

## שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ("כופין על מידת סדום")

מאת אברהם וינרוט

### מבוא

1. חוק שאינו מתיישב עם עקרונות של צדק ומוסר, יוצר קונפליקט בין עקרון שלטון החוק לבין מהותו של חוק. בה במידה, נוצר קונפליקט כאשר קיים חוק הוגן ולגיטימי, אשר ביצעו במקרה ספציפי יוצר עיוות. הנורמה החוקית אינה יכולה לצפות מראש את כל הסיטואציות, ויישומה באופן פורמליסטי ודווקני, עלול להוביל, במקרים מסויימים, לסיכול מטרת החקיקה, ולפגיעה בתחושת הצדק.<sup>1</sup> הקפדה דווקנית על קיומה של זכות חוקית, סותרת לעיתים, יותר משהיא בונה, את הנורמות הבסיסיות שעליהן מושתתת חברה הוגנת, וזאת אף כאשר הנורמה החוקית הינה כשלעצמה צודקת ומוסרית.
2. ואכן, שיטות משפט רבות מעניקות לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לו לשלול מתן סעד המעוגן בזכות חוקית, כאשר נעשה

1. המשפט מכיר משום כך בהבחנה שבין "פורמליזם" או "ליטרליזם" לבין "ריאליזם" ו"סובסטנטיביזם", ובין "צדק פורמלי" ("Formal Justice") לבין "צדק מהותי" ("Substantive Justice"). לענין זה ראה: א. ברק, פרשנות כמשפט, כרך ראשון (נבו, תשנ"ב) 112-113.

Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 Harv.L.Rev. 1685 (1975-1976); R. Posner, *A Problem of Jurisprudence* (1990) p. 436; R. Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and The Interpretation of Status and the Constitution" 37 Case W.L. Rev. 179 (1986-1987).

"שימוש לרעה בזכות"<sup>2</sup> או כאשר השימוש בזכות מבוקש כחוסר תום לב. במשפט הישראלי נקבע בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 כי במשא ומתן לקראת כויתתו של חוזה<sup>3</sup> ובקיום חיוב הנובע מחוזה<sup>4</sup> יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. חובה זו לנהוג בתום לב יוצרת סטנדרט של התנהגות הוגנת. הנובעת מהסתמכות של אדם על רעהו, בנסיבות שבהן נרקם, או עומד להרקם, קשר חוזי ביניהם<sup>5</sup>. סטנדרט התנהגותי זה הפך לנורמו: כללית במשפט הישראלי<sup>6</sup> המאפשרת לאזן

2. ראה: סעיף 14 לחוק המקרקעין תשכ"ט 1969; ז. זלטנר "שימוש לרעה בזכות" משפטים ב' (1972) 465; א. רזון צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" עיוני משפט ד' (תשל"ו) 651; Vera Bolgar, *Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland* "A survey of Recent Chapter in legal Doctrine", 35 Louisiana Law Rev. 1015 (1974-1975); Gutteridge, "Abuse of Rights", 5 Camb.L.J. 22 (1953); Scholtens, "Abuse of Rights", South African L.J. 39 (1958); Cveto-Rua, "Abuse of Rights", 35 La.L.Rev. 965 (1975); Sono and Fujioka, "The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan", 35 La.L.Rev. 1037 (1975); Brunner, "Abuse of Right in Dutch Law", 37 La.L.Rev. 729 (1977).
3. סעיף 12 לחוק החוקים (חלק כללי) תשל"ג-1973. לניתוח הוראה זו ראה: מ. ראבילר: "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 "Culpa in Contrahendo" קובץ הרצאות כימי עיון לשופטים תשל"ה 57, 115 (תשל"ו); מ. ראבילר, פרקים בדיני חוזים: מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש, (תשל"ז); ד. אבן "Culpa in Contrahendo" עיוני משפט א' 328 (תשל"א); ד. פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה", עיוני משפט ה' 608 (תשל"ד); ג. שלו "סעיף 12 לחוק החוזים תום לב במשא או מתן" משפטים ז' 118 (1976); ס. דויטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב", מחקרי משפט ד' 39 (תשמ"ה); ד. פלפל, "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן" עיוני משפט י"א 307 (1986); נ. כהן "דפוסי החוזים וחום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט ל' 13 (1986).
4. סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973. וראה: א. ידין "העקרונות של תום לב בחקיקה החדשה", קובץ הוראות כימי עיון לשופטים תשל"ה 50 (תשל"ו); הופר "תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה", משפטים ו' 397 (תשל"ו); י. זוסמן "תום לב בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו' 485 (תשל"ח); ד. פרידמן "חוזים אחידים, תום לב והקנות הציבור", עיוני משפט ז' 431 (תשל"ט); ד. פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט ל' 53 (1984).
5. בהקשר זה ראה ע"א 230/80 פנידר נ' קסטרו פד"י לה' (2) 713; ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו פד"י לו' (4) 673. בהם הוחלה חובת תום הלב לא רק על הצדדים בכת, או בפועל, לחוזה, אלא גם על כל מי שקשור בעקיפין בלבד ואשר חלקו מתמצה במעורבות פעילה בניהול המשא ומתן.
6. ראה למשל ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי פד"י לב' (1) 231; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה פד"י לג' (1) 617; בג"ץ 59/80 שירוני תחבורה ציבוריים כאר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה' (1) 828; ע"א 391/80 לסרוז נ' שיכון עובדים בע"מ, פד"י לח' (2) 264, 237; וראה

בין הנורמה החוקית לבין תחושת הצדק במקרה הספציפי. עקרון זה אומץ גם מחוץ לתחום החוזי מכח סעיף 61 (ב) לחוק החוזים<sup>7</sup>. גישתו של בית המשפט היא על כן, כי יש ליתן לעקרון זה תחולה רחבה ביותר במיגוון רחב של נושאים<sup>8</sup>. במידה רבה ניתן לומר כי עקרון תום הלב, מהווה כלי משפטי רב שימושי, אשר בתי המשפט נעזרים בו כדי לקבוע נורמות התנהגותו הולמות, בכל מקום שבו קביעה שכזו הינה חיונית לשם השוואת המישור הנורמטיבי הרצוי עם הנורמה הנוהגת ביחס למקרה הקונקרטי.

3. דוגמא קיצונית לכך נמצאה בענין רביב נ' בית יולס<sup>9</sup>, עת שכבוד השופט ברק ביקש להחיל באמצעות עקרון תום הלב את החובה לנהוג בשוויון, אף בעת עריכת מכרז על ידי גוף פרטי. ענין זה שימש סנונית ראשונה, ועם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו<sup>10</sup>, אשר היקנה מעמד על חוקי לזכויות האדם הבסיסיות, גורס כב' הנשיא השופט ברק כי אף אדם פרטי חייב לנצל את זכויותיו החוקיות בכפופות לחובת השוויון ואיסור ההפליה<sup>11</sup>. נורמה חוקית זו מהווה לדעת כב' השופט

דעתה של ד"ר ד. פלפל במאמרה הנ"ל (הע"ש 4) כי עקרון תום הלב הפך להיות עקרון על בשיטת המשפט הישראלית וכדי לקבל סעד משפטי לא די בהוכחת הזכות אלא יש צורך לעמוד גם בנטל שמטילה חובת תום הלב.

7. ע"א 402/176 אורניקוב נ' מדינת ישראל, פד"י לא' (1) 270; כרע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פד"י לה' (3) 449; בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י לד' (2) 1; ע"א 789/82 עזרא נ' מוגרבי, פד"י לד' (4) 565; ע"א 700/81 פו נ' פז, פד"י לח' (2) 736. עקרון תום הלב הוחל גם ביחס לדיני עבודה בבג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים נאר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, הע"ש 3 לעיל, ואף ביחס לדיני קניין, ע"א 810/82 "יול בו" נ' זידה, פד"י לו' (4) 737. בו נעשה שימוש בעקרון תוך הלב כסייג כללי לשלטון בעלי רוב החלקים במקרקעין משותפים.

8. לדעת כב' הנשיא ברק יש בעיקרון תום הלב, גם כדי להטיל על הצדדים חובות שזכרן לא בא בחוזה ואשר ביצוען נחוץ להגשמת החוזה, כגון חובת גילוי ומסירת ידיעות וחשבונות, או חובת הדרכה כאשר לשימוש בנכס. ככך חלוק עליו המשנה לנשיא כב' השופט אלון, הסבור כי יש להבחין בין יישום עקרון תום הלב לבין תוכנו הנורמטיבי. לענין זה ראה פס"ד לסרסון (הע"ש 6 לעיל) וכן ע"א 188/84 "צור" חברה לביטוח בע"מ נ' החד, פד"י מ' (3) 1.

9. ע"א 207/79 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פד"י לו' (1) 533 בו היתה דעה זו דעת הרוב, ולאחר מכן ד"ג 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב, פד"י מג' (1) 441. בו הפכה דעה המנהלית, (בווסי 1996), עמ' 407-417.

10. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, התשנ"ב, עמ' 150.

11. א. ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, בעריכת פרופ' י. זמיר, (האוניברסיטה העברית ירושלים, תשנ"ג) 164, בעמ' 201; "האינטואיציה שלי אומרת, כי על בעל מסעדה מוטלת החובה לתת שירות — כלומר, לכרות חוזה — בלא להפלות על בסיס מין, גזע או דת.

ברק כלל רחב, ועקרונות המשפט הציבורי האוסרים על שרירות ועל הפליה, יחלחלו בדרך זו, אף אל תחומי המשפט הפרטי<sup>12</sup>.

4. **כמשפט העברי מוכתר אי צדק מוסרי המעוגן בנורמה חוקית, בתואר: "מידת סדום"**<sup>13</sup>. מושג הכפיה על מידת סדום כמשפט העברי, מהווה מכשיר משפטי המעניק שיקול דעת לבית הדין לשלול התנהגות הנגועה בשרירות אף כשהיא מעוגנת בזכויות חוקיות. עיון מדוקדק בתחומי הפעלתו ובמהותו של מכשיר משפטי זה מלמד, כי הוא משוכלל יותר מן ההגבלה המוטלת במסגרת חובת תום הלב ואי השימוש לרעה בזכות, המהווים עקרונות יסוד במשפט הישראלי. עקרון הכפיה על מידת סדום כמשפט העברי מקביל יותר למהפיכה החוקתית שאותה מנתח נב' השופט ברק, ואשר מכתה מוטלות חובות של הגינות והעדר שרירות אף על הפרט. תכלית הכפיה על מידת סדום הינה להכניס אף את מערכת השיקולים של הפרט, המנצל את זכויות הקניין שלו, אל תוך מבנה משפטי, שבו נשקלים מעשיו ונבחנת מידת הסבירות שבהם. המשפט העברי מבחין בהקשר זה בין "בעלות לשם שימוש" שהינה בלתי מוגבלת, לבין "בעלות לשם שלטון" הנשללת

אותה אינטואיציה עצמה גורסת, כי פרט, המשכיר חדר בדירתו, רשאי לבחור את השוכר כראות עיניו. אינטואיציה זו מתבססת בעיקרו של דבר, על איוון ראוי בין חופש ההתקשרות של בעל המסעדה או בעל הדירה, לזכות של מבקש השירות (מזון או מגורים) שלא להיות מופלה. לשון אחר: מקובל עלי, כי לבעל המסעדה או לבעל הדירה החופש החוקתי להחליט עם מי להתקשר. בדומה, מקובל עלי, כי המבקש לאכול במסעדה או לשכור חדר, נהנה מהזכות שלא להיות מופלה (בין על ידי המדינה ובין על ידי פרטים אחרים), וכי אם מסרבים לו על בסיס מין, דת או גזע, זוהי הפליה. באיוון בין זכויות אלה, מקום שהן מתנגשות, גוברת זכותו של אדם שלא להיות מופלה במקרה של המסעדה, וגובר חופש ההתקשרות במקרה של בעל החדר להשכרה<sup>14</sup>.

נמצא כי כאשר מדובר בשדות לציבור – כגון מסעדה, להבדיל מהשכרת חדר, הקשורה לפרטיותו של המשכיר, הרי שאין אדם פרטי הנהנה מן האוטונומיה של הרצון, מחויב לנהוג על פי נורמות של שוויון ואסור לו להפלות מטעמי דת, גזע ומין, ולהחליט כי עם פלוני אין הוא רוצה כל מגע עיסקי וכי לאלמוני אין הוא נותן שרות בעיסקי הפרטי.

להשוואה, ראה למשל להלן סעיפים 32-33.

12. ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילות ירושלים" נ' קסטנבאום, פד"י מ"ו (2) 464, בעמ' 530.

13. להמחשת הדברים נציין מקרה שזוכא לדין בבית דין צדק של הרב ש. וזנר בבני ברק. באותו ענין התחייב שוכר במסגרת הסגם השכירות, לצבוע את קירות הדירה שאותה שכר, ביום האחרון לתקופת השכירות. השוכר עשה כן שבוע לפני תום מועד השכירות, וסבר כי בכך מילא את חיוביו. ואולם, המשכיר מחה על כך שהדירה נצבעה שבוע לפני המועד, ודרש כי ההסכם יקויים כלשונו וכי הדירה תצבע שוב – ביום האחרון לתקופת השכירות. השוכר שנאלץ לקיים את הסכם כלשונו, צבע שוב את הדירה. ואולם, לנוכח העובדה שבהסכם לא נקבע הצבע שבו תצבע הדירה, הוא צבע את כל קירות המושכר – בצבע שחור.

