא בעלת הבית, בבקשה לרכישת הבית. הנתבעים מס' 1 המתגוררים בקרוון של הישיבה ביישוב פנו גם הם לנתבעת 2 בבקשה לרכוש את הבית. בתאריך 26.5.09 הודיע מר מ. א., לתובעים שהוחלט למכור את הבית לנתבעים 1. התובעים ראו עצם נפגעים, שכן לדעתם יש להם קדימות ברכישת הבית, לאור העובדה שהם שוכרים את הבית. הם ניסו לפנות בדרכים שונות לנתבעת 2, ולמשפחת הנתבעים 1 בניסיון להעלות את הנושא לדיון אך דרכי המשפחות לא נפגשו עד הגיעם לבית דין זה. יש לציין שלפי הנאמר בבית הדין הן בידי הנתבעים 1 והן בידי נציג נתבעת 2, טרם נחתם חוזה בין הצדדים למכירת הבית. חוזה השכירות של משפחת התובעים הסתיים בסוף דצמבר 2009. נוסף עוד מספר פרטים על בתי הנתבעת ביישוב. מדובר בשלושה בתים ובמספר קרוואנים. אחד מהבתים נרכש מהנתבעת על ידי ר"מ בישיבת ההסדר. שני הבתים אחרים מושכרים כעת וכן הקרוואנים. בקרוואנים גרות בשכירות בעיקר משפחות הקשורות לישיבה אך גם משפחה אחת שאין לה קשר לישיבה.

#### ב. טענות התובעים

התובעים טוענים שהם פנו ראשונים לנתבעת 2 שהיא בעלת הבית, בבקשה לרכוש את הדירה. למר מ. א. הם פנו כבר בזמן חתימת חוזה השכירות ולאחר מכן פנו גם למר ל. (מנכ"ל נתבעת 2) בבקשה לרכוש את הבית, ולפי דבריהם נענו בעקרון בחיוב אלא שהדירה אינה עומדת כעת למכירה. לאחר שהבינו מ. א. וממר ל. שנתבעת 2 אכן מתעתדת למכור להם את הבית הם החלו בהיערכות לקראת שהות ממושכת בבית שכללה קניית רהיטים מתאימים לבית ואף ערכו בו שיפוצים קלים. הם גם נמנעו מלבדוק בתים נוספים ביישוב שכן היה ברור להם שהבית הזה יירכש על ידם. עם קבלת ההודעה על מכירת הבית למשפחת הנתבעים 1 הם יצאו למאבק כנגד ההחלטה.

לדעתם לשוכרים זכות קדימה ברכישת הדירה המושכרת, והם קודמים לכל אדם אחר. קדימות זו מבוססת הן על הנוהג המקובל ביישוב ובתנועת אמנה וכן על לפי ההלכה מדינא דבר מצרא. הם

מציינים את העובדה שמשפחת הנתבעים הם בתו וחתנו של מנהלן בנתבעת 2, ולטענתם דבר זה מסביר את החריגה של הישיבה מהכללים הנהוגים ביישוב של הקדמת הדייר בדירה לכל רוכש חיצוני אחר. לביסוס טענתם, הביאו פסקים מיישובים שונים הקובעים שיש להקדים את השוכר על פני כל רוכש אחר, וכן מסמכים המצביעים על הנוהג ביישוב.

#### ג. טענות הנתבעים

##### 1. נתבעים 1

הנתבעים 1 הם אינם רואים עצמם כצד בדיון כלל. הם פנו לנתבעת 2 בכדי לקנות את הבית ולאחר שהיא מצאה שהם מתאימים לקריטריונים היא קיבלה את בקשתם והסכימה למכור להם. אין להם אפשרויות אחרות ביישוב שכן הם אינם בני המשק וזאת בניגוד לתובעים שיכולים למצוא מקום מגורים חליפי ביישוב בהיותם בני המקום.

##### 2. הנתבעת מס' 2

לטענת נתבעת 2 יש נוהל ידוע וברור מלפני 20 שנים שהדירות שנתבעת 2 קונה ביישוב מיועדות לרבני הישיבה ולתלמידיה ובכללם בוגרי הישיבה אף אם אינם לומדים בה כיום. לפי דברי נציג הנתבעת, נמסר לו נוהל זה מפיו של ראש ישיבת נתבעת 2. אם כי יש לציין שנוהל זה אינו מתועד בכתב.

נתבעת 2 מחויבת בראש ובראשונה לכללים שלה. נציג הנתבעת אף הוסיף שבמקרה שביית הדין יפסוק שיש לתובעים קדימות הנתבעת עשויה להימנע מלמכור את הבית בכלל. ביחס לטענה של התובעים שהייתה הסכמה של מר מ. א. ומר ל. למכירת הבית, השיב נציג הנתבעת שלא יכולה להיות התחייבות כזו שכן הסמכות היא אך ורק בידי ההנהלה. ואכן גם במכתבו של אביו של התובע, נאמר במפורש שמר ל. אמר לו שהמכירה תלויה בהסכמת ההנהלה. לשאלת בית הדין מדוע בישיבת ההנהלה נידונה בכלל מועמדותם של משפחת התובעים שאינם יכולים לרכוש דירה לפי הכללים השיב נציג הנתבעת שבקשתם הועלתה מפני שהם ביקשו לקנות, אך בכל מקרה הנתבעת לא הייתה מוכרת להם.

