

כח בחשון תשע"ג

13 בנובמבר 2012

תיק מס' 72110

### נימוקי פסק דין ביניים

בעניין

שבין התובע

ובין הנתבע

[לישוב]

בו' בחשון נתן בית הדין החתום מטה החלטה בעניין שבין הצדדים בלי נימוקים כתובים. ההחלטה הייתה כדלהלן:

1. תשריט הפרצלציה שעבר את התהליכים המקובלים והוצג בפני ביה"ד אינו פוגע בזכויות הקנייניות של התובע, ומקובל על בית הדין כבר-תוקף לענין דין תורה זה.
2. הנתבע רשאי לשווק את השטח המכונה מגרשים 34-12 כבתים דו-משפחתיים.
3. אין לתובע זכות של "בר מצרא" והוא ו/או בני משפחתו אינם קודמים לאחרים בזכות לרכוש את המגרשים הסמוכים.
4. חובת הנתבע ליצור מצב שעל ידו תהיה, לאחר בניית יחידות הדיור, אפשרות מעבר דרך השטח הנ"ל לתובע ולבני ביתו. אפשרות המעבר תנתן בדרך של הקצאת שביל או על ידי הסדר אחר, המעוגן חוקית, המחייב גם את המאכלסים העתידיים של יחידות הדיור. פרטי ההסדר בעניין זה ייקבעו בדרך שתוחלט על ידי משא ומתן מואץ בין התובע לנתבע שיסתיים תוך 14 יום ממתן פסק דין זה.
- אם הצדדים לא יגיעו להסכמה, הם יגישו לבית הדין חלופות, ובית הדין יכריע בעניין.
5. הנתבע יצמצם את ירידת איכות החיים של התובע כתוצאה מהבנייה הצפויה (ובמיוחד לגבי אופן ההפרדה בין המגרשים) ויעשה מאמצים כנים ויעילים בנושא, ככל שניתן לפי שיקולי רווח והפסד סבירים, גם אם הדבר יהיה כרוך בקושי או בהוצאה כספית מסוימת.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org  
beitdin@erezhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

להלן נימוקי ההחלטה:

**א. העובדות המוסכמות**

בשנת \*\*\* עלה הישוב לקרקע. חמש שנים לאחר מכן החלה הבנייה של שכונה א'; אחרי פשיטת הרגל של הקבלן, התובע הוביל את תהליך הבנייה. בהגרת המגרשים זכה התובע במגרש 56. באותו זמן לא שורטטו גבולות המגרש ולא נקב שטח המגרשים. מעל המגרש, לכיוון צפון, היה – ונשאר עד היום - שטח פנוי שלא נבנה, עקב המצב הטופולוגי של השטח ותוואי הכביש שמעליו שהקשו על פיתוח מגרשים שם. לפני כ-4 שנים החל מהלך של פרצלציה של הקרקע, שבעקבותיו תוכננה בנייה במגרש מעל ביתו של התובע. לפי התוכנית ייבנו במקום שני בתים דו-משפחתיים.

יש להעיר על המצב המיוחד ששייך לגבי הבעלות ואופי הקניין בהתיישבות ביהודה ושומרון. ייחודיות זו היא רלוונטית להרבה סעיפים בפסק דין זה.

תהליך ההתיישבות ביהודה ושומרון הוא מורכב, והינו כך מסיבות מיוחדות שאינן מענייני פסק דין זה. הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי ביהודה ושומרון מרשה את החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית (להלן, הסוכנות) להקים יישובים ולאכלס בהם מתיישבים. הסוכנות אינה מוכרת את הקרקע למתיישבים אלא מחכירה למתיישבים לפי בקשת היישובים ולפי הקריטריונים שלהם (כן הוא לפי תשובת שני בעלי הדין לשאלות בית הדין). לא קבענו מסמרות בקשר לכל השאלות המשפטיות העולות מממצב משפטי ייחודי זה, אבל גם לא התעלמנו מהשפעת מורכבות זו.

**ב. טענות התובע**

התובע הגיש מסמך ובו פירט את טענותיו על בסיסן ההלכתי. נביא בקצרה את עיקרי טענותיו; הדין ההלכתי שבהן יבוא בהמשך פסק הדין.

א. במהלך בניית השכונה הובטח לתובע על ידי האחראי מטעם משרד השיכון שהשטח שמעל המגרש שלו לא ייבנה מכיוון שהכביש יישאר בתוואי הנוכחי. על סמך זה הוא ביקש לקבל את המגרש בו הוא גר. הבטחה זו מחייבת כהבטחה שלטונית את היישוב להותיר את המגרש ריק.

ב. גם אם נקבל שהשטח כעת מיועד לבנייה, הרי שהשטח עד המסלעה, שרוחבה ויחד איתה הוא כ-8 מטרים, היה בשימוש של התובע כל השנים ויש לו חזקת תשמישים. הוא דורש שהבנייה תחל רק מעבר למסלעה. התוכנית הנוכחית מחייבת השארת 4 מטרים בלבד מביתו של התובע עד לגבול שבין המגרשים. על פי הנוהג ביישוב ועל פי התב"ע, המסלעה נחשבת הגבול של המגרש. בתב"ע כתוב: "תתבסס התוכנית על גדרות/קירות קיימים בין הבתים".

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org beitdin@erezhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

ג. התובע ואנשים נוספים מהשכונה נוהגים לעבור דרך המגרש; בשלב מסויים אף רוצף תוואי השביל (כדברי התובע בפרוטוקול עמ' 3: "ריצפנו את השטח"). לכן יש כאן מצב של חזקת תשמישין על דרך קיצור זו וכן דין מצר שהחזיקו בו רבים שחייבים להשאירו.

ד. גם אם יידחו כל הטענות האלה, התובע דורש קדימות בקניית דירות במגרש מצד ההלכה של "בר מצרא". הוא רוצה שדירות אלה תהיינה מיועדות עבור בתו שגרה ביישוב ו/או ילדים נוספים שצפוי הוא שירצו לגור במקום. בינתיים התובע יבנה וישכיר לאחרים כל עוד ילדיו עדיין לא יהיו מוכנים להיכנס.

#### ג. טענות הנתבעים

א. אין תיעוד בכתב של ההבטחה של האחראי מטעם משרד השיכון. על פי חוק אין מניעה מלבנות. גם אין סמכות לפקיד מסוים לעשות הבטחות כאלה.

ב. לא נקבע גבול מאחורי הבתים במגרש. המסלעה נבנתה רק למנוע סחף ואינה אינדקציה של גבולו של מגרש התובע. מצוי הוא במגרשים האחרים באיזור זה שניתנו רק 4 מטרים רווח עד לגבול המגרשים הגובלים ודבר זה (תשריט הפרצלציה המוגש) נקבע באופן המוכר בחוק באישור כל הגופים הרלוונטיים.

ג. כל עוד לא היה צורך בשטח מצד צורכי היישוב, וכל עוד שלא היה נראה שאנשים משתלטים על השטח, תושבי היישוב יכלו להשתמש בו בצורה חופשית; אך לא היה בכך וויתור על הזכויות של היישוב. השביל בשטח מאחורי ביתו של התובע אינו נראה לאנשי היישוב, ולא היה ידוע עד עכשיו ליו"ר המזכירות שהוא היה מרוצף. על כל פנים אין לחוסר מחאה עליו בכדי ליצור חזקת תשמישין.

כמו כן קיימים מעברים חלופיים כך שאין הבדל משמעותי בינם לבין המעבר המדובר. על כל פנים, אנשים מהשכונה לא השתמשו בשביל הפרטי הזה, כדי שלא לעבור בשטחו של התובע.

ד. יש ביישוב ביקוש רב לדירות, במיוחד בשכונה בה נמצאים המגרשים הנידונים, ורבים ממתנינים בקרוואנים. הקפצת משפחה אחת בתור לקבלת מגרש ביישוב תגרום לסכסוכים בין התושבים.

#### ד. תגובת התובע

המעבר משמעותי לו מאד, במיוחד לאור העובדה שעם השנים נעשה קשה יותר לעשות את הסיבוב המחייב עלייה משמעותית.

