

פרק ראשון

מבוא

העיקרונות שבבסיסו הנקמר בסעיף 1 לחוק הוא, שמי שזכה ביתרונו שנבע ממושבי חברו "שלא על פי זכות שבדין", חייב בהשבת הזכיה למזוכה. את סעיף 1 יש לקרוא יחד עם סעיף 2, המسمיך את בית המשפט לפטור את הזוכה מחשיבות ההשבה, "אם ראה שהזכיה לא הייתה כרוכה בחסרון המזוכה, או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת". אם כן, בMOVED מה, סעיף 1 וסעיף 2 הם בבחינת "שטר – ושוברו בצדו".²

החוק נחוץ למקרים שאין בהם למזוכה עילה חוזית או נזיקית, שמכוחה יוכל לתחבוע השבה, על אף העובדה שהזוכה קיבל את הזכיה "שלא על פי זכות שבדין". למקרים מיוחדים אלה העמיד החוק לרשوت המזוכה עילה משלימה זו, עילת "עשיות עשר ולא במשפט".³ חוק זה הוא חוק שירוי, והוא אינו גורע מדיני ההשבה שבחוקים אחרים.

המקרה הטיפוסי בסוגיה זו הוא המקרה של כסף ששולם לאדם, ונתקבל על ידו, מתוך טעות שבובדה או שבחוק.⁴ מקרה אחר הוא של מי שדר בחזר חברו שלא מודעת חברו.⁵

שתי אסכולות קיימות באנגליה לביסוס חובת ההשבה. הלורד מנספילד קבע בפסק דין מפורטס, Moses v. Macferlan⁶: "אם מכוח הנסיבות הצדק הטבעי מוטלת על הגובל החובה להחזיר, ישיק התקוק קיומו של חובב". הגישה האחרת שהוצעה באנגליה

¹ ראה: טדסקי, "היבטים לעשיית עשר", משפטים יא (תשמ"א) 385, בעמ' 387, 389 (מכאן ואילך: טדסקי).

² ראה: מוז, "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – סעיף 2 לחוק עשיית עשר ולא במשפט, התשל"ט-1979", משפטים י (תש"ט) 487, בעמ' 504, 505, 508 (מכאן ואילך: מוז).

³ השופט חסין הוא שכינה לראשונה את הנושא שהוא עוסק בו בכינוי: "עשיות עשר ולא במשפט". מקורו של כינוי זה בספר יורטיהו: "קורא דגר ולא ילד, עשה עשר ולא במשפט, בחזי ימי יעובנו, ובאחרתו יהיה נבל" (יז,יא). אברכナル ומהרוי קרא מסבירים, שכונת הנביא היא לרשות החומר וגוזל. וראה את הוויכוח על שמו של החוק בתהליך חוקיתו, בדברי הכנסת 84 (תשל"ט), עמ' 161 ואילך, המובאים אצל נ' רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, ירושלים תשמ"ט, עמ' 867-871.

⁴ סעיף 6 לחוק. הוראות ספציפיות המחייבות השבה נמצאות בחוקים הבאים: חוק החמים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיפים 21, 21, 56, 31, 57; חוק החוחים (תרומות בשל הפרת חווה), התשל"א-1970, סעיפים 9, 18(ב); חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פרק ד, וסעיף 33; חוק המיטלטין, התשל"א-1971, סעיפים 4-6; חוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיפים 8, 10; חוק הערכות, התשכ"ז-1967, סעיפים 9, 10. לשאלת היחס שבין חוק עשיית עשר לבין הוראות השבה שבחוקים אחרים, ראה: ד"נ 82/20 אדרס, חמרי בגין בע"מ נ' הרלו אנדר ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מכ(1) 221.

⁵ ראה לדוגמה: ע"א 82/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153, בעמ' 157-159.

⁶ בבא קמא כ ע"א.

⁷ Moses v. Macferlan (1760) 97 E.R. 676

סעיף 1 (א): חוכת ההשבה

על ידי מבקרים גישתו של לורד מנספילד, מتبسطת על דוקטרינה "מעין חוזה" (*quasi contract*), הקובעת שמחייבים את הנחבע בתשלום, אם לאור הנסיבות מייחס לו הדין הבטחה להשיב את הכספי. הבטחה כזו היא פיקציה גמורה.⁸

יש הרואים⁹ בנהמר בסעיף 1, הפורש את חוכת ההשבה על מרחב הזכיה "שלא על פי זכות שכדין", רחיה של הגישה המוגנת את חוכת ההשבה בתפיסה המעין חוזית. לדבריהם, החוק המחייב השבת הזכיה, כשהאין "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" (סעיף 2 לחוק), קרוב בגישתו לקביעתו של הלורד מנספילד, המורה ש"אם מכוח הנסיבות הכספי מוטלת על הנחבע החובה להחזיר, יסיק החוק כיומו של חובב". בהמשך הדברים¹⁰ נדון

בשאלת האם אמן מסקנה זו מתחייבת מלשון החוק ומתווכנו.

בשאלת אימוץ גישתו של הלורד מנספילד, חלוקים שופטי בית המשפט העליון.¹¹ דעת הרוב מאמצת את העיקרון שבגישה זו. השופט שי לויין כתוב¹²: "הכרנו בקיומו של עיקרון כללי של עשיית עשר ולא במשפט, שאין צמוד למערכת נסיבות קפואה, עיקרון הנתן לפיתוח כל אימת לצרכי החברה והמשפט מצדיקים את הדבר". כמקור לגישה זו השופט לויין מביא את דברי השופט זוסמן המצין את "הלכתו הדיוועה של הלורד מנספילד"¹³, ומסכים אליו גם השופט א' ברק, הכותב¹⁴: "התכלית [של חוק עשיית עשר ולא במשפט, התשל"ט-1979] היא, בין השאר, מניעת התעשרות שלא כדין... ביסוד תכילת זו עומדת החפיטה, שלא נתן ביטוי הלורד מנספילד (Mansfield) בפרשת Moses, לפיה יש להזרות על השבה, מקום שתחששות המצפון והיוושר (so aequo et bono) מחייבת השבה... אמת המבחן המדרכיה אותנו היא תחושת הכספי והగינוי של הציבור הנאור בישראל". מכאן, אין "להגביל את מניעת התעשרות שלא כדין לפגיעה בזכות קניינית או מעין קניינית".¹⁵

אך, דעתה של המשנה לנשיה, מ' בן-פורת, שביתאה את עמדת המיעוט היא: "רצוי, לכוארה, לא לעוזד על ידי פירוש מרחיב הכרה כולנית בהפעלת דין עשיית העשר".¹⁶ על פי גישתה, המכמידה עקרונות עשיית עשר ולא במשפט ל"מוסטיבים קנייניים"¹⁷, "עקביה תיתכן רק אם קיימים נכס ספציפי".¹⁸ בהרחבת העיקרון של עשיית עשר ולא במשפט "טמון סיכון רציני ליציבותו של עולם הסוחרים בכלל ולכורתו החזקים בפרט".¹⁹

⁸ להסביר לשיטה זו, ראה בספרו של פרידמן, דין עשיית עשר ולא במשפט, תל-אביב חמ"ב, סעיפים 4-5 (מכאן ואילך: פרידמן); וראה גם: מוח, עמ' 493-496.

⁹ ראה: פרידמן, סעיפים 4, 16, 20, 21.

¹⁰ ראה דברינו להלן, פרק שלישי, עמ' 20, וכן פרק חמישי, עמ' 27.

¹¹ פסק דין אדרס, ראה לעיל, הערכה 4.

¹² שם, עמ' 237.

¹³ שם, עמ' 238.

¹⁴ שם, עמ' 273.

¹⁵ שם, עמ' 275. וראה להלן, הערכה 24.

¹⁶ שם, עמ' 256.

¹⁷ כלשון השופט ברק, שם, עמ' 275.

¹⁸ שם, עמ' 254.

¹⁹ שם, עמ' 256. כפי שנראה להלן, המשפט העברי קובע אמות מידת משפטיות ליישום העיקרון שאין לאדם להתחשר על חשבון חברו שלא כדין. מכאן, שגשחתה של המשנה-לנשיה תואמת יותר את המשפט העברי בנושא זה.

פרק ראשון: מבוא

סעיף 2 של החוק השair כאמור את מלאכת קביעת סיגים והגבלות לעיקון הכללי לבית המשפט, ואף נקט בלשון "דרשי לפטור", כדי שלא לפגוע בסמכות הרחבה שננתן לו. "החוק קובע עקרונות כלליים בלבד בעוד שתרגומם של העקרונות לשפט המעשה וההכרעה במקרים השונים נמסרה במלואה לבית המשפט"²⁰.

מדוע אימץ המחוקק גישה זו? השופט א' ברק כותב²¹, שלנוכח ריבוי השיקולים העומדים לפניו שופט הדין בתביעה בגין עשייה עוירה ולא במשפט: "אין מנוס מהפעלת שיקול דעת שיפוטי", ולכן ה"כלויות והסתמיות אינן מזכירות על לאكونה או חלל". כאמור, השופט ברק סבור, שאת כלויות החוק, יש לפרט על פי תחושת הצדק וההגינות של "הציבור הנאור בישראל". לעומתו, השופט ש' לוין קובע, שייש לפסוק לפי עקרונות שנתגשו משך השנים", ככלומר פסקי הדין של בתי המשפט מצמצמים את "הריקמה הפתוחה"²² שבחוק ובains מניחים את הגדרתו לחנודותיה של "תחושת הצדקה וההגינות" של מי שיכנו "נאורים", על פי "צדק פרטיזני של שופט אנידיוידואלי"²³.

נראה, שידעתו של השופט ש' לוין, נושא הסעיף אינו ברור, משום שלא הספיקו בתיהם המשפט לפניו שנטקל החוק, להגדיר במדוקק את הנسبות המצדיקות או שוללות השבה.

בהיסטוריה הארוכה של המשפט העברי, נקבעו כללים ברורים יותר.

על בית המשפט הוטל אפו, על פי הבנתו של השופט ש' לוין, לקבוע כללים מוגדרים בסוגיה שלפנינו, מבלתי שניתנו לשופט כלים למטרה זו בחוק עצמו. כאמור, בעניין זה, **גיבש המשפט העברי**²⁴ פתרונות מפורטים, כשהוא מביא בחשבון את הנسبות המיחזדות

²⁰ לשונו של מוז, עמ' 805, וראה גם דבריו, בעמ' 504-505.

²¹ פסק דין אדרס (לעיל, העלה 4), עמ' 273.

²² שם, עמ' 238.

²³ לשון השופט ברק, שם, עמ' 273.