##### ד. עדות מר מ. א.

מר מ. א. תיאר את מעורבותו בסיפור. לדבריו, אינו זוכר את פרטי השיחות סביב המכירה אך ברור לו שלא הבטיח שתהיה מכירה שכן הדבר אינו בסמכותו. הוא עוסק בהשכרת הבתים ולעיתים אף מביא קונים לבתי הנתבעת אך במקרה זה הקונים הגיעו בלעדיו.

##### ה. תשובות התובעים

לטענתם, מתשובותיהם של מר מ. א. ומר ל. נראה היה שהבית יימכר להם ושלא תהיה בעיה משום בחינה שהיא. כעת נוצר רושם שהנתבעת שינתה את דעתה.

#### ו. פסק הביניים

בית הדין החליט להורות לנתבעת 2 להאריך את חוזה השכירות עם התובעים ב- 3 חודשים בכדי לאפשר לבית הדין ללבן את הענין וכן בכדי לאפשר לצדדים להתארגן לפי תוצאות פסיקת בית הדין.

#### ז. שאלות לדיון

השאלות לדיון

טענות התובעים

1. האם קיים "בר מצרא" של שוכר בית.

2. האם בנדון דידן קיים "בר מצרא" משום מנהג המקום בדבר שבממון.

טענת הנתבעים

3. ביחס לטענת הנתבעים 1 שהם אינם צד בדיון, יש לדון האם דינא "בר מצרא" חל על הקונה או המוכר?

טענת הישיבה:

4. האם נתבעת 2 יכולה לטעון שלא חל עליה דינא דבר מצרא, או גם מנהג המקום, לאור הקריטריונים להם טענה.

#### ח. על מי חל דינא דבר מצרא

כאמור, משפחת הנתבעים 1 טענה, שהיא אינה צד לדיון. נתבעת 2 טענה, שאין להחיל עליה את דינא דבר מצרא, כיוון שיש לה קריטריונים מוקדמים למכירה. כיוון שאלו טענות מקדמיות, נדון בהן תחילה.

#### דינא דבר מצרא על המוכר או על הקונה?

שאלה זו מתבררת מעיון בדברי השולחן ערוך בפתחת הלכות בר מצרא (קעה, ה):

המוכר קרקעו לאחר, בין שמכרה הוא בין שמכר שלוחו בין שמכרו בית דין, יש לחבירו שהוא בצד המצר שלו ליתן דמים ללוקח ולסלק אותו; ואפילו הלוקח ת"ח ושכן וקרוב למוכר, והמצרן עם הארץ ורחוק מן המוכר, המצרן קודם ומסלק את הלוקח... וזה הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר, ועדי הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן, ואין צריכים קנין אחר

... ואם תיקן בה והשביחה, ה"ל כיורד ברשות ושמין לו וידו על העליונה. ואי בתר דתבעיה (השביחה), ה"ל כיורד שלא ברשות...


**גזית**

כלומר חכמים התייחסו אל הלוקח כשליחו של המצרן וכקונה עבורו. ואף הפכו את הקונה ל"יורד" בשדה חבירו ביחס בבית להשקעות שביצע בבית שקנה. וכך מבאר הסמ"ע (קעה, ז):  
 ואפילו בדלית ליה פסידא לא תיקנו דין מצרנות על המוכר אלא על הלוקח שימשוך ידו מקנייתו וממילא יצטרך המוכר למכור לזה המצרן...  
 ומפורשים הדברים בערוך השולחן (קעה, א):  
 ועיקר דין חיוב מצרנות הוא על הלוקח כמו שיתבאר...  
 וכבר כתב המאירי (בבא מציעא קח, א):  
 מעתה הלוקח קרקע מאחר ואינו מצרן שלו יכול המצרן לסלק את הלוקח בדמים שנתן.  
 דבר זה תקנהו חכמים ועותו בזה מדת הדין ללוקח משום ועשית הישר והטוב ר"ל  
**שיהא לוקח זה הולך במדת חסידות להניחו לזה שהוא מצרן** כדי שיהו קרקעותיו סמוכים זה לזה והוא מוצא ליקח במקום אחר.  
 דבריו ברור מיללו שהתקנה היא על הלוקח שיניח את השדה למצרן.  
**לסיכום הדברים, החובה הדתית והמוסרית של "ועשית הישר והטוב", מוטלת על הלוקח שאינו בן המיצר, ועליו להסתלק מן הרכישה במקום שראוי לאפשר את הרכישה לבר המיצר.**  
 ובנדון דידן הנתבעים 1 הם אכן צד של ממש לדיון, ובמידה שקיימת חובה מדינא דבר מצרא, החובה מוטלת עליהם להמנע מלרכוש את הבית על מנת לאפשר לתובעים שגרים בו בשכירות לרכשו.

ט. טענות נתבעת 2 ביחס להחלת דינא דבר מצרא.

1. מחויבותה של נתבעת 2, כבעלת הנכס, לדינא דבר מצרא.

כפי שהראנו לעיל, עיקר החובה בדינא דבר מצרא, מוטלת על הקונה, וקדימות בן המיצר, נוצרת ביחס לבעל הנכס, באופן אגבי, כלשון הסמ"ע: "וממילא יצטרך המוכר למכור לזה המצרן."  
 אך עם זאת, נראה מכמה מקורות שגם על המוכר, מוטלת חובה לשתף פעולה עם העקרון ההלכתי במצב בו הוא מוכר את הנכס.  
 ראשית, הביא הרמ"א בשו"ע סימן קעה, סעיף ל"ד את דעת המרדכי, שכאשר בן המיצר אינו נמצא במקום בעת שהנכס נמכר:  
 לכתחלה ילך המוכר לפני ב"ד שיודיעו לאוהבי או קרובי המצרן אם רוצה לקנות (מרדכי פרק המקבל).  
 דהיינו, על המוכר מוטל ליידע את המצרן, או את קרוביו בכך שהקרקע המדוברת נמכרת. חובת המצרן עולה גם בדברי הרמ"א שם, סעיף י"א, המתייחסים למצב בו יש שני מצרנים, שמי מהם שיקדים ויקנה, יזכה בקרקע, אך אם יבואו כולם כאחת, יזכו כל אחד בחלק מן הקרקע המבוקשת. הרמ"א מביא בעניין זה שתי דעות:  
 מיהו לכתחלה ימכור לכולם ביחד, ויש חולקין.

