

הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

אפליה במכירה

הקדמה

האם מי שמוכר חפץ שלו רשאי להפלות צרכן מסוים, שלו אינו רוצה למכור. לכאורה, לכל אדם עומדת זכות 'חופש הקניין'. אדם רשאי להחליט באשר לרכושו כטוב בעיניו, וכמו שהוא מחליט אם למכור או לא למכור, רשאי הוא גם לומר, לזה אמכור ולאחר לא. יש אמנם הגבלות בדרכי המכירה, כמו איסור אונאה במחיר, הסתרת מומים וכיוצ"ב.¹ יש דיני קדימה, כמו יהודי קודם לנכרי, אך לא מצינו איסור בברירת הקונים. אכן הגבלה אחת מצינו ביחס ל'בר מצרא'. אם לפניך קונה רחוק וקונה שכן לשדה המוצעת למכירה, עליך להעדיף את השכן שטוב לו ששדותיו סמוכות, והקונה הרחוק ימצא שדה אחרת. וגם שם אומרים הפוסקים, כי החובה מוטלת על הלוקח שקנה, ולא על המוכר,² שכן רואים את הלוקח כאילו קנה למצרן. אולם להפתעתי גיליתי שהדבר לא פשוט. בפסק דין של בית דין 'ברוך שאמר' - בנשיאות הרב ברוך שרגא' שפורסם בכ"ב בטבת תשפ"ד (פורסם באתר פסקים מס' סידורי 14105) נידון המקרה הבא: אדם רצה לקנות דירה בפרויקט בנייה, ועוכב בגלל שמשתייך למגזר מסוים (המגזר החסידי), וכדי להתקבל דרשו ממנו לעבור בוועדת קבלה, מה שלא נדרש מרוכשים ממגזרים אחרים. הקונה ביקש צו מניעה למכירת הדירות, עד לביורור אם מותר על פי ההלכה להפלות במכירה לציבור, מסיבות כאלו. וכך נאמר שם:

דין והכרעה: לאחר שביה"ד השתכנע כי לכאורה יש ממש בדבריו ואכן יש כאן אפליה דן ביה"ד במקורות ההלכה והגיע למסקנה שאכן אסור להפלות בין רוכשים, ולכן אסור למשווק להמשיך לשווק את הדירות עד שיתקן את האפליה. בית הדין דן גם אם יחיד המוכר ביתו רשאי לסרב למכור למאן דהוא, ולא הכריע, אבל ביחס לחברה ציבורית אסר בית הדין להפלות כמובא להלן. נדון במקצת דבריו.

א. הצגת השאלה בדברי האחרונים

מי שפתח בשאלה הוא שו"ת 'מוצל מאש' (לרב יעקב אלפנדרי ח"ב סי' לט), וזו לשונו: ראיתי לספק מי שיש לו בחנותו חפץ אחד העשוי לימכר ובאו ב' בני אדם ליקח.

1. יש גם איסור כללי של אגירת מצרכים וסירוב למכור בשעת מחסור כדי להרוויח יותר בעתיד, ראה ספר המקח והממכר לרב האי גאון, שער ס; אנציקלופדיה תלמודית, ח"א ערך 'אוצרי פירות'.
2. הגמרא בבא מציעא קח ע"ב אומרת כי במוכר לנכרי אין דין 'בר מצרא', ומסביר רש"י בד"ה נכרי: 'נכרי לאו בר ועשית וכו' - ואין לנו לומר על דינא דבר מצרא ועשית הישר והטוב אלא ללוקח, שהמוכר אומר לו: מה עשיתי לך, אם ארצה לא אמכרנה לך ותהא בידך, אבל ללוקח נאמר: משוך ידך ויקחנה זה'. יתר על כן, מלשון רש"י משמע כי המוכר יכול להגיד לפלוני - 'לא אמכרנה לך'. אמנם אפשר לדחוק שכן הוא רק כשאינו רוצה כלל למכור - 'ותהא בידך' - אבל לא כשהוא מוכר מכל מקום.

כל אחד אומר לי תמכור את החפץ, אם יכול המוכר לומר. לך איני רוצה למכור לזה אני רוצה למכור אי לא.

אחריו דן בשאלה באריכות בעל שו"ת 'קול אליהו'.³ הפוסקים הנ"ל הביאו ראיות לכאן ולכאן, ודחו את רוב הראיות, ולא הכריעו.⁴ מה הסברה לאסור סירוב? התשובה אמורה כבר בהצגת השאלה בתשובת 'קול אליהו', וזו לשונו:

...אי מצי ראובן למימר לזה אני מוכר לך לא בעינא לזבונך, ואת"ל דיכול לומר כן, אי כופין אותו שימכור לו כיון דזה נהנה וזה אינו חסר. נ"ל שלפי תוס' אין מקום לספק. תוס' בב"ב יב, ב ד"ה כגון זה מתקשה בשאלה, מה הצורך בתקנת בר מצרא, הרי כופים על מדת סדום?

וזו תשובתו:

ועוד הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה לו שכר אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דהוה זה נהנה וזה לא חסר⁵ אלא מתקנת חכמים קאמר הכא דכופין והשתא אין להקשות כלל אמאי איצטריך קרא בבכור.