²⁴ לשונו של השופט זוסמן. השני בניותם של השופטים ברק ולוין בולט בקריאת הדברים במלואם: השופט ש' לוין, כותב כשהוא מביא דבריו השופט זוסמן: "לא רגש הצדק של השופט האינדיידואלי קובע מה הן הנسبות המחייבות השבה, אלא יש לפסוק לפי עקרונות שנתגשו משך השנים" (עמ' 238); לעומתו, השופט ברק, בציינו גם הוא את דבריו השופט זוסמן כותב: "אין אנו תלויים במה שמי הנשיא השופט זוסמן כינה 'צדק פרטיזני של שופט אינדיידואלי'.אמת המבחן המורכבה אותנו היא תחושת הצדקה וההגינות של הציבור הנאור בישראל". יש לציין, שהשופט ברק, הסביר שיש לבסס את פסקי הדין בנסיבות זה על מצפונו של הציבור "הנאור", נוטש את העקרונות הדמוקרטיים שעל יסודם מתקבלים בישראל חוקים, ככלומר, מתן ביתיה לדעתו של הציבור על ידי נציגי כלל הציבור ולא רק של חלק ממנו. לשיטתו, פירוש החוק ראוי שיקבע לא על פי עקרונות אוניברסליים ולא על פי הציבור כולם באופן דמוקרטי, אלא על פי נטיותיה של קבוצה אליו אותה החברות בה יקבע השופט האינדיידואלי, בכל משפט הבא לפניו.

²⁵ שר המשפטים ציין את המשפט העברי כמקור לגישת הצדק של החוק: "ניתן לומר שהערעון הבסיסי המונח ביסודות הצעה הוא הכלל שבבסיסו דיני היושר במשפט העברי – ועשית היישר והטוב בין אדם לחברו" (דברי הכנסת 83 (תשל"ח), עמ' 391). הוא הדגיש את הניתוק משיטות משפטיות זרות באמרו: "הצעת החוק... באהה על בסיס עצמאי שלנו, ושוב, לא תהיה נדרשת למצורות של חוק ור'". בדין בכנסת (דברי הכנסת 84 (תשל"ט), עמ' 161, 161-171) הועלתה הצעה לקבוע בחוק הוראת הפניה למשפט העברי. שר המשפטים השיב, שהוראה כזו מיותרת לאור הצעת חוק יסודות המשפט, התשל"ח-1978, "שבאה לבטל כליל את סימן 46 [ו]לملא את החלל הריק בעקרונות השאוביים ממורשת ישראל". אף המלומדים מסיקים, לאחר בירור עקרונותיו של החוק, שהחוק סלל דרך חזות שיטת משפטיות זרות. לדוגמה, לדברי טדסקי, יש בחוק "כפירה מוחלטת בזכות המוכה להשבה נוכחה זכות שבדין של הזוכה" (טדסקי, עמ' 387; וכן ראה שם, עמ' 391, ועמ' 397).

כפי שנראה במחקרנו, העקרונות החדשניים הללו תואמים את גישת המשפט העברי. לאור האמור, יש להחפלה על דلوות ההתייחסות למשפט העברי בדברי הפרשנות לחוק.

סעיף 1(א): חובת ההשבה

בכל מקרה, תוך הבחנה בין סוגי שונאים של זכיה. כך, למשל, הוא מבחין בין מי שקיבל נכס בעין לבין מי שקיבל רק טובת הנאה. ועוד, הוא מבחין בין זכיה הכרוכה בחסרונו של המזקה ובין זכיה שאינה כרוכה בחסרונו. כמו כן הוא מבחין, בין אם הזכיה היא ביזמת הזוכה או ביזמת המזקה, והוא אף מבחין בין זוכים שונים.

את הדיון בסעיף 1 נפתח בניתוח הבסיס המשפטי לחובת ההשבה לגבי הסוגים השונים של זכיה, דבר שיקל על הבנת תפיסת המשפט העברי את נושא עשיית עושר ולא במשפט בכללותו.

פרק שני

הזכיה – "נכס, שירות או טובת הנאה אחרת", הבסיס המשפטי לחובת ההשבה

א. מבוא

כפי שעולה מלשון הסעיף, החוק אינו מבחין בין סוגי זכיה שונים. דין אחד ובסיס משפטי אחד לחובת השבת נכס, שירות או טובת הנאה אחרת, אשר הגיעו לידי הזוכה שלא על פי זכות שבדין. בנגדו לחוק, המשפט העברי מבחין, כפי שermalnu במבוא, בין סוגי זכיה שונים, והנימוק לביסוס חובת ההשבה שונה בכלל אחד מהם.

לצורך הבורת העניין, נקדים ונאמר, שהמשפט העברי מבחין בין שלוש קטגוריות יסוד של זכיות: א. נכס בעין אשר הגיע לידי הזוכה, כגון סחורה שסופקה בטעות²⁶. ב. טובת הנאה, שאינה החזקת נכס המזקה, אך יש בה משום רוחה לזכיה, היינו הנאה המגדילה

פרידמן, בסעיף 26 של ספרו, קובע כי תחילתה יש לנסות לעמוד על כוונת המחוקק, כפי שהיא עולה מן החוק עצמו, ורק אם אין הדבר אפשרי, "הدين שקדם לחוק הנוגע בדבר, בראש ובראשונה הפסיקת הישראלית הקדומה וכן הדין האנגלי, בשינויים הנוגעים מהליכי קליטתו אצלנו, במידה שהם מתישבים עם הוראות החוק, צרכיהם לשמש עבורנו מקור ראשן במעלה להשלמת לאקונות בחוק ואף לפרשנות". כלל, פרידמן מתעלם בספרו מהמשפט העברי כמעט לחלוטין (ראה יוצא מן הכלל בסעיף 744 לטפבו). הוא סוקר את המקורות הקדרומיים לחובת השבת הזכיה (סעיף 3 וסעיף 15), מבלי לציין, שנידון נושא זה במקורות ישראל. בסעיף 23 (הערה 28), הוא קובע, חוק יסודות המשפט "אינו מעלה או מוריד לצורך עניינו", משום שאין לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת החוק. בסעיף 26 הוא מוסיף, שכשאין תקדים אングליים, יש לפרש את החוק על פי "פסיקת של מדיניות אחרות בהן נוהגת שיטת המשפט המקורי". על גישת פרידמן, ראה גם העתרות של מ' אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישית, עמ' 1424, הערה 291. גם טדסקי מתעלם כמעט מהמשפט העברי. מוזח אמנם בותב, ש"שורשיו של חוק עשיית עושר שחוללים בקריע הזרה לחלוטין למשפט האנגלי", וממצט את דבריו של שר המשפטים, כתשובה להצעה בכנסת לכלול בחוק הוראת הפניה למשפט העברי, אולם הוא מסיק (בעמ' 500): "חוק עשיית עושר הוא עצמאי, ואין בו הוראת הפניה לעניין פרשנות לא רק למשפט האנגלי אלא גם למשפט העברי". נציין כאן, שעיקר עבודתו, המוקדשת לדין בהגנה לפי סעיף 2 סיפה, מבוססת על מקורות מהמשפט האנגלי ומהמשפט האמריקאי.

ונוצר מצב, שכוונת המחוקק, המתחמעת מדבריו שר המשפטים, לחקק חוקים המבוססים על מורשת ישראל, עלולה להיותם בגלו פרשנות שיטודה בעקרונות אותו "חוק זר", שבקיש המחוקק להינתק ממנו.

²⁶ ראה לעיל, לצד הערה 5, שאמנם מקרה טיפוסי לעשיית עושר ולא במשפט הוא כשלעצמו סffi בטעות. אולם, לרוב, במקרה זה, לא תחבטת התביעה להשבה על טענה "ממוני גבר" (ראה להלן, לצד ציון הערה 28). אלא על חובת הפידעון. ראה דברינו על סעיף 2, חלק שני (נסיבות עשרות את ההשבה בלתי צודקת), לאחר ציון הערה

פרק שני: הבסיס המשפטי לחובת ההשבה

באופן ממשי את רכשו של הזוכה, כגון שופצה מכונתו בטעות, והשיפוץ הולך את ערכה. ג. הנאה שאין בה ממשום רווח לזכה (אינה מגדילה את רכשו), כגון החנית המכונית בוגרשו של אחר. יש לציין, שם חטף הזוכה בהנתנו הוצאה וודאית, דין החטוף כדין רווח ממשי, והוא שייך לקטיגוריה הקודמת²⁷.

בפרק זה נדון בנימוק המשפטי המחייב את השבותה של כל זכיה מסווגי הזכיה. אולם ככל כלל יש יוצאים מן הכלל וחיריגים. כפי שכבר נאמר, סעיף 1 לחוק מסווג על ידי סעיף 2, המעניין שיקול דעת לבית המשפט לפטור זוכה מהחובת השבה, ועל כן יעשה טיפול בחיריגים אלו במסגרת הדיון על סעיף 2.

ב. "נכס"

כאשר הגיע נכס בעין לידי הזוכה, ללא זכות שבדין, כגון שחורה שספקה בטעות, אף על פי שלមזוכה אין עילה חוזית, או עילת נזקין, לחייב את השבותו, עומדת לו הזכות לקבלוchorה לידו מכוח הטענה הפשטota: "ממוני גבן [=ממוני אצל]"²⁸, היינו דרך תכיעה קניינית, מכוח בעלותו על הנכס²⁹. הדיון קובל, שבעליו החוקי של נכס זכאי לקבלו ממי שמחזיק בו ללא זכות שבדין³⁰.

יש לציין, האם החזק הזוכה בנכסיו של המזוכה, והחליפים בנכדים אחרים, ואין אפשרות להשיב למזוכה את הנכדים המקוריים, המזוכה יהיה זכאי לקבל את הנכדים החלופיים מהזוכה³¹.

²⁷ ראה להלן, בפרקנו, עמ' 10.

²⁸ ברכת שמואל, בכא בתרא, סימן ז. אמן המשפט העברי קובל, שנכסיו של המזוכה נשארים בבעלתו, גם כשבערו לרשותו של אדם אחר, והוא זכאי לקבלם ממי שמחזיק בהם, מכוח טענה "ממוני גבן". אך קביעה זו אין בה כדי להזכיר בשאלת מידת אחוריותו של הזוכה להשבת הנכס, הן בנוגע להוצאות הכרוכות בהשבותו, והן בנוגע חובתו לשומר על הנכס, עד שיקבל אותו המזוכה לרשותו. בשאלות אלו נדון להלן בפרק שביעי, ובדברינו על סעיף 2, חלק שני.