גם אם יש צרכים שונים לפיתוח היישוב, קיימים פתרונות אחרים שיש לקדם. יותר מתאים לאופי השכונה להשאיר מקומות ירוקים ולכלל היותר לבנות דו-משפחתי אחד ואין הצדקה לקפח זכויות הפרט.

**ה. השאלות לדיון**

עיקר הדיון הוא סביב ארבע סוגיות שהעלה התובע:

1. חוקיות הפרצלציה
2. חזקת תשמישים - השימוש בשטח עד למסלעה ובחלק מהשטח שעליו לצורכי מעבר
3. מצר שהחזיקו בו רבים - השימוש במגרש כמעבר
4. דין בר מצרא

**ו. חוקיות הפרצלציה**

ההבטחה השלטונית שדיבר עליה התובע אינה מתועדת. מעבר לכך גם לדברי התובע לא ניתנה הבטחה שכזו על ידי מישהו שמוסמך לתת הבטחות הנוגעות למצב הקנייני של המגרשים, שהרי זה אינו בתחום אחריותו של משרד השיכון. בעניין זה ראו הרחבה להלן בסעי' ז. כנראה ניתנה **תחזית** שלא ייבנה כביש חלופי, ולפי שיטת הפיתוח שהייתה נהוגה עד השנים האחרונות, לא היה כדאי לבנות בשטח שעכשיו נקרא מגרשים 12-34 (ואכן, משפחת התובע נהנתה במשך למעלה מעשרים שנה משטח ירוק יחסית נרחב מאחורי ביתם, וכפי התחזית).

מאידך, אין להתעלם מהעובדה שכאשר התובע קנה את מגרשו, לא הוגדר לו באופן מפורש איפה יהיה גבולו העליון של נכס זה. על כן, יש לשאול האם מכירה זו תחשב כמכירת דבר שאינו מסוים. יש לדון בזה מצד שני היבטים:

1. האם לקנין שכזה יש תוקף הלכתי?
2. כיצד ניתן, ולמי יש סמכות, לקבוע אחר כך את גבול השטח?

לגבי עצם תוקפו של מכר שכזה, יש להביא את דברי המחבר שכותב (ח"מ רכט, א-ב) עפ"י דברי הרמב"ם (ה"ל מכירה כא, א-ג):

המקנה לחבירו דבר שאינו מסוים, אם היה מינו ידוע, אף על פי שאין מידתו ומשקלו ידוע, הרי זה קנה. ואם אין מינו ידוע, לא קנה.

כיצד, ערימה זו של חיטים אני מוסר לך בכך וכך, מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך... אף על פי שאין מידת הערימה ידועה ולא מנין הקנקנים... הרי זה ממכרו קיים... אבל האומר לחבירו כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך בכך וכך, וכל מה שיש בתיבה זו או בשק זה אני מוכר לך בכך וכך, ורצה הלוקח ומשך, אין כאן קנין, שלא סמכה דעתו של לוקח, שהרי אינו יודע מה שיש בו אם תבן או זהב וכן כל כיוצא בזה.

בחילוק בין שני המקרים נראה פשוט כהסברו של הש"ך שם (ס"ק ב), שבמקרה השני "אין זה מכר... לא סמכה דעת הלוקח בזה..." מכיוון שחוסר ידיעת הלוקח באופיו ובמהותו של הדבר שהוא אמור לקנות, הוא כה מוחלט שאין לו את סמיכות הדעת הדרושה כדי שהקניין יחול. לעומת זאת במקרה הראשון, למרות שהשיעור המדויק של מה שנקנה אינו ידוע לקונה, מכל

Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St. פינת ר' חייא / ברוריה 2  
 ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
 טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Tel 02-5371485 Fax 02-5379626  
 beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**

מקום הרי הידע שיש לו בדבר הנקנה הוא מספיק כדי שתהיה לו בזה רמת גמירות הדעת הדרושה לקניין.

במקרה שלנו עיקר הקניין הוא של מגרש הכולל מקום ראוי לבנין מגורים ביחד עם שטח פנוי בסיסי מסביב. למרות שהיה חוסר בהירות מלכתחילה בגודל שטח פנוי זה, נראה שעיקרי המכר היו ברורים וידועים. על סמך מה שכן היה ברור לתובע, היתה מספיק סמיכות דעת כדי שהקניין יחול, למרות שלא כל פרטיו נקבעו מראש. על כל פנים, אף אחד לא ביקש לבטל את המקח כפי שנקבע לפי תשריט הפרצלציה.

לגבי השאלה מי יוכל ואיך ניתן להגדיר עכשיו את גודל שטח המגרש שנרכש בעבר, יש לציין שמובאים בהלכה מקרים רבים שבהם דבר נמכר מבלי שפורטו כל פרטיו של מה שנמכר. ראה למשל ברמב"ם הל' מכירה פרק כא ופרק כו; בשו"ע חו"מ סי' ריד, רטו, ריז-רכ. קו המנחה במקרים אלה הוא, כלשון הרמב"ם (שם פכ"ו ה"ח, ומעין כך במחבר ריח, יט), "וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן, הולכין אחר לשון בני אדם באותו מקום ואחר המנהג".

נראה ליישם עקרון זה לניד"ד כך: לא תמיד מחליטים על הגבולות המדויקים של מגרשים לפני שמציעים אותם להגרלה, אלא כל המתעסקים בדבר יודעים רק "בערך" מה הם הגבולות. ואף על פי כן, מקובל הוא שאנשים מגישים מועמדות להגרלה, זוכים במגרש ומשלמים עליו, ורק בשלבי הבניה- או לאחר מכן-מתבררת התמונה המדויקת. פרצלציה היא הדרך המקובלת לקבוע גבולות מדויקים שכאלה; על כן, אם נחליט לגבי פרצלציה מסוימת שהיא נעשתה באופן ראוי והגון על ידי הגופים המוכרים על ידי השלטונות, יש לכלול דרך קביעת גבולות זו בכלל ש"הולכין... אחר המנהג".

דברים אלה, שנכונים בקשר למכירה רגילה, לכאורה ברורים במקרה שלנו עוד יותר. שהרי, מבחינה רשמית התובע לא קנה ממש את השטח, אלא רק קיבל "בר רשות" עליו. הבעיות המשפטיות הנובעות מחוסר פירוט הקרקע מפריעות פחות בבר רשות, מכיון שעיקר העיסקה מכוון על האפשרות לגור במקום ולא על קניית נכס באשר הוא.

גם ברור הוא שבמצבים כאלה, שבהם היחיד קונה מהמדינה באמצעות מוסדותיה, וכל שכן כאשר מדובר על בר רשות, שכל עוד שלא הוגדרו הדברים במפורש, הזכות להחליט על קו הגבולות שבין רכוש הקונה לבין מה שנשאר ברשות השלטונות הוא בידי השלטונות.

גם באותה פיסקה מהתב"ע שצוטטה לעיל, כתוב: "באזורים שטרם נבנו תוכן תוכנית חלוקה שתהווה בסיס למתן היתרי בנייה". לא נאמר בתב"ע שכל קיר, או בנידון דידן, מסלעה שנבנה לצורך הנדסי, יהווה גבול בין מגרש בנוי למגרש שבו עדיין לא נבנה בו בית.

נכון הוא שכל עוד לא הוגדר במדויק השטח היה ספק מבחינה מסויימת לגבי היקפו של השטח. ויותר מכך, על פי הרקע שתואר ע"י התובע ולא הוכחש על ידי הנתבע, יתכן מאוד (אף על פי שקשה להוכיח זאת) שאם היו עושים פרצלציה קרוב לזמן המכר, יתכן שהיה התובע מקבל שטח

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.

ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780

טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Fax 02-5379626 Tel 02-5371485

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

גדול יותר ממה שניתן לו היום. אין עובדה זו משנה מעיקר הדין, מכיוון שבסופו של דבר המדינה ומוסדותיה לא התחייבו לקבוע מידי את הגבולות או לקובעם לפי שיטה מסוימת מחייבת. אבל למרות זאת, יש לה משקל מוסרי.