מסתבר, שלדעת החולקים, אין חובה למכור לכולם כאחת, משום שאין לאחד זכות עודפת על חברו. אך כאשר יש אחד מן האנשים שהוא בן המיצר, מוטל על המוכר, לפעול גם הוא לטובת עשיית הישר והטוב.

## 2. הדין כאשר המוכר מעוניין למכור לקונה דווקא ולא לבן המיצר

באופן בסיסי, גם אם המוכר אינו מעוניין למכור לבעל המיצר, חל דינא דבר מצרא, וכפי שכותב הרמ"א (קעה, ה):

ואפילו אם אומר המוכר קודם שאמכור למצרן לא אמכור כלל, אפילו הכי קנה המצרן בעל כרחו של מוכר (תשובת מיימוני סי' קנין סי' ל"ב).

אכן, במקום שיש למוכר נזק במכירה לבן המיצר, אין דינא דבר מצרא כלל – המוכר רשאי להעדיף את הלוקח, וזה לא יצטרך להעביר את הנכס לבן המיצר. כך הדין למשל במוכר כל נכסיו (שו"ע קעה, כ) שרוצה למוכרם כיחידה אחת לקונה אחד, או במצב בו המוכר דחוק למכור (שם, מב) או שמעות הלוקח נוחים יותר (שם, כג) או במקרה שצריך להמתין למצרן עד שישלם (שם, כה).

## 3. העדפת הקונה על בן המיצר משיקולים שאינם כלכליים.

בפוסקים מצאנו דיון כאשר אדם מעוניין למכור את נכסיו לבנו, ובן המיצר טוען שהוא קודם – מדינא דבר מצרא.

הש"ך (קעה, ל) הסתפק בזה. רבי עקיבא איגר (הגהות לשו"ע קעה, לו הובא גם בפתחי תשובה) ציין לתשובת הרי"ף המובאת בשיטה מקובצת (בבא מציעא קח, ב) שכותב שבוודאי זהו שיקול של ממש להעביר לבנו את נחלתו בכדי שייקרא שם אבותיו עליה. מאידך מתשובות מיימוניות (קניין, לב; וכן דייק הנחלת צבי מתשובה לג) עולה שאין עדיפות לחתן ואף לא לבן.

החתם סופר (שו"ת חתם סופר, חו"מ סימן יא), פוסק כדעה שיש עדיפות גם לבתו של אדם, אם הבנים אינם מעוניינים בנכס (ובפת"ש העלה כתירוץ לקושיה על הש"ך, אפשרות שיש להעדיף אפילו את בן הבן. אך ראה בפתחי חושן, הלכות שותפים ומצרנות, פרק י"א הערה קד, שקושיית הבאר היטב אינה קשה, וממילא, אין בסיס לחידוש הפת"ש).

בכל אופן, מדברי הפוסקים עולה, שהאינטרס של המוכר במכירת הקרקע לקונה ולא לבן המיצר, צריך להיות מובהק ביותר, כמו הרעיון של מגורי בן או נכד בנחלת אבותיו. לא מצאנו בפוסקים הרחבה של עקרון זה.

במקרה דנן איננו רואים הפסד במכירה לתובעים שוכרי הדירה, ולא ריווח של ממש לנתבעת 2 מהמכירה לנתבעים 1, ועל כן, באופן בסיסי, אין לטעון שכלל לא קיים כאן דינא דבר מצרא.

י. האם העובדה שהתובעים הם בני השיתוף והנתבעים אינם בני השיתוף, מבטלת דינא דבר מצרא.


**גזית**

טענת הנתבעים 1 היא, שאין להחיל דינא דבר מצרא, לאור העובדה שיש לקונים יתרון ברכישת נכס אחר בישוב שכן הם בני השיתוף. השאלה ההלכתית היא, האם זהו שיקול משמעותי, המבטל את דין בן המיצר. התייחסות לשיקולים מעין אלו, מצאנו בדברי הרמ"א בסימן קעה, סעיף מט. הרמ"א מביא מחלוקת ראשונים האם יש דין בר מצרא במקרה שלקונה אין בית והוא דחוק ואילו למצרן כבר יש בית והוא מעוניין רק "להרווחה בעלמא" לקנות את הבית הזה. ומשמע שדעתו להלכה שאם הקונה הוא מן העיר ולא יוכל למצוא בית אחר הוא קודם למצרן. השולחן ערוך שהשמיט מחלוקת זו סובר שיש דין בר מצרא גם במקרה כזה. אמנם יש לציין שתרומת הדשן (שמ) שעליו מסתמך הרמ"א בפסיקתו כותב במפורש: "דהיכא שהלוקח היה בידו לקנות בית אחר אלא שאותו בית אינו כרצונו איכא למימר דכי האי גוונא מודה אור זרוע דמצרן מסלקו..."