²⁹ הגבלה פשוטה אך חשובה, לכלל זה היא, אדם שהלווה ממון לחברו, אינו יכול לטעון בהגעה זמן הפירעון: "ממוני גבן", משום שהלוואה להוצאה ניתנה, ולכן בשעה שזכה הלווה בהלוואה, עבר הממון לבעלתו, ונוצרה למילודה זכות אובליגנטורית כלפי הלווה, להבדיל מזכות קניינית (השלכות להערה זו, ראה להלן, בעורות 31, 282, ובסוף העירה 116). וראה דיברינו על סעיף 2, חלק שני, לאחר ציון העירה 25, שלרוב, כסף ששולם בטעות דין כהלוואה.

³⁰ רמב"ס, הלכות גנבה, פרק א, הלכה ח.

³¹ ערוך השולחן, חוי"מ, סימן שמט, סעיף א; ועיין בשולחן ערוך, חוי"מ, סימן שמט, סעיף א, לעניין גנבת איש; ועיין חידושי ר' עקיבא איגר, שם. אכן מדברי בעל חלות מחוקק (בן העזר, סימן ז, ס"ק כת, וסימן צא, ס"ק י), היה מקום להסתיק, שאין דין של ה啻לופין כדינו של הנזול עצמו. אולם, נראה שיש להבחין לעניין דין זה בין נכסים שננקנו מכף הלוואה, שניתנה להוצאה (ראו לעיל, העירה 29), לבין נכסים שננקנו מגול, כגון הבדיקה בעל המגיד משנה (הלכות מלאה ולווה, פרק כו, הלכה ט). הדן במקרים שבהם כסף הלוואה וככף הפיקדון שקיבלה האישה נמצאים בשעת התביעה ברשות האישה. את הבדיקה הזאת מבחין בית שמואל, בן העזר, סימן צא, ס"ק י, בשיטת הנימוקי יוסף,ibaba בתראה סה ע"א בדפי הרינו³². בעל חלות מחוקק, סימן ז, ס"ק כה, כותב ש"מיך שהוציאה המעות קמו עליה בהלוואה" (לשון הרש"ב"א בר"ן, כתובות ביאור הגרא", בן העזר, סימן צ, ס"ק כת). ועיין בשווית צמה צדק, סימן קיז, הקובל "דמה דאתי [=מה שבא] מלחמת שחורה, דין שווה לשחרורה עצמה", וחולק על דברי הב"ח, חוי"מ, סימן צו, סעיף כג, רק משום שהסתוצה "להוצאה ניתנה". וראה דיברינו על סעיף 2, חלק שני, פרק שני, עמ' 18. סוגיה זו ידועה במשפט הישראלי כסוגית העקבה (tracing). על סוגיות העקבה, ראה דיברינו על סעיף 2, חלק שני, פרק ראשון, עמ'

סעיף 1(א): חובת ההשבה

ג. "שירות או טובת הנאה אחרת"

להלן נדון בזכויות אשר הגיעו לידי הזוכה שלא על פי זכות שבדין, ואשר אין נכס בעין. כאמור, זכויות אלו מתחולקות לשתי קבוצות עיקריות: הנאות שיש עמהן רוחה; הנאות שאין עמהן רוחה.

ו. הנאה שיש עמה רוחה

זכיה מסווג זה אפשרית בשלושה מצבים טיפוסיים:

א. המוצה השביח את נכסי הזוכה שלא מדעתו בשינוי פיזי הניכר בגוף הנכסים, ועלה ערכם, ובכך הרווחה הזוכה רוחה של ממש. לדוגמה, מי ששופץ ביתו על ידי אחר, דינו כמו שמחזיק בידיו את ממונו חברו – השיפוצים – והוא חייב בהשנת השבח שניתטאף לבית, מכוח הטענה: "ממוני גבר [=ממוני עצמו]". יש כאן מושם קביעעה משפטית, שתרומת המוצה להגדלת ערכם של נכסי הזוכה היא ממונו של המוצה, וכך מתאפשר השימוש בטענת "ממוני גבר" גם בנכס שאינו בעין. אולם, אין בטענה זו כדי לחיב את הזוכה בתשלום, אם הזוכיה אינה מועילה לו. לכן, מי ששופץ את ביתו של חברו, אינו זכאי לתשלום כלשהו, אם מוכח שהזוכה מתכוון להרוס את הבית ולבנות בית אחר במקום³².

נעיר, שהמשפט העברי מבחין בין עליית ערכם של נכסי הזוכה כתוצאה משינוי פיזי הניכר בהם, כמודגם לעיל, לבין עלייה שאינה כרוכה בשינוי פיזי ניכר³³. רק כשהיש שינוי פיזי ניכר יהיה בעל הנכסים חייב בתשלום מדין "ממוני גבר". אכן, כשהפעולתו של המוצה, או נכסיו, גרמו לשינוי פיזי בנכס הזוכה, יש לראות את הנכסים המשופרים כמורכבים מהנכסים שהיו, ומהSHIPור שהוסיף המוצה. אך אם לא השתנו נכסיו, אין יסוד לומר, שהזוכה מחזיק בממוניו של המוצה. לכן, מי שהשكيיע כספים בפיתוח ביתו וגינחו שלו, אינו זכאי לתשלום משכנו, גם אם ערכו של בית השכן עלה כתוצאה מהפיכת האוזר למבודש יותר. כמו כן, אדם חשוב שביקר בבית מלון אינו זכאי לתשלום מבعلي המלון בטענה, שביקורו העלה את ערכו של המלון. שני המקרים האלה, לא נשתנו נכסיו של הזוכה מפעולתו של המוצה או מנכסיו³⁴. דוגמה נוספת היא באדם שהקים בית קולנוע ליד קיוסק, וגרם להעלאת ערכו של הקיוסק³⁵, גם כאן לא העמוד לבעל בית הקולנוע טענה "ממוני גבר"³⁶.

ב. הרוחחים שזכה בהם הזוכה הופקו מרכושו של המוצה בלבד, כגון שהשער הזוכה את מכוניותו של חברו, שהיא מופקדת אליו. במקרה זה הזוכה חייב בהשנת הרוחחים

³² השווה להלן, סעיף 1(ב), הערה 40.

³³ המקור לעיקרון הקוביע, שאם גורמו נכסי המוצה לעלייה ערכם של נכסי הזוכה, ללא שנשתנו נכסי הזוכה – פיזית, איקוחית או כמותית – אין דינו של הזוכה כדי החזק במשמעותו של המוצה, נמצא בשעריו יושר, שער ג, פרק כה, ובחילקה יואב, ח"מ, סימן ט.

³⁴ בכא קמא קא ע"א; תוספות, שם, ד"ה או.

³⁵ דוגמה זו לקויה מפרידמן, סעיף 272.

³⁶ נעיר כבר עתה, שבמקרה זה גם לא יכול בעל בית הקולנוע לבסס את תביעתו לפיזוי על "דין נהנה" (ראה להלן, ליד ציון הערה 25), שכן לרוב אין הזוכיה כרוכה בחסרונו המוצה, ובבלידי חסרון מצד המוצה אין הוא יכול לבסס תביעה על "דין נהנה". אולם, גם אם הוסיפה נוכחותו של הקיוסק להוצאותיו בהקמת הקולנוע, לא יזכה בעל הקולנוע לפיזוי, ראה דברינו על סעיף 3, הערה 32.

פרק שני: הבסיס המשפטי לחובת ההשבה

שהרווח³⁷, מכוח הנימוק: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?"³⁸. המקור לנימוק זה נמצא במשנה, הרנה באדם ששכר פרה מhabרו, והשאלה לאחר, וכעבור זמן מהה הפרה מיתה טבעית. יש להזכיר, שדיןו של השוכר הוא, שהוא פטור מתשלום פיצויים לבעל הפרה, שmetaה כדרךה, שלא כسؤال החיב בתשלום פיצויים במקרה דומה, ומכאן שהשוכר עשוי להרווח, אם ישאל את הפרה, מכיוון שרואהichi את תשלום הפיצויים שיקבל מהשואל עכבר הפרה שmetaה ברשותו. וכך אמנם סובריט חכמים: "ישבע השוכר, שmetaה כדרךה, והשואל ישלם לשוכר". אולם ר' יוסי חולק על דעת חכמים, ואומר: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו? אלא: תחזור פרה לבעליים"³⁹, ונפסקה ההלכה כדעת ר' יוסי⁴⁰.

דברי ר' יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?", לבשו ממשמעות כללית יותר, השולחת מכל אדם שאינו בעליו של נכס, המהווה הגורם הבלעדי לרוחחים, להשתתפי ברוחхи הנכס⁴¹. בדברינו על סעיף 3 נדון בשאלת חלוקת רווחים שנוצרו ממספר גורמים שבבעלותם של אנשים שונים, וביהם לפעמים גם הזוכה עצמו.

ג. אם, בעקבות הזוכיה, נמנע מן הזוכה הפסד ודאי, כגון כשהחרימו השלטונות (במשטר טוטליטרי) בטעות את מכוניות חברו, שהייתה מופקחת אצלו, כשהחובו להחרים את מכוניותו, או דין מניעת הפסד זה כדי רוח ממשי, על אף ש מבחינה פורמלית אין כאן התעשרות, אלא רק חיסכון. בזה חל הכלל של "משתרשיליה"⁴² – "כלומר משתכר הוא"⁴³. משמעותו של כלל זה, שאם לו לא הזוכיה היה מפסיד בוודאי⁴⁴, דין החיסכון כדי רוח.

הלכה זו נלמדה מדברי התלמיד במסכת חולין⁴⁵, הקובל שאמ הפריש אדם מעשרות מתבואותו, והשאירם בגורן, וגבו שליחי המלך את תבואת המעשר בתשלום מסים קבועים, בעל התבואה חייב להפריש מהتبואה שנשאה לה לו לאחר גביית המסים כמוות דומה של התבואה לצורך מעשרות. הגمرا מסבירה, שבעל הגורן חייב, משום "דקה משתרשיליה", ומפרשימים התוספות⁴⁶: "דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממון". בעל הגורן נידון

³⁷ אם הנatto של הזוכה-המשכיר כרוכה בחסרון הבעלים (כמו בדוגמה שנקטנו בטקסט), הרווח אינו חוזר לשוכר אלא לבעליים. ראה: רמ"א, ח"מ, סימן שטג, סעיף ה, הכותב: "וזאם שכורה הגולן לאחר, צריך להחזיר שכר לבעליים הוайл ועומדת להשכדר". אך אם הנatto של הזוכה אינה כרוכה בחסרון הבעלים, כגון שלא עמדה להשכלה, אין להסביר את דמי השכירות לבעליים אלא לשוכר, ראה: שולחן ערוך, רמ"מ, סימן שטג, טעיפים ט"י. וראה דברינו סעיף 2, חלק ראשון, הערות 7, 9.

