

השימוש לרעה בזכות במשפט העברי

כופין על מידת סדום

משה דרורי, שופט

בית המשפט המחוזי בירושלים

עריכה: ירון אונגר





לזכרם של הורי

יצחק בן ר' מאיר (הלוי) דרורי (פריי) ז"ל

בלה מרים בת ר' משה צבי דרורי (לבית גרוספלד) ע"ה



על שלושה דברים העולם קיים: על הדין ועל האמת ועל השלום
שנאמר 'אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם'
(אבות א, יח)

בעל כורחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט
העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קנינה המיוחדת, כחלק
מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר
חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי
היהודים באשר הם שם.

(הנשיא אגרנט בע"א 191/51
סקורניק נ' סקורניק פ"ד ח 141)

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה
תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יריע בה
לאור עקרונות החירות, הצדק והיושר של מורשת ישראל.

(חוק יסודות המשפט התש"ם - 1980)

מכון משפטי ארץ
בית מדרש גבוה להלכה ומשפט

סיון תשי"ע (2010)

מסת"ב 4-1-4-91142-965-978

מסמך זה אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

עיצוב: סטודיו ולדמן

תמצית תוכן העניינים

	פתיחת שערים - "מים אחרונים חובה" על ניקיון כפיים ונקיות הדעת
9	הרב אברהם גיטר
16	פתח דבר:
18	פרק ראשון: מבוא - הצגת הנושא
	פרק שני: הערך של הפנייה אל מקורות ההלכה היהודית
20	בסוגיית "כופין על מידת סדום"
23	פרק שלישי: "כופין על מידת סדום" - משמעות הכלל וגדריו
33	פרק רביעי: כפייה על מידת סדום בדיני הירושה
39	פרק חמישי: כפייה על מידת סדום בדיני החוזים
43	פרק שישי: כפייה על מידת סדום בדיני הקניין
51	פרק שביעי: כפייה על מידת סדום בדיני המשכון
	פרק שמיני: מקורות נוספים ליישום עקרונות כלליים של צדק,
56	על פי המשפט העברי
59	פרק תשיעי: שימוש לרעה בזכות במשפט הישראלי
66	פרק עשירי: סיכום - המשפט העברי והמשפט הישראלי
	פרק אחת-עשרה: מבט לעתיד -
78	יישום המשפט העברי במשפט הישראלי
	נספח א' שלושה מושגים של תום לב במשפט העברי -
81	עיון ראשוני
	בני פורת
99	נספח ב' העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה
	יהושע ויסמן

תוכן

	פתיחת שערים - "מים אחרונים חובה" על ניקיון כפיים ונקיות הדעת
9	הרב אברהם גיטר
9	ההגדרה
10	המשל - מים אחרונים חובה
14	הנמשל
16	פתח דבר:
18	פרק ראשון: מבוא - הצגת הנושא
	פרק שני: הערך של הפנייה אל מקורות ההלכה היהודית
20	בסוגיית "כופין על מידת סדום"
20	(א) חוק יסודות המשפט, תש"ט - 1980
20	(ב) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
20	(ג) עקרונות היסוד של השיטה המשפטית
23	פרק שלישי: "כופין על מידת סדום" - משמעות הכלל וגדריו
23	(א) מבוא
26	(ב) "מידת סדום"
26	1. חטאי סדום
29	2. מידת סדום או מידה בינונית?
31	(ג) כיצד כופים?
33	פרק רביעי: כפייה על מידת סדום בדיני הירושה
33	(א) הסוגיה התלמודית
36	(ב) פסיקת ההלכה
37	(ג) יישום במשפט הישראלי
39	פרק חמישי: כפייה על מידת סדום בדיני החוזים
39	(א) חוזה שכירות הריחיים
40	(ב) חוזה הובלת יין בספינה
42	(ג) מקום פרעון ההלוואה
43	פרק שישי: כפייה על מידת סדום בדיני הקניין
	(א) שימוש בלתי מורשה ברכוש הזולת
43	("זה נהנה וזה אינו חסר")
	1. בין זכות שימוש לבין פטור מתשלום
43	דמי שימוש
45	2. עילת הפטור מחובת התשלום
	3. אי הפגיעה בעניינו של בעל הרכוש
47	("זה אינו חסר")
48	(ב) פגיעה בזכות הקניינית מכוח הכפייה על מידת סדום

51	פרק שביעי: כפייה על מידת סדום בדיני המשכון
51	(א) משכון רגיל
53	(ב) משכון המיועד לשם פירעון החוב ("אפותיקי")
54	(ג) שומא הדר
	פרק שמיני: מקורות נוספים ליישום עקרונות כלליים של צדק,
56	על פי המשפט העברי
	(א) מה ששנוא עליך, אל תעשה לחברך
56	("דעלך סני לחברך לא תעביד")
57	(ב) "נשאת ונתת באמונה"
58	(ג) "ועשית הישר והטוב"
59	פרק תשיעי: שימוש לרעה בזכות במשפט הישראלי
59	(א) עיקרון תום הלב
59	1. קיום חוזה בתום לב
	2. החלת עיקרון תום הלב של דיני החוזים
62	על השימוש לרעה בזכות הקניינית
	3. תוצאותיה של הפרת החובה
62	לנהוג בתום לב
63	(ב) השימוש לרעה בזכות הקניינית
64	(ג) הסמכות הטבועה של בית המשפט
66	פרק עשירי: סיכום - המשפט העברי והמשפט הישראלי
66	(א) המשפט העברי
73	(ב) המשפט הישראלי
	(ג) הזיקקות למשפט העברי בפסקי דין ישראלים חדשים
73	בעניין שימוש לרעה בזכות ("כופין על מידת סדום")
74	1. פרשנות חוזה שכירות
76	2. פרשנות הסכמה בין יורשים
	פרק אחת-עשרה: מבט לעתיד -
78	יישום המשפט העברי במשפט הישראלי
	נספח א' שלושה מושגים של תום לב במשפט העברי -
81	עיון ראשוני
	בני פורת
	נספח ב' העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה
99	יהושע ויסמן

פתיחת שערים

"מים אחרונים חובה"

על ניקיון כפיים ונקיות הדעת

הרב אברהם גיטר

ההגדרה

ההיפוך של הביטוי המשפטי 'שימוש לרעה בזכות' הוא - שימוש לטובה באותה הזכות. בעל הזכות, הזכאי, זכאי לסלק מחצרו ילדים משחקים המפריעים את שנתו, אך הוא גם זכאי לאפשר להם לשחק בחצירו בשעות אחרות. זכאות זו היא כחומר ביד הבעלים, ברצותו נוטל וברצותו נותן.

שוועת העניים וזעקת העוולות אשר בסדום לא עלתה עד לשמיים מפני שאנשי סדום היכו ועינו חפים מפשע, אלא מפני שבסדום נחקקו חוקים המגבילים את יכולתו של אדם לעשות שימוש ברכושו למטרות של רווחה וסעד. הפילנתרופיה נאסרה בסדום, כשם שכיום אנו אוסרים סיוע לארגוני טרור או לעבריינות. עצם הנתינה או בביטוייה המצומצם ביותר, מתן האפשרות לאחר להיעזר בי או ברכושי ללא תמורה, הוגדרה כפשע חברתי. ההגנה על הזכות להעניק לאדם או לאפשר לזולת ליהנות ללא תמורה מרכושו של אדם אחר, היא הכפייה על מידת סדום.

רש"י הגדיר את הכפייה על מידת סדום בצורה קולעת: "זה נהנה וזה לא חסר; לא היו עושיין טובה". זוהי הגדרה שנשמעת כהסבר עממי, אך יש בה עומק ודיוק רב. לא אחת פונים בני אדם זה לזה בדברים של מה בכך או בנושאים גורליים ומבקשים: "עשה לי טובה". טובה זו יכולה להיות בקשה לקבל שירות מפקיד, הדוחה את הלקוח בטענה שהבנק נסגר לפני שלוש שניות, או ממי שאינו רוצה לזוז כמלוא הנימה מהוראתו המדויקת של סניף בחוזה, שאותו הוא מבקש לאכוף בקפדנות.

אכן, 'מידת סדום' ההלכתית עוסקת במצבים שבהם אין כל הפסד ממשי לנותן, אך בחיים הממשיים, לעיתים עשיית הטובה היא בקשה להתחשבות מינימאלית.

אמנם, טוב לו לאדם להיות "מוחל טובות", וכשהוא נפגע הוא אומר "בלי טובות", אבל אי אפשר לתאר חברה מתוקנת בלי "טובות", בה לא ייעתרו בני

1 פילנתרופיה - philanthropy - מיוונית: אהבת אדם שמשמעותה בעיקר עזרה לזולת.

2 רש"י כתובות קג, ד"ה מידת סדום.

אדם בלב חפץ לבקשה: "עשה לי טובה". חברה שבה הפנייה "עשה טובה" היא פנייה אסורה, היא חברת סדום.

המשל – מים אחרונים חובה

נפסקה הלכה³ שמים אחרונים חובה. מקורה של ההלכה בתלמוד:

אמר רב יהודה בריה דרב חייא: מפני מה אמרו מים אחרונים חובה? שמלח סדומית יש, שמסמא את העיניים.

חולין קה, ב

רש"י⁴ מבאר, שכיוון שנגע הסועד במלח, יש חשש שישים ידו על עינו ויסמא אותן. לפיכך, חייבו חכמים ליטול את הידיים לאחר הסעודה.

וכתב על כך ב'משנה ברורה', ש"אף שעכשיו אין מצוי מלח סדומית בינינו, יש לחוש למלח אחר, שטבעה כמותה"⁵.

מלח של סדום מסמא את העיניים. כל מי שאי פעם טבל בים המלח, בחופה של סדום, יידע להעיד שמי שישים ידיו על עינו לאחר הרחצה, ירגיש את צריבת המליחות המסמאת את העיניים.

על מליחות זו כבר נאמר בתורה: "גפרית ומלח שריפה כל ארצה לא תזרע ולא תצמיח ולא יעלה בה כל עשב כמהפכת סדום ועמורה אדמה וצבויים אשר הפך ה' באפו ובחמתו"⁶, וזו אכן הייתה מהפכה גמורה. מארץ אשר הייתה "כולה משקה... כגן ה' כארץ מצרים"⁷, חבל ארץ מבורך במים, המצמיח עצי פרי וכל מאכל, נאות דשא על מים מתוקים, נהפך לגפרית ומלח אשר לא יעלה בה כל עשב. וכל כך למה? משום "הכצעקתה - צעקת ריבה אחת שהרגוה מיתה משונה על שנתנה מזון לעניים"⁸.

לוט בוחר לדור בקהילת סדום. מה טיבה של קהילה זו, שאת אנשיה מתארת התורה כ"רעים וחטאים" (בראשית יג, יג)?

שלא כקהילת אנשי דור המבול, סדום איננה קהילה אנרכיסטית. זוהי חברה בה שולט החוק, והיא בעלת מערכת משפטית מאורגנת ויעילה. על הפסוק "ולוט יושב בשער סדום" (בראשית יט, א) דרשו חכמינו ש"אותו היום מינו אותו ארכי הדיינים"⁹, ורק משעה ששינה ממנהגי המקום הרעים, התרעמו אנשי סדום ואמרו: "האחד בא לגור וישפוט שפוט" (שם שם, ט).

3 שולחן ערוך או"ח קפא, א.

4 רש"י חולין קה, ב ד"ה שמלח סדומית יש.

5 משנה ברורה קפא, א.

6 דברים כט, כב.

7 בראשית יג, י.

8 רש"י בראשית יח, כא. סיפור האגדה מובא בהרחבה להלן, בפרק השלישי, לפני הערה 32.

9 פסיקתא זוטרתיא (לקח טוב) בראשית יט, א.

לא רק מערכת ענפה של חוקים הייתה בסדום, אלא גם מערכת משפט, שבראשה עמד לוט, בן אחי אברהם. כיאה לכל מערכת משפט, אף מערכת משפט זו, הייתה כפופה לחוק המדינה. עיקרון החוקיות שלט בה, והשופטים לא היו רשאים להשליט נורמות המנוגדות לחוקיה וערכיה של המדינה. לכן, משעה שלוט ביקש להנהיג בסדום נורמות שאינן עולות בקנה אחד עם 'השיטה המשפטית' של סדום, ביקשו אנשי סדום לסלקו מתפקידו.

את מערכת המשפט הסדומית, מתארים חז"ל בלשון זו -

אמרי: דאית ליה חד תורא - מרעי חד יומא, דלית ליה - לירעי תרי יומי [=מי שיש לו שור אחד, ירעה את צאן בני העיר יום אחד. מי שאין לו שור - ירעה את צאן בני העיר יומיים]....

ארבע דייני היו בסדום... דפסיק ליה לאודנא דחמרא דחבריה, אמרו ליה: הבה ניהליה עד דקדחא [=מי שכרת את אוזן חמורו של חברו, חייבוהו ליטול את החמור ולהחזירה רק לאחר שתצמח האוזן].

דפדע ליה לחבריה אמרי ליה: הב ליה אגרא דשקל לך דמא [=מי שפצע את חברו, אמרו לפצוע: תן לפוצע שכר, כי הקיז דמך].

דעבר במברא יהיב ארבעה זוזי, דעבר במיא - יהיב תמני זוזי [=מי שעבר במעבורת, חוייב לשלם 4 זוזים, בעוד שמי שעבר במים, חוייב לשלם 8 זוזים]...

הוא להו פורייתא דהוו מגני עלה אורחין, כי מאריך - גייזי ליה, כי גוץ - מתחין ליה [=הייתה להם מיטה שעליה היו משכיבים את האורחים. מי שהיה ארוך ממנה, היו קוצצים את רגליו, ומי שהיה קצר ממנה, היו מותחים אותו]...

הכי אתני בינייהו: כל מאן דמזמין גברא לבי הילולא - לשלח גלימא [=כך התנו ביניהם: כל מי שמזמין אורח, יקחו ממנו את בגדיו]...

הוא ההיא רביתא דהות קא מפקא ריפתא לעניא בחצבא, איגלאי מלתא - שפיוה דובשא ואוקמוה על איגר שורא, אתא זיבורי ואכלוה [=הייתה אותה נערה שהוציאה לחם לעני בכד חרס. התגלה הדבר, וכיסוה בדבש, והעמידוה בראש החומה, עד שבאו הדבורים ואכלוה]. והיינו דכתיב 'ויאמר ה' זעקת סדם ועמרה כי רבה'. ואמר רב יהודה אמר רב: על עסקי ריבה.

סנהדרין קט, ב

חוקי סדום היו חוקים שנועדו לשמר את התרבות המקומית, את הרכוש של הקהילה, ולמנוע מבני הקהילה גילויי חמלה ואמפתיה כלפי האחר, מאחר

שגילויים שכאלו עלולים היו להמעיט את המשאבים העומדים לרשותה של הקהילה.

הקהילה הסדומית קיבלה אל קרבה רק את מי שעמד בקריטריונים של מידת סדום, ואופיו ותכונותיו תאמו בדיוק את תכונתם המרושעת של בני הקהילה.

קהילה זו גילתה לעולם שהסיסמה "הכל חוקי!", אינה חזות הכל. כאשר הבסיס המוסרי מעוות וחולני, אין בכוחה של ה"חוקיות" לקדש את העוול והאכזריות. בחוקי סדום, המבוססים על יסודות אנטי-מוסריים, מן הראוי למרוד, ומי שמציית לחוקים אלה, סופו שיביא חורבן על עצמו ועל קהילתו, כדרך שקרה לסדום.

במשנה, מתוארות ארבע תפיסות עולם בנוגע לרכוש -

ארבע מדות באדם:

האומר שלי שלי ושלך שלך - זו מדה בינונית.

ויש אומרים: זו מדת סדום.

שלי שלך ושלך שלי - עם הארץ.

שלי שלך ושלך שלך - חסיד.

שלי שלי ושלך שלי - רשע.

אבות ה, י

עמדתם של 'יש אומרים' מפתיעה: מדוע שמידה אשר נחשבת בעיני חכמים למידה בינונית, תיחשב על ידי מאן דהוא ל"מידת סדום"? יתר על כן, הרי רבים חיים כיום לפי התפיסה ש"שלי שלי - ושלך שלך", "חיה ותן לחיות", אני לא מתערב בענייניך ואתה לא מתערב בענייני. האם זוהי תפיסה בלתי מוסרית בעליל?!

התשובה לשאלות אלו נעוצה בהיקף התופעה ובהקשרה.¹⁰ ניטול למשל בניין משותף, שבו גרים שנים עשר דיירים, שמתוכם, דייר אחד בוחר לחיות בקנאות עלפי הצו 'שלי שלי - ושלך שלך'. בחירה שכזו היא נסבלת, אם כי, ייתכן שהיא לא תהיה נעימה במיוחד עבור השכנים. אולם, אם יאמצו כל הדיירים לעצמם תפיסה שכזו, הרי שהחיים בבניין ייהפכו לבלתי נסבלים. חדר המדרגות יהיה חשוך תמיד, ואיש לא ידאג לניקוי ותחזוקת השטח הציבורי. בבית שכזה שכן לא יוכל לבקש משכנו לשמור לרגע על הילד או לבקש מוצר שחסר. זהו בית שבו אולי יהנהנו השכנים זה לזה בנימוס, אך לעולם לא יתעניינו באמת בשלומו של השכן, ולא יחושו לעזרתו כשיהיה

10 ראה בהרחבה להלן, בפרק השלישי, ליד הערות 38-43.

זקוק לעזרה. זוהי קהילת סדום, שבה נשמר בקנאות דתית הכלל: 'שלי שלי - שלך שלך'.

בקהילה כזו בוחר לו לוט לגור, על שום השפעה הכלכלי המצוי בה, שפע שבני המקום לעולם לא יסכימו לחלוק עם אחרים - הרי זה שלהם!?

סופה של קהילה מסוג זה הוא בהכרח חורבן ואבדון, והיא הופכת למשל לחברת רשע. יבואו ימים שבהם יעמוד נביא לישראל ויאמר לישראל כי חורבנם קרוב, וכל זאת משום שמעשיהם דומים למעשי קציני סדום -

שָׁמְעוּ דְבַר ה' קְצִינֵי סֹדֹם הָאֵינִינוּ תּוֹרַת אֱלֹהֵינוּ עִם עֲמֹרָה: לְמָה לִּי רֹב זְבָחֵיכֶם... כִּי תִבְאוּ לְרֵאוֹת פָּנֵי מִי בְקִשׁ זֹאת מִיָּדְכֶם רָמַס חֲצֵרֵי... חֲדָשֵׁיכֶם וּמוֹעֲדֵיכֶם שֹׁנְאָה נִפְשֵׁי הָיוּ עָלַי לְטָרַח נְלֵאִיתִי נִשְׂאָ: וּבִפְרֹשְׁכֶם כְּפִיכֶם אֲעֲלִים עֵינֵי מַכֶּם גַּם כִּי תִרְבוּ תִפְלָה אֵינִנִּי שִׁמְעֵ יְדֵיכֶם דְּמִים מְלֵאוּ: רָחֲצוּ הַזְּכוֹ הִסִּירוּ רַע מֵעַלְלֵיכֶם מִנְגֵד עֵינֵי חֲדָלוּ הֲרַע: לְמָדוּ הֵיטֵב דְרָשׁוּ מִשְׁפָּט אֲשֶׁרוֹ חֲמוּץ שִׁפְטוֹ יָתוּם רִיבוֹ אֶלְמֹנָה:

ישעיהו א, י-י"ז

לימים, יבואו חכמי ישראל ויקבעו הלכות שנועדו לעקור את מידת אנשי סדום מן העולם, ולכפות בכלים משפטיים על המאמצים לעצמם מידה זו, לחדול מכך.

כך, למשל, הם יקבעו¹¹ שכאשר נהנה אדם מרכושו של הזולת, מבלי שהדבר יגרום לזולת נזק או הפסד, לא יידרש לשלם עבור ההנאה שהפיק מרכושו הזולת, שכן הדרישה לשלם עבור הנאה שהופקה מרכושו הזולת, כשבעל הרכוש "אינו חסר", היא בגדר 'מידת סדום'.

הם יקבעו גם¹², שכאשר באים אחים לחלוק את ירושת האב, ולאחד מהם קרקע הגובלת בקרקע העומדת לחלוקה בין האחים, אין האחים רשאים לטרב לבקשת האח לקבל את חלקו בסמוך לקרקעותיו, כל עוד אין חלוקה שכזו גורמת להם הפסד, שכן סירובם ייחשב כ'מידת סדום'.

ועוד הם יקבעו¹³, שמי שבצר לו נאלץ למכור את מקרקעיו לשם תשלום חובותיו, יוכל לפדות את הקרקעות 'לעולם', כאשר ישיג די כסף לשם כך, שכן, התעקשותו של הנושה לשמור בידיה את הקרקעות שהחייב עמל בטיפוחן במשך שנים, כאשר החייב מציע לו חלופה כספית הוגנת לפירעון החוב, היא בגדר 'מידת סדום'.

11 ראה: בבא קמא כא, א - כא.א. לדיון רחב בסוגיה זו ראה: נ' רקובר, עושר ולא במשפט - הנהנה מנכסיו חברו בזכות ושלא בזכות ירושלים תשמ"ח, עמ' 197 ואילך; בירור הלכה בבא קמא שם, תחת הכותרת "הדר בחצר חברו שלא מדעתו", עמ' מה-מח. וראה דיון מפורט להלן, בפרק השישי.

12 ראה בבא בתרא יב,א. וראה להלן, בפרק הרביעי.

13 ראה בבא מציעא לה,א. וראה להלן, בפרק השביעי, סעיף (ג).

כל אלו אינן אלא דוגמאות, מעט מן הים לדרך שהתוו חכמינו, בעקבותיו של אברהם אבינו, להילחם בכל הכלים המשפטיים העומדים לרשותנו, נגד התפתחותן של מגמות חברתיות אשר מאיימות להפוך כל חברה לחברתם של קציני סדום.

הנמשל

על כן "מים אחרונים חובה". המזון שהונח על שולחנך, הלחם בו סעדת את ליבך, ניתן לך על מנת שתאכל ותאכיל אחרים. "ונתת ללוי, לגר ליתום ולאלמנה, ואכלו בשעריך ושבעו" (דברים כו, יב). כל אדם בבואו להודות ולברך לאלוהיו על הלחם אשר נתן לו, חייב לבדוק שמא דבק באצבעותיו "מלח סדומית" - אותו סם מסוכן אשר מסמא את העיניים ומביא לחורבן. אם היה מלח סדומית על שולחנו, דהיינו: שולחנו היה סגור בפני אחרים, את לחמו נמנע מלחלוק עם רעבים, את כספו נמנע מלהעניק לנצרכים, את ביתו סירב לפתוח לנזקקים - הרי סימן הוא שעניו נסמאו, ואין הוא רואה אלא את עצמו ואת צרכיו שלו בלבד. שלי שלי - שלך שלך. כל אחד לגורלו¹⁴. זה מלח סדומית וזו מידת סדום.

צריך כל אחד שסיים סעודתו, ליטול ידיו ולשוטפן מן המלח הזה ע"י מים מתוקים, ורק אז רשאי לברך: "ברוך אתה ה', אלוקינו מלך העולם הזן את העולם כולו בטובו" - הארץ וכל אשר עליה של חי העולמים הם. ומה הוא בוחר לעשות בכל אשר לוי? לתת לחם לכל בשר. הרי כל הבריות נהנות, והוא אינו חסר כלום. ומפני מה הוא נוהג כך? מפני מידת טובו, "כי לעולם חסדו". אף אתה נהג כך ותהנה אחרים משלך, בכל מקום שאתה יכול, וקל וחומר כשאינן אתה מפסיד כלום.



מכון "משפטי ארץ" מתכבד להגיש לקורא המשכיל, למלומדים וללומדים, את חיבורו של השופט משה דרורי, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, "שימוש לרעה בזכות, כופין על מידת סדום".

חיבור מיוחד זה מקורו בפסק דין חשוב, שכתב השופט דרורי. בפסיקת דין זה הפליא השופט דרורי לאסוף כעמיר גורנה, לנתח ולהשוות, להסיק מסקנות ולחדש חדשות, מתוך המעיין הבלתי נדלה של מקורות ההלכה והמשפט העברי, תוך השוואה והיקש עם מקורות הפסיקה במשפט הישראלי.

הרב עו"ד ירון אונגר ערך וקיצר, ביאר והוסיף במקום שנדרש, והשקיע עמל ומחשבה כדי להוציא דבר מתוקן לתפארת מתחת ידו.

14 "כל אחד לגורלו" הייתה סיסמה אכזרית שקידמה את הנכנסים למחנות עבודה נאציים.

חיבור זה יוצא לאור במסגרת מכון "משפטי ארץ" - מכון גבוה למשפט והלכה. מוסד זה שם לו למטרה להרחיב ולהגדיל את השפעתו של המשפט העברי המקורי, משפט ההלכה ומקורותיו היהודיים, בקרב קהילת המשפט ובקרב כל שוחרי המשפט העברי. חיבור זה מציג בפני הלומד והקורא את אחת הסוגיות המוסריות והערכיות ביותר במשפט, הנשענת על יסודות התבונה והמידות המתוקנות, ואשר השפעתה על האקלים החברתי ועל חוסנה של החברה, כל חברה, מכריעה ביותר.

עפרה,

אדר תש"ע

פתח דבר

מאז מינויי כשופט בבית המשפט המחוזי בירושלים, בחודש תשרי תשס"ב (ספטמבר 2001), ראיתי לי חובה וזכות לשלב את המשפט העברי בפסיקתי, וזאת מכוח הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ם - 1980, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בכך, מהווה המשפט הישראלי חוליה במורשת המשפטית של העם היהודי, שיסודותיה באבי האומה, שציוה את בניו ואת ביתו אחריו, "ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט" (בראשית יח, יט), דרך עשרת הדיברות שקיבלנו בהר סיני, ופרטיהם, שהם החוק והמשפט שלימד משה רבנו את בני ישראל במדבר סיני, וכלה בתורתם של תנאים, אמוראים, ראשונים ואחרונים.

לעיתים, נהגתי להביא ממקורות המשפט העברי בקיצור נמרץ, ולעיתים הצגתי באופן מפורט, בדרך המאפשרת לקורא לעמוד על שיטת המשפט העברי, בשלמותה, עד כמה שיש בידי להקיפה.

החיבור הנוכחי, הינו דוגמא לעיון ולדיון בשאלה עקרונית ויסודית, שכל שיטות המשפט דנות בה, שהיא: סוגיית השימוש לרעה בזכות, או במינוח המקובל במשפט העברי - "כופין על מידת סדום". בסוגיה זו, כמו ברבות אחרות, סלל לו המשפט העברי דרך ייחודית, ומכוחה מצא פתרון משפטי לסכסוכים שונים ומגוונים.

את מקורות המשפט העברי בחרנו להציג בדרך השווה לכל נפש, תוך סיווגם על פי ענפי המשפט המקובלים כיום, בדרך המאפשרת גם למי שאינו רגיל בקריאת הטקסט הארמי, להתבשר מן המקורות, ולהפיק מהם את המירב.

בחיבור זה ניתן יהיה, אפוא, לעשות שימוש הן לשם הכנת קורס בפקולטות למשפטים, הן כמקראה המסייעת לסטודנט להעמיק לימודיו בשיטת המשפט העברי בסוגיה זו, והן לעיונו של אדם משכיל המתעניין בעולם המשפט ובתרבות היהודית, גם אם אין לו רקע מעמיק בתלמוד ובפוסקים (לא כל שכן, כאשר מדובר במי שלמד או לומד בישיבות או במוסדות לימוד אחרים, וקנה לעצמו את דרכי לימוד התלמוד והמקורות האחרים של המשפט העברי).

ברצוני להודות לעורך המוכשר, ירון אונגר, רב ועורך דין, על פועלו בעריכת ספר זה.

ספר זה, תחילתו, בפסק דין שכתבתי, וליטושו נעשה במסגרת שבתון קצר שהוקדש לכך, בסתו תש"ע (אוקטובר-דצמבר 2009).

בחיבור זה נעשה ניסיון חדשני, "לתרגם" פסק דין לחיבור עיוני, שיהיה נגיש למעיין ונוח לקריאה. למותר לציין, שכל הערה או הארה של הקוראים תתקבל

בברכה, הן כדי לתקן או לעדכן חיבור זה במהדורותיו הבאות, והן כדי להפיק מהן תובנות חשובות, לקראת כתיבתם של חיבורים נוספים בסגנון דומה¹⁵.

השופט משה דרורי

ירושלים,

ניסן תש"ע

15 בעבר, בחרתי בדרך של כתיבת מאמרים, לשם הצגה רחבה יותר, של נושאים מן המשפט העברי אשר נכללו בפסקי דין שכתבתי. ספר זה מהווה ניסיון ראשוני להציג נושא, שהובא בפסק דין, בצורה מפורטת יותר, כחיבור עצמאי.

פרק ראשון:

מבוא - הצגת הנושא

חיבור זה יסודו בהליך משפטי שהתנהל בפני בית המשפט המחוזי בירושלים¹⁶, שבמסגרתו התובעים, שלוו כספים מן הנתבעים, בקשו מבית המשפט להורות על החלפת השעבוד לטובת הנתבעים, מנכס בירושלים ("בית שטראוס") שערכו כ-9.5 מליון דולר, בשעבוד על מבנה אחר, ברמת גן, שערכו כ-1.6 מליון דולר, סכום שהוא פי שלוש מגובה ההלוואה שטרם נפרעה. לטענתם של התובעים, המרת השעבוד מתחייבת מעקרונות של צדק, שכן אין בה כדי

16 בש"א (ירושלים) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ, נ' הרב דניאל ביטון (להלן - "פרשת ביטון"); ההחלטה ניתנה ביום ב' אב תשס"ו (27.7.06), ופורסמה (במאגר המשפטי, 'נבו' וכן באתרים המשפטיים האחרים). למעשה, התקבלה בקשת המלווים, בהסתמך על עקרונות היושר והצדק של המשפט הישראלי, ובעיקר, על עקרונות הצדק של המשפט העברי, הבאים לידי ביטוי בעיקרון הכפייה על מידת סדום. עקרונות אלו, שנדונו בהרחבה בפסקאות 70-175 של ההחלטה, הן הבסיס לחיבור זה. במסגרת הדיון בעמדת המשפט הישראלי בשאלת המרת המשכון, נעשה הניתוח על פי הדוקטרינות הבאות: עיקרון תום הלב (פסקאות 34-43 להחלטה); הגבלת זכויות (פסקאות 43-52 להחלטה); הסמכות הטבועה של בית המשפט (פסקאות 53-56 להחלטה); אנלוגיות והיקש לכללים בדיני העיכבון והמרתו (פסקאות 59-64 להחלטה), ולכללים בדבר המרת עיקולים (פסקאות 65-69 להחלטה).

כמו כן, נותחו פסקי דין שונים של בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום, שעסקו בסוגיות קרובות לאלו שנדונו בתיק זה.

עמדת המשפט הישראלי, כעולה מפסק הדין, מסוכמת בתמצית להלן, בפרק התשיעי. על ההחלטה בתיק הנ"ל הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 718/07 הרב דניאל ביטון נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ; פורסם במאגר המשפטי נבו). אולם, מאחר שבהתאם להחלטה בבש"א הנ"ל הומר השיעבוד, הגיע בית המשפט העליון למסקנה, ש"בנסיבות שנוצרו מאז ניתנה ההחלטה הראשונה - וההליכים השונים בעקבותיה - הגיעו הדברים לכלל 'מעשה עשוי', ההופך את הערעור שבפנינו לאקדמי ולתיאורטי לחלוטין" (פיסקה 10 לפסק דינו של השופט יוסף אלון), ובשל כך דחה את הערעור. בהתאם לכך, מדיגש המשפט אלון (פיסקה 13 לפסק הדין), שהגם שהסוגיה שנדונה בפסק הדין "טרם נבחנה בפסיקת בית משפט זה וראויה היא, מחמת חשיבותה והשלכותיה הרחבות, להתייחסות מעמיקה ומפורטת", אין לראות בדהיית הערעור משום תקדים המאמץ את עמדת בית המשפט המחוזי, ו"פסיקתו של בית המשפט קמא... בדבר זכותו הנטענת של לוה או ממשכן להמרת משכנתא, או בטוחות אחרות, בהתבסס על דוקטרינת תום הלב - תשאר לעת הזו בצריך עיון".

להכרעה זו של השופט אלון הצטרפה גם השופטת א' פרוקצ'יה. השופט א' רובינשטיין אף הוא מסכים להכרעת השופט אלון, אלא שהוא מעיר ש"לאחר עיון בפסק דינו המקיף של השופט דרורי בבית המשפט קמא, הכולל מסה רחבת יריעה בדבר 'כופין על מידת סדום' במשפט העברי, אוסיף דברים על כך ויהיו אלה קצרים, כדי שלא אהיה בבחינת המוסיף גורע". דבריו יידונו להלן, אחר הציון להערה 37, ובהערה 45.

לשם השלמת התמונה אוסיף, שעל אף שהסוגיה שבה עסקה החלטתי הנ"ל לא נדונה בפני בית המשפט העליון לגופה, מן הטעמים שפורטו לעיל, היא נדונה בצורה מעמיקה, על ידי חתן פרטי ישראל למשפט, פרופ' יהושע ויסמן, ששימש שנים רבות כפרופסור לדיני קניין בפקולטת למשפטים של האוניברסיטה העברית ושל אוניברסיטת בר אילן, ואשר חיבר את ספרי היסוד בדיני קניין במשפט הישראלי; ראה יהושע וייסמן, "העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה", מחקרי משפט כרך כד 2 (תשס"ט), עמ' 430. מאמר זה מופיע, בשלמותו, להלן בנספח השני.

לפגוע בזכויות המלווים, ואין זה הוגן לשעבד נכס ששוויו פי 6 מערך החוב, בשעה שניתן לשעבד נכס שערכו דומה לערך החוב הנטען. לדבריהם של המבקשים (הלווים), אף אם לפי הסכם ההלוואה רשאים המלווים (המשיבים) לשעבד את בית שטראוס לשם פירעון יתרת החוב, שימוש בזכותם זו של המלווים הוא בגדר שימוש לרעה בזכות וקיום חוזה בחוסר תום לב.

מנגד, טענו המלווים, שאין בית המשפט מוסמך לערוך חוזה חדש בין הצדדים, וגם אם היה מוסמך לעשות כן, לא היה זה ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו, בנסיבות הקיימות.

הדיון בטענות הצדדים חייב עיון בסוגיה המרתקת של השימוש לרעה בזכות, או במינוח המקובל במשפט העברי - "כופין על מידת סדום".

השימוש לרעה בזכות, ניצול הזכויות שמעניק החוק לאדם, כדי להשיג באמצעותן מטרות שאינן צודקות, מכונה במשפט העברי - "מידת סדום".

להלן, אבקש לדון במשמעותו של עיקרון הכפייה על מידת סדום במשפט העברי, בהחלתו בענפי המשפט השונים, ובתחולתו ויישומו של עיקרון זה במשפט הישראלי.

אני תקווה, שעקרונות הלכת "כופין על מידת סדום", בהם עשיתי שימוש בהחלטתי האמורה, יהוו עקרונות מנחים לדיון בסוגיית השימוש לרעה בזכות במשפט הישראלי, כיאה למדינה אשר הערכים היהודיים הם ערכיה, והמורשת המשפטית של המשפט העברי, לדורותיו, היא היא מורשתה.

גם אם לעת עתה עדיין אין אנו רואים את השפעתו של המשפט העברי בכל ענפי המשפט, יש לשאוף לכך שהשפעתו תתרחב. אם יתרום ספר זה להכוונתם של משפטנים לתור אחר הדרך הערכית של המשפט העברי, בכל סוגיה משפטית שיעסקו בה, והיה זה שכרינו בכל עמלינו.

פרק שני:

הערך של הפנייה אל מקורות ההלכה היהודית בסוגיית "כופין על מידת סדום"

כידוע, לעיון בעקרונות ההלכה כמקור השראה לעיצוב פניו של המשפט הישראלי, יש ערך רב.

ניתן להגיע לכך בשלוש דרכים:

(א) חוק יסודות המשפט, תש"ט - 1980

הראשונה שבהן, היא מכוחו של חוק יסודות המשפט, התש"ם - 1980, הקובע שבמקרה של חסר בניסוחו של החוק (לקונה), שלא ניתן למלאו על פי ההלכה הפסוקה או בדרך ההיקש, יש למלא את החסר מכוחם של "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", הבאים לידי ביטוי במשפט העברי.

(ב) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

השנייה, מקורה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיף 3 שבו כי "אין פוגעים בקניינו של אדם", ובסעיף 1א שבו, שהוא סעיף המטרה, נאמר כי "חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", שערכיה הם ערכי המשפט העברי.

(ג) עקרונות היסוד של השיטה המשפטית

ברם, לפנייה אל מקורות ההלכה בסוגיה שבפנינו יש ערך מיוחד. בפרשת רוקר¹⁷ דן השופט פרופ' יצחק אנגלרד בגישת המשפט העברי בנוגע לשימוש לרעה בזכות, ומדגיש כדלקמן:

מן הראוי כי המשפט העברי ישמש מקור השראה לפרשנותה של הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין¹⁸, ולא דווקא משום שלשונה של זו שתומה או מגומגמת. נראה לי כי המגמה המוסרית המובהקת, המצויה במסורת המשפטית היהודית לגבי מושג הבעלות, ואשר מטרתה להגביל את שלטונו של אדם על נכסיו, תימצא ביטוי במשפט

17 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון פ"ד נה(1) 199 (להלן: פרשת רוקר), בעמ' 226, בין האותיות ג-ה.

18 וזה נוסח ההוראה: "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר".

של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יצוין כי מעבר למימד המוסרי-האינדיבידואלי של העיקרון 'כופין על מידת סדום', מצוי בו גם, ואולי הוא עיקר, מימד חברתי חשוב. כי הלוא בשל חסרונו של מימד חברתי זה נחתם גזר דינם של אנשי סדום, שעל מידתם הרעה נקרא העיקרון. ראה בבלי סנהדרין, קט"א; יחזקאל, טז, מט: 'הִנֵּה זֶה הָיָה עֹנֵן סְדֹם אַחֲתָךְ גֵּאוֹן שְׁבַעַת לֶחֶם וְשִׁלֹּת הַשֶּׁקֶט הָיָה לָהּ וּלְבָנוֹתֶיהָ וַיֵּד עָנִי וְאֶבְיוֹן לֹא הָחִזִיקָה'.

לדעת רבים, בסוגיות המעוררות שאלות מוסריות כבדות משקל, יש טעם מיוחד בפניה אל עקרונות ההלכה היהודית. כך, למשל, מסביר השופט משה זילברג, שכהן כשופט בית המשפט העליון (1970-1950), מתוכם כיהן מספר שנים כממלא מקום נשיא בית המשפט העליון (1970-1966), מדוע יש לפנות אל מקורות ההלכה בבחינת פסלותו של חוזה הנוגד את תקנת הציבור -

את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מסעיף 64(1) של חוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני, אבל על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר וזולתן ל'סדר' ול'תקינות' אינן!¹⁹

והחזיק אחריו השופט חיים כהן, שאף הוא כיהן כשופט בית המשפט העליון (1981-1960) וכממלא מקום נשיא בית המשפט העליון (1981-1980), כשאמר את הדברים הבאים -

מקום ושעה שלמען עשות צדק רואים אנו להעלים עינינו מן ההלכה הפסוקה האנגלית והאמריקנית, הרגלתי עצמי לברר תחילה שמא ניתן למצוא בדיני התורה אילן להיתלות בו... הצדק שאנו חייבים ומשתדלים לעשותו, יהיה בטוח ומיוסד יותר כשהוא מוצא לו סמוכין במסורתנו המשפטית ובחכמת צדקתם של קדמונינו זכרם לטוב.²⁰

כידוע, מי שהרחיב ופיתח גישה זו יותר מכולם, היה השופט מנחם אלון (כיהן בבית המשפט העליון בשנים 1977-1993), שאף הוא כיהן מספר שנים כמשנה לנשיא בית המשפט העליון (1988-1993). הוא אמר בעניין סוגיית תום הלב את הדברים החשובים הבאים:

בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל, מושגי יסוד כגון תום לב, שאופיים הוא אוניברסאלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעיין בראש ובראשונה

19 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר פ"ד יז 1319, בעמ' 1332, בין האותיות ה-1.

20 ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב פ"ד כח(2) 89, בעמ' 98, בראש העמוד.

במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל. שהרי עקרון אוניברסאלי כגון זה גילוייו הוא, אמנם, במערכות המשפטיות השונות שבימינו אנו, אף שורשיו שתולים הם בערכי יסוד שהונחלו לאנושות במערכות משפט שמימים ימימה. שהרי דרך הרוח שבמשפט מי ידע, ומחלחלת היא בתודעתם של דורות עדי הגיעה עד הלום. ואם במערכות המשפטיות של אומות העולם כך הוא, בוודאי ובוודאי שכך הוא בחוקיה של מדינת ישראל, שהתשתית לעקרונות היסוד שבה מצוים אנו למצוא בראש וראשונה במורשתה הקדומה, שלא כהתה עינה ולא נס ליחה...

עיקרון תום הלב... מקורו בחקיקה ישראלית מקורית שבה צוינו על עצמאות החוק בדרך פירושו ויישומו... וכל עצמו וגופו של המונח 'תום לב' מושג עברי מקורי הוא... משום כך, לעניין פירושו של מושג זה, מצוים אנו לפנות בראש וראשונה למשפט העברי, שממנו פינה וממנו יתד להבנת תכנו ומשמעותו.²¹

21 ע"א 148/77 רוט נ' ישובה (בניה בע"מ) פ"ד לג (1) 617, עמ' 631, בין האותיות ב-ז (להלן: פרשת רוט).

פרק שלישי:

"כופין על מידת סדום" – משמעות הכלל וגדריו

(א) מבוא

ככלל, אין המשפט נוהג לכפות נורמה שהיא בעיקרה מוסרית, ואין היא משקפת את מצב הזכויות, אלא את המצב הראוי, אילו היו הבריות נוהגות אלו באלו במידה של חמלה והגינות.

על עניין זה עמד השופט אנגלרד בפרשת רוקר, בדברים הבאים -

צירוף זה של מידה וכפייה הוא מיוחד לתפיסת היהדות בדבר תפקידי המדינה; אלה אינם מצטמצמים בתחום הבין-אישי - כפי שגורסת הגישה המדינית הליברלית - למניעת נזק מן הזולת. אלא, כפי שהגדיר זאת הרמב"ם, תורת משה מכוונת להביא את האדם הן לשלמות המידות הן לשלמות השכלית, כשהאחרונה היא עיקר ייעודו של האדם (מורה נבוכים, חלק ג, פרק נד). עם זאת, אם נישאר בתחום שלמות המידות, גם היהדות הייתה מודעת לבעייתיות במובן הקנטיאני של כפייה בעניין מוסרי. בעיני קאנט, המשפט כמערכת נורמטיבית בעלת כפייה חיצונית עומד בניגוד למוסר כמערכת נורמטיבית שהציות לה חייב לבוא מתוך הכרת חובה פנימית. גם חז"ל גרסו כי כפיית מידה על היחיד רחוקה משלמות המידות. על רקע המתח הזה בין כפייה לשלמות המידות האישית, יש להבין את חילוקי הדעות הרבים בהלכה בדבר גדרי הכפייה המשפטית של 'מידת סדום'.²²

העיקרון של הכפייה על מידת סדום, העולה מסוגיות שונות כעיקרון המוסכם על כל חכמי ישראל²³, מהווה אפוא חריג לכלל העקרוני, שאין כופים על אדם נורמה שהיא מוסרית בעיקרה.

עיקרון זה נקלט במשפט העברי, כעולה מפסקי דין רבים, שניתנו בכל ערכאות השיפוט בישראל²⁴, והוא מהווה, אם כן, את אחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית.

22 פרשת רוקר עמ' 224 בין האותיות ב-ד.

23 ראה סוגיית בבא בתרא נט, א בעניין פתיחת חלון לחצר חבירו, כשהחלון גבוה מארבע אמות, וכן ראה סוגיית בבא בתרא קסח, א בעניין כתיבת שטרי טענות לשני הצדדים במשפט, וסוגיית עירובין מט, א בעניין כפיית אחד מבני המבוי להשתתף בעירוב, וראה גם שולחן ערוך או"ח שפו, ט.

24 פרשת רוקר עמ' 224, בין האותיות ב-ד. לקליטת עיקרון זה בפסיקת בתי המשפט בישראל, ראה למשל: ע"א 10582/02 ישראל בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ תק-על 2005 (4), 270 (2005) סעיפים טו, טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין. (להלן: פרשת בן אבו); ע"א 1795/93 קרן

דוגמא אחת, הממחישה היטב עד כמה שאין כל חדש תחת שמש המשפט בעניין זה, עולה מפסק דין של השופט ורדי קובי²⁵, שעסק בהתנגדות בעל חצר להצבת פיגומים בשטחו לשם טיוח קיר השייך לשכנו, אף שהשכן הציע תשלום וערובות לנזקים אפשריים.

הנימוק הראשון להחלטה זו היה, שמדובר בשימוש סביר ורגיל, ולכן, כל שותף זכאי לעשות כן בנכס המשותף.

הנימוק השני, שלדברי בית המשפט עומד בזכות עצמו, ובכל מקרה הוא גם מצטבר לנימוק השני, מבוסס על 'כופין על מידת סדום'.

וכך נאמר בפסק הדין -

הן כבוד השופט טירקל והן כבוד השופט אנגלרד בפס"ד רוקר מפנים לכלל במשפט העברי של 'כופין על מידת סדום' שפירושו שכופים על אדם שלא ינהג כאנשי סדום, כשכבוד השופט אנגלרד מביא אף דוגמה משולחן ערוך להלכה שנפסקה ע"י הרמב"ם שבעל קניין לא יכול למנוע את בעל הסולם מלהעמיד את הסולם לשימושו בתוך חצר חברו בצד כותלו כל עוד אין בכך נזק לבעל הקניין, ובמקרה כזה של 'זה נהנה וזה לא חסר' כופין אותו על מידת סדום והדברים יפים גם לענייננו...

במקרה דנן מדובר בעבודות זמניות... בשטח מצומצם ופנוי, בקיר גובל/משותף שהנו מצב שכיח במקרים רבים של בתים דו-משפחתיים, כשמדובר בבית שהיה גם בעבר בית דו משפחתי וגם המשיבים בנו את ביתם באופן גובל שיש בו קיר גובל/משותף. כעת, לאחר שהמשיבים השלימו את בניית ביתם, הם מנסים למנוע מהמבקשים את השלמת הבניה עקב סכסוך קנייני שקיים בין הצדדים שאין בו לבין סיום עבודות הטיח דבר ותוך גרימת נזק נכבד למבקשים.

הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב פ"ד נא(5) 443, בעמ' 461-462; ע"א 4836/90 פמ"ר חברה לבנין ועבודות ציבוריות בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ פ"ד מח(2) 560, בעמ' 572, בין האותיות ד-ה; בג"צ 200/83 וותאד נ' שר האוצר פ"ד לח(3) 113, בעמ' 123, בין האותיות ו-ז; ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי פ"ד לה(3) 251, בעמ' 274-275; ע"א 4/67 בריטש אנד קולוניאל איסטטיס בע"מ נ' טרבלוס פ"ד כא(1), 463, בעמ' 471-472; ת"א (י-ם) 7236/05 לוינ' נ' אבני רביד פסקאות 33, 36 בדברי השופט סולברג; בש"א (נצרת) 2121/04 שופר סל בע"מ נ' מוחמד עבדל קאדר ושות' בע"מ, פסקה 16; ע"א (חיפה) 4835/98 עצמון מרצפות ושיש בע"מ נ' כרורי פסקאות 5-8; ת"א (י-ם) 3348/01 טובול נ' גרינברג, פסקה 72; בש"א 6804/04 פלוני נ' אלמונית פסקה 53; בר"ע 188/04, תיווך משכן נכסים בע"מ נ' פולורון סיסטם ישראל בע"מ, תק-מח 2004(4) 4715, פסקה 46 של פסק הדין; בש"א 927/04 פרידמן נ' גבעת יעל בע"מ פסקה 9; תמ"א (י-ם) 26/82 היועץ המשפטי לממשלה ופלונת נ' פרום גבריאל צוידאלי, פסמ"ח תשמ"ג (1) 225, פסקאות 3, 4 לפסק דינו של השופט טל; ת"א (טבריה) 1493/03 קרוביארסקי נ' רייך פסקאות 33-35 בפסק דינו של השופט אשר קולה.

ה"פ (תל אביב) 175675/02 פריידלין דן נ' לביא ישראל (פורסם במאגר המשפטי 'נבו'. להלן: פרשת פריידלין). 25

לטעמי יש לכן מקום 'לכפות על המשיבים את' ²⁶ מידת סדום' ולאפשר למבקשים להציב פיגומים ולסיים את עבודו הטיח. ²⁷

שאלה דומה הוצגה בפני הרב שלום מרדכי הכהן שבדרון, ²⁸ בדבר "מי שצריך לו לתקן בנינו, וצריך להשתמש בחצר חברו בעמידת סולם וכדומה, לצורך תיקון הבניין, וחברו מוחה. אם יש לכופו על מדת סדום?"

השואל הביא כאסמכתא את דברי הרמב"ם הנזכרים בפסק דינו של השופט ורדי, ומקורות הלכתיים אחרים, שמהם משתמע (בניגוד לעמדת הרמב"ם), שלא ניתן לכפות על השכן להתיר את העמדת הסולם בחצרו. בהתאם לכך הוא מסכם, ש'בעל החצר יוכל לומר: 'קים לי'... ובפרט, אם יש לבעל חצר זרעים שם, אפילו רוצה לשלם דמיהן - בודאי יוכל לעכב".

משמעותו של הנימוק "קים לי" היא, שאני - הנתבע - מצדד בעמדת חכמי ההלכה התומכים בדעתי, ומאחר שלא הוכרעה ההלכה באופן חד משמעי, בית הדין אינו יכול לכפות עלי פסק דין שאינו פרי הסכמה של הכרעה שכזו. ²⁹

תחושת הצדק במקרה שנדון בבית המשפט השלום בתל אביב, תומכת בפסק דינו של השופט ורדי, ובעניין זה דומה שישר וראוי הוא להסתמך על גישתו של השופט מנחם אלון, ³⁰ שכאשר יש מחלוקת פנימית בהלכה, אין מניעה - מנקודת המבט של קליטת המשפט העברי במשפט מדינת ישראל - לאמץ את אחת הגישות, ההולמת יותר את תחושת הצדק של השופט, בנסיבות העניין.

יתר על כן, בחינה מדוקדקת של נסיבות העניין שדן בו השופט ורדי לעומת אלו שדן בהן הרב שבדרון, עשויה לגלות שייתכן שאילו היה הרב שבדרון נשאל שאלה וזהה לזו שעסק בה השופט ורדי, היה מכריע כמותו. במקרה שדן בו הרב שבדרון, הייתה לשכן סיבה מתקבלת על הדעת להתנגד להצבת

26 יש להעיר שיש טעות לשונית בניסוח. לכפות את מידת סדום משמעו, לכפות על אדם לנהוג כמידת סדום, וודאי לא לכך התכוון השופט ורדי. נוסח הכלל במקורות המשפט העברי הוא - 'כופין על מידת סדום', ומשמעו, שכופין אדם הנוהג כמידת סדום, שלא לנהוג בדרך זו.

27 פרשת פריינדלין פסקה 2(ב).

28 מחכמי גליציה שבפולין (1835-1911). דבריו הובאו בשו"ת מהרש"ם ב, קנג.

29 יש הרואים את הבסיס לכלל הזה בכך שהתובע לא עמד בנטל הראיה, כי לא הצליח להוכיח שעמדת ההלכה תומכת בתביעתו, שכן יש בין חכמי ההלכה מחלוקת, האם יש להיענות לתביעה כזאת, אם לאו. וראה גם, ח' בן מנחם, "טענת 'קים לי': המקור ההיסטורי והמשפטי", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 89-96; הנ"ל, "טענת קים לי - לקראת ניתוח יוריספרודנטי" שנתון המשפט העברי ו-1 (תשל"ט-תש"ם), עמ' 45-60.

30 ראה להלן בהערה 65, דברי השופט מנחם אלון ביחס למה שנפסק בהמר' 309/59 בעניין שותפות האחים ליטווינסקי פסמ"ח יח 65 (להלן: פרשת ליטווינסקי), ומחלוקתו עם פרופ' אנגלרד בעניין זה.

הסולם, בעוד שבמקרה שבו עסק השופט ורדי, לא הייתה לשכן סיבה מוצדקת להתנגדותו.³¹

יותר מכך, הרי השכן המתנגד, כשביקש לטייח את קירות ביתו, עשה שימוש במקרקעי שכנו לשם הצבת סולמו ושכנו לא מנע ממנו מלעשות כן. בנסיבות אלה, תהיה זו ממש מידת סדום לאפשר לאדם, לאחר שסיים את טיוח קירות ביתו בעזרתו האדיבה של שכנו, להימנע מלהעניק סיוע דומה לשכנו.

לכן, ייתכן שבנסיבות שדן בהן השופט ורדי, אף הרב שבדרון היה שולל את זכותו של השכן להתנגד להצבת הסולם בשטחו.

(ב) "מידת סדום"

1. חטאי סדום

סדום, כידוע, נהפכה על פי החלטתו של הקדוש ברוך הוא. אך, בתורה עצמה אין פירוט מספיק של החטא, זולת דברי ה' אל אברהם: "זַעֲקֵת סְדֹם וְעַמּוֹרָה בְּיָרְבֵּה וְחַטָּאתָם בְּיָ כְבֹדָה מְאֹד" (בראשית יח, כא).

רש"י על אתר (ד"ה הכצעקתה), בעקבות המדרש, מתייחס לצעקת הריבה (=נערה) אשר אנשי סדום הרגו אותה במיתה משונה על שנתנה מזון לעני. וזו לשון המדרש:

רבי יהודה אומר: הכריזו בסדום: 'כל מי שהוא מחזיק בפת לחם לעני ואביון - יישרף באש'.

פלוטית, בתו של לוט, הייתה נשואה לאחד מגדולי סדום. ראתה עני אחד מדוקר ברחוב העיר, ועגמה עליה נפשה. מה הייתה עושה? בכל יום כשהייתה יוצאה לשאוב מים, הייתה נותנת בכד שלה מכל מה שבביתה ומאכלת לאותו עני.

אמרו אנשי סדום: 'מאין חי העני הזה?'

וכשידעו בדבר, הוציאוה להישרף.

אמרה: 'ריבון העולמים! עשה משפטי ודיני מאנשי סדום'. ועלתה צעקתה לפני כסא הכבוד.

31 [אמנם, בהוספת המילה "ובפרט", הדגיש הרב שבדרון, שהסיבה המוצדקת להתנגדות השכן להצבת הסולם בשטחו, אינה נימוק עיקרי לתשובתו, ומכך נראה שהוא לא היה משנה את תשובתו גם אם להתנגדות השכן להצבת הסולם בשטחו לא היה טעם מוצדק - י.א.] אני, על כל פנים, סבור כי גם הרב שבדרון היה פוסק שיש לכוף על השכן הנתבע להתיר לשכנו להציב את הסולם בשטחו, ולו בשל הטעם האחרון שהובא לעיל, קרי: הסכמת התובע לאפשר לנתבע, קודם לכן, להציב סולם בשטחו של התובע לצורך טיוח קירות ביתו של הנתבע, והצדק דורש שאותו "תקדים" יופעל גם לכיוון ההפוך.

באותה שעה אמר הקב"ה: 'ארדה נא ואראה, אם צעקת הנערה הזאת עשו אנשי סדום - אהפוך יסודותיה למעלה ופניה למטה'.³²

פרופ' נחמה ליבוביץ מדגישה את עומק רשעותה של סדום:

אין הרשע דבר הנעשה בצנעה, שיש להתבייש בפניו. גם אין הרשע נעשה בגלוי על ידי התפרצות ספונטאנית של המונים פרועים ומוסתים מפירי סדר ועוברי חוק, אלא הוא הסדר והוא חוק החברה, והעובר עליו ועושה ספונטאנית - על פי עצת ליבו - את הטוב, הרי הוא פורע מוסר וחוק, ואחת דתו למות. לחברה אשר כזאת אין תקנה. עליה נאמר בהיחרץ עונשה להפיכה.³³

יש הרואים בסגידה לכסף וביחס העוין אל הזר את מוקדי רשעותה של סדום. וכך נאמר בתוספתא:

אנשי סדום לא נתגאו לפני המקום אלא מתוך הטובה שהשפיע להם. שנאמר (איוב, כח, ה-ז): 'אָרְץ מְמַנָּה יֵצֵא לָהֶם וְתַחְתֶּיהָ נִהְפֵּךְ כְּמוֹ אֵשׁ. מְקוֹם סְפִיר אֲבִינֶיהָ וְעִפְרַת זָהָב לוֹ. נִתִּיב לֹא יִדְעוּ עֵיט וְלֹא שׁוֹפְתוֹ עֵין אֵינָה'.

אנשי סדום אמרו: 'הואיל ומזון יוצא מארצנו וכסף וזהב יוצא מארצנו ואבנים טובות ומרגליות יוצאות מארצנו, אין אנו צריכין שיבואו בני אדם עלינו; שאין באין עלינו, אלא לחסרנו. נעמוד ונשבית את הרגל מבינותינו'.

אמר להם המקום: 'בטובה שהשפעת לי לכם, אתם משכחין את הרגל מביניכם? אני אשכח את הרגל מביניכם ואשכח אתכם מן העולם'.³⁴

וכך מסכם ד"ר אברהם וינרוט את משמעותו של מדרש זה:

סדום מסמלת ומבטאת תופעה של שנאת זרים, וניסיון מכוון של חברה לשמור לעצמה את כל העושר הגלום באוצרותיה, תוך גילויי אכזריות מופלגים, המכוונים לבודד חברה זו באופן מוחלט מזרים, ובמיוחד מאורחים וממבקשי סעד למיניהם. סדום ההיסטורית יצאה

32 ילקוט שמעוני וירא, רמז פג (נוסח דומה מופיע בפרקי דרבי אליעזר כה). וראה את הדברים, כולל מקורות נוספים, בספרה של פרופ' נחמה ליבוביץ, עיונים בספר בראשית בעקבות פרשנינו הראשונים והאחרונים (ירושלים, תשל"ח), עמ' 124 ואילך.

33 עיונים בספר בראשית שם, בעמ' 125. וראה גם פירוש רש"י הירושלמי לבראשית יח, כ-כא: "גם בדור המבול בא החמס בעקבות השחתת הדרך. לעולם, שחיתות מוסרית גוררת אחריה שחיתות סוציאלית; וגם שם - כמו כאן - לא נחתם גור הדין אלא על החמס שבין אדם לחברו".

34 תוספתא סוטה ג, יא - יב; הנוסח כולל תיקונים על פי דפוס ראשון, כפי שמופיע באוצר עדי הנוסח לספרות התנאית של אוניברסיטת בר אילן. ברוח זו פירש הרשב"ץ במגן אבות למשנה, אבות ה, יג: "שהיו רוצים לשכח תורת הרגל מביניהם, אף על פי שהיתה הארץ רחבת ידיים ומספקת לכולם".

מנקודת הנחה, כי העושר שגילתה מיועד אך ורק לבני החברה המצומצמת של תושבי סדום, וכל סיוע לזולת עומד בסתירה לזכות הקניין המוחלטת של בני אותה חברה בעושר זה. כנגד השקפת עולם זו, ועל רקע התופעה החברתית האמורה, נוצרה בחז"ל הנורמה של 'כפיה על מידת סדום'.³⁵

ההתייחסות השלילית של חז"ל לאנשי סדום באה לידי ביטוי גם בקביעה שניתן להטיל סנקציה מוסרית של קללה, הידועה בכינוי "מי שפרע", כלפי מי שלא מקיים חוזה מבלי שנעשה קניין (ועל פי הדין, רק הקניין מחייב). נוסח הקללה, כפי שנקבע בהלכה, הוא זה:

אוררין אותו בבית דין ואומרים: 'מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו'.³⁶

השופט אליקים רובינשטיין, רואה את עיקר חטאה של סדום, בזניחת עקרונות הצדק והיושר המוסרי. וזו לשונו בערעור על פסק הדין שהוא היסוד לחיבור זה:

בעיני יסוד היסודות לתפיסת תום הלב במשפטנו ולהורָיָה 'ועשית הישר והטוב' במשפט העברי היא העיקרון המוסרי... שהזכיר השופט דרורי... עיקרון זה צועד יד ביד עם עשיית צדק. תדיר שואל אני את עוזרי ומתמחי בדוננו בתיק פלוני, האם התוצאה תביא לצדק, ואם לאו, כיצד נביא לצדק. 'כופין על מידת סדום', קרי כופים כדי שלא להגיע למידת סדום, הוא כלל הבא ליתן תוקף למידות הגונות בהתנהגותם של בני אדם, והשימוש בשמה של סדום ובהליכותיה כפי שהם מתוארים במקרא ובפירוט בפי חז"ל בא להנגיד הליכות אלה למידות טובות. אברהם אבינו מנהל את 'פרשת ההגנה' כלפי בורא עולם בנסותו להציל את סדום מ'חטאתם כי כבדה מאוד', בשונה מדרך ה' שהיא 'דרך צדקה ומשפט' שעל אברהם לצוותה לבניו (בראשית ט"ו, י"ט, ואחר כך המשך הפרק עד תומו). הנביא ישעיהו משווה שלטון רשע ל'קציני סדום' ואת העם שבעקבותיהם

35 א' וינרוט, "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ("כופין על מידת סדום")", דיני ישראל יח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' נג, בעמ' נח (להלן: וינרוט-שימוש לרעה בזכות).

36 **שולחן ערוך** חו"מ רד, ד. וראה בפירוש **תפארת ישראל** למשנה, בבא מציעא ד, ב, בועז, ס"ק א, שמטביר כי יש ארבעה מאפיינים לחטאי האדם, והם באו לידי ביטוי בקבוצות האמורות: תאוות ארציות - דור המבול; כבוד - דור הפלגה; חמדת הממון - סדום ועמורה; הכחשת ההשגחה האלוקית - מצרים. ועל כן, הם "נבחרו" כדמויות שליליות אופייניות, בקללה המוטלת על יהודי שלא עמד בדיבורו, אם משום תאוות ארציות שבו, אם משום תאוות הכבוד, אם משום חמדת הממון ואם משום כפירתו בהשגחת האלוקית. וראה בעניין זה את דברי השופט יצחק אנגלרד בע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה בע"מ** פ"ד (נו) 289, בעמ' 305-310, ובמיוחד בעמ' 307, מול האות ד (להלן: פרשת קל בנין).

ל'עם עמורה' (ישעיהו א', י'), שאֵל מולם 'ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה' (שם א', כ"ז). הנביא יחזקאל (ט"ז, מ"ט) מטיל בממלכת יהודה את 'עון סדום אחותך גאון שבעת לחם ושלות השקט היה לה ולבנותיה, ויד עני ואביון לא החזיקה' (ראו גם משה וינפלד, משפט וצדקה בישראל ובעמים (תשמ"ה), 15, וכן ראו שם, 126-127).³⁷

ובהמשך, מביא השופט רובינשטיין גם מדבריו של הראשון לציון (בעבר), הרב אליהו בקשי דורון:

חביבותו [של אברהם אבינו] לפני הקב"ה, שחי והתנהג לאור האמונה בדרך ה' לעשות צדקה ומשפט. שראה בדרך זו יסוד האמונה וקיומה לדורות וציוה את הדרך לבניו וביתו אחריו. סדום ואנשיה הרעים והחטאים הם הדוגמא הקיצונית של משפט ללא אמונה. לפי שכל קיומו של עולם הוא במשפט וצדקה... המסר בהפיכת סדום שחברה ללא צדק ומשפט אין לה זכות קיום... [הבטחת הארץ] יסוד קיומה בעשיית צדקה ומשפט, לפי שציון במשפט תפדה ושביה בצדקה.³⁸

ועל דברים אלה מוסיף השופט רובינשטיין, שהם "יפים למשפט במדינה יהודית ודמוקרטית".

2. מידת סדום או מידה בינונית?

המקור הידוע והמפורסם שבו נעשה שימוש במונח "מידת סדום", היא המשנה במסכת אבות, הדנה במידה הטובה שראוי שידבק בה האדם -

ארבע מידות באדם:

האומר: 'שלי שלי ושלך שלך' - זו מדה בינונית, ויש אומרים: 'זו מדת סדום';³⁹

'שלי שלך ושלך שלי' - עם הארץ;

'שלי שלך ושלך שלך' - חסיד;

'שלך שלי ושלי שלי' - רשע.⁴⁰

37 ע"א 718/07 הרב דניאל ביטון נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ פורסם במאגר המשפטי 'נבו'.

38 שו"ת בנין אב ב, עב (עמ' שב).

39 בפסיקת בתי המשפט בישראל, מקובל לעשות שימוש בביטוי "שלי שלי שלך שלך" כדיני המשפחה. המינוח "שלי שלי ושלך שלך" הוצג כקו גבול בין בני זוג הנוהגים בהפרדת רכוש, לעומת בני זוג החיים בהרמוניה, ורכושם משותף בעיני עצמם, ועל כן אין הם מתייחסים, האחד למשנהו, ככל שמדובר ברכוש שלהם, במינוחים של "שלי שלי ושלך שלך". כך למשל, כותב השופט ברנזון באחד מפסקי הדין ש"כאשר בני הזוג מקיימים חיים משותפים שבהם לא שולט העיקרון של שלי - שלי ושלך - שלך, כי אם עיקרון של שלי - שלך ושליך - שלי, כי אז אין חשיבות לשאלה מהו גודל חלקו של כל אחד מבני הזוג בנכסים הנרכשים במאמציהם המשותפים" - ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יט(2) 240, בעמ' 245, בתחתית העמוד.

40 אבות ה, י.

וכך מפרש רבי עובדיה מברטנורא את דברי החלק הראשון של המשנה:
'שלי שלי ושלך שלך' - איני רוצה להנותך, והלוואי שלא תהנה
 אותי.

'ויש אומרים זו מדת סדום' - קרוב הדבר לבוא לידי מדת סדום.
 שמתוך שהוא רגיל בכך, אפילו בדבר שחברו נהנה והוא אינו חסר לא
 ירצה ליהנות את חברו, וזו הייתה מדת סדום שהיו מתכוונים לכלות
 הרגל מביניהם, ואף על פי שהייתה הארץ רחבת ידיים לפניהם ולא
 היו חסרים כלום.⁴¹

את שתי הדעות בעניין **"שלי שלי ושלך שלך"** מסביר השופט אנגלרד בלשון זו:
**"לכאורה, לפנינו מחלוקת תנאים בדבר מידתו של האומר 'שלי שלי ושלך
 שלך'; האם זו מידה בינונית או שמא מידת סדום? חכמים רבים טרחו להבהיר
 את היחס בין שתי הדעות והנטייה השלטת היא להשלמה ביניהן. המידה
 של 'שלי שלי ושלך שלך' היא ביסודה מידת המשפט, שהיא בהכרח המידה
 הבינונית, משום שמטרתה לשמור על ה'שלו' של כל אחד ואחד. אפשר כי
 רש"י בפירושו על אתר בפרקי אבות מצביע על כך באומרו ד"ה: 'זו מדה
 בינונית': 'שכן מצינו בשמואל הרמתי שנאמר בו 'ותשובתו הרמתה כי שם
 ביתו' (שמואל א, ז, יז)'. דומה כי כוונתו של רש"י להמשך הפסוק: 'ושם שפט
 את ישראל'. כלומר, ידיו נקיות, משום שהקפיד לא ליהנות מאחרים, כעדותו
 שלו ושל כל עם ישראל: 'לא מצאתם בידי מאומה ויאמר עד' (שמואל א,
 יב, ד). זוהי אם כן מידתו הראויה של המשפט: לשמור על זכויותיו של אדם
 מפגיעתו הרעה של הזולת. על אף השאיפה להשגת שלמות המידות, אין
 היהדות כופה על אדם את מידת החסידות של 'שלי שלך ושלך שלך'. אולם
 בנסיבות מיוחדות, המידה הבינונית של 'שלי שלי ושלך שלך' עשויה ליהפך
 - כפי שגורסים ה'ויש אומרים' - למידת סדום ממש. זה יקרה כאשר בעל
 מידה זו שם את הדגש על ה'שלי שלי', תוך התעלמות מוחלטת מעניינו של
 הזולת. דוגמה בולטת למצב דברים זה היא מניעת הנאה מן הזולת בנסיבות
 של 'זה נהנה וזה לא חסר'. ראה רש"י, עירובין, מט, א, ד"ה: מידת סדום: 'שלי
 שלי'".⁴²**

ברוח זו מפרש את המשנה גם הרשב"ץ:

[ש]לא בא זה התנא אלא להוסיף, כי מידה זו יש בה רע, קרוב למידה
 סדומית. כי אף על פי ששמואל לא היה נהנה [מאחרים], היה מהנה,
 וכן אליהו, כמו שנזכר שם, 'ותאכל היא והוא' [מלכים א, יז, טו],
 שהיא נהנית ממנו. וזה שאינו מהנה כלל, אם תגבר עליו מידה זו, יבא

41 פירוש רבנו עובדיה מברטנורא למשנה אבות, שם.

42 פרשת רוקח, עמ' 224-225.

שלא יהנה אפילו במה שאינו חסר כלום, ושכנו או חברו אינו מקבל ממנו הנאה, וזו הייתה מידת סדום.⁴³

פרשנויות אלו שמות את הדגש על נכונות האדם לתרום מהונו לזולת. ההבחנה בין 'שלי' ל'שלך' איננה פסולה, אלא כאשר היא מביאה לידי ניכור בין הבריות והתעלמות מצרכי הזולת.

מפי חסידים שמעתי פרשנות שונה במקצת, המסיטה את נקודת הכובד מן המעשה הפרטי אל המדיניות הציבורית. כאשר אדם יחיד ("האומר") אומר "שלי שלי ושלך שלך", דבריו הם בגדר מידה בינונית. ברם, אם מדובר בתופעה חברתית רחבת היקף ("יש אומרים"), כי אז, חברה הדוגלת בעיקרון זה, אינה יותר חברה יהודית אלא שייכת לסדום, ולכן דברים אלה הינם בבחינת "מידת סדום".⁴⁴

(ג) כיצד כופים?

בתלמוד, אין חכמים מבהירים כיצד כופים על אדם שלא לנהוג כמידתם של אנשי סדום. על האמצעים שרשאי בית הדין לאחוז בהם כדי לכפות על אדם שלא לנהוג במידת סדום, אנו למדים כבדרך אגב, מתשובה מעניינת של הרשב"ש, שעסקה בעסקת מכר שנעשתה לפי דיני ישראל, אולם המוכר סירב לאשר את המכירה לפי דיני הגויים, ובכך, מנע מן הקונה את היכולת למכור את הקרקע למי שאינו יהודי. השאלה שהופנתה לרשב"ש הייתה, האם יש בכוחו של הקונה לכפות על המוכר לאשר את המכירה בדיני הגויים?

43 **מגן אבות** על המשנה, אבות שם, ד"ה ויש אומרים זו מידת סדום. רעיון זה מופיע גם בדרשות ר"י אבן שועיב פרשת וירא, ד"ה ונשוב לענייננו: "ואפילו הם [אנשי סדום] עצמם לא היו מהנים אלו לאלו, כמו שאמר התנא 'שלי שלי ושלך שלך' - זו מידת סדום".

44 ד"ר אביעד הכהן, ("ביקור בעיר החטאים", **פרשת השבוע**, גליון 1, הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט, באתר המחלקה למשפט עברי של משרד המשפטים), מביא פירוש זה (ללא ציון מקורו בכתובים), מהרב משה אביגדור עמיאל (1883-1946), שכיהן כרבה של תל-אביב-יפו, ואלו דבריו:

האומר: 'שלי שלי ושלך שלך' - כל אחד יעשה רק לביתו שלו, היא חברה שמידותיה 'בינוניות' המה, שכן בחברה טובה כל אדם מוכן לתת משלו גם לאחרים ואינו שומר כל ממונו רק לטובת עצמו. אבל 'יש אומרים' - לשון רבים - כאשר מידה זו של אנוכיות הופכת להיות נחלת הכלל, הרי זו מידת סדום. חברה כזו אינה יכולה לעמוד ולהתקיים אפילו שעה אחת. וראה גם בדבריו של הרב אברהם גיטר, בפתיחת שערים שבראש ספר זה, לפני הערה 10.

וזו תשובתו:

כגון זה - כופין על מידת סדום, שזו מידת סדום היא, זה נהנה וזה אינו חסר, זו היתה מידתם של אנשי סדום... וכל כפיה זו היא בשוטים, אם נוכל, או בחרם ונדוי. על כן, אם לא ירצה לעשות מה שבית דין אומרים - ינדרוהו עד שישמע. ונדוי זה חייבין כל ישראל לנהוג בו, לפי שמנודה על פי הדין.⁴⁵

45 שו"ת הרשב"ש קיז.

בהקשר זה מוצא השופט רובינשטיין (לעיל, הערה 37) דמיון בין עיקרון הכפיה על מידת סדום לעיקרון הפסיקה 'לפנים משורת הדין'. ואלו דבריו:

מידת סדום שראשיתה - דומה - ללא כפיה (ראו הרב ד"ר ש' פדרבוש, המוסר והמשפט בישראל (תשל"ג) 92-94), ושחלופתה הלכאורית 'מידה בינונית' (אבות ה', י) של שמירה על זכויות קניניות, עלתה מניה וביה לדרגת 'כופין על מידת סדום' (בבלי בבא בתרא י"ב, ב'), כפי שתיאר השופט דרורי (וראו גם מאמרו של ד"ר א' וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ('כופין על מידת סדום')", דיני ישראל י"ח (תשנ"ה-תשנ"ו) נ"ג, שאליו נדרש בית המשפט קמא). בדומה, אף עקרון 'לפנים משורת הדין', שראשיתו כמשמעו, עלה לדרגת חיוב (ראו הרב ד"ר א' ליכטנשטיין, "מוסר והלכה במסורת היהודית", דעות מ"ו (תשל"ז) 5; למתח שבין הלכה לאתיקה ולמאמץ המיוזג ביניהן, בין השאר בהגות הרמב"ן מזה והרמב"ם מזה, ראו גם ד"ר מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (תשכ"ד), פרק שביעי (משפט ויורש), עמ' 97 ואילך.

בעניין 'לפנים משורת הדין', ייחדתי דיון נרחב בפסק דין שניתן על ידי לאחרונה. ראה: ת"א 5380/03 עיזבון המנוח אלכסנדר רחלין ז"ל נ' דניאל ציסין (ניתן בכ"ח שבט תשס"ט, 22.2.09). שם, הארכתי בניתוח מושג זה, ודנתי בשאלה, האם בית הדין מחויב להביא לכך שבעלי הדין ינהגו זה עם זה לפנים משורת הדין, או שמא הדבר מוטל לפתחם של בעלי הדין עצמם, ואף הובאו מקורות רבים, החל מן התלמודים, דרך ספרות ההלכה והשו"ת, ועד לפסיקת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל (ראה שם, החל מפסקה 424 ואילך). וראה בעניין זה גם: י' אונגר, "למען תלך בדרך טובים" - על הפסיקה לפנים משורת הדין במשפט התורה", משפטי ארץ - דין דיין ודיון, עפרה תשס"ב (בעריכת י' אונגר), 442-488.

פרק רביעי:

כפייה על מידת סדום בדיני הירושה

(א) הסוגיה התלמודית

התלמוד⁴⁶ דן בשאלה כיצד לחלק קרקע שהתקבלה בירושה בין אחים. נקודת המוצא לכל הדיון היא, שאין למי מבין היורשים זכות ספציפית בקרקע פלונית, והדרך הרגילה לכל חלוקה היא בהגרלה. השאלות והדוגמאות המופיעות בסוגיה נוגעות למקרים מיוחדים, בהם יש לאחד האחים אינטרס מיוחד, דווקא בקרקע מסוימת.

הדוגמה שנדונה בסוגיה היא זו של אח שרכש קרקע הסמוכה לקרקע של אביו, ולאחר פטירת אביו הוא מבקש שחלקו בירושת אביו יהיה בחלק הקרקע של האב הסמוך לקרקע שרכש, וכך ישיג רצף בין שדותיו. בהקשר זה, מובאות שתי גישות של אמוראים, שבהן נעיין בקצרה.

לדעת רבא,⁴⁷ יש להיענות לבקשת האח, כי ב"כגון זה כופין על מידת סדום", ומסביר רש"י,⁴⁸ שכך הדין משום ש"זה נהנה וזה לא חסר".

אמנם, הריצב"א נוטה מפירושו של רש"י, ומסביר שאין לראות את האחים כמי שאינם חסרים בשל העדפת אחיהם, משום ש"איכא קפידא ברוחות, כדאמר בכמה דוכתיין".⁴⁹

כמו כן, הכפייה שנדונה כאן שונה מן הכפייה שנדונה בעניין הדר בחצר חברו שלא מדעתו, מן הטעם הבא:

הא דכופין [=זה שכופים] על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו: בשכבר דר בחצר חברו, שאינו מעלה לו שכר. אבל הא פשיטא [=זה פשוט], שיכול למחות בו, שלא ייכנס לדור בביתו, אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר [=בחצר שאינה עומדת להשכרה, ואדם שאינו רגיל לשכור], דהוה [=שהוא] זה נהנה וזה לא חסר.⁵⁰

כלומר, דין "זה נהנה וזה לא חסר", מאפשר לפטור את הדר בחצר חברו שלא מדעתו מדמי השכירות, אך אין הוא מאפשר לכפות על בעל החצר להניח לזולת להשתמש בחצרו. לעומת זאת, לפי רבא, הכפייה על מידת סדום

46 בבא בתרא יב,א.

47 ויש הגורסים: רבה.

48 רש"י בבא בתרא שם, ד"ה על מידת סדום.

49 מובא בתוספות, בבא בתרא שם, ד"ה כגון.

50 שם.

מחייבת את האחים לוותר, באופן אקטיבי, על העדפתם בחלוקת הקרקע, בשל האינטרס המוצדק של אחיהם.

משום כך, הריצב"א מדגיש שהכפייה על מידת סדום, במקרה הנדון כאן, אינה מדין התורה, אלא מתקנת חכמים.⁵¹

רב יוסף חולק על רבא, וסובר שיש בכוחם של האחים לטעון כלפי אחיהם, שעבורם, הקרקע שהוא דורש לעצמו משובחת כקרקעותיו של "בר מריון", ולכן, אם הוא מעוניין דווקא בה, עליו לשלם להם סכום גבוה של כסף (כמו בר מריון), עבור הזכות ליטול לעצמו דווקא אותה.

יתר על כן, מן הסוגיה עולה, שגם אם איכות כל החלקות העומדות לחלוקה במסגרת הירושה היא זהה, ונחל עובר בסמוך לכל אחת מהן ומשקה אותה, רשאים האחים להתנגד להעברת החלקה שבה מעוניין אחיהם, לידיו. וזאת, לפי רש"י, משום הטענה ש"דרך היאורים לייבש, כשנהר שהם נמשכין ממנו מתמעט לפעמים, שזה יבש וזה אינו יבש. ואומר לו: 'טול חלקך בשתייהם, דלאו [=שלא] מדת סדום היא, או תן לנו עילוי בדמים [=העלאה בכסף]".⁵²

רבנו תם⁵³ חולק על פירושו של רש"י, וסובר שגם כשאיכות החלקות זהה, אין האחים נדרשים להציג טעם משכנע להתנגדותם לבקשת אחיהם, ויש בכוחם לטעון כלפיו - "מעלינן [=מעלים אנחנו] לך כנכסי דבר מריון", כלומר: "לא ניתן לך זכות שיש לנו בשדה זו אם לא בדמים יקרים; כמו בני מריון, שהיו עשירים, ולא היו מוכרים קרקעותיהם אלא בדמים יקרים".⁵⁴

הסבר למדני - משפטי של המחלוקת מצאנו בדבריו של ד"ר אברהם וינרוט:

... הבעלות כשלעצמה אינה מהווה עילה לנהוג בשרירות כלפי הזולת ולמנוע ממנו טובות הנאה.

לדעת רש"י נחוץ, לכל הפחות, טעם סובייקטיבי סביר, כדי להתנגד לבקשה, שהינה על פניה בגדר 'זה נהנה וזה לא חסר'.

51 [מדבריו משמע שהכפייה על מידת סדום בסוגיית הדר בחצר חברו שלא מדעתו היא מדין התורה, ויש לעיין מהו המקור בתורה לכפייה זו]. וראה **שיטה מקובצת** לבבא בתרא, שם, שמציע את הפסוק "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח) כמקור לכפייה על מידת סדום, ומשנת רבי אהרון בבא בתרא, עמ' כ' בהערות, שמציע את הפסוק "צדק צדק תרדוף", כמקור בתורה לכפייה על מידת סדום - י.א.] על כל פנים, מדברי הריצב"א בתוספות (כמצוטט להלן, ליד הציין להערה 80, נראה כי בעיני דוקטרינת "כופין על מידת סדום" איננה מדין תורה.