בנדון דידן, לשני הצדדים אין כעת נכס בבעלותם, ואף אחד מהם אינו קונה 'להרווחה בעלמא', על כן גם אם לתובעים יתרון מסוים ברכישת נכס אחר בישוב, לכשזה ימכר, אין בו כדי לבטל דינא דבר מצרא.

**יא. טענת נתבעת 2, למכירה על פי קריטריונים קבועים מראש.**

לפי טענת נתבעת 2 היא מוגבלת במכירתו אך ורק לתלמידי ישיבת ההסדר ביישוב ולבוגריה. בא כוח נתבעת 2, טוען במכתב הסיכום שלו שדבר זה "הוכח" בבית הדין. אך לטעמנו לטענה לא זו לא הובאו כל סימוכין, שכן גם אם נאמרה בעבר הגבלה כזו במסגרת כלשהיא וכפי שנאמר על ידי נציג הישיבה מכוח שיחה שלו עם הרב צוקרמן שליט"א שהגבלה כזו נאמרה לפני שנים, נראה שעדיין אין בכך די. שכן לא הובאו אסמכתאות לעקרון מנחה שכזה, הקיים עוד קודם לישיבת ההנהלה המדוברת, וההגבלה אינה כתובה במסמכים שמחייבים את הישיבה. כמו כן אין להגבלה זו גבולות ברורים, שהרי בדיון זה עוסקים אנו במי שאינו מתלמידי ישיבת ההסדר ביישוב ורבניה אלא הוא בוגר של הישיבה (למרות שבשעתו, נמנה עדיין בין אברכי הישיבה) ומנין שהקריטריונים כללו מלכתחילה גם בוגרים?

כמו כן אין להגבלה זו שיעור ושמה נאמרה לשעתה ולא לדורות. דומה, שביכולתה של הנהלת נתבעת 2 להחליט בימים אלו מה הם הקריטריונים למכירת נכסים ביישוב המדובר. בפרוטוקול ישיבת ההנהלה, לא תועד שההתלבטות הובאה בפני ההנהלה במלא היקפה. לא נזכר שיש נוהג ברור בישוב שלשוכרים זכות קדימה, וכן לא בא לידי ביטוי שעלה הנושא ההלכתי של דינא דבר מצרא. כמו כן, לא פורטו הקריטריונים. בהחלט יתכן שאילו היתה עולה ההתלבטות במלא היקפה, הייתה מתקבלת החלטה אחרת.

מלבד זאת יש מקום להעיר שגם אילו מוכח היה שקיימים קריטריונים כאלה, לכאורה אין להם תוקף במצב של עימות בינם לבין חובה הלכתית או מנהג המקום. מה בין כל אדם שרוכש נכס, שחל עליו דין (או גם המנהג) של עשיית הישר והטוב, לבין הנתבעת דנן. וכי יכול אדם או הנתבעת



לרכוש את הנכס "על מנת שלא יחול עלי דינא דבר מצרא"? כשם שכל אדם מחויב לעקרונות ההלכתיים ומנהגי המקום, כך וביתר שאת מחויב מוסד תורני שרוכש נכס. אנו בטוחים שהנהלת הישיבה תקבל על עצמה כדת וכדין את מה שיפסוק בית הדין.

### יב. תהליך קבלת ההחלטה על ידי נתבעת מס' 2.

בהקשר לתהליך קבלת ההחלטה על ידי הנתבעת נעיר על תופעה מוזרה שאירעה במקרה דנן. לפי הנתונים שבידינו עולה שמסירת הודעת נתבעת 2 לתובעים, אירעה ב- 26.5.09 כפי שעולה ממכתבו של אבי המשפחה שנכתב בתאריך זה, וכן מכתב התביעה, או ב- 26.6 כפי שנרשם בפרוטוקול בית הדין. השאלה היא מתי התקבלה ההחלטה על ידי הנהלת הישיבה, התאריך הרשום על ההחלטה שנמסרה לבית הדין לא ברור שכן בראש המסמך נכתב: **יום שלישי ח' באייר תשס"ט (30/06/09)**. ברור שנפלה טעות בתאריך זה שכן ח' באייר תשס"ט חל ב(מוצאי) שבת 02/05/09 ואילו התאריך הלועזי המצוין שם שהוא 30/06/09 חל באמת ביום שלישי ח' בתמוז תשס"ט. נראה שהתיקון הנכון הוא החלפת אייר בתמוז שכן שאר הפרטים תואמים לתיקון זה, מה שאין כן אם נשאר על כנו את התאריך העברי נצטרך להחליף גם את היום בשבוע וגם את הספרות של היום והחודש הלועזי.

מלבד זאת בתחתית הפרוטוקול נזכר שם הקובץ "פרוטוקול ... סוף יוני". ואם כך אין לנו אלא לשער שנפלה טעות בתאריך ישיבת ההנהלה בטופס שנמסר כראיה לבית הדין. מכאן עולה שהחלטת ההנהלה היא מספר ימים ואף כנראה יותר מחדש לאחר שנמסרה ההחלטה לתובעים, והחל פולמוס גדול סביב אותה החלטה.

דבר זה מעורר מספר שאלות: 1. מי החליט בשעה שקיבלה המשפחה את ההודעה? 2. מה היו שיקוליו? בפרוטוקול לא נמסר שהנוכחים יודעו לגבי ההחלטה. האם ההנהלה הייתה מודעת לכך שנמסרה כבר החלטה לדיירי הבית והתעורר ויכוח כנגד ההחלטה שבו נאמרו שיקולים כבדי משקל כנגדה.