במידה רבה<sup>14</sup>. הכפיה על מידת סדום, במשפט העברי, נועדה למנוע מן הפרט לנהוג בשרירות, אף בעת שהוא מבקש ליישם את זכויותיו החוקיות, במישור פרטי מובהק, הנוגע לזכות הקניין שלו.  
 5. במאמר זה נסקור את תחומיו של האיסור לעשות שימוש לרעה בזכות במשפט העברי, תוך הצגת מהותו של עקרון זה, ותוך נסיון לרדת לשורשם של דברים ולהתוות את ההשלכות המעשיות הנובעות מבחינה מדוקדקת של עקרונות היסוד, שעליהם מושתת הכלל בדבר ה"כפיה על מידת סדום".

#### פרק א' – שורש המונח "מידת סדום"

6. השימוש בתופעה היסטורית כביטוי לכלל משפטי, עשויה להצביע על כך שהתופעה ההיסטורית האמורה, היא העומדת בבסיס העקרונות שעליהן מושתת הנורמה המשפטית. משום כך, נפנה תחילה להבנת שורש התופעה החברתית ההיסטורית שאפיינה את סדום העיר, כפי שהיא נתפסת ע"י חז"ל, כרקע להבנת מהותה של הנורמה המשפטית שנקבעה במשפט העברי והמכונה "כפיה על מידת סדום".  
 7. בתוספתא במסכת סוטה פרק ג'<sup>15</sup> מובהרת התופעה החברתית, שגרמה לדעת חז"ל, לשלילת זכות קיומה של סדום, כדלקמן:  
 "אנשי סדום לא נתגאו אלא בשביל טובה שהשפיע עליהם הקב"ה. ומה כתוב בהם? "ארץ ממנה יצא לחם ותחתיה נהפך כמו אש, מקום ספיר אבניה ועפרות זהב לו..." (איוב כ"ח, ה-ז).  
 אנשי סדום אמרו, הואיל ומזון יוצא מארצנו, וכסף וזהב יוצא מארצנו, ואבנים טובות מרגליות יוצאות מארצנו, אין אנו צריכים שיבואו בני אדם אלינו, שאינם באים אלא (כדי) לחסרנו. נעמוד

זוהי דוגמא מובהקת למצב שבו גררה דרישה לקיום דווקא של נורמה לפגיעה במטרת הנורמה ובתחושת הצדק.

14. למקבילה ראה:

L.T. Hobhouse, "The Historical Evolution of Property, in Fact and in Idea" in: "Property: Its Rights and Duties", pp. 25-26.

למוטיב דומה, ראה ספרא, בהר פרשה ו': "לא תרדה בו בפרך" (ויקרא פרק כ"ה, פסוק מ"ג) שלא יאמר לו [לעבד עברי שלון] החם את הכוס, והוא אינו צריך, הציץ לי את הכוס והוא אינו צריך".

כלומר, העסקת אדם לכל פעולה שהיא. מותרת היא. כל עוד שמדובר בהעסקה לשם שימוש. אולם, ניצול ההעסקה של הזולת לשם שלטון והשתרדות עליו, והוראה הניתנת לעובד לעשות פעולה שאין בה שימוש, הינה אסורה.

15. וראה גם, מסכת סנהדרין דף קט' ע"א.

ונשכית הרגל מבינותינור<sup>16</sup>. אמר להם הקב"ה, אני הטיבותי לכם ואתם מבקשים לשכח את הרגל מבינותיכם? אני אשכח את הרגל מבינותיכם ואשכח אתכם מן העולם<sup>17</sup>.

בהתאם לדברים אלו, סדום מסמלת ומבטאת תופעה של שינאת זרים, ונסיון מכוון של חברדו לשמור לעצמה את כל העושר הגלום באוצרותיה, תוך גילויי אכזריות מופלגים, המכוונים לכודד חברה זו באופן מוחלט מזרים, ונמיוחד מאורחים וממבקשי סעד למיניהם. סדום ההיסטורית יצאה 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".

8. בהתאם לכך ניתן להבין את המחלוקת המובאת במשנה במסכת אבות, פרק ה' משנה י"ג:

"אובעה מידות באדם: האומר שלי שלי ושליך שליך, זו מידה בינונית, ויש אומרים זו מידת סדום..."

לכאורה, אדם המקפיד שלא ליטול את ממון זולתו, ויוצר הבחנה ברורה בין זכויותיו הקנייניות לבין זכויות חברו, הינו אדם ישר והגון. הכיצד זה אם כן סוברים חלק מן התנאים, כי אדם זה נוהג במידת סדום? מהו יסוד השלילה, מבחינה חברתית, בהפרדה מדויקת בין ממון הזולת לבין הרכוש הפרטי?

ואולם, בהתאם לתפיסת התופעה ההיסטורית של "רשעת סדום", כפי שהדברים מובאים בתוספתא, מובן כי הקפדה דווקנית של אדם על זכויותיו הקנייניות והתבדלותו מן החברה, מתן השקפה כי נכסיו שייכים לו בבעלות מוחלטת, וקנויים לו אף לצורך שלילת הנאה מן הזולת – באופן שרירותי, עלולה לבטא נוקשות ודוגמיות קיצוניות.

16. בדרך זו מבאר הרמב"ן את הפסוק "ויקראו אל לוט ויאמרו לו, איה האנשים אשר באו אליך הלילה, הוציאם אלינו ונדעה אותם" (בראשית י"ט, ה'). הרצון של עיר שלמה לבצע התעללות מינית בשני האורחים, מוסברת על רקע מניע לאומני של שינאת זרים. תוך נסיון ללמד לקח כל עובר אורח, למען יחרל מן העיר אורח אנשים שאינם תושבים בה.

17. בדומה לכך ראה, יחזקאל טו', מט-נ: "הנה זה היה עוין סדום אחותך, גאון שבעת לחם ושלות השקט היה לה ולבנותיה, ויד עני ואביון לא החזיקה, וחנכהנה ותעשינה תועבה לפני..."

שקשה לחיות בצילה. הדווקנות האמורה בעמידה של אדם על זכויותיו הקנייניות, והשרירות המלווה בכך, הם המכונים איפוא "מידת סדום".<sup>9</sup> ואכן בדרך זו מבוארת המשנה האמורה ע"י פנחס קהתי:

"ויש אומרים: זו מדת סדום — כלומר מידה זו שלא להנות את האחרים, היא מידה רעה, שנהגו בה אנשי סדום, ועל ידי כך מנעו רגל אורחים מביניהם, ואף התאכזרו על עניים ואכזריות, כמו שכתוב (יחזקאל טז, מט): "הנה זה היה עוון סדום אחותך, גאון שבעת לחם ושלוות השקט היה לה לבנותיה, ויד עני ואביון לא התזיקה". והרב מברטנורא מפרש: זו מדת סדום — קרוב הדבר לבוא לידי מידת סדום, שמתוך שהוא רגיל בכך, אפילו בדבר שחברו נהנה והוא אינו חסר, לא ירצה להנות את חברו, וזו היתה מדת סדום, שהיו מתכוונים לכלות הרגל מביניהם. ואף על פי שהיתה הארץ רחבת ידים לפנייהם ולא היו חסרים כלום. ובמדרש שמואל מבואר, ששתי הסברות נכונות, ואין כאן מחלוקת, שכן הכל הולך אחר כוונת האומר, שאם הוא מתכוון בעיקר שלא ליהנות משל אחרים, כדי לקיים "ושונא מתנות יחיה", אלא בשביל שיוכל לעמוד בזה, הוא מוסיף ואומר: "שלי שלי", הרי זו מידת בינונית. אבל מי שמתכוון בעיקר שלא להנות את אחרים, כי חס הוא על ממונו, ורק כדי לקיים את ראשית דבריו "שלי שלי" הוא מוסיף ואומר: גם שלך שלך, זו היא מידת סדום"<sup>17א</sup>.

10. בהתאם למבואר נמצא כי הכפיה על מידת סדום מיועדת למנוע ניצול קיצוני של זכויות הקניין, הרואה בבעלות ערך מוחלט. חלף אמצעי וכלי שרת, הבנה זו ביחס למונת "מידת סדום" תסייע בידינו להלן בהצבת גדריו של המונח המשפטי, בדבר הכפיה על מידת סדום.

### פרק ב' — כפיה על מידת סדום בהעדר הצדקה כלכלית לעמידה על זכות קניינית

11. במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב מצינו התייחסות למקרה שבו רכש אדם שדה בסמוך לשדותיו של אביו. כאשר מת האב, ובאו בניו לחלוק את שדות אביהם, ביקש הבן שכבר היתה לו שדה סמוכה, כי חלקו בירושה יוקצה לו, באופן שיאפשר רצף בין השדה שיש לו זה מכבר, לבין

17א. וראה מהר"ל, דרך חיים, פרק ה', עמ' רמט', וכן ה"ש 31 להלן והטקסט שם.

החלק שיקבל מעזבונו של אביו. ביחס למקרה זה מובאת בגמרא מחלוקת כדלקמן:

"אמר רבה, כגון זו כופין על מידת סדום".

(רש"י: "זה נהנה וזה לא חסר". לאמור, לשאר האחים אין נפקות איזו שדה יטלו, ואילו לאח האמור, יש תועלת בקבלת שדה מסוימת, שהינה סמוכה לשדהו. בסיטואציה זו שבה "זה נהנה וזה לא חסר". כופין את שאר האחים להסכים לחלוקת העזבון בדרך האמורה, לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום").

"מתקיף לה רב יוסף: אמרי ליה אחי, מעליגן ליה עילויה כי נכסי דבי בר מריון. והלכתא כרב יוסף".

(רש"י: "לנו היא משובחת כקרקעותיו של בר מריון, שהיו מעולות, ומסתברא הא דרב יוסף בשדה בעל שיכולין לומר לעיתים שזו מתברכת משאר שדות").

כלומר, אין כאן כפיה על מידת סדום, שכן האחים יכולים לטעון כי לשדה הספציפית שאותה מבקש האח ליטול, יש סגולות יחודיות המביאות לייקורה).

12. גישתו של רב יוסף, שאף נפסקה להלכה, מעוררת קושי חמור. בהתאם לשיטת רש"י, מדובר בשדה בעל, והסיכויים שהיא תזכה לכמות גשמים הולמת, הינם זהים לסיכויים של כל שאר השדות שהוריש האב. בנסיבות אלו, נמצא לכאורה, כי טענת האחים לפיה שדה מסוימת זו שווה יותר, מהווה ניצול לרעה של העובדה, כי עבור אותו אח שיש לו שדה משלו בשכנות, יש לחלקה המסוימת שאותה הוא מבקש ליטול, ערך יחודי רב יותר. מדוע מותר אם כן לשאר האחים לנצל מצוקה זו של אחיהם, כאשר מהם לא נגרע דבר? ומדוע אין זו מידת סדום ושרירות לב מצידם לחייב את אחיהם להשתתף בגורל שרירותי, או לרכוש את הסיכון בדמים מרובים, על אף שמדובר במצב שבו "זה נהנה וזה לא חסר"?

13. הסבר יפה לגישה זו מצוי ב"שלטי גיבורים", בדף ח' ע"א לדפי הרי"ף על מסכת בבא בתרא, באות ב':

"אם קנה אחד מן האחין שדה סמוך לשדות אבותיו ואמר, תנו לי חלקי הסמוך לשדה שלי, יכולין האחין לומר, לא ניתן לך חלקך סמוך לשדה שלך קח אותו בדמים יקרים, ואע"פ שכל החלקים שווים, יכול אחד לומר אני רוצה חלקי במקום שמגיע לי על פי הגורל, שפעמים שזו מתברך יותר מזה, וכענין חלקה אחת תמטר וחלקה אחת לא תמטר, ואין אדם רוצה לשנות מזלו".