52 רש"י בבא בתרא שם, ד"ה האי מדויל וראה על סוגיה זו גם את מה שכתב פרופ' שמואל שילה, במאמרו, **Israel Law**, "Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights", **Review**, 15 (1980), pp. 49, at pp. 50-52 (פורסם גם בקובץ המאמרים של שמואל שילה, **דין מוסר ויושר במשפט העברי** (בעריכת ברכיהו ליפשיץ, גדעון ליבזון, מרגלית שילה, ירושלים, תשס"ז 2006) בחלק האנגלי, בעמ' 45, בעמ' 46-49.

53 מובא בתוספות בבא בתרא שם, ד"ה מעלינן.

54 תוספות, שם. וראה גם, פירוש רבנו גרשום לבבא בתרא, שם.

לדעת התוספות, כוחות השוק ודרך המסחר מהווים כשלעצמם עילה לדרוש כספים, כשיש היצע נמוך מן הביקוש. אדם אינו מחויב לוותר על יכולתו לנצל צרכים כלכליים של זולתו, לשם הצגת דרישות כספיות. ואולם, בהתאם להסבר המוצע לעיל נמצא, כי לדעת הכל מחויבים האחים לאפשר לאח ליטול את החלק הסמוך לשדהו, כאשר אין טעם סביר המצדיק סירוב לכך.⁵⁵

לדעת וינרוט, הזכות של כל יורש לקבל את חלקו בהגרלה היא זכות קניינית, שאין לפגוע בה. בכך, נבדלת סוגיה זו מסוגיית הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, בה לא נפגעת זכותו הקניינית של בעל החצר, מחמת מגוריו של הזולת בה. למחלוקת שבין רש"י לתוספות, ישנן השלכות הלכתיות מרחיקות לכת, שעליהן עמד הרא"ש:

לפרש"י [=לפירושו רש"י], שנתן טעם לדברי רב יוסף משום דזו מתברכת יותר מזו, או זימנין דהאי מידויל והאי לא מידויל [=שזה מתייבש וזה לא מתייבש], אם כן בתים, דלא שייך בהו האי טעמא [=שלא שייך בהם טעם זה], דכולן שוין, כופין על מדת סדום.

ולפיר"ת [=ולפירושו רבנו תם], דמפרש דמעלינן ליה [=שמעלים אנו לן] כנכסי דבר מוריון, שהיו נכסיהם בדמים יקרים, גם כן בדמים יקרים אמכור זכות שיש לי, שאם ייפול חלקי בין שתי השדות לא אחליף עמך אלא בדמים יקרים; האי טעמא [=טעם זה] שייך נמי [גם] בבתים.⁵⁶

בשני המקרים הללו, נאמר בגמרא, כי ההלכה היא כדעת רב יוסף.

המקרה השלישי שנדון בסוגיה הוא, כאשר כל החלקות מצויות בצדו של נהר אחד. כאן, מודה רב יוסף לרבה, ש"כופין על מידת סדום", משום שבמקרה

55 וינרוט-שימוש לרעה בזכות עמ' סב-סג. (וראה הדיון על תשובה זו, אצל שילה, שם בעמ' 62-64.)

56 שו"ת הרא"ש צו, ב. וראה שם, שהוא מכריע להלכה כדעת רש"י. וראה גם פסקי רקנאטי שלא, שאף הוא עמד על השלכה הלכתית זו. וראה שו"ת בעלי התוספות, ע, שמביא בשם מהר"ם מרוטנבורג, שכאשר אדם קנה מחצית בית מחברו, ושוב מכר הבעלים עוד שני רבעים לשני קונים נוספים, אין הקונים יכולים לדרוש מן הקונה הראשון שייטול שני רבעים לפי הגורל, שכן הלה יכול לטעון כלפיהם, שאין כוחם רב מכוחו של המוכר, שלא יכול היה לאלצו לקבל שני רבעים מרוחקים זה מזה. על תשובה זו של הרא"ש, תוך התייחסות כוללת לעמדת הרא"ש בתשובה האמורה, בתשובה אחרת ובפסקיו, ראה את הניתוח הרחב והמעמיק של ד"ר תהילה אליצור, תשובות הרא"ש בדיני נזיקין: הגות הלכתית ומתודולוגיה של פסיקה (עבודת ד"ר, אוניברסיטת באר שבע, תשס"ט - 2009), בעמ' 307-268, בפרק הנושא את הכותרת "כפיה על מידת סדום בחלוקת נכסים" - (ההחלטה שניתנה על ידי בפרשת ביטון - המהווה בסיס לספר זה - מוכרת, שם בעמ' 304, הערה 129). למותר לציין כי לא ניתן בחיבור זה להעמיק חקר בגישתו של הרא"ש; החפץ לעיין מופנה לחיבורה של ד"ר אליצור (שם).

זה, מאחר וכל החלקות מצויות על גדות אותו נחל, קשה להצדיק את סירובם של האחים להיעתר לבקשת אחיהם.

למרות זאת, מקשה אביי, שלכאורה, יכולים האחים להציג אינטרס שעשוי להצדיק את סירובם, והוא, שהם מעוניינים שחלקות אחיהם יהיו משני צידי חלקותיהם, כדי שבשעה שאריסי האח ישמרו על חלקותיו, הם ישמרו ממילא גם על חלקות יתר האחים, המצויות בתווך.

הסוגיה דוחה טיעון זה מן ההלכה, ומכריעה כדעת רב יוסף, שבמקרה זה, "כופין על מידת סדום".

(ב) פסיקת ההלכה

הרמב"ם פוסק, אומנם, שכל אימת שאין לאדם סיבה טובה להתנגד לחלוקה בדרך מסוימת, המועילה לזולתו, "כופין על מידת סדום". ובלשונו: "כל דבר שהוא טוב לזה ואין על חבירו הפסד כלל - כופין אותו לעשות".⁵⁷

עמדה זו אומצה להלכה על ידי ה'שולחן ערוך',⁵⁸ אך הרמ"א⁵⁹ מביא עמדות נוספות.⁶⁰ כך, למשל, הוא מביא את דעת הרא"ש, שכאשר מבקש שותף לקבל דווקא את החלק הסמוך לחלקה אחרת שלו, יש אומרים ש"אין שומעין לו, אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצו חבריו, ויש אומרים: דהוי ספק, וכל דאלים גברי".⁶¹ (מרדכי סוף פ' קמא דב"ב בשם מהר"ם).

מעמד מיוחד נותן ה'שולחן ערוך' לבכור, הזכאי - לפי דין התורה - לקבל בקרקעות אביו חלק כפול מן החלק שיקבל כל אחד מאחיו, שהוא "נוטל שני חלקים שלו כאחד".⁶²

אך גם בזה ישנן דעות אחרות, אותן מביא הרמ"א, שלפיהן -

דווקא שהיו החלקים שווים. אבל אם היה אחד טוב מחברו, אפילו בכור אינו נוטל חלקו ביחד. וכן אם היה לפשוט שדה במצר אלו השדות.⁶³

57 רמב"ם שכנים יב, ג.

58 שולחן ערוך חו"מ קעד, א-ה.

59 רמ"א חו"מ שם, א.

60 להרחבה נוספת בעניינים אלו ראה באנציקלופדיה תלמודית טו, עמ' תט-תקל, ערך "חלוקת שותפות", צוטט בחלקו על ידי גם בע"מ 2104/07 שוקרי אנטון לורנס נ' סוהיל אבו דיוואן (לא פורסם, ניתן ביום ג' תשרי תש"ע, 21.9.09, בפיסקה 178 ואילך (להלן: פרשת לורנס)).

61 פסיקה זו מבוססת על ההנחה, שמי שתגבר ידו הוא זה שהצדק עמו. אבל, ראה שו"ת שבות יעקב ב, קטז, המחדש ש"הטעם דכל מי שהאמת אתו ימסור נפשו על דבר זה... לא שייך בדורות הללו, שרבו המתפרצים והגזלנים והאלמים שמוסרין נפשם גם כן על ממון שאינו שלהם". וראה מה שכתב בעניין זה השופט מנחם אלון בע"א 756/80 רוזנשטיין נ' סולומון פ"ד לח(2), 113, 135-134.

62 שולחן ערוך חו"מ שם, ב.

63 רמ"א חו"מ שם, ב (בשם ה'טור', הרא"ש, ומגיד משנה בהלכות שכנים, פרק יב).

(ג) יישום במשפט הישראלי

חילוקי דעות אלו הובאו לפני כיובל שנים, בפסק הדין בפרשת ליטווינסקי, בה נדונה חלוקת שותפות בין יורשי שני אחים, לאחי אביהם, שביקש חלק מסוים, שבו עמל וטרח כל ימיו. בית המשפט המחוזי בתל אביב דן בסוגיות שהוזכרו למעלה ובמחלוקות הפוסקים, ומסיק ש"גם בדין העברי היו חילוקי דעות והיו בין חכמינו ז"ל גם כאלה אשר לא הרשו לשותף בלי כל תמורה להנות מדבר שלא חסר לשני, ואפילו אלה שהסכימו לזכות עדיפות הגבילה ל"יחסי מצרנות בלבד".⁶⁴

לבסוף, מכריע בית המשפט בדרך שאותות התקופה ניכרות בה, באומרו את הדברים הבאים:

... בינתיים קמה תנועת התחייה, העם היהודי כבש את האדמה ולא נראה לי, כי החלוקה תבוצע בצורה שאמנע מאדם אשר גרם להגדלת המפעל ולפריחתו, לבחור את מה שרוצה, כאשר אין חילוקי דעות שכל החלקים שווים בערכם. סנטימנט לנכס של אדם שטיפל וטיפח את הנכס במשך שנים רבות, ראוי להתחשבות, לא פחותה מאינטרס כלכלי - ממש.⁶⁵

64 פרשת ליטווינסקי, עמ' 66.

65 **פרשת ליטווינסקי** שם. מעניין לציין, שפסק דין זה שימש מצע לויכוח בין פרופ' מנחם אלון לבין פרופ' יצחק אנגלרד, בסוגיית מהות קליטת המשפט העברי במדינת ישראל. דעתו של פרופ' אנגלרד - ובגישה זו תמך גם פרופ' ישעיהו לייבוויץ - הייתה, שקליטת המשפט העברי, מנקודת מבט דתית, מנוגדת לעולמו הרוחני של המשפט העברי, שכן המדינה אינה מקבלת עליה את עולה של ההלכה, ולכן מדובר ב"חילונה של ההלכה". בכל מקרה, גם כאשר נקלט רעיון מן המשפט העברי במשפט הישראלי, לא מובן כיצד רשאי השופט לבחור לו דעה מן המשפט העברי ולאמצה. כדוגמה לטיעון זה בחר פרופ' אנגלרד את **פרשת ליטווינסקי** הנכרת, וכלפי הפסיקה בפרשה זו טען:

השופט הכריע אפוא במחלוקת פוסקים (לטובת השותף האחד) על פי שיקוליו שלו, והרחיב את הדין על מקרה שאין בו עניין של מצרנות. האם חידוש זה בהלכה הוא מוסמך ובעל תוקף?

פרופ' אלון, חולק על גישה זו. את עמדתו הביע, בין השאר, בספרו המקיף, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח) ג, עמ' 1598 ואילך, כאשר לפסק הדין הוא מתייחס בהערה 30 שבעמ' 1603, בלשון זו:

דומה שגישתם [של פרופ' אנגלרד וליבוויץ] לוקה בשתי טעויות: האחת, מבחינת השקפת עולמה של ההלכה, והשנייה, מבחינת מהות קליטת המשפט העברי במשפט המדינה. מבחינת עולמה של ההלכה אין קדושתו ודתיותו של עקרון מעקרונות המשפט העברי נפגעות, על שום שמבחינת התיאוריה של המשפט הכללי משתנת הנורמה הבסיסית של עקרון זה ותוקפו המחייב על ידי קבלתו על ידי הכנסת. כל כולו של שינוי זה בסולם הערכים הוא פרי רעיון, שמקורו במערכת משפט של המדינה. ההלכה עצמה - לפי השקפתה - אינה יכולה כלל להיפגע ולרדת מקדושתה בשל כך (עמ' 1599-1600)...

הטעות השנייה שבגישה השוללת קליטת המשפט העברי במשפט הישראלי מבחינת עולמה של ההלכה הוא בכך, שנתחלף לה בין מעשה הכנסת ובית המשפט בקליטה לבין מעשה חכם ההלכה בפסיקה. שעה שהכנסת או בתי המשפט באים לקלוט עיקרון מעקרונות המשפט העברי, אין הם מתיימרים - ואינם יכולים להתיימר - לפסוק הלכה באותו דין מייני המשפט העברי, כמשמעות המיוחסת למושג ההלכתי המוסמך מטעם מערכת ההלכה לפסוק את דיניה, ואין הכנסת ולא בתי המשפט מתיימרים להוות

אוטוריטה שכוז. אך מאימתי נתייחד לימודה של תורה, מחקרה והליכה על פיה לפוסקי הלכה בלבד?... (עמ' 1600-1601).

עיקרון זה, העולה בידי הלומד והחוקר בדרך לימודו ומחקרו, מתבקש להיקלט בחוקיה של המדינה ובפסיקתם של בתי המשפט, לא כדי שאלה יוסיפו הלכה נוספת לשולחן ערוך המחייב מבחינה דתית, אלא כדי שאלה ימשיכו לשזור את הרעיון המשפטי העברי במערכת משפט של מדינת ישראל המחייבת אזרחיה מבחינה משפטית. זו קליטה נאה טובה ורצויה של המשפט העברי, אף על פי שאין זה פסק הלכה במובנו של מושג זה מן הבחינה הדתית. ודומה שוודאי הוא כי מבחינת השקפת עולמה של ההלכה נוח ורצוי שסכסוך בין שני הצדדים יבוא על הסדרו לפי התוכן והצדק שבשולחן ערוך מאשר לפי הוראותיה של מערכת משפטית אחרת (עמ' 1603-1604).

ובהתייחסו לטענת פרופ' אנגלרד, ביחס לפסק דין **ליטוונסקי** כפי שהובאה לעיל, אומר פרופ' אלון (שם, עמ' 1603, הערה 30):

... בית המשפט, לאחר ששקל בין שתי הדעות, העדיף את הדעה הראשונה במשפט העברי, משום 'שבינתיים קמה תנועת התחייה, העם היהודי כבש את האדמה, ולא נראה לי כי החלוקה תבוצע בצורה שאמנע מאדם אשר גרם להגדלת המפעל ולפריחתו, לבחור את מה שרוצה כאשר אין חילוקי דעות שכל החלקים שווים בערכם'... התשובה לשאלת אנגלרד פשוטה בתכלית: חידושו של השופט נאה הוא וטוב, תואם את העקרונות המרכזיים של 'כופין על מידת סדום' ושל 'ועשית הישר והטוב'... ויבורך השופט שפנה עורף לעקרונות הישר והצדק האנגליים כשאינן הם תואמים את תנאי אורחי מדינת ישראל, והביא את לחמו ממעיינות הצדק והישר העבריים, על רקע המציאות הכלכלית והחברתית של מדינת ישראל... זו קליטה טובה ורצויה של המשפט העברי, על אף שאין זה פסק הלכה, והשופט מעולם לא התיימר ליטול לעצמו אצטלה כזו - במובנו של מושג זה מן הבחינה הדתית.

ראוי לציין, ולו להשלמת התמונה, כי לאחר עימות אינטלקטואלי זה, שני בעלי המחלוקת מונו כשופטים בבית המשפט העליון. השופט אלון, הלך לשיטתו, וכתב פסקי דין רבים שבהם אימץ עקרונות מן המשפט העברי, והסביר כי בכך יש תרומה לרצף התרבותי היהודי. השופט אנגלרד, כפי שראינו לעיל ב**פרשת רוקר** הביא אף הוא מקורות מן המשפט העברי, ובכך הצטרף, למעשה, לאותה גישה.

יתירה מזו, ב**פרשת קל בנין** (הובאה לעיל בהערה 36) הגיע השופט אנגלרד למסקנה, כי באותו מקרה, בו לא נחתם חוזה בין הצדדים, על פי המשפט העברי זכאי היה התובע רק לסנקציה המוסרית של "מי שפרע". השופט אנגלרד מעורר, ביוזמתו, את השאלה, כיצד ניתן ליישם את ההלכה היהודית בנקודה זו. ואלה דבריו (**פרשת קל בנין**, עמ' 310):

שאלה זו מצביעה על הדילמות המלוות את בית המשפט האזרחי, שעה שהוא בא להחיל את המשפט העברי. ברי, כי אין בית משפט זה מוסד על פסיקת הלכה בתוכני הדין הדתי... כמו כן אין בית המשפט האזרחי מוסמך להטיל סנקציות מוסריות על בעל דין, ולא כל שכן, שאין הוא מוסמך לקללו קללות נמרצות... כן אין זה מתפקידו של בית המשפט להכריז עליו הכרזה רשמית של מחוסר אמנה גם ההכרזה על בעל דין שאין דעת החכמים נוחה ממנו אינה במקומה בבית משפט אזרחי. התוצאה היא כי אין כל אפשרות בסוגיה זו להחיל החלה שלמה את הדין היהודי המהותי, על סוגי הנורמות השונים. על רקע מצב דברים זה, נשאלת השאלה אם מן הראוי כי במסגרת קליטתו של המשפט העברי 'פתח' בית המשפט האזרחי את הפתרון של ההלכה היהודית, ובמקום הסנקציה המוסרית הקבועה בדין הדתי יעמיד הוא סנקציה משפטית? לשון אחר, בשלב ראשון יקלט בית המשפט האזרחי מן ההלכה היהודית את הרעיון כי אין זה מן הראוי שצד יחזור בו מהבטחתו או ינהג בחוסר תום לב בעת משא ומתן, אך בשל העדר אפשרות של הטלת סנקציה מוסרית יוסיף בית המשפט, מיוזמתו, בשלב שני, סעד של כפיית הצד לקיים את הבטחתו או לשלם לצד האחר פיצויי קיום, סעד שאינו מצוי בדין הדתי הקיים. בהנחה שהתשובה לבעיה העקרונית היא חיובית, הרי שלפיתוח זה של ההלכה היהודית על ידי בית המשפט האזרחי עשויה להיות תוצאה מעניינת. אפשר כי ההלכה הנפסקת בבית המשפט האזרחי תוכר על ידי הדין היהודי כמנהג או כדינא דמלכותא, שיש לו תוקף מחייב גם במסגרתו של דין זה עצמו... אך, כאמור, לא עלי לפסוק הלכה במישור הדין הדתי.

פרק חמישי:

כפייה על מידת סדום בדיני החוזים

(א) חוזה שכירות הריחיים

בתלמוד⁶⁶ נדון הסכם שכירות שלפיו, שכר אדם רחיים, ובתמורתם, היה עליו לשלם בטחינת חיטיו של בעל הרחיים, כפי הדרוש לו. לימים, התעשר בעל הרחיים ורכש רחיים נוספות, וחמור, שבאמצעותם יוכל לטחון חיטים, לשימושו הפרטי. מעתה, לא היה למשכיר צורך עוד בטחינת השוכר עבורו, ובשל כך ביקש מן השוכר להעלות לו דמי שכירות בכסף. אולם, השוכר התנגד לבקשה זו, וביקש להותיר את תנאי הסכם השכירות על כנם, ולשלם דמי שכירות בעבודת הטחינה.

מסקנת הסוגיה היא, שאין המשכיר יכול לכפות על השוכר לשנות את תנאי הסכם השכירות, אולם, אם יש בכוחו של השוכר למצוא אנשים שישלמו לו עבור הטחינה ברחיים, ובשכר שישולם לו יוכל לשלם את דמי השכירות, אין הוא רשאי להתנגד לבקשת המשכיר, משום "כופין על מידת סדום".⁶⁷

וכך מסביר בעל ספר מאירת עיניים את ההלכה:

שוו מידת סדום. כלומר: זה נהנה וזה אינו חסר, דמה לו שיטחן להמשכיר או שיטחן לאחרים הנמצאים ובאים אצלו; יקח מהם דמים ויתנה למשכיר. וכופין על מידת סדום.⁶⁸

המהרי"ק⁶⁹ מדגיש, שאמנם, גם כאשר יש בכוחו של השוכר למצוא קונים עבור הקמח אשר יטחן השוכר כדי לשלם את דמי השכירות, ניתן להבין את סירובו, שכן מלכתחילה "היה טחון אצלו (=אצל המשכיר), ועכשיו זקוק הוא לטחון לאחרים... שיש קצת קפידא [=הקפדה], משום שינוי דעת". ובכל זאת, תהא זאת "מידת סדום" שלא להיעתר לבקשת המשכיר לשלם לו את דמי השכירות בכסף, ולא בקמח.

ניתן, איפוא, לומר, שהמבחן לתחולתו של העיקרון - "זה נהנה וזה לא חסר", אינו מחייב העדר חסרון כלל, אלא שחסרונו של אחד יהיה פעוט, לעומת

66 כתובות קג.א.

67 וכך נפסקה ההלכה ברמב"ם שכירות ז, ח, ולשונו הובאה גם בשולחן ערוך חו"מ שיח, א. פרו' שמואל שילה במאמרו הנ"ל (ראה: הערה 52 לעיל), כותב (בעמ' 54 של מאמרו) כדלקמן (התרגום שלי): "שוב, רואים אנו, כי התועלת הנדרשת מן הצד המבקש להפעיל את הדוקטרינה של "כופין על מידת סדום", איננה רק הגנה מפני נזק או הפסד, אלא גם רצון לרווח, זאת אומרת, קבלת דמי שכירות בכסף, אף שזאת לא מה שהוסכם בין הצדדים בעת כריית חוזה השכירות". וראה גם את האמור לקראת סיום מאמרו הנ"ל, שם, בעמ' 74-75.

68 סמ"ע חו"מ שיח, ב.

69 שו"ת מהרי"ק ט, ד"ה ונחזור לעיקר הדין.

ההפסד של השני, ובמצב זה, שורת הדין מחייבת להפעיל את העיקרון של "כופין על מידת סדום", ולשנות את חוזה השכירות בהתאם.⁷⁰

(ב) חוזה הובלת יין בספינה

סוגיה נוספת שעוסקת בשינוי תנאי החוזה בשל עיקרון הכפייה על מידת סדום היא זו העוסקת במי ששכר ספינה לשם הובלת יין, והיין או הספינה אבדו.⁷¹ הרמב"ם פוסק את מסקנות הסוגיה, בלשון זו:

השוכר את הספינה, וטבעה לו בחצי הדרך. אם אמר לו: 'ספינה זו אני משכיר לך', ושכרה השוכר להוליך בה יין סתם, אף על פי שנתן לו השכר - יחזיר כל השכר, שהרי זה אומר לו: 'הבא לי ספינה עצמה ששכרתי, שהקפדה גדולה יש בספינה זו, ואני אביא יין מכל מקום ואוליך בה'.

אמר לו: 'ספינה סתם אני משכיר לך', ושכרה השוכר להוליך בה יין זה, אף על פי שלא נתן לו מן השכר כלום - חייב ליתן כל השכר, שהרי אומר לו: 'הבא לי היין עצמו ואני אביא לך ספינה מכל מקום ואוליכו'. אבל צריך לנכות כדי הטורח של חצי הדרך, שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל.

אמר לו: 'ספינה זו אני משכיר', ושכר השוכר להוליך בה יין זה, אם נתן השכר - אינו יכול להחזירו; ואם לא נתן - לא ייתן, שאין זה יכול להביא הספינה עצמה ולא זה יכול להביא יין לעצמו.

שכר ספינה סתם ליין סתם - הרי אלו חולקין השכר.⁷²

נושאי כליו של ה'שולחן ערוך' דנים במקרה נוסף, שלא נדון בסוגיה, ולא על ידי הרמב"ם בהלכותיו, והוא, מה יהיה הדין כאשר הספינה לא טבעה, אך יינו של השוכר אבד, ולפי הסכם השכירות, הודגש שהספינה מושכרת לשם הובלת "יין זה". האם בנסיבות אלה רשאי המשכיר לעמוד על קיום דווקני של החוזה, ובדרך זו להיפטר מחובת ההובלה, או שמא עמידה דווקנית שכזו על קיום החוזה בתנאיו המקוריים תחשב ל"מידת סדום", ולכן יוכל השוכר לכפות על המשכיר להוביל יין אחר שלו?

לדעת הסמ"ע,⁷³ בנסיבות אלו יוכל המשכיר לבטל את הסכם השכירות, ולהשתחרר מחובת ההובלה. וכך מסביר ד"ר מיכאל ויגודה את עמדתו:

70 בספרות הראשונים יש גם דיון בשאלה, האם בנסיבות אלה, רשאי המשכיר לבטל את השכירות, בגלל שנגרם לו הפסד. הסמ"ע שם, ג, מכריע במחלוקת זו כדעת האומר שאין כאן עילת ביטול, וראה גם הדיון המפורט בערוך השולחן חו"מ שיח, ב.

71 בבא מציעא עט, א - עט, ב.

72 רמב"ם שכירות ה, ג.

73 סמ"ע חו"מ שיח, ב.

אמנם אם היה היין קיים, עמידה על קיומו הדווקני של ההסכם היא בגדר 'מידת סדום', משום שאין למשכיר יסוד להתנגד להצעה, שהרי בין כך ובין כך הוא חייב להוביל את היין שהוסכם עליו. אך אם אבד היין, נוצרה הזדמנות למשכיר להרוויח מעמידה על קיומו הדווקני של ההסכם, שהרי נפטר מן ההובלה, ואין לראותו כמי שנוהג במידת סדום, שהרי אין הוא עושה כן משום רשעות לשמה. אמנם ניצול מצוקתו של השוכר, שאבד יינו, נראה כנגוע בחוסר תום לב, ויש בו פגם מוסרי, אבל אין דבר זה מקנה לשוכר סעד משפטי כנגד המשכיר, שהרי לא הוא גרם לאבדן היין.⁷⁴

אבל, הש"ך חולק על עמדה זו, ולדעתו, עמידה דווקנית על קיומו של החוזה בתנאיו המקוריים בנסיבות אלה, תהיה בגדר 'מידת סדום', וזו לשונו:

נראה דדווקא תרתי בעינן [= צריכים אנו (שני תנאים)], כיון שנטבע ספינתו ואין היין זה' לפנינו, יכול להקפיד, כי יכול לומר: 'הואיל ונזקתי, ונטבע ספינתי, למה לי להשתדל [להביא] ספינה אחרת? כיון שאין לך יין זה'.⁷⁵

וכך מוסברת שיטתו על ידי ד"ר ויגודה:

הש"ך... מחמיר יותר בהגדרת 'מידת סדום', ונראה שהוא מקרב אותה יותר למושג 'תום לב' שבחוק. לדידו, אין די בעובדה שטענתו הפורמאלית של המשכיר מועילה לו, וצריך שתהיה לו גם הצדקה מוסרית לתבוע לעצמו תועלת זו. רק אז, ייחשב כמי שאינו נוהג במידת סדום כשהוא עומד על קיומו הדווקני של ההסכם. כך הוא לדוגמה, אם השכיר אדם ספינה בלתי מסוימת ('ספינה סתם') להובלת יין מסוים ('יין זה'), וטבעה הספינה על תכולתה. כאן יש הצדקה למשכיר לעמוד על קיומו הדווקני של ההסכם ולסרב להעמיד לשוכר ספינה חלופית להובלת יין השונה מן המוסכם, משום שסיכול ההסכם המקורי היה כרוך גם בנוק לרכושו שלו. אבל בשלא טבעה ספינתו ולא נגרם לו נזק, אינו רשאי לעמוד על כך...

חילוקי הדעות בין הסמ"ע והש"ך מלמדים כנראה על תפיסה שונה של מהות הכלל 'כופין על מידת סדום' והיקפו. לדעת הסמ"ע, 'מידת סדום' היא רשעות לשמה, היינו עמידה על זכות משפטית פורמאלית שאין בה תועלת לבעל הזכות זולת מניעת הנאה מחברו. לעומת זאת, הש"ך סבור שתועלת כשלעצמה אין בה די להוציא עמידה על זכות

74 מ' ויגודה, "על תום הלב במשפט - בתום לבבי ובנקיון כפיי", פרשת השבוע וירא תשס"ה, גליון 184, ויגודה, ליד הערות 21-24 (מובא באתר 'דעת', בדף על משפט עברי, וכן באתר המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים).

75 ש"ך חו"מ שיא, א.

משפטית מגדר מידת סדום. על תועלת זו להיות גם מוצדקת מבחינה מוסרית.⁷⁶

ראוי לציין בהקשר זה, שלדעת בעל ערוך השולחן, כאשר נשכרה ספינה מסוימת לשם הובלת יין לא מסוים, "אפשר דאין יכול המשכיר ליתן לו ספינה אחרת בעל כורחו של שוכר, דבספינה יש קפידא".⁷⁷ אולם, אם מוכן המשכיר לקיים את החוזה, משתנה הדין, וכאן מחדש בעל ערוך השולחן את הדברים הבאים:

ומכל מקום נראה לי, דאם נותן לו [המשכיר] ספינה טובה, יכולים בית דין לכופו לשוכר לעשות לפנים משורת הדין, דבכי האי גוונא הווי [= שבכגון זה הוא] קרוב ל'מידת סדום'.⁷⁸

(ג) מקום פרעון ההלוואה

דוגמא נוספת להתאמת ההתחייבות החוזית למצב החדש, מצאנו בדברי המהרי"ק:

על דבר ראובן שנתחייב מעות לשמעון, ונשבע לפרעם אליו בעיר פלונית, אשר דר שם שמעון, וביום פלוני. וטרם הגיע אותו היום, אירע אונס ידוע לרבים, אשר מחמתו הוצרך שמעון לצאת מן העיר. וגם ראובן לא יכול ללכת שם מפני האונס ההוא.

אם אותה העיר אשר עומד בה שמעון היום רחוקה היא ממקום עמידת ראובן, מאשר הייתה העיר האחרת - לא יתחייב ראובן להוליך שם מעותיו. אבל אם היא קרובה כראשונה - חייב הוא ללכת שם ולפרוע. ואף על פי שלא הזכיר בשבועתו ובתנאו שם אותה העיר, שהרי בכיוצא בזה כופין על מדת סדום.

ועוד, שבכל תנאי שאדם מתנה עם חברו, אין הולכין אחר לשון התנאי דווקא, אבל מחייבין אותו אף בדבר שאינו יוצא מתוך לשון התנאי כלל, רק שלא יקשה עליו יותר ממה שקיבל עליו לפי לשון התנאי. וגם השבועה חלה בכל מה שחל התנאי.⁷⁹

76 ויגודה, שם.

77 ערוך השולחן חו"מ שיא, ה.

78 ערוך השולחן שם.

79 פסקי המהרי"ק טט.

פרק שישי:

כפייה על מידת סדום בדיני הקניין

עיקר היישום של עיקרון הכפייה על מידת סדום במשפט העברי הוא בדיני הקניין, ובעיקר בסוגיית השימוש הבלתי מורשה ברכוש הזולת.

(א) שימוש בלתי מורשה ברכוש הזולת ("זה נהנה וזה אינו חסר")

1. בין זכות שימוש לבין פטור מתשלום דמי שימוש

לדעת רוב הראשונים, עיקרון הכפייה על מידת סדום מעניק למשתמש ברכוש הזולת פטור מחובת התשלום של דמי השימוש, אך לא מתיר לו להשתמש ברכוש הזולת, נגד דעת הבעלים. לכן, אם מתנגד בעל המקרקעין כי פלוני ייכנס לרכושו ויגור שם, בית הדין ייתן צו מניעה, אף אם הבעלים אינם מתכוונים להשכיר את הנכס. כך למשל מובא בשם הריצב"א:

וריצב"א מפרש, דהא [= שזה] דאמר רבה 'כופין' - לא מדין תורה קאמר. דבדין, היה יכול למחות שכנגדו... ועוד הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר בחצר חבירו, שאינו מעלה לו שכר. אבל הא פשיטא [= זה פשוט], שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו, אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר [= שאינה עומדת להשכרה ואדם שאינו רגיל לשכור], דהוה [=שהוא] זה נהנה וזה לא חסר.⁸⁰

שונה היא דעתם של הראב"ה והמרדכי⁸¹, הסבורים שניתן לכתחילה לכפות על אדם להתיר שימוש ברכושו שאינו עומד להשכרה. ד"ר אברהם וינרוט מתאר שיטה זו, ורואה בה כלל רחב יותר (ההדגשות במקור):

לפי הראב"ה נמצא, כי כופים על אדם לאפשר לרעהו להיכנס לשדה ריקה שלו, שאינה מושכרת ואינה עומדת להשכרה, שכן בהעדר הצדקה כלכלית למניעת הנאה מן הזולת, מהווה העמידה של הבעלים על זכויותיו, שימוש לרעה בהן, וכופין על מידת סדום. הרי לך הגבלה ברורה ביותר על השימוש של אדם פרטי בזכות הקניין שלו, והכפפת זכות הקניין לנורמות של סבירות. בהתאם לנורמה זו, בעלותו של אדם לעולם אינה מוחלטת והיא כפופה לחובותיו של הפרט כלפי התורה, ומשום כך סירוב בלתי סביר לאפשר לזולת להנות מקרקע כאמור, אינו אפשרי על פי דין.⁸²

80 תוספות בבא בתרא, יב,ב, ד"ה כגון זה כופין על מידת סדום.

81 דבריהם הובאו גם בהגהות מימוניות הלכות גזילה ואבידה ג, ט, אות ד.

82 וינרוט, שימוש לרעה בזכות, עמ' סט.

הרב משה מרדכי פרבשטיין, דיין בית הדין הרבני בנתניה, מנמק את עמדת החולקים על הראבי"ה בכך ש"בכפייה על אדם לתת שימוש ברשותו שלא ברצונו היא פגיעה בעצם בעלותו, והרי זה כאילו נטלנו ממנו חלק מבעלותו על רשותו, וזה עצמו הוא ה'חסר', ולכן לא שייך לזה כופין על מידת סדום".⁸³

לדבריו אלו הוא מוצא מקור בדברי הרב שמעון שקופ,⁸⁴ האומר ש"לכתחילה ליכא [= אין] כפייה, דמשום שאם יכפוהו נוטלים ממנו שליטת ביתו, ועל זה קפדי רוב אינשי [=מקפידים רוב האנשים], ולא חשיב [= נחשב] מידת סדום בדבר שקפדי רוב אינשי".

בעקבות זאת, מציע הרב פרבשטיין מבחן עקרוני לפגיעה בבעלות, אשר נחשבת בגדר "חסר", אותה אי אפשר לכופ על הבעלים, גם לא לפי העיקרון של "כופין על מידת סדום". לדבריו, אם השימוש ברכוש הזולת הוא כזה שבדרך כלל אנשים גובים תמורתו תשלום - הכפייה להעניקו בחינם היא פגיעה בבעלות, ועליה לא כופין. אם רוב בני אדם מתייחסים למי שמסרב לתת רשות להשתמש ברכושו בלי סיבה סבירה, כאל אדם רע, וכמי שנוהג במידת סדום, עליו כופין את השימוש המוגבל האמור ברכושו. בהתאם לכך, הוא מסיק, שניתן לכפות על בעל דירה לאפשר העברת מקרר לדירת שכנו דרך מרפסת השייכת לו, כאשר זוהי הדרך היחידה להכניס את המקרר לדירת שכנו, משום הדין של "כופין על מידת סדום".⁸⁵

להלכה נפסק, הן בטור והן בשולחן ערוך, כדברי רוב הראשונים, ודעתו של הראבי"ה לא נתקבלה להלכה. וזה לשון השולחן ערוך:

הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו: 'צא', ולא יצא - חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו: 'צא', אם אותה חצר אינה עשויה לשכר - אינו צריך להעלות לו שכר... אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר. הגה: ודוקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות. אבל בכי האי גוונא [= בכון זה] דאי בעי [= שאם רצה] בעל חצר ליהנות ולהרוויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (מרדכי ונ"י פרק הנ"ל). ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר, שהרי חסרו ממון...⁸⁶.

83 הרב מרדכי פרבשטיין, "שו"ת בדין כופין על מידת סדום", שורת הדין ב (ירושלים תשנ"ד), עמ' שכג, בעמ' שכט.

84 חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, בבא קמא יט, אות ג.

85 שורת הדין שם, בעמ' שלג.

86 שולחן ערוך חו"מ ס"ג, ו. וראה גם בערוך השולחן חו"מ שם, סעיפים יד-טו. וראה גם את הדין אצל שילה (שם, בעמ' 64-70), תחת הכותרת "הזכות לעשות שימוש ברכושו של אדם אחר".

העיקרון שלפיו, אין לכפות על אדם להניח לזולת להשתמש ברכושו מכוח עיקרון הכפייה על מידת סדום עולה גם מהלכה נוספת, העוסקת בשאלה, האם מותר ליטול אתרוג השייך לזולת, לשם קיום מצוות נטילת ארבעת המינים, ללא רשותו? בעל שו"ת עונג יום טוב⁸⁷ מסיק שהדבר מותר, על בסיס ההנחה, שבעל האתרוג מסכים לשימוש בממונו, כי נוח לאדם שתתבצע מצווה בממונו.

בהערות לתשובה זו, נשאלת השאלה הבאה:

ולכאורה, היה אפשר לומר דכאן שייך לאמר 'כופין על מדת סדום'... מיהו התוספות כתבו בבבא קמא (דף כ) דגבי חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר [= שאינה עומדת לשכירות ואדם שרגיל לשכור], יכול לעכב לכתחילה, ולא אמרינן 'כופין על מדת סדום'.

לכאורה, ניתן היה להצדיק את נטילת האתרוג ללא רשות הבעלים מכוח עיקרון הכפייה על מידת סדום, אולם מדברי בעלי התוספות עולה, שלא ניתן להצדיק שימוש בלתי מורשה ברכושו של הזולת, מכוח עיקרון זה. והסיבה לכך היא -

דלא שייך כופין על מידת סדום אלא כשהדבר יוצא מרשותו, כגון: אם האחין או השותפין באין לידי חלוקה, יכול האח לאמר ליתן לו שדה הסמוכה לחצר שלו, משום כופין על מידת סדום. אבל דבר שהוא שלו - יכול לעכב את חברו מלהנות ממנו, אף שאין לו היזק ממנו, **שכל אחד יכול להשתרר על שלו כפי מה שירצה**. והכא נמי [= וכאן גם], יכול לעכב על חברו מליטול לולבו לצאת בו.

הרי לנו, שכפייה על מידת סדום לא יכולה לשלול מן הבעלים הזכות למנוע מן הזולת להשתמש ברכושו, שכן אדם בעל רכושו, והוא יכול "להשתרר על שלו, כפי מה שירצה".

2. עילת הפטור מחובת התשלום

מן הסוגיה העוסקת בשימוש ברכוש הזולת שאינו עומד להשכרה⁸⁸ עולה, שכאשר אדם גר בחצר חברו, ובעל החצר לא התכוון להשכירה לאחרים, אין המתגורר חייב בתשלום שכר דירה. עיקרון זה מסוכם בלשונו הבהירה של הרמב"ם:

87 שו"ת עונג יום טוב מח.

88 בבא קמא כ, א - כא, א. לדיון רחב בסוגיה זו ראה: נ' רקובר, עושר ולא במשפט - הנהגה מנכסי חברו בזכות ושלא בזכות (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 197 ואילך (להלן: רקובר-עושר ולא במשפט); בירור הלכה בבא קמא, תחת הכותרת "הדר בחצר חברו שלא מדעתו", עמ' מה-מח. כמו כן, ראה: אנציקלופדיה תלמודית כרך יב, ערך "זה נהנה וזה לא חסר", עמ' א-טו. הדיון שם מתחיל בהנאת דיור, אך מתרחב בהמשך, ובפרק השני הדיון הוא ב"שאר הנאות".

הדר בחצר חברו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר - אינו צריך להעלות לו שכר, אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר.

ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור - צריך להעלות לו שכר, שהרי חיסרו ממון.⁸⁹

לכאורה, הבסיס לפטור שמוענק לדייר, הוא הכלל של "כופין על מידת סדום", שכן הרמב"ם עצמו בסוגיה אחרת, קושר את הפטור של "זה נהנה וזה לא חסר" עם הכלל של "כופין על מידת סדום". וזו לשונו:

מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו, ובא חברו לבנות בפניהן, ואמר לו: 'אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה עצמו למעלה מאלו' - הרי זה מעכב עליו, ואומר לו: 'בעת שתפתח החלונות, תרעיד את הכותל ותקלקל אותו'.

ואפילו אמר: 'אני אסתור כל הכותל ואבנה אותו לך חדש, ואעשה בו חלונות למעלה, ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה' - יכול לעכב עליו, ואומר לו: 'אין רצוני שאטרח ממקום למקום'.