לטעמנו התנהלות העניינים מעוררת סימני שאלה על טענות הישיבה. יתכן מאוד שאילו הייתה הנהלת הישיבה הייתה מודעת לדרך בה התנהלו הדברים ולכך שהחלטתם אמורה ליצור מענה לטענות שהתעוררו כבר כנגד החלטה קודמת שאין ההנהלה אחראית לה, לא הייתה ההנהלה – שהיא הגוף בעל הסמכות כפי שטענו הנתבעים 1 – מגיעה לאותה החלטה העומדת כעת לפנינו.

**נמצא שלדעתנו, מבחינת המסגרת ההלכתית, הנתבעים מחויבים לדינא דבר מצרא, עד כמה שקיים בענייננו. להלן נדון בדינא דבר מצרא בשוכר בית ומתוך כך האם אכן יש למשפחת התובעים עדיפות ברכישת הבית בהיותם שוכרי הבית.**

יג. מעמד "בר מצרא" לשוכר בית

עניינו של דינא דבר מצרא הוא מתן עדיפות ברכישה של נכס, למי שיש לו נכס סמוך לנכס הנמכר. שוכר אינו בר מצרא במובן הרגיל, שכן אינו מבקש לרכוש נכס סמוך לנכס שבבעלותו, אך מאידך, יש לו זיקה אחרת לנכס, והיא שהוא גר בנכס עצמו. על רקע זה, עולה הדיון של מעמד של שוכר כדין בן המיצר. בגמרא לא נידונה במפורש שאלת דין "בר מצרא" ביחס לשוכר בית שרוצה לקנותו מהמשכיר.

### 1. בר מצרא בקרקע ממושכנת

הסוגיה, ממנה למדו הפוסקים לעניין שכירות הוא במקרה של קרקע שממושכנת. הגמרא קובעת בשני מקומות (בבא מציעא סח,ב; שם, קח,ב) שלמחזיק במשכון – הממשכן – יש עדיפות כמצרן על פני רוכש אחר. נבהיר, שבגמרא מדובר שהקרקע שימשה כערובה למקרה שההלוואה לא תפרע, ובנוסף, ממשכן הקרקע גם החזיק בקרקע. וכך פוסק הרמב"ם (שכנים פי"ב ה"ט):

הממשכן מקום - ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין בו משום דין בן המצר...

כלומר המצרן אינו יכול להוציא מהמחזיק בקרקע כמשכון שכן גם המחזיק במשכון הוא מצרן.

לגבי שכירות כותב הרמב"ם (שם ה"ח):

השכירות אין בה משום דין בן המצר.

המפרשים נחלקו בהבנת דבריו, מהמגיד משנה עולה שהרמב"ם התכוון לדבר דומה למה שמצינו בדיני משכון. דהיינו, כשם שבן המצר לא יכול להוציא מממשכן שרכש את הנכס, כך אין הוא יכול להוציא משוכר שקנה את הנכס. וכתב המגיד משנה:

זה לא מצאתי מבואר אבל נראה לי דקל וחומר הוא ממשכונא וכמו שיתבאר.

הכסף משנה עצמו הציע פירוש אחר על פי בעל הטורים, ולדבריו הרמב"ם עוסק במקרה שהמצרן רוצה גם הוא לשכור את הבית או שהשוכר רוצה לקנות בית סמוך לבית המושכר כעת בידו ומשום שהוא מצרן לבית הוא רוצה להוציא קונה אחר שקנה אותו לפניו.

נמצא שלפי ביאור המגיד משנה ברמב"ם המצרן אינו יכול להוציא מהשוכר שקונה מבעל הבית.

המגיד משנה, הסביר שלדברי הרמב"ם, המצרן אינו קודם לשוכר, אך האם לפי הרמב"ם השוכר קודם לכל אדם אחר כדין בר מצרא?

הבית יוסף דן במקרה כזה בביאורו לטור (חומ"מ קעה) והכריע:

וכיון דשכירות ילפינן ממשכנתא כשם שאין המלוה יכול לעכב מלמכרה לאחר כך אין

שוכר יכול לעכב על בעל הבית מלמכרו לאחר ...

הבית יוסף מסתמך על דברי הרמב"ן והרשב"א המובאים בר"ן, בנימוקי יוסף ובמגיד משנה שהמחזיק במשכון אינו יכול לסלק אדם אחר שקונה את השדה ואינו נחשב מצרן ביחס לאחרים.

אמנם הבית יוסף כותב שהמרדכי חולק עליהם אך לדעתו לא ניתן לסמוך עליו שכן החולקים הם רוב בנין ומנין. מלבד זאת, גם אם זהו ספק בדיון - על המצרן להביא ראיה שכן הלוקח הוא המוחזק.



הטור עצמו הביא בעניין זה את דברי הרא"ש שחולק על שיטת הרמב"ן והרשב"א. הבית יוסף מעיר עליו שהרמב"ן והרשב"א חולקים ושכן מדויק ברמב"ם שכתב רק את המקרה שהמחזיק במשכון קנה את הקרקע ולא את המקרה ההפוך שאחר קנה את הקרקע והמחזיק רוצה להוציא ממנו. אמנם הדרכי משה (קעה, יז) חולק על פסיקתו של הבית יוסף. וטוען כנגדו שתי טענות: ואין דבריו נראין דמאחר דהמלווה מוחזק בקרקע שתחת ידו אם כן הקונה מן הלוח צריך לראיה להוציא הקרקע.