³⁸ בבא מציעא לה ע"ב.

³⁹ על הלכת ר' יוסי, ראה בהרחבה: נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שני: העושה סחורה בנכס חברו, עמ' 43 וAIL.

⁴⁰ רמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ו; שולחן ערוך, ח"מ, סימן שז, סעיף ה.

⁴¹ דרכי משה, ח"מ, סימן שלב, ס"ק א; שם, שם, סימן שטג, ס"ק ב; בית יוסף, ח"מ, סימן שעה, סעיף ז, בשם נימוקי יוסף; סמ"ע, סימן רלו, ס"ק כא.

⁴² חולין קלא ע"א; בבא מציעא מב ע"ב.

⁴³ רשיי, חולין קלא ע"א, ד"ה שני הטעם דקה משתרשיליה.

⁴⁴ בעל נתיבות המשפט – בספרו מקור חיים, סימן חמ"א, ס"ק ג, ד"ה עוד – מסביר שאין להגדיר את הזוכיה "כהברחת ארץ", מכיוון שההפסד היה ודאי; עיין דברינו לסעיף 4.

⁴⁵ חולין קלא ע"א.

⁴⁶ תוספות, שם, ד"ה שני.

סעיף 1(א): חובת ההשבה

במקרה זה כזוכה מנכסי זולתו, מכיוון שהמעשרות שייכים ללווים. לכוארה זכייתו לא הגדילה את רכושו, אך חסכה לו הוצאה ודאית, שהרי לו לא גבו שליחי המלך את המעשרות, היו גובים מחבואתו בעת תשלום המסיט.

דוגמה נוספת היא בבעל שיכר, שהורה לשולחו להכניס כשות לחוץ השיכר שלו, לשם השבחתו, ובמקומם להכניס לשיכר כשות של בעל השיכר, הכניס השlich כשות של אדם אחר, שהפקיד את הcessות שלו אצל בעל השיכר. אם בעל הcessות שהוכנסה לשיכר תובע בעל השיכר תשלום עבור הcessות, הזוכה חייב בתשלום מדין "משתרשיליה". גילוי דעתו של בעל השיכר בהוראתו לשולחו להכניס כשות לשיכר, מוכיח בודאות, שהוא חסר הוצאה בעקבות הטעות של שולחו.

מודגמאות אלו מוכח, שבמקרים אלו, נידון הזוכה כאילו הוא מחזיק בידיו את נכסי המזקה בעין⁴⁸. וכך מסביר בעל "אור שמה"⁴⁹ את דין הcessות: "כיוון דמשתרשי, דשלו נשאר תחת ידו, הוילו הנך כשותה [הcessות של המזקה, שנוספה לשיכר] איתנהו בעיניו [=ישנים בעין], ומה לי אם התמורה נשאר תחת ידו, או גוף הדבר איתא [=ישנו] בידו?". נמצא, שבמקרים כגון אלה, רואים את הזוכה כמו שהגדיל את רכושו על ידי זכייתו, והוא יהיה חייב בתשלום למזקה, שכן החיסכון שזכה בו, נידון כממונו של המזקה. גם ברין זה יש משום הרחבת הנימוק הבסיסי של "ממוני גבר"⁵⁰.

2. הנאה שאין עמה רוח

ראינו שדין מניעת הפסד ודאי כדין רוח ממשי, ועל הזוכה להשיב למזקה את הוצאות שחשך בעקבות הזכיה. הלכה זו נכוןה, כאמור, לגבי מניעת הפסד ודאי. אולם, חשוב לציין, שביקרונו המשפט העברי אינו רואה למי שזכה בהנאה מנכסי המזקה, כגון שהగורר בכיתו של המזקה, כגדל בכך את רכשו, אף על פי שנכון הדבר, שאילו רציה הזוכה להשיג את אותה הנאה, היה עליו לשלם תמורה. המשפט העברי מקבל עקרונית את טענת הזוכה, שאילו ידע שעליו לשלם, היה מותר על אותה הנאה⁵¹. בלשון אחרת, הואيطען: "היהתי מתענה"⁵². טענה זו כוחה יפה כל זמן שאין ודאות מלאה, שהזוכה

⁴⁸ בבא מציעא מב ע"ב.

⁴⁹ רשי. חולין קל ע"ב, ד"ה דכתיב בהו זה, מסביר שאדם חייב במשפט מתנות כהונה ומעשרות לכהן וללוו, רק אם ישנן בעין. אבל אם אכל אותן בעל הגורן, הוא פטור מהפריש מחדש.

הריטב"א לחולין קלא ע"א, מסביר שבבעל הגורן "שאנס המלך גורנו", חייב להפריש מעשרות חדש רק מדרבנן. לא ברור, אם לדעתו "משתרשיליה" הוא סברה דרבנן, או שהוא דאוריתא, והריטב"א קובע דין מיוחד במתחנות כהונה, משום גודלה הכתוב: "זויה יהיה משפט הכהנים" (דברים יח, ג).

⁵⁰ אור שמה, הלכות נוקי ממון, פרק ג, הלכה ב.

⁵¹ השווה פרידמן, סעיף 676, המכחין בין תביעה אישית לתביעה קניינית, ומפרט את ההשלכות הנובעות מהבחנה זו.

⁵² Tosfot, חולין קלא ע"א, ד"ה שני; קוזת החושן, סימן רמו, ס"ק ב; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה; שעריו יושר, שער ג, פרק כה; חלkat יואב, חוי"מ, סימן ט. עיין: בפירוש הראשון בראה' לכתחנות לד ע"ב, המוכא בשיטה מקובצת, שם; ערוץ השולחן, חוי"מ, סימן שחג, סעיף כא, ולא מוכח שדעתם חלוקה על שיטת התוטפות; בעל טבעת החושן, סימן רמו, מסביר שישתת המהרי"ט, אכן העוז, סימן כא, אינה עומדת בסתירה עם שיטתו של בעל קצוח החושן, המשיג עליו.

⁵³ Tosfot, שם. נראה, שגם הנאה מנכסי המזקה תקופה ארוכה, ואילו לא היה נהנה ממנו היה חייב להשיג את הזכיה במקומות אחרים, כגון שאכל ממזונותיו, אין חייב בתשלום מדין "משתרשיליה" (=מרוחה בו). הסיבה לכך היא, שאין לקבוע בודאות, שהיא מוציאה כסף משלו לו לא זכייתו, שהרי יתכן שהיו מאכילים

פרק שני: הבסיס המשפטי לחובת ההשבה

לא היה מטענה, כדוגמת המקירה של השבחת השיכר, שראינו לעיל⁵³. משום כך, הנאה שקיבל אדם בחינם, ושאין ודאות שהיא מוציאה אליה הוצאות, אינה נחשבת לרוחה המגדיל את רכושו⁵⁴.

הפועל היוצא מהבנה זו בין חיסכון ודאי, שдинו ברוח, לחסכון שאינו ודאי, שאין דין דין רוחה הוא, שהנימוקים של "מומני גבר" וכיוצר הלה עווה סחורה בפרטו של חבידו?", שראינו לעיל, אין בהם לבסס את חובת השbetaה של הנאה שאינה מגדילה את רכוש הזוכה.

ברם, אין להסיק מכאן, שהמשפט העברי פוטר את הזוכה מכל תשלום, ובכלל מקירה, רק בכלל העובדה שלא גדול רכשו כתוצאה מהזוכה. אמן נכון, שם זכייתו אינה כרוכה בחסרונו של המוצה (כגון כשהtaggor הרוצה בביטוחו של המוצה, שלא מדעת המוצה, בשעה שהבית לא עמד להשכרה, ועל כן לא נגרם למוצה כל נזק), עקרונית הרוצה פטור מהשbetaה (סוגיה זו ידועה במשפט העברי בשם: "זה נהנה וזה לא חסר"⁵⁵, ובכגון זה נפסקה הלכה עקרונית: "זה נהנה וזה לא חסר – פטור"⁵⁶). ואולם, כאשר הנאתו של הרוצה כרוכה בחסרונו המוצה, פשוט לחכמי התלמוד שהזוכה חייב בתשלומים⁵⁷. הנהנה בשלעצמה – גם אם לא גרמה לזרקה חיסכון ודאי – מחייבת אותו בתשלומים. קיום חובה זו, המכונה בפי הפוסקים "דין נהנה"⁵⁸, אינו מוטל בספק, אך גдолוי פרשניהם התלמוד חלוקים בעדויותיהם בדבר הנימוק המשפטי העומד ביסודו.

אortho אחרים חינם. חביית המוצה לפני הרוצה, המבוססת על עילית מניעת הפסד, מתකלת, כפי שהסביר בפניהם, רק אם היה הפסד ודאי. ואולם בהמשך נראה, שיש עילה אחרת, שעליה יכול המוצה לבסס חביית ממון בגין הנהנה מנכסיו, והוא קוריה כפי הפוסקים – "דין נהנה" (ראה להלן, ל' העלה 75). בעוד עילה זו לא מתתקלת טענה רוחקה לפטור את הרוצה מתשולם, כגון הטענה שהיא מוצאתה מוציאים, שהיו מאכילים אותו בחינם. עיין: ש"ך, ח"מ, סימן קכח, ס"ק ד (בסוף דבריו); תוספות, כתובות קו ע"ב, ד"ה חנן; ועין דברינו לסעיף 4.

⁵³ ליד ציון העלה 47.

⁵⁴ קצות החושן, שם; נתיבות המשפט, שם; שערן יושר, שם; השווה פרידמן, סעיף 70 וסעיף 70.7. בסעיף 26, שם, מביא פרידמן את פסק הדין במשפט Phillips v. Homfray, כדוגמה לגישה נגידית, אינה מכירה בחיסכון המוצה כעליה להייב את הרוצה. עיין בית יוסף, ח"מ, סימן קכח, סעיף ג, בשם הרמב"ן, דין טענתו של הרוצה קרקע מגרי; על פי ההלכה, בעלות הגבי על קרקע מסתיימת עם קבלת הכספי מהיהודי הקונה ממנו, אך בעלות היהודי אינה חלה על הקרקע, עד שיחזק בה. בתקופת הביניים הקרקע היה הפרק, והמחזיק בה, זוכה בה. אולם, לפי הרמב"ן, המחזיק חייב בתשלום למי שישלים לו, "משום דברוזי דהאי מסלק ליה עכו"ם, ומשתרשי ליה הנני זוזי לולוך שני". לשיטת התוספות, חולין קלא ע"א, קשה: למה לא מתתקלת טענתו של הרוצה, שלו לא ההוצאה שהוציא היהודי הראשון, לא היה הוא מוציא כספים להוציא את המקרקעין מיד הגוי? לכן צריך לומר, שהשתמש הרמב"ן בביטוי " משתרשי ליה", כשכוונתו היה בעצם, שהרוצה חייב מכוח אחד הנימוקים שנראית להלן, ולפיהם אדם צריך לשלם גם עבור הנהנה שאין עמה רווח, דהיינו מדין נהנה (ראה להלן, ליד ציון העלה 75) ולא מדין " משתרשי ליה". ועין: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה, סוף דבריו, המשמש בלשון "נהנה", בבוואו להסביר את שיטת הרמב"ן.