14. לאמור, מכיון שכמות הגשמים היורדת על כל שדה, תלויה במזל, מובנת היא גישתו של אדם הרוצה דווקא בשדה שתעלה לו בגורל, ואינו מוכן להחליף שדה זו באחרת, מתוך גישה לפיה "אין אדם רוצה לשנות מזלו". תחושה סובייקטיבית זו מובנת היא, וקשה לכנותה כשרירות לב, גם אם מבחינה רציונלית סיכויי שתי השדות לזכות במטר הינם זהים. משום כך, כאשר האחים מסרכים לוותר על עריכת הגורל, ונעתרים לכך רק תמורת הון רב, אין הדבר מבטא גישה שרירותית, ולא ניתן לאכוף על האחים לוותר על דרישתם לבצע את הגורל כדרך לחלוקת העזבון.
15. סוגיה זו מלמדת, כי בעלות בזכות קניינית מאפשרת לאדם לנהוג בצורה לא רציונלית, ובלבד שלתביעותיו יש עיגון בתחושות מוכרות ולגיטימיות. לעומת זאת, שרירות לב לשמה, וניצול זכות הקניין לשם מניעת הנאה מן הזולת, או לשם דרישת כספים הימנו, כתנאי לכך שלא תשלל הימנו הנאה כאמור, בסיטואציה שבה לא יגרע מאומה מן הבעלים של הזכות הקניינית, אינה מתאפשרת לפי המשפט העברי לנוכח הכלל בדבר "כפיה על מידת סדום".
16. מן הסוגיה במסכת בבא בתרא, דף יב' ע"ב עולה איפוא, כי גם טענה לא רציונלית עשויה להחשב לטענה מקובלת לענין זה. ואולם, טענה שהינה שרירותית לחלוטין, לא תיצלח, ועליה לעמוד לכל הפחות במבחנים סובייקטיביים של סבירות. ואכן, בשו"ת הרשב"א, חלק ב', תשובה מג' מצינו, כי אדם אינו יכול למנוע מזולתו, הנאה או שימוש כלשהו, מכת זכויותיו הקנייניות, אם לא נגרע ממנו דבר. לא זו בלבד, אלא שטענה בדבר הפסד הנגרם לבעל הזכות הקניינית, תייבת לעמוד בקריטריונים של סבירות, ואם היא שרירותית בעיני בית הדין, הרי שבית הדין ישתמש בכלי המשפטי המכונה "כפיה על מידת סדום" על אף שמבחינה סובייקטיבית הועלה טעם לסירוב האמור. ובלשונו: "ואפילו אם טען טענה שאינה מקובלת בעיני הבית דין לעכב עליה — אין שומעין לר".
17. לעומת זאת, תוספות במסכת בבא בתרא דף י"ב ע"ב, (בדיבור המתחיל "מעלינן ליה כנכסי דבר מריון") חולק על גישה זו, ומבהיר את שיטתו של רב יוסף כדלקמן:
- "ופירש רבינו תם, מעלינן כנכסי דבר מריון, לא ניתן לך זכות שיש לנו בשדה זו, אם לא בדמים יקרים כמו בני מריון שהיו עשירים ולא היו מוכרין קרקעותיהם אלא בדמים יקרים..."

לאמור, כשם שלמשפחת מריון היו קרקעות שלגביהן היה ביקוש רב, והיצע נמוך. (בני מריון היו עשירים ולא נזקקו למכירת קרקע, אלא אם הוצע להם מחיר העולה על שווי הקרקע) וכתוצאה מכך יכלו הם לנצל את תנאי השוק ולמכור את הקרקעות בהרבה מכפי שוויין הראלי, כך רשאים האחים לנצל את הצורך המיוחד של אותו אח בקרקע מסוימת, ולדרוש בגין קרקע זו תשלום גבוה, העולה על ערכה הממשי. ניצול של צורך כלכלי מיוחד מצידו של רוכש פוטנציאלי, אינו יכול להתקל, לדעת התוספות, בטענה של "כופין על מידת סדום", שכן אלו הם כללי ההיצע והביקוש שלפיהם פועל השוק, וממילא לדרישה כספית מסוג זה יש הצדקה לגיטימית<sup>18</sup>.

18. לפי הסבר מוצע זה בדעת התוספות נמצא כי האח שרכש שדה בקרבת מקום, יוכל לכפות את שאר האחים להעביר לו כחלקן בירושה את השדה הספציפית הסמוכה לשרותיו, מדין "כופין על מידת סדום". ואולם, הוא לא יוכל לדרוש כי האחים יעשו כן בלא דרישת תשלום בגין כך. בהקשר זה, אין האח יכול לטעון כי מאומה לא יגרע מאחיו אם יתנו לו את השדה המסוימת הזו, שכן זוהי זכותם של האחים, לתבוע מחיר מופקע בגין שדה שיש לה ביקוש רב. לענין זה אין נפקות לעובדה כי הביקוש אינו נובע ממהות השדה, אלא מזהותו של הרוכש ומצרכיו היחודיים, בהיותו שכן.

19. בהתאם לשני הביאורים הלעיל (של רש"י ושל תוספות) נמצא, כי הבעלות כשלעצמה אינה מהווה עילה לנהוג בשרירות כלפי הזולת ולמנוע ממנו טובות הנאה. לדעת רש"י נחוץ, לכל זופחות, טעם סוביקטיבי סביר, כדי להתנגד לבקשה, שהינה על פניה בגדר "זה נהנה וזה לא חסר".

18. כנגד זאת ראה שו"ת הרא"ש, כלל צד, סימן ב': "ולענין פסק הלכה נראה לי כפירוש שנתן טעם לדברי רב יוסף, אבל לפי רבינו חם מסתברא לי טעמא דרבה, דכיון שאינו חסר כלום אלא משום שיכופ את חברו להוסיף המים בשביל שהוא חפץ נאותה שדה, מידת סדום היא זו. דאי לא תימא הכי, כל זה נזונה וזה אינו חסר, דכופין על מידת סדום, אמאי כופין והלא חסר הוא ממון שיתן לו חברו כשכיל הנאתו, אם לא נכופ לעשות בלא דמים? אלא ודאי כיון שאין לו חסרון אלא במה שיוכל לכופ את חברו שיתן לו ממון כשביל הנאות — מידת סדום היא".

נמצא כי הרא"ש אינו מקבל את ההסבר בדבר תנאי שוק של היצע וביקוש, כעילה לדרוש כסף בגין היכולת למנוע הנאה מן הזולת, באופן שרירותי, מכח זכות קניינית. היכולת לדרוש תשלום אינה מצדיקה לנצל את זכות הקניין כדי לשלול מן הזולת הנאה כאמור.

לדעת התוספות, כחות 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 מחוייבים האחים לאפשר לאח ליטול את החלק הסמוך לשרהו, כאשר אין טעם סביר המצדיק סרוב לכך.

20. עם זאת, מסקנה זו אינה יכולה להתקבל כפשוטה, באופן פשוטני, בלא שיוצבו לה גדרים ברורים, שאם לא כן יוכל כל אדם לדרוש דרישות שונות מזולתו, ויאלצו להענות לדרישותיו, כאשר הזולת אינו חסר מאומה מהענותו לכך. כך למשל יימצא כי אדם שהינו בעל מקרקעין מרובים לא יוכל לסרב לדרישות של מחוסרי דיור. המבקשים להקים אוהלים עראיים על שדותיו השוממים, כאשר ברור כי מאומה לא ייגרע ממנו עקב כך. נדון על כך להלן, בהצבת גדריה של הכפיה על מידת סדום.

### פרק ג' – גדרי הכפיה על מידת סדום

#### ג(1) שיטות הריצב"א

21. הקושי לגרוס כי אדם יכול לדרוש מזולתו לוותר לו על זכויות קנייניות בסיטואציות של "זה נהנה וזה לא חסר", הביא לירי כך שהריצב"א יתן הסבר אחר לחלוטין לסוגיה האמורה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב. (דברי הריצב"א מובאים בתוספות שם, דיבור המתחיל "כגון זה כופין על מידת סדום")<sup>19</sup>.

"וריצב"א מפרש דהא דאמר רבה כופין, לא מדין תורה קאמר, דברין היה יכול למחות שכנגדו, דאיכא קפידא ברוחות, כדקאמר בכמה דוכתיין. ועוד, הא דכופין על מידת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר בחצר חבירו, שאינו מעלה לו שכר. אבל, הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא, וגברא דלא עביד למיגר, דהוה זה נהנה וזה לא חסר. אלא מתקנת חכמים קאמר הכא דכופין...".

19. כמו כן, ראה בבא קמא דף כ' ע"ב תוספות דיבור המתחיל "והא איתהנית", ובנימוקי יוסף בתחילת דף ט' לדפי הרי"ף שם, וכן דעת הריטב"א שם.

22. לאמור, מדין תורה אין אפשרות להורות לאדם לותר על זכויות קנייניות בנכס, רק מכיוון שדבר לא יגרע ממנו אם יעשה כן. ואולם, לדעת רבה קיימת תקנת חכמים לפיה יכפו בית הדין על מידת סדום ולא יאפשרו לאחים לנצל את זכותם ולדרוש חלוקת נכסים על פי גורל, מתוך מטרה לדרוש כספים מאחיהם, והמבקש ליטול קרקע מסויימת דווקא. לדעת רבה, תיקנו חכמים כי על אף שאלו חנאי השוק תהא כפיה על מידת סדום בנסיבות אלו, שכן ניצול מצוקתו של האח בסיטואציה שנוצרה, קרובה מאוד לסחיטה, והיא מקבילה לשימוש שרירותי בזכות כדי לשלול הנאה מן הזולת. לעומת זאת, רב יוסף סובר, כי אכן לאדם יש זכות מוחלטת בנכסיו וכשם שאין איש יכול לדרוש ממנו לוותר על זכויות קנייניות ולאפשר לו להכנס לביתו ולדור שם, כך אין איש יכול לדרוש ממנו לוותר על זכותו לקיים גורל, כדרך לחלוקת הרכוש בין האחים-השותפים. שכן החלוקה בדרך זו מהווה זכות קניינית ולא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש.
23. לדעת הריצב"א, הטעם היחיד לכך שאין צורך בנימוק כלשהו להצדקת התנהגות האחים, כדי שלא יופעל הדין של "כופין על מידת סדום" נעוץ בכך, שלדעתו הגורל אינו דרך חלוקה פרוצדורלית שנבחרה בהעדר דרך רציונלית אחרת להכרעה בין השדות אלא – זכות קניינית ממש, במובן זה שהבעלות הממשית בחלקים מן העזבון תלויה ועומדת בתוצאותיו של הגורל, באשר על פי דין כך מחלקים ירושה. בהתאם לכך נוצרת הבחנה בין זכות קניינית, שעליה מדאורייתא אין אדם חייב לוותר, לבין אופן ההשתמשות בזכויות הקנייניות, והדרך הפרוצדורלית הנהוגה לשם מימושו, שלגביהם גזרו חכמים שעמידה דווקנית שאינה מעוגנת בטעם סביר – תגרור כפיה על מידת סדום. כך למשל, אם עריכת הגורל, אינה זכות קניינית אלא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש, הרי שגם על פי פירוש הריצב"א יכפו על מידת סדום, כאשר האחים מסרבים, באופן שרירותי, לתת לאח שקנה שדה בסמיכות מקום, את החלק בעיזבון הסמוך לשדותיו.

ג(2) הרמב"ם בהלכות שכנים

24. ההבחנה האמורה תסייע כדינו לכאורה, להבין את פסקו של הרמב"ם, בהלכות שכנים, פרק יב' הלכה א':

"האחזין או השותפין שכאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד חלקו, אם היתה כולה שווה ואין שם מקום טוב ומקום רע אלא הכל אחד, חולקין לפי המידה בלבד. ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה, כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחת, שומעין לו. וכופה אותו על זה, שעייכוב בדבר זה מידת סדום היא. אבל אם היה חלק אחד ממנה טוב או קרוב לנהר יותר, או קרוב לדרך, ושמו אותה היפה כנגד הרע, ואמר תנו לי בשומא שלי מצד זה, אין שומעין לו, אלא נוטל בגורל".

25. מפסקו של הרמב"ם עולה איפוא כי בנוגע לשדות, שהינן בנות איכות זהה, יכול האח שרכש שדה בסמיכות מקום, לכפות על שאר האחים לתת לו חלק בעזבון הסמוך לשדהו, ואין הם יכולים להעלות טענה כלשהי כנגדו. בכך חולק לכאורה הרמב"ם על הריצב"א, שהרי לשיטתו נמצא כי אדם יכול להכריח את רעהו לוותר על זכויות קנייניות שלו, כאשר לא נגרע מרעהו מאומה עקב כך<sup>19</sup>. ביחס לשיטה זו, מתעורר כאמור קושי, שהרי משמעות הדבר היא, כירסום בזכויות הקניין באופן שיאפשר לכל אדם להציג דרישות כלפי בעלי רכוש רב, שאינם משתמשים בחלקים הימנו, ולדרוש כי חלקים אלו מרכושם יועמדו לרשותו, באשר הוא יהנה מכך.
26. תשובה לקושי זה ובאור לשיטת הרמב"ם, מצוי בספרו של הרב אהרן קוטלר "משנת רבי אהרן"<sup>20</sup>.

"והנראה, דסובר הרמב"ם, דכל שהוא בעלים על הדבר, לא אמרינן כופין על מידת סדום להפקיע זכותו בזה, אבל בחלוקה סובר הרמב"ם דאין בזה הפקעת זכות כלל, דאין לאחד זכות בחלק זה יותר מהשני, ואין אנו מפסידים זכות מי שהוא כלל כמה שכופין על מידת סדום באופן החלוקה, דליכא דינא כלל כיצד לעשות חלוקה.

19. ואכן, ראה שו"ת תורת אמת, סימן קצ"ט, הגורס כי הרמב"ם חולק על שיטת הריצב"א. כמו כן ראה שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה, ב', סימן קמ"ה, המתייחס לסוגיית הגמרא, בחלמוד הירושלמי, מסכת תרומות פרק ו', ה"א, ומציין כי אין יכולין לכפות אדם שימכור נכס שלו ימיר אותו בכסף. ואולם, אם נותנים לו נכס אחר, הרי שניתן לכפות על מידת סדום ולחייבו לבצע חילופין, בין פירות שהינן "תרומה" לפירות שהינן "חולין".