ועוד דנראה, דיותר יש לסמוך אדברי הרא"ש והמרדכי והטור שפסקו דהמלווה יכול לסלק המצרן והמה הפוסקים שנתפשטו ברוב ישראל ואין לזוז מדבריהם ואף כי בתראי אינון דידיעי טפי בדברי הראשונים וידיעי דלא כהלכתא הם. ואכן השולחן ערוך והרמ"א נחלקו בדבר (קעה, נו):

הממשכן שדהו ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו, אין המצרן יכול לסלקו. אבל אם מכרה הממשכן לאחר, אפילו אינו בן המצר, אין המלווה יכול להוציא מידו. הגה: וי"א דאפילו קדם המצרן וקנאה, יוכל המלווה לסלקו (טור בשם הרא"ש והמרדכי פרק המקבל ובי"י בשם עיטור), וכן נראה לי לדון ולהורות, והוא שנראה לב"ד שלא היה ערמה בדבר שהלוח למוכר כדי שיסלק המצרן (טור).

יש להוסיף על דבריהם שרא"ש, הטור והמרדכי אינם הפוסקים היחידים הסוברים שהמלווה קודם ברכישת הנכס. כך כותב תוספות רא"ש (קח, ב ד"ה משכנתא) שניתן לדייק מתוספות הר"ש משאנץ (וכן רבי עקיבא איגר כיוון לדיוק זה מעצמו בהגהותיו לשולחן ערוך קעה, נו ומה שנוהר וכתב שגם "קצת יש לדייק" שהמחזיק במשכון יכול לסלק גם את המצרן הרי שהרא"ש דייק כך (בפשטות):

מתוך דברי רבינו שמשון משמע שהמלווה יכול לסלק המצרן...

וכך כותב גם העיטור (אות פ- פותיקי סה, ב) בשם רבותיו:

אי קדים בר מצרן וזבנה מיני' אתי מריה משכנתא ומפק' מיניה.

וכן הביא המאירי שיטה כזו:

וגדולי הצרפתיים פרשוה שאף אם מכרה לבעל המצר בעל המשכון מסלקו שהוא נעשה בעלים עמו...

וכן היא דעת הרמ"ך בשיטה מקובצת. בשיטה מקובצת מובא גם הציטוט מ"ספר החכמה" בשם מורי הכהן שממנו לקח גם המרדכי את דבריו. מעיון במרדכי נראה שזו גם דעת רבינו שמחה. וכן נראה שזו דעת הראב"י ורבו רבי משה ב"ר מרדכי (לפי תשובותיהם המובאות בספר ראב"י תתקצו, תשובות אלו מובאות גם באור זרוע בבא מציעא קצו-ז ומשמע שהסכים להם והביא גם מדברי רבו רבי יהונתן שחולק על מה שהצריכו הראב"י ורבינו שמחה שיהיה הממשכן שנה בבית בשביל להפוך למצרן) וכן היא דעת האור זרוע (בבא מציעא שנד וכן הביא את התשובות דלעיל). [בפוסקים שצינו מצויה גם תוספת חשובה שעדיפות המחזיק במשכון היא גם כנגד מצרן ובזה יש מקום להשיב על מה שהביא רבי עקיבא איגר בהגהותיו לשולחן ערוך בשם המהרש"ל (שו"ת סימן

מג) שלהלכה יש חילוק בין מצרן לאדם מן השוק ואילו לדעת הפוסקים הללו המחזיק יכול להוציא גם ממצרן].

**לסיכום, הבית יוסף פסק שלממשכן קרקע אין זכות ראשונים ברכישת נכס, ואילו הכרעת הרמ"א היא שיש לו זכות ראשונים כדין בן המיצר. בנוסף, ציינו שיש ראשונים רבים שסוברים כדעת הרמ"א.**

## 2. שוכר כבר מצרא

כאמור, הבית יוסף סבור שאין המחזיק במשכון כמצרן וממילא גם השוכר אינו כמצרן. ואילו הרמ"א חולק על כך וסובר שלהלכה יש למחזיק במשכון עדיפות על המצרן וכן שהוא נחשב מוחזק במקרה של ספק.

בשולחן ערוך פוסק כשיטתו (קעה, סג):

השכיר ביתו לאחד ואחר כך מכרה לאחר, אפילו אינו בן המצר, אין השוכר יכול להוציא מידו.

בסעיף זה, הרמ"א לא השיג במפורש על דברי השו"ע, למרות שבדרכי משה חלק עליו במפורש. משתיקת הרמ"א הסיקו חלק מהאחרונים שהוא חוזר בו וסובר שיש לחלק בין משכנתא לשכירות וכוח השוכר קטן מכח המחזיק במשכון. דהיינו, למרות שלממשכן קרקע יש מעמד של בר מצרא, לשוכר אין דין בר מצרא. כך היא דעת הבי"ח (שו"ת הבי"ח סימן סט הובא בפת"ש קעה, כח) והמהרש"ל (שו"ת המהרש"ל סימן מג) וראה פוסקים נוספים ההולכים בשיטה זו המצוינים בשו"ת ציץ אליעזר (ו, מב פרק ו הובא גם בפד"ר א, 346 ואילך). יש להעיר שכל הפוסקים הללו לא מזכירים את סיעת הראשונים שהבאנו למעלה הסוברים כדעת הדרכי משה שלשוכר מעמד של בר מצרא.

מאידך, אחרונים רבים נוקטים שהרמ"א חולק על השו"ע בשוכר, כשם שחולק במשכון, ולשוכר מעמד גמור של בן המיצר. כך סוברים הסמ"ע (קעה, קטז) והגר"א (קעה, קנד) בשיטת הרמ"א, וכן נראה שהכרעתם להלכה. כך פוסק גם ערוך השולחן (קעה, לט) וכך עולה מדברי ר"ח פאלאגיי (חוקות חיים עט; צויין על ידי הרב גיסר במאמרו).