⁵⁵ בכא קמא ב ע"א.

⁵⁶ שולchan ערוך, ח"מ, סימן שג, סעיף ו. על פי ההלכה זו ניתן לקבוע, לכוארה, שם הנאתו של הרוצה אינה כרוכה בחסרונו של המוצה, הרי שהוא פטור מכל תשלום. אולם בדיננו על סעיף 2, המעניק שיקול דעת לבית המשפט לפטור זוכה מהשbetaה, אם ראה שהוצאה לא הייתה כרוכה בחסרונו המוצה", ניוכחה שאלף לכל זה יש חריגים ורכיס וחווכים, הממצאים את חולתו במידה ניכרת. הכלל וחרגיו, כפי שיבואר, יכולים לשמש ציוני דרך לבית המשפט, בבוואו להפעיל את שיקול דעתו במקרים אלו.

⁵⁷ ראה לעיל, העלה 25.

סעיף ו(א): חובת ההשבה

להלן תמצית הדעות העיקריות בסוגיה זו. תחילת נדון בזוכה הננה מרכשו של המוצה במכoon – הינו זכיה ביזמתו המכונת של הזוכה. לאחר מכן נבדוק את דינו של זוכה שננה מרכשו של המוצה שלא בכוונה, כגון שפועל מוחך טעות, או שרכשו הוא שגרם לזכיה, שלא מדעתו – הינו זכיה שלא ביזמתו המכונת של הזוכה (דינה של זכיה הנגרמת כתוצאה מ"פעולות המוצה או בדרך אחרת", ידון בסעיף ו(ב)). אך לפניו כן, נקדים ונאמר שני דברים: א. גם אם יוכח, שהזוכה היה מוכן לשלם יותר עבור הזכיה, הוא לא ישלם יותר ממה שהיה נדרש לשלם, אילו ביקש לרכוש זכיה זהה בשוק. כאשר ידובר להלן על "שווי הזכיה" שעל הזוכה לשלם, הכוונה לשווייה בשוק, אלא אם כן יזכיר אחרת במפורש. ב. זוכה יכול להשיג את אותה הננה במחיר זול יותר מחיורה בשוק, אינו נהנה מעבר לסכום שהוא נאלץ להוציא להשתגה. לסכום זה נקרא להלן הנאטו הסובייקטיב של הזוכה. לדוגמה, הלן בדירת חברו שלא מדעתו, ושווייה של הלינה בשוק הוא מאה ש"ח, ואילו היה מתאכן בבית מלאן בתנאים זחים, היה משלם רק ש"שים ש"ח, משום שהוא זכאי שם להנחה מן המחיר המקורי; במקרה זה הנאטו הסובייקטיב של אותו אדם אינה אלא שישים ש"ח. משום כך, הנאטו הסובייקטיב של זוכה שהיא יכולה להשיג את אותה הננה בחינם במקום אחר, היא הנאת חינם, ולפי התלמוד⁵⁵, הוא אינו מוגדר כנהנה. לדוגמה, הדר בחזר חברו שלא מדעתו, ויש לו עצמו בית באותו מקום, אינו מוגדר כנהנה, על אף שבפועל השתמש בabitו של המוצה וננה בוט⁵⁶. הנאטו הסובייקטיבי של מי שלא יכול היה להשיג את הזכיה בפתחות מחיורה בשוק, וזה לשווי הזכיה.

זכיה ביזמתו המכונת של הזוכה

א. מזיק. יש הגורסים, שכאשר הנאטו של הזוכה כרוכה בחסרונו של המוצה, הוא חייב כהשבה מדין "מזיק"⁵⁷, גם אם נגרם הנזק באופן שהזוכה היה פטור מתשולם בדייני נזיקין לו לא הנאטו⁵⁸. העובדה שהזוכה נהנה מחסרונו של המוצה, מחייבת אותו בתשלומי נזיקין עד כדי שווי הזכיה⁵⁹.

⁵⁸ ואולם, נראה להלן, שאף על פי כן, לרוב השיטות, זוכה כזו יהיה חייב בתשלום, אם זכייתו כרוכה בחסרונו המוצה.

⁵⁹ שווית מהרי"ט, אבן העור, סימן כא; דעת אחת באור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב; לבוש מרדיין, בכא קמא, סימן טו, סעיפים חייא; שווית נודע ביהودה, מהדורא תנינא, חורי"מ, סימן כד, בדעת הרמב"ם. הרמ"ה בניומי יוסף, בכא קמא ט ע"א בדף הרי"ף, ד"ה בצדוי ותבנה, מחייב את הזוכה בתשלום בגין החסרונו של המוצה בלבד, אף אם הייתה הנאה גדולה מן החסרונו, דבר המעיד לכך, שגם הוא סופר, שיטוד החזיב הוא מדין מזיק. אולם בעל קצotta החושן, סימן שטג, ס"ק ד, מסביר שהרמ"ה מחייב את הזוכה בתשלום שלא בדייני נזיקין. נראה שפני יהושע, בכא קמא ס ע"א, ד"ה בתוספות, מבין שהרי"ף והנוקטים בשיטתו סוברים, שהזוכה משלם תשלומי נזיקין.

⁶⁰ לדוגמה, זוכה שדר בדירת חברו, ומגע בכך משוכרים פוטנציאליים לשכור את הדירה, הסב למוצה נזק בגרמא בלבד, ועל פי הכלל: "גרמא בנזיקין – פטור" (בבא קמא ס ע"א), היה צריך להיות פטור משלם לו לא הנאטו.

⁶¹ להסביר לשיטה זו, ראה בשיעורי ר' שמעון יהודה הכהן לבבא קמא, סימן יט, אות ב, בדעת הרי"ף והרא"ש. אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב, מסביר: "במקום דאייכא הנאה, לא פטרתו תורה על החסרון". כמובן, אמנים פטרת תורה את המזיק בנסיבות מסוימות, כגון גרמה, אונס וכדומה, אולם תורה לא ראתה לנכון לפטור את המזיק, כשהוא נהנה מהנזק שגרם, ובמקרה זה "מצטרף החסרון עם ההנאה", וראוי שיפצה את הנזוק (המוצה) עבור החסרון המקביל להנאטו. מכיוון שחוותת התשלומים נוצרה מהצטרופת "החסרון עם ההנאה", הפיצוי לפי שיטה זו, לא יעלה בשום מקרה על גובה שווי הזכיה, גם אם החסרון שגרם גדול יותר.

פרק שני: הבסיס המשפטי לחובת ההשבה

שיטתה זו מחייבת אפוא את הזוכה בסכום הנמוק מבין שני הסכומים: חסרונו המזוכה⁶²; שווי הזכיה⁶³. לדוגמה, אם דר הזוכה בביטוחו של המזוכה, והביה לא עמד להשכלה, ונוכחותו של הזוכה בבית לא הביאה לאבדון דמי שכירות פוטנציאליים, הזוכה חייב רק בתשלום הכלאי⁶⁴, גם אם שווי הזכיה – שהיא כאמור הערך בשוק של השהייה בבית – עולה על הכלאי שנגרם.

כמו כן, העובדה שהזוכה יכול היה להשיג את אותה הנאה בחינם, אינה פוטרת אותו מהחייבת התשלום, שהרי לפי שיטה זו הוא חייב לשלם עבור הנזק שנגרם, אם הנאה ממנו בפועל⁶⁵.

ב. מעין גזולן. יש האומרים, שדין אדם שננהג מנכסי המזוכה⁶⁶ (הנאה הכרוכה בחסרונו המזוכה) بلا תשלום תמורה הנאותו, כדין גזולן האוכל פירותיו של חברו; חובה התשלום באה אפוא למנוע ממנו אייסור גזול⁶⁷.

וראה להלן, העורה 63. כמו כן לא יעלה הפיצוי בשום מקרה על חסרונו של הנזוק (המזוכה), גם אם שווי הזכיה גבוהה יותר.

⁶² שוי"ת נודע ביהودה, מהזרוא תניינא, חוו"מ, סימן כד; לבוש מרדיין, בכא קמא, סימן טו. אך ראה: עניינים משפטי, בכא בתרא ד, ציונים איד, בהסביר דבריו בעל "קרית ספר" (הלכות גולה ואבדה, פרק ג), המעליה שאף אם הנימוק הוא מדין פזיק, "כיוון שעשה אייסור, קנסתוו רבנן לשלם הכל, כדי שלא יהיה חוטא נשכר".

⁶³ ראה לעיל, העורה 61. וראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד ציוני העורות 68-69, לדוגמה של זכייה ביחסת הזוכה בה שווי הזכיה קטן מחסרוון המזוכה. במשנה, בכא קמא ב, ב, ובגמרא, שם כ ע"א, נקבע שכשהנאותו הסובייקטיבית של הזוכה קטנה מחסרוון המזוכה, הזוכה חייב רק בתשלום הנאותו. אמנם הסוגיה שט דנה בזכיה שלא ביחסתו המכוננת של הזוכה; ראה להלן, העורות 85-88. אך, על פי היסודות שהינהה את השיטות הללו בפירושו אותה סוגיה – שעיל פי כללי הנזקן. אין להגיד את הזוכה בתשלומי נזקן@gadolim מהה שזכה בו – יש לפטור גם את הזוכה ביחסתו המכוננת מתשלום הגודל משורי זכייתו. אולם, דיננו שונה בעניין אחד מדיננו של הזוכה שלא ביחסתו המכוננת: מכיוון שבאה לו הזכיה ביחסתו המכוננת, גם אם הנאותו הסובייקטיבית קטנה משווי הזכיה, אין בעובדה זו כדי להקטין את תשלומי הנזקן שעליו לשלם למזוכה, ראה דברינו בסוף הפרק.