לפיכך, אם לא היה שם טורח כלל, ואין צריך לפנות - אינו יכול לעכב עליו.

וכופין אותו שיהיה חברו סותם חלון זה שלמטה ממנו, ועושה לו חלון מלמעלה, שזו מדת סדום.

וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו מפסיד ואין חסר כלום - כופין עליו.⁹⁰

אך, פרופ' רקובר מעמיד את הדברים באופן הבא:

כל שאמרו הראשונים הוא, שכופין על מידת סדום משום ש'זה נהנה וזה לא חסר', אבל אין מכאן הוכחה שהכפייה על מידת סדום היא סיבת הפטור ביזה נהנה וזה לא חסר'. אפשר שהפטור ביזה נהנה וזה לא חסר אינו מכוח הכלל האומר ש'כופין על מידת סדום', אלא מאחר שהנהנה לא חסר - אין עילה המחייבת את הנהנה לשלם, ואם כן, אין צורך בסיבה נוספת לפטור את הנהנה מן החיוב. ייתכן, שלעניין הטלת חובה מלכתחילה על בעל הנכס, הוצרכו לכלל 'כופין על מידת סדום', מה שאין כן ביזה נהנה וזה לא חסר', לעניין פטור מתשלום, אף בלא 'מידת סדום' - פטור.⁹¹

89 רמב"ם גולה ואבידה ג, ט.

90 רמב"ם שכנים ז, ח.

91 רקובר, עושר ולא במשפט, עמ' 21-22, ולדבריו מסכים פרופ' ברכיהו ליפשיץ, "זה נהנה וזה לא חסר" - זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?"; הפרקליט כרך לו (תשמ"ז), עמ' 70.

3. אי הפגיעה בעניינו של בעל הרכוש ("זה אינו חסר")

תנאי בסיסי לפטור של המתגורר בחצר חברו שלא מדעתו הוא, כי אכן בעל הבית "אינו חסר". הן בתלמוד, והן בספרות הפסיקה, מצוין כי במגוריו בבית גורם אותו אדם תועלת לבעל הבית. בגמרא מסבירים שני אמוראים את התועלת, כל אחד באופן שונה: רב הונא אומר כי אין צריך להעלות שכר לבעל הבית כי יש מזיקים בבית שאין אנשים גרים בו, ולכן, המתגורר בבית גרם הנאה לבעלים.⁹² רב יוסף אמר כי התועלת היא, בכך ש"ביתא מיתבא יתיב", כי "בית שהוא מיושב בדירת בני אדם, יתיב ישובו קיים, לפי שהדרין בתוכו רואין מה שהוא צריך ומתקנין אותו".⁹³

כאשר המתגורר בדירה - והיא דירה חדשה - גרם נזק של השחרת הקירות ("שחרוריתא דאשייתא"), הוא חייב לשלם את שכר הדירה, שכן לא ניתן לומר, במקרה זה, כי בעל הנכס הוא בגדר "לא חסר".

בעניין זה מצאנו דעות שונות בין פרשני ההלכה, וכך סוכמו הדברים באנציקלופדיה התלמודית:

כמה חייב לשלם כשחיסרו דבר מועט, נחלקו ראשונים: יש סוברים שאינו חייב לשלם אלא מה שהחסיר, וכל ששילם לו את ההפסד הרי שוב לא חסר, ונמצא שעל הנאת הדירה הרי הוא 'זה נהנה וזה לא חסר' שפטור. ועל חסרון זה שמשלם, יש מהאחרונים מפרשים שחיובו בתורת מזיק; ויש מפרשים שאין עליו דין מזיק, שאם ישכור פועלים ללבנו תחזור ללבנינותו, ואינו אלא גרמא בנוקין שפטור; אלא שכשנהנה - מתחייב על הנאתו, כשגרם לזה חסרון. ורוב הראשונים חולקים וסוברים שאף על פי שלא חיסרו אלא דבר מועט, משלם לו כל מה שנהנה, וכיון שהשחיר את כתליו מגלגלים עליו את הכל. ויש מסבירים דבריהם, שכל הטעם שפטרו לשלם ביזה נהנה וזה לא חסר' הוא מפני שעל התשלום אחר שכבר דר כופים על מידת סדום, וכשמחסרו, אפילו דבר מועט, הרי על כל פנים כבר אין שייך כאן לומר מידת סדום, ושוב חייב לשלם בעד כל ההנאה. וכתבו ראשונים שאפילו אם אין החסרון אלא פחות משה פרוטה, חייב לשלם הכל. אם אין דרך זה לשכור, באופן שזה לא נהנה וזה לא חסר, והשחיר הכתלים, יש סוברים שאף בזה חייב לשלם, ויש סוברים שפטור. יש מפרשים הדברים בנוגע לחיוב התשלומים בעד כל שכר הדירה, שהמחייבים סוברים שאף זה משלם הכל, והפוטרים סוברים שאינו משלם אלא מה שחיסרו, כיון שלא נהנה, ויש שכתבו שבעד כל שכר

218-203, בעמ' 214.

92 ראה רש"י בבא קמא כא, א, ד"ה שנאמר ושאייה יוכת שער.

93 רש"י שם, ד"ה ביתא מיתב יתיב.

הדירה לדברי הכל אינו חייב לשלם, שהרי לא נהנה, אלא שהמחייבים סוברים שעל כל פנים בעד מה שהחסירו חייב לשלם, והפוטרים סוברים שאינו אלא גרמא וכשלא נהנה פטור אף מדמי החסרון.⁹⁴

(ב) פגיעה בזכות הקניינית מכוח הכפייה על מידת סדום

שתי הלכות ברמב"ם, מהוות בסיס לטענה, שניתן לפגוע גם בזכות קניינית, כאשר מבחינת הצד הנפגע, אין כמעט נזק ממשי, והתעקשותו היא בבחינת "מידת סדום", ואילו לצד השני, יש חשיבות מרובה וצורך רב באותו שימוש בנכס, הגורם פגיעה לצד הנפגע.

הדוגמא הראשונה מתייחסת ליחסים בין שכנים, כאשר מדובר בחשש לפגיעה בזכות הנפגע לאור, מול רצונו של שכנו, לבנות את בניינו בקרקע השייכת לו.

וכך פוסק הרמב"ם בעניין זה:

מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו, ובא חברו לבנות בפניהן, ואמר לו: 'אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה עצמו למעלה מאלו' - הרי זה מעכב עליו, ואומר לו: 'בעת שתפתח החלונות תרעיד את הכותל ותקלקל אותו'.

ואפילו אמר: 'אני אסתור כל הכותל ואבנה אותו לך חדש, ואעשה בו חלונות למעלה, ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה' - יכול לעכב עליו, ואומר לו: 'אין רצוני שאטרח ממקום למקום'.

לפיכך, אם לא היה שם טורח כלל, ואין צריך לפנות - אינו יכול לעכב עליו. וכופין אותו, שיהיה חבירו סותם חלון זה שלמטה ממנו, ועושה לו חלון מלמעלה - שזו מידת סדום.

וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חברו מפסיד ואין חסר כלום - כופין עליו.⁹⁵

לכאורה, מהלכה זו ניתן להגיע למסקנה מרחיקת הלכת, שכל אימת שיש בכוחו של הפוגע לתקן את הפגיעה שנגרמה לזולתו, יש לאפשר לו לפגוע בזולת, ולתקן את הפגיעה. אולם, יש המנסים לצמצם את המסקנה הרחבה שניתן, לכאורה, להסיק מדברים אלה.

לדעת וינרוט,⁹⁶ רק במקרה שהובא על ידי הרמב"ם, נתונה רשות לאדם לממש את זכויות הקניין שלו ולבנות כותל מול חלונות חברו, כל עוד הוא יכול להסיר את אי הנוחות שנגרמת לשכן, באמצעות הזזת חלונו של השכן. מבחינה זו,

94 אנציקלופדיה תלמודית ערך 'זה נהנה וזה לא חסר', כרך יב, טור א, בטורים י"א'.

95 רמב"ם שכנים ז, ח.

96 וינרוט - שימוש לרעה בזכות עמ' עה-עו (בהתבסס על דברי ה'נימוקי יוסף').

קיום האפשרות הטכנית של השכן להזיז את חלונותיו, מבלי שיש לו טורח, ואינו צריך לפנות את דירתו (שכן אם יש לשכן טורח, אין מחייבים אותו), מונעת את זכותו של השכן להתנגד לניצול זכות הקניין של הבונה. בנסיבות אלה, ובנסיבות אלה בלבד, לא מאפשר הדין לשכן, להוציא צו מניעה נגד הבונה, בשל העיקרון של מידת סדום.

על כל פנים, להלכה, פסק הרמ"א כך:

בחלון נגד חלון - מהני. ואם באו שניהם לפתוח, בבת אחת, פתח נגד פתח או חלון נגד חלון, אם אחד מהן אינו חסר וחברו נהנה - כופין על מדת סדום. ואם שניהם כאחד חסרים - יעשו פשרה ביניהם.⁹⁷

הדוגמא השנייה לשימוש בעיקרון הכפייה על מידת סדום, אף כאשר שימוש זה גורם לפגיעה בזכויות הקניין של הזולת, לקוחה אף היא מתחום דיני השכנים, ובמסגרתה מתיר הרמב"ם לאדם לפלוש לתחום קניינו של אחר. ואלו דבריו:

המעמיד סולם קטן, שאין לו ארבעה חוזקין [שלבים] בצד כותלו בתוך חצר של חברו או בתוך שדהו - לא החזיק בנזק זה, וכל זמן שירצה בעל החצר, בונה בצד סולם ומבטל תשמישו.

ואם היה סולם גדול, שיש לו ארבעה חוזקין או יתר - החזיק; ואם בא לבנות ולבטלו - בעל הסולם מעכב עליו, עד שירחיק כשיעור, שהרי מחל לו להעמיד סולם גדול.

לפיכך, כשיבוא בעל הגג להעמיד סולם גדול - בעל החצר יכול למחות, כדי שלא יחזיק עליו. אבל אם העמיד סולם קטן - אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו: 'אין עליך הפסד בזה' - כל זמן שתרצה תטלנו.⁹⁸

בעל 'מגיד משנה' מסביר את ההלכה המאפשרת לשכן אחד להעמיד את הסולם הקטן שלו בתוך חצרו של חברו, ללא הסכמת בעל החצר, בלשון זו:

זה לא נזכר בגמרא בביאור, אבל נזכר בגמרא בהרבה דינים, שכל שזה נהנה וזה אינו חסר - כופין אותו על מידת סדום...

אבל בסולם, שאין יכול להשתמש בו אלא דרך רשות חברו, וחברו יכול לבטלו כל זמן שירצה - ודאי אינו יכול למחות בידו על ההנאה.

והכל מודים בזה, וזה פשוט.⁹⁹

97 רמ"א חו"מ קנד, ג.

98 רמב"ם שכנים ח, ד.

99 מגיד משנה על הרמב"ם, שם, ד"ה אבל אם העמיד.

על אף שהמגיד משנה סבור שהכל מודים לדבריו אלה של הרמב"ם והם פשוטים, ה'טור' מעיר על דברי הרמב"ם: "ואינו נראה; דהיאך ישתמש בשל חברו בעל כורחו?!"¹⁰⁰

ר' יוסף קארו¹⁰¹ מביא את דברי המגיד משנה הנזכרים, בדבר יישום עיקרון "כופין על מידת סדום", כדי להסביר את דברי הרמב"ם, ובכך לתרץ את קושיית הטור.

ואכן, ה'שולחן ערוך'¹⁰² מביא את דברי הרמב"ם להלכה, ובעל ספר מאירת עיניים¹⁰³ מדגיש, שבמקרה שלפנינו, יש לבעל החצר, שבה הוצב הסולם של השכן, אפשרות שליטה על כניסת השכן לחצרו (בלשונו, "ואי אפשר להיות יוצא ונכנס אלא ברשות חברו"). כן, בעל החצר שאצלו מוצב הסולם, אינו ניזק בהיזק ראייה, כאשר נכנס בעל הסולם לחצרו.

על כל פנים, יש כאן הרחבה של השימוש בכלל "כופין על מידת סדום", בסיטואציה של כניסה לחצרו של אדם - אם כי באופן מוגבל, ורק לצורך שימוש בסולם קטן.

העיקרון הוא, אפוא, שכל עוד בעל הזכות הקניינית אינו סובל נזק מחמת השימוש ברכושו, עליו להניח לזולת להשתמש ברכושו. לעניין זה, חשוב אפוא להגדיר, מהו 'נזק', המצדיק את התנגדות בעל הרכושו, לשימוש ברכושו.

הראב"ה¹⁰⁴ פסק, שאם נופו של עץ הנטוע בחצר שכן נוטה אל עבר גג שכנו, והלה מבקש מבעל העץ לעקור את העץ בשל כך, יש לבחון האם הנוף מזיק לבעל הגג, "ואם אינו מזיק לו, כגון זאת - כופין על מדת סדום". אולם, "אם דואג וטוען שלא יזיק לו ויחזיק לאחר זמן כשזיק - חייב לסלק". מכאן, שגם כאשר מדובר בנזק עתידי, אם יש הסתברות כי יקרה, יש לקצוץ את האילן. בכל מקרה אחר, בו העץ אינו מזיק, לא ניתן לכוף על בעל העץ לעוקרו, שכן דרישת בעל הגג היא בגדר מידת סדום, ועל כן כופים עליו, ומורים להשאיר את העץ ממקומו.

ה'טור'¹⁰⁵ דן בזכותו של שכן למחות נגד כוונת שכנו להוסיף מרוב לגג, ולדבריו, "דווקא שיש לו קצת טענה לבעל המרזב, שאין המים מקלחין יפה כבתחילה [יכול למחות], אף על פי שאין לו בזה היזק; אבל בלא טענה - כופין אותו על מדת סדום, רק שיקלחו מימיו יפה".

100 טור ח"מ קנג.

101 בית יוסף על הטור, שם, אות יג.

102 שולחן ערוך חו"מ קנג, יג.

103 סמ"ע חו"מ שם, ל. וכן הוא בנתיבות המשפט חידושים, כה.

104 ראב"ה תשובות וביאורי סוגיות סימן אלף יג.

105 טור חו"מ קנג. מובא ברמ"א חו"מ קנד, ג.

פרק שביעי:

כפייה על מידת סדום בדיני המשכון

בדיון על יישומו של עיקרון הכפייה על מידת סדום בדיני המשכון של המשפט העברי, יהא עלינו להבחין בין משכון רגיל, לבין משכון שיועד במפורש לשם פירעון החוב - אפותיקי.

(א) משכון רגיל

כפי שהוזכר בפרק המבוא, לשאלת יישומו של עיקרון הכפייה על מידת סדום נדרשנו אגב דיון בבקשת חייב להחליף משכון בשל פירעון חלקי של החוב.

ננסה, אפוא, למצוא מקורות מן המשפט העברי, העוסקים בשאלה זוה או דומה¹⁰⁶.

בעניין מי שמבקש לפרוע את חובו לפני שהגיע מועד הפירעון, נפסק כך -

המלווה את חברו לזמן, ובא הלוח לפרעו תוך הזמן בפרוטרוט, דינר דינר, יש אומרים שאין המלווה יכול לעכב ולומר: 'תן לי כל חובי בפעם אחת', דאף פירעון של דינר דינר נקרא פירעון, אלא שיש למלווה תרעומת עליו¹⁰⁷.

עם זאת, הזכות לפרוע חלק מן החוב, אינה מקנה לחייב את הזכות לקבל, בהתאמה, חלק מן המשכון, כעולה מהמשך ההלכה -

ומיהו, אם משכון לו שדהו, או אפילו שתי שדות, אינו יכול לכופו שיחזיר לו חצי המשכונא בחצי המעות.

הש"ך מציע להוראה זו שני פירושים:

מדברי הטור והמחבר, משמע דמיירי [= שעוסק ב[מי]] שמשכון לו שדהו כו' לזמן, ורוצה לפדותו תוך הזמן. ולפי זה, צריך לפרש דאף דהמלווה אינו אוכל פירות מהשדה, אינו יכול לכופו שיחזיר לו חצי המשכונא, כי יוכל המלווה לומר: 'כיון שאתה בא לפדות תוך הזמן, אינני מחויב ליתן לך כלום מהמשכון, כי אני חפץ שיהיה לי משכון טוב, ואני חפץ גם שיהיה המשכון כולו אצלי, כדי שתהיה דחוק לפרוע את שלי לזמן ליקח המשכון. דאין לפרש דמיירי שהמלווה אוכל פירות, דאם כן, מאי איריא [=מדוע מדובר רק במקרה אשר בו

106 תודתי לרב אשר וייס שליט"א, אב בית הדין של "בית דין צדק ובית הוראה - דרכי הוראה", ואחד ממרביצי התורה המרכזיים בדורנו, על המקורות הרבים שמסר בידיי בהקשר זה, במעין תשובה תמציתית לשאלה, ואשר שימשו מסד לכתיבתו של סעיף זה.

107 שולחן ערוך חו"מ עד, ד.

[הוא] פורע חצי? הא [=הרי] אפילו פורע כולו, אינו יכול לכופו לקבל תוך הזמן...¹⁰⁸.

לפי הסבר זה, הנושה אינו רשאי להפיק רווחים מן המשכון, ובכל זאת, אין אנו רואים את התנגדותו להחלפת המשכון כ"מידת סדום", משום שבפיו יש טענה שראויה להישמע: "אני חפץ גם שיהיה המשכון כולו אצלי, כדי שתהיה דחוק לפרוע את שלי".

הסבר נוסף שמציע הש"ך, עולה מדבריו של בעל התרומות, שהוא המקור להלכת ה'שולחן ערוך' -

אבל בבעל התרומות שער ס"ט [ס"ב] שממנו מקור דין [זה], אתי שפיר כפשוטו, דמיירי שם שמשכן לו משכונו שיאכל הפירות עד שיפרע לו כו', עיין שם. והלכך, אי הוה פורע לו כולו - היה יכול לכופו, שהרי לא קבעו זמן ביניהן, רק שאוכל פירות עד שיפרע לו, והרי פורע לו. אבל כשפורע לו מחצה, יכול לומר: 'איני רוצה לקבל, ואכולה שדה יהבית ולא אפלאגא [= על כל השדה נתתי (את ההלוואה)], ולא על חצי, וכל זמן שאין אתה פורע לי כולו - אני אוכל פירות, שהרי כך היה התנאי שיאכל פירות עד שיפרע לו, ועתה אינו פורע לו כולו, עיין שם. ופשוט הוא דאין חילוק בדינים אלו בין משכון קרקע או משכון מטלטלים.

לפי הסבר זה, ההסכם שהיה בין החייב לנושה קבע, שהנושה יהיה זכאי להפיק רווחים מן המשכון, כל עוד לא פרע החייב את חובו. לכן, יש לנושה עניין ברור בהשארת המשכון אצלו, כל עוד לא נפרע החוב בשלמותו, ומובן מדוע יש בכוחו להתנגד לבקשת החייב להחליף את המשכון.

מהסבר זה עולה, שעניינו של הנושה להשאיר בידיו את המשכון המקורי, כדי להפעיל לחץ על החייב, אינו עניין לגיטימי, כאשר ערך המשכון עולה על ערך החוב. משום כך, ייחשב הנושה כמי שנוהג במידת סדום, אם יתנגד להחלפת המשכון במשכון שערכו נמוך יותר, לאחר שנפרע כבר חלק מן החוב.

על הפרשנות המועדפת על הש"ך להלכה, ניתן ללמוד מפירושו להלכה אחרת, שזו לשונה -

כל משכנתא אינה נפדית לחצאין. ואם הביא לו קצת מעותיו, המלווה אוכל פירותיו עד שייתן לו כולם.¹⁰⁹

הש"ך¹¹⁰ קובע שנפלה טעות סופר בהעתקת דברי הרמ"א, וכי הנוסח הנכון הוא - "משכנתא נפדית לחצאין". לפי נוסח זה, הפירוש להלכה הקודמת חייב

108 ש"ך חו"מ עד, יח.

109 רמ"א יו"ד קעב, ג.

110 ש"ך יו"ד שם, ס"ק כב.

להיות כפירוש הראשון שהוצע, ולפיו, המשכנתא נפדית לחצאין, ויש בכוחו של הלווה לדרוש את החלפת המשכון, אלא אם לפי תנאי המשכון, זכאי הנושה להפיק ממנו רווחים עד לפירעון המלא של החוב.

(ב) משכון המיועד לשם פירעון החוב ("אפותיקי")

האפותיקי היא במקורה מילה יוונית או רומית, אך המשמעות שנתנו לה חז"ל היא - "אפה תהא קאי", דהיינו: מכאן תגבה את חובך.¹¹¹

ככלל, ישנם שלושה סוגי אפותיקי: סתם; מפורש; משכנתא. הכללים בדבר גביית חוב המובטח באפותיקי שנויים במחלוקת, וחלקם תלויים בסוג האפותיקי, ובתנאים הספציפיים שנקבעו ביחס לאותו נכס אשר ישמש לפירעון אותה הלוואה או אותו חיוב.

בעניין דרך גביית החוב, כאשר לחייב יש קרקע שהיא אפותיקי, אך הוא אינו מעוניין לפרוע חובו ממנה, בעוד שהנושה מעוניין בכך, ישנן ארבע דעות, וכך הן מסוכמות באנציקלופדיה התלמודית:

(א) המלווה, אם ירצה, יכול לגבות חובו משדה אחרת כדינו, שאם האפותיקי היא זיבורית, ודינו של בעל חוב הרי הוא בבינונית, יכול לגבות משדה אחרת שהיא בינונית, ששעבודו משאר הנכסים לא נפקע, אבל הלווה אין יכול לדחותו לקרקע אחרת, שאפילו אם האפותיקי היא עדית - אינו יכול לדחותו לבינונית, שיחוד שדה האפותיקי הוא לטובת המלווה, ליפות את כחו;

(ב) שניהם אינם יכולים לדחות אחד את חברו לשדה אחרת;

(ג) שניהם יכולים לדחות כל אחד את חברו, שיגבה מקרקע אחרת כדינו מבינונית, בין שהאפותיקי היא עדית ובין שהיא זבורית. והלווה יכול לדחותו אפילו מבינונית לבינונית, שהרי תלה ואמר: 'אם לא יפרענו'. וכשמסלקו בשאר נכסים - הרי פורעו ואין למלווה כוח לגבות בזו יותר מבשאר נכסיו. ואין האפותיקי מועילה לייחוד אותה קרקע אלא לעניין כשמכר אותה הלווה;

(ד) הברירה תמיד ביד הלווה, שהוא יכול לסלק את המלווה בשאר נכסים, לפי שיחוד האפותיקי הוא לטובת הלווה, שהמלווה לא יוכל לרדת לקרקע אחרת, ובלבד שאותה הקרקע שרוצה ליתן לו תהיה בינונית, אבל המלווה אינו יכול לגבות משאר נכסים.¹¹²

111 ראה בהרחבה: ערך "אפותיקי", אנציקלופדיה תלמודית ב, עמ' קל ואילך.

112 שם, עמ' קל.

לפי הדעה הרביעית, ומסתבר כי גם לפי הדעה השלישית, אם מעוניין הלווה לפרוע חובו מנכס אחר, אין בכוחו של המלווה לתבוע פירעון דווקא מנכס האפותיקי.¹¹³

(ג) שומא הדר¹¹⁴

עיקרון נוסף, הקרוב לעיקרון הכפייה על מידת סדום, ובו נעשה שימוש נרחב בדיני המשכון, הוא עיקרון 'שומא הדר',¹¹⁵ הקובע, שלעולם יש לאפשר לחייב לפדות את המשכון מידי של הנושה. עיקרון זה, בדומה לעיקרון הכפייה על מידת סדום, מבוסס על ההוראה שבתורה - "וְעֲשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב" (דברים ו, יח).¹¹⁶

עיקרון 'שומא הדר' הינו חלק מדיני היושר של המשפט העברי,¹¹⁷ ולענייננו, חשוב לציין כי הזכות המוקנית לחייב, מכוחו של עיקרון זה, היא זכות אישית, שאין בכוחו להעבירה לאחרים.¹¹⁸

ה'חתם סופר'¹¹⁹ רואה בכללי 'שומא הדר' סטייה מדין התורה, שכן "מן התורה, כיון ששמו ליה ב"ד [=ששמו לו, בית הדין] לבעל חוב, הרי היא שלו לחלוטין ולצמיתת עלמין". אולם -

... ראו חז"ל, דיותר טוב וישר הוא שיהיה שומא הדרא. אפילו אחר שהחזיק זה הלוקח בו, כמה וכמה שנים, יבואו בעלים הראשונים, ויסלקוהו בזווי, ויוציאהו ממנו. מפני שראו חז"ל, כי בקושי גדול אדם מניח קרקע ביד אחר. ומכל שכן, בית דירתו. ולבו של אדם דוה עליו. והיה זה אכזריות גדול, אם יחזיק הנושה הזה בקרקעו של זה, אשר

113 בהתאם לקביעה זו, ולתפיסה העקרונית שצוינה כבר לעיל, הערה 65, מפרשת ליטוינסקי, אשר ממנה עולה, כי ניתן לאמץ מן המשפט העברי כללים או עקרונות, המתיישבים עם הצדק, גם אם בתוך המשפט העברי עצמו יש מחלוקות לגבי אותם כללים, הכרעתי בהחלטתי בפרשת **ביטון הנ"ל**, שיש בכוחו של החייב לתבוע את החלפת המשכון, כאשר חלק מן החוב כבר נפרע.

114 סעיף זה מבוסס על פסק דין שכתבתי לאחרונה, בבש"א 3701/08 **אליהו קנפלאר נ' אמיר אריק, עו"ד, כונס נכסים** (להלן: פרשת קנפלאר; ההחלטה מיום י"ד אדר תשס"ט, 10.3.09), שעסק בזכות החייב לפדות את המשכנתא הרשומה על דירתו, לאחר שהחלו כבר הליכי ההוצאה לפועל ואף נחתם חוזה מכר בין כונס הנכסים לאדם שוכה במכרו על הדירה. החל מפסקה 258 של ההחלטה, מצוי דיון נרחב בעיקרון שומא הדר במשפט העברי, על רקע דיון מקיף בגרדי גביית חוב מנכסים משועבדים, במשפט העברי.

115 **בבא מציעא** לה, א.

116 ראה להלן, בטקסט שלאחר הציון להערה 124.

117 ראה הניתוח של פרופ' משה זילברג, המובא בספרו, **כך רכבו של תלמוד ירושלים** תשכ"ב, עמ' 98-105, וכן בספר **כל כתבי משה זילברג ירושלים תשנ"ח**, עמ' 536-543. את דבריו הבאנו בהרחבה בפסק הדין בפרשת קנפלאר, פסקאות 282-289.

118 ראה **רמב"ם** מלווה ולווה כב, טז-יז; **שולחן ערוך** חו"מ קג, ט-יא; **ערוך השולחן** חו"מ קג, ח.

119 שו"ת **חתם סופר** ה (חו"מ) יא, ד"ה הנה ידוע.

באה לידו שלא ברצון המוכר, כי אם מחמת דוחקו, והבית דין החליטו לו. וזה הוא בכלל 'וְעֵשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב' [דברים ו, יח]¹²⁰.

עינינו הרואות, שאותו קו מוסרי של צדק והרתיעה ממיצוי הדין, בבחינת 'יקוב הדין את ההר', כאשר מיצוי הדין יוביל לתוצאות קשות, שאין הצדקה מוסרית לקיומן, הוא בריח התיכון בין הדיון בהחלפת משכון מנכס יקר לנכס זול יותר, כשאין הדבר פוגע בזכויותיו של הנושה, לדיון בזכותו של החייב לדרוש את השבת המשכון לידי, תמורת פירעון החוב.

פרק שמיני:

מקורות נוספים ליישום עקרונות כלליים של צדק, על פי המשפט העברי

הן במשפט העברי והן בפסיקה שהתבססה על מקורות המשפט העברי, מוזכרים ערכים כלליים, אשר מכוחם ניתן לכפות על אדם נורמות מוסריות.

(א) מה ששנא עליך, אל תעשה לחברך ("דעלך סני לחברך לא תעביד")

את הכלל הידוע - "מה שעליך שנא, לחברך אל תעשה", אמר (בארמית) הלל הזקן, למי שביקש ללמוד את התורה כולה על רגל אחת¹².

על כלל זה אמר השופט אליקים רובינשטיין -

דברים פשוטים מאין כמותם וקולעים מאין כמותם; אל תעשה לחברך את השנא עליך; שקול בכל עת כיצד היית מבקש שינהגו בך. **ספר החינוך** (מצוה רמ"ג) מנסח את המצווה "לאהוב כל אחד מישראל אהבת נפש, כלומר, שנחמול על ישראל ועל ממונו כמו שאדם חומל על עצמו וממונו, שנאמר, ואהבת לרעך כמוך, ואמרו זיכרונם לברכה, דעלך סני לחברך לא תעביד, ואמרו בספרי, אמר ר' עקיבא, זה כלל גדול בתורה כלומר שהרבה מצוות שבתורה תלויין בך, שהאזהב חברו כנפשו לא יגנוב ממנו ולא ינאף את אשתו, ולא יונהו בממון ולא בדברים ולא יסיג גבולו". ראו **דרשת ר' יהושע אבן שעניב** (ספרד, המאה הי"ד) (פרשיות אחרי מות וקדושים דיבור המתחיל אמר), "ועיקר מצוה זו אינה שיאהב אדם לחברו כמוהו, כי האיך יתכן שתצווה תורה מה שאינו טבע ולא יתכן, וכמו שדרשו ר' עקיבא, חייך קודמין לחיי חברך, ... אבל פירוש המצווה שלא יזיקהו בגופו ובממונו ולא יגרום לו שום נזק ויאהב ממון חברו כשלו". וראו **המהרש"א** (ר' שמואל איידלס, פולין, המאות הט"ז-י"ז), חידושי אגדות שבת ל"א ע"א, דיבור המתחיל דעלך סני: "אמאי שינה לומר בלשון שלילה "דעלך סני" ... ויש לומר דמשמע ליה דקרא לא איירי אלא בכי האי גוונא... אבל לגבי לעשות לו טובה לא קאמר 'ואהבת לרעך כמוך', כדאמרין, חייך קודמין לחיי חברך"; ובתרגום חופשי: מדוע שינה לומר בלשון שלילה ("מה שעליך שנא")... ויש לומר שדעתו היא כי הפסוק אינו עוסק אלא בכגון דא... אבל באשר לעשיית טובה לא אמר 'ואהבת לרעך כמוך', שכפי שאומרים אנו, 'חייך קודמין לחיי

חברך'. את הניסוח של מה שעליך שנוא לחברך לא תעשה מסביר איפוא המהרש"א כמאזן בין הנסיבות של אי פגיעה בזולת לנסיבות של עשייה טובה פוזיטיבית: 'ואהבת לרעך כמוך', לדבריו, עניינו הגישה הראשונה, נוכח טבע האנוש. ראו גם אנציקלופדיה תלמודית כרך א', ערך 'אהבת ישראל' ע' ר"ג.¹²²

(ב) "נשאת ונתת באמונה"

רבא לימד,¹²³ ששאלה ראשונה שנשאל אדם לאחר פטירתו, בבואו בפני בית דין של מעלה, היא זו: "נשאת ונתת באמונה?" ביטוי זה מזכיר מאוד את חובת תום הלב בניהול משא ומתן, לפי סעיף 39 לחוק החוזים.

בהקשר זה, אמר השופט מנחם אלון -

מעניין הדבר שגם במשפט העברי מופיע המושג משא ומתן באמונה, אך משמעותו של מושג זה במשפט העברי הוא בתחום המוסרי דתי, ללא נפקות משפטית של מתן סעד של אכיפה או פיצויים.

כך, למשל, נאמר במכילתא, פרשת בשלח, מסכתא דויסע, פרשה א (מהדורת הורוביץ - רבין, בע' 158):

'כל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו, מעלין עליו כאילו קיים כל התורה כולה'.

ובמסכת שבת, לא, א, אנו גורסים:

'אמר רבא: בשעה שמכניסין אדם לדין (-בבית דין של מעלה - מ'א') אומרים לו: נשאת ונתת באמונה? קבעת עתים לתורה? (וראה שולחן ערוך, אורח חיים, סי' קנו).

כאמור, דברים אלה מתחום החובה המוסרית-דתית שבהנהגתו של אדם הם, ובמפורש נתיחד מושג זה להוראה שאין לה נפקות משפטית. כך למשל נקבע לענין הסכם שבין שני צדדים שטרם הגיע לשלב של תוקף משפטי מחייב, שמן הראוי שהצדדים ימלאו אחריו, כדי שלא ידבק הפגם המוסרי של 'מחוסר אמנה' (בבא מציעא, מט, א).

וכך מנוסחים הדברים ברמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה ח:

'הנושא ונותן בדברים בלבד (ללא פעולת קנין, ולכן המקח אינו תקף) הרי זה ראוי לעמוד לו בדבורו... וכל החוזר בו בין לוקח בין מוכר... הרי זה ממחסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו...¹²⁴

122 פרשת בן אבו פיסקה טו הראשונה.

123 שבת לא, א.

124 פרשת רוט, עמ' 633-634. וראה לענין זה גם את דברי השופט רובינשטיין בפרשת בן אבו,

אכן, בשל אופיו האגדי של מקור זה, העוסק בדינו של אדם בפני בוראו, לאחר מיתתו, נראה כי קשה יהיה ליתן פסק דין אכיף מכוחו.

(ג) "ועשית הישר והטוב"

את הציווי הכללי - "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח), מפרש הרמב"ן כך:

ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו: 'זו פשרה לפני משורת הדין'. והכוונה בזה, כי מתחילה אמר שתשמור חוקותיו ועדותיו אשר ציווך, ועתה יאמר גם באשר לא ציווך, תן דעתך לעשות הישר והטוב בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר. וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיוקוני הישוב והמדינות כולם. אבל, אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון: לא תלך רכיל (ויקרא, יט, טז), לא תקום ולא תטור (שם, שם, יח), ולא תעמוד על דם רעך (שם, שם, טז), לא תקלל חרש (שם, שם, יד), מפני שיבה תקום (שם, שם, לב), וכיוצא בהן, חזר לומר, בדרך כלל, שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין, וכגון מה שהזכירו בדינא דבר מצרא.¹²⁵

שימוש אופייני בכלל זה של "ועשית הישר והטוב", ניתן למצוא בתשובת ה'חתם סופר',¹²⁶ בה נפסק שקהילה שהרסה את גג ביתה של אלמנה על מנת למנוע התפשטותה של דליקה, חייבת לפצות את האלמנה על הנזק שנגרם לה, אף שבנסיבות העניין ברור היה שאילולי הריסת הגג, הוא היה נשרף, ונמצא שהריסתו לא הסבה נזק של ממש לאלמנה.

אומנם, על פי רוב, העיקרון של "ועשית הישר והטוב" מוגדר כ"לפנים משורת הדין", נורמה ראויה, שאין אוכפים את קיומה. אולם במקרים של ציבור (ראה מאמרי הנ"ל), או כאשר הצד שנדרש לעשות את הישר והטוב הוא עשיר, הכריעו הפוסקים שניתן לכפות עליו את קיומה של הנורמה הראויה.¹²⁷

פיסקה טו השנייה, וכן את דברי השופט אנגלרד בפרשת קל בנין.

125 פירוש רמב"ן לתורה, דברים ו, יח. דברים דומים כותב הרמב"ן גם בפירושו לויקרא יט, ב: דרך התורה לפרוט ולכלול בכיוצא בזה; כי אחרי אזהרת פרטי הדין בכל משא ומתן שבין בני אדם - לא תגנוב ולא תגזול ולא תונו ושאר האזהרות - אמר בכלל: עשית הישר והטוב, שיכניס בעשה היושר וההשויה וכל לפני משורת הדין לרצון חבריו. וראה גם את דבריו של השופט אלון בפרשת רוט עמ' 634-636.

126 שו"ת חת"ם סופר יו"ד רלט. בתשובה זו עשיתי שימוש גם בפסק הדין בת"א (י-ם) 2220/00 מפעלי תאורה א' הכט בע"מ נ' רשות הדואר, פיסקה 100. וראה גם את מאמרי, "חיוב על נזק בגרמא ועל מניעת רווח", תחומין כו (תשס"ו), 341, בעמ' 345-346; נוסח רחב ומפורט יותר של המאמר, פורסם לאחרונה תחת הכותרת משה דרורי, "סיבתיות בדיני נזיקין (גרמא) ומבטל כיסו של חברו) במשפט העברי: יישום העקרונות והפעלתם במשפט הישראלי הציבורי", בתוך: איגוד - מבחר מאמרים במדעי היהדות, כרך א: המקרא ועולמו, ספרות חז"ל, משפט עברי ומחשבת ישראל בעריכת יעקב שוורץ, אברהם מלמד ואהרן שמש, הוצאת האיגוד העולמי למדעי היהדות, ירושלים תשס"ח, עמ' 233-251.

127 מרדכי בבא מציעא פרק ב, רמז רנו; ב"ח חו"מ יד, ד. וראה גם במאמרי הנ"ל בהערה הקודמת.

פרק תשיעי:

שימוש לרעה בזכות במשפט הישראלי

מאחר שלא נמצאה בפסיקת בתי המשפט אסמכתא של ממש לטיעון שאין בית המשפט מוסמך להמיר שיעבוד נכס אחד בשיעבוד נכס אחר,¹²⁸ יש לבחון האם רשאי צד לחוזה לעמוד על זכותו בהתאם לחוזה, אף כאשר עמידה זו מנוגדת לעקרונות הצדק.

(א) עיקרון תום הלב

1. קיום חוזה בתום לב

לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן - "חוק החוזים"), "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב, והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה".

משמעות הסעיף היא, שלכל חוזה, הן בדרך קיומו והן בדרך שימוש בזכות הנובעת ממנו, יש מעין "תנאי מכללא", הקובע שבקיום זכויותיהם על פי החוזה, חייבים הצדדים לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

את עיקרון תום הלב הגדיר השופט ברק בלשון זו -

עקרון תום הלב קובע את אופן התנהגותם של אנשים שמציאות החיים הפגישה ביניהם. הוא קובע כי התנהגות זו צריכה להיות ביושר ומתוך הגינות כנדרש על פי תחושת הצדק של החברה בישראל... תום הלב אינו מניח 'מידת חסידות'... תום הלב אינו דורש כי האחד לא יתחשב באינטרס העצמי שלו... עקרון תום הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם - לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם - אדם.¹²⁹

משמעותו של המושג "תום לב" בהקשר זה, שנויה במחלוקת.

ופסק דיניי בפרשת רחלין, שהובא לעיל, בפסקה 45.

128 בפסק הדין שנתתי בפרשת ביטון, הובאו אמנם תקדימים אחדים לכך שבתי המשפט נמנעו מהמרת שיעבוד בנסיבות דומות. אולם, תקדימים אלו היו מבתי משפט מחוזיים או בית משפט השלום, שאינם מחייבים את בית המשפט המחוזי בירושלים, ואף נמצאו הבדלים משמעותיים בין הנסיבות שבהם עסקו פסקי דין אלה לנסיבות שבהן עסק בית המשפט בפרשה זו, ואפשר שבשלהם הכריעו בתי המשפט כפי שהכריעו.

129 פרשת רוקר, שהובאה לעיל בפסקה 17, בעמ' 280 של פסק הדין.

פרופ' גבריאלה שלו¹³⁰ סברה, שאמת המידה לעקרון תום הלב היא סובייקטיבית, כלומר, שיש לבחון האם צד לחוזה, בהתאם להשקפת עולמו, ערכיו, והנסיבות המיוחדות שבהן פעל, נהג בתום לב.¹³¹

אולם, השקפה זו נדחתה מפני השקפתו של השופט ברק, שהתקבלה בפסיקת בית המשפט העליון, ולפיה אמת המידה לעקרון תום הלב היא אובייקטיבית, במובן זה שאת קיומו של תום לב יש להסיק מ"אמות מידה כלליות, שעל פיהן מסיקים מהי ההתנהגות הראויה שיש לצפות לה מצד לחוזה".¹³²

השופט מנחם אלון רואה את הוראת סעיף 39 לחוק החוזים כ"חלק מהותי מהעיקרון הכללי של 'ועשית הישר והטוב' שבמשפט העברי"¹³³. לדבריו, "יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי 'מדת חסידות' ללא נפקות משפטית ואין בית-המשפט כופה עליה, ויש וחוסר תום הלב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו, לעמוד כנגדו, 'להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה'¹³⁴".¹³⁵

באחד מפסקי דינו,¹³⁶ מכנה השופט מנחם אלון את ההוראה שבסעיף 39 לחוק החוזים כהוראה שהיא בבחינת הנשמה היתירה של המשפט, שבלעדיה לא יוכל המשפט להבטיח ערכים של ישר וצדק, אלא שהוא מדגיש, שמכוחו של עיקרון תום הלב לא ניתן לייצר "חיובים שלא באו לעולם בכוונת הצדדים", כי מערכת משפט אינה יכולה לעמוד בחוסר היציבות המשפטית, הנובעת מיצירתם של חיובים ש"הורתם ולידתם כל כולם בעקרון תום הלב ובעיקרון זה לבדו".