אם התובע היה מופלה לרעה בהשוואה לשכניו, גם זה היה מהווה גורם לחיזוק טענותיו מן הבחינה המוסרית.

אולם, מעיון בתשריט של השכונה נראה ששטח של כ-4 מטר אחורי הבית עד גבול המגרש הסמוך הוא הנורמה ולא היוצא דופן. בכל זאת, הצד המוסרי שהזכרנו מהווה סיבה להטיל על הנתבעים האחריות לנסות ללכת לקראת צרכי התובע בתכנון וביצוע של המגרשים 12-34 כדי לשמר כמה שיותר את איכות החיים שהייתה לו ושהייתה צפויה להיות לו כאשר קיבל את בר הרשות על מגרש 56. התחשבות זאת אינה מצדיקה הטלת עול בלתי סביר על המבצעים את התכנון והבנייה שבמגרשים הגובלים ושל המתישבים העתידיים, ובוודאי אינה מצדיקה למנוע שימוש ראוי של השטח ליישב כמה שיותר משפחות, בתנאים של מחסור בשטחי בנייה ביישוב הספציפי וביהודה ושומרון באופן כללי.

**לסיכום, יש תוקף לפרצלציה, למרות שיתכן שהיא צמצמה את השטח שנשאר ברשות התובע, ביחס לשטח שציפה התובע שיישאר ברשותו על פי התחזית בתקופת המכירה.**

## 2. חזקת תשמישים

בכתב התביעה עמ' 4 טוען התובע:

אנו סבורים שקמה לנו חזקת תשמישים בשטח המדרון שמעל למגרש שלנו, ובדרך הגישה שמעליה לבית הכנסת. גם כיוון שהנוהג בכל השכונה הינו להשתמש במדרון ובמסלעה הצמודים לבתי השכונה וגם משום [ש]אנו משתמשים בדין בשטחים אלו מזה עשרות שנים.

כפי שציין התובע עצמו, יש מחלוקת ראשונים האם כדי להחזיק בקרקע על ידי שימוש בה, דורשים "טענה", היינו השימוש בקרקע ישמש רק כהוכחה שהמחזיק כבר קנה אותה באופן אחר, או האם מספיק השימוש בה לבד כדי להקנות לו זכויות בקרקע (על ידי שתיקת בעל הקרקע, המהווה בסיס למחילתו), גם כשמודה שלא ביצע שום מעשה קנין לפני שימוש כדי לזכותו בשימוש זה. הרמ"א (ח"מ סימן קנג סעיף ב ושם סעיף טז) מביא את שתי הדעות והאחרונים דנים האם הכריע במחלוקת זו (ראה סמ"ע שם ס"ק לב, ש"ך שם ס"ק יא, נתיבות המשפט שם ס"ק יג ועוד). [אותן שתי הדעות גם חולקות האם לחזקת תשמישין דורשים שהחזיק שלוש שנים, אבל אין זה שייך לעניינינו, הואיל והתובע טען שהחזיק כבר "מזה עשרות שנים", ולא הייתה שום הכחשה בנקודה זו מצד הנתבע].

התובע טוען שלפי הדעות שאינן מצריכות "טענה" בחזקת תשמישין, הרי שהוא החזיק בשטחים שעליהם דנים ועל כן זכה בזכות להמשיך ולהשתמש בהם.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
 ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
 טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org beitdin@erezhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

מוסיף התובע שגם לדעות שכן מצריכות "טענה" לחזקת תשמישין, יש להחשיב מקרה זה כמצב שבו באמת יש לתובע "טענה". ונימוקו הוא (שם בכתב התביעה):

בעת שקיבלנו את המגרש שבו בנינו את ביתנו, נאמר לנו מפורשות כ"הבטחה שלטונית" שלא תהיה בניה במגרש האמור, כאמור לעיל.

דבריו אלה מתייחסים למה שכתב לפני כן בכתב התביעה (עמוד 2):

בעת הקמת שכונה א' בישוב... משרד השיכון סירב באותה עת לאשר תקציב לסלילת הכביש העליון במקומו כראוי. בנוסף, בגלל בעיה זו החליט משרד השיכון שלא לפתח ולבנות ב-55 המגרשים... ולהותיר את שטח המגרשים, כולל השטח שמעל מגרשים... כמגרשים שאינם מיועדים לבניה. דברים אלו נאמרו במפורש על ידי מנהל החבל במח' לבניה כפרית במשרד השיכון. סיבה זו הייתה הסיבה המרכזית שבגללה ניגשה [משפחת התובע]... להגרלה על [ה]מגרש... אנו ראינו בהודעה זו כהתחייבות שלטונית.

אם נסכם את דברי התובע לגבי חזקת תשמישין, נראה שיש לדון כאן בעיקר בשתי טענות:

1. מחילה- הואיל ואנשי הישוב שתקו לנוכח שימושם בשטח, יש לראות בזה מחילה, וממילא לשיטתם של הרבה ראשונים זכה התובע בזכות להמשיך ולהשתמש בקרקע כבעבר.
2. הבטחה שלטונית- דבריו של מנהל החבל לבניה כפרית במשרד השיכון, נחשבים כהבטחה שבכלל לא תהיה בניה בשטח שמעל למגרשו של התובע וממילא שטח זה יעמוד לרשות התובע ולבעלי המגרשים הסמוכים לשימושים כגון נטיעת עצים ומעבר רגלי.

בית הדין דוחה את שתי טענותיו של התובע בעניין זה.

#### מחילה

טענתו הראשונה היא שהייתה מחילה מצד תושבי היישוב, ועל כן יש דעות המקנות לו זכות להשתמש בקרקע. טענה המחילה נדחית, על בסיס הסוגיה בב"ב (נז ע"ב) ממנה עולה שאין חזקה מועילה בנסיבות שבהן אין דרך הבעלים להקפיד. (ראה גם שו"ת הריב"ש סימן רמח ד"ה גם מה שטוען וד"ה ובנידון זה).

במושב בית הדין הובאו כמה דוגמאות של תושבי היישוב המשתמשים בשטחים לא להם, ולא מקפידים בזה שאר תושבי היישוב כל עוד אין צורך ליישוב בשטחים אלה, וכן המנהג רווח ברבים מהיישובים הקהילתיים.

אמנם, שני הצדדים גם הסכימו שבהרבה מקרים, במיוחד כאשר נוצר רושם שתושב מסוים מנסה "לספח" שטח למגרשו, נציגי מזכירות היישוב הבהירו לאותו תושב שמדובר בשטח שאינו שלו, ושהוא יצטרך לפנותו אם ולכשיהיה צורך בו מצד היישוב. וטוען התובע שמכך שנציגי מזכירות היישוב העירו לתושבים מסוימים שהשתמשו בשטח לא להם, אבל אף פעם לא העירו לתובע, יש הוכחה "שהם הבינו שזה חלק מהמגרש" (לשון פרוטוקול מושב בית הדין עמ' 4).

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**



אם כוונת התובע בטענה זו היא שיש לו זכות להמשיך בשימוש בשטח מצד טענה שזה מראה שהישוב מחל לו על שימוש בשטח, ועל ידי זה נקנית לו זכות להמשיך בשימוש זה, נראה שאין לקבל את דבריו אלה. הרי שהעובדה שהיו מקרים בהם מיחו נציגי מזכירות בקדנציות מסוימות אינה מוכיחה שתמיד היו ותהיינה מחאות שכאלה. על כן לדוגמא אם בזמן שתילת העצים, שנעשתה לפני שנים רבות, לא העירו בדבר נציגי המזכירות דאז, סביר הוא להניח שגם נציגים שלאחר מכן לא יטרחו להגיד לו שאם היישוב יזדקק לשטח זה הרי שיצטרך להזיז את העצים. במיוחד בשטח אשר לגביו לא עמדה על הפרק שום תכנית לשימוש בו.