20. ר' אהרן קוטלר, משנת רבי אהרן (ירושלים, תשמ"א), כרך א' בעמ' כ'.

אמנם כל זה יתכן רק אם נאמר דסובר הרמב"ם דגורל אינו דין, דאם נאמר דגורל הוא דין, והיינו דיש לכל אחד מן השותפים זכות של חלוקה בגורל, נמצא בזה דכופין על מידת סדום ונותנים השדה לבעל המיצר, ומבטלים הגורל, אנו מפסידים זכותם של שאר האחים בשדה זו, וכל כי האי גוונא אין דין כפיה על מידת סדום...".

27. לאמור, הכפיה על מידת סדום תיתכן רק אם גורסים כי החלוקה באמצעות גורל, אינה משקפת זכות קניינית של האחים אלא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש<sup>21</sup>. ואולם, אם מדובר בזכות קניינית, הרי שלפי הרמב"ם — לא יוכל האח לטעון כי על שאר האחים לוותר על זכותם זו, ולא יחול הדין של "כופין על מידת סדום", באשר הכלל בדבר כפיה על מידת סדום נאמר רק ביחס לאופן הניצול של זכויות הקניין ולא ביחס לעצם קיומה של זכות זו<sup>22</sup>.
28. דא עקא, שהסבר זה המשווה את שיטת הרמב"ם לשיטת הריצב"א, אינו מתיישב עם העובדה שהרמב"ם ממשיך ופוסק באותה הלכה:

21. לעומת זאת, בשו"ת הרא"ש בלל צד' סימן ב' מוצאים אנו כי לכל הדעות קיימת זכות קניינית לבצע חלוקה באמצעות גורל, שאנו לא האמר כן, הרי שהאח שקנה שדה קרובה, היה זכאי לדרוש כי ינתן לו חלק בעובדן הסמוך לשרהו, מכח הדין של "בר מצרא", שהינו חיוב חוקי בדבר מתן זכות סרוכ ראשונה לשנן, כתוצאה מן הציווי הנורמטיבי — מוסרי, של "העשית הישר והטוב". לעומת זאת, ראה שו"ת חשב"ץ, חלק ד' טור ג' (חוט המשולש) סימן יד', לפיו אף במקום שבו אין את הדין של "בר מצרא" כגון בהשכרת נכס, לעומת מכירתו, קיים הכלל בדבר כפיה על מידת סדום, ומכח כפיה זו, יהא על הבעלים ליתן זכות קדימה לשכנו, גם בשכירת הנכס.

22. הרב קוטלר מציע שם הסבר מקורי לדעת הרמב"ם, לפיו הכפיה על אדם לוותר על זכויות פרוצדורליות נובעת מהכלל של "צדק צדק תרדוף", כלל זה הינו מקור משפטי, ולא רק ציווי מוסרי. וכך מוצאים אנו בכרייתא במסכת סנהדרין דף לב' ע"ב: —

"צדק צדק תרדוף — אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד, שתי ספינות בנהר, אם שתיהן עוברות — טובעות, זו אחר זו, שתיהן עוברות, הא כיצד, קרובה ושאינה קרובה, תירחה שאינה קרובה, היו שתיהן קרובות, הטל פשרה ביניהן".

"מסוגיה זו עולה איפוא כי גם כאשר יש לשני אנשים זכויות שוות להשתמש במעבר מסויים, הרי שלנוכח העובדה כי רק האחד מהם יוכל לנצל את זכותו, חייב מי שנוזק קטן יותר, (דהיינו מי שקרוב יותר לביתו) לחזור לביתו ולוותר על זכויותיו. הוא הדין אם כן, כאשר השרות שוות באיכותן, וכל אחד מן האחים זכאי ליטול נחלה בכל מקום, הרי שמוטל על שאר האחים לוותר ולאפשר לאח שהינו בעל שדה סמוכה, ליטול נחלה בצד שדהו, לנוכח הדין של "צדק צדק תרדוף". ואולם, עקרון זה נכון רק ביחס לאנשים שהינם שותפים ברכוש, או בעלי זכויות שוות לניצול זכות מסוימת.

כמו כן ציווינו דברי החוספות במסכת קידושין דף כ' ע"א, דבור המתחיל "כל הקונה עבר עברי כקונה אדון לעצמו" המבאר, כי העבר העברי זוכה להטבות מעבר לאלו של אדונו "כדאיתא

"אמר להם (האח שרכש שדה סמוכה לנחלת אביו אמר לשאר אחיו — ו.א.) תנו לי חצי מידתה מן הצד הרע בלא שומה, וטול אתה מן הצד הטוב, כדי שיהיה חלקי סמוך לשדה שלי, הורו מקצת הגאונים ששומעין לו, ולזה דעתי נוטה, וכן ראוי לדון". מכאן כי אף במקום שבו מדובר בדרישה לוותר על זכות לקבל את השדה שהינה בעלת האיכויות הגבוהות יותר, תמורת קבלת תשלום בשווה ערך לכך, קיים הדין של כפיה על מידת סדום. אפשרות זו של אח, לכפות על שאר אחיו לוותר על זכויות קנייניות בשדה מסוימת העולה באיכויותיה על פני שאר החלופות, וליטול פיצוי כספי בגין כך, מעורר קושי רב, מבחינה רעיונית, שהרי אדם המסרב להמיר רכוש בשווה כסף, ועומד על זכותו לקבל דווקא שדה משובחת, אינו יכול להיות מוגדר כמי שנוהג בשרירות.

29. לא זו אף זו, ברמב"ם בהלכות שכנים פרק ח' הלכה ד' נפסק כי אדם רשאי אכן להשתמש בנכס של חברו, כשהלה אינו חסר מאומה עקב כך, כגון להעמיד סולם קטן בחצרו של חברו ולומר לו "אין לך הפסד בזה. כל זמן שתרצה תטלנו".

מכאן משמע, כי אף בנוגע לזכות קניינית של הזולת, ולא רק בנוגע לדרך פרוצדורלית ברבר הכרעה היכן תמומש זכות זו, קיים הכלל של "כופין על מידת סדום" ביחס לסיטואציה של זה נהנה וזה לא חסר. והדברים עומדים לכאורה בניגוד גמור לדברי הריצב"א ולהגיון המחייב כי אדם לא יוכל ליטול את נכסי רעהו, גם אם הלה אינו משתמש בנכסים אלו ואינו זקוק להם. והדברים תמוהים, שהרי "המגיד משנה" שם מבאר כי הלכה זו אינה מעוגנת בשום סוגיה תלמודית, אלא בהגיון הפשוט (ובלשונו "והכל מודים בזה וזה פשוט") לפיו ב"זה נהנה וזה לא חסר" כופין על מידת סדום<sup>22</sup>. המענה לקושי זה יובהר בפרק ד' להלן.

בירושלמי, דפעמים אין לו אלא כר אחת, אם שוכב עליו כעצמו, אינו מקיים "כי טוב לו עמך", ואם אינו שוכב עליו וגם אינו מוסרו לעבדו — זו מידת סדום, נמצא שעל כורחו צריך למסור לעבדו, והיינו "אדון לעצמו".

הרי לך חיוב על אדם לשפר את מצב רעהו, מכח שלילה של אפשרות שבה "גם לי גם לך לא יהיה", הנובעת מן הדין של כפיה על מידת סדום.

22. וראה מהרשד"ם חושן משפט סימן תט', המבאר אף הוא כי הרמב"ם חולק על הריצב"א ופוסקים נוספים המובאים שם, ומביא את דברי הריצב"ה בסימן קנג' התמה: "ואינו נראה, והיאך ישתמש בשל חבירו בעל כרחו?".

## ג(3) שיטת הר"י ברצלוני והרשב"ם

30. הטור בחושן משפט, סימן קנג', מביא את דעתו של הר"י ברצלוני, כי אין בעל חצר יכול למחות כנגד שכנו, המבקש לחרוג מקווי הבנין ולקבוע קורה בכותל החצר, כדי שתשמש לו כקולר לתלות בו בגדים, לנוכח הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום. נמצא כי שיטת הרשב"ם אינה יוצאת דופן כלל ועיקר, וגם בדברי הר"י ברצלוני מצינו שימוש בחצר של הזולת, ופגיעה בזכות קניינית מובהקת, מכח הכלל בדבר כפיה על מידת סדום<sup>22</sup>.

31. בדומה לכך מוצאים אנו בפירוש הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף נט' ע"ב, בדיבור המתחיל "ויכול למחות":

"כלומר, הבא להוציא זיו טפח בתחילה לחצר חבירו יכול למחול בו בעל החצר שלא למלאות אויר חצירו, ולא אמרינן זה נהנה זה לא חסר. דודאי איכא חסרון, כדאמרינן בגמרא גבי זיו פחות מטפח, דמיגו דמשתמש בעל הגג בזיו, רואה בחצר ואיכא הזיק דאיה".

ומכאן שבמקום שבו אין שום חסרון, והיזק כתוצאה מהוצאת הבליטה לחצר השכן אין בידי הבעלים למנוע מן השכן לחרוג מקווי הבנין שלו, וזאת לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום". נמצא כי לאדם אין אפשרות להתנגד לבניה של השכן, הטעונה הסכמה שלו, כאשר לא נגרע ממנו מאומה עקב כך, וזאת אף כשהשכן חורג מקווי הבנין וחודר לתחום הבעלות שלו.

## ג(4) שיטת הראב"ה והמרדכי

32. זאת ועוד, הנחת היסוד של הריצב"א לפיה אין אפשרות לכפות על אדם להסיר את התנגדותו לשימוש שעושה רעהו בנכס שלו, אינה נקיה מספקות.

במסכת בבא קמא דף כ' ע"א מצינו דיון בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", האם אדם שגר בחצר חבירו חייב לשלם דמי שכירות לבעלים, על אף שמדובר בחצר שאינה עומדת להשכרה ובבעלים שלא נגרע ממנו דבר עקב השימוש שנעשה בחצירו מכיוון שמדובר בחצר שממילא אינה עומדת להשכרה ושרויה בשימונה. בהקשר זה ציין

22. וראה שו"ת מהרש"ך חלק ב', סימן צח', כמו כן ראה שו"ת רדב"ז חלק א' סימן קמ"ו, לפיו יכול שוכר לכפות משכיר להרשות לא לבצע שיפורים במושכר.



הריצב"א כי השאלה בגמרא מתייחסת לחיוב לשלם דמי שכירות, בדיעבד כאשר אותו אדם כבר פלש לנכס וגר בו בלא ידיעתו של הבעלים. ואולם, לדעת הריצב"א, ברור כי הבעלים רשאי למנוע מאותו אדם להכנס ולהתגורר בנכס האמור מלכתחילה. לעומת זאת, המרדכי שם מציין: "כתב רבנו אבי העזרי (הראבי"ה) שמעתי דמצי למיכפיה, דהא כופין על מידת סדום".

33. לפי הראבי"ה נמצא, כי כופים על אדם לאפשר לרעהו להכנס 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 סדום בלתי סביר לאפשר לזולת להנות מקרקע כאמור, אינו אפשרי עפ"י דין<sup>23</sup>.

#### ג(5) ההלכה הפסוקה

34. על אף שרוב הראשונים חולקים על דעת הראבי"ה וסוברים כריצב"א<sup>24</sup> הרי שדווקא ששיטת הראבי"ה היא שנקבעה בהלכה הפסוקה.

בשולחן ערוך, חושן משפט סימן שסג' הלכה ו' נפסק:

"הדר בחצר חבירו 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<sup>25</sup> אף על פי שדרך זה הצד (המתגורר שם) לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר". הגהת הרמ"א: "ודווקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, ואע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה לא חסר, הני מילי דבר דאי בעי להנות לא יוכל להנות. אבל, בכי האי

23. וראה פני יהושע מסכת כבא קמא, דף כ' ע"א, בהתייחסותו לדברי התוספות שם.

24. ראה הע"ש 19 לעיל.

25. הגהת הרמ"א: "ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית, והוא דר בו, (מרדכי בפרק "כיצד הרגל"). ואפילו היה רגיל להשכיר רק שעכשיו לא עבד למיגר, (אינו עומד להשכרה — ו.א.) בטר האי שעתא אזלין (בעקבות שעה זו הולכים אנו — ו.א.) (נימוקי יוסף)".

גוונא דאי בעי בעל החצר ליהנות ולהרויח ולהשכיר חצרו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחינם (מרדכי ונימוקי יוסף שם).