גישה מרחיבה יותר לתחולתו של העיקרון משתמעת מפסק דין של השופט ברק, בו הוא מכנה את ההוראה שבסעיף 39 לחוק החוזים כ"הוראת מלכותית", שלה פנים רבות: "יש שהיא מטילה חובות שזכרן לא בא במפורש בחוזה שבין הצדדים, יש שהיא מעניקה סעדים חדשים הדרושים להגשמתה... יש שהיא

130 ג' שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן", **משפטים ז** (תשל"ו), 118.

131 גישה זו אומצה על ידי השופט יצחק כהן - לימים, נשיא בית המשפט העליון, בע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי**, פ"ד לב(1) 231, 248.

132 ראה: בג"צ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים** פ"ד לה(1) 828, 835 (להלן: פרשת שירותי תחבורה); **בפרשת רוקר** הוזכרה מחלוקת זו שוב. הנשיא ברק חזר על עמדתו כי מדובר במבחן אובייקטיבי. לעומתו, השופט חשין צידד בעמדה שהמבחן צריך להיות סובייקטיבי, אך גם הוא ציין כי כיום כבר התגבשה ההלכה כי המבחן הוא אובייקטיבי (שם, עמ' 256). אף פרופ' שלו, בספרה **דיני חוזים - החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי ירושלים תשס"ה**, עמ' 100 ואילך, אומרת ש"בפסיקת בית משפט העליון נקבע כי מבחנו של עקרון תום הלב הוא בעיקרו אובייקטיבי, במובן זה שעניינו בצורת התנהגות הנקבעת לפי אמות מידה כלליות, שעל פיהן מסיקים מהי ההתנהגות הראויה שיש לצפות לה מצד לחוזה".

133 **פרשת רוט**, עמ' 636, בין האותיות ד-ו.

134 ע"פ שורת הרא"ש עח, ג.

135 **פרשת רוט** שם.

136 ע"א 391/80 **לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ** פ"ד לח(2) 237, 264 בין האותיות ג-ו.

פועלת כחרב, יש שהיא מהווה אך מגן, יש שהיא פועלת במישור הזכויות, יש שהיא פועלת במישור הסעדים.¹³⁷

סיכום של המצב המשפטי בהקשר זה, ניתן לראות בסעיף 2 לתזכיר להצעת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי), התשס"ו-2006,¹³⁸ הקובע כי "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב". עם כניסתו לתוקף, "יחול עקרון תום הלב על כל המשפט האזרחי מכוח ההוראה הכללית של סעיף 2, להצעת חוק דיני ממונות, הקובעת את עיקרון תום הלב כעיקרון על".¹³⁹

137 בג"צ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מז(4) 702, 708, בין האותיות א-ב.

138 ההצעה ודברי ההסבר פורסמו במאגר המשפטי "נבו", וכן באתר משרד המשפטים.
139 ג' שלו, לעיל הערה 132, עמ' 92. בפסיקה של בית המשפט העליון נעשה שימוש בעיקרון תום הלב גם כאחד מאמות המידה לקביעת סמכויות בתי המשפט ובתי הדין הרבניים. ראה דברי השופט (כתוארו אז) מנחם אלון בבג"ץ 566/81 **אליהו עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול פ"ד לז(2) 1**, בעמ' 9, מול האות ז' (לדבריו הסכימו השופט (כתוארו אז) אהרון ברק, והשופט שושנה נתניהו):

משבא לעולמנו סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, לא תישמע טענת חוסר סמכות במקרה דנן, גם משום שיש בכך, בנסיבות שלפנינו, שימוש בזכות טענת חוסר סמכות שלא בדרך מקובלת ובתום לב.

ובהמשך, לאחר שהביא אסמכתאות משפטיות נוספות והיבטים מענפי משפט אחרים, הוא מתייחס לעניין שבפניו ואומר:

כך לענין עיקרון המניעות שלפנינו. הורתו ולידתו של עיקרון זה בפסיקתן של בית משפט זה, לאחר מכן מעוגן הוא בסעיף 7(ב)(4) לחוק בתי המשפט (כיום: סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה - מ.ד.), ועם חקיקתם של סעיפים 39 ו-61(ב) [לחוק החוזים] האמורים, חזר ובא לעולם כחלק מעיקרון ההתנהגות בדרך מקובלת ובתום לב שבכלל המערכת המשפטית הישראלית (שם, בעמ' 10, מול האות ד').

על רעיון זה חזר השופט מנחם אלון (ולדבריו הסכימו גם השופט - כתוארו אז - שלמה לזין, והשופטת שושנה נתניהו) בע"א 700/81 **מיכל פז נ' אליהו פז** פ"ד לח(2) 736, בעמ' 742, בין האותיות א-ב:

דומה עלי שמשבא לעולמנו עיקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ומשנתקבל עיקרון זה כעיקרון שמצודתו פרושה, מכח הוראת סעיף 61(ב) של חוק החוזים (חלק כללי) - על כל המערכת המשפטית בישראל (ראה פרשת עמרני, בעמ' 9-10), מן הראוי שעיקרון זה ישמש כנקודת מוצא וקצן מנחה גם בסוגיית הכריכה על פי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), התשל"ג-1953, ואולי מתוך כך תבוא סוגיה זו על הסדרה הנאות.

בתי הדין הרבניים עשו אף הם שימוש בעיקרון תום הלב, לצורך הכרעה בענייני סמכותם שלהם. בשנה האחרונה הגיעו לבית המשפט העליון שתי עתירות בעניין זה, ובשתיהן, אימץ בית המשפט העליון את עמדת בתי הדין הרבניים, לפיה כאשר מנסיבות העניין נראה שהניסיון לעשות שימוש בהליך "בקשה ליישוב סכסוך" בבית המשפט לענייני משפחה נגוע בחוסר תום לב, פתיחתו של הליך מסוג זה לא תפגע בסמכויות השיפוט של בית הדין הרבני (ראו: בג"ץ 5318/07 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (פסק הדין ניתן ביום א' תמוז התשס"ט, ופורסם במאגר המשפטי "נבו"); בג"ץ 58/08 **פלונית נ' בית הדין האזורי בחיפה** (פסק הדין ניתן ביום ו' בשבט התש"ע).

להרחבה בעניין זה ראה גם: ד' שוורץ, "תחולתו של עיקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח, 1998) 231-295; הנ"ל **סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות** (קריית אונו, תשס"ז).

2. החלת עיקרון תום הלב של דיני החוזים על השימוש לרעה בזכות הקניינית

החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, הורחבה, מכוח סעיף 61 לחוק החוזים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה.

לדעת פרופ' אריאל רוזן צבי, אין מקום לתחולת סעיף 39 לחוק החוזים, כאשר עוסקים אנו בפגיעה בזכות קניינית, משום ש"הפיתרון שבחר חוק המקרקעין הוא מיוחד לדיני הקניינים, השונים במהותם מחיובים אחרים שבדין, ומכוון להסדר תחום זה בדרך התואמת אותו".¹⁴⁰

אולם, לימים נדחתה עמדה זו, והתקבעה הדעה, שעיקרון תום הלב לפי סעיף 39 של חוק החוזים, עשוי לחול גם על השימוש לרעה בזכות הקניינית.¹⁴¹

אומנם, נראה כי היקף תחולתו של עיקרון תום הלב בדיני הקניין יהיה מצומצם מהיקף תחולתו בדיני החוזים -

דרישות תום הלב בגדרי זכות הקניין אינן זהות לדרישות תום הלב בגדרן של זכויות החיובים. מהותה של הזכות משפיעה על היקף פעולתו של עקרון תום הלב בגדריה... מהותה של הזכות לפי חוק המקרקעין... לא הרי חובת ההגינות של בעל הקניין כהרי חובת ההגינות של הזכאי על פי חיוב.¹⁴²

3. תוצאותיה של הפרת החובה לנהוג בתום לב

לדעת השופט חיים כהן,¹⁴³ דין קיום חוזה תוך הפרת החובה לנהוג בתום לב ייחשב כהפרת החוזה, על כל המשתמע מכך.

השופט ברק מרחיב יותר את קשת הסעדים אשר בית המשפט יהיה נכון להעניק לצד שנהגו כלפיו בחוסר תום לב, כאשר הוא קובע כדלקמן:

לעתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או

140 א' רוזן-צבי, "שימוש לרעה בזכות מקרקעין (לפרשנות סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969)", *עיוני משפט*, ד (תשל"ז), 651, בעמ' 669. בשעתו, היו לדעה זו היו סימוכין רבים בפסיקת בתי המשפט בישראל, שעליהם מתבססת מסקנתו של רוזן צבי.

141 ראה: א' ידן, "העיקרון של תום לב בחקיקה החדשה", *ספר אורי ידן - האיש ופועלו* (בעריכת א' ברק וט' שפניץ), כרך א (תש"ן), עמ' 281; י' ויסמן, *דיני קניין - בעלות ושיתוף* (ירושלים תשנ"ז), כרך ב, עמ' 71; דברי השופט דברי השופט אנגלרד *בפרשת רוקר עמ' 221*, בין האותיות ג-ד, ודברי השופט ברק, שם, עמ' 277, מול האות א', ו'.

142 דברי השופט ברק, *פרשת רוקר עמ' 279*.

143 ע"א 380/77 *שלמה נ' יעקוב*, פ"ד לג (2) 103, 105, בין האותיות א-ב.

שלילת כוח, הנתון לבעל החוזה המפר על-פי הוראות החוזה. לעתים התוצאה אינה אלא זו, שהפעולה, שבוצעה תוך הפרת החובה, אינה משתכללת ואינה תופסת.¹⁴⁴

(ב) השימוש לרעה בזכות הקניינית

יש הרואים בסעיף 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט 1969 (להלן - "חוק המקרקעין"), הקובע ש"בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר", מקור משפטי נוסף, השולל את כוחו של בעל הרכוש לנהוג ברכושו בדרך שאינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק והיושר.

ברם, עמדה זו שנויה במחלוקת. לדעת השופט אנגלרד, ההוראה שבסעיף 14 מאפשרת לבית המשפט לבחון, האם בעל הזכות הקניינית עושה שימוש סביר ותם לב בזכותו הקניינית, ואם יסיק שהשימוש בזכות הקניינית לא סביר או שהוא נגוע בחוסר תום לב, מוסמך בית המשפט למנוע את השימוש בזכות, בדרך הפוגעת באחרים.

דעה זו היא דעת מיעוט, שאינה מקובלת על רוב השופטים, הסבורים ש"זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, בעיקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה שרירות בעלים, וסבירות הינה אויבתה של השרירות",¹⁴⁵ ובשל כך קובעים, שהשימוש בסעיף 14 ייעשה רק במקרים נדירים וחריגים.

המבחנים והשיקולים שנקבעו ליישומו של סעיף 14 לחוק המקרקעין בפרשת רוקר¹⁴⁶ הם אלה:

144 פרשת שירוני תחבורה עמ' 838-839.

145 השופט חשין ברע"א 7112/93 צונדלר נ' יוסף, פ"ד מח (5), 550, בעמ' 567, מול האות א.

146 פרשת רוקר שם, עמ' 242-244, מפי השופט יעקב טירקל; הנשיא אהרון ברק מאמץ אמות מידה אלה ומצטטן בפסק דינו (פרשת רוקר עמ' 281, מול האותיות ג-ה), ולמעשה, עמדה זו אומצה על ידי רוב שופטי ההרכב, למעט השופט אנגלרד, בעל דעת המיעוט. פרשת רוקר, והשלכותיה, רחבה יותר מאשר נכתב בטקסט. נושא זה מחייב עיון נפרד והיבור העומד בזכות עצמו.

פרשת רוקר והניתוח של העמדות השונות המובאות בה והשפעתן על דיני הקניין, זכתה להתייחסות נרחבת בספרות האקדמית העוסקת בדיני קניין, הן במסגרת המושגית של הקניין והן בניתוח תכונות הקניין. נקודת המוצא לדיונים הינה, החיבורים היסודיים של פרופ' יהושע ויסמן, דיני קניין (על שלושת החלקים שבו), כאשר הבסיס ההתחלתי הינו הניתוח בספר הראשון (דיני קניין, חלק בלתי) ובספר השני (דיני קניין, בעלות ושיתוף, במיוחד עמ' 26-27, 42-45). פרופ' מיגל דויטש הקדיש לנושא זה את הדברים שבתחילת ספרו קניין, כרך א, עמ' 77, וכן בעמ' 286-287, והוא מפרש ומסביר את האמור בפרשת רוקר, ואת מיון עמדותיהם של השופטים, בספרו השלישי בעמ' 294, הערה 183. פרופ' חנוך דגן, קניין על פרשת דרכים (תל אביב, תשס"ה - 2005), פותח את ספרו בפרק הנושא כותרת "על מושג קניין", בניתוח פסקי הדין של השופטים השונים בפרשת רוקר (שם, בעמ' 19 ואילך).

עוצמתה של הזכות הקניינית שנפגעה - ככל שעוצמתה של הזכות הקניינית הנפגעת בשל השימוש לרעה בזכותו הקניינית של הזולת תהיה רבה יותר, כך יתרחב היקף שיקול דעתו של בית המשפט.

עוצמתה של הפגיעה בזכות - ככל שהפגיעה בזכות הקניינית, בשל השימוש לרעה בזכותו הקניינית של הזולת תהיה קשה יותר, כך יתרחב היקף שיקול דעתו של בית המשפט.

עוצמת התוצאות של הסרת הפגיעה לגבי הפוגע בזכות - שיקול משני בחשיבותו, ולפיו, ככל שהסרת הפגיעה תסב נזק רב יותר לפוגע בזכותו של הזולת, כך יצטמצם שיקול דעתו של בית המשפט.

התנהגות בעלי הדין - ככל שהעדר תום הלב בולט וקשה יותר, כך יתרחב שיקול דעתו של בית המשפט, והוא יראה עצמו חפשי למנוע שימוש לרעה בזכות.

(ג) הסמכות הטבועה של בית המשפט

במדינת ישראל, נדרש כל שופט להתחייב בעת מינויו "לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים"¹⁴⁷. לדעת השופט (כתוארו אז) מישאל חשין, מכוחה של התחייבות זו, מוטלת על כל שופט חובה -

לעשות ככל יכולתו לשלב ולמוזג בין השניים - בין החוק ובין משפט הצדק, וסדק - או סדק לכאורה - כי ייגלה בין שני אלה שומה על השופט לעשות לגישור ולפישור בין השניים, מתוך מודעות כי החוק נועד למקרה ה'ממוצע' וכי יש שמערכת המוצגת לפניו היא כה רחוקה מן ה'ממוצע' עד שיש להשלים מעט, לחסר מעט, 'לפרש' על דרך שלא תביא לעוול, למשפח, לאבסורד.¹⁴⁸

לדבריו, את הסמכות להעניק סעד שאין לו זכר בחוק, שואב בית המשפט מן ההוראה הכללית שבסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשנ"ד - 1984, לפיה "כל בית משפט הדן בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא תעשה, צו ביצוע וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".¹⁴⁹

¹⁴⁷ סעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה.

¹⁴⁸ פרשת רוקר עמ' 267, בין האותיות ד-ה.

¹⁴⁹ ראה שם, עמ' 268, בין האותיות ד-ה. לעניין סמכותו הטבועה של בית המשפט, במקרה אחר, אף כי העקרונות דומים, ביחס להארכת מועדים, ראה את הגישות השונות של השופטים הן בע"א והן בד"נ בפרשה זו: ע"א 597172 יגאל בן שחר נ' יוסף מחלב, פ"ד כח (2) 449, מפי השופטים חיים כהן, אליהו מני ויצחק כהן ובד"נ 22/73 יגאל בן שחר נ' יוסף מחלב, פ"ד כח (2) 89, מפי השופטים הלל, ולהם התווספו השופטים צבי ברנזון ושלמה אשר.

השימוש שעשה השופט מישראל חשין במקורות חקיקתיים אלו נועד אמנם כדי להגביל את התובע, ולשמש טענת הגנה טובה לנתבע, אולם נראה כי אין סיבה של ממש שלא לעשות שימוש במקורות אלו גם כדי להקנות לבית המשפט את הסמכות להעניק לתובע סעד, מכוח עקרונות תום הלב.

השופט ברק חולק על גישתו של השופט חשין, ולדבריו, אין להרחיב את מושג הסמכות הטבעית או הטבועה של בית המשפט מעבר לעניינים שנוגעים לסדרי הדין והדיון, ויש לעשות שימוש בסמכות הטבועה של בית המשפט רק בדלית ברירה, כמקור "שיורי", משום ש"במשטר חוקתי המכבד זכויות אדם יש להגביל את סמכויותיהן הטבעיות של רשויות השלטון השונות, לרבות סמכויותיה הטבעיות של הרשות השופטת".¹⁵⁰

פרק עשירי:

סיכום - המשפט העברי והמשפט הישראלי

(א) המשפט העברי

כבר בשחר קיומה של האומה, נפרד אברהם אבינו מלוט בן אחיו, כאשר האחרון ביקש להתגורר בסדום, בעוד שאברהם אבינו הרחיק עצמו ממקום זה, אשר היה כאנטיתזה לכל הערכים שבהם האמין ואותם ביקש להנחיל לעולם.

במקרא, מתוארים אנשים סדום כ'רעים וחטאים' (בראשית יג, יג), ובשל חטאתם, ש'כבדה מאוד' (שם יח, כ), נגזרה על עירם גזירת חורבן וכליון.¹⁵¹

במדרשים, הבהירו חכמינו זיכרונם לברכה את המשמעות העמוקה של חטא אנשי סדום, באמצעות דוגמאות שונות, שמכללן עולה תמונה עגומה של חברה המקדשת את זכות הקניין, עד כדי שנאתו של הזר, שכניסתו למרחב המחייבה של העיר עלול היה לפגוע בקניינם של אנשי העיר, ועד כדי הצדקת שימוש מרבי, אפילו לרעה, בזכות הקניינית, תוך פגיעה של ממש, שאין לה כל צידוק, בענייניו של הזולת.¹⁵²

בצד הגינוי המוסרי, לנוהגים במידתם של אנשי סדום, התפתחה בהלכה היהודית דוקטרינה משפטית, אשר מבקשת לתת לגינוי זה תוקף משפטי, בדמות הכלל הידוע ש'כופין על מידת סדום'; קרי: כופין על אדם מישראל, שלא לנהוג כמנהגם של אנשי סדום.

כלל זה הינו חריג לעיקרון הידוע, שאין המשפט אוכף נורמות מוסריות על האדם, והוא מבטא את הסלידה העמוקה של המשפט העברי ממידתה של סדום, שאי אפשר לה להישאר ברובד המוסרי בלבד.

מן העיון במקורות השונים שבהם נעשה שימוש בכלל זה, למדנו שלכלל זה הייתה השלכה משמעותית בארבעה ענפי משפט: דיני הירושה (והשותפות), דיני הקניין, דיני החוזים ודיני המשכון.

בדיני הירושה¹⁵³ נדונה השאלה, האם יש בכוחם של אחים לסרב לבקשת אחיהם ליטול את חלקו במקרקעי האב במקום מסוים דווקא, בשל עניין מיוחד שיש לו בקרקע המצויה במקום זה?

151 ראה: בראשית יג, ג; ושם יח, כ; וראה לעיל בפרק השלישי, סעיף (ב).

152 ראה לעיל, ליד הציון להערות 33 - 34.

153 ראה לעיל, פרק רביעי, ליד הציון להערה 46 ואילך.

בעניין זה, נחלקו האמוראים, כאשר לדעת רבא, יש להיענות לבקשת האח, משום ש"כופין על מידת סדום", בעוד שלדעת רב יוסף, יש בכוחם של האחים להתנגד לבקשת אחיהם, ולדרוש ממנו לשלם להם עבור הזכות לקבל דווקא את הקרקע, שביקרה הוא חפץ.

הראשונים נחלקו בהבנת משמעות עמדתו של רב יוסף. לדעת רש"י, המקובלת על רוב הפוסקים, זכות האחים להתנגד לבקשת אחיהם נובעת מכך ש"דרך היאורים לייבש", ואם תתקבל דרישת האח, עלול להיווצר מצב שמקורות המים בצד שדותיהם של האחים יתייבשו, בעוד שמקורות המים בצד נחלת אחיהם לא יתייבשו, ונמצאו האחים סובלים נזק מחמת נכונותם להיעתר לבקשת אחיהם.

לפי הסבר זה, אף לשיטתו של רב יוסף, אין לסרב לבקשת האח ללא נימוק שיש בו כדי להצדיק סירוב זה, שכן בהיעדר הצדקה, הרי שהסירוב הוא בגדר 'מידת סדום'.

לעומתו, רבנו תם סבר שאין צורך בהצדקה סובייקטיבית לסירוב, שכן עצם העובדה שאחד האחים מעוניין בקרקע מסוימת יותר מאחיו, הופכת קרקע זו ליקרה יותר - אפילו רק ברמה הסובייקטיבית - מכוחם של כללי ההיצע והביקוש של השוק. התעקשות האחים לנהוג עם אחיהם לפי כללי ההיצע והביקוש, המנחים את המסחר הכללי, אין בה משום 'מידת סדום'.

ההצדקה שהציג רש"י, לסירוב האחים להיעתר לבקשת אחיהם, לא קיימת לכאורה, כאשר כל החלקות מצויות בצדו של נהר אחד, ואכן, כאן מודה רב יוסף כי "כופין על מידת סדום".

אף על פי כן, האמורא אביי הציע, שיש מקום להצדיק את סירובם של האחים, גם בנסיבות אלה, שכן האחים יכולים לטעון, שאם יקבל אחיהם את המגיע לו בקרקעות שונות, המצויות בשני צידי חלקותיהם של האחים, יהיה לאחים תועלת מכך, היות ובשעה שהשומרים שיופקדו על שמירת מקרקעי האח ימלאו את חובתם, הם ישמרו ממילא גם על חלקות האחים, המצויות בתוֹך.

מן הסוגיה עולה, שטיעון מסוג זה אינו מצדיק את סירוב האחים לבקשת אחיהם, ומכאן, שרק נזק או הפסד ממשיים יכולים לשמש צידוק לסירוב להיעתר לבקשתו של האח, בעוד שאיבוד רווח שניתן היה להפיק מכך שהאח לא יקבל את מבוקשו, אין בו כדי להצדיק את הסירוב.

חילוקי הדעות שבין הראשונים נדונו לפני כיוכל שנים בבית המשפט המחוזי בתל אביב, בפרשת ליטוינסקי. לאחר סקירת העמדות השונות הוכרע, שעניינו של יורש, לקבל דווקא חלק מסוים מנכסי האב, שבו עמל ואותו טיפח עוד בחיי האב, ראוי להתחשבות לא פחות מאשר עניין כלכלי של ממש. לכן,

כאשר אין חילוקי דעות בכך שכל החלקים שווים בערכם, יש להעניק ליורש זה את מבוקשו.¹⁵⁴

בדיני החוזים¹⁵⁵ מצאנו שימוש בעיקרון הכפייה על מידת סדום, כאשר קיום תנאי החוזה ככתבם וכלשונם, יוביל לפגיעה שאינה מוצדקת בעניינו של הזולת. בהקשר זה, נדונה הסוגיה התלמודית שבה דובר על הסכם שכירות שלפיו, שכר אדם רחיים, ובתמורתם, היה עליו לטחון את חיטיו של בעל הרחיים, כפי הדרוש לו. השאלה שבה עסקה הסוגיה היא, האם לאחר שהמשכיר רכש רחיים נוספות, וחמור, ושוב אין לו צורך בטחינת השוכר, יש בכוחו לדרוש דמי שכירות בכסף, או שמא זכאי השוכר להמשיך ולשלם את דמי השכירות בעבודת טחינה, שכאמור, אין למשכיר צורך בה.

מסקנת הסוגיה היא, שאין המשכיר יכול לכפות על השוכר לשנות את תנאי הסכם השכירות. אולם, אם יש בכוחו של השוכר למצוא אנשים שישלמו לו עבור הטחינה ברחיים, ובשכר שישולם לו יוכל לשלם את דמי השכירות, אין הוא רשאי להתנגד לבקשת המשכיר, משום ש"כופין על מידת סדום".

המהרי"ק הדגיש, שאומנם, גם כאשר יש בכוחו של השוכר למצוא קונים עבור הקמח שיטחון, כדי לשלם את דמי השכירות, ניתן להבין את סירובו לשנות את תנאי החוזה, משום שיינתן שיחסי עם המשכיר טובים, ונוח לו לעבוד עבורו, ולא עבור אחרים.

אולם, עניין זה אינו שקול כנגד ההפסד הממשי של המשכיר, מכך שיקבל דמי שכירות, שאין לו צורך בהם.

מדברי המהרי"ק למדנו איפוא, שגם כאשר שינוי תנאי החוזה גורם לאחר הצדדים הפסד, אך הפסד זה הוא פעוט בערכו, לעומת ההפסד שעלול הצד השני לסבול, אם יקוימו תנאי החוזה כלשונם, הרי ש"כופין על מידת סדום", ומשנים את תנאי החוזה בהתאם.

שינוי תנאי החוזה, בשל עיקרון הכפייה על מידת סדום, עלה גם בדיון שהתעורר בין הפוסקים, בעקבות הסוגיה העוסקת במי ששכר ספינה לשם הובלת יין, והיין או הספינה אבדו, בשאלה, מה יהיה הדין, כאשר הספינה לא טבעה, אך יינו של השוכר אבד, ולפי הסכם השכירות, הודגש שהספינה מושכרת לשם הובלת יין מסוים. האם בנסיבות אלה, רשאי המשכיר לעמוד על קיום דווקני של החוזה, ובדרך זו להיפטר מחובת ההובלה, או שמא, עמידה דווקנית שכזו על קיום החוזה בתנאיו המקוריים, תיחשב ל"מידת סדום", ולכן, יוכל השוכר לכפות על המשכיר להוביל יין אחר שלו?

154 פרשת ליטוונסקי אוזכרה וצוטטה בפרשת לורנס, (שהזכרתי בה בפיסקה 60 לעיל) בפיסקאות 141-165. בפיסקה 186 שם הבאתי מן האנציקלופדיה התלמודית, כי יש ליתן משקל לרצונו של אחד האחים לקבל נכס פלוני או אלמוני, כאשר מדובר בנכסים שווי ערך.

155 ראה לעיל, פרק חמישי, בסמוך להערה 66 ואילך.

לדעת הסמ"ע, בנסיבות אלו יוכל המשכיר לבטל את הסכם השכירות, ולהשתחרר מחובת ההובלה. אבל, הש"ך חולק על עמדה זו, ולדעתו, עמידה דווקנית על קיומו של החוזה בתנאיו המקוריים בנסיבות אלה, תהיה בגדר 'מידת סדום'.

ד"ר מיכאל ויגודה סבור, שהמחלוקת שבין נושאי כליו של השולחן ערוך בעניין זה נוגעת להגדרתה של 'מידת סדום'.

הש"ך, יוצר זהות בין 'מידת סדום' למה שאנו מכנים כיום כ'חוסר תום לב'. לדידו, הצידוק הפורמאלי, שיש לנהוג בהתאם לתנאי החוזה כלשונם, אין בו כדי לייצר הצדקה מוסרית, שתפטור את הצד הדורש קיום דווקני של תנאי החוזה מהגדרתו כמי שנוהג במידת סדום, אף אם יש לו תועלת מאי כיבוד חובתו על פי החוזה.

לעומתו, הסמ"ע סבר ש'מידת סדום' מבטאת רשעות לשמה, דהיינו: עמידה על זכות משפטית פורמאלית, שאין בה כל תועלת כלכלית אמיתית לבעל הזכות, זולת מניעת הנאה מחברו. לכן, כאשר יש לצד לחוזה תועלת מאי כיבוד חיוביו על פי החוזה, והנסיבות הביאו לכך שהצד שכנגד לא יוכל לקיים את חיוביו על פי החוזה, רשאי מי שיש לו עניין בכך, לנצל נסיבות אלו, וזאת כדי לחמוק מקיום חובותיו על פי החוזה. ניצול זה, אולי אין בו תום לב, אך אין הוא בגדר 'מידת סדום'.

דוגמא נוספת להתאמת ההתחייבות החוזית למצב החדש, מצאנו בתשובת המהרי"ק, בעניין מי שהתחייב לפרוע חוב לזולתו במקום פלוני, שבו התגורר הנושה, אך לפני שהגיע מועד הפירעון נאלץ הנושה לעזוב את מקומו, ואף החייב לא יכול היה להגיע אל המקום שבו היה אמור לפרוע את חובו. האם רשאי הנושה לדרוש מן החייב להביא לו את כספו למקום בו הוא מצוי עתה, או שמא, רשאי החייב לטעון הוא חייב לפרוע חובו במקום אחר מזה שהוסכם עליו מלכתחילה?

המהרי"ק קבע, שאם המרחק שבין מקומו של החייב למקום שבו מצוי הנושה עתה, לא רב מן המרחק שהיה על החייב לעבור כדי לפרוע חובו לפי תנאי ההסכם, הרי שניתן לדרוש מן החייב לפרוע חובו במקום שבו מצוי הנושה עתה, "ואף על פי שלא הזכיר בשבועתו ובתנאו שם אותה העיר, שהרי בכיוצא בזה כופין על מדת סדום".

השימוש הנרחב ביותר בעיקרון הכפייה על מידת סדום, מצוי בדיני הקניין¹⁵⁶ של המשפט העברי, כאשר הסוגיה המרכזית שעוסקת בעניין זה היא זו העוסקת בשימוש בלתי מורשה ברכוש הזולת, שאינו גורם לבעל הרכוש נזק ("זה נהנה וזה אינו חסר").

156 ראה לעיל, בפרק השישי, ליד הציון להערה 80 ואילך.

לדעת רוב הראשונים, עיקרון הכפייה על מידת סדום מעניק למשתמש ברכוש הזולת פטור מחובת התשלום של דמי השימוש, אך, אינו מתיר לו להשתמש ברכוש הזולת, נגד דעת הבעלים. לכן, אם מתנגד בעל המקרקעין כי פלוני ייכנס לרכושו ויגור שם, בית הדין ייתן צו מניעה, אף אם הבעלים אינם מתכוונים להשכיר את הנכס; זאת, בניגוד לדעת הראב"ה והמרדכי, הסבורים שניתן לאלץ אדם להניח לזולת להשתמש ברכושו, אם הרכוש אינו עומד להשכרה. לפי ד"ר וינרוט, גישה זו מבטאת "הגבלה ברורה ביותר על השימוש של אדם פרטי בזכות הקניין שלו, והכפפת זכות הקניין לנורמות של סבירות".

בהתאם לעמדת החולקים על הראב"ה, מציע הרב משה מרדכי פרבשטיין מבחן לפגיעה בקניינו של הזולת, ולפיו, אם השימוש ברכוש הזולת הוא כזה שבדרך כלל אנשים גובים תמורתו תשלום, כי אז, הכפייה להעניקו בחינם, היא פגיעה בבעלות, ומשום כך לא ניתן לאלץ את הבעלים להניח לזולת להשתמש ברכושו. אולם, אם רוב בני אדם מגנים את המסרב לתת רשות להשתמש ברכושו בלי סיבה סבירה, הרי שהסירוב יוגדר כמידת סדום, וניתן יהיה לכפות על בעל הרכוש להניח לזולת להשתמש ברכושו.

העיקרון שלפיו, אין לכפות על אדם להניח לזולת להשתמש ברכושו, מכוח עיקרון הכפייה על מידת סדום, עולה גם מן ההלכה הקובעת שניתן לקיים מצוות נטילת לולב, באתרוג השייך לזולת, על יסוד ההנחה שבעל האתרוג מסכים לשימוש בממונו, כי נוח לאדם שתבצע מצווה בממונו.

במקרה זה, לא ניתן לאפשר לאדם ליטול אתרוג השייך לזולת, מכוח עיקרון הכפייה על מידת סדום, שכן, עיקרון זה, כאמור, יכול לפטור את המשתמש מתשלום דמי שימוש, אך לא להעניק לו זכות או רשות שימוש מלכתחילה, כי "כל אחד יכול להשתרר על שלו כפי מה שירצה".

תנאי בסיסי לפטור של העושה שימוש ברכוש הזולת מדמי תשלום הוא, שבעל הרכוש "אינו חסר". לעניין זה, אף הפסד פעוט ערך, די היה בו כדי להביא לחיובו של המשתמש ברכוש הזולת בדמי תשלום. כך, למשל, בלאי טבעי כהכתמת קירות הבית ('שחוריתא דאשייתא'), יצדיק את דרישת בעל הבית לקבל דמי שכירות, אף שהבית לא היה עומד להשכרה, ודמי שכירות אלה, לדעת רוב הפוסקים, אינם חייבים לשקף רק את ערך הנוק שנגרם לבעל הבית מן השימוש בדירתו.

ביטוי מובהק יותר לכרסום בזכות הקניינית, לטובת עיקרון ההגינות, מצאנו בשתי הלכות של הרמב"ם, בדיני השכנים. בהלכה אחת נקבע, שאדם רשאי לבנות קיר כנגד חלון שפתח שכנו בקיר ביתו, אף שבכך הוא חוסם את האור המגיע אל החלון, ובלבד שיתחייב לבנות לשכנו חלון אחר, שכמות האור

המגיעה אליו אינה פחותה מזו שהגיעה אל החלון הראשון, מבלי שיסב הדבר לשכן נזק, הפסד, טרדה או טרחה יתירה.

מהלכה זו ניתן להסיק, שכל אימת שיש בכוחו של הפוגע בקניינו של הזולת לתקן את הפגיעה שנגרמה לזולתו, יש לאפשר לו לפגוע בזולת, ולתקן את הפגיעה. אולם, יש המנסים לצמצם את המסקנה שניתן להעלות מהלכה זו, לנסיבות דומות לאלו שבהן עסקה ההלכה.

בהלכה נוספת, קבע הרמב"ם, שאדם רשאי להעמיד סולם קטן בחצר הזולת, כדי להשתמש בה לצרכיו, הגם שיש בכך משום פלישה לרשות הזולת, משום שבסולם שכזה, אין המעמיד רוכש חזקה בחצר הזולת, המאפשרת לו לתבוע שימוש תמידי בחצר, וניתן לסלק את הסולם בכל עת. לפיכך, התנגדותו של בעל החצר להעמדת הסולם, תחשב כ'מידת סדום'.

הלכה זו, שלדברי בעל 'מגיד משנה', הכל מודים בה, לא הייתה מקובלת על דעתו של רבי יעקב בעל הטורים, שהעיר עליה: "ואינו נראה; דהיאך ישתמש בשל חברו בעל כורחו?".

ב'שולחן ערוך', הובאה פסיקת הרמב"ם להלכה. נושאי הכלים הודגשו, שמאחר שבעל החצר שבה מוצב הסולם רשאי למנוע את כניסת בעל הסולם לחצרו, אם הדבר מפריע לו, אין הוא יכול להתנגד להצבת הסולם בשטחו, מנימוקים של הגנה על הפרטיות.

עם זאת, ישנם מצבים שבהם יהיה בעל הרשות רשאי להתנגד להצבת סולם או כל דבר אחר השייך לזולת בשטחו, כאשר ייתכן שהדבר יגרום לו נזק. כך, למשל, הראב"ה פסק, שבעל גג רשאי לדרוש מבעל עץ שנופו נוטה אל עבר גגו לעקור את העץ, אם הוא מביע חשש שבעתיד יזיק לו הנוף של העץ, ואז לא יוכל לדרוש את סילוק העץ, מחמת החזקה שירכוש שכנו לקיומו של העץ במיקומו הנוכחי.

ביישומו של עיקרון הכפייה על מידת סדום **בדיני המשכון**¹⁵⁷ עסקנו בעיקר בשאלה, האם חייב שפרע מקצת חובו רשאי לדרוש את החלפת המשכון במשכון אחר, המשקף בערכו את ערך החוב שנשאר לחייב לשלמו.

ה'שולחן ערוך' פסק, שהחייב אינו יכול לדרוש זאת, והש"ך הציע שני הסברים לפסיקה זו. לפי הסבר אחד, זכותו של הנושה להתנגד להחלפת המשכון נובעת מן העניין הלגיטימי שלו להותיר בידיו משכון רב ערך, שילחץ את החייב לפרוע את החוב, במועד. עניין זה, הופך את סירובו של הנושה להחליף את המשכון, לסירוב לגיטימי, שאינו בגדר 'מידת סדום'.

157 ראה לעיל, בפרק השביעי, בסמוך להערה 106 ואילך.

לפי הסבר אחר, ההלכה עוסקת בנושה שקיבל זכות ליהנות מפירותיו של המשכון, עד למועד הפירעון של החוב. לפי הסבר זה, דווקא זכותו של הנושה ליהנות מפירותיו של המשכון היא המעניקה צידוק מוסרי - על בסיס תועלת כלכלית - לסירובו להחליף את המשכון, בעוד שעניינו בהגברת הלחץ על החייב לא מעניק צידוק מוסרי לסירובו. מדברי הש"ך, במקום אחר, עולה, שהסבר זה הוא ההסבר המועדף בעיניו. מכאן ניתן ללמוד, שסירוב להחליף את המשכון לא ייחשב כ'מידת סדום', רק אם יוכל הנושה להצביע על הפסד ממשי שייגרם לו, כתוצאה מהחלפת המשכון. לעניין זה, הפחתת הלחץ מעל החייב, לא תחשב כהפסד ממשי, המצדיק את סירובו של הנושה להחליף את המשכון.

במסגרת הדיון על הכפייה על מידת סדום בידי המשכון, הוזכר גם עיקרון 'שומא הדר', שמכוחו פוגעים חכמים בבעלות המלאה שרכש הנושה במשכון, לאחר שהחייב לא פרע את חובו במועד, לשם השבת המשכון לבעליו המקוריים, תמורת פירעון מאוחר של החוב. להלכה, זכאי החייב לפדות את המשכון מידי של הנושה, גם לאחר זמן רב ("שומא הדר לעולם").

ביסודה של הלכה זו עמדה התפיסה המוסרית, שיש לאפשר לחייב לחזור אל הדירה או הקרקע שעמל רבות בטיפוחה, אם יש בכוחו לפרוע את החוב. תפיסה זו, היא שמצדיקה את הסגת הזכות הקניינית שרכש הנושה במשכון, מפני האינטרס המוצדק של החייב, לשמור בידי את המקרקעין שבעבר היו שייכים לו, ולא יצאו מידי אלא בשל קושי כלכלי.¹⁵⁸

158 מן הראוי לציין, שלעיתים, נעשה שימוש בדוקטרינת 'כופין על מידת סדום' גם בהקשרים שאינם משפטיים. כך למשל, באיגרת לאחד ממעריציו מן העיר בגדד - יוסף אבן גאבר - מתייחס הרמב"ם, בין השאר, לביקורת שנמתחה על ספרו 'משנה תורה' על ידי שמואל בן עלי, גאון ישיבת בגדד, ולרצונו של יוסף להתמודד עם ביקורת זו, בלשון זו: ושמעתי שאתה מחית בידם מקצת מיחוי והתקוממת בזה קצת התקוממות. אל תעשה דבר מזה. ואנחנו מוחלים לכל מי שיעשה זה בשביל סכלותו, וכל שכן מי שיש לו בזה תועלת, ולא יזיק לנו, וכופין על מידת סדום, זה נהנה וזה לא חסר (אגרות הרמב"ם מהדורת י' שילת, ירושלים תשמ"ז, החל מעמ' תח)

פרופ' הלברטל (הרמב"ם, במסגרת הסדרה גדולי הרוח והיצירה בעם היהודי, הוצאת מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, ירושלים תשס"ט - 2009, עמ' 76), מסביר דברים אלה כך: מבקרי הרמב"ם מפיקים תועלת מהתקפותיהם, שהרי בכך הם נחשבים בעיני סביבתם לחכמים גדולים. והואיל ולהרמב"ם עצמו אין הדבר משנה כלל ועיקר, והביקורת אינה נוגעת לו, הרי שחל במצב זה דין התלמוד, הקובע שאם אדם אחד נהנה מחברו וזה אינו נפסד מכך, תהא זו מידת סדום למנוע את הנאתו. אם יוסף ימשיך להילחם על כבודו של הרמב"ם כשראשי הישיבה בבגדד מפיקים תועלת ממלחמתם בו, הרי ינהג מידת סדום. בהתחשב בכך שהרמב"ם עצמו כתב בשצף קצף על יריביו בבגדד בהקשרים אחרים, יש בתשובה זו הרבה הומור ואלגנטיות.