בנוסף להנ"ל, גם אם היה ברור שנציגי המזכירות לא מחו בתובע ולא העירו לו מפני שהם באמת הסכימו שהוא יעשה שימוש בשטח, עדיין יש לדון האם הסכמתם מקנה לו זכות זו של שימוש. נציגים אלה אינם הבעלים על השטח שבו השתמש התובע, ולכאורה אין בידם להקנות לו זכויות אלה. ואמנם, בתחומים רבים נציגי מזכירות היישוב הם נציגיהם של התושבים כולם, אבל בכלל אינו ברור שהציבור נתן להם סמכות להקנות זכויות שכאלה כפי ראות עיניהם. [ועוד יש לדון האם לזה יש צורך בהסכמת כלל תושבי היישוב, או אולי אפילו בהסכמתו של הגוף אשר שטח זה הוא בבעלותו החוקית – ועיין לעיל בסוף סעי' א לגבי הרמות השונות של בעלות ואחריות על השימוש בקרקע ביישובי יהודה ושומרון].

זאת ועוד, נקדים שבשביל לזכות בקרקע אין חולק שנדרשת חזקה של שלוש שנים וטענה של זכייה (שו"ע חו"מ קמ"א). במקרה דנן אף אם נפרש שטענת התובע היא שהוא מעוניין לזכות רק בשימוש בקרקע ואין לו כוונה לזכות בבעלות בה הרי שבתשובת הרשב"א (ח"ב סימן קעז, ומובאת באופן חלקי בבית יוסף חו"מ סו"ס קנג), נשאל בעניין צורך בחזקת שלוש שנים ב"ציאה וביאה" של אדם לתוך חצר חבירו, והשיב:

**גם זה דבר ברור שצריך חזקת שלוש שהרי יש בזה חסור קרקע שהרי משתמש בחצרו ממש ונכנס ויוצא בו... וכל שכן לדעת רבותי ז"ל... שאין שום חזקה בלא טענת מכר או מתנה...**

הרשב"א קובע שגם לדעות שבדרך כלל בחזקת תשמישין לא דורשים שלוש שנים וטענה, מכל מקום כשמדובר בשימוש אשר מהווה "חיסור קרקע", נדרשת חזקת שלוש שנים. האחרונים הבינו בדבריו שבכל חזקת תשמישין אם יצירת החזקה תגרום לכך שלבעל הקרקע ייגרם "חיסור קרקע" נדרשת "טענה" כמו כל חזקת קרקע רגילה, היינו שהמחזיק יטען שבאמת קנה את הזכות באופן חיובי, ולא מספיק שזכה בה מצד מחילת בעלי השטח (עיין שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' קב ד"ה הן עתה, בשו"ת תורת חיים למהרח"ש, ח"א סימן כב ד"ה אמנם שאר, כנסת הגדולה סימן קנג הגב"י אות מ ועוד). בודאי שבמקרה שלנו, שבו התובע מבקש על פי שימוש זה לקבל שטח זה כחלק ממגרשו, יש כאן שאלת "חיסור קרקע", ונדרוש "טענה" ולא נסתפק בשתיקת בעלי השטח.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותת רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Tel 02-5371485 Fax 02-5379626  
beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**



יש מקום לחלק כאן בין הנושאים השונים שאפשר לומר עליהם חזקת תשמישין. התובע מבקש שיישאר שטח ירוק, לפחות מהמסלעה ולמטה, והוא גם מבקש שתישמר לו זכות לעבור לרחוב שלמעלה דרך השטח שעליו דנים. עניין הדרך מתחלק לשניים:

1. דרישה שלא תהיה שום בנייה בשטח זה, שמא יימנע בעקבותיה מהאפשרות לעבור.
  2. דרישת שמירת עצם הזכות לעבור, גם אם וכאשר יבנו בפועל.
- לגבי הבקשה שלא לבנות בוודאי מדובר על חיסור קרקע, ושייך הדיון ההלכתי הנ"ל. אולם לגבי עצם הזכות לעבור, דבר זה אפשר לתת לתובע גם אם יקבל הנתבע זכות למכור ולבנות במגרשים. תביעת התובע לחזקה על אספקט זה אינו חייב לפגוע בזכות הנתבע בקרקע בצורה משמעותית.

### נימוקי הפשרה

הבחנה זו נותנת חיזוק לפשרה שהחליט עליה בית הדין, שהרי יש יותר סברה לקבל חזקה בכהאי גוונא ובודאי לגבי זכות שיש סיבה להאמין שהיתה ניתנת לתובע אילו היו דנים בה בזמן מכירת הקרקע. אף שברשב"א לעיל נתבאר שגם "יציאה וביאה" מהווה חזקה בקרקע ממש, אך יש לחלק בין מעבר בתוך חצר פרטית לבין מעבר בתוך שטח משותף של כמה דירות מתוכננות, שמטבע הדברים פתוח למעבר בדרך כלל ברוב הבניינים, והמדובר הוא בסך הכל על שימוש נוסף של דייר בחצר סמוכה. לכן, בית הדין מאמין שהפשרה מאזנת בין הצרכים ההדדיים של הצדדים בצורה צודקת. **מצד אחד, ניתן לנתבע זכות להמשיך במימוש תכניותיו לטובת היישוב בכלל. מאידך, נעשה מאמץ לשמור לתובע את השימושים שהתרגל אליו במשך השנים.** חובתם המוסרית של מקבלי החלטות לאפשר לתובע לשמור על איכות החיים שהתרגל אליו באופן המתקבל על הדעת המתאים לסגנון החיים ביישוב כאשר אין הדבר פוגע קשות באינטרסים חיוניים של היישוב או מי ממתיישביו.

### הבטחה שלטונית

אין לקבל את טענת התובע ש"דבריו של מנהל החבל לבנייה כפרית במשרד השיכון, נחשבים כהבטחה שבכלל לא תהיה בנייה בשטח". גם לאור העובדה שהנימוק להחלטה שלא לבנות את חמשת המגרשים המתוכננים לשטח זה היה: "משרד השיכון אמרו שאין להם כסף ולכן כרגע לא משנים את הכביש העליון" (דברי התובע כפי שמובאים בפרוטוקול של מושב בית הדין, עמ' 2) נראה שאין כל מקום להסתמכות על הבטחת מנהל החבל לבניה כפרית. שכן, נראה כהנחה סבירה, שהייתה ברורה לכל שאם היה למשרד השיכון תקציב מתאים, כן היו חוזרים לתכנית המקורית - לסלול כביש חדש ולבנות עוד חמישה מגרשים הכוללים גם את השטח שבו דנים. וגם אם לא היה הרבה סיכוי באותה העת לתקציב כזה, לכאורה היה ברור שאם המצב ישתנה בעתיד, הרי שמשרד השיכון עלול לשנות את החלטתו זו. דהיינו, מדובר על הערכה לאור מגבלות תקציב, ולא על

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
 ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
 טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**

קביעה תכנונית. יתירה מזו, רואים כיום שגם בלי לשנות את תוואי הכביש ניתן לבנות בשטח הנשאר, וגם אם דבר זה לא היה נהוג בתחילת תקופת ההתיישבות, אין זה מהווה הבטחה שלטונית לגבי תפיסת קרקע או זכויות בה, בפרט כאשר התובע לא טען שניתנה לו הבטחה מפורשת בעניין.

זאת ועוד, הרי שגם אם היינו רואים בדבריו של מנהל החבל הבטחה והתחייבות שמשרד השיכון לא יבנה מגרשים שם בשטח, לא נראה שדבריו אלה מחייבים את היישוב, שכן מנהל החבל אינו בעל הסמכות בנדון זה. הרי האחראי על הקצבת הקרקע לעניין ברי רשות הוא החטיבה להתיישבות של הסתדרות הציונית העולמית. גוף זה הוא הממונה על הקרקע מטעם הבעלים על הקרקע, והוא זה שיכול להתחייב בהתחייבות שכזו.