35. לאמור, לפי הרמ"א אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכות קניינית השווה כסף, רק מכיון שהוא לא ניצל עד כה זכות זו. זוהי זכותו של אדם לומר, כי על אף שהדירה שבכעלותו עמדה זמן רב בשימונה, אם פלוני מבקש לגור בה, יואיל נא לשלם דמי שכירות. הבעלות היא אפוא עילה לגיטימית לדרוש תשלום ולהרויח כסף כתוצאה מכללים של היצע וביקוש, הנוהגים בשוק, ואולם, מקום שבו יש גורם המונע מן הבעלים להשכיר את הנכס, ובכך נשלל במידה רבה הערך הכלכלי של יכולת ההשתמשות בו, אין בעל הנכס יכול למנוע מאדם הזקוק לנכס להתגורר בו. בנסיבות אלו, מניעת השימוש בנכס מאתו אדם, אינה מהווה ניצול זכות קניינית לשם הפקת רווח כלכלי, שהינו לגיטימי, אלא נסיון למנוע הנאה מן הזולת באופן שרירותי, תוך ניצול הזכות הקניינית לשם שררה בלבד. בנסיבות אלו "כופין על מידת סדום", ואותו אדם יוכל לכפות על הבעלים לאפשר לו להתגורר בנכס — חינם אין כסף. לכאורה, אין לך שלילה גדולה מזו של האפשרות להשתמש בזכות קניינית "לשם שלטון" על הזולת ללא צורך ובסיס רציונלי.

#### ג(6) שאלת הבית אפרים

36. ב"פתחי תשובה", שם, ס"ק ג' מובאת הערתו החמורה של שו"ת "בית אפרים" חלק חושן משפט סימן מט':

"וצריך עיון על הרמ"א בסימן שסג', שכתב טעמא כיוון דהווי מצי לארווחי, אלא דלא בעי, והוא מדברי המרדכי. אבל לדברי הפוסקים לא משמע כן (עיינין נימוקי יוסף בבא קמא בשם הרא"ה, וכן מוכח להדיא בתוספות בבא בתרא דף יב' ע"ב בשם הריצב"א, והרב ר' ישעיה, הובא בשיטה מקובצת בבא קמא דף כ')....". לאמור, פסיקת הרמ"א למיה כאשר אין טעם כלכלי להתנגד לשימוש של הזולת בזכות הקניינית, ניתן לכפות על בעלים לתת לזולתו להשתמש בנכס, הינה דעה חדשנית המבוססת על דברי המרדכי והראב"ה, בה בעת שכל שאר הפוסקים חולקים על כך. בנסיבות אלו מתעוררת התמיהה, מדוע מצא הרמ"א לנכון לפסוק כנגד דעת רוב הפוסקים?

האם מחוייבת מסקנה זו משורת ההגיון?

37. בכל הנוגע לשורת ההגיון, יצויינו דבריו של הנודע ביהודה, מהדורא תנינא, חושן משפט סימן כד':

"...והרי זה דומה למי שרוצה לדור בחצר חבירו אפילו בלא קיימא לאגרה, (כלומר, אף בשדה שאינה ראויה להשכרה) וכי יש שום הוה אמינא שיכוף זה את חבירו שיניחנו לדור בחצירו חנינם? ... ואמנם מדברי המרדכי בפרק כיצד הרגל, שהביא הרמ"א בסימן שסג' סעיף ו' בהגה, שכתב הטעם שלא יכול לכופו לדור בו בחנינם, משום דאי בעי בעל החצר להשכירו היה יכול וכו', משמע שדבר שאינו יכול להרויח בו יכול זה לכופו אף לכתחילה. מכל מקום, נראה לעניות דעתי פשוט שזה רק להרמב"ם (שהובא בשולחן ערוך בחושן משפט סימן קעב') אבל לדעת הרא"ש (שהינה כדעת הריצב"א – ו.א.) פשיטא שלא שייך בזה כופין על מידת סדום":

(ההדגשות ככל מקום כמאמר זה הוספו).

38. מדברי הנודע ביהודה עולות איפוא שתי המסקנות הבאות:

(א) ברור ופשוט, ולא עולה על הדעת לומר אחרת, כי אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכויות קנייניות שלו ולאפשר לאחרים להנות מנכסיו, וזאת אף אם אין הדבר כרוך בגריעת תועלת כלכלית כלשהי ממנו.

(ב) הרמ"א שפסק באופן שונה, תואם לשיטת הרמב"ם. ואולם, לדעת הרא"ש וכל שאר הפוסקים, המסקנה הינה כי בנוגע לזכויות קנייניות ממש, (להבדיל מן הדרך הפרוצדורלית הנחוצה לשם קביעתן) – לא כופין על מידת סדום.

39. מכיוון שכך נשאלת השאלה: על שום מה פסקו הרמב"ם, הר"י ברצלוני, הראב"ה הרשב"ם והרמ"א, כאופן המוגדר ע"י ה"נודע ביהודה" כמנוגד לכל הגיון? ומדוע ראה הרמ"א לפסוק בניגוד לדעת רוב הפוסקים בעניין זה?

ג(7) ההבחנה בין שימוש בנכס לבין נטילת הנכס

40. הרב צבי שפיץ, בספרו מנחת צבי, בסימן ד' מציע הסבר לפסקו של הרמ"א כדלקמן:

יש להבחין בין שימוש בנכס של הזולת, לבין נטילת זכות הקניין בנכס של הזולת. נטילת זכות הקניין משמעה העברת בעלות ופגיעה ב"קניין

הגוף של הבעלים בנכס, באופן שנכס זה נשלל הימנו לצמיתות. נטילת זכות השימוש בנכס של הזולת לעומת זאת, פירושה כי הבעלות בנכס נותרת כהווייתה, והפגיעה היא ב"קניין הפירות" ובזכות השימוש באופן מסויים בנכס, בנסיבות מסוימות בלבד. שלילת זכות הקניין מן הזולת לא תיתכן, גם אם אין לו כל צורך בנכס זה. אין שום היתר ליטול רכוש מאדם עתיר נכסים, שאף לא ירגיש בחסרונו של נכס מסויים. ואולם, הרמ"א לעומת זאת, מתייחס לשימוש בנכס של הזולת, בלא שלילת זכות הקניין עצמה, וזאת כאשר מאומה לא נגרע מן הבעלים. ביחס לכך בלבו, קיים הדין של "כופין על מידת סדום". לפי הסבר זה, ניתן לומר, (שלא כפי שהבהירו ה"בית אפרים" וה"נודע ביהודה"), כי אין מחלוקת בין פסקו של הרמ"א המבוסס על שיטת המרדכי והראב"ה, לבין שיטת הריצב"א, שכן הריצב"א מתייחס לאחים המבקשים לבטל צורת חלוקה מסויימת (גורל) ובכך להכריע בנושא הנוגע לבעלות בקרקע. לכך אין ולא כלום עם הרמ"א המתייחס לזכות להשתמש בקרקע. גלא קשר לבעלות בה. משום כך, אין להסיק כי הרמ"א פסק בניגוד לשיטת רוב הראשונים התומכים בשיטה הריצב"א.

41. בהתאם להסבר זה נמצאת למד, כי בעוד שבנוגע לאפשרות לשלול בעלות בנכס, שיטת רוב הפוסקים היא, כי אין אפשרות לעשות כן, גם אם זה נהנה וזה לא חסר, הרי שבנוגע לשלילת זכות השימוש בנכס, הלכה פסוקה היא כי הזכות הקניינית אינה מאפשרת לאדם לנהוג בשרירות, והיא אינה בלתי מוגבלת. משום כך, אדם המבקש להשתרר על זולתו, ולהשתמש בזכות הקניין שלו כדי לשלול הנאה מן הזולת, בלא שיהא בכך כדי להועיל לו במאומה מבחינה כלכלית, יתקל בדין של "כופין על מידת סדום".

42. נראה כי ההסבר הרעיוני לכך נעוץ בעובדה שאת תחושת הקיפוח החברתי אין לתקן בדרך של שלילת זכות הבעלים מאדם שזכה בה בדין. זאת ועוד, נראה לכאורה כי חלוקת ההון בעולמנו, אינה עניין הגורם כשלעצמו ניכור חברתי, ואם העשיר נוהג בזולת בחסד, ביושר, בחמלה ומרגיש מחוייבות לסייע, הרי שאין העני חש בהכרח תחושות של ניכור ועוינות כלפיו. ואכן במישור זה מכיל המשפט העברי סידרה של ציוויים וחובים סוציאליים, שתכליתם למצוא איזונים בין רווחת הכלל לבין רווחת הפרט, וקיימות מצוות כגון: שמיטה ויובל, לקט,

פאה ושכחה, מעשר ובכלל זה מעשר כספים לצדקה וכיו"ב. הכפיה על מידת סדום לא נועדה ליצור שוויון חברתי, ונטילת זכות קניינית מן הזולת, לא תיתכן.

לעומת זאת, השימוש בזכות הבעלות באופן שרירותי ודווקני, עלול ליצור תחושות של קיפוח, התנשאות, והתבדלות, ויש בו כדי לפורר את רגש האחיות לזולת ואת המעורבות החברתית המאפיינת חברה אנושית תקינה.

שימוש שרירותי בזכות הבעלות, לשם שלטון ולא לשם שימוש, גם חוטא לתפיסת העולם בדבר התכלית שלשמה ניתנו לאדם זכויות קנייניות. בסיטואציות אלו, של שרירות לב בעת השימוש בזכויות הקניין, יש מקום לדין של כפיה על מידת סדום כדי שהזכות הקניינית, לא תהווה מחסה ועילה לנהוג בשרירות ובדווקנות. מכיון שכך מובנת היא גישתם של הר"י ברצלוני, הרשב"ם הראב"ה ופסיקתו של הרמ"א, כי אדם יכול לכפות על שכנו לאפשר לו להשתמש בנכס בבעלות השכן, כאשר מאומה לא יגרע מן השכן, ואותו שכן מצווה להמנע מעשיית שימוש בזכות הבעלות לשם שלטון ושררה לשמה. 43. דוגמא מבוהקת למצב שבו אדם לא נוטל זכויות קנייניות מרעהו, אלא להפך — מבקש כי שכניו לא ימנעו ממנו להשתמש בזכויות קנייניות שלו, באמצעות שימוש לרעה בזכות הקניין שלהם, מצויה במסכת בבא בתרא דף נ"ט ע"א. בסוגיה זו נדון ענינו של אדם המבקש לפתוח חלון אל חצירו של רעהו, כאשר החלון ממוקם בגובה רב (מעל ד' אמות) וממילא החשש מפני פגיעה בפרטיות של השכן אינה ממשית. בענין זה מצינו מחלוקת: רב זירא מתיר לפתוח חלון שכזה, ואילו לדעת רבי עילאה הדבר טעון הסכמת השכנים ויש בידם למחות. בסוגיה זו יוצאת הגמרא מנקודת הנחה לפיה לא מוקנית לאדם הזכות לפתוח חלון ברשותו הפרטית, שכן בכך הוא מפר את האיזון העדין שעליו מושחתים יחסי השכנות. בנסיבות אלו, מציעה הגמרא הסבר לפיו לדעת רבי זירא אין השכן יכול למחות לנוכח הדין של "כופין על מידת סדום" ואילו לדעת רבי עילאה אין כפיה במקרה זה וזכותו של השכן להתנגד לפתיחת החלון. מסקנת הסוגיה האמורה היא, כי לרבי עילאה יכול השכן למחות, רק מכיון שיש אפשרות (רחוקה), כי כאשר יעמוד אותו אדם על כיסאו או שרפרף, הוא יוכל להתבונן מן החלון הישר אל בית רעהו. אפשרות רחוקה זו, פוגעת כשלעצמה בשכן בכך שהיא שוללת את הרגשת הפרטיות המוחלטת שלה הוא זכאי, והיא מהווה

טעם סובייקטיבי מספיק, כדי להצדיק התנגדות לפתיחת החלון<sup>25</sup>. ואולם, מקום שבו לא קיים טעם סובייקטיבי מוצדק שכזה, הרי שלדעת הכל – כופין על מידת סדום.

44. לפי מסקנת הסוגיה האמורה נמצא, כי אין אדם יכול להתנגד לשינויי בניה של שכנו, כאשר אלו אינם באים על חשבוננו, וזאת מקום שבו השכן אינו נוטל מזכויות הקניין שלו, אלא מבקש לנצל את זכויותיו, בתחום גדרי בעלותו, והשכנים – שאינם ניוזקים מכך – מתנגדים. דוגמא זו ממחישה את ההבחנה המוצעת בין נטילת זכויות מן הזולת, שבה אין כפיה על מידת סדום, לבין שימוש בזכויות אלו, שאינו נוטל מאומה מן הזולת, ואשר לגביו נסיון לעשות שימוש באופן שרירותי ולא סביר בזכות קניינית, יתקל בדין של כופין על מידת סדום.

45. באספקלריה זו נכחן להלן גם את שיטת הרמב"ם, אשר רק לכאורה אינה תואמת לקו חשיבה זה, ולפיה ניתן לכאורה אף לשלול זכויות קנייניות, מקום שבו הן מנוצלות באופן המהווה "מידת סדום".

#### פרק ד' – שלילת זכות קניינית מבח כפיה על מידת סדום

ד(1) עיון נוסף בשיטת הרמב"ם

46. ברמב"ם בהלכות שכנים פרק ז' הלכה ח' נפסק:

"מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו ובא חבירו 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 צורך לפנות, אינו יכול לעכב עליו וכופין אותו, שיהיה חבירו סתם חלון זה שלמטה ממנו ועושה לו חלון מלמעלה, שזו מידת סדום, וכן כל דבר שזה נהגה בו ואין חבירו מפסיד כלום כופין עליו"<sup>26</sup>.