על דברים אלו ניתן להקשות, הרי הרמב"ם וודאי נפגע מן הביקורת, ולו במעט, והרי למדנו (לעיל, ליד הציין להערה 93), שהדר בחצר חברו שלא מדעתו, אף אם גרם נזק קל ביותר כשהשחרת הקירות ('שחרוריתא דאשיתא'), מגלגלים עליו את החובה לשלם עבור מלוא ערך ההנאה שהפיק מן החצר, ואם כן, כיצד הביא הרמב"ם ראייה להוראתו מדין זה נהנה וזה לא חסר?

ניתן לומר, בדרך החידוד, שהרמב"ם כתב את האיגרת הנ"ל בהתאם לשיטתו, הנוכרת

(ב) המשפט הישראלי

לעיקרון הכפייה על מידת סדום יש ביטוי גם במשפט הישראלי¹⁵⁹, ויש הרואים את ביטויו בחקיקה הישראלית החדשה, בעיקר בסעיף 39 לחוק החוזים, המחייב את הצדדים לחוזה לקיים את החוזה בדרך מקובלת ובתום לב. סעיף זה הוחל, מכוח סעיף 61 לחוק החוזים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה, ולדעת רבים, גם על השימוש לרעה בזכות הקניינית.

מסלול נוסף, שדרכו ניתן להחיל את עיקרון הכפייה על מידת סדום במשפט הישראלי, הוא על פי סעיף 14 לחוק המקרקעין, הקובע כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". לדעת השופט אנגלרד, הוראה זו מאפשרת לבית המשפט לבחון, האם בעל הזכות הקניינית עושה שימוש סביר ותם לב בזכותו הקניינית, ואם בית המשפט יסיק שהשימוש בזכות הקניינית לא סביר או שהוא נגוע בחוסר תום לב, רשאי בית המשפט למנוע את השימוש בזכות, בדרך הפוגעת באחרים.

אומנם, לעת עתה, דעה זו היא דעת מיעוט, ודעת רוב השופטים היא, כלשונו של השופט (כתוארו אז) מישאל חשין, היא ש"זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, בעיקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה שרירות בעלים, וסבירות הינה אויבתה של השרירות". בשל כך, השימוש בסעיף 14 לחוק המקרקעין, ייעשה רק במקרים נדירים וחריגים. אולם, לשיטתי, יש מקום להרחיב את השימוש בסעיף 14 הנ"ל, בגבולות דיני 'זה נהנה וזה לא חסר' והעיקרון של 'כופין על מידת סדום'.

(ג) היזקקות למשפט העברי בפסקי דין ישראלים חדשים בעניין שימוש לרעה בזכות ("כופין על מידת סדום")

לאחרונה, בשתי החלטות נפרדות של ערכאות דיוניות ראשוניות, הוזכרה פרשת ביטון, והסוגיות המשפטיות שעלו לדיון, נותחו ברוח הדוקטרינה של "כופין על מידת סדום".

בהלכות גיולה ג, ט, שם אינו מוזכר דין זה, וכפי שהסביר בשו"ת נודע ביהודה תניינא חו"מ כד, שהרמב"ם לא הזכיר הלכה זו, משום שפסק כשיטת הרמ"ה, שכאשר נגרם נזק קל בלבד, אין הנהגה חייב לשלם את מלוא ערך ההנאה שהפיק, אלא רק את שיעור הנזק שגרם. לפי הסבר זה, הרמב"ם לא הזכיר את הלכת 'שחרוריתא דאשייתא' משום שזו 'משנה שאינה צריכה', שכן פשוט שהמוזק חייב לשלם את מלוא ערך הנזק שגרם (וראה גם, בירור הלכה בבא קמא, עמ' מז-מח). לפי זה, מאחר שהרמב"ם מחל על הנזק, שוב אין מקום לחייב את משמיציו לשלם עבור ההנאה שהפיקו מהשמצותיהם.

159 ראה לעיל, בפרק התשיעי, אחר הציון להערה 128 ואילך.

1. פרשנות חוזה שכירות

בפרשה אחת¹⁶⁰, שנדונה בבית משפט השלום בתל אביב-יפו, נדונה שאלת פרשנות חוזה שכירות. השוכר, דייר מוגן שהרחיב את המושכר בכך שסגר מרפסת ויצר חדר נוסף, ולגבי חדר זה חתם עם המשכיר זיכרון דברים לפיו הדייר הוא ברשות בלבד, והבעלים רשאי, בהודעה מוקדמת של 30 יום, לדרוש ממנו לפרק את החדר (שהפך למטבח מעוצב) ולהחזירו לקדמותו.

המשכיר מכר את הנכס לתובעת, אשר דרשה את הפינוי והפירוק של החדר (המטבח), ובית משפט השלום מתחיל את הניתוח המשפטי במילים אלה: **"הסוגיה העומדת לדיון היא: האם בעל דין זכאי לעמוד על זכויותיו המשפטיות (הקנייניות והחוזיות), בין אם תצמח לו תועלת מכך ובין אם לאו"**¹⁶¹.

השופט עידית ברקוביץ' מנתחת את השאלה לאור עקרונות 'כופין על מידת סדום'¹⁶², כפי שהם באים לידי ביטוי בפרשות רוקר וביטון, ובחוות דעת שקיבלה מהמרכז ליישומי משפט עברי, בעניין זה.

את הכפייה על מידת סדום היא מגדירה כך¹⁶³:

כופים על אדם שלא ינהג כאנשי סדום, אשר מנעו הנאה מהזולת גם כאשר לא הוחסר מהם דבר... ובמילים אחרות: ניתן למנוע מאדם לעשות שימוש בזכות המוקנית לו, אם הוא מנסה למנוע מאחרים להינות מאותה זכות, שעה שלו לא נגרם נזק מכך.

... תפיסת המשפט העברי היא, כי כאשר אדם מונע מן הזולת הנאה, בלי שהנאה זו גורעת במאומה מנכסיו שלו, התנהגותו היא בבחינת מידת סדום, והמשפט יכפה עליו לחדול ממנה.

בשלב זה, דנה השופטת ברקוביץ' בשאלה, "האם עמידה על זכות קניינית, תיחשב כמידת סדום, או שמא זכות קניינית זוכה למעמד-על, המקנה לה יתרון על פני הכלל של 'כופין על מידת סדום'?", ובהקשר זה מביא את הדעות החלוקות של השופטים בפרשת רוקר, בלשון זו:

לשיטתו של כב' השופט י' אנגלרד, על יסוד הכלל 'כופין על מידת סדום' ניתן למנוע הריסת מבנה שנבנה שלא כדין על מקרקעי הזולת. מאידך, לשיטת כב' השופט י. טירקל, הכלל של 'כופין על מידת סדום', אינו יכול להכשיר מעשה של גזילת קרקע. השופט י. טירקל מוסיף

160 ת.א. (תל אביב) 12578/08 א.ס. בי. איי. גרופ אל אל סי נ' גטר נמורד; פסק דין מיום כ"ח טבת התש"ע (14.1.10).

161 שם, בסוף פסקה 14.

162 שם, בפסקה 15.

163 שם, פסקאות 16-22.

ומעיר, כי מעיון במקורות עולה, כי לא נעשה שימוש בכלל זה באופן הפוגע בזכויות בעלות במקרקעין.¹⁶⁴

בהמשך, מביאה השופטת ברקוביץ' דברים מחוות הדעת שנכתבה על ידי ד"ר יובל סיני והרב מיכאל אדרעי מן המרכז ליישומי משפט עברי, המבוססים במידה רבה על מאמרו של הדיין הרב משה פרבשטיין,¹⁶⁵ שממנו עולה כי קיימות שלוש שיטות עקרוניות. וזו לשון חוות הדעת:

לפי שיטה אחת - אין לכוף על אדם להתיר לזולתו להשתמש ברכושו אף אם אינו חסר.

לפי שיטה שניה - ניתן לכפות על האדם להתיר לזולתו להשתמש ברכושו מדין 'כופין על מידת סדום', אם אינו חסר. בהקשר זה מבהיר הרב פרבשטיין, כי פגיעה בבעלות נחשבת ל'חסר' ואי אפשר לכפות על כך. ומתי תחשב הפגיעה כפגיעה בבעלות? - לכך יש שני קני מידה:

האחד - שימוש שבדרך כלל אנשים גובים תמורתו תשלום - הכפיה לתת אותו בחינם היא פגיעה בבעלות. **השני** - תלוי בדעת רוב בני האדם. אם בדרך כלל רוב בני האדם מתייחסים לשימוש זה בלא רשות כפגיעה בבעלות - אי אפשר לכוף אותו.

בחוות הדעת, מובאת עמדתו של הרמ"א בהתייחס לסיטואציות שונות (שלחן ערוך חושן משפט, סימן שסג סעיף ו, סימן קנג סעיף ב). מהדברים עולה, כי הרמ"א נקט גישת ביניים לפיה:

פגיעה בזכות הקניין אינה טענה כשלעצמה, אולם מקרה בו אנשים רגילים להקפיד, אינו מידת סדום שהרי כך נוהג האדם הסביר. אנשים רגילים להקפיד על זכות הבעלות, לכן בד"כ זכות הבעלות הינה מדד להקפדה ולא נימוק כשלעצמו. אם נמצא כי למרות הבעלות, אין דרכם של אנשים להקפיד, אין בבעלות ובפגיעה בה, טענה העומדת בפני עצמה.¹⁶⁶

מדברים אלה מסיקה השופטת ברקוביץ', שיש עמידה על זכות שתחשב כסחיטה או כ'מידת סדום', ויש עמידה על זכות שתחשב לגיטימית. הכלל הוא, שעמידה על זכות היוצרת עמדת מיקוח טובה יותר איננה לגיטימית, בעוד שעמידה על זכות המשנה את מצבו המשפטי של העומד על זכותו היא לגיטימית.

164 שם, פסקה 17

165 הרב מ' פרבשטיין, 'שו"ת בדין כופין על מידת סדום', שורת הדין, כרך ב' (תשנ"ד), עמ' שכג-ש"ג, הובא לעיל ליד הערה 83 ואילך.

166 שם, פסקה 18.

לאור זאת מתבקשת המסקנה המשפטית הבאה:

על פי המשפט העברי, קיימת אפשרות לשלול זכות קניינית באמצעות שימוש בכלל של 'כופין על מידת סדום', אלא שיש לבחון כל מקרה לגופו, תוך מתן משקל למניע שביסוד ההקפדה ותוך התייחסות לשאלה, אם אי ההקפדה על הזכות תהווה חסרון ממשי לבעלים. ככל שקיים חסרון ממשי לבעלים, ההקפדה על הזכות, תוכר בלגיטימית.¹⁶⁷

2. פרשנות הסכמה בין יורשים

פסק דין שני שניתן אף הוא בזמן האחרון, עסק בסכסוך בין יורשים בעלי זכויות חכירה בקרקע, באשר לאופן חלוקת החלקה ביניהם¹⁶⁸. המחלוקת בין הצדדים עסקה בשטח של 8 מ"ר ביחס למגרש ששטחו כ-500 מ"ר, ולכך היו תוצאות משמעותיות לעניין יכולת השימוש במגרש לצורך בנייה, שכן על פי דרישות רשויות התכנון באותו מקום, גודל מגרש מינימאלי לבנייה, הוא 500 מ"ר בדיוק¹⁶⁹.

לענייננו חשוב הניתוח המשפטי, והתשתית הנורמטיבית של המשפט העברי בפרק הנושא כותרת "פרשנותה של ההסכמה בין הצדדים מכוח עקרון תום הלב", שהוא ליבו של פסק הדין.¹⁷⁰

בתחילה, נדונה הפרשנות הראויה של ההסכמה שבין האחים מכוח סוגיות 'תום הלב' ש"מקור הורתן הטבעי - הוראות הדין היהודי, המציב בפני הניצים את נורמת ההתנהגות של 'ועשית הישר והטוב' בצד כללי התנהגות נוספים, מטא - הלכתיים, דוגמת 'זה נהנה וזה לא חסר' ו'כופין אותו על מידת סדום'".¹⁷¹ בהקשר זה מובאים מקורות רבים שנדונו בהרחבה בחיבור זה, ולבסוף, נדונה ההשלכה שיש לעיקרון זה על פירוש משמעותו של הסכם שבו ויתרו חלק מן האחים על חלקם במקרקעין:

167 בהמשך הדברים, נדונה גם השפעתו של עיקרון 'ועשית הישר והטוב' על ההכרעה המשפטית בסכסוך הנדון. על עיקרון זה ראה לעיל, בעמ' 56 (פרק שמיני, סעיף (ג)).
בסיום פסק הדין מוזכרת התוצאה, תוך השימוש במקורות המשפט העברי, באופן הבא (שם, בפסקאות 28-29): "מבלי לפגוע בחשיבותם של העקרונות המוסריים והחברתיים, ובכללם החובה לנהוג בתום לב, כמו גם הכלל 'כופין על מידת סדום' הרי במקביל להם עומד עיקרון חופש ההתקשרות החוזים. כאשר הצדדים מרצונם החופשי בחרו מנגנון מוסכם, המהווה וויתור הנתבע מלטעון כנגד זכויות הצד שכנגד, יש לכבד הסכמה זו. בנסיבות העניין, ולאור המוסכם בויתרו הדברים, אין מקום לשלול מן התובעת את זכויותיה הקנייניות והחוזיות, ומכוחן יש לקבל את התביעה".

168 תמ"ש (כפר סבא) 3851/02 נתנאל עמרן נ' מיכאל עמרן; פסק הדין ניתן ביום ט שבט תש"ע (24.1.10) על ידי השופט צבי ויצמן מבית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא.

169 חלקו הראשון של פסק הדין מוקדש לניתוח המדוקדק של השטח האמור, כולל תרשימי המחשה המופיעים בגוף פסק הדין. למותר לציין, כי אין מקום בחיבור זה לעסוק בפסק הדין לגופו, על פי פרטיו ונסיבותיו.

170 שם, בפסקאות 39-42.

171 שם, פסקה 41.

יש בו [=בעיקרון 'כופין על מידת סדום'] לסייע לנו להבין ולפרש את טיבו של הויתור אותו ויתר הנתבע ממגרשו לבקשת התובעים, וללמדנו שאין לקבל טענת התובעים כי מעת שויתר הנתבע על 'שלו' ישארו הם ב'שלי' על אף שנמצא שמפסידים הם אותו ופוגעים בזכויותיו הרכושיות פגיעה אנושה כיוון שיאלץ להרוס את יחידות הדיור שבנה. בענייננו הנורמה המוסרית של 'כופין על מידת סדום' תכריחנו לומר שאי אפשר שבמערכת ההסכמות בין הצדדים לא עמד לו תנאי מכללא לפיו ויתורו של הנתבע לתובעים מותנה בכך שלא יגרם לו נזק בשל ויתור זה. מתוך החובה המוסרית-משפטית לנהוג בתום לב ולעשות הישר והטוב נלמד שאדם לאדם, וקל וחומר אח לאחיו, ינהג כאדם. וממילא אין זה מתקבל על הדעת כי בשל היערתו של הנתבע לבקשת התובעים, העתרות של אח לבקשת אחיו, יאלץ לספוג נזק כלכלי אדיר, נזק אשר ניתן לרפא אותו בנקל בדחיקת הגדר בסנטימטרים ספורים לכיוון מגרשם של התובעים. אין זה מתקבל על הדעת כי יאמרו התובעים לנתבע - 'אחר שנעתרת לבקשתנו ונמצאת עושה טובתנו, עליך לספוג את כל הנזק שהינו תוצאת המחווה ואנו נעמוד מנגד ולא נסייע בידך אף שניתן הדבר בידינו בקלות מרובה...!'

פרק אחת-עשרה:

מבט לעתיד - יישום המשפט העברי במשפט הישראלי

עיון בעקרונות הכפייה על מידת סדום, כפי שהם באים לידי ביטוי בספרות ההלכה הענפה, עשוי לתרום תרומה משמעותית לעיצוב המשפט בישראל, בכל הנוגע לשימוש לרעה בזכות. תרומה זו מתבקשת היא, לא רק משום שכך יאה למדינה יהודית, שערכיה הם ערכיו של המשפט העברי, אלא גם בשל הנופך המוסרי הייחודי שיש לעיקרון על זה, שדומה כי אין אח ורע לו בכל שיטות המשפט המודרניות, והוא משליך על קביעת היקף הבעלות של אדם על נכסיו.

אם כנים אנו בכך שרוצים אנו כי ערכיה של מדינת ישראל יהיו הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית, כי אז, מן הראוי לאמץ, בשתי ידיים, את דוקטרינת "כופין על מידת סדום", וכך תאופיין שיטתנו המשפטית, כשיטה מוסרית ואנושית, המתעלה מעל ומעבר לעקרונות המשפט הדווקניים, וזאת כדי שהמשפט אכן יעשה את כל הדרוש לשם עשיית צדק. רק כך נוכל לומר, שבישראל מופעלים כללי הצדק והיושר אשר לנו ירושה הם מאברהם אבינו, וכי רחוקים אנו ת"ק פרסה על ת"ק פרסה מאנשי סדום ומשיטתם החברתית והמשפטית.

האחוזה שבין בני החברה, ההתחשבות ההדדית, והצורך לנסות ולהיכנס ל"נעליו" של האחר, כדי לבדוק האם ניתן להגיע לפתרון צודק ואנושי, מבלי לפגוע בזכויות הצדדים, היא הרוח הגדולה שנושאים עמם מקורות המשפט העברי, העוסקים בעיקרון הכפייה על מידת סדום, ואותה יש ליישם בכל מערכות המשפט בישראל. רק כך, נזכה לכך שמדינת ישראל תהיה, גם בעניין זה, "אור לגויים".

לקראת חיתום הספר, והדיון בעמדת המשפט העברי והצורך באימוץ הגישה המיוחדת של המשפט העברי במערכות המשפט בישראל, ראיתי לנכון להביא דברים שכתב המשנה לנשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), השופט מנחם אלון. דברים אלו נכתבו בתגובה למאמרי ביקורת שנכתבו כנגד פסק דינו בפרשת נקש¹⁷², על ידי הרב שאול ישראלי, ראש ישיבת מרכז הרב בירושלים¹⁷³, והרב יהודה דוד בלייך, ראש ישיבת רבנו יצחק אלחנן בניו יורק¹⁷⁴.

172 בג"צ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים פ"ד מא(2) 1 (1987)
173 הרב ש' ישראלי, "הסגרת עבריין לשיפוט זר", תחומין שם, עמ' 297-303.
174 הרב י"ד בלייך, "הסגרת פושע לעם נכרי", תחומין שם, עמ' 304-309.

וזו לשונו המיוחדת של פרופ' מנחם אלון¹⁷⁵:

לא פוסק ולא בן פוסק אנוכי, וכאשר דן אני - או כל שופט אחר בבתי המשפט הכלליים במדינת ישראל - בעמדת המשפט העברי בנושא מסוים אין אני מבקש, ואין אני מתיימר, לפסוק דין תורה כדרכו של רב ופוסק בישראל. כשם שעקרון מהמשפט העברי המתקבל על ידי הכנסת לתוך חוקיה של מדינת ישראל אינו מהווה חלק של השולחן ערוך, ואין לו אצטלה הלכתית מחייבת, כך עקרון של המשפט העברי המתקבל בפסיקתו של בית המשפט במדינת ישראל אינו מהווה חלק בפסיקה ההלכתית המקובלת והמחייבת. עולם ההלכה קולט ופולט עקרונות ודינים בדרך ההלכתית המיועדת והמיוחדת לכך, ועל ידי פוסקים המוסמכים לכך. המגמה שבביסוס המערכת המשפטית שבמדינת ישראל על דיני המשפט העברי ברורה ופשוטה: לבסס, עד כמה שאפשר, את מערכת משפטה של המדינה היהודית על דיני המשפט העברי, מתוך ההנחה שחשיבות רבה נודעת לכך שמדינה יהודית מכלכלת צעדיה המשפטיים על פי ההיגיון, היושר והצדק שבמשפט העברי, גם אם אין בכך משום חקיקה או פסיקה הלכתיים. בכך אנו קושרים את ההווה של המדינה היהודית עם העבר ההיסטורי היהודי; בכך אנו מביאים לידי עיון ולימוד במקורות ההלכה ובספרותה; בכך אנו יוצרים שפה וחשיבה משותפות בין חלקיו השונים של העם בישראל בכלל ושל צבור המשפטנים בפרט; ובכך יש משום השפעה רבה על קביעת דמות המדינה וצביונה. ומוכן ואין צורך לומר, שגם אם אין בפסיקה בבתי המשפט משום קביעת הדין במובן ההלכתי המקובל, על השופט להיות נאמן לרוחו של המשפט העברי ולדרכו בהכרעת הדין ופסיקת הלכה, כפי שאלה מתחייבים במציאותה של מדינה עברית ריבונית, על כל המשתמע והנובע מכך.

מי ייתן ודבריו אלו, שנאמרו בהקשר אחר, יחולו וייושמו בכל הנוגע לשימוש לרעה בזכות, בפרט, ובכל שיטת המשפט הישראלי, בכללה.

175 פרופ' מ' אלון, "דיני הסגרה במשפט העברי", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 263-286, בעמ' 307

נספח א'

שלושה מושגים של תום לב במשפט העברי – עיון ראשוני

בני פורת'

א. הקדמה

ב. שלושה מודלים לביסוס חובת תום הלב בדיני החוזים

(א) תום לב מכוח עיקרון "ועשית הישר והטוב" - השופט מנחם אלון

1. פרשת רוט נ' ישופה

2. פרשת לסרסון נ' שיכון עובדים

(ב) תום הלב מכוח החובה לשאת ולתת באמונה - השופט יצחק אנגלרד

(ג) תום הלב מכוח עיקרון הכפיה על מידת סדום - השופט משה דרורי

ג. השוואה בין המודלים

(א) מה בין שלושת המודלים המוצעים?

(ב) עקרונות משתלבים המשלימים זה את זה

1. נושא הדיון

2. רצון הצדדים

3. אכיפה

ד. תום הלב במשפט העברי ובמשפט הישראלי

ה. מסקנות

א. הקדמה

עלייתו של עקרון תום הלב הייתה לאחד מתווי ההיכר של התפתחות שפקדה את המשפט הישראלי בעשורים האחרונים, ובפרט את דיני החוזים, אותה היה מי שכינה "עליית הערכים וירידת הפורמליזם במשפט הישראלי"². כתיבה רבה הוקדשה על ידי חוקרי משפט ושופטים לליבון דמותו ומהותו של עקרון תום הלב.³ לא ייפלא כי בהשראת תהליך זה היו שביקשו להתחקות

1 ד"ר בני פורת, מרצה למשפט עברי בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.
2 מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תל אביב, תשנ"ג).
3 הכתיבה בנושא זה רחבה מכדי להקיפה בהערה קצרה זו. לפיכך אסתפק בהפניה לספרות

אחר עמדתם של מקורות המשפט העברי בשאלת תום הלב במשפט בכלל, ובדיני החוזים בפרט.⁴ אף כאן בידינו יכול רב של כתיבה.⁵ ברם, עיון משווה בפרי עטם של כמה מאלה שנתנו דעתם לשאלה זו, על פי מקורות המשפט העברי, מעלה את החשש כי טרם נוסחה שיטה סדורה ועקבית בדבר וכי פעמים רבות הכותבים השונים הגבילו את עיונם לפרטים כאלה ואחרים ולא הביטו אל המכלול.

ברצוני להקדיש רשימה קצרה זו לשרטוט קווים ראשוניים למחקר מקיף יותר שאני מקווה לקיים בנושא דמותו של עקרון תום הלב במקורות המשפט העברי.⁶ רשימה זו תיסוב סביב סקירה והשוואה של ארבעה פסקי דין שנתנו שופטים בישראל, אשר ביקשו לעמוד, כל אחד על פי דרכו, על מקומו של עקרון תום הלב במקורות המשפט העברי.

ב. שלושה מודלים לביסוס חובת תום הלב בדיני החוזים

עיון בפסיקתם של שופטים שונים, העושים שימוש נרחב במקורות המשפט העברי בפסיקותיהם, מגלה שלושה מודלים הלכתיים שונים, שבהם נעשה שימוש לשם ביסוס החובה לנהוג בתום לב במסגרת החוזה. להלן, נסקור מודלים אלה, וננסה להתחקות אחר הסיבה שהניעה כל אחד מן השופטים לבחור דווקא במודל בו בחר.

(א) תום לב מכוח עיקרון "ועשית הישר והטוב" – השופט מנחם אלון

דומה כי הראשון מבין שופטי ישראל שבחן את מקורות המשפט העברי דרך הפריזמה של עקרון תום הלב היה השופט מנחם אלון. גישתו בעניין זה באה לידי ביטוי, בעיקר, בשני פסקי דין מרכזיים: פסק הדין בעניין **רוט נ' ישופה**,⁷ ופסק הדין בעניין **לסרסון נ' שיכון עובדים**.⁸

משפטית ישראלית בסיסית בתחום. ראו גבריאלה שלו, **דיני חוזים - החלק הכללי - לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** (ירושלים, תשס"ה), עמ' 85; דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים כרך א (תל-אביב, תשנ"א)**, עמ' 511; גואלטירו פרוקציה "קווים לתורת תום-הלב" **עיוני משפט יג** (1988), עמ' 41; דרורה פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה" **עיוני משפט ה** 608 (1977).

4 למותר לציין כי המונח 'תום לב' אמנם עברי הוא במקורו, אך במשפט העברי הוא אינו מציין דוקטרינה משפטית ואינו חלק מן המשפט העברי. על כך ראו ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ**, פ"ד לג(1) 617, 633 (להלן: **פרשת רוט**).

5 ראו סקירתו המפורטת של השופט דרורי, בפסק הדין העומד במוקדו של חיבור זה.

6 היבטים משלימים למחקר זה מצויים במאמרי, 'תום הלב בפרשנות החוזה: עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי', **משפטים לט** (טרם פורסם). במאמר זה ביקשתי לעיין בטיבה של ההפרדה שהמשפט העברי מקיים בין עקרון תום הלב לבין פרשנות החוזה.

7 **פרשת רוט** לעיל הערה 4.

8 ע"א 391/80 **לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ** פ"ד לח(2), 237 (להלן: **פרשת לסרסון**).

1. פרשת רוט נ' ישופה

פסק הדין בעניין רוט נ' ישופה דן בחוזה למכירת דירות בבנין מגורים, כשבאחד מסעיפי החוזה נקבע, כי קבלת הדירות על ידי הדיירים מהווה אישור כי הקבלן עמד בהתחייבויותיו. טענת הדיירים הייתה, בין השאר, כי יש לבטל את הסעיף, ואף לאחר שהדיירים קיבלו לידיהם את הדירות יש להתיר להם לתבוע את הקבלן בגין אי עמידתו בהתחייבויותיו.

השופט שמגר ביקש להורות על בטלותו של הסעיף האמור, בהסתמך על הדוקטרינה הקובעת את בטלותו של חוזה הסותר את תקנת הציבור,⁹ שכן:

לאור אופים המתואר של חוזי מכר דירות ולאור משמעותו החברתית הכללית של ענין הדיור אין להכיר בתקפותן של תניות... החוסמות לחלוטין את דרכו של רוכש הדירה אל התרופות המשפטיות להן הוא נזקק כאשר הקבלן-הבונה הפר את התחייבויותיו לפי החוזה. תניית פטור כגון זו... מותירה את הרוכש חסר אונים במעין מבוי סתום, אחרי שמסר חלק ניכר מן התמורה הכספית בעבור הדירה לידי של הקבלן, וזאת גם כאשר הלה הפר התחייבויותיו באופן בולט וקיצוני וגרם לצד הרוכש נזקים כבדים.¹⁰

לדברים אלו התנגד השופט אלון. לדבריו, ביטול סעיף שהוסכם על ידי שני הצדדים לחוזה בטענה שהוא סותר את תקנת הציבור צריך להיות נדיר, שכן:

גם כיבוד התחייבויותיהם של שני הצדדים אף הוא עיקרון גדול שבתקנת הציבור, שמצווים אנו לאכוף על כל צד לשמור על התחייבות שקיבל על עצמו, ואין עיקרון תקנת הציבור הבא לבטל חוזה, גדול מכוחו של עיקרון תקנת הציבור, הבא לקים את החוזה, אלא כאשר זה האחרון פוגע באשיות יסוד של הסדר חברתי.¹¹

נקודת המוצא של אלון היא אפוא כיבוד מרבי של הסכמת הצדדים ומזעור ההתערבות השיפוטית הנצרכת בתוכן החוזה. ברם, אף אלון הכיר בכך שהסעיף שבחוזה הנדון בעייתי, ולפיכך הוא ביקש אחר כלי משפטי אחר שיאפשר התמודדות עדינה ומורכבת יותר עם הסעיף הבעייתי. זאת מצא השופט אלון בדמותה של החובה המוטלת על הצדדים לנהוג זה בזה בתום לב.¹² עקרון תום הלב נתפס על ידי אלון כמכשיר עדין יותר מאשר תקנת

9 סעי' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג - 1973.

10 פרשת רוט 622.

11 פרשת רוט 629.

12 על פי האמור בסעיף 39 לחוק החוזים: "בקיום של חיוב הנובע מחוזה, יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". בהקשר זה גם יש לציין את האמור בסעיף 12 לחוק החוזים: "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב".

הציבור, שהרי "השימוש בעיקרון תום לב אינו בא להוציא מן הכלל של כיבוד התחייבויות הדדיות אלא לקיים כלל זה, אינו לא חריג ולא יוצא דופן אלא הדרך המקובלת והרצויה לקיומו של החוזה והשימוש בזכויות הנובעות הימנו".¹³

בחינת הסעיף הבעייתי בחוזה הנידון בפריזמה של חובת תום הלב מובילה את אלון למסקנה כי יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי, כדי שיבחן אם אכן הקבלן נהג בתום לב עם הרוכשים או שמא התנהגותו הייתה בבחינת "נבל ברשות החוזה, ויש ללכוד את המוכר בתחבולתו ולהפך את עצתו".¹⁴

בנקודה זו עורך אלון דיון משווה, והוא מבקש להתחקות אחר השורשים העבריים של עקרון תום הלב. אלון מעלה כאפשרות את ההלכה המחייבת לשאת ולתת באמונה,¹⁵ אולם הוא אינו מעמידה במרכז הדיון, שכן "משמעותו של מושג זה במשפט העברי הוא בתחום המוסרי-דתי, ללא נפקות משפטית של מתן סעד של אכיפה או פיצויים".¹⁶ אלון תר אם כן אחר דוקטרינה משפטית מלאה, ולפיכך הוא מעדיף לזהות את שורשו של עקרון תום הלב בעיקרון המקראי-חז"לי: "ועשית הישר והטוב"¹⁷, שהוא "עיקרון-על בעולם ההלכה".¹⁸

אחד מן המאפיינים החשובים שמצא אלון בדין "ועשית הישר והטוב" היה ההבחנה שעשו חכמים בין יישומי דין זה, שהם בבחינת לפנים משורת הדין, כלומר שהמשפט אינו אוכפן, לבין יישומים שהם בני אכיפה במלוא מובנו של הביטוי. ובלשונו:

יש ועשיית הישר והטוב אינה אלא דרישה מוסרית-דתית של עשייה לפנים משורת הדין, ממידת חסידות, שאין כופין עליה, ויש שבכוח ומכוחו של עיקרון זה נוצרו דינים בעלי נפקות משפטית מלאה.¹⁹

דואליות זו ראויה, לדעת אלון, להקרין אף על דרך יישומו של עקרון תום הלב בדיני החוזים בישראל. לא כל העדר תום לב ראוי לגרור התערבות

13 פרשת רוט שם, סעיף 3 לפסק דינו של השופט מנחם אלון.

14 פרשת רוט 638.

15 ראו למשל, מבילתא בשלח, מסכתא דויסע, פרשה א (מהד' הורוביץ-רביץ, עמ' 158); שבת לא,א; בבא מציעא מט,א. הדברים הובאו וצוטטו לעיל, בעמ' 55 (פרק שמיני סעיף (ב)) ליד הערות 123-124.

16 פרשת רוט 633.

17 דברים ו, יח; בבא מציעא לה,א; בבא מציעא קח,א.

18 פרשת רוט 634. על זיהוי זה חזר אלון בפסקי דין נוספים, כגון בפסק הדין בעניין לסרטון, שבו נעסוק להלן, וכן בבג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת פ"ד לו(2), 449, 465: "עקרון ההתנהגות שבתום לב, הן ליחיד והן לציבור, יסודו בהוראת הציווי הקדום של 'ועשית הישר והטוב', ומכוחו של ציווי זה נתגבש עקרון תום הלב במערכת המשפטית של מדינת ישראל" (להלן: פרשת לוגסי).

19 פרשת רוט 639.

של בית המשפט בחופש החוזי של הצדדים. על השופטים להפעיל בצורה אחראית ומרוסנת את עקרון תום הלב שניתן בידיהם.²⁰

2. פרשת לסרסון נ' שיכון עובדים

פסק הדין בעניין **לסרסון נ' שיכון עובדים** דן בקבוצת אנשים שרכשו דירות בבנין בתל אביב שנבנה על ידי חברת שיכון עובדים. הרוכשים העלו תביעות שונות כלפי החברה, בין השאר כי עליה להתקין, על חשבונה, גנראטור המיועד להפעלת המעלית בשעת חרום. זאת בהתבסס על כך שעל פי היתר הבנייה והתוכניות המאושרות היה על החברה לבנות תא לגנראטור, וכמו כן על כך שעל פי החוק שנהג באותה העת, בניין בגובה שמונה קומות חייב בבניית גנראטור למעלית.²¹ לעומתם טענה החברה, כי חובתה מסתכמת בבניית התא לגנראטור, והיא אינה חייבת לספק גם את הגנראטור עצמו, אשר אליבא דכולי עלמא זכרו לא בא בחוזה. לשון אחרת: על הרוכשים עצמם לשאת בעלויות של התקנת הגנראטור.

שופטי בית המשפט העליון היו מאוחדים בדעה כי אכן יש לחייב את החברה בהתקנת הגנראטור, אולם הדרך לתוצאה זו הייתה שנויה ביניהם במחלוקת. לדעת השופטים בייסקי ובן-פורת, יש לפרש את החוזה בהתאם לתנאי היתר הבנייה והתוכניות המאושרות, ובאופן שיעלה בקנה אחד עם דרישות המחוקק בעניין, ולפיכך על החברה לספק את הגנראטור עצמו, בדומה לתא הגנראטור. ההנחה כי יש לפרש את החוזה באופן שיהלום את דברי המחוקק בעניין (החובה להתקין גנראטור בבנין) התבססה, בין השאר, על כך שהדבר "מצוי בתחום הדיבור של 'השימוש בזכות הנובעת מן החוזה' שלפי חוק המכר יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום-לב".²²

לדרך זו התנגד השופט אלון, אשר דעתו לא הייתה נוחה מן המגמה לפרש את החוזה בדרך שתכניס לתוכו את החובות השונות שהמחוקק קובע בעניין. לדידו, הצדדים אינם בהכרח מודעים לחובות אלה, ועל כן לא נכון לפרש את החוזה בדרך זו. פרשנות החוזה ראויה להיות צמודה לאומד דעתם של

20 וכך מסכם אלון: "העולה מן המקובץ: בעיקרון תום הלב שבסעיף 39, כחלק מהותי מהעיקרון הכללי של ועשית הישר והטוב שבמשפט העברי, מסרה הרשות המחוקקת בידי הרשות השופטת מכשיר רב עצמה, ומתוך כך גם רב אחריות, אשר שתי תוצאות לו: יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי 'מדת חסידות' ללא נפקות משפטית ואין בית-המשפט כופה עליה, ויש וחוסר תום הלב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו, לעמוד כנגדו, 'להפך עצתו ולבטל מחשבתו הרעה'. הכל לפי העניין והכל לפי הנסיבות, מתוך דימוי מילתא למילתא. ועל בית-המשפט, בהשתמשו בעיקרון תום הלב, לנהוג במרב הזהירות לפי נסיבותיו של כל עניין ועניין המובא לפניו. מצד אחד, במידה ובהתנהגות אחד מבעלי-הדין יש משום התנהגות של 'נבל ברשות החוק' יכפה על קיום החיוב שבחוזה, או השימוש בזכות הנובעת ממנו, בדרך מקובלת ובתום לב; ומצד שני - במידה ובהתנהגות אחד מבעלי-הדין אין אלא משום פגם 'במדת חסידות' ימנע מהפרכתו לדין גמור שכופין עליו" (פרשת רוט 636).

21 סע' 3 לחוק בנינים גבוהים (חובה להתקין מעלית), תשכ"ה-1965.

22 פרשת לסרסון 254.

הצדדים, ואף מכוח עקרון תום הלב אין להגדיל את מידותיה שכן "בכך הרחבנו את מידת השימוש בעקרון תום הלב מעבר למותר ולרצויו".²³ קו החשיבה המנחה את אלון הוא ש"אין כוונת הדברים האמורים לומר כי ישום עקרון תום הלב ומצב השימוש בו מרווחים הם כפתחו של אולם, וכל צדיק ותם יבוא בשעריו. לא ולא... צריך ודרכי השימוש בעקרון תום הלב יקבעו בזהירות מרבית".²⁴

כאמור, השופט אלון מגיע לאותה תוצאה משפטית שאליה הגיעו חבריו להרכב, אף שהוא מתנגד להוספת חיובים חדשים לחוזה מכוח עקרון תום הלב. לתוצאה זו הוא מגיע בדרך חלופית, המבוססת על אומד דעתם של הצדדים, המחייב לדעתו את המסקנה, שיש לפרש את החוזה כמכיל אף את התחייבות החברה לספק את הגנראטור עצמו.²⁵

האמנם השופט אלון מציג עמדה שונה במהותה מזו של עמיתו או שמא אך הרטוריקה שלו שונה משלהם, זו שאלה הראויה לדיון בפני עצמו.²⁶ לענייניו כאן חשובה עמדתו הדוקטרינרית של השופט אלון, כי אין להוסיף לחוזה חיובים חדשים מכוח עקרון תום הלב, שכן "עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשיית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמאליות, שבהן הוא נוסח, אך אין בו, בעקרון תום הלב, כדי ליצור חיוב חדש, שזכרו לא בא בחוזה, ושלא עלה על דעת הצדדים לקבלו עליהם".²⁷

אף כאן, בדומה לפסק הדין הקודם, מבטא אלון עמדה המקדשת את הסכמת הצדדים ומגבילה את יכולתו של המשפט להתערב בה ולעצבה מחדש, וזאת על מנת לחזק את היציבות הוודאות והצפיות המשפטיים.²⁸

מהם המקורות המזינים את תפיסתו המרוסנת של השופט אלון את עקרון תום הלב? הדעת נותנת כי הדבר קשור בתפיסות משפטיות כוללניות יותר של

23 פרשת לטרסון 262.

24 פרשת רוט 629.

25 ובלשונו (פרשת לטרסון 268): "הנחה זו אין יסודה בחזקה המשפטית, שכל חוזה כולל מאליה את כלל החובות שבהוראות החיקוק הנוגעות לעניין שבו דן החוזה... אלא מהווה היא נסיבה עובדתית... לשון אחר: אילו היה 'הטרדן המתערב' שואל את הצדדים לחוזה שלפנינו, אם התכוונו להתנות לקיים את הוראת החיקוק הנוגעת להקמת הגנראטור, נענה היה בחיוב, היינו - שכך מוסכם מכללאל בין הצדדים, לאור מעמדה של חברת השיכון, המוניטין שלה וידיעתה את החובה שבחיקוק להקמת גנראטור בבניין שהסכימה לבנותו".

26 על כך ראו גם דיונו של אייל זמיר, הנזכר להלן בהערה 29.

27 פרשת לטרסון 266, סעיף 9 לפסק דינו של השופט מנחם אלון.

28 "ואם אי אתה אומר כן, נמצא אדם יודע - או נדמה לו שיועד - תחילתו של חוזה שבא עליו, אך אין הוא יודע - ואינו יכול לדעת - מה יהא בסופו של חוזה זה שחתם עליו, ומה הם החיובים שעלולים לבוא לעולם במסגרתו חדשים לבקרים, ולא נודע לו כי באו אל קרבו של החוזה. ונמצא, שאף אדם תם לב לעולם אינו יודע מה הם החיובים שנטל על עצמו ועד היכן הם מגיעים" (פרשת לטרסון 267, סעיף 9 לפסק דינו של השופט מנחם אלון).