לפי הרעות הקובעות שתשלום הזוכה הוא מדין מזיק, הזוכה חייב בתשלום על פי כללי תשלומי נזקן. ככלומר, המזוכה גבוהה את חובו מ"מייטב שעדו" של הזוכה. לעניין זה, ראה: אוור שמה, הלכות נזקי ממון, פרק א, הילכה ב; דעת השואל בתשובות הרשב"א, חלק ד, סימן יג; עיין קוונטרסי שיעורים לר'יז גוסטמן (מכאן ואילך: קוונטרסי שיעורים), מסכתא בכא קמא, שיעור יב, קוונטרס ברין מה שננהית, אות ד, ד"ה וראיתי; עיין טבעת החורשן, סימן רמו, על קצוח החורשן ס"ק ב, המחייב את הנאה בתשלום מיטיב, לשיטת המהר"ט, כפי שפירשו בעל קצוח החורשן.

⁶⁴ מדובר בבית חדש, שהבלאי בו גדול מהבלאי בבית ישן, ואיןו מתקזע עם ההאה שמקבל בעל הבית, שביחדו אינו עומד ריקן. שולחן עריך, חוו"מ, סימן שטג, סעיף ז; וראה דיוגנו בסעיף 2, חלק ראשון, פרק רביעי, עמ' 63.

⁶⁵ הריב"ף, בכא קמא, ט ע"א בדף הריב"ף, כותב: "אבל בחזר דקיימה לאגרא, צריך להעלות לו שכר, וause"ג שלא עבד למיגר, דהא חסירה ממון [=אבל בחזר העומדת להשכלה צריך להעלות לו שכר, אףילו אם אינו רגיל לשכור, שהרי חיסרו ממון]. ראה לעיל, העורה 63.

⁶⁶ מדובר כאן בזוכה שננהג מהמרקען של המזוכה (ומשם כן, מבחינה משפטית הוא אינו זוכה בנסיבות עליהם, בהתאם לכל התלמודי: "קרע עינה גזולה"), או אף בזוכה שננהג מן המיטלטלין של המזוכה, אך בלי לגוזל אותם, כגון שהቤת בספרו של חברו מבלי להרים אותו (הדוגמא לקוחה משורי עמודי א"ש, ס"ו ע"ב). על חובה ההשבה של הגזולן והבעיתיות הכרוכה בדבר, ראה להלן, פרק חמישי, עמ' 28.

⁶⁷ זהה לשון הטוור, חוו"מ, סימן שעא, סעיף י: "אם נשתמש בביטוחו, ולא העלה שכר לבעליו, עובר מושום לא גזולן". בברכת שמואל, בכא בתרא, סימן ז, כתוב בשם ר' חיים הלוי: "מחויב הוא לשלם, בכדי שלא יהיה גזולן על אותה הנאה". דעת הראה, המובאת בנימוקי יוסף, בכא קמא, פרק ב, דף ח ע"ב בדף הריב"ף; ביאור

סעיף 1(א): חובת ההשבה

בניגוד לשיטה הקודמת, שיטה זו מחייבת את הזוכה בסכום הגבוה מבין שני הסכומים (ובלבד שלא עלה על שווי הזכיה): הנאותו הסובייקטיבית; חסרונו המזוכה. מכיוון שהזוכה נשא בתשלום זה, אין דין כדין גולן⁶⁸. לכן, על פי שיטה זו, בדוגמה שראינו לעיל, הדר בדירתו חברו, שלא עמדה להשכלה, והסביר לו עקב לכך נזק מועט בלבד, יחויב לשלם למזוכה עבור מלא הנאותו, גם אם סכום זה עולה על הנזק שנגרם, ואם לא ישלם תמורה הנאה זו, ייחשב לגולן.

כמו כן, גם לפי שיטה זו עולה, שטענת הזוכה, שהיא יכולה להשיג את אותה הנאה בחינם, לא תשמש לו הגנה בפני תביעת המזוכה, משום שהוא יכול פירוטו של חברו נחשב גולן, גם אם לא נהנה מהם כלל. אולם במקרה זה גובה התשלום יהיה רק כגובה חסרונו של המזוכה⁶⁹, שכן זהו "הפרוי" שאכל ולא יותר. נציג, שעל פי אותו היגיון, אם הנאותו הסובייקטיבית של הזוכה קטנה ממשוי זכייתו (כגון שהיא יכולה להשיג וכייה דומה בפחות מחירות השוק), אך גדולה יותר מחסרונו של המזוכה, יהיה חייב לשלם למזוכה תמורה הנאותו הסובייקטיבית ולא יותר.

ג. מעין לווה. יש האומרים, שדין הנאה שנאה הזוכה מנכסי המזוכה, כדין כסף הלואה,

הגר"א, חו"מ, סימן שס, ס"ק יד. וכן נראה מדברי הרא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן ח, המחייב את הזוכה בתשלום, משום שאינו אכל את חסרונו של חברו, ויחד עט זאת מחייב אותו בתשלום כל הנאותו, גם אם החסרון פחות מהנאה. צירוף זה בדברי הרא"ש מלבד, שדעתו אינה כדעת הרמ"ה – המבוסס את חובת ההשבה בגיןוק של מזיך – אלא כדעת הראה, הרואה בזוכה זה מעין גולן. ראה: נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, ד"ה שם.

⁶⁸ עיין: קונטרטי שיעורים (לעיל, העלה 63), אות ג, המשיק שלפי שיטה זו, ישם הזוכה מmittel שדהו, כדין גולן. אולם מדברי ר' חיים הלוי, בספר ברכת שמואל: "מחויב הוא לשלם, בכדי שלא יהיה גולן על אותה הזאה", מוכח שהזוכה אינו משלם תלומי גולן. ר' חיים הלוי אינו מגדיר את הזוכה כגולן, המחייב לשלם מדין השבת הגולה, אלא כדי שלא להיות גולן. לשונו מקבילה ללשון הטור, המבחן בין גולן-קרע שאכל פירות, לבין גולן-קרע שנאה משימוש בקרע, וזה לשון הטור, שם: "אם אכל פירות השווה, עובר משפט לא חゴול". וכן אם נשחטש בbijתו, ולא העלה שכיר לבבליו, עובר משפט לא חゴול"; הרי שנולן קרע שנאה משימוש בקרע, לא ייחשב גולן, אלא אם כן לא ישם עבור הנאותו, מה שאין כן בגולן שאכל פירות הקרע, שהוא נחשב לגולן טיד. הריב"ש (שות' הריב"ש, סימן תקטו), הקובע שהדר בחזר חברו אינו עובר על איסור גולן, וכשר לעדרות, מסכימים כנראה להבחנה זו.

עתה נבדוק מדוע הזוכה אינו נידון כמעין גולן, כשהנאה ביזמותו מנכסי חברו בלבד להסביר לו חסרונו? הרי סוף סוף נטל ממנו את הנאותו! נראה שלשיטה זו (זהו הדין בשינויים המחייבים לשיטה של "מעין לווה", ראה להלן), נטילת הנאה מנכסי הזאה אינה כנטילת חפצי הזאה. ייחסן הטעם לכך הוא, שאין להבחן בין הנאה מהחפץ לבין החפץ עצמו. אם אדם נהנה מנכס של חברו, אך הנכס עדרין ברשותו של המזוכה בשלמותו, כגון אדם שדר בחזר חברו ללא רשות ובלי להסביר לו נזק, אין בנטילת הנאה כשלעצמה ממש גולן, מכיוון שלא חסר הנכס עצמו, והנאה כוללה בשוויו הנכס. במקרים אחרים, אין מקום לראות בעל דירה אדם שהוא עשיר בשווי הדירה בתוספת שוויה של הנאה הנובעת ממנו, קרי – הנאת המגורים בדירה. לעומתו, אדם הרגיל להסביר את דירותו, עשיר בשווי הדירה בתוספת דמי השכירות שהגיעו או הגיעו לו בגין השכורתה. לכן, ניתן לחייב את הנאה מדירות זו ללא רשותו, משום "שאכל" ממנו את דמי השכירות שהגיעו לו בתוספת לדירה, אילו השכירה. ראה גם דברינו להלן, סעיף 2, חלק ראשון, ליד צין העלה 65. לשאלת: מדוע אם כן מחייבים את הזאה מעבר לחסרונו של המזוכה? ראה להלן, העלה 75, וראה להלן. דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד צין העלה 120.

⁶⁹ ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שס, ס"ק כא; נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, ד"ה ולרשכ"א. וראה להלן, העלה 75.

פרק שני: הבסיס המשפטי לחובת ההשבה

המוחזק בידי הלואה⁷⁰. אף על פי שהזוכה אינו מחזיק בנכסי חברו בעין, רואים אותו כאילו הגיעו לידי נכסי חברו כהלוואה, ומכאן חובת השבת הנאה למוצה⁷¹.

על פי שיטה זו, ובניגוד לשיטות הקודמות, קובעים כמה מן הראשונים⁷², שם הזוכה היה יכול להציג את אותה הנאה בפחות מחירות בשוק, הוא פטור מכל תשלום הגבוה מהehler שהיה מוציא עבורה, משום שבחינה משפטית, הנאתו – שהיא הלואה – מצטמצמת לסכום זה. לכן, אם הזוכה היה יכול להציג את אותה הנאה בחינם ממוקם אחר, הוא יהיה פטור מכל תשלום החסרונו שנגרם למוצה עקב הזוכיה.

לעומתם, פוסקים אחרים⁷³ קובעים, בדומה לשיטה הקודמת, שגובה התשלומים יהיה הסכום הגבוה מבין שני הסכומים: הנאתו הסובייקטיבית⁷⁴; חסרונו המוצה (תשלום זה הוא כאמור עד שווי הזוכיה ולא יותר). לדעתם, אם הזוכה היה יכול לקבל את אותה הנאה בחינם

⁷⁰ יש לציין, שיש מחלוקת בין הפסקים בשאלת: האם כדי לדון הנאה זו כהלוואה יש צורך בחשבון מצד המוצה אם לאו? לעניין זה, ראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, פרק שני, עמ' 54.