<sup>25</sup>. וראה שו"ת הרשב"א, חלק א', סימן אלף קמ"ד. כמו כן ראה ספר הישר (לרבינו תם) בסימן צ"ד, לפיו הצורך לשמור על השטר, כדי למנוע טענת "חוקה" מצד השכן, מהווה כשלעצמו טעם מספיק, כדי שלא יחול הדין של "כופין על מידת סדום".

<sup>26</sup>. וראה יד רמה בביאורו למסכת בבא בורא דף ז' ע"א, המגיע למסקנה זוהי, וכן שו"ת הרשב"א חלק ב' תשובה מ"ג.

47. לכאורה, נפסק בהלכה זו כי לאדם יש זכות להכתיב לשכנו היכן ימוקמו חלונות ביתו, וכיצד ישתמש השכן בזכויות הקניין שלו, במקום שבו שימוש זה ע"י השכן אינו גורע ממנו מאומה. לכאורה מגיעים הדברים לידי כך, שלאותו אדם יש זכות לדרוש משכנו כי יימנע מלגור בביתו בתקופת השיפוצים, כדי לאפשר לו לחולל שינויים מבניים בבית, וזאת אם לא נגרע מאומה מן השכן.

48. אם אכן כך הוא, הרי שיש כאן חריגה מהותית ביותר מן ההבחנה המוצעת, שהרי אדם המחולל שינוי בבית ששכנו מתגורר בו, חורג משימוש בזכות הקניין של השכן, והוא לכאורה נוטל דבר השייך לזולתו. אכן, אין בכך כדי ליטול את הבעלות אך יש כאן פגיעה מובהקת ב"קניין הגוף" של הבעלים בנכס. דא עקא, שכאמור קשה לקבל פרוש לפיו מותר לאדם לשלול זכויות קנייניות של הזולת, רק מכיון שמאומה לא יגרע ממנו עקב כך. פסקו זה של הרמב"ם מעורר אפוא קושי חמור ביותר, מבחינת מהותה והגיונה של הכפיה על מידת סדום.

#### ד(2) הסברו של הנימוקי יוסף

49. בנימוקי יוסף במסכת בכא בתרא דף ח' ע"ב מדפי הרי"ף מבואר כי מכיוון שלא יעלה על הדעת שאדם יוכל לשלול זכויות קנייניות מרעהו, יש לבאר את שיטת הרמב"ם, כי לאדם מותר רק לבנות בחלקו הוא ולשכן אין זכות להתנגד לכך על אף שבאמצעות הבניה האמורה, נסתם חלונו של השכן, וזאת כאשר השכן האמור, לא ניזוק למעשה מסתימת החלון, כאשר בידו לפתוח חלון נוסף — בלא שיגרע ממנו מאומה<sup>27</sup>. בהתאם לכך, גם לשיטת הרמב"ם קיימת ההבחנה האמורה בין השימוש בנכס לבין שלילת זכות הקניין בו, ואדם אינו רשאי להכתיב לשכן היכן למקם את חלונותיו.

כל שנפסק ברמב"ם הוא, כי הרשות נתונה לאדם לממש את זכויות הקניין ולבנות כותל מול חלונותיו של שכנו, כל עוד הוא יכול להסיר כל אי נוחות שהיא מן השכן, באמצעות הזזת חלונו של השכן. האפשרות של השכן להזיז את החלון מונעת את זכותו להתנגד לניצול זכויות הקניין לשם בניית הכותל. ואולם, ברור כי בעל הכותל הוא

27. יושם אל לב כי פרוש זה המבאר את הדין הספציפי של בנית כותל מול חלונו של השכן, אינו הולם לכאורה את הסיפא לפסקו האמור של הרמב"ם, שבה נאמר "וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו חסר כלום כופין עליו". עם זאת, גם סיפא זו ניתן לבאר, כמי שמתייחסת לשימוש בנכס של השכן, בלא נטילתו.

שישא בהוצאות הכרוכות בכך וברור שכאשר הנדון אינו ניצול זכויות הקניין שלו עצמו, אין לו שום זכות להתערב לשכן במיקומו של החלון.

ד(3) הסוגיא בכא בתרא דף צ"ט

50. דא עקא, שאם כשיטת הרמב"ם ניתן לטעון כי זהו משמעם של הדברים, הרי שלא ניתן לטעון זאת ביחס לסוגיה ערוכה במסכת בכא בתרא דף צ"ט ע"ב.

סוגיה זו מתייחסת לאדם אשר בין שדותיו עוברת רשות הרבים, אם מבקש אדם זה להסיט את השביל שהרבים עוברים בו, אל מחוץ לשדותיו, והוא מקצה לשם כך קרקע שתהווה דרך חילופית עבור הרבים, אזי: — "מה שנתן נתן ושלו לא הגיעו", דהיינו הדרך החלופית שניתנה על ידו לרבים עוברת לרשות הרבים, ואילו בעלותם של הרבים על השביל העובר בין שדותיו, אינה פוקעת. בהקשר זה שואלת הגמרא מדוע אין בידו של אדם להפקיע בעלות זו של הציבור בדרך האמורה, של מתן ירך חילופית לציבור?

ומבאר הרשב"ם את שאלת הגמרא:

"כלומר, למה לא תיקנו חכמים שיהא לו רשות לתת להן דרך מן הצד בעל כרחן, שהווי אין מפסידין כלום (שהרי יש להם דרך חלופית — ו.א.) דכגון זה כופין על מידת סדום...".

51. לאמור, שאלת הגמרא מבוססת על הדין של כופין על מידת סדום, ומכאן כלל זה ביקשה הגמרא להסיק כי יש באפשרותו של אדם לכפות על רעהו להתחלף עימו בבעלות על שדהו, כאשר השדות זהות ואין שום טעם כלכלי או זכות שימוש הנפגעים עקב כך.

מכאן עולה לכאורה כי הכפיה על מידת סדום מאפשרת אף לחייב אדם לוותר על זכויות קניין עבור רעהו ולהסתפק בתחליפים זהים, כשמאומה לא נגרע ממנו (כגון, בעקבות חילופין במקרקעין).

52. תוצאה זו עולה לכאורה גם ממסקנת הסוגיה האמורה, באשר מן הדעות השונות המובאות שם עולה, כי מי שאינו נותן לרבים דרך עקלתון הפחותה בערכה מן הדרך שאותה מבקש אותו אדם ליטול לעצמו, הרי שזוהי אכן זכותו להמיר שדה בשרה, ולהכריח את הרבים לוותר על זכות קניינית שלהם, תמורת קבלת קרקע חלופית.

ד(4) ההלכה הפסוקה

53. עם זאת יצויין כי ההלכה הפסוקה, בטור חושן משפט סימן שעז', אינה תואמת למסקנה זו. וכך נמסק שם:



"מי שהיה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו ונטלה ונתן להם מן הצד, הדרך שנתן להם הוא שלהם וגם הדרך הראשון הוא שלהם ואינו יכול למנוע מהם אפילו נתן להם דרך טובה וישרה" (ההדרגשה הוספה).

מכאן כי אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכויותיו הקניניות, על אף שמוצע לו תחליף זהה להן. ואכן, המהרשד"ם חושן משפט סימן תסג' מסיק על סמך פסק זה, כי אין לשלול זכות קניינית מכח הדין של מידת סדום.<sup>54</sup> כמו כן, "בשיטה מקובצת" במסכת בבא בתרא, שם, מובא בשם "עליות דרבינו יונה":

"וקשיא לי, היכן מצינו שייקח אדם קרקע של חברו, ויחליף בשלו שלא מדעת חברו, מטעם זה נהנה וזה לא חסר? ובפרק קמא נמי אמרינן מעלינן ליה כנכסי דבי מר מריון". שאלתו של רבינו יונה היא, כי אילו היה אדם יכול לכפות את רעהו להתחלף עימו בזכות קניינית, יכול היה האז שירש שדה הסמוכה לשדותיו של אביו, בסוגיה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב שהובאה לעיל, להניח לאחיו לזכות בגורל בשדה המיוחלת, ואחר כך לכפות את אחיו להתחלף עימו בשדות. סברתו של רבי יוסף לפיה "מעלינן ליה כנכסי דבי בר מריון" מלמדת אם כן כשלעצמה, כי לאחר שבוצע הגורל והאחים קיבלו איש את נחלתו, אין אפשרות לכפות על מי מהם להמיר את זכותו הקניינית בשדה מסויימת, מכח הדין של כופין על מידת סדום.

<sup>55</sup> מן הסוגיה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב עולה איפוא כי לא זו בלבד שאין ליטול זכות קניינית מאדם, אף ביחס לנכס שאין הוא זקוק לו, אלא שזוהי של אדם לנצל זכות קניינית זו, כדי להפיק הימנה רווח כלכלי ולדרוש תשלום בגין הויתור שלו על זכויותיו הקנייניות, על אף שלעמידתו על זכויותיו אין שום הצדקה עניינית. לבד מן הרצון להפיק רווח מצרכיו המיוחדים של האדם הזקוק לכך<sup>28</sup>. בהתאם לכך זכאי שכן לטעון כי הצורך בהסכמה שלו לבנות על גג משותף, מהווה חלק מן הזכות הקניינית ואין אפשרות ליטול ממנו זכות זו ללא תשלום, אף אם מאומה לא ייגרע ממנו. משמעותה של

<sup>28</sup> וראה שיטת הריצב"א שהובאה בסעיף 21 לעיל.

הזכות הקניינית האמורה היא, כי יש לאדם רשות לדרוש כסף בגין הצורך של הזולת לקבל את הסכמתו. דרישה כספית זו הינה לגיטימית ואין לשללה באמצעות הכלל של "כופין על מידת סדום"<sup>29</sup>.

#### ד(5) מסקנת הדברים

56. אדם המבקש לנצל את זכויותיו הקניינית, אינו יכול להתקל בהתנגדות של שכן, אם התנגדות זו אינה נובעת ממניעים של הגנה כנה על זכויותיו ונוחותו, ותכליתה להפגין בעלות ושררה או – לנצל את צרכי הזולת לשם הפקת רווח. פעולה שכזו מצידו של שכן תחשב לבלתי לגיטימית, כאשר מדובר במקרה של אדם המבקש לנצל עד תום את זכויותיו הוא, והשכן מבקש למנוע זאת ממנו באופן דווקני ושרירותי. במקרה כזה דרישתו של השכן לקבל תשלום בגין הסכמתו – היא סחיטה לשמה.

57. לעומת זאת, אם מבקשינו מן השכן לוותר על זכות קניינית, בודאי שווהי זכותו לדרוש תשלום עבור כך.

אדם המבקש ליטול זכוה מוקנית של שכנו, כגון לחייב את שכנו לאפשר לו לבחור בשדה פלונית דווקא בלא גורל (ובהנחה שהגורל מהווה זכות קניינית), או לכפות על שכנו להתחלף עימו בזכויות קנייניות (ליטול קרקע במיקום אחר מזו שהינה בבעלותו), או לכפות על שכנו לאפשר לו לבנות בתחום בעלותו של השכן, אינו יכול להשתמש בכלל של "כופין על מידת סדום". בהקשר זה הנוגע לעצם קיומה של זכות הקניין, גורס המשפט העברי כי הבעלות היא מוחלטת, ואין לטעון כנגדה כי אי הוויתור עליה, מהווה עמידה דווקנית על זכויות, שהרי אם תאמר כן, יימצא כי אנשים יוכלו ליטול את ממונם של עתירי ההון, שלא יחסרו דבר בחיי היום יום שלהם עקב כך.

58. נמצאת למד כי הכלל של "כופין על מידת סדום" נועד למנוע מאדם להשתרר על רעהו באמצעות זכויות קנייניות, אך לא נועד לבצע מהפכות חברתיות, וליטול ממון ממי שאינו זקוק לו. משום כך לא יכול אדם להכריח את חברו לוותר לו על זכויות קנייניות. גדר הכפיה על מידת סדום מצטמצם איפוא למצב שבו אדם מבקש לנצל זכויות קנייניות, שכבר מצויות בידו, והזולת מעכב בעדו, מטעמים לא

29. מסקנה זו נוגעת למקרים שבהם מבקש שכן המתגורר בקומת גג לבנות על הגג המשותף לכל דיירי הבית, ואילו שכן מקומת הקרקע, שמאומה לא יגרע ממנו עקב הבניה האמורה, מתנגד לכך, אלא אם כן ישולם לו סכום נאות.

עניינים, או כאשר הוא מבקש להשתמש בנכס מבלי לשלול את הזכות הקניינית גופה, (כגון פסקו של הרמ"א שהובא בסעיף 34 לעיל).  
59. במקרה של שימוש בזכויות קנייניות קובע הכלל של "כופין על מידת סדום" כי על השכן לנהוג בסבירות, גם כאשר הוא מנצל את זכות הקניין הפרטי שלו, ומקום שבו מנוצלת זכות הקניין כדי לשלול הגנה מן הזולת, בלא שהדבר יהא חיוני לבעלים, זוהי פעולה שאינה סבירה ו"כופין על מידת סדום".  
באור זה יש להבין הן את שיטת הרמב"ם והן את הגיונם של הדברים, כפי שהם משתקפים בסוגיות השונות, לכך מן הסוגיה במסכת בבא בתרא דף צט' ע"ב.