**לסיכום, מן הדין התובע לא זכה בחזקת תשמישים בשטח שמעל המגרש שלו, משום שאותו השטח בו עשה שימוש לא ניתן לשימוש של התובע במפורש ומשום שהשימוש של התובע בשטח במהלך השנים לא פגע במאן דהוא, וממילא לא אמור היה לגרור מחאה של מאן דהו, ובכגון זו – הימנעות ממחאה אינה מקנה זכויות. כמו כן, במקרה של חזקה שמחסרת קרקע, יש להצריך טענה של ממש לקבלת זכות כזאת.**

**עם זאת, ביחס לזכות המעבר, שהיא זכות שאינה מחסרת מגוף הקרקע, יש מקום לפשר.**

#### **ח. מיצר שהחזיקו בו רבים**

המשנה בבבא בתרא (צט, ב) קובעת:

מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו נטלה ונתן להם מן הצד - מה שנתן נתן, ושלו לא הגיעו.

הגמרא מסיקה שהטעם הוא משום דברי רב יהודה: "מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו."

#### **דרך יצירת המיצר**

מדברי הרשב"א בתשובה (שו"ת א, אלף קנב) עולה שלא רק מעבר אנשים בדרך, אלא גם פעולה מעשית להכנת הקרקע להילוך הרבים מזכה את הרבים במצר גם ללא הילוך בפועל. כך גם מדויק מדברי הרשב"ם (קא ד"ה שהחזיקו, ועוד): "שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו", דהיינו שדי בכך שהרבים תיקנו דבר בדרך ובעל המצר שתק. זה מהווה הוכחה שהוא מוחל על הדרך.

לגבי הילוך בפועל יש שסברו שלדעת הרשב"ם אינו יוצר חזקה (שו"ת ספר יהושע קיג, שו"ת מהר"י הלוי כ), אך הרשב"א בתשובה הנ"ל כותב כדבר פשוט שגם בהילוך בלבד קונה וכן כותב בשו"ת פני יהושע (א, ד מובא בפת"ש שעז, א):

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Tel 02-5371485 Fax 02-5379626  
beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**

כיון דכל הפוסקים סתמו ולא כתבו דבעינן חזקה ממש, אלא סתמו דדרך הרבים אסור לאבד משום מצר שהחזיקו, מי הוא זה שידון בדבר חדש להצריך חזקה ממש דוקא. גם בדברי הרשב"ם יש לדחות דאין כונתו בחזקה דוקא אלא לשון מצר שהחזיקו דחקו כו', וקמ"ל רבותא אף על גב דלא הלכו עדיין עליה רק עשו מעשה במצר אסור לקלקלו כו', וכיון דאין ראייה מדבריו אין להוציא מיד הקהלה...

כך גם נוקטים מהרש"ם (א,ה ועוד) ואבני נזר (חו"מ יג).  
אם כן די בהילוך בלבד ובוודאי אם גם נעשו פעולות להתקנת המקום להליכה.

### החזקה ברשות

המרדכי (בבא בתרא תקו; מובא בדרכי משה חו"מ שעז) כותב:

מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, וכגון שהחזיקו ברשות תחלה, אבל אם באים מתחלה שלא ברשות להחזיק בהא אמרינן פרק המניח: לינקוט פיזרא וליתוב.

דהיינו מדובר במקרה שבו בעל השדה נתן לרבים רשות להחזיק במצר. כך גם עולה מדברי רשב"ם (ב"ב צט,ב ד"ה מל), תוספות (ב"ב יב,א ד"ה מיצר, כו,ב ד"ה עד בשם ר"ח וריב"ם) ר"ש משאנץ (אהלות יח,ד), ראב"ד, רשב"א ורבינו יונה (מובאים בשיטמ"ק ב"ב ק,א), מאירי (ב"ק כח,א וב"ב יב,א וק,א), ר"י קרקושא (בבא בתרא שם) האגודה בשם ר"י (ב"ב א,כד), שו"ת הרשב"ש (ד) שהמדובר במי שנתן רשות לבני המקום לילך בחצירו.

וכן פוסק רמ"א (חו"מ שעז,א):

מצר שהחזיקו בו רבים ברשות, אסור לקלקלו (מרדכי בבא מציעא).

וראה גם שו"ת מהרש"ך (ב,קעב) שמחזק פסיקה זו וכן ראה קובץ תשובות (רי"ש אלישיב א, רח). במקרה שהמיצר מוחזק ואין ידוע האם ברשות, כותב הסמ"ע (שעז,ב):

מיהו כל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו טוענין להן ואמרינן דבדאי ברשות החזיקו בו.

וראה בתשובת המהרש"ם (א,ה) שהאריך בביאור הדברים וצ"ל לעוד פוסקים הנוקטים כשיטה זו וכן עיין בדברי האבני נזר (חו"מ יג). בשו"ת שבט הלוי (י,רפט) כותב בעניין מי שלא הקפיד על כך שיעברו בחצירו אך לא התכוון להקנות את המקום למעבר לעולם:

הנה שאלה גדולה שאל, ולהאמור למעלה נתישב זה, היות כ"ז שלא נתן רשות בפ"א אין דין זה שייך, ואף למש"כ בסמ"ע סי' שע"ז ס"ק ב' וכה"ג כתבו הראשונים דאף דלא ידעינן שנתן רשות טענינן עבור הרבים דמסתמא נתן רשות, מכ"מ מסתבר דלא שייך זה אם יודע בנפשו באמת דלא נתן רשות ע"ז ומוכן להשבע ע"ז, ובפרט אם הבי"ד רואים צדקת טענתו לפי הענין דודאי לא נתן רשות.

מדבריו עולה שנדרשת נתינת רשות ברורה על מנת לקנות זכות שימוש של מעבר ובדרך כלל אין די בשתיקה בעלמא.

מכאן שבמקרה דין שלא הייתה מעולם נתינת רשות, גם לדברי התובע, כי אם שתיקה בעלמא של ראשי היישוב, הרי שאין לכאורה בסיס לחלק זה של התביעה.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Tel 02-5371485 Fax 02-5379626  
beitdin@erezhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

נוסיף עוד מספר סברות מהן עולה שמעיקר הדין התובע לא קנה את זכות המעבר.

### **"החזיקו" רק בדבר שמקפידים עליו**

כותב המהרשד"ם (ח"מ רלח) :

דלא הוי חזקה אלא היכא דאיכא חסרון לבעל הקרקע ולא מיחה דאז איכא למימר כיון שלא מיחה הוי ראייה שנתן או מחל ושוב א"י לחזור בו.

גם בשו"ת דברי חיים (ב,ג) מבאר שרק בדבר שמקפידים עליו שייכת חזקת הרבים :

אבל על כל פנים בעי דוקא ברשות, אבל הכא שהחזיקו בו במה שנחו שם לפעמים או בהילוך שלא קפדי בו בני אדם אפילו בחצרם אם הוא פתוח, ובכהאי גוונא לא מקרי החזיקו ברשות, וכמו שכתוב בתשובות האלשיך, הספר אינו לפני אבל בבירור ראיתי שם דכהאי גוונא דלא קפדי אינשי לא הוי חזקה כלל, וגם בכמה תשו' ראיתי כן וכן נפסק הדין בבית דין ולכן אין שום טענה להרבים נגד היחיד...

וכן נוקט בשו"ת ישועות מלכו (ח"מ ח) :

וגם מצד שהחזיקו בו רבים ל"ש דצריך דוקא שיתן להם מדעתו ואף על גב דטוענין עבור רבים כמבואר בסמ"ע בסי' שע"ז היינו בדבר דשייך ב' חזקה כמו בעברה דרך שדהו שממעט מקום הזריעה שעל מקום הזה לא זרע והכל לפי המקום והזמן ואנן סהדי דבזה"ז אין רגילות להקפיד, ובמקום שא"א לגדור והוא פרוץ אין אדם מקפיד בדריסת הרגל במקום דל"ש היזק ראוי...

עולה אפוא שבמקום שהשימוש בו אינו מפריע לאיש אין בו דין מצר שהחזיקו בו שכן אף אחד אינו טורח למחות.

### **זכות הילוך או בעלות ממשית?**

יש לציין שנחלקו הפוסקים האם בדין "מצר שהחזיקו בו רבים" מדובר בזכות שימוש בלבד או בקניין של ממש. בשו"ת דברי חיים (שם) הוכיח שמדובר בזכות הילוך בלבד. וכן עולה מדברי רבינו יונה (מובא בשטמ"ק ב"ב ק, א).