[יש לציין שבאופן כללי יש מחלוקת בין הרמב"ם לבין הרא"ש<sup>1</sup> והרשב"א (והסכים עמם בשו"ת מהרי"ל עז) האם שכירות כמכר לעניין בר מצרא. דהיינו האם שוכר שקרקע סמוכה מוצעת למכירה, הוא במעמד של בר מצרא. וכך הובאו הדברים בשולחן ערוך (קעה, ס):

<sup>1</sup> הבית יוסף כבר העיר שהרא"ש סותר את עצמו. במקום אחד (כלל א סימן ב) הוא כותב ששכירות היא כמכר לענין בר מצרא ובמקום אחר (כלל צז סימן ג) משמע ששכירות אינה כמכר. הבית יוסף בבדק הבית תירץ שהעיקר בדבריו הוא ששכירות כמכר ובמקור השני הרא"ש עוסק בשכירות מול שכירות. הבי"ח (שו"ת יח) תירץ שאם מדובר בבית בו הוא גר השוכר קודם ואם מדובר בבית הסמוך המצרן קודם. בשו"ת בית שלמה (חוי"מ צח) חילק על פי האחרונים בין שוכר שרוצה לעלב קונה בית סמוך לו לשוכר שרוצה לעלב שוכר אחר שישכור בית סמוך לו, ולדבריו השוכר הוא בעל כח רק כנגד שוכר אחר.


**גזית**

מי שיש לו בית בשכירות, ובית שאצלו נמכר, אינו יכול לזכות בו מדין בן המצר. ואם קדם וקנאו, בן המצר יכול לסלקו.

(ויש מי שחולק, וסבירא ליה דיש בשכירות דין מצרנות) (טור בשם הרא"ש ור' ירוחם בשם הרשב"א בשם ר"י ברצלוני).

השיטות ששכירות כמכר מהוות לכאורה חיזוק נוסף לגישה שהשוכר קודם. אם כי לפי זה עולה שהרשב"א יסבור שבמשכון המחזיק אינו יכול להוציא את הקונה ובשכירות השוכר יכול להוציא אפילו את המצרן וראה בשו"ת מהרש"ד (א, מג) שבעקבות כך דחה את הבנת הבית יוסף (שהצטרף אליו גם מהר"י בן לב ב, מא) בדעת הרשב"א.

**3. קודם הרכישה יש בשוכר דינא דבר מצרא**

**רבים הם הפוסקים האחרונים הסוברים שהדבר תלוי האם כבר נעשתה עסקה. דהיינו, שכל עוד לא נעשתה העסקה, ובאים השוכר ולוקח אחר בפני בית הדין, יד השוכר על העליונה. אך אם התבצעה המכירה טרם פניית השוכר, לא ניתן להוציא מן הקונה. כך כותב בשו"ת שבות יעקב (ג), קסה הובא בפת"ש קעה, כח):**

אם מכר לאחר אין השוכר יכול לסלקו ללוקח... אכן אם בתחילה כשרוצה למכור באו הלוקח והשוכר, השוכר קודם...

כך עולה גם מדברי הרדב"ז בתשובה (א, שנח אם כי צ"ע בכוונתו שם וכפי שהעיר על כך במשפט שלום קעה, נט וראה גם בתשובה אחרת שלו א, נח) וכך הכריעו הערך לחם (קעה, סג), שו"ת לחם רב (קנ וראה גם בדבריו בסימן קלב).

**נמצא לענייננו שפוסקים אחרונים רבים סבורים שהשוכר קודם לאחרים לכתחילה ובוודאי אם עוד לא נעשתה הקנייה הרי שהשוכר מוחזק ועדיף. כך גם מנהג בתי דין לפסוק בנושא זה.**

**יד. בר מצרא מכח מנהג**

במקרה דנן יש גם מנהג המקום שהשוכר קודם ברכישת דירה שעומדת למכירה. מנהג זה הוכח לבית הדין במסמכים שונים של מזכירות היישוב וחברים ביישוב. הנתבעים הודו בקיומו של נהג זה אך לטענתם המנהג אינו מחייב אותם שכן הוא חל רק על מבנים ששייכים ליישוב או לתנועת אמנה ולא על רכוש של נתבעת 2.

אין כאן המקום להאריך ביסודות דיני המנהגים בממון. ברור שמנהג זה הוא אכן מנהג טוב התואם את ההלכה כפי שכבר הראינו שזו היא דעת פוסקים רבים אף מדינא. גם לשיטות שאינו הלכה מחייבת, המנהג הולך בדרכי המוסר ההגינות והיושר, על כן וודאי שהוא מחייב כמנהג המקום.

כך כותב בעל שו"ת פרח שושן (ו, א) (הסבור שאין בקונה בית שכור משום דינא דבר מצרא ואף על פי כן הוא מדגיש את חשיבות המנהג):

זאת תורת העולה מכל מ"ש דשמעון זכה במקחו ואין עליו חיוב לפרוע דמי חזקה כלל, וכל זה מצד הדין אמנם במקום שיש מנהג והסכמה הולכים אחריה כאשר הסכימו הפוסקים.

אשר על כן איננו רואים סיבה מדוע המנהג לא יחול גם על נתבעת 2 שבתיה הם חלק מהיישוב. במקרה דנן טרם נעשתה הקנייה ועל כן המנהג בוודאי בעל תוקף. נמצא שגם מכח המנהג השוכרים קודמים לכל קונה אחר.