#### פרק ה' — כפיה על מידת סדום בעמידה דווקנית על זכות חוזית

60. לאחר שעסקנו בפרקים הקודמים בזכויות קנייניות, נעסוק להלן בהשפעותיו של הכלל השולל שימוש לרעה בזכות על מישור הזכויות החוזיות. בהקשר זה נראה כי בכל הנוגע לקיומו של חוזה, להבדיל מדרישה לאפשר שימוש בזכות קניינית, נעשה — לכל הדעות — שימוש בכלל ש"כופין על מידת סדום". מקרים אלו, הם מקרים טרייאליים, אשר בהם השימוש בכפיה על מידת סדום, אף אינה מעוררת מחלוקת.

61. דוגמא יפה לכך הינה הסוגיה במסכת כתובות דף קג' ע"א, בה נדונה פרשנותו הראויה של הסכם, אשר בחינה דווקנית של לשונו היתה מביאה לכך שאדם יוכל לשלם למשכיר באמצעות מצרך דווקא, (באותו מקרה: קמח, שהופק מרחיים שהושכרו תמורת חלק ממה שנטחן באמצעותם). זאת על אף שמצרך זה אינו נחוץ למשכיר, (שבאותו מקרה רכש לו רחיים משלו המספקות לו קמח בשפע) ובה בעת שאין זו טירחה יתירה בשביל השוכר להמיר מצרך זה בכסף ולשלם את דמי השכירות במטבע עובר לסוחר.  
בענין זה מסיקה הגמרא כי עמידה דווקנית על לשון ההסכם סותרת לכל הדעות לדין של כפיה על מידת סדום<sup>30</sup>.

30. וראה שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תקע"ג. כמו כן ראה שו"ת מהרי"ק בסימן ט': "ואע"ג שיש קצת קפידא משום שינוי דעת, כדמוכח בבא מציעא, דף ע"ט, "השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך... אין לו אלא תרעומת", ומסיק תלמודא דאיכא תרעומת משום שינוי דעתא, ופירש רבינו תם "מפני שגורם לו לסבול דעת איש אחר, שלא מורגל בו", והכי נמי שייך למימר הכי ואפילו הכי כפינן ליה משום דהוי מידת סדום".

מעניין לציין, כי במקרה האמור מכאר רש"י את המונח "מידת סדום" באמרו: "זה נהנה וזה לא חסר, לא היו עושין טובה"<sup>31</sup>. לאמור, רש"י מזהה את המונח "כפיה על מידת סדום" עם התופעה החברתית שבה היתה נגועה העיר סדום שנהפכה. הנורמות השליליות שבהן היתה נגועה עיר זו, ובעו מן העובדה כי בני חברה זו עמדו באופן דווקני על זכויותיהם, ו"לא היו עושין טובה". דווקנות שכזו, ואי ההכרה במוסד המכונה "לפנים משורת הדין" עלולים להמיט חרב, בנסיבות אלו, לית מאן דפליג כי בית הדין יעשה שימוש בכחו לכפות על מידת סדום, וימנע מאותו אדם את הזכות המוקנית לו — על פי לשונו הברורה של ההסכם.

62. דוגמא לפרשנות הסכם, נהתאם לכלל של "כופין של מידת סדום", מצויה בשו"ת מהר"ק סימן קי"ב, בו נדונה התחייבות חוזית לפרוע חוב — במקום פלוני. פרעון החוב באותו מקום סוכלה, מחמת גורם שהינו בבחינת "כח עליון", וממילא נותרו בידי החייב שתי האפשרויות הבאות:

(א) לדחות את מועד הפרעון, עד ליום שבו ניתן יהא להשיב את הכסף במקום שנקבע לכך.

(ב) לפרוע את הכסף במועד, במקום האחר, שבו מצוי המלווה. בענין זה פסק המהר"ק, כי אם המקום החילופי הינו רחוק יותר מזה שנקבע בחוזה, ברור כי יש לבחור בחלופה הראשונה. ואולם, אם מדובר במקום שהינו בעל קירבה גאוגרפית זהה, הרי שיש לפרש את ההסכם, כמחייב את הלווה לפרוע במועד, במקום החילופי, וזאת לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום"<sup>31א</sup>.

לאמור, העובדה כי אדם נאלץ להחמיר עם מציאות השונה ממרחב ההרגלים שלו, אינה מהווה טעם מספיק לפרש את החוזה, באופן דווקני ופורמלי. להבחנה בין מקרים שבהם מצויה מחלוקת בגמרא ביחס לכפיה על מידת סדום, לבין מקרים שבהן זוהי דעת הכל, ראה מאמרו זמק"ח של הרב א. ליבטנשטיין "לביור כופין על מידת סדום", הגות עברית באמריקה, (כוך ראשון) 363.

31. ברומה לכך ראה בשיטה מקובצת שם, בו מובאים דברי רש"י במהדורא קמא: "דהיינו זה נהנה וזה אינו חסר, שהיו אנשי סדום נמנעים שלא ליהנות זה אצל זה, אפילו כזה נהנה וזה אינו חסר".

וראה שו"ת ראג"ח סימן ע"ג: "דבשלמא גט איפשר לתקן ע"י תנאי, הורה כן הרא"ש ז"ל, דבהיותו טוב למה יקרא רע, וכופין על מידת סדום...".

31א. ויצוין, בהקשר זה מתבסס המהר"ק, על שיטתו של הראב"ה שהובאה בסעיף 32 לעיל, שהרי לפי שיטה זו כופים אדם לתת לרעהו אף זכות שימוש בנכס קנייני. ואולם, לנוכח העובדה כי מדובר בפרשנות חוזה, מצוין המהר"ק, כי פסקו זה יהא נכון לכל הדעות, אף לשיטת הראב"ה החולק על הראב"ה. לפסק דומה בנוגע למקום קיומו של חוב, כאשר הנדון הוא חובה של יכמה להתגורר במקום מגוריו של היכס, ראה שו"ת רדב"ז חלק א', סימן רפ"ג.

63. סוגיה נוספת שבה אין מחלוקת בדבר הכפיה על מידת סדום, מצויה במסכת ערובין דף מט' ע"א. לגבי השיתוף המושגי הקיים בדיני שבת ככל הנוגע לערובי חצרות. הסוגיה שם עוסקת בעקרון המצוי בהלכות שבת לפיו אסורה העברת חפץ מרשות השייכת לפרטים ספציפיים לרשות השייכת לכמה שותפים. כדי להמנע מאיסור זה נוהגים ליצור שיתוף רעיוני בין רשויות הפרט השונות, כדי שגם אלו תהיינה שייכות כביכול לאותם שותפים. כך למשל נהוג ליצור "ערוב" שהוא שיתוף רעיוני ברשויות הפרט של בתים הפונים לחצר משותפת, כדי לאפשר לכל אחד מבני אותה חצר להוציא חפצים מביתו הפרטי לחצר המשותפת. הערוב הופך כביכול גם את הבית הפרטי למשותף לבני כל הבתים הפונים לאותה חצר וממילא מאפשר להוציא חפצים מן הבתים הפרטיים אל החצר, שהרי הבעלות בבית ובחצר זהה היא. רשות המסרבת להיכלל בשיתוף רעיוני כאמור או המסרבת להיכלל בחצר אחרת מבחינה רעיונית בלבד, כדי שהדבר יאפשר לבני אותה חצר ליצור ערוב מלא ביניהם וזהות בין הבעלים בחצר לבעלים בבתים הפונים אליה, יוצרת נזק לבני אותה חצר, בתחום שאינו גורע ממנה מאומה במישור הפרקטי. זאת מכיון שערוכין אינם מבטאים שיתוף מעשי, אלא שיתוף מושגי ורעיוני בלבד. ממילא כל התנגדות בהקשר זה, מהווה עמידה דווקנית על עקרון, בלא שבחיי המעשה ייגרע מאומה מן המתנגדים. כנגד דווקנות זו משתמש המשפט העברי בתרופת הכפיה על מידת סדום<sup>32</sup>. אכן, במקרה זה אין המדובר בזכות חזוית, אך בפנינו כפייה, שתכליתה למנוע כדלנות כמישור שבו אין פגיעה בבעל הנכס לא במישור הבעלות (קנין הגוף) ולא במישור השימוש (קנין פירות).

64. לעומת זאת, כאשר מבקש אדם לכפות על חבריו שותפות ממשית בנכס מסויים, מוצאים אנו מחלוקת בגמרא האם "כופין על מידת סדום", בסוגיה במסכת בבא בתרא דף קסח' ע"א. באותו ענין ההתייחסות הינה לשטרי בירוין (דהיינו, לפסיקתא שבה מסוכם החלק האופרטיבי של

32. ראה שו"ת הרשב"א חלק א' סימן תרס"א, וחלק ה' סימן ל"ז, וכן שו"ת הרדב"ז, מכתב יד חלק ח' סימן ד', כמו כן ראה שו"ת שואל ומשיב, (לרב יוסף שאול נתנון), מהדורה א', חלק א', סימן קס"ג, המבאר כי הדין של "שעבודא דרב נתן" (קידושין דף טו' ע"א) לפיו אדם הנושה ברעהו, זכאי לגבות במישרין מבעלי החוב של רעהו, בלא שיוזקק להליכי גביה כפולים. נובע מן הדין של כופין על מידת סדום.

פסק הדין<sup>33</sup>, ובגמרא מונבאת מחלוקת האם זכאי כל צד לבקש כי יכתב לו שטר נפרד עבור עצמו, בכל הנוגע לחלק בפסק הדין המתייחס לזכויותיו. יש דעה הגורסת כי צד אינו רשאי לבקש זאת, וכי בית הדין יערוך שטר משותף לשני הצדדים, אשר ישלמו עבורו במשותף ויהיו בעלים בו במשותף. כדי למנוע נזק כלכלי לאדם ולחסוך לו הוצאה מיותרת, נכפה על הצדדים שיתוף בנכס. גם במקרה זה אין בפנינו מצב שבו נוטלים מבעל הנכס מאומה, לא במישור הבעלות ולא במישור השימוש, אלא נכפית שותפות. לעומת זאת, יש דעה לפיה ניתנת אפשרות לצד מן הצדדים לדרוש כי יכתב לו שטר משלו, ולסרב לשאת בעלות הכתיבה של השטר של חבירו, כדי להימנע משותפות. רש"י מסביר את הדעה לפיה ניתן לכפות על הצדדים שיתוף, מכת הדין של כופין על מידת סדום, נכך שזוהי למעשה דעה המצדדת בגישת התנאים במסכת אבות, פרק ה' משנה יג' לפיה האומר "שלי שלי ושליך שליך" זוהי מידת סדום.

65. לאמור, התבדלות מן הזולת עלולה להוביל לתופעות חברתיות קשות. חברה שבה אין הזדהות ואין שותפות גורל, סופה שהיא מגיעה לדווקנות בעמידה על זכויות, הגובלת בגילויי אכזריות. כדי להמנע מכך, מופעל הכלל של "כופין על מידת סדום". לפי אותה דעה יש לכפות משום כך שותפות ממשית בנכס, מקום שבו מאומה לא נגרע מנוחיותו של אדם כתוצאה משיתוף זה. ואולם, מכיון שמדובר בשיתוף ממשי, ולא רק בשיתוף מושגי, קיימת גם דעה חולקת, לפיה לא תהא כפיה על מידת סדום במקרה האמור<sup>34</sup>. כנגד זאת, בסיטואציה של שיתוף מושגי בלבד או בנוגע לפרשנות דווקנית של הסכם מוצאים אנו כפיה על מידת סדום – לדעת הכלל<sup>34א</sup>.

33. וראה שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תרל"א, המתייחס לכתבי טענות, ופוסק בהתאם לסוגיה זו. כי אדם רשאי לטעון, שאין הוא רוצה לפרט את טענותיו בכתב קודם שהצדדים כאו כשערי בית הדין, וראה רמב"ם הלכות טוען ונטען פרק ה' הלכה ז', "האומר לחברו, שטר שיש לי בידך זכות יש לי בו... כופין אותו לרועיאו". ומבאר המגיד משנה כי הדברים מבוססים על הסוגיא דנא, בנוגע לכפיה על מידת סדום, וראה בהגהות הב"ח, על הטור חושן משפט סימן טז', ס"ק ג' המסייג דברים אלו. כמו כן ראה, פסקי דין רבניים חלק ה' עמ' קלב'.

34. וראה שו"ת תשב"ץ, חלק ג' סימן פ'.  
34א. לכפיה על מידת סדום בפרשנות חוזה, בנוגע לחיי הנישואין, ראה שו"ת רדב"ז חלק א' סימן רל"ג המוכח בהע"ש 37 להלן.