אמנם בשו"ת מהרש"ם (א, ה ועוד) טוען כנגדו שמדברי הראשונים מוכח שמדובר בבעלות של ממש. כך לדבריו עולה במפורש מדברי האור זרוע (תשסג) וראשונים נוספים. לאור וויכוח זה יש מקום לדיון במעמד החוקי.

### **דין "מצר שהחזיקו בו" מול דינא דמלכותא**

רבי שלמה קלוגר (חכמת שלמה ח"מ שעז) טוען שאם יצירת החזקה תלויה באישור חוקי הרי שאין חזקה שהיא נגד דין המלכות.

אמנם המהרש"ם (א,ה) חולק על שיטה זו :

אבל מה שכתב רום מעלתו מד' תוע"ר סי' י"ג, דבקניית קרקע לא קנה עד שיכתוב בטאבילאציע, יש לפקפק. דא"כ לא יועיל במיצר שהחזיקו בו רבים אא"כ כתבו שטר! ובע"כ

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**

**דליתא! דהתם לגבי חזקת הילוך דרבים, א"צ שטר וסמיכות דעת, ודמי לשכירות דא"צ שטר אפי' ביחיד. ואף דהכא הוי לעולם, מ"מ רבים עדיפי.**

אף על פי כן נראה שסברה זו יש לה מקום וכך הביאו בשם הרב חיים פנחס שיינברג (מסביב לשולחן 443 מובא בדף על דף ב"ב ק, א):

**אמר לי הגאון ר' חיים פנחס שיינברג שליט"א, כי לדעתו, בזמננו יש לצדד שאין דין זה של מיצר שהחזיקו בו רבים, וטעמו, כי יסוד דין זה, משום ויתור ומחילה של בעל הממון, [או הפקעת חכמים את הממון, אחר שהרבים זכו בזה]. וכיון שבזמננו יש "טאבו" רישום מקרקעין, וכולם נותנים עיניהם ברישום זה, אפשר ובעל הממון לא מוחל, ומה שהסכים שיעברו, זה משום שידע כי רישום המקרקעין הוא הקובע, ואפשר שלא הפקיעו חכמים כאשר יש רישום.**

סברות אלו יש להן לכאורה מקום במקרה שחזקת הרבים יוצרת בעלות לרבים בקרקע וממילא דורשת ומחייבת רישום הקרקע על שם משתמשה. כאמור לעיל הדבר שנוי במחלוקת. אפשר לומר שאפילו אם מדובר בזכות שימוש, שהטאבו משפיע על העניין מכיוון שבנוסף לרישום בעלות, אפשר לרשום זכות מעבר כ"זיקת הנאה" בטאבו.

#### **דרך ט"ז אמה**

המהרשד"ם (חו"מ רלח) מדייק ברמב"ם (נזקי ממון יג, כז) שרק אם רוחב הדרך ט"ז אמה יש דין מצר שהחזיקו רבים, וראה בשו"ת שבט הלוי (י, רפט) שצירף שיטתו לסברות נוספות.

#### **הגדרת רבים**

התובע לא ביסס את טענתו שרבים עברו דרך המקום. הנתבע הכחיש טענה זו בצורה משכנעת, ואמר שרוב רובם של אנשי השכונה לא עברו דרך המקום הזה, מפני שזה היה מצריך לעבור דרך רכושו של התובע. יתכן מאוד שבעיקר רק שתי משפחות (אחת מהם, זו של התובע) הן אלו שעברו דרך המקום.

מוסכם בפוסקים שיש לחלק בין רבים שהחזיקו לבין יחיד שהחזיק במיצר (עיינן בין היתר במשאת בנימין (סלוניק) סי' ד), אבל רק מעט מהם הגדירו מה הגבול בין הגדרות כלליות אלה. יש לציין שלדעת החכמת שלמה (חו"מ שעז) רבים היינו רוב העיר, תנאי שגם לא התקיים כעת. עיינן בשו"ת ירים משה (קאסטרו) חו"מ סי' יד שמביא דעות שמספיק בני מבוי ולא דווקא כל בני העיר. אבל לא הוכח שגם כלל בני המבוי, דהיינו האזור הקרוב שלאנשיה היה עניין להשתמש בקיצור דרך זו, אמנם עשו כן בקביעות (כפי שדורש הירם משה הנ"ל).

זאת ועוד. נידון דידן הוא מקרה יוצא דופן, בזה שאין כאן מקרה שהרבים תובעים מהיחיד לשמור את דרכם. אדרבה, יחיד (שהמצר עובר דרך חצרו והמגרש הפנוי) דורש זכותו נגד רצון נציג הרבים שרוצה להשתמש בו לצורך הנעשה לטובת הרבים. אפשר לדחות צורת חשיבה זאת ולומר שגם אם

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Tel 02-5371485 Fax 02-5379626  
beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**



רוב תושבי היישוב מעוניין בפיתוח (בהנחה שהנציגות הנבחרת מייצגת נכונה את דעתם), זכויות אנשי השכונה המשתמשים בשביל גוברות. אולם אין הדבר נראה נכון.

**סיכום ומסקנות בעניין מצר שהחזיקו בו רבים: נראה שדין "מצר שהחזיקו בו רבים" אינו יכול להתקיים במקרה זידון, בעיקר בגלל החיסרון המרכזי של טענה ממשית של קניין במקום. בנוסף לכך הזכרנו סברות נוספות: חוסר מחאה משום שלא הפריע לאיש, חוסר רישום והסדרת המקום כמעבר ציבורי על פי חוק, והבאנו גם סברות אחרות.**

#### ט. בר מצרא

התובע טוען שבמידה שייבנו בית או בתים במגרשים שלמעלה ממנו, ההלכה נותנת לו את זכות הקדימה ברכישת המגרשים האלה מדין בר מצרא. וזה לשון השולחן ערוך חושן משפט סימן קעה סעיף ו:

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, והמצר עם הארץ ורחוק מן המוכר, המצרן קודם ומסלק את הלוקח. וזה הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר.

הגמרא (ב"מ דף קח ע"א) מסבירה שלמרות שדין זה הוא מבוסס על הסברא של לפני משורת הדין, הנלמד מ"ועשית הישר והטוב", אין הדבר תלוי ברצון המוכר והקונה, אלא המצרן יכול לכופ את הלוקח לתת לו את הקרקע בתמורה לדמי מקחו. הראשונים מסבירים שדינא דבר מצרא מבוסס על כך שהלוקח יכול לקנות קרקע בכל מקום ואילו למצרן יש עדיפות מיוחדת לקנות דווקא את הקרקע הגובל בקרקע שלו (עיי' בין היתר ברש"י ב"מ קח ע"א ד"ה "נהרדעיי" וברמב"ם פ"ב מהל' שכנים הל' ה).

אם כן, לפי המבט הראשון תהיה לתובע עדיפות על פני כלל הזכאים לקנייה ביישוב (חוץ מתושבים אחרים שגובלים גם הם לשטח המדובר- עיי' בפרטי דין בזה בשו"ע חו"מ סי' קעה סעי' יא).

אולם, יש לבדוק אם אכן מתאים המקרה שלנו ליישם בו דינא דבר מצרא. עיון בסוגיה מעלה שמכמה שיקולים, לא חל בנדון דידן דינא דבר מצרא:

#### הפסד למוכר

כמה הלכות בדינא דבר מצרא מבוססות על ההנחה שהתקנה של דינא דבר מצרא אמנם נותנת עדיפות לשכן לעומת הלוקח הסתמי, אבל זאת בתנאי שהמוכר לא יפסיד כתוצאה מזה שהמצרן יקנה את הנכס. נביא מספר הלכות בלשון השו"ע.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem 580120780 עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Fax 02-5379626 Tel 02-5371485  
beitdin@erezhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

1. חושן משפט סימן קעה סעיף כג

הביאו המצרן והלוקח כל א' מעותיו, אם היו מעותיו של לוקח טובים משל מצרן, או שהיו ממחרים יותר לצאת בהוצאה, או שאלו צרורין וחתומין ואלו מותרין, בטל זכות המצרן. וה"ה אם קדם הלוקח ופרע, אין המצרן יכול לסלקו אלא בכעין מעותיו. מסכם הרמ"א שם ואומר:

הוא הדין בכל דבר שיש פסידא למוכר לא תקנו בזה זכות למצרן (טור).