#### טו. מצרנות בבתיים

נציין שדעת רבינו תם (ספר הישר שו"ת סי' ל"ב, הובא גם ברא"ש ב"מ פ"ט סי' ל"ד) שאין מצרנות בבתיים נדחתה על ידי רוב הפוסקים (ראה שו"ע קעה, נג) וכך כותב הש"ך (קעה, נג):  
לכך נראה עיקר כמ"ש הת"ה סי' של"ח שהוא בתראה ומביאו ב"י וד"מ שאין לצרף דעת ר"ת דכיון דכולהו רבוותא דחו דברי ר"ת לגמרי דלא נהגינן כותיה וגם שכן מנהג פשוט ע"ש.

על כן, אין לצרף שיטת רבינו תם כלל, לדיון ההלכתי. בנוסף, מנהג המקום הוא בוודאי קובע גם לשיטת רבינו תם.

#### טז. הערמה בבר מצרא

נציין שהשולחן ערוך והרמ"א מזהירים על סמך דברי הגמרא והראשונים מעשיית פעולות עורמה בכדי להפקיע את זכות בר מצרא. וז"ל השולחן ערוך (קעה, כח):

מכר לו קרקע מעט באמצע שדהו, ואח"כ מכר לו קרקע בצד אותם שבאמצע, רואים אם אותה המעט שמכר לו תחלה הוא עידית או זבורית לגבי זאת הקרקע שמכר לו באחרונה, זכה הלוקח ואין בן המצר יכול לסלקו, שהרי הוא עצמו בן המצר הוא מפני אותו מעט שקנה באמצע. ואם אותו מעט שקנה באמצע כמו זאת שמכר לו בסוף בצדו, הרי זה מערים, ובן המצר מסלק אותו מהשדה שקנה בסוף

והוסיף הרמ"א:

הגה: וכן אם נתן לו מעט קרקע במתנה, רואין אם מכר לו אחר כך כל כך ביוקר עד שהבליע המתנה, הרי הערים, ויוכל בן המצר לסלקו (תשובת מיימוני דקנין סימן ל"ג).  
ואם יש חשש ערמה בדבר, מחרימין על ככה. וכן בכל דבר שיש לחוש לערמה לדחות בן המצר, מחרימין על כך (הגהות מיימוני פ"ד דשכנים ובית יוסף בשם הגאונים). "

על כן בית הדין רואה לנכון להזהיר שכל פעולה שמטרתה עקיפת זכות בר מצרא בדרכי עורמה לא תפקיע את זכותם של בני המיצר.

#### יז. הארכת השכירות

נציין שגם במקרה שנתבעת 2 תימנע מלמכור את הבית ותעדיף להשכיר אותו, יש למשפחת התובעים עדיפות כשוכרים מדין בר מצרא, ראה את המקורות המצויינים בפתחי חושן (שכירות פרק ד הערה נ).

#### יח. סיכום והחלטה

נתבעת 2 אינה חייבת למכור את הבית.  
אמנם כיוון שברצונה למכור, יש לשוכרים זכות ראשונים לרכישה משום דינא דבר מצרא ומשום המנהג.  
נראה שעניין זה של "דינא דבר מצרא" לא עמד לפני הנהלת הישיבה בעת הדיון על המכירה. ברור לנו ששייבה כמקום תורה ראוי לה שתנהל דרכה על פי דרכה של תורה ומתוך הכרה בערכי התורה ובהלכות המצויות בשולחן ערוך חושן משפט כדרך חיים.  
בטוחים אנו שאם הנהלת נתבעת 2 תקבל החלטה לפי העולה מפסק הדין היא תביא לידי קידוש ה' ותהפוך להיות דוגמא ומופת לאחרים.  
במקביל אנו קוראים לבני היישוב, חברי השיתוף ושאנים חברי השיתוף, להקל על משפחת התובעים 1 ברכישת נכס חלופי, לכשזה יוצע למכירה. ראוי לחברי השיתוף להעניק למשפחת התובעים 1 זכות בקניית דירה ביישוב כבני משק.

#### החלטה

1. לתובעים זכות ראשונים ביחס לכל אדם, לרכישת הדירה המושכרת להם, שבבעלות נתבעת מס' 2.
2. לתובעים גם זכות ראשונים להמשך שכירות הדירה.
3. זכות הראשונים ברכישה ובשכירות, עומדת לתובעים גם אם נתבעת 2 תוציא את התובעים מן הדירה מכל שיקול שהוא, דהיינו גם אם הדירה תעמוד ריקה או תושכר לאחרים שלא כדין, למרות סעיף 2.
4. משך הזמן לזכויות המנויות, אינו מוגבל בזמן, אך הוא יפקע אם התובעים ירכשו לעצמם דירה אחרת בישוב.
5. באם תימכר הדירה לנתבעים 1, לאחד מהם, או לשניהם כאחד, על הקונה תהיה החובה להעביר את הנכס לרשות התובעים, בתמורה למחיר ששילמו לנתבעת 2.
6. אין צו להוצאות.
7. פסק הדין ניתן ביום כד בשבט תש"ע, 8 בפברואר 2010.

בקיום פסק הדין כלשונו וכרוחו, יקיימו הנתבעים כולם את חובתם ההלכתית והמוסרית, של עשיית הישר והטוב, בכך יהיו שותפים בבניינה של תורה ובבניינו של עם ישראל.

הרב סיני לוי  
דיין

הרב יוסף כרמל  
אב"ד

הרב דניאל כץ  
דיין