הרי לפנינו שלכתחילה רשאי אדם לסרב לעשות טובה לחברו, כנראה שיש לו שיקולים משלו, כגון, שסובר שייתכן שיזדקק לאותו דבר מאוחר יותר, ולא דווקא מתוך שנהא וכיו"ב. ואם כן מסתבר שכן הוא גם ביחס לסירוב למכור לפלוני. יתר על כן, בעל ה'קול אליהו' מוכיח מדברי הרא"ש⁶ כי יכול אדם לסרב למכור לשונאו, אך מסתפק באשר לסתם אדם. ולי נראה בסברה שאם לשונאו יכול לסרב, למרות שיש בדבר סרך איסור, כל שכן, שרשאי לסרב לכל אדם שאין לו חשק למכור לו. נתייחס כעת רק לשלוש ראיות. ראיה ראשונה, בשם המוצל מאש': ה'טור'⁷ אומר שאסור לגזול על מנת לשלם, אלא אם כן, התשלום בעין, ולא בכסף;⁸ ומסייג: 'ודוקא בדבר העשוי להמכר, אבל אינו עשוי לימכר, כגון חפצי ביתו, לא'. וכתב הסמ"ע⁹ שאם הבעלים כאן, יכולים הם לומר לו: אפילו אתה נותן לי יותר ממנו, אין אני נותן, אלמא דבידו לומר כן. כלומר, ביד המוכר לסרב למכור למי שלקח ממנו את החפץ. אבל המחבר עצמו [בעל 'מוצל מאש'] דוחה את

3. שו"ת קול אליהו, ח"ב חו"מ סי' יט.

4. בתשובת המוצל מאש, הוא מצמצם את השאלה: 'אך על כ"ז הדבר פשוט אצלי דהיכא דב' באים לקנות ביד המוכר לומר לזה אני רוצה למכור ולא לזה אי מי [אולי צ"ל מאין] דקא מספקא לי הוא אם בא אחר וכפהו עד שמכר לו אי מיקרי חמסן ועובר משום גזל או דילמא דלא הוי חמסן אלא היכא שאינו רוצה למכור כלל ובא זה ונטלה בע"כ אבל היכא שרוצה למוכרה אלא שלזה אינו רוצה אפשר דלא הוי גזלן'.

5. וראה עוד תוס', בבא קמא כ ע"ב ד"ה הא; שו"ע, חו"מ סי' שסג סעי' ו. אמנם מדברי הרמ"א (על פי המרדכי) משמע שצריך סיבה לסירוב, אבל הפת"ש שם מביא הרבה פוסקים שלא קיבלו דעתו. ובין כך נראה כי במוכר קל לתת סיבה לסירובו, כגון שחושב להרוויח יותר מקונה אחר, ועל כל פנים אף אם יש ספק בדבר, אי אפשר להוציא מן המוחזק.

6. שו"ת הרא"ש, כלל קה אות א.

7. טור, חו"מ סי' שנט.

8. השו"ע, חו"מ סי' שנט סעי' ב הביא שתי דעות בעניין: 'ויש מי שאומר דהיינו אם (אין) התשלומין בעין, שאם הם בעין כיון שהם יפים מהדבר שלוקח זכות הוא להם ויזכה אותם לבעלים על ידי אחר'.

9. סמ"ע, חו"מ סי' שנט ס"ק ח.

הראיה, באמרו ששם המוכר יכול לסרב למכור כלל, אבל אם רוצה למוכרו אלא שרוצה למכור לזה ולא לזה אפשר דאין בידו.

ראיה שנייה מובאת בשו"ת 'קול אליהו': מדברי הר"ן¹⁰ עולה כי מי שמעמיד חפץ שלו למכירה, מותר לאדם לקנות ללא ידיעת הבעלים, ואם יכול מוכר לסרב למכור לפלוני, כיצד יכול כל אדם לקנות, אולי המוכר לא רוצה אותו כקונה. אלא ודאי אף אם היה לפינוי כיוון דעשוי לימכר לא מצי מעכב. ואולם נראה כי אפשר לדחות את הראיה. שכן שם מדובר בדבר העומד להימכר, והוא כאילו פנה לכולם כקונים פוטנציאליים, וכל הקודם זוכה. אבל סתם אדם, אפילו מוכר בחנות, לא הראה שום סימן לכך, שלא אכפת לו מי הקונה. יתר על כן, ייתכן שאף בנסיבות אלו של הר"ן, רשאי כל אדם לקחת את החפץ בתשלום, בהנחה שהבעלים מסכימים. אבל עדיין יאה מותר לבעל החפץ לסרב לפלוני שלקח את החפץ, ולומר לו: 'לך איני רוצה למכור', וצ"ע בזה.