2. שם סעיף מב

המוכר שדה רע כדי לקנות בדמים שדה יפה, או שמכר מקום רחוק כדי לקנות מקום קרוב, אין בהם דין בן המצר, שמא בנתים שיודע למצרן יקנה אחר אותו שדה שהוא רוצה לקנות.

3. שם סעיף מג

מכר כדי ליתן מנת המלך, או שמכר לקבורה או למזון האשה והבנות (וי"א דהוא הדין למזונות עצמו) (ב"י בשם תלמידי הרשב"א), אין בו דין בן המצר ואפילו שלוח לצרכי קבורה או למזון האשה והבנות, או שלוח מחבירו לפרוע המס, כשמוכר לפרוע למלוה אין בו משום דין המצר (ואפילו לכתחילה כשבאו לקנות, כל הקודם זכה) (רמב"ם פ"ב והג"א בשם ר"ח ובשם תלמידי הרשב"א). ויש אומרים דהמצרן קודם (שם הגהת אשרי בשם רש"י).

אדם המוכר לימנת המלך, אשה וכל שאר הדוגמאות לעיל, הם מצבים בהם על פי ההלכה יש חשיבות למכירה מהירה ללא עיכובים. עולה מכאן שכאשר יש עדיפות מובנת של המוכר למכור ללוקח ולא למצרן, אין המצרן יכול לקחת את הנכס מהלוקח. אף על פי שניתן לטעון שאחרי שהמוכר כבר מכר, מה זה משנה לו אם המצרן יקח הנכס מהלוקח, חז"ל קבעו לא כך בגלל הסברה הבאה. אם לוקחים פוטנציאליים ידעו שאין מקחם סופי בגלל דינא דבר מצרא הם לא ימהרו לקנות, ואם כן במקום שיש חשיבות שהמוכר ימכור מהר, לא שייך דינא דבר מצרא בגלל ההפסד שכרוך בדבר.

מדברים אלה אין להסיק שההלכות של בר מצרא נאמרו רק ביחסים בין הלוקח לבין המצרן ואילו המוכר יכול לגלות דעתו שיש לו סיבות למכור לצד אחד. רבים הם המקורות מהם עולה שחובת המוכר היא למכור דווקא למצרן ולא מאפשרים לו להתחשב בשיקולים שלו (כגון חברות עם הקונה) אלא אם כן ההלכה קובעת שהשיקול של המוכר הוא נחשב ברמה האובייקטיבית כהצלחה מנזק. לכן, היישוב לכאורה אינו יכול להחליט על כללי זכאות לשטחי בנייה תוך התעלמות מהלכות דינא דבר מצרא.

עם זאת, הנתבע טען טענה הנראית נכונה במציאות. היינו שבמבנה החברתי של יישוב בו יש מחסור של שטחים לבנייה ואשר יש בו אנשים שהתקבלו לחבירות ביישוב ואושרו לקבלת ברשות, יהיה נזק ציבורי אם מישהו יורשה לעקוף את התור על ידי דינא דבר מצרא. חוסר השוויון שבדבר עלול מאוד לגרום למחלוקות שיפגעו במרקם החיים התקינים.

מצינו דבר דומה בספר חשוקי חמד (בבא מציעא ע"מ תקה) שם נוטה הרב זילברשטיין לומר שחשש המוכר מתרעומת בעלי דירות אחרות בבניין זה, עשוי להיות סיבה לא להפעיל דינא דבר

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.

ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותת רשומה מס' 580120780

טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org Tel 02-5371485

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois

מצרא. לכאורה כל שכן כאן כאשר ה'מוכר' הוא הציבור שכולל את האנשים שהם מקור התרעומת. מכיון שהנתבע מייצג ציבור, יש גם להזכיר דברי הערוך השולחן (בהקשר בר מצרא בבית כנסת המובא להלן), וז"ל:

**ואם ע"י מצרנותו יגיע היזק להכנסת בהכ"נ אין משגיחין על מצרנותו, דכל מקום שיש היזק ע"י המצרן אין זה ישר וטוב.**

כלומר הזכויות למקום נוסף בבית הכנסת קיימות בתנאי שהדבר אינו גורם נזק לבית הכנסת וגורם להפחתה של הכנסותיו, נראה שמדובר אפילו כאשר מוכר המקום בביהכ"נ הוא אדם פרטי (וההיזק הוא עקיף) וכ"ש כאשר הציבור הוא המוכר. ניתן לטעון כנגד הני"ל, שאין מדובר בהפסד של ממש כי אם בחוסר מודעות של הציבור לחשיבות ההלכתית של דיני "בר מצרא" ועל כן אם ההלכה מחייבת דינא דבר מצרא, יש לחנך את הציבור לקבל את דין התורה ולא לשנות את ההלכה. אולם נראה שהמצב החברתי ביישוב קהילתי והדרך המיוחדת בה אנשים מקבלים מגרש לבנייה גורמים לרגישויות מיוחדות.

**האם במבנה המשפטי של 'בר רשות', יש דינא דבר מצרא ב'בר רשות'?**

על פי האפיונים המיוחדים של 'קניית קרקע בהתיישבות ביהודה ושומרון (ראה לעיל סעיף א') תהליך ההתיישבות ביהודה ושומרון הוא מורכב, ומסיבות מיוחדות שאינן מענייני פסק דין זה, הינו כך. הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי ביהודה ושומרון מרשה את החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית (להלן, הסוכנות) להקים יישובים ולאכלס בהם מתיישבים. הסוכנות אינה מוכרת את הקרקע למתיישבים אלא מחכירה (לפי תשובת שני בעלי הדין לשאלות בית הדין) למתיישבים לפי בקשת היישובים ולפי הקריטריונים שלהם. על פי נתונים אלה לכאורה יש לדחות את בקשת התובע מסיבות נוספות:

1. השוי"ע (חוי"מ קעה, נט) פוסק על פי הבנתו ברמב"ם (שכנים יב,ח) שדינא דבר מצרא הוא רק במכירה ולא בהשכרה של הנכס, וז"ל:

**השוכר בית מחבירו, והמצרן רוצה להוציאו מיזו לשכרו לעצמו, אין שומעין לו.**

מאידך, הרא"ש (מובא בב"י שם) חולק, והט"ז שם מבין שכך פוסק הרמ"א. גם הסמ"ע (ס"ק קיב) מביא את הרא"ש ואינו מכריע. ביאור הגר"א מסביר שהשו"ע לא התכוון ברמה העקרונית, שלא נאמר דינא דבר מצרא בתחום שכירות אלא בקנייה, אלא כוונתו רק לתת סברות מדוע זכותו של המשכיר להעדיף אחד על פני השני.

נטיית בית הדין היא לומר שאף אם מבחינה משפטית, על פי שיקולים שונים, קבלת בר הרשות נחשבת כחכירה, ובאופן רשמי יכולה הסוכנות להוציא את המתישבים מביתם, מתנהל העסק כבעלות כמעט לכל דבר ועניין, רק שיש לו תנאים מסוימים. לכן, ברמת העיקרון, יש מקום

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**



להעלות דינא דבר מצרא, ושיקול זה לבדו אין בו כדי לסתור לגמרי את עמדת התובע (ראה גם משפטי ארץ ג עמ' 265 פסק דין שהולך בדרך זו).

2. יש מקום לטעון שיש בעיה של חוסר סמכות לקיים דין תורה בעניין, שהרי הסוכנות היא זאת שחתמה על ההסכמים עם התובע, והיא זו שאמורה לחתום על הסכמים עם המתיישבים העתידיים של המגרשים נושאי דין התורה אם וכאשר ישווקו. רשמית, היישוב רק ממליץ לסוכנות למי לתת ברשות, והתובע היה אמור לתבוע את הסוכנות בתביעותיו נושאי דין התורה שבפנינו. אלא שגם כאן דעתנו היא שצדקה מזכירות היישוב בכך שקיבלה על עצמה את סמכות דין תורה זה, מכיוון שלמעשה היא המחליטה בפועל לגבי עתיד נכסים אלה.