השופט אלון, אם בתחום כלכלה וחברה ואם בתחום האקטיביזם השיפוטי.²⁹ אולם, באופן מסוים, הדבר מתקשר אף לאופן שבו השופט אלון מבין את עמדת המשפט העברי בעניין הנידון. לדידו, התפיסה המרוסנת שמציג המשפט העברי בעניין דין "ועשית הישר והטוב" היא שראויה לשמש מודל ראוי לעקרון המקביל במשפט הישראלי.³⁰ שהרי, כאמור, אחד מן המאפיינים של דין "ועשית הישר והטוב" אשר שבה את ליבו של השופט אלון הוא, הדירוג שיצרו חכמים בין העוצמות השונות על אכיפת הדין. הבחנה זו, בין מצבים שבהם הפרת דין "ועשית הישר והטוב" תוביל לאפיון האדם כ"נבל ברשות התורה" ולכפייתו לנהוג בדרך הראויה, לבין מצבים שבהם הפרת הדין לא תהיה אלא משום פגם ב"מידת חסידות", אשר אינו נאכף על האדם, היא שמלמדת על הדרכת המשפט העברי את השופט לנהוג ב"זהירות מרובה שלא לחרוג מכוח עקרון תום הלב מעבר לגבולות הרצויים והאפשריים, מבחינת שורת הדין והכפייה".³¹

מגמת ריסון זו מבצבצת באחד ממטבעות הלשון שטבע בהקשר זה השופט אלון. כידוע, היה זה הרמב"ן שהפיק מן הציווי "קדושים תהיו" את הקביעה הנורמטיבית השוללת את הלגיטימציה מן ה"נבל ברשות התורה",³² כלומר ממי שמקפיד על קיום החוק ככתבו וכלשונו, בצורתו הפורמאלית בלבד, באופן הנוגד את רוחו הפנימית. ברוח זו טבע אלון את הביטוי השלילי "נבל ברשות החוזה", לאפיונו של צד לחוזה הנוהג בחוסר תום לב, כלומר: המבקש להסתמך על לשונו הפורמאלית של החוזה באופן הנוגד את רוחו הפנימית.³³ ואכן, הביטויים "נבל ברשות התורה" ומקבילו "נבל ברשות החוזה" אינם באים להטיל על האדם חיובים חדשים, מעבר לאלה שדורשים מהם התורה או החוזה, אלא את החובה לקיים את החיובים הנתונים לפי רוחם הפנימית. דומני, כי הדגשה זו עולה בקנה אחד עם גישתו של השופט אלון, כי עקרון תום הלב מורה על דרך קיומו הנאות של החוזה, אך אינו מטיל על הצדדים חיובים חדשים שזכרם לא בא בלשונו.

29 על כך ראו בהרחבה, אייל זמיר 'השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה', בתוך ספר ברק: עיונים בעשיותו השיפוטיות של אהרן ברק (ירושלים, תשס"ט), עמ' 372 ואילך. ראו גם אילן סבן, 'השופט מנחם אלון: משפט והשקפת עולם', משפט וממשל ב (1994), 153.

30 אכן, לדעת אלון (פרשת לסרסון 265) המשפט הגרמני מציג תפיסה פחות מרוסנת של עקרון תום הלב, שלפיה ניתן לייצר מכוח עקרון זה חיובים חדשים שיוטלו על הצדדים לחוזה. אלא שלדעתו, טוב יעשה המשפט הישראלי אם ישאב את התפיסה המרוסנת יותר שבנקודה זו מציע המשפט העברי.

31 פרשת לסרסון 265.

32 פירוש הרמב"ן לתורה ויקרא יט, ב.

33 פרשת לוגסי 466.

(ב) תום הלב מכוח החובה לשאת ולתת באמונה –

השופט יצחק אנגלרד

גישתו של השופט יצחק אנגלרד בדבר המקור במשפט העברי לחובת תום הלב באה לידי ביטוי בעיקר בפסק דין בעניין **קל בנין**.³⁴ בפסק דין זה נידונה שאלה מסוג שונה, אשר אף היא קשורה לשאלת התחולה של עקרון תום הלב בדיני החוזים. חברה הזמינה הצעות לביצוע עבודה במסגרת מכרו. לאחר ניהול משא ומתן, היא סיכמה את תנאי החוזה עם אחד המציעים שנבחר על ידה. כל שנותר לשם השלמת החוזה הוא אישור מועצת המנהלים של החברה המזמינה. אלא שמועצת המנהלים החליטה שלא לאשר את החוזה. החוזה נכרת עם מציע שלא נטל חלק במכרו. הוסכם על שופטי בית המשפט העליון כי בהתנהגותה זו הפרה החברה את חובתה לנהוג בתום לב. השאלה שנידונה בפסק הדין הייתה, האם הנפגע זכאי לפיצויים שליליים בלבד בעד ההפסדים שנגרמו לו (פיצויי הסתמכות) או שמא הוא זכאי אף לפיצויים חיוביים בעד הרווח שנמנע ממנו מאי קיום החוזה (פיצויי קיום).

לאחר פסק דינו של הנשיא ברק, אשר עיגן את רעיון הפיצויים החיוביים במקרה מעין זה, בחר השופט אנגלרד לבחון את השאלה מנקודת מבטו של המשפט העברי. את ההלכה שבמשפט העברי המקבילה לעקרון תום הלב מצא השופט אנגלרד בדין המחייב לשאת ולתת באמונה. הווי אומר, כי כשם שהמשפט הישראלי מגדיר את החברה שנטוה מן המשא והמתן בשלב כה מתקדם כמפרה את חובת תום הלב כך המשפט העברי היה מגדירה עוד מקדמא דנא כ"מחוסרת אמנה".³⁵

השופט אנגלרד עומד על מדרג הסנקציות שקובע המשפט העברי בגין נשיאה ונתינה שלא באמונה, שראשיתו בסנקציות שהן בתחום המוסר³⁶ וסופו בסנקציות הנושקות לתחום המשפט.³⁷ ברם, השופט אנגלרד מציין כי "עם כל זאת נראה כי העיקרון הבסיסי ולפיו בהיעדר קניין הפרת ההבטחה אינה גוררת אחריה סנקציה משפטית - להבדילה מסנקציה מוסרית - עיקרון זה עדיין מקובל על פוסקי ההלכה".³⁸ לפיכך, מגיע השופט אנגלרד אל המסקנה, כי בצורתה הנוכחית אין ההלכה שמציע המשפט העברי יכולה להנחות את שופטי בית המשפט בשאלה שהונחה לפתחם.³⁹ לכל הפחות, כל עוד לא

34 ע"א 6370/00 קל בנין נ' ע.ר.מ. רעננה פ"ד נו(ג), 289 (להלן: פורשת קל בנין).

35 פורשת קל בנין 309.

36 הגדרת המפר כמי ש"אין רוח חכמים נוחה הימנו" ובשלים מתקדמים יותר של המו"מ כ"מחוסר אמנה".

37 עד כדי הטלת בית הדין קללה על המפר, קללת "מי שפרע". על כך ראו מאמרו של רון ש' קליינמן, 'קללת מי שפרע: דת, משפט וחברה', מחקרי משפט כה (1) (טרם פורסם).

38 פורשת קל בנין 309.

39 לאמיתו של דבר, דומה שישנה הלכה אחרת במשפט העברי אשר בכוחה להעניק לחברה הנפגעת סעד משפטי של ממש. כוונתי לדין "עני המהפך בחררה", אשר החלתו במקרה זה

יבחרו השופטים לייצר פתרון משפטי חדש, אשר יעוצב ברוח דין 'מחוסר אמנה' ובהשראתו.⁴⁰

מן הראוי לציין, כי חוקרים נוספים צעדו אף הם בדרך דומה, וזיהו את העיקרון המודרני של חובת תום הלב עם ההלכות הקדומות של "מחוסר אמנה" ו"נשאת ונתת באמונה".⁴¹

(ג) תום הלב מכוח עיקרון הכפיה על מידת סדום – השופט משה דרורי

את משנתו בעניין המקור היהודי לחובה לקיים חוזה בתום לב, פרש השופט משה דרורי בהרחבה, בפסק הדין בעניין חברת העובדים השיתופית נ' הרב ביטון,⁴² העומד במוקדו של חיבור זה. פסק הדין עוסק בתביעתם של חייבים כי יש להחליף שעבוד, מנכס יקר אל נכס זול יותר, אשר גם הוא (הנכס הזול) דיו כדי להבטיח את פירעון החוב שעוד נותר. כך יוכל החייב לשחרר את הנכס היקר עבור שימושים אחרים שהוא יוכל לעשות בו. הנושה, לעומת זאת, עומד על קיום החוזה ככתבו וכלשונו, כלומר, להותיר את השעבוד על הנכס היקר על כנו, באופן שיגן טוב יותר על האינטרס שלו בפירעון החוב.⁴³ שתי הדוקטרינות המשפטיות העומדות לדיון בפסק דין זה הן שימוש לרעה בזכות וקיום חוזה בחוסר תום לב.

השופט דרורי סוקר בצורה נרחבת ומפורטת את המקורות השונים הדינים במקבילותיו העבריות של עקרון תום הלב. ומתוך דבריו נראה, כי ההלכה

עשויה להעניק לחברה הנפגעת סעדים שונים שיושתו על החברה השנייה שזכתה בחוזה. שאלה מעניינת היא, מדוע השופט אנגלרד נמנע מלדון בפסק דינו בהיבט זה של המשפט העברי, אלא שהדברים חורגים מגבולות יריעה זו. על דין "עני המהפך בחררה" ראו שילם ורדפטיג, 'עקרונות הסגת גבול', סיני עז (תשל"ה), עמ' 254; הרב ישראל מאיר לאו, 'איסור השגת גבול: עני המהפך בחררה', תורה שבעל פה יט (תשל"ז), עמ' 106; הרב שילה רפאל, 'בדין השגת גבול', ספר היובל לכבוד רבי יוסף דוב הלוי סולובניצ'יק, כרך א (ירושלים, ניו-יורק, תשמ"ד), עמ' תיט; נחום רקובר, המסחר במשפט העברי (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 123; הרב דוד דב לבנון, 'בדין יורד לאומנות חבירו, עני המהפך בחררה ומערופיא', שורת הדין ז (תשס"ב), עמ' ריח.

40 לביקורת פסק דינו של אנגלרד, בדגש על הניסיון לתרגם את הסנקציה המוסרית-חברתית שקבעו חז"ל לסנקציה משפטית, ראו יובל סיני, 'ישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל, כרך א (תל אביב ונתניה, תשס"ט) עמ' 534 ואילך.

41 ראו שילם ורדפטיג, 'תום לב בדיני חוזים', נזיר אחיו, כרך ג (ירושלים, תשל"ח), עמ' רכה (השוו עם דבריו בספרו דיני חוזים במשפט העברי (ירושלים, תשל"ד), פרק שני, עמ' 16 ואילך); איתמר ורדפטיג, ההתחייבות: תוקפה, אופיה וסוגיה (ירושלים, תשס"א), עמ' 407 ואילך. ראו גם השופט רובינשטיין בע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדויה. לדיון נוסף בגישתו של השופט רובינשטיין בנקודה זו ראו להלן, הערה 49.

42 בש"א (ירושלים) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ, נ' הרב דניאל ביטון, תק-מח 2006(3), 2904 (להלן: פרשת ביטון).

43 הן בדרך של הפעלת לחץ כבד יותר על החייב לפירעון יתרת החוב, הן בדרך של מתן אפשרות נוחה יותר לשימוש הנכס על ידי הנושה במקרה של אי פירעון החוב על ידי החייב.

המועדפת בעיניו כמקבילה המתאימה ביותר⁴⁴ היא זו הקובעת "כופין על מידת סדום", כלומר, כופין על אדם שלא לנהוג לפי המידה הנהוגה בסדום.⁴⁵ לדידו, "עיקרון הכפייה על מידת סדום מצא את ביטויו בחקיקה הישראלית החדשה, בעיקר בסעיף 39 לחוק החוזים, שחייב את הצדדים לחוזה לקיים את החוזה בדרך מקובלת ובתום לב".⁴⁶

שלוש דוגמאות מביא השופט דרורי ליישום הלכתי של דין "כופין על מידת סדום" בתחום החוזים ממחישות את טיבו של הדין ואת הרלוונטיות למקרה הנידון.

הדוגמה הראשונה היא של שינוי תנאי התשלום בחוזה לשכירת מכשיר לטחינת חיטים, בדוגמה השנייה נדון שינוי תנאיו של חוזה להעברת יין, ובשלישית נדון שינוי מקום פירעון ההלוואה, באופן שמיטיב עם הנושה ואינו פוגע באינטרס החייב. בכל הדוגמאות מדובר בשינוי תנאיו של החוזה כדי להתאימו, באופן שיפעל לטובת הצד האחד ולא יגרום נזק, לכל הפחות לא נזק משמעותי, לצד שכנגד. שינוי זה נכפה על הצד שכנגד מכוח דין "כופין על מידת סדום". המשותף לכל הדוגמאות הוא, שיש בהן כפייה של צד לחוזה שנועדה להתאים את ההתחייבות החוית למצב החדש שנוצר.⁴⁷ ובהתאמה למקרה שלפניו, מורה השופט דרורי לגרור את השעבוד מן הנכס היקר אל הנכס הזול, באופן שיטיב בצורה ניכרת עם החייב ולא יפגע משמעותית באינטרס הנושה.

44 דיונו של השופט דרורי מקיף גם את ההיבטים השונים של ההלכות שנידונו לעיל, כגון דין "ועשית הישר והטוב" על יישומיו השונים וכן דין "מחוסר אמנה" (משה דרורי, **השימוש לרעה בזכות במשפט העברי - כופין על מידת סדום**, הרצאת המכון הגבוה לתורה ומשפט - משפטי ארץ, עפרה תש"ע עמ' 56 (להלן: דרורי)). ברם אין בדבר זה לשנות את העובדה שהמקבילה ההלכתית העיקרית לעקרון תום הלב, לדעת השופט דרורי, היא דין "כופין על מידת סדום".

45 דרורי, 19.

46 דרורי, 54. על זיהוי עקרון תום הלב עם דין 'כופין על מידת סדום' חזרו השופט רובינשטיין בערעור על פסק דין זה (ע"א 718/07 הרב ביטון נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל, פסקה ב לפסק דינו), וכן ד"ר מיכאל ויגודה, במאמרו 'על תום הלב במשפט', פרשת השבוע, גליון 184, וירא תשס"ה, בהוצאת המחלקה למשפט עברי, משרד המשפטים (זמין באתר המחלקה, במדור פרשת השבוע, ובאתר 'דעת', מדור 'משפט עברי').

47 ראה: דרורי, פרק חמישי, עמ' 36-40. דרך אגב, דומני שחלק מן הדוגמאות, כגון זו של שינוי מקום פירעון ההלוואה, ראויות להישקל אף לפי מידותיה של דוקטרינת ביצוע בקירוב. לאמור, ישנם מצבים שבהם אמנם בית המשפט מורה על שינוי בדרך קיום החוזה, אולם השינוי הוא כה מערי עד שהדבר אינו אלא ביצוע בקירוב של החוזה המקורי. וראה בעניין זה גם בפסקה 117 של פסק הדין בפרשת ביטון.

ג. השוואה בין המודלים

(א) מה בין שלושת המודלים המוצעים?

הנה כי כן, שלושה שופטים נותנים דעתם לשאלה דומה לכאורה: מהי המקבילה ההלכתית לעיקרון המודרני של חובת תום הלב? וכל אחד מהם מעמיד את תשובתו על יסוד שונה.⁴⁸ אליבא דהשופט אלון, יסודו של עקרון תום הלב בדין "ועשית הישר והטוב". לדעת השופט אנגלרד יסודו בחובה "לשאת ולתת באמונה". ואילו לדידו של השופט דרורי נראה כי מרכז משקל הכובד ההלכתי נתון על דין "כופין על מידת סדום".⁴⁹ סקירה זו מעלה שתי שאלות עקרוניות הקשורות זו בזו.

ראשית, מהי אפוא ההלכה הראויה להימצא כמקבילה העתיקה של עקרון תום הלב? האם זהו דין 'כופין על מידת סדום', דין 'ועשית הישר והטוב' או שמא דין 'מחוסר אמנה'? האמנם יש לבחור מבין אלה השלושה או שמא לראותם משולבים יחד באופן מסוים?

שנית, תהיה ההלכה שתיבחר אשר תהיה, מהי עמדתו התוכנית-מהותית של המשפט העברי בשאלות שנידונות במסגרת עקרון תום הלב? האם אליבא דחכמים אין להטיל על הצדדים חיובים חדשים שזכרם לא בא בחוזה, כפי שמציע השופט אלון, או שמא מכוח החובה לנהוג זה בזה בתום לב רשאי בית המשפט לכפות על הצדדים חיובים חדשים אף אם זכרם לא בא בתוך החוזה, כפי שמציע השופט דרורי? האם חובת תום הלב שבמשפט העברי הנה גורם מרסן, שהוא פחות תובעני מן התפיסות המקבילות במשפט הישראלי (כפי שמציג זאת השופט אלון וכפי שעולה מתוך דברי השופט אנגלרד) או שמא המשפט העברי דווקא מציג גרסה תובענית יותר, המגדילה את היקף האחריות המוטלת על הצדדים זה כלפי זה (כפי שמציע השופט דרורי)? ובאופן כללי, האם חיובי תום הלב שבהלכה שייכים לתחום המשפט

48 בשורות הבאות אדגיש את המבדיל בין גישות השופטים שנידונו לעיל, וזאת כדי להבליט את המייחד כל אחת מן הגישות מן הבחינה האנליטית. בפועל, הדיכוטומיה בין השופטים קטנה יותר, ובדבריהם ניתן לאתר גם היבטים גרעיניים של הגישות החלופיות.

49 בפסק דין אחר הציע השופט רובינשטיין מקבילה הלכתית נוספת לעקרון תום הלב, הוא העיקרון הקובע: "דעלך סני לחברך לא תעביד [מה ששנוא עליך לא תעשה לחברך]". ראו ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה, תק-על 2005(4), 270, 271 (2005) אלא שאין זה ברור עד כמה מדובר בעקרון הלכתי-משפטי פעיל בדיני חושים או שמא בביטוי מתחום המוסר והדעות בעולמם של חכמים. בעניין זה, יתכן שיהיה ערך לטיול עזרה מן ההבחנה התורת-משפטית בין עקרון משפטי תיאורי לבין עקרון משפטי נורמטיבי (ראו יוסף רו, 'עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי', **משפטים ב** (תש"ל), 317, 323). עקרון משפטי תיאורי הוא עיקרון משפטי שאינו מוכר בשיטה המשפטית, אלא שבכוחו להסביר את קיומם של מגוון כללים בשיטה. עקרון משפטי נורמטיבי, לעומתו, הוא עקרון משפטי המוכר בשיטה המשפטית ככזה. לפי זה, אין זה מחוור לגמרי שהעיקרון שציין השופט רובינשטיין הוא עיקרון משפטי נורמטיבי (הוא אינו מופיע בקבצי ההלכה המרכזיים) אלא עיקרון משפטי תיאורי.

(כפי שמציעים השופטים אלון ודרורי) או שמא לתחום המוסר והחברה (כפי שמציע השופט אנגלרד)?

במבט ראשון היה מפתה לומר כי מחלוקת לפנינו, הבדלי גישות והשקפות בין חוקרים ושופטים המבקשים לרדת לעומקה של הלכה. לא הרי עמדתו של השופט אלון כהרי עמדתו של השופט אנגלרד, ולא הרי עמדות שניהם כעמדת השופט דרורי.

וביתר פירוט, השופט אלון מבטא גישה ליברלית (באופן יחסי) בשאלת התערבותם של דיני החוזים בחופש של הצדדים לחוזה ולפיכך הוא מבטא גישה מרוסנת יחסית של עקרון תום הלב, ובתוך מערך השופטים בבית המשפט העליון הוא מסמל סמן ימני הדוגל בצמצום ההתערבות בחופש החוזי. השופט דרורי, לעומתו, מבטא גישה בעלת אופי שהוא יותר חברתי בשאלת ההתערבות בחופש החוזי של הצדדים, וביתר קלות הוא נכון להטיל על הצדדים חובות התנהגות שיש בהם משום רגישות ואחריות כלפי אינטרס הצד שכנגד. לפיכך, נאות השופט דרורי בעניין שלפניו לשנות את יחסי החובות והזכויות שבין הצדדים ולגרור את המשכנתא מנכס לנכס אף שאין לדבר כל עוגן בלשון החוזה. ואילו השופט אנגלרד, הידוע בגישתו הביקורתית כלפי שילובו של המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית, פונה אל הלכה המלמדת על חוסר הרלוונטיות והאקטואליות של המשפט העברי עבור הבעיות שעמן מתמודד בית המשפט העליון, ואת מבוקשו הוא מוצא בדין 'מחוסר אמנה', אשר הסנקציות שהוא קובע אכן אינן יכולות בנקל לשמש מורי דרך לפסיקה הישראלית.⁵⁰

אלא שפתרון זה אינו ממצה את הסוגיה שלפנינו. זאת, כיוון שהשופטים השונים שבהם דנו לעיל אינם מציעים קריאות שונות לאותה הלכה שברמב"ם או בשולחן ערוך, באופן המחייב אותנו לקבוע כי מחלוקת שופטים לפנינו. לא כך הוא, אלא הם בוחרים לעגן את עמדותיהם כל אחד בהלכה אחרת בספרי הפוסקים. לפיכך, המורכבות אינה יכולה להיפתר כהבדלי השקפה שבין השופטים השונים אלא היא קיימת באופן אינהרנטי במקורות המשפט העברי עצמם. ואכן, עובדה מעניינת היא, שחרף ההבדלים המשמעותיים בין

50 עמדתו הביקורתית של השופט אנגלרד לשילובו של המשפט העברי בשיח המשפטי בישראל נידונה בהרחבה בספרות המחקר. לפיכך אסתפק בכמה הפניות בודדות. ראו יצחק אנגלרד, "מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו", **משפטים** ז (תשל"ו), 34; יצחק אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", יעקב בזק (עורך), **המשפט העברי ומדינת ישראל** (ירושלים, תשכ"ט), 110; גדעון ספיר, "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו", עיוני משפט כה (תשס"א) 189; ידידיה צ' שטרן, "מה יהודי במשפט הישראלי", בתוך: **דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינת דמוקרטיה** (ירושלים, תשס"ז עורכים: אבי רביצקי וידידיה צ' שטרן), 13. יש לזכור, כי בנקודה זו לא תמיד היה השופט אנגלרד עקבי עם גישתו של פרופסור אנגלרד, וכשופט הוא עיצב את פסיקתו, לא אחת, בהשראת מקורות המשפט העברי. הבולט שבין פסיקות אלה הוא פסק הדין ברע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד (נה) 199. וראו גם דרורי, הערה 64.

פסיקות השופטים שנידונו לעיל אין השופטים המודעים זה לפסיקותיו של זה מציגים עצמם כבני-פלוגתא זה לזה.⁵¹

לפיכך, ככל שקיימת מחלוקת משפטית עקרונית בין השופטים השונים, וככל הנראה אכן קיימים ביניהם הבדלים עקרוניים בהשקפתם המשפטית, היא אינה פוטרת אותנו מן החובה להבין לאשורה את עמדתם של מקורות המשפט העברי כשלעצמם.

(ב) עקרונות משתלבים המשלימים זה את זה

על פניו נראה, כי אכן עמדת המשפט העברי בשאלת החובה לנהוג בתום לב מורכבת מכמה כללים ועקרונות, הפועלים באופן מקביל ומשולב. בפסקי הדין שנסקרו לעיל, בחר כל אחד מן השופטים להתמקד באחד מן הכללים, אשר היה מתאים לנשוא דיונו. אולם לכדי השקפה כוללת טרם באנו. הטענה כי יסודו של עקרון תום הלב בדין 'ועשית הישר והטוב', בדין 'כופין על מידת סדום' או בדין 'מחוסר אמנה', כמדה כניסיון לאפיין את המכלול באמצעות מישוש נקודתי של אחד מאבריו...

לפיכך, מקום יש לעיין ולחקור את מערכת היחסים שבין הכללים ההלכתיים השונים שנידונו לעיל: מהי 'חלוקת העבודה' ביניהם מבחינת תחומי פעילותם? מהם סוג הסנקציות שכל אחד מהם מאפשר להפעיל ומהי מידת היכולת לאוכפם בכלים משפטיים? האם דינים אלה פועלים להשגת מטרות דומות או שונות? האם ההנחות האתיות-פילוסופיות שעליהן הם נשענים הנן זהות או מגוונות? וכן שאלות נוספות על זו הדרך. צעדים בוסריים ראשוניים בכיוון מחקר זה אבקש להציע בשורות הבאות, וזאת באמצעות דירוג ההלכות שנידונו ברשימה זו על פי כמה פרמטרים:

1. נושא הדיון

אמנם ההלכות השונות שנידונו לעיל - 'ועשית הישר והטוב', החובה לשאת ולתת באמונה, 'וכופין על מידת סדום' - עוסקות כולן בחובה לנהוג בתום לב

51 ואכן, השופט אנגלרד מאזכר בפסק דין קל בנין את פסקי הדין של השופט אלון שבהם דנו לעיל, אך אינו מציגם כנתונים במחלוקת ואפילו לא כמקיימים ביניהם הבדלים עקרוניים. גם השופט דרורי, בפסק דינו בפרשת ביטון, דן בהרחבה בגישת השופט אלון לעקרון תום הלב במשפט הישראלי ובמשפט העברי, אולם הוא אינו מחדד את ההבדלים העקרוניים הקיימים בין עמדתו של השופט אלון לבין עמדתו שלו עצמו, אף לא לגבי ההבדלים הנגזרים מן הבחירה בין דין 'ועשית הישר והטוב' לבין דין 'כופין על מידת סדום' (ובאופן דומה נוהג השופט דרורי לגבי פסיקתו של השופט אנגלרד).

יתירה מכך. השופט דרורי פורש את מחלוקתם של השופטים אלון וברק בשאלה, האם מכוח עקרון תום הלב ניתן להטיל על הצדדים חיובים חדשים שזכרם לא בא בחוזה. דווקא בשם המשפט העברי מעדיף השופט דרורי את גישתו של השופט ברק, וזאת למרות שהשופט אלון תמך אף הוא את יתדותיו במשפט העברי ובכך עיגן את התנגדותו להטלת חיובים חדשים על הצדדים מעבר לאמור בחוזה עצמו.

עם הצד שכנגד. אולם דומה כי כל אחת מן הלכות אלה עוסקת בהיבט שונה של החובה.

דין 'מחוסר אמנה' עניינו חובות אמון, וביתר דיוק: אמינות. משימתו היא להבטיח כי אדם יעמוד בדיבורו.⁵² לפיכך, עניינו של כלל זה בהפרת התחייבויות שנטל על עצמו אדם, בדרך כלל התחייבויות חלקיות שלא הגיעו כדי חוזה מחייב, ובתוצאותיה של הפרה זו.

לעומת זאת, דין 'כופין על מידת סדום' ודין 'ועשית הישר והטוב' ענינם בהטלת חובות ('עשה' או 'לא תעשה') לטובת אינטרס הזולת, אף מעבר להתחייבות החוזית עצמה.⁵³ לאחר שמוצתה הסכמת הצדדים, ככתבה וכלשונה, במשמעותה הפורמאלית, מטילים דינים אלה על הצדדים היבטים נורמטיביים נוספים זה כלפי זה, אם בדרך של יציקת משמעויות חדשות אל תוך ההתחייבויות החוזיות הקיימות ואם בדרך של הוספת חיובים חוזיים חדשים. במובן מסוים, דינים אלה נועדו לבקר את ההסכמה החוזית, להצביע על מגבלותיה, ולהציע דרכים לשפרה בדרך הוגנת יותר.

מה אפוא בין דין 'ועשית הישר והטוב' לבין דין 'כופין על מידת סדום'? על פניו נראה, כי ההבדל העיקרי ביניהם בא לידי ביטוי במידת הנטל שהם מטילים על הצד נשוא הדין. דין 'כופין על מידת סדום' מתייחס למצבים שבהם העדפת אינטרס הזולת אינה כרוכה בהפסד כלשהו,⁵⁴ ולכל הפחות לא בהפסד של ממש. ואילו דין 'ועשית הישר והטוב' מטיל על האדם חובה נרחבת יותר, שלעתים עלולה להיות כרוכה עבורו בהפסדים לא מבוטלים.

2. רצון הצדדים

בהתאם לאמור בסעיף הקודם, דין 'מחוסר אמנה' אינו בא ליצור חיובים חוזיים חדשים מעבר למה שהצדדים קיבלו על עצמם. להיפך, הוא בא להמריץ את הצדדים לקיים את דיבורם. לא מעבר לכך. אמנם דין זה מרחיב את תחום החבות של הצדדים אל השלב הטרומי חוזי שבו עדיין לא נכרת ביניהם חוזה שלם ומחייב, אולם הוא אינו חורג מעבר להתחייבויות שהצדדים כבר החלו ליטול על עצמם ברצונם.

מבחינה זו הדבר שונה מהותית מן הדינים 'ועשית הישר והטוב' ו'כופין על מידת סדום' אשר באים להטיל על הצדדים חיובים נרחבים מעבר למה שהצדדים נטלו על עצמם. כפי שנאמר לעיל, דינים אלה מתפקדים, למעשה,

52 בהקשר זה ראו גם דיונו של איתמר והרפטיג, ההתחייבות: תוקפה, אופיה וסוגיה (ירושלים, תשס"א), עמ' 412.

53 אין צורך לומר, כי תחולתם של דינים אלה אינה מותנית בקיומו של חוזה.

54 כגון הדוגמאות שנידונו לעיל (בין ציון הערה 46 להערה 47), בעניין התאמת החוזה לנסיבות המשתנות באופן שאינו מטיל על אחד הצדדים נטל ממש.

כמבקרי הסכמת הצדדים, וכמי שמחייבים את הצדדים לפעול על פי אמות מידה הוגנות אף אם זכרן לא בא בתוך החוזה.

3. אכיפה

בהתאם להבדלים ששורטטו לעיל, אנו מוצאים פער בין הדינים השונים על פי מדד יכולתו של בית המשפט לאוכפם.

בכל הקשור לדין 'מחוסר אמנה' נראה שיכולת האכיפה נמוכה, ובכל מקרה היא אינה עולה כדי אכיפה משפטית רגילה אלא נותרת בתחום האכיפה המוסרית-חברתית. האכיפה שמפעיל בית המשפט בתחום זה נעה בין הכתמת הצד מחוסר האמנה בתואר הבלתי-מחמיא 'רוח חכמים אינה נוחה הימנו', עבור לסיווגו כ'מחוסר אמנה' וכלה בסנקציה החריפה ביותר בתחום זה: קללת מי שפרע. אלא שיש לזכור כי אף קללת מי שפרע אינה סנקציה משפטית פרא-אקסלנס.⁵⁵ מצב זה אכן הולם כראוי את הנושא עמו מתמודד כלל הלכתי זה. שהרי כאן לא עסקינן בחוזה שלם ומחייב אלא בהתחייבויות בוסריות יותר. לפיכך כאן לא יאה האכיפה המשפטית, אלא דווקא שימוש בכלים מוסריים-חברתיים.

שונה ממנו דין 'כופין על מידת סדום', אשר בהקשר דיני החוזים מטפל במצבים שבהם יש בין הצדדים חוזה שלם ומחייב. מחד גיסא, הצדדים קשורים לזה בחוזה מחייב, ומאידך גיסא החובות שמטיל דין 'כופין' על הצדדים מאופיינות ככאלה שאינן פוגעות באינטרסים שלהם, ולכל הפחות לא פגיעה ממשית ומשמעותית. לפיכך, כאן מתאים השימוש בכלי אכיפה מלאים, כפי שהמשפט העברי אכן יודע להפעיל. דין 'כופין על מידת סדום' כשמו כן הוא עוסק באכיפת סטנדרט התנהגות גבוה יותר, ולשם כך רותם המשפט את כלי האכיפה שבידו.

מערכת איזונים שונה מתקיימת במסגרת דין 'ועשית הישר והטוב'. אמנם גם במקרה זה עשויה להתקיים בין הצדדים מסגרת חוזית שלמה ומחייבת. ברם, כאן מדובר בנורמות התנהגות לטובת אחד הצדדים העלולות לגבות מהצד שכנגד מחירים שאין להתעלם מהם. לפיכך כאן, כפי שציין השופט אלון, המשפט העברי הססני יותר במידת אכיפתו של הכלל. לעתים דין 'ועשית הישר והטוב' אינו עולה אלא כדי מידת חסידות ולפנים משורת הדין, ולעתים מצב העניינים הנו כזה המחייב את אכיפת שורת הדין ושימוש בכלי האכיפה שיש בידי בית המשפט. כך למשל, במקרה הנידון בפסק דין לסרסון, הנטל שעמד להיות מוטל על החברה - התקנת גנרטור - אינו דבר של מה בכך,

⁵⁵ אמנם הסנקציה של קללת מי שפרע עשויה להיות אפקטיבית במידה רבה, בשל הלחץ הדתי והחברתי המופעל על מקבל הקללה. ברם עדיין היא שונה באופן מהותי מסנקציות משפטיות אחרות המוכרות במשפט העברי, כגון הירידה לנכסי החייב או הכאתו במכות מרדות וכיוצא ב.

ולפיכך דין 'ועשית הישר והטוב' שירת נאמנה את גישתו של השופט אלון, אשר ביקש אחר מכשיר מורכב ורב-פנים, שלעתים מאפשר לבית המשפט לכפות את עמדותיו המוסריות על הצדדים ולעתים מאפשר לבית המשפט להמליץ לצדדים את דרך ההתנהגות הראויה ובלא לכפות זאת עליהם.

ד. תום הלב במשפט העברי ובמשפט הישראלי

מערך הבדלים אלה שבין הדינים השונים עשוי לזרוע אור על האופנים השונים שבהם תפקד המשפט העברי בפסקי הדין שנידונו לעיל. בכל אחד מפסקי הדין שנסקרו התגלה המשפט העברי בפנים שונות שלו. אמנם אין ספק שהדבר הושפע מאופיים של השופטים ומהשקפותיהם המקצועיות בשאלות משפטיות שונות. אולם הדבר התאפשר בשל ריבוי הפנים שלובש עקרון תום הלב במקורות המשפט העברי.

כאשר השופט אלון נתקל בשאלה המשפטית שלדעתו דרשה התערבות שיפוטית מרוסנת, הוא מצא מענה לגישתו בדין 'ועשית הישר והטוב' שבמשפט העברי, אשר מצדו האחד אכן מוביל להטלת חיובים של התנהגות בדרך תום לב עם הצד שכנגד, אך בו בזמן מצדו האחר מטיל זאת בדרך מורכבת המאפשרת לשופט לשקול את מידת אכיפתה של הנורמה שמטיל המשפט. בפרשת לסרסון ובפרשת רוט, תפקד המשפט העברי כגורם המבקש לרסן ולהגביל את הממדים הנרחבים, שלא לומר פולשניים, ששופטים אחרים ביקשו להעניק לעקרון תום הלב.

גם בפרשת קל בנין תפקד המשפט העברי באופן דומה. כזכור, עמדת הנשיא ברק הייתה, כי הפרת חובת תום הלב בשלב כה מתקדם של המשא ומתן צריכה לגרור פסיקת פיצויים חיוביים, ולא פיצויים שליליים בלבד. לעומתו, המשפט העברי הציג גישה מתונה הרבה יותר, לפיה במקרי-ביניים מסוג זה אין לכפות על הצדדים, במלוא מובנה של הכפייה, לעמוד בדיבורם אשר טרם התגבש לכלל חוזה מחייב. די בהפעלת סנקציות "רכות" יותר, שמערבות היבטים דתיים-וחברתיים ללא משמעויות משפטיות מוחלטות.⁵⁶

בשונה משני פסקי דין אלה, עמדתו של השופט דרורי בפסק הדין שבו הוא דן ניצבת "משמאל" לעמדה המקובלת במשפט הישראלי ומבקשת להטות את עקרון תום הלב למובנים בעלי אופי חברתי שיש בה משום יתר אחריות כלפי האינטרסים של הזולת.⁵⁷ מענה לכך, מצא השופט דרורי בדין 'כופין על מידת סדום', אשר מבחינת היבטי האכיפה הוא אכן מרחיק לכת יותר מאשר דין 'ועשית הישר והטוב'.

56 בחירתו הסופית של השופט אנגלרד בפסק דין זה להצטרף לדעתו של הנשיא ברק לא התבססה על עמדת המשפט עברי ולפיכך אינה משקפת את תרומתו של המשפט העברי לפסק הדין.

57 על כך ראו גם במאמרו של יהושע וייסמן, להלן בנספח ב.

ה. מסקנות

בתחום תורת המשפט מבחינים כיום בין כללים משפטיים לבין עקרונות משפטיים.⁵⁸ נורמה שהיא כלל מאופיינת כבעלת תחולה מקומית באחד מענפי המשפט בלבד, ומימושה יכול וצריך שיעשה באופן מוחלט.⁵⁹ לעומתו, נורמה שהיא עקרון מאופיינת כבעלת תחולה כללית על ענפי משפט רבים,⁶⁰ ומימושה אינו נעשה באופן מלא אלא המשפיעה בכיוון מסוים על התפתחות המשפט ומשתקללת בתוך מערכת של עקרונות נוספים.⁶¹ מנקודת מבט זו, אין ספק שחובת תום הלב מתפקדת כעקרון ולא ככלל. היא אינה גוזרת התנהגות ברורה ומסוימת אלא דרך פעולה כללית. היא מותירה שיקול דעת רחב לשופטים הדנים בה, ומקום תחולתה אינו מוגדר ומסוים לענף משפטי זה או אחר אלא היא משתרעת על פני כל עולם המשפט.

אחד המעקשים העיקריים הניצבים לפתחו של עקרון תום הלב, בהיותו עקרון הפונה לצדדים לחוזה ותובע מהם באופן כללי דרך פעולה הוגנת ומתחשבת, הנה בגמישותו הרבה ובחוסר היכולת לצפותו מראש. עדיין מהדהדת אזהרתו של השופט אלון:

צריך ודרכי השימוש בעיקרון תום הלב יקבעו בזהירות מרבית, לא בדרך הכללת כללים מראש אלא מן הפרט אל הפרט, עד אשר בבוא הזמן יתגבשו, אולי, מספר הנחיות וכללים באופן שימושו של עיקרון זה. שאם אין אתה עושה כן, יבולע ליציבות המשפטית, ואין אדם - אף תם הלב - יודע תום לב מהו ועד היכן הוא מגיע.⁶²

דומני כי בנקודה זו מציע המשפט העברי אלטרנטיבה מעניינת. תחת העיקרון האחד והכוללני שמציע המשפט הישראלי להתמודדות עם תופעת חוסר תום הלב שבין הצדדים, המשפט העברי מציע סדרה מפורטת יותר של כללים ועקרונות, אשר חולשים על תחומי פעולה מצומצמים יותר. לשם ההתמודדות עם הבעיה הכללית של חוסר תום הלב מעדיף המשפט העברי להעמיד לידי מערכת המשפט סדרה של כלי פעולה משפטיים, בעלי תחולה מצומצמת ומוגדרת. על פניו נראה, כי בבחירה בין ארגו כלי עבודה המכיל כלי אחד וגדול אשר אמור לפתור מגוון רחב של בעיות בהינף יד אחת לבין ארגו כלי עבודה המכיל מגוון כלים קטנים, עדינים יותר וממוקדים יותר, יש יתרון בולט לאפשרות השנייה.

58 Ronald Dworkin, 'Is Law a System of Rules', 35 U. Chi. L. Rev. (1967), 14
 59 כלומר, הכלל ניתן להערכה באופן בינארי אם הוא קיים או הופר. למשל, בהסתמך על הכלל שחובה נכרת בדרך של הצעה וקיבול ניתן להעריך ולקבוע האם במו"מ מסוים אכן התקיימו הצעה וקיבול ובהתאם לקבוע את מעמדו של המו"מ.

60 לעתים, על המשפט בכללותו.

61 למשל, ברי כי עקרון חופש הביטוי אינו ניתן למימוש מלא, אך בכך אין כדי לגרוע מן החשיבות של שקלולו של עקרון זה במסגרת קביעת כללים ופסיקות של בית המשפט.

62 פרשת רוט 629.

אני תקווה, כי רשימה קצרה זו אכן תוכל לשמש בסיס מתאים למחקר מקיף ומעמיק יותר בשאלת מהותו ומעמדו של עקרון תום הלב בדיני החוזים במשפט העברי.