⁷¹ ש"ת הרשב"א, חלק ד, סימן יג; קצוח החושן, סימן שצא, ס"ק ב; מנחת חינוך, מצווה נה; ברכת שמואל, בא בתרא, סימן ז, בשם ר' חיים הלוי. דעתו של ר' שמעון שקוף, שעריו ישר, שער ג, פרק בה, היא שחויבת הזוכה בתשלום הנאתו למוצה נובעת מן היקש לחובת התשלום של אדם שננהה מן ההקדש. המועל בחקדש חייב בתשלומי מעילה, ומהוqui היקש אלו למרים. שהנהנה מחברו, חייב בתשלומי הנאתו. דעתו היא, שהמזיק את ההקדש ללא קבלת הנאה, פטור מתשלום, דבר המוכיחה שהחייב המועל הנהנה מן ההקדש, אינו מיסוד על דיני נזקין, ומכאן שחויבת ההשבה של הנהנה מחברו, הנלמota מה חובות התשלום של המועל, אף היא אינה נובעת מדיני נזקין. אוור שמה, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב, מסיק שהמזיק את ההקדש חייב בתשלום קרען, אף על פי שהוא פטור מתשלום חומש, ראה אנציקלופדיית תלמודית, כרך י, עמ' תכח'ח'כו. לשיטה זו אין הכרה להסתיק כמסקנה "שערו ישר". עיין: קונטרס שיעורים, אות ג לעיל, העדה 33), המקשה על בעל "שערו ישר" מדיני מעילה. ר' חיים הלוי, כפי שמכא בברכת שמואל, שם, מסביר את דברי הרשב"א, וקובע שחויבתו של הזוכה היא "מעין הלואה", המוטלת עליו, כדי שלא יהיה גולן. על פי הסבר זה, אין הבחנה ברורה בין הדעה השניה והדעה השלישייה.

⁷²תוספות, בבא קמא ב ע"א, ד"ה זה; רשב"א בחידושים לבבא קמא ב ע"א, ד"ה אלא. דעתם אלו קובעות, שהזוכה פטור מכל תשלום הגדל מהנאתו הסובייקטיבית,قولמר: "זה לא נהנה זהה חסר" – פטור.

⁷³ ראה הפסקים המוחקרים בהערה ו. לדעתם, הזוכה משלם תשלום בגין חסרונו של המוצה, גם אם הוא גבוה יותר מהנאתו הסובייקטיבית (עד שווי הזוכיה ולא יותר). במקרים אחרות, פוסקים אלה סוברים, ש"זה לא נהנה וזה חסר" – חייב. אמנם לא פסקו פוסקים אלה הלכה זאת במפורש, אך יש להסביר, שכן היא דעתם, מתוך העובדה שהם לא חילקו על פסק השולחן ערוץ, חוו"מ, סימן שבע, סעיף ו, שקבע בלשון זה: "ואם החזר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרכו זה [=הדר] לשכור [הינו אף על פי שהוא אינו מוגדר כנהנה], צריך להעלות לו שכר, שהרי חיסרו ממון"; אילו היו חולקים על פסק השולחן ערוץ, ודאי היו מציעים זאת.

מרומי שדה, בבא קמא ב ע"א, כותב בnimoku לשיטה זו, שגם אם קבחןיה משפטית אין הזוכה מוגדר כנהנה, אם זכייתו כרוכה בהפסד המוצה, הוא יהיה חייב להשיב למוצה מכוח התחייבות כללא (מעין חזהה). ההנחה היא,ermen הסתם התכוון הזוכה שלא לגרות הפסד למוצה מבלתי לפצותו. אולם יש להעיר, שלפי דעתה זו, אם גילתה הזוכה בשעת הנאתו, שאינו מתכוון לשלם, אי אפשר יהיה לחיבר מכוח הנימוק של התחייבות כללא, אלא רק מכוח הנימוק של "מעין לוה". עיין: טבעת החושן, סימן רמו, ס"ק ב, חלק ה, עמוד קצר, בהסביר שיטת בעל דברי אליעזר, בבא בתרא, סימן ג, אות ג.

⁷⁴ דברינו בפנים, שהזוכה משלם תשלום בגין הנאתו הסובייקטיבית כל עוד היא כרוכה בחסרונו של המוצה, גם אם היא גדולה מחסרונו זה, מובסים על דעתם של הרבה מן הראשונים:תוספות, בבא קמא כא ע"א, ד"ה ויהבי;תוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה לא צריכא;חידושי הרשב"א, בבא קמא ב ע"ב, ד"ה שני;חידושי הר"ן, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ומהא, בשם הרשב"א;ועיין ביאור הגרא"א, חוו"מ, סימן שבע, ס"ק ב, הקובע שהרשב"א חולק על דעתה זו. וראה להלן, סעיף 2, חלק ראשון, עמ' 70.

סעיף ו'(א): חובת ההשבה

מקום אחר, אין זה פוטר אותו מחייבת תשלום למזוכה, ממש שגמ או הוא נחשב כמי שלולה מהמזוכה. ואולם הם מודים, שבמקרה זה, גובה החשלום יהיה כגובה חסרונו של המזוכה בלבד⁶⁷. על פי הבנתם של פוסקים אלה, לעניין גובה החשלום שהזוכה חייב בו, אין הבדל בין השיטה השנייה (מעין גולן) לבין השיטה השלישית (מעין לווה)⁶⁸.

לסבירומו של דבר נאמר, שהבדל העיקרי בין השיטות המנויניות לעיל הוא לעניין גובה תשלום ההשבה, כשהאפשרויות הן: חסרון המזוכה; שווי הזכיה; הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה.

השיטה הרואה בזוכה מזיך, מחייבת אותו לפצות את המזוכה עבור חסרונו, ללא להתחשב בהנאתו הסובייקטיבית. תשלום זה הוא עד שווי הזכיה, ממש שלכולי עלא, אין חייב את הזוכה בתשלום מעבר לסטוקם זה.

מקצת מן הראשונים, הרואים בזוכה מעין לווה, קובעים שהחשלום למזוכה יהיה תמיד בגובה הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה (כמובן עד שווי הזכיה), ללא לשימ לב לחסרונו של המזוכה, ובלבך שנגרם למזוכה חסרון כל שהוא. אשר על כן, אם הזוכה יכול היה להשיג הנאה זהה בחינם ממוקם אחר, הוא פטור מכל תשלום.

הרואים בזוכה מעין גולן, וכן חלק מהפוסקים הרואים בזוכה מעין לווה, מחייבים את הזוכה בתשלום הנאתו הסובייקטיבית או בתשלום חסרונו של המזוכה לפי הגבולה יותר (תשלום זה לא יעלה כאמור, בשום פנים, על שווי הזכיה). לכן, על פי שיטה זו, גם כשהזוכה היה יכול להשיג זכיה זהה במקומות אחרים, יצטרך לשלם למזוכה עבור חסרונו. כשהזוכה לא היה יכול להשיג את הזכיה במקומות אחרים זול יותר, הוא ישלם את שווי זכיותו, גם אם החסרון שגרם נזוך בהרבה.

השולחן ערוך⁶⁹ פוסק, אף אם נגרם למזוכה נזק מועט בלבד, על הזוכה לשלם עבור כל הנאותו, ובכך הוא מכירע נגד הדעה שבביססה את החיוב על דין "מזיך"⁷⁰. כמו כן, השולחן ערוך⁷¹ פוסק, שהזוכה חייב בתשלום חסרונו של המזוכה, גם אם היה יכול להשיג את אותה הנאה חינם. בכך הוא מכירע נגד הפוסקים שצמצמו את היקפו של החיוב דין "מעין לווה", וקבעו שאין חובת השבת הנאה שהזוכה היה יכול להשיג ממוקם

⁶⁷ להסביר שיטה זו, ראה: נחלת דוד, בבא קמא ב ע"א, ד"ה שם, וד"ה ולרשכ"א. ניתן להזכיר, שדבריו "נחלת דוד" מבוססים על השיטה של "מעין לווה" או על השיטה של "מעין גולן", עיין בדבריו. הפוסקים המחייבים את הזוכה בתשלום מדין "מעין לווה", גם כאשר איןנו מוגדר כנהנה, מסכימים שהחיוב במרקחה זה אינו יכול להיות מחסרוונו של המזוכה. זאת בניגוד לדינו של זוכה, המוגדר כנהנה החייב במלוא ערך הנאותו הסובייקטיבית, גם אם היא גדולה יותר מחסרוונו של המזוכה. הטעם לכך הוא, ש לפיה שיטה זו "ההלואה" (או הגולה, לשיטת "מעין גולן"), נוצרת באחת משתי הדרכים הללו: הזוכה השיג את הנאותו מנכסיו המזוכה (וaino יכול להשיג בחינם ממקומות אחר), וכך במרקחה זה, אין זה משנה אם נגרם למזוכה רק חסרון קטן, שכן הנאה שזכה בה תפחה בצדיו, והיא הלוואה (או גולתו); הזוכה אכל את חסרונו של המזוכה, אמן המזוכה היה יכול לקבל את אותה הנאה ממקומות אחר חינם, וכך איןנו מוגדר כנהנה, אך "ההלוואה" (הגולה) היא החסרון "שיצא" מידי המזוכה "זונגן" לידי הזוכה, וכך במרקחה זה, ההלוואה (הגולה) אינה יכולה להיות גדולה יותר מאשר החסרון. ועיין ביאור הגרא"א, חותם, סימן שג, ס"ק כא. וראה דברינו לסעיף 2, חלק ראשון, ליד ציון העירה 120.

⁶⁸ רואים יש נפקא מינה בין שתי הדעות, ראה על כך, דברינו לסעיף 2, חלק ראשון, פרק חמישי, עמ' 67.

⁶⁹ שולחן ערוך, חותם, סימן שג, ס"ק ז.

⁷⁰ אך ראה לעיל, העירה 62, בדעת "עינויים למשפט".

⁷¹ שולחן ערוך, חותם, סימן שג, ס"ק ז.

פרק שני: הבסיס המשפטי לחובת ה脑海中

אחר חינט. ואולם, אין לדעת, אם הנימוק העומד ביסוד פסיקתו של השולחן ערוך הוא הנימוק שהזוכה הוא "מעין גולן", או שמא הוא "מעין לווה"⁸⁰.

ובויה שלא ביזמתו המכוונת של הזוכה דיוינו יוחד עד כה לזכיה ביזמתו המכוונת של הזוכה. נယור עתה לדון בחובת הזוכה כלפי המזוכה, כאשר פועלתו, שגרמה לזכיה, לא הייתה מכוונת מראש לשם כך, אלא שפעל מתוון טעות, או שרכושו גורם לזכיה שלא מדעתו. האם יש בכך כדי לשנות את דיןו של הזוכה? בסוגי זכיה שנקבע בהם, שדיןו של הזוכה הוא כדי המחזק בממון חברו בידו, ברור שעל הזוכה להסביר את הזכיה למזוכה, בין אם הייתה זכיה מכוונת ובין אם לאו, שהרי אסור לו להחזיק ברכוש חברו, גם אם הגיע רכוש זה לידיו בטעות (גם כשהלא ניתן להסביר את הזכיה בעין, אם הזכיה מועילה לזוכה⁸¹ – עליו לשלם תמורה). אך מה דיןו של זוכה, שהשיג בטעות הנאה שאין עמה רוח, כגון שהגורר בדירה חברו, משום שחשב בטעות ובתום לב שהוא שלו?