אולם, יש לשקול את הקונטקסט של מעורבות הסוכנות ומטרותיה בעניין ולהזכיר כלל ייחודי לבר רשות שמשליך על ענייננו. מדיניות הממשלה היא שאין לתת יותר מבר רשות אחד למשפחה. המטרה בגישה זו היא ששיווקם של מגרשים ביישובים אמור להיות כלי לאפשר התיישבות יעילה ולא כלי לאפשר לכוחות השוק להשתלט ולאפשר לבעלי אמצעים להרוויח מקרקעות המדינה הון רב.

אין ספק, שהתובע אינו מתכוון להשתמש בדינא דבר מצרא לצרכים אלה. אבל מאידך, ההתניות הרבות בחוק ובחוזה בר רשות מגבילים את 'בעלות' התובע באופן שאין לו זכות למצות את בעלותו במצב בו עשויה להיות פגיעה בהצלחתו, שגשוגו ושלומו של היישוב, שהוא ידה הארוכה של הסוכנות והמדינה.

אילו מדובר היה בבעלות משפטית פורמלית ומלאה, והיינו צריכים לפרש את מניעת הפעלת דינא דבר מצרא כתנאי פורמלי, היה מקום לדון אם מבחינה הלכתית-משפטית יש התנייה מספיק מפורשת למנוע את הפעלת דינים אלה. אבל מכיוון שזכות התביעה של התובע באה מכוח רוח הדברים, אין זה מוצדק לאחוז את החבל משני הראשים. כלומר, אין להתעלם מהעובדה שהקצאת מגרשים בדרך של בר רשות היא כלי ביד היישוב לבנות את עצמו לפי טובת העניין ההתיישבותי. לכן אין זה מן הראוי לתת זכויות יתר, כגון דינא דבר מצרא, למחזיקים בבר הרשות כאילו שהיה מדובר בבעלים לכל דבר במקום, כאשר מימוש זכויות אלה פוגע באינטרס היישובי הציבורי באופן שמפריע למפעל ההתיישבות.

#### **דינא דבר מצרא עבור בני משפחת המצרן**

עלינו גם לבדוק אם דינא דבר מצרא מאפשר למצרן לקנות את הנכס לא בשביל עצמו אלא בשביל בני משפחתו. בשו"ע מצאנו דיון בשאלת מקומות בבית הכנסת (שהיו קנויים למתפללים). איתא בשולחן ערוך חושן משפט סימן קעה סעיף נג :

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.erezhemdah.org  
beitdin@erezhemdah.org

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**



בכל הקרקעות שבעולם יש דין מצרנות, אבל במטלטלין ועבדים אין דין מצרנות. ומחובר לקרקע כקרקע, ויש בו דין מצרנות. (ולכן יש דין מצרנות בבתיים). והוא הדין במקומות בית הכנסת. החתם סופר (חו"מ סי' צה), תוך שהוא דין בשיטות הפוסקים בשאלה אם תמיד אפשר לטעון דינא דבר מצרא בבית הכנסת – גם כאשר יש בין המקומות הפרדה פיזית, כותב: **אלא אפי' אינו רוצה להסיר הדף אלא רוצה שיהי' לו ב' מקומו' סמוכים זה לזה כדי שישבו בני משפחתו סמוכי' לו נמי שפיר דמי כיון דנהיגים דבני משפחה עומדים סמוכי' זה לזה בבהכ"נ כמ"ש רמ"א סי' קע"ה סעיף י"ג.**

לכאורה רואים שיש למצרן זכות לקנות המקום הסמוך לו עבור בני משפחתו. אך נראה, שאין זה ראייה לנידון דידן. ראשית כל, יתכן שבבני משפחתו הכוונה לרווקים החיים איתו לכל דבר, ויתכן אם כן שלא תהיה לו זכות בר מצרא לקנות מקומות לבניו הנשואים ולבני בניו. אבל מעבר לכך, עיון בנימוק שנותן החתם סופר מראה שיש להבחין בין המקרה שלו לנידון דידן, שהרי כתב: "כיון דנהיגים דבני משפחה עומדים סמוכי' זה לזה בבהכ"נ". משמע שיש ליישם דינא דבר מצרא לטובת בני משפחת המצרן באופן הממוצע הבא. במידה שנהוג שבנים נשואים שנשארים בקהילה ממשיכים להתפלל ליד אביהם, יש לתת העדפה במכירת המקומות הסמוכים. לעומת זאת אם אין מנהג כזה, לא תינתן זכות לקניית מקומות עבורם. בנידון דידן נראה שמיעוט מבני משפחה שמתחתנים חיים בקרבת מקום להורי א' מבני הזוג. לפי טענת התובע ביישוב זה דבר מאוד שכיח. על כל פנים, בדרך כלל אין זה רגיל בכלל (ולפעמים גם לא מומלץ) שילדים שמתחתנים יגורו ממש ליד הוריהם בבתיים צמודים. לכן נראה שאין ליישם דינא דבר מצרא בקשר לצאצאים שאינם חיים כנספחים לבית הוריהם.

ערוך השולחן (חו"מ סי' קע"ה ס' ס) מרחיב את כוח המצרן בבית הכנסת, וזה לשונו:

**כמו כן במקומות ביהכ"נ כשזה הבר מצרא צריך להמקום בעד בני ביתו שיעמדו ביחד יש בזה דין מצרנות, ואדרבא בבהכ"נ יש קפידיא יותר שלא לעמוד אצל אנשים שאינם מהוגנים. ולכן כמו שבבתיים יש תמיד דין בר מצרא אף שבני ביתו מועטים, כמו כן בזה אף שאין לו מי שיעמוד מבני ביתו על המקום, מ"מ הוא קודם ויעמיד מי שירצה.**

זאת אומרת, לפי ערוך השולחן, לא צריך שבפועל יהיה למצרן את הצרכים הקלאסיים שבגללם תיקנו דינא דבר מצרא, אלא מספיקה לו סברה כל שהיא להעדיף לקחת את המקום הגובל במקומו. לא ניכנס לניתוח של השיטה הזאת ועד כמה היא מקובלת, לאור העובדה שאין לדמות את הדברים לנדון דידן.

האמור בערוך השולחן הוא רק כאשר המצרן קונה לעצמו ומטרתו היא שימוש של קרובי משפחתו, ובכגון זו לדעת הערוך השולחן יש לו זכות לקנות כמה נכסים צמודים. לעומת זאת, מציאות בה בנו של בעל המיצר מבקש לרכוש לעצמו מדינא דבר מצרא היא שונה באופן מהותי.

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' ח"יא Main Office: 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 פקס 02-5379626 www.erezhemdah.org Tel 02-5371485 Fax 02-5379626  
beitdin@erezhemdah.org

Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois



על כן, כאשר חוקי המדינה ו/או הסוכנות מונעים מהמצרן עצמו לרכוש יותר מנכס אחד, אי אפשר להשתמש בכוח הבר מצרא כדי שקרובו יהיה זה שיקבל את הנכס. כל שכן כאשר אין זה הדרך המצויה שקרובים יחיו דווקא בבתים צמודים.

מכל האמור עולה שאין לתת לתובע את הזכות של דינא דבר מצרא, והוא אינו קודם לאחרים ברכישת הקרקע לו או לצאצאיו בחלקות השנויות במחלוקת או בחלק מהם.

**בזאת באנו על החתום**

\_\_\_\_\_

הרב דניאל כ"ץ

\_\_\_\_\_

הרב דניאל מן, אב"ד

\_\_\_\_\_

הרב מנחם יעקבוביץ

משרד ראשי: רח' ברוריה 2 / פינת ר' חייא 2 Brurya St. corner of Rav Chiya St.  
ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem עמותה רשומה מס' 580120780  
טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax [www.erezhemdah.org](http://www.erezhemdah.org) [beitdin@erezhemdah.org](mailto:beitdin@erezhemdah.org)

**Founders: The Bellows Family Chicago, Illinois**