### פרק ו' – כפיה על מידת סדום הלכה ולמעשה

66. הכפיה על מידת סדום הינה כלי חיוני ביותר, לפתרון מצוקות קשות, שהיו נגרמות אלמלא דין זה. דוגמא מובהקת לכך, מצויה במקרים שבהם נוצרו ספק קידושין, [כגון, בני זוג אשר עשו טקס נישואין היתולי, ובפועל "שיחקו באש" ויצרו ספק קידושין]. "הבעל" יכול היה במקרה זה להנשא לאישה אחרת, בטרם קיומו של החרם דרבינו גרשום, ואילו האישה נותרה מעוגנת כל ימי חייה. בסיטואציה זו מתן גט ל"אישה", הינו לעיתים בכחינת "זה נהנה וזה לא חסר" והכפיה לתת גט, מהווה עוגן הצלה לאותה אשה. ואכן, הדין של "כופין על מידת סדום" שימש את בית הדין לשם כפיית הבעל לתת גט לאשתו במצבים אלו<sup>35</sup>.

67. ואף מעבר לכך, הבעל גם אינו יכול לנצל את מצוקתה של אשתו במקרה האמור ולדרוש תשלום בעד הסכמתו ליתן גט. דרישת תשלום הינה לגיטימית. רק כאשר אדם נדרש לוותר על זכות קניינית מסוימת. ואולם, כאשר הוא מבקש לנצל סמכויות וזכויות הניתנות לו עפ"י דין, באופן שויתורו עליהם לא ישלול הימנו זכות קניינית כלשהי, הרי שדרישת התשלום מהווה ניצול לשמו של מצוקת הזולת, ובית הדין כופין אותו, במקרה האמור, ליתן גט – בלא כל תשלום. מגיעים הדברים לידי כך, שאף אם נאלצה האישה בדחקו של בעלה, להבטיח לו תשלום מסויים עבור הגט, אין היא מחוייבת לעמוד בדיבורה זה, שהוצא ממנה בסחיטה ושלא כדין<sup>36</sup>.

35. קדושין דף סד' ע"א, ור"ן שם. וראה פסקי דין רבניים, כרך ג' בעמ' סטט', וכן שו"ת יביע אומר, חלק ו', אבן העזר, סימן א'.

וראה שו"ת תשב"ץ, חלק ד', טור א' (חוט המשולש) סימן כד', בנוגע לשתי אחיות, אשר נזקקו לחליצה. בו נקבע את מי מהן יש לחלוץ, ולפטור ממילא את אחותה מחליצה, לנוכח הדין של "כופין על מידת סדום". (בהקשר זה מכאר התשב"ץ, שם, כי הדין של "אל ישפוך אדם מי בורו, ואחרים צריכין לו" נובע אף הוא מן הכלל של "כופין על מידת סדום"). כמו כן ראה בענין זה, שו"ת הרדב"ז חלק א', סימן רלג', לפיו אדם שנשא אשה, ומשול לא יכלה ללדת, פייס אותה בממון כדי שתסכים לכך שהוא ישא אשה נוספת בשם אסתר. גם אסתר לא ילדה והתעורר השאלה, כיצד לפרש את הסכמת אשתו הראשונה; האם הסכמה זו כוללת נישואין של אישה אחרת ג"כ, לאחר גרושיו מאסתר אם לאו? גם כפרשנותו של חוזה מסוג זה, נעשה שימוש בכלל בדבר הכפיה על מידת סדום, והותר לו לשאת אשה אחרת, תחת אסתר.

ראה: שו"ת מהרש"ל סימן כה';  
36. "באחד שהוציא קול דיבה שקירש לאחת, וכדי להסיר הדיבה והלעז הבטיחו לו סך גדול ושיתן גט, ומסרה בטחונית על זה... ואמר לה, למה לו ליתן לה בחינם מאחר שהוא אינו נזקק לכך; זה אינו, דוה נהנה וזה לא חסר, וכהאי גוונא כופין על מידת סדום, וכן כתב הר"ן בהדיא".

68. כמו כן, מצינו מחלוקת עזה בין הפוסקים ביחס לשאלה האם ניתן לכפות על בת לחתום על כתב ויתור בנחלת אביה, כדי שהבנים יוכלו להציג כתב ויתור זה בערכאות שבהן אין פוסקים עפ"י דין תורה ושבהם כת יורשת גם כאשר לאב יש בנים<sup>37</sup>.
- בספר הרי בשמים (לר' ליבוש הלוי איש הורביץ) חלק א' סימן קכ"ט וחלק ב' סימן צ"ט, וכן בשו"ת דברי חיים (לר' חיים הלברשטם מצאנז) חושן משפט סימן ג', והספר "משפט שלום" למהרש"ם, בקונטרס משמרת שלום סימן קפד' נפסק כי הבת אינה חייבת להענות לדרישה זו של האחים וכי זוהי זכותה לדרוש אפילו סכום כסף גבוה ומוגזם בגין חתימתה זו.
- לעומת זאת בשו"ת מהרי"א ענין סימן כח' וסימן כט' מצינו כי יש לכפותה לחתום על ויתור שכזה, חניס אין כסף. וכמו כן מצינו בבית שלמה בסימנים קח' וקט' כי ניתן לכפות על הבת לחתום, חניס אין כסף על ויתור כאמור, לנוכח הדין של כופין על מידת סדום<sup>38</sup>.
69. מחלוקת זו של הפוסקים נעוצה בכך שמחד גיסא הבת מותרת על זכות קניינית, ומאידך גיסא זוהי זכות שאינה מגיעה לה בדין, עפ"י דין תורה.
- מכיוון שיש במקרה זה ויתור על זכות קניינית של הבת, המוקנית לה עפ"י הדין הכללי הנוהג באותה מדינה, סבורים חלק מן הפוסקים כי זוהי זכותה של הבת לדיוש בגין כך מחיר ככל שתחפץ. הצורך של אחרים בדבר המצוי בין זכויותיה הקנייניות, מהווה ביקוש שניתן לנצל לשם גבית מחיר גבוה, כפי שבכל תחום במשק, המחיר הינו נגזרת של עקומת ההיצע והביקוש.
- לעומת זאת, הפוסקים החולקים על כך סבורים, כי מכיון שע"פ דין תורה אין לבת זכות קניינית כאמור, הרי שניצול העובדה שעל פי דינים
37. בשנת תש"ג (1943) הוחקנו תקנות הדיון קע"ד, קפ"ב-קפ"ג, המחייבות את בתי הדין, ואשר על פיהן מושווה מעמד הבת בירושה למעמד הבנים, וכך נהגים בתי הדין הרבניים החל מאותה עת. דוגמא לכך נמצאת כבר בתחילת המאה ה'14 בתקנות העיר ואלוליד, והדברים מובאים בשו"ת הריטב"א סימן ק"פ.
- לענין זה ראה: מ. אלון "המשפט העברי" (מהדורה שלישית, תשמ"ח) בעמ' 670 – 671, 682-685, ובעמ' 1249 הערה 122. וראה: הרב י. א. הלוי הרצוג "הצעת תקנות בירושות", תלפיות שנה ו' (ניסן תשי"ג) 36-37. לעומת זאת ראה דבריו החריפים של ה"חזון איש" ב"קובץ אגרות" איגרת צ"ו, כמכתבו אל הרב איסר זלמן מלצר, בעל "אבן האזל".
38. בענין זה ראה גם: שו"ת פני משה (בנבנישתי) חלק ב' סימן סר'; שו"ת מהרי"א הלוי, חלק א' סימן ד' וחלק ב' סימן סא'; "נחלת צבי" (לבעל ה"פתחי תשובה") סימן רעו'; וסיכום הדברים בשו"ת "מנחת יצחק" חלק ב', סימן צה'.



אחרים נמסרו לידיה נכסים אלו, מהווה נסיון לעשות שימוש בזכויות שאינן נובעות מזכות קניינית, ובגין כך לא ניתן לדרוש תשלום. לנוכח העקרון של "כופין על מידת סדום", המונע מאדם לעמוד באופן דווקני על זכויותיו ולדרוש תשלום כאשר אין זכות קניינית כלשהי הנשללת הימנו ולא נגרע ממנו מאומה.

### פרק ז' – סיכום

70. הכפיה על מידת סדום נועדה לאפשר לבית הדין למנוע שימוש לרעה בזכות ולשרש תופעות של שרירות לשמה, גם בתחום הקניין הפרטי. הבעלות נתפסת כזכות להשתמש בנכס אך לא כזכות להשתרר על הזולת. ההבחנה בין בעלות לשם שימוש לבעלות לשם שלטון על הזולת, מתבצעת באמצעות הכלל המשפטי בדבר הכפיה על מידת סדום. עם זאת, הכפיה על מידת סדום לא נועדה לבצע מהפיכות חברתיות וליטול ממון ממי שאינו זקוק לו כדי להעבירו לנוקמים. הכפיה על מידת סדום אינה יכולה על כן, לשמש אמתלה ליטול נכס מן הזולת וזאת גם לדעת הפוסקים הסוברים כי ניתן לכפות על אדם לוותר על זכויות קנייניות, בסיטואציות של "זה נהנה וזה לא חסר".

71. משום כך, הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום לא יבא לידי ביטוי כאשר מבקשים לשלול מאדם את קיומה של הזכות הקניינית שבידיו וזאת אף אם הוא אינו זקוק כלל לזכות זו ולא ירגיש בחסרונה. לעומת זאת, הכפיה על מידת סדום באה לידי ביטוי בשני מקרים אלו:

א) כאשר אדם מבקש לנצל זכות קניינית שלו עצמו, והזולת מנסה למנוע זאת ממנו – מכח זכויות קניין סותרות שבידו.

ב) כאשר אדם מבקש להשתמש בזכות קניינית של רעהו, מבלי ליטול את עצם זכות הקניין.

בשני מקרים אלו, כאשר זה נהנה וזה לא חסר מאומה, עשוי לבא לידי ביטוי הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום.

72. בנוסף, מאפשר הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום, לשרש תופעות חברתיות של דווקנות ופורמליסטיות הפוגעות בתחושת הצדק. כך נוהגת הכפיה על מידת סדום לדעת הכל בלא שתהיה בענין זה מחלוקת כלשהי, כאשר הדברים נוגעים לפרשנותו של חוזה, או בתחומים של שיתוף מושגי בלבד, כגון כדיני ערובין.

73. ויצויין, מן הדעות השונות שנסקרו לעיל עולה, כי כאשר יש לאדם זכות קניינית ורוצים לרכוש אותה ממנו, הרי שהוא זכאי לדרוש הון רב בגין כך, על אף שהסכום הנדרש חורג משווייה של הזכות הקניינית, והסכום המופרז נדרש על ידו רק לנוכח העובדה כי פלוני זקוק לזכות זו. ניצול של היצע מוגבל וביקוש מיוחד – אינו נחשב לשרירות לב, ולא יחול במקרה זה הדין של כופין על מידת סדום, ואולם, במקום שבו לא מדובר בזכות קניינית שמבקשים מאדם לוותר עליה, אלא רק בשימוש בנכס מסויים, בלא נטילת עצם זכות הקניין, חל הכלל של כופין על מידת סדום ובמקרה זה לא יכול אדם לנצל את מצוקת הזולת ולדרוש סכום מוגזם. הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום, מחייב במקרה זה לאפשר לזולת להשתמש בנכס האמור בלא שיגבה ממנו סכום כלשהו מעבר לשווייה של הזכות האמורה.
74. עם זאת יצויין, כי גם כאשר יש לאדם טענות סובייקטיביות, לפיהן הוא מעדיף נכס מסויים, או אופן השתמשות מסויים בנכס, ועל כן סרובו לאפשר לזולת להנות כפי שביקש, אינן בגדר "זה נהנה וזה לא חסר" הרי שטענות אלו עשויות להתקבל. מקרה זה נחשב ל"זה נהנה וזה לא חסר", שכן החסרון הנחשב כעילה מוצדקת לסרוב לאפשר לזולת להנות, אינו חייב להיות חסרון אובייקטיבי, ולעיתים די בחסרון סובייקטיבי, כדי להוות הצדקה ראויה. הכלל בהקשר זה הוא, כי על הסרוב להיות סביר, ובית הדין הוא שיקבע האם מדובר בטעם סביר או באמתלה שאין בה ממש.
- כתוצאה מכך נמצא כי במשפט העברי גם מתחם השיקולים של הפרט נבחן במאזניים של סבירות כאשר קנה המידה הוא, דאם מדובר בניצול הבעלות לשם שלטון או בדלנות שרירותית או שמא מדובר בהתנהגות הנובעת מרגישות סובייקטיבית מוצדקת כשגם טענות בדבר העדפות סובייקטיביות יצטרכו לעבור את כור המבחן המשפטי, וזכויות הקניין כשלעצמן לא יהוו מחסה מפני ביקורת שיפוטית המיועדת למנוע שרירות לשמה.
75. ודוק, מן המקורות שנסקרו עולה, כי הכפיה על מידת סדום אינה נתחמת בנושאים כלכליים רווקא. בספרות ההלכתית מצינו כי נעשה שימוש בכלל משפטי זה, אף בנוגע לכח שמקנה מוסד משפטי מסויים, כגון הכח שמקנה הצורך להיזקק לגט או לחליצה מגבר מסויים. למעשה ניתן לומר, כי בכל מקום שבו ניתן בידיו של אדם כח מסויים, מוצב כנגדו הדין של כופין על מידת סדום, כדי ליתן כלי בידי בית הדין שיאפשר למנוע שימוש לרעה בכח זה וניצולו בשרירות לב ובאופן בלתי סביר.