נספח ב'

העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה*

יהושע ויסמן¹

תקציר

מבוא

- א. העתקת המשכון בלא פגיעה במקבל המשכון
- ב. נסיבות שבהן יש בהעתקת המשכון כדי לפגוע במקבל המשכון
 1. השווי של הנכס החלופי בהשוואה לחיוב המובטח
 2. נוחות המימוש של המשכון בנכס החלופי
 3. פיצול המשכון
 4. השפעת התכונות של הנכס הממושכן על תנאי החיוב המובטח
 5. נחיצות הנכס לחייב

אחרית דבר

תקציר

לממשכן זכות להעתיק את המשכון לנכס חלופי בלא הסכמת מקבל המשכון בתנאי שההעתקה אינה עלולה לפגוע במקבל המשכון. זכות זו של הממשכן מבוססת על עקרון תום הלב, השולל את זכותו של מקבל המשכון להתנגד לחילופי הנכס הממושכן, אם אין הוא עלול להיפגע עקב החילופים. פגיעה במקבל המשכון עשויה להיגרם הן בשל שוויו הנמוך של הנכס החלופי, הן בשל קשיי מימוש המשכון בנכס החלופי, הן כאשר הנכס החלופי חיוני פחות למקבל המשכון, ובלבד שבעת קבלת המשכון הסתמך הנושה על חיוניות הנכס המקורי לחייב.

* המאמר שלהלן נכתב בעקבות פסק הדין נשוא חיבור זה ופורסם בכתב העת **מחקרי משפט** כד 2 (תשס"ט) עמ' 430 (ראה לעיל, הערה 16). בהערות השוליים של המאמר, ישנה התייחסות לפסקאות 31-69 של פסק הדין המקורי, העוסקים בשימוש לרעה בזכות בהקשר של החלפת משכון, לפי המשפט הישראלי. פסקאות אלה של פסק הדין הובאו בתמצית בחיבור זה, בפרק התשיעי. תודתנו למערכת כתב העת מחקרי משפט ולמחבר על הסכמתם לשילובו של המאמר במסגרת חיבור זה.

1 פרופסור מן המניין (אמריטוס), האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לעוזרת המחקר, ע"ד ענת מססה, על ריכוז המקורות שנעזרתי בהם, ולמערכת כתב העת **מחקרי משפט**, על הערותיה המועילות. על שעבוד צף ראו: שלום לרנר **שעבוד נכסי חברה** 41 ואילך (1996).

מבוא

א. האם רשאי ממשכן להעתיק את המשכון לנכס חלופי ולשחרר את הנכס המקורי מכבלי המשכון בלא הסכמת מקבל המשכון? העתקה כזאת, כשהיא מתבצעת בהסכמתו של מקבל המשכון, מוכרת ורווחת בחיי המעשה. דוגמאות בולטות לכך הן חלופי הנכסים המשועבדים ב"שעבוד צף" והפרקטיקה הרווחת של "גרירת משכנתה"². ואולם, ממשכן עשוי להיות מעוניין להעתיק משכון לנכס חלופי גם כאשר מקבל המשכון אינו מסכים לכך. הממשכן עשוי להיות מעוניין בכך כאשר הוא מבקש לבצע בנכס הממושכן עסקאות למיניהן כאשר הנכס ממורק מן המשכון המקורי, כמו מכר, או כאשר הוא מבקש למשכן את הנכס המקורי להבטחת חיוב חדש, שאי אפשר להבטיחו באמצעות הנכס החלופי (למשל, משום ששווי של הנכס החלופי נמוך משווי של החיוב החדש).

אמנם הדין מספק לממשכן אמצעים מסוימים כדי לשחרר נכס ממושכן מכבלי השעבוד או לבצע בו עסקאות בלא צורך בהסכמת מקבל המשכון, אך אמצעים אלו כפופים למגבלות. חוק המשכון, תשכ"ז-1967, מאפשר לממשכן לשחרר נכס ממושכן מכבלי המשכון בהעניקו לממשכן זכות לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב המובטח, בין לפני המועד שהוסכם עליו בין לאחריו.³ ואולם שחרור הנכס הממושכן על ידי פדיון המשכון מותנה ביכולתו של הממשכן לקיים את החיוב המובטח (כגון פירעון החוב שלהבטחתו ניתן המשכון), ואילו העתקת המשכון - אם הדין מכיר בה - אינה מותנית בקיומו של החיוב המובטח. וכן פדיון משכון לפני המועד שנקבע לקיום החיוב כרוך בתשלום מיוחד.⁴ נוסף על כך, בהסכם המשכון אפשר לשלול את הזכות לפדיון מוקדם⁵ (דבר שאינו אפשרי במקרקעין⁶).

2 על גרירת משכנתה ראו: המפקח על הבנקים **ניהול בנקאי תקין** [15] (11/06) "נהלים למתן הלוואות לדיור" 451-16, http://mashkanta.dirof.info/mortgage_dragging.html (להלן: נהלים למתן הלוואות).

3 כאמור בסעיף 13 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, ס"ח 48 (להלן: חוק המשכון). בעניין פש"ר (ת"א) 1881/03, בש"א 20245 ש.ע. **ירדני מוצרי מתכת בע"מ** (לא פורסם, 18.11.2003) פסקה שנקבע לקיום החיוב המובטח. בלשונה של השופטת (שם, בפסקה 34): "משנקבע בחוק המקרקעין בשונה מחוק המשכון כי זכות הפדיון חלה אך קודם לקיום החוב, אין כל מנוס אלא לקבוע כי הוראות חוק המקרקעין גוברות ולא ניתן לפדות את הנכס לאחר קיום החוב." עמדה זו שגויה בהיותה מבוססת על קריאה לא זהירה של חוק המקרקעין. בחוק המקרקעין לא נאמר, כסברתה של השופטת, כי "זכות הפדיון חלה אך קודם לקיום החוב". כל שסעיף 88 אומר הוא כי על משכון מקרקעין לא תחול ההוראה שבחוק המשכון (בסעיף 13(ב)), שלפיה אפשר לשלול בהסכם את הזכות לפדיון מוקדם. אין בחוק המקרקעין התייחסות לזכות הפדיון לאחר המועד לקיום החיוב המובטח, ואין לקרוא לתוכו שלילה של הזכות הזאת.

4 סעיף 13(ב) לחוק המשכון.

5 שם.

6 כאמור בס' 88 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין).

יכולתו של ממשכן לבצע עסקאות בנכס הממושכן גם היא תחליף חלקי ומוגבל ליכולת להעתיק משכון לנכס חלופי. עסקאות של הממשכן בנכס כפופות לזכותו של מקבל המשכון. יכולת זו אינה מאפשרת ביצוע עסקאות בנכס הממושכן כשהנכס ממורק מן המשכון.⁷ יתר על כן, הסכם המשכון עשוי לשלול את יכולתו של הממשכן לבצע עסקאות בנכס הממושכן.⁸ במאמר מוסגר נזכיר כי מכוח עקרון התחלוף (סוברוגציה), העתקת משכון לנכס אחר עשויה להתרחש כתוצאה לוואי של עסקאות בנכס הממושכן או של שינויים אחרים שנעשים בו. במקרים האלה העתקת המשכון מוכתבת מכוח הדין, להבדיל מהעתקה רצונית של החייב. דוגמה מובהקת לכך היא מכירת נכס ממושכן בנסיבות שנתקיימו בהן תנאי "תקנת השוק".⁹ החוק קובע כי התוצאה של מכר כזה היא העתקת המשכון מן הנכס המקורי אל התמורה שנתקבלה במכירתו.¹⁰ הוא הדין במקרה שאת הנכס הממושכן מוכרת רשות ציבורית, כגון "ההוצאה לפועל".¹¹ דוגמאות אחרות מנויות בסעיף 9 לחוק המשכון, שעניינו חילופי משכון עקב אבדן המשכון, הינוקו או הפקעתו. כאשר לחייב זכות לפיצוי או לשיפוי בשל אבדן המשכון, הינוקו או הפקעתו, עובר המשכון לזכותו של החייב לפיצויים או לשיפוי.¹² כך גם במשכון על נכס שהוא זכות חוזית (כגון זכות חוזית לקבלת דירה). כאשר הזכות החוזית מתממשת ומוענקת הבעלות בדירה, מועתק המשכון מן הזכות החוזית אל הדירה שנתקבלה במימוש הזכות, כאמור בסעיף 9(ב) לחוק המשכון. מצב נוסף של העתקת משכון מכוח החוק הוא במשכון על זכותו של בעל משותף. פירוק השיתוף מביא להעתקת המשכון אל מה שיקבל השותף הממשכן בעקבות פירוק השיתוף.¹³ גם חיבור או ערבוב של נכס ממושכן עם נכס אחר, בנסיבות המפורטות בסעיף 5 לחוק המיטלטלין, תשל"א - 1971,¹⁴ מביא להעתקת המשכון. המשכון מועתק מן הנכס הממושכן המקורי אל חלקו של בעל הנכס הממושכן בנכס המשותף שנוצר עקב החיבור או הערבוב (או אל זכותו לקבל פיצוי).

מן הסקירה דלעיל עולה כי האמצעים שהדין מעמיד לרשות ממשכן המעוניין לשחרר נכס ממושכן מכבלי המשכון כדי לאפשר לו לבצע עסקאות בנכס - מוגבלים. מציאות זו מעניקה חשיבות לבירור השאלה אם לממשכן זכות להעתיק את המשכון לנכס חלופי בלא הסכמת מקבל המשכון.

7 שם, בס' 85; ס' 6 לחוק המשכון. ראו גם: יהושע ויסמן "חוק המשכון, תשכ"ז-1967" פירוש לחוקי החוזים 161 ואילך (גד טדסקי עורך, 1974).
 8 ס' 85(א) לחוק המקרקעין; סעיף 6(א) לחוק המשכון.
 9 על "תקנת השוק" ראו: ס' 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98 (להלן: חוק המכר).
 10 שם, בס' 334.
 11 שם.
 12 עוד בנושא ראו: ויסמן, לעיל הערה 7, בעמ' 32, 33, 208 ואילך.
 13 ס' 11(ב) לחוק המשכון.
 14 ס"ח 184 (להלן: חוק המיטלטלין).

א. העתקת המשכון בלא פגיעה במקבל המשכון

ב. פשיטא שאין להתיר לממשכן להעתיק את המשכון לנכס חלופי אם יש בהעתקה כזאת כדי לפגוע במקבל המשכון.¹⁵ ברם, הראוי להתיר לממשכן להעתיק את המשכון לנכס חלופי חרף התנגדותו של מקבל המשכון, במקרים שבהם אין בחילופי הנכס הממושכן כדי לפגוע במקבל המשכון? תשובה שלילית לשאלה זו עשויה להתבסס על הטענה שלמקבל המשכון זכות קניינית בנכס הממושכן, ומכוחה ראוי שזכותו תוגן מפני כל התערבות שאינה בהסכמתו.¹⁶ אכן, זו הייתה העמדה שהובעה בכמה פסקי דין¹⁷ ובכתבי מלומדים.¹⁸

ואולם לאחרונה שבה ועלתה שאלה זו בבית המשפט המחוזי בירושלים, בעניין חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון,¹⁹ ובפסק דין מקורי, יסודי וארכני (פסק הדין מחזיק כמאתיים עמודים!), החליט בית המשפט (מפי השופט דרורי) כי באין פגיעה במקבל המשכון רשאי הממשכן להעתיק את המשכון לנכס חלופי. עובדות המקרה, ככל שהן נחוצות לעניינו, היו כדלהלן. לוזה משכן נכס ששווי 9.5 מיליון דולר להבטחת חוב של 1.6 מיליון דולר. הלוזה ביקש להמיר את הנכס הממושכן בנכס אחר ששווי 1.5 מיליון דולר, בתוספת ערבות בנקאית לכיסוי ההפרש שבין שווי המשכנתה החלופית לבין החוב המובטח.²⁰ בית המשפט נעתר לבקשת הלוזה והורה על החלפת הנכס הממושכן המקורי בנכס החדש, בתוספת הערבות הבנקאית, באמרו כי אם נגרם חסרון למלווים אין הצדקה להעמיד את המלווים במצב רע יותר, אך על

15 ברוח זו קבע המפקח על הבנקים בנהלים למתן הלוואות לדיוור החלים על מלווים שהם בנקים, כי "תאגיד בנקאי לא יסרב לבקשת לוזה לשעבד נכס חלופי במקום הנכס הממושכן... (גרירת משכנתה)... אלא מסיבות סבירות...כסיבות סבירות ניתן לראות... אם הבטחונות... בעת הגרירה פחותי ערך לעומת הבטחונות המקובלים בתאגיד הבנקאי באותו מועד לגבי מתן הלוואות." (נהלים למתן הלוואות, לעיל הערה 2, ס' 20). ראו גם: ת"א (מחוזי נצ') 717/99 פפישווילי נ' בנק טפחות בע"מ, פס' 5 לפסק דינו של השופט זיאד הווארי (לא פורסם, 14.11.2002) (להלן: פרשת פפישווילי): "ידוע הוא וגם נסיון החיים מלמד שהבנק המלווה, בעל, בעל המשכנתא יסרב לגרור משכנתא מדירה ששוויה יותר גבוה מהדירה אליה עומדים לגרור את המשכנתא".

16 על קנייניות המשכון ראו למשל ויסמן, לעיל הערה 7, בפסקה 9.
17 ה"פ (מחוזי נצ') 214/00, בש"א 2614/00 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' אחמד סאהם עונאללה, בפסקה 3 (לא פורסם, 19.12.2000) (אין בעובדה שחילופי המשכון אינם פוגעים במקבל המשכון, או אפילו משפרים את מצבו, כדי להצדיק המרת משכון בלא הסכמת מקבל המשכון); ת"א (שלום חי) 21505/02 מנור נ' בונה הצפון - חברת קבלני בניין עכו בע"מ, בפסקה 10 (לא פורסם, 19.9.2004) (אין להמיר את הנכס הממושכן בערבות בנקאית בשווי הנכס הממושכן, בלא הסכמת מקבל המשכון); ת"א (שלום חי) 10025/04, בש"א 12063/05 טוילי נהר הירדן בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, בפסקה 8 (לא פורסם, 31.7.2005) (רק קיום החוב המובטח עשוי לשחרר את הנכס הממושכן).

18 מיגל דייטש קניין כרך ב 284, בהערה 258 (1999).
19 ת"א (מחוזי י-ם) 7012/05, בש"א 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון (לא פורסם, 27.7.2006) (להלן: פרשת חברת העובדים).
20 שם, בפס' 21.

פי הכלל "זה נהנה וזה לא חסר", במצבים שבהם החייב עשוי להפיק הנאה מחילופי המשכון ומקבל המשכון לא יחסר מכך דבר, אפשר לכופ את מקבל המשכון להסכים לחילופים ("כופין על מידת סדום"). מקבל משכון המסרב לחילופי המשכון בנסיבות האלה הוא בבחינת משתמש לרעה בזכות, כאמור בסעיף 14 לחוק המקרקעין,²¹ והוא ייחשב כמי שעושה שימוש בזכות שלא בתום לב, כאמור בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. על פי שני הסעיפים האלה נדרש מקבל המשכון - לדעת בית המשפט - שלא לעמוד על זכותו הקניינית כמקבל משכון, ולהסכים לתחליפים שהוצעו למשכון המקורי.

ג. השופט מצא חיזוק לעמדתו בהוראה שבחוק המיטלטלין, סעיף 11(ג), שלפיה "החייב זכאי לשחרר את המיטלטלין מן העיכבון במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב". בית המשפט היה סבור כי אם כך הדבר בעניין זכות העיכבון, קל וחומר שכך יש לנהוג במשכנתה, משום שהעיכבון הוא בטוחה חזקה מן המשכנתה.²²

נבקש להעיר שתי הערות להיקש שהיקש בית המשפט מן העיכבון אל המשכנתה:

(1) בית המשפט הניח כי עיכבון הוא בטוחה חזקה במיוחד, ועל כן, אם חייב רשאי לכופ בעל זכות עיכבון להמיר את הנכס המעוכב בנכס אחר, על אחת כמה וכמה שראוי כי חייב יהא רשאי לעשות כן כאשר מדובר במשכון. הנחה זו של בית המשפט מוקשית. ככלל אפשר לומר שהעיכבון הוא בטוחה חלשה מן המשכון. יש במשכון (המופקד) מה שיש בעיכבון, דהיינו זכות לעכב נכס של החייב, ונוסף על כך יש למקבל משכון (או משכנתה) היכולת החשובה לממש את המשכון כדי להיפרע ממנו מתוך עדיפות על הנושים הרגילים של החייב. בעל זכות עיכבון משולל יכולת זו.²³

בית המשפט סמך את דעתו בעניין החשיבות היחסית של העיכבון לעומת המשכון על פסק הדין **רשות שדות התעופה נ' גרוס**.²⁴ ואולם פסק דין זה דן בסוגיה המיוחדת של תחרות בין עיכבון מאוחר לבין משכון קודם באותו נכס, כשהעיכבון נוצר עקב חוב שהיה כרוך בשיפור שביצע בעל זכות העיכבון בנכס (דובר על חוב בגין עבודות תחזוקה במטוסים). בנסיבות מיוחדות אלו, שבהן הועיל חוב העיכבון גם למקבל המשכון (משום שהוא הביא לשיפור הנכס) נפסק בעניין **רשות שדות התעופה** כי העיכבון המאוחר גובר על

21 על הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות ראו: יהושע ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף בפס' 4.16 ואילך (1997).

22 פרשת **חברת העובדים**, לעיל הערה 19, בפס' 59, 61.

23 ויסמן, לעיל הערה 7, בפס' 1.

24 ע"א 790/85 **רשות שדות התעופה נ' גרוס**, פ"ד (מז) 186, בעמ' 202 ואילך (1990); פרשת **חברת העובדים**, לעיל הערה 19, בפס' 61.

המשכון המוקדם. כלל זה אינו חל על עיכבון רגיל, המבטיח חוב שאינו מביא תועלת למקבל משכון הקודם בזמן, ואין הוא משקף את מעמדו הכללי של עיכבון לעומת משכון. לפיכך, הצידוק שמצא בית המשפט לחילופי משכון בטיעון שאם החוק מכיר בחילופי עיכבון הרי שעל אחת כמה וכמה ראוי שיכיר החוק בחילופי משכון, הוא צידוק מוקשה.

עם זה, ושלא מטעמו של בית המשפט, מכיוון שלאחר חוק המיטלטלין נתאפשר עיכבון מכוח הסכם (שלא כמו העיכבון המסורתי, שהוא מכוח החוק)²⁵ הצטמצם למדי ההבדל שבין עיכבון (הסכמי) לבין משכון. נוכח צמצום זה אפשר לטעון שיש מקום לגזרה שווה בין דין העיכבון לדין המשכון, ולפיכך ראוי לאפשר לממשכן את שהדין מאפשר לחייב ביחסו כלפי בעל עיכבון, דהיינו להמיר את הנכס הכפוף לבטוחה בנכס אחר.

(2) אף אם נקבל כי ראוי לאמץ בדיני המשכון את העמדה שבחוק המיטלטלין לעניין חילופי עיכבון, התנאי לחילופים שכאלה הוא שמקבל הבטוחה לא ייפגע. תנאי זה מופיע בחוק המיטלטלין באשר לזכות העיכבון, ולפיו המרת נכס מעוכב בנכס אחר מותנית "במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב".²⁶ על השאלה מה ייחשב "בטוחה מספקת אחרת" אין חוק המיטלטלין אומר דבר. גם בפסק הדין בעניין חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון אין למצוא תשובה סדורה לשאלה זו, אף כי התייחסויות נקודתיות אליה פזורות במרחבי מאתיים העמודים של פסק הדין. את הערותינו כאן נבקש להקדיש לשאלה זו.

ד. למסתייגים מיכולתו של ממשכן להעתיק את המשכון לנכס חלופי בנימוק שזכותו של מקבל המשכון היא זכות קניינית ולפיכך מוגנת כלפי כולי עלמא מפני כל התערבות, אנו מבקשים להעיר את ההערה הבאה. הדין מכיר באפשרות שבעל זכות קניינית בנכס ייאלץ להשלים עם תחליף לנכס בשל שיקולי צדק, יעילות או משיקולים אחרים, בכל מיני מצבים. דוגמה בולטת לכך, בהקשר של זכות הבעלות, היא "תקנת השוק". תקנת השוק עניינה מצב שבו ניצב בעל נכס תם לב, שהנכס שלו התגלגל שלא בהסכמתו לידי של קונה, ולעומתו ניצב מי שקנה את הנכס בתום לב. בנסיבות אלו²⁷ אומר הדין לבעל הנכס כי עליו להשלים עם כך שבמקום זכות הקניין שהייתה לו בנכס תהיה לו תביעה כספית נגד מי שמכר את הנכס שלא כדין לקונה תם הלב.

25 כאמור בס' 11(ה) לחוק המיטלטלין.

26 שם, בס' 11(ג).

27 ובהתקיים התנאים הנדרשים בחוק מאת מי שמבקש ליהנות מתקנת השוק. ראו: ס' 34 לחוק המכר.

וכן ב"זיקת הנאה". הדין מכיר בכך שבעל זיקת הנאה שתוכנה זכות מעבר ייאלץ להשלים עם שינוי התוואי של זכותו המקורית, כשהדבר מוצדק עקב שינוי הנסיבות.²⁸

כך גם בזכות השכירות. שוכר התובע את המשכיר לתקן את המושכר כפוף לאפשרות שהמשכיר יכוף על השוכר לקבל נכס חלופי במקום לתקן את הנכס המקורי שהושכר לו.²⁹ ודוגמה אחרונה, לעניין "דיירות מוגנת". בעל בית רשאי לכוף על דייר מוגן לקבל דירה חלופית תחת הדירה שהושכרה לו אם לבעל הבית עניין להכניס שינויים מהותיים במושכר המקורי.³⁰

ללמדך, כי בבוא הדין לאזן בין בעל זכות קניינית בנכס לבין בעל אינטרס אחר באותו נכס עשוי הדין לכוף את בעל הזכות הקניינית להשלים עם תחליף לנכס המקורי. כך הדבר, כפי שראינו בדוגמאות דלעיל, לעניין זכות הבעלות, לעניין זיקת הנאה, לעניין זכותו של שוכר, ולעניין זכותו של דייר לפי חוק. נוכח מציאות זאת אין לצאת מן ההנחה כי מה שנכון לעניין הבעלות וזכויות הקניין האחרות אינו נכון לעניין זכותו של מקבל משכון. נהפוך הוא. מכיוון שהאינטרס של מקבל משכון מתמצה כל כולו בממון, ולא במקור הממון (להבדיל מזכויות הקניין האחרות המנויות לעיל), הרי שכל עוד מובטח למקבל המשכון הממון, אין לו להלין אם מוחלף מקור הממון.³¹

על רקע הדברים האלה נבחן את השאלה באילו נסיבות ראוי להתיר לממשכן להעתיק את המשכון לנכס אחר.

ב. נסיבות שבהן יש בהעקת המשכון כדי לפגוע במקבל המשכון

1. השווי של הנכס החלופי בהשוואה לחיוב המובטח

ה. ברור מאליו כי אם שוויו של הנכס החלופי נופל משווי החיוב המובטח לא ייחשב משכון הנכס החלופי "ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב" (כלשון סעיף 11(ג) לחוק המיטלטלין). ואולם, כך הדבר רק בהנחה ששווי הנכס המקורי שמושכן די היה בו להבטיח את מלוא החיוב המובטח על ידו. אם שווי הנכס המקורי היה נמוך משווי החיוב המובטח, כי אז הדרישה שהמשכון החלופי יהא "ערובה מספקת" אינה מחייבת שהמשכון החלופי יעניק לנושה יותר משהיה לו מכוח המשכון המקורי. על החלופה להיות "מספקת" אך לא יתרה על הערובה שהייתה לנושה מכוח המשכון המקורי.

28 ראו ס' 96 לחוק המקרקעין; י' ויסמן דיני קניין - החזקה ושימוש בפס' 13.50 (2005).

29 בנסיבות המפורטות בס' 7(ב) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160.

30 כמפורט בס' 131(10) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, ס"ח 176.

31 כך גם הסבירו את זכות הפדיון הנתונה לממשכן לאחר חלוף המועד שנקבע לקיום החיוב המובטח: "כל עוד זוכה הנושה לקיום החיוב, אין לו אינטרס לגיטימי לעמוד על כך שהחיוב יקוים דווקא מתוך הנכס שמושכן לו" (ויסמן, לעיל הערה 7, בעמ' 258).

ו. גם אם שוויו של הנכס החלופי הוא כשווי החיוב המובטח, לא ייחשב המשכון החלופי בשל כך בלבד "ערובה מספקת לסילוק החיוב". אמנם מהתבטאות מסוימת של בית המשפט בפסק הדין **חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון** אפשר היה להסיק כי לדעת בית המשפט די בכך ששווי הבטוחה החלופית יהא כשווי החיוב המובטח,³² אולם אין לקבל עמדה זו, כפי שגם עולה מהאמור בהמשך הדברים שבפסק הדין.³³

נושים מובטחים נוהגים בדרך כלל לדרוש ששווי הבטוחה המוצעת להם יעלה במידה ניכרת על שיעור החוב המובטח.³⁴ הם נוהגים כן מחשש שבמכר כפוי, בהליכים למימוש משכנתה, יימכר הנכס בפחות משוויו,³⁵ וכמו כן הם מעוניינים שהבטוחה הניתנת להם תכסה גם את ההוצאות שיהיו כרוכות במימוש הבטוחה.³⁶ נוסף על כך, משכנתה ניתנת לעתים קרובות לתקופה ממושכת, ובתקופה זו עלולות לחול תנודות שאינן צפויות בשווי הנכס המשמש בטוחה. בגלל שיקולים אלו, עומדים נושים מובטחים על שולי ביטחון רחבים בעת שמקבלים נכס כבטוחה לחיוב.

נוכח האמור, כאשר בודקים אם יש בחילופי המשכון כדי לפגוע במקבל המשכון, אין די ששווי המשכון החלופי יהיה כשיעור החוב המובטח. על תחליף המשכון המקורי לעלות בערכו על גובה החוב המובטח כדי שלנושה המובטח יהיו שולי ביטחון מספיקים (אך לא יותר משולי הביטחון שהיו לנושה המובטח מכוח המשכון המקורי).

2. נוחות המימוש של המשכון בנכס החלופי

ז. כדי שמקבל המשכון לא ייפגע מחילופי המשכון אין די ששווי המשכון החלופי יהיה כשווי החוב המובטח בתוספת שולי ביטחון כלשהם. תכונות נוספות אחרות של הנכס החלופי עשויות להשפיע על השאלה אם יש בתחליף כדי לפגוע בנושה המובטח.

כך למשל מימוש משכון בנכסים מסוימים עשוי להיות נוח יותר ממימוש משכון בנכסים אחרים. שיקול זה צריך לעמוד לנגד עינינו בבואנו להעריך אם משכון חלופי הוא "ערובה מספקת לסילוק החיוב". הפסיקה הכירה שבחילופי בטוחות לא רק השווי הכספי של הבטוחה עשוי להשפיע על מצבו

32 ראו פרשת **חברת העובדים**, לעיל הערה 19, בפס' 52: "כנגד הבניין ברח' שטראוס מקבלים המשיבים משכנתא על נכס ברמת גן (לכסוי חלק מהחוב הנטען) וערבות בנקאית (לכיסוי יתרת החוב הנטען)". למשמע התיאור הזה סבר בית המשפט כי על הנושה לקבל את הבטוחה החלופית.

33 ראו שם, בפס' 186, אשר ממנה עולה כי המשכנתה החלופית שהוצעה כיסתה חוב ששיעורו כ-40% בלבד משווי הנכס. הנכס החלופי עלה אפוא בערכו על שווי החיוב שהובטח על ידו, ונשמרו לנושה שולי ביטחון ניכרים.

34 עוד פרטים על כך ראו שם, בפס' 23.

35 עוד בנושא ראו: ויסמן, לעיל הערה 7, בעמ' 312 הערה 7.

36 ראו: סעיף 7(א) לחוק המשכון; ויסמן, שם.

של הנושה. כך למשל בעניין בן-דוד נ' החברה לתפעול וניהול הימורי ספורט בע"מ,³⁷ סירב השופט אגרנט להמיר עיקול על כספים בעיקול על בית באמרו כי מימוש עיקול על בית הוא עניין ממושך בהשוואה למימוש עיקול על כסף.³⁸ וכן בעניין בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה,³⁹ דן בית המשפט בחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005, ובחוקיות הביטול של זכות הבנקים לעמלת פירעון מוקדם של חובות שהיו מובטחים במשכנתאות. בית המשפט ציין כי הבנקים הפיקו יתרון ניכר כשהמשכנתאות על מקרקעין שהיו להם הומרו בבטוחה כספית. בית המשפט אמר: "העמדת בטוחה כספית לרשות הבנק המלווה מהווה גורם מאזן כנגד שלילת עמלת הפרעון המוקדם."⁴⁰ הווה אומר, גם אם די במשכון החלופי כדי לכסות את החוב המובטח, יש לבדוק אם צפויה לנושה פגיעה עקב חילופי המשכון בשל כך שמימוש המשכון בנכס החדש נוח פחות ממימוש המשכון בנכס המקורי. ביטוי להכבדה אפשרית במימוש המשכון בנכס החלופי מודגם באמור בפסקה הבאה.

3. פיצול המשכון

ה. אם במקום הבטוחה האחת שהייתה לנושה מוצע לו תחליף המורכב מבטוחה מפוצלת (המורכבת, למשל, ממשכנתה על חלק מן החיוב המובטח ומערבות בנקאית להשלמת הבטוחה על יתרת החיוב המובטח, כפי שהיה הדבר בעניין חברת העובדים), עלול פיצול שכזה להכביד על הנושה בשלב של מימוש המשכון, ועל כן פיצול בטוחה צריך להיות מובא אף הוא בחשבון כאשר בית המשפט שואל את עצמו אם מקבל המשכון עלול להיפגע עקב חילופי הבטוחות. בעניין חברת העובדים, בית המשפט סבר כי המרת המשכנתה בבטוחה מפוצלת, המורכבת ממשכנתה ומערבות בנקאית, לא היה בה כדי לפגוע במקבל המשכון.

4. השפעת התכונות של הנכס הממושכן על תנאי החיוב המובטח

ט. לתכונות הנכס המקורי שמושכן עשויה להיות חשיבות לא רק לנוחות מימוש המשכון. דוגמה מובהקת לכך תימצא לנו בעובדות המקרה בעניין חברת העובדים. באותו עניין טען מקבל המשכון כי שוויו הגבוה של הנכס הממושכן המקורי הובא בחשבון בקביעת שיעור הריבית על ההלוואה שניתנה. הריבית שנדרשה הייתה נמוכה מזו שהחייב היה נדרש לשלם אילו ניתנה המשכנתה על נכס שערכו פחות במידה ניכרת.⁴¹ בית המשפט הזכיר

37 ע"א 272/71 בן-דוד נ' החברה לתפעול וניהול הימורי ספורט בע"מ פ"ד (כו2) 97, 103 (1972).

38 פסק דין זה נזכר בפרשת חברת העובדים, לעיל הערה 19. ראו גם: דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 282-283.

39 בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 20.9.2006).

40 שם, בפס' 22 בפסק דינו של השופט ברק.

41 שם, בפס' 26.

טיעון זה של מקבל המשכון אך לא התייחס אליו. לגישתנו, טיעון זה של מקבל המשכון היה צריך להיות רלוונטי מאוד לשיקולי בית המשפט אם לחייב את מקבל המשכון לקבל נכס חלופי שערכו כשישית משווי של הנכס הממושכן המקורי.

5. נחיצות הנכס לחייב

י. לתכונות הנכס המקורי שמושכן השפעה על השאלה אם המשכון החלופי מהווה "ערובה מספקת לסילוק החיוב" מהיבט נוסף. ככל שהחייב זקוק יותר לנכס הממושכן ומעוניין בשחרורו מכבלי המשכון כן גדל התמריץ לחייב לקיים את החיוב המובטח במועד. לשון אחרת, מקבל משכון עלול להיפגע אם במקום הנכס הממושכן המקורי, שהוא חיוני לחייב, יומר המשכון בנכס חיוני פחות לחייב.⁴²

שיקול זה מתקשר ישירות לעובדות שבעניין **חברת עובדים**. באותו מקרה היה לחייב עניין רב לשחרר מן המשכנתה את הנכס הממושכן המקורי, ששווי היה 9.5 מיליון דולר. המשכנתה על הנכס החלופי, ששווי היה 1.5 מיליון דולר בלבד, הייתה עשויה להכביד הרבה פחות על החייב. ראוי היה על כן להביא בחשבון את הפגיעה האפשרית במקבל המשכון בכך שהמרת המשכנתה המקורית בנכס שערכו נמוך בהרבה עלולה הייתה להחליש את המוטיבציה של החייב לפרוע את החוב במועד. שיקול זה, שלא בא לידי ביטוי בפסק הדין בעניין **חברת עובדים**, נתקבל בהסכמה בפסיקה אחרת.⁴³

יא. השיקול האחרון שהצבענו עליו - ההבדל במידת הנחיצות של החייב בנכס המקורי הממושכן (כשהוא משוחרר מן המשכון) לעומת הנכס החלופי - עשוי להיות רלוונטי במקרים רבים שתידרש בהם הכרעה בשאלה אם המשכון החלופי משמש "ערובה מספקת". הדעת נותנת שהעניין של חייב בחלופי משכון ינבע בדרך כלל מכך שהצורך שלו בשחרור הנכס המקורי מן המשכון גדול יותר מהצורך שלו בנכס החלופי. לפיכך יוכל מקבל המשכון במרבית המקרים להתנגד להעתקת המשכון, בטענה שעל ידי ההמרה הוא יאבד את היתרון הפוטנציאלי הנובע מכך ששחרור הנכס המקורי מכבלי המשכון חיוני לחייב יותר משחרור הנכס החלופי.

נמצאנו למדים כי אף שבראשית דרכנו תמכנו בגישה העקרונית שלפיה ראוי לאפשר לחייב להעתיק את המשכון לנכס חלופי ובלבד שלא תיגרם בכך פגיעה בנושה, נוכחנו בהמשך מסענו כי אין לצפות לכך כי העתקת משכון

42 מן הסתם לכך התכוונה פרופ' נינה זלצמן בדונה באפשרות של המרת נכס מעוכב: "העיכובן הוא הערובה הטובה ביותר שבידי הנושה בנסיבות הנדונות דווקא משום שהחייב זקוק לנכס. במלים אחרות, דרישת 'המספיקות' תתמלא כאשר בכוחה של הערובה האחרת להבטיח את סילוק החיוב המגיע לנושה לפחות כפי שהיה העיכובן מבטיח זאת" [נינה זלצמן **עיכובן** 269 (תשנ"ט)].

43 ראו דברי השופט זיאד הווארי בפרשת **פפישוילי**, לעיל הערה 15.

לנכס חלופי תהא חיזיון נפרץ. העתקה כזאת טומנת בחובה, לעתים קרובות, פגיעה אפשרית באינטרסים הלגיטימיים של מקבל המשכון.

ד. אחרית דבר

יב. העיקרון שהנחה את בית המשפט בעניין חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון בנושא של העתקת המשכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה הוא עיקרון ראוי.⁴⁴ בית המשפט הנחה עצמו על פי הכלל "זה נהנה וזה לא חסר", שעל פיו, כאשר חייב עשוי להפיק הנאה מחלופי משכון בעוד שמקבל המשכון לא יחסר דבר עקב החילופים, אפשר לכופף את מקבל המשכון להסכים לחילופים. גישה זו מעוגנת בדוקטרינה של "שימוש לרעה בזכות", על פי סעיף 14 לחוק המקרקעין, ובעקרון תום הלב, על פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ואולם, בית המשפט לא שיווה לנגד עיניו בצורה מסודרת את השיקולים שעליו להביא בחשבון בבואו להכריע אם חלופי המשכון עלולים לפגוע במקבל המשכון. שיקולים אלו כוללים לא רק את השאלה אם יש בשווי הנכס החלופי כדי להבטיח את החיוב המובטח (בתוספת שולי ביטחון) אלא יש להתחשב גם בנוחות המימוש של המשכון בנכס המקורי לעומת מימושו בנכס החלופי. כמו כן ראוי להתחשב בתכונות אחרות של הנכס הממושכן המקורי העשויות לתמרץ את החייב לשחרר את הנכס מכבלי המשכון על ידי קיום החיוב המובטח במועד, כגון הנחיצות המיוחדת של החייב בשחרור הנכס המקורי מכבלי המשכון. בשל שיקול אחרון זה, צפוי כי לא ירבו המקרים שבהם תיחשב העתקת משכון לנכס חלופי העתקה שאין עמה פגיעה בנושה. העובדה שהחייב מעוניין בהעתקת המשכון, כשהיא לעצמה, עשויה להעיד בדרך כלל שהנחיצות של החייב בנכס המקורי עולה על הנחיצות בנכס החלופי.

לעניין זה מתבקשת הבחנה בין המקרה שבו ידע מקבל המשכון, בעת ההתקשרות עם החייב, על הצורך החיוני של החייב בנכס הממושכן המקורי, לבין המקרה שמקבל המשכון לא ידע על כך בעת ההתקשרות (כגון שהצורך המיוחד של החייב בשחרור הנכס הממושכן המקורי מכבלי המשכון התעורר רק לאחר ההתקשרות שבין הצדדים). במקרה הראשון ראוי שהנחיצות של החייב בנכס המקורי אכן תהווה שיקול נגד מתן היתר להעתקת המשכון לנכס חלופי, ואין הדבר כן במקרה השני.

יג. לסיום, העתקת המשכון לנכס חלופי היא, מבחינה אנליטית, העברת בטוחה ולא ביטול בטוחה ויצירת בטוחה. המעתיק אינו מבקש להפקיע את החיוב המובטח המקורי וליצור חיוב מובטח חדש. כוונתו להעביר את החיוב

⁴⁴ ובכך אנו מסתייגים מן העמדה השוללת עקרונית את זכותו של ממשכן להמיר את הנכס הממושכן בנכס אחר, כאמור בפסקי דין שהבאנום לעיל בעניין דיסקונט, לעיל הערה 17 ובעניין בונה הצפון, שם, וכן אצל דויטש, לעיל הערה 18.

המובטח, המקורי, כמות שהוא, על כל תנאיו, אל נכס חלופי. כך למשל במצבים שנודעת בהם חשיבות למועד שבו נוצר החיוב המובטח (כגון בהליכי פשיטת רגל), ייחשב מועד היווצרות הבטוחה מועד משכון הנכס המקורי, ולא מועד העתקת המשכון לנכס החדש.⁴⁵

אמנם, כפי שנמסר לנו,⁴⁶ במרשם המקרקעין ובמרשם המשכונות מתייחסים לגרירת משכנתה או משכון (בהסכם) כאל ביטול בטוחה וכאל יצירת בטוחה חדשה, ולפיכך בעת גרירת בטוחה מחייבים בתשלום אגרה החלה הן על ביטול הבטוחה הן על יצירתה. אכן, בתקנות המקרקעין (אגרות), תשל"ב - 1974, ובתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשנ"ד - 1994, לא נקבעה אגרה מיוחדת למקרים של גרירת בטוחה. זהו חסר שמן הראוי כי מתקין התקנות ייתן את דעתו עליו. נוכח חסר זה מחילים לפי שעה על העתקת בטוחה אגרה שאינה הולמת כראוי את טיבה.

לאמור לעיל, בדבר טיבה האנליטי של העתקת משכון, חריג במקרים שבהם לצד שלישי זכויות קניין בנכס החלופי. מבחינתו של צד שלישי שכזה פועלת העתקת המשכון כיצירת בטוחה חדשה בנכס החלופי. כך, למשל, אם לאחר מועד יצירת המשכון המקורי ובטרם הועתק המשכון אל הנכס החלופי הושכר הנכס החלופי לצד שלישי, לא תהא למשכון שהועתק עדיפות על פני השכירות, אף כי המשכון המקורי קדם להשכרה. העתקת משכון לנכס חלופי נעשית בכפוף לכל זכויות הקניין שרבעו על הנכס החלופי קודם להעתקת המשכון.⁴⁷

45 ראו גם ויסמן, לעיל הערה 7, בעמ' 216.

46 מידע זה מסרו לעזרת המחקר שלנו, עו"ד ענת מססה, בתאריך 30.12.2007, ליאת מלשכת רישום המקרקעין בירושלים ומרב מלשכת רישום המשכונות בירושלים.

47 ראו: Restatement of the Law Third: Property – Mortgages, para.7.3.

Editor:
Rabbi Yaron Unger, LL.B

Mishpetei Eretz Institute, Ofra
Sivan, 5770
ISBN 978-965-91142-1-4

This document does not necessarily reflect the views of the Institute.

Design: Studio Waldman

THE CONCEPT OF ABUSE OF RIGHTS IN JEWISH LAW

KOFIN AL MIDAT S'DOM

Moshe Drori, Judge
District Court of Jerusalem

Editor: Yaron Unger



The Mishpetei Eretz Institute for Halacha and Law