ראיה שלישית הביא בעל 'קול אליהו' בשם ידידו הרב משה ישראל: הגמרא¹¹ דנה במי שביקש מחברו שיקנה לו יין ופשע ולא קנה, ופשע הלה ולא קנה, ועל ידי כך נגרם לו הפסד, שכן הפסיד אפשרות של קנייה בזול, וקבעה שמשלם לו הפסדו.¹² ואומרת הגמרא שם שכן הוא ביין סתם, אבל ביין זה, 'מי יימר דמזבני ניהליה', ומפרש רש"י: 'שמא לא ימכרוהו לו'. מכאן משמע שרשאי המוכר לסרב למכור לו. אמנם ניתן לדחות את הראיה, כי ייתכן שהמוכר לא יסרב אלא יעדיף קונה אחר מזדמן, אמנם מפשט לשון רש"י נראה שגם יכול הוא לסרב למכור לו.

ב. הבדל בין יחיד לציבור

עד כאן ביחס ליחיד אבל בציבור כאמור הדין שונה. במוסד ציבורי יש אלמנט של שלטון, שכן הוא מקבל כוח מהציבור, אם ע"י בחירה ואם ע"י מינוי, ואם על ידי תמיכה כספית, והוא חייב בנאמנות מינימלית לשולחו. כך, למשל, מצינו ביחס לכלל 'דינא דמלכותא', בענין חובת שוויון ואיסור אפליה. וכפי שאומר הרמב"ם (הל' גזלה ואבדה פ"ה הי"ד): כל דין שיחוקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל. וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל. עיקרון זה מובא על ידי הפוסקים כעיקרון מחייב גם ביחס לתקנות הקהל. הריטב"א (עבודה זרה לו ע"ב ד"ה כתוב בשם) מנסח את עקרון השוויון שבתקנות הקהל באופן פוזיטיבי:

דכל תקנה שרוב הצבור והוא החשוב במנין ובחכמה הסכימו בה, אף על פי שהמיעוט עומדין וצווחין הרי הם חייבין במה שהסכימו הרוב, ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה לצבור מתקנין כן על הכל בשוה. וברוח זו כותב הריב"ש (סי' תעז):

10. ר"ן, מועד קטן ט ע"א בדפי הרי"ף.

11. בבא מציעא עג ע"ב.

12. לא כאן המקום לדון בעילת החיוב.

אמנם אין הקהל יכולין לעשות חק או תקנה שלא כדין כנגד שום יחיד מן הקהל אא"כ הסכים הוא עמהם. לפי שאין הקהל יכולין להתנות לגזול אחרים.¹³ גם חוק המדינה אוסר אפליה במוצרים והענקת שירותים.¹⁴ אמנם החוק אוסר אפליה גם על אדם פרטי, אך כוונתו בעיקר לאפליה על רקע מין, דת וגזע. בהלכה אין איסור כזה על יחיד. אמנם הרב אורי סדן¹⁵ טוען כי היות שזה אינו חוק אזרחי אלא פלילי, הוא מחייב גם להלכה מכוח 'דינא דמלכותא'.¹⁶ אבל הוא מוסיף כי 'החוק אינו חל על התקשרויות פרטיות הנעשות באופן אקראי בין שני אנשים כגון מכירת רכב או דירה'. על כל פנים לאור דברים אלו יש טעם לאסור אפליה במכירה של ציבור. ואכן כך כותב בית הדין 'ברוך שאמר':

הנה ברור דכל זה רק בחפץ שהוא שלו, אבל העומד מטעם הציבור למכור דבר שהוא של ציבור ליחיד, ונציגי הציבור התרו בו שאסור לו להפלות והוא עומד ומפלה ודאי אין לו זכות לכך לכו"ע שכל הטעם שלא לומר כן פשוט רק משום שהוא שלו דהיינו מה שמוגדר בזמנינו זכות הקנין אבל בלא"ה אין שום צד שמותר לו להפלות, וכיון שדבר זה גורם לנזק לקונה \ קונים הרוצים לקנות אסור לו למכור בצורה כזו.

מסקנה

סוף דבר, ליחיד אין איסור לסרב למכור לפלוני, אם כי בהתאם לנסיבות, תיתכן טענה מוסרית כלפיו משום 'זה נהנה וזה לא חסר'. אבל בציבור או מוסד ציבורי, יש מקום לאסור אפליה במכירה ללא סיבה טובה, כגון מכירה שכרוכה באיסור.



13. ראה מאמרו של הרב אורי סדן, 'העדפה מתקנת לאור ההלכה', תחומין מב, עמ' 211, שליקט מקורות אלו והרחיב בהם.

14. חוק איסור אפליה במוצרים, בשרותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א. אמנם החוק אוסר כל סירוב, ובזה הוא מנוגד להלכה שמתירה ואף מחייבת סירוב מטעמים הלכתיים [ואני מקווה שהחוק יתוקן בהתאם]. וכבר מחיתי בהערת עורך בתחומין שם על פסק בית המשפט בבאר שבע שקנס בעל דפוס שסירב להעניק שירותיו למי שביקש פרסומת להט"בית.

15. הרב אורי סדן, 'העדפה מתקנת לאור ההלכה', תחומין מב, עמ' 215.

16. ראה לי שגם אם נקבל דבריו, פרשנות החוק ויישומו תלויים בראות עיני הדיין.