מי שזכה מנכסי חברו בהנאה שאין עמה רוח, חייב בתשלום גם אם זכייתו לא הייתה מכוונת, ונבעה רק מטעות, או מפעולתו ורכשו שלא מדעתו. אולם, בעוד שמי שזכה בזכיה במכoon, חייב בתשלום בשיעור הפסדו של המזוכה, גם אם שייעור הנאותו הסובייקטיבית של הזוכה נמוך יותר⁸², מי שזכה בזכיה שלא במכoon, יהיה פטור מכל תשלום, שהוא יותר משיעור הנאותו הסובייקטיבית. במקרים אחרות, אם היה יכול להציג זכיה זהה ממוקם אחר בחינט, יהיה פטור מכל תשלום. נביא להלן כמה דוגמאות לזכיה שלא ביזמתו המכוונת של הזוכה:

א. דוגמה לזכיה שפעל מתוון טעה היא⁸³: אדם נפטר, והשאר פרה בין נכסיו עיזבונו. היורשים, שסבירו בטעות שהפרה בבעלותו, אך למעשה היא הייתה שאלת אדם אחר, שחטו את הפרה, ואכלו את ברורה. נקבע, שהיורשים חייבים רק בתשלום דמי הנאות הסובייקטיבית, והם פטורים מתחלים מלאו שוויו של הבשר, מכיוון שהם "יכולים לומר: אם ידענו שאין של אבינו, לא היינו אוכליםبشر"⁸⁴.

ב. דוגמה לזכיה שרכושו גורם לזכיה שלא מדעתו היא⁸⁵: אדם הניח חבואה בראשות הרבים, ובאה בהמת הזוכה ואכלה אותה. על אף העובדה, שעל פי המשפט העברי ועל

⁸⁰ ראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון.

⁸¹ ראה דיוינו על סעיף ו(ב), ליד ציוני הערות 39-41. אם הזוכה אינה מועילה לו, אלא שהוא אחראי לטעה שהביבה לזכיה, גם אז יהיה חייב לפצות את המזוכה על נזקו. ראה לעיל, הערת 79, וראה להלן, ליד ציון הערת 174.

⁸² כפי שפסק השולחן ערוך. ראה לעיל, ליד ציון הערת 79.

⁸³ הדוגמה לקויה מן התלמוד, כתובות לד ע"ב, ונפסקה להלכה בשולחן ערוך, ח"מ, סימן שמاء, סעיף ד. ראה דברינו על סעיף 2, חלק שני, פרק שני, עמ' 82.

⁸⁴ בשולחן ערוך, ח"מ, סימן שמاء, סעיף ד, נפסק להלכה, ש"משלמים דמיבשר בזול, שהוא שני שלישים" ממחירו בשוק. זאת ממשות "יכולים לומר, אם ידענו שאין של אבינו, לא היינו אוכליםבשר". אבל שני שלישים משלמין, שכן דרך בני אדם לknות בשר בזול ולאכל, אף אם בלאו הכי לא היו אוכלי בשר" (סמ"ע, ח"מ, סימן שמاء, ס"ק י). וראה קצות החושן, סימן שמג, ס"ק ז (בקשר לגובה התשלום המוטל על מי ששכר בית מגן בפחות משווו בשוק).

⁸⁵ הדוגמה לקויה מן התלמוד, בבא קמא יט ע"ב. להלכה, ראה: בשולחן ערוך, ח"מ, סימן שצא, סעיף ח, והרמ"א, שם.

סעיף 1(א): חובת ההשבה

הבהמה פטור במקרה זה מתשולם נזקין⁸⁶, הוא חייב בתשלום דמי הנatto הסובייקטיבית. הינו, גם אם התבואה הייתה יקרה, על בעל הבהמה לשלם "כailo היהת תבן"⁸⁷ או "דמי שעוריות בזול"⁸⁸, שכן אין לו הנאה מיוחדת, כאשרalla בהמתו התבואה יקרה יותר. מן המקורות הללו עולה, שהעובדת שננהה הזוכה שלא במכoon, אינה פוטרת אותו מתשולם שיעור הנatto הסובייקטיבית; אך, מצד שני, אי אפשר לחייבו לשלם יותר משיעור זה. הסיבה לכך היא, כפי שהסבירנו לעיל⁸⁹, שהיסוד לחיזוב הזוכה בפיצוי המזוכה בגובה הפסדו, גם כשווי הנatto הסובייקטיבית נמוך יותר (זה לא נהנה וזה חסר), הוא שבלא תשלום יהיה דין כגוזן, או לחילופין,-cailo קיבל לידיו בשעת הנהנה הלוואה בשיעור הפסדו של המזוכה. כשהנהנה הזוכה שלא במכoon, אין בניוקים אלה לחיבר אותו בתשלום הגובה משיעור הנatto הסובייקטיבית.

פרק שלישי

היעדר זכות שבדין – "שלא על פי זכות שבדין"

סעיף 1(א) לחוק מחייב את הזוכה להסביר את הנכס, או את השירות, או את טובת הנהנה האחרת, שזכה בהם. רק אם קיבל אותם שלא על פי זכות שבדין. לדברי טדסקי⁹⁰ יש בחוק "כפירה מוחלטת בזכות המזוכה להשבה נוכח זכות שבדין של הזוכה". הינו, אם יש לזכה זכות שבדין להחזק בזכיה, אין אפשרות לדרש השבה מכוח הצדק. גישה זו מנוגדת לגישתו של הלורד מנספילד⁹¹, הקובעת: "אם מכוח הלוואה הכספי יהיה חייב בהשבה, כשהצדק הטבעי מחייב זאת, גם במקום שעלה פى המשפט הפוזיטיבי הוא פטור מכל תשלום. טדסקי⁹² מציין, שהנוסח "שלא על פי זכות שבדין" אינו הנוסח המקובל בשיטות משפט אחרות, המחייבת את הזוכה בהשנת הזכיה שקיבל "לא צידוק", ובהתשבת כל "התउשות לא צודקת"⁹³.

על פי מה שראינו בפרק הקודם, אפשר לקבוע, שהמשפט העברי, כמו החוק, אינו מחייב את הזוכה בהשבה מכוח כללי צדק ערטילאים, כי אם מכוח עקרונות משפטיים מוגדרים⁹⁴. כפי שהוברר לעיל, יש לכל חובת השבה של סוגיה הנהנה השוניים, ביטוט משפטי משלה, הכרוך בהשלכות משפטיות מיוחדות.

⁸⁶ בבא קמא, שם; שולחן ערוך, שם.

⁸⁷ שולחן ערוך, ח"מ, סימן שצא, סעיף ח.

⁸⁸ רמ"א, ח"מ, סימן שצא, סעיף ח; "בזול", פירושו שני שלishi מתיר השוק. ראה: סמ"ע, ח"מ, סימן שצא, ס"ק יג. וראה לעיל, הערכה 84.

⁸⁹ לעיל, ליד ציון הערכה 69; ליד ציון הערכה 75; ובהערה 75. להסביר הסוגיה על פי השיטות המחייבות את הנהנה בתשלום מדין מזיק, ראה לעיל, הערכה 63.

⁹⁰ טדסקי (לעיל, הערכה 1), עמ' 394; ושם, עמ' 397.

⁹¹ Moses v. Macferlan (1760) 97 E.R. 676.

⁹² טדסקי, עמ' 397.

⁹³ לשון סעיף 1 של הריסיטמנט האמריקאי, מצוטט אצל פרידמן, סעיף 20.

⁹⁴ אישור לכך ראה עוד להלן, פרק חמישי, עמ' 126, בסוף דברינו על חובת ההשבה של פטולי דין.

פרק שלישי: היעדר זכות שבידן

אמנם, יש הרואים בנימוק: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?"⁹⁵ נימוק של צדק טבאי⁹⁶, אלא שנראה, שגם נימוק זה הוא נימוק משפטי טהור. כך מגדישים המפרשים⁹⁷, שר' יוסי סבור, שעל פי דין, הבעלות בפירה מזוכה את הבעלים בתשולם מהשואל. אין לשוכר זכות לקבל תשולם זה באילו הוא היה בעל הפירה, משום ש"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?".

כפי שראינו לעיל⁹⁸, קיבלו דברי ר' יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?" משמעותו כללית יותר, השוללת מכל אדם שאינו הבעלים של נכס הגורם לרווחים את הזכות להשתתף ברווחים⁹⁹. המשפט העברי קובע, שהבעלות מקנה לבעלי זכויות משפטיות ברווחים הנובעים מנכסייהם, "כמו שולד פרה הוא קניי לבעל הפירה מפני שפרתו הולידה את הولد ובסתיבתה יצא לאויר העולם"¹⁰⁰. לעומתו, המשפט האנגלי נזקק לשיקולים של צדק כדי לחייב את הזוכה בהשbat רווחים שנוצרו מנכסי המזוכה, מכיוון ש"הרעיזן המופשט של הבעלות לא נקלט במשפט האנגלי העתיק... הבעל המוחזק מוגן איפוא בתור מוחזק ולא בתור בעל, והבעל שאינו מוחזק בדרך כלל אינו מוגן"¹⁰¹.

פרק רביעי

הזמן המכريع לקיום הזכיה – "שקביל"

א. מבוא

החוק קובע, שאדם "שקביל" יתרון מחברו שלא על פי זכות שבידן, חייב בהשbat היתרון או שוויו. חובת ההשבה חלה גם על אדם שקיביל את היתרון על פי דין, כל זמן שהוא ממשיך להחזיק בו שלא על פי דין¹⁰². טדסקי מסביר¹⁰³, שיש משמעות לעובדה, שהחוק

⁹⁵ בבא מציאא לה ע"ב; וראה לעיל, פרק שני, עמ' 10.

⁹⁶ עיין: נ' רקובר (הচוך לעיל, הערת 39), בעמ' 49. מדבריו שם משותפו, שיש שיטה שלפיה כללו של ר' יוסי מבוסס על שיקולים של צדק, המחייבים את הזוכה בהשבה גם במקרה שזכה הוויכה "על פי דין". אך לדעתנו אין הדברים מוכרים. הזוכה חייב בהשבה מכוח הדין, וכך אין לפטור את הזוכה מתשולם למזוכה הנובע מכללו של ר' יוסי, אלא בטיעונים משפטיים ולא משיקולי צדק.

⁹⁷ הריטב"א, שם; הרשב"א, שם; נימוקי יוסוף, שם; חוספות, שם, ד"ה תחזרו; פטקי הרא"ש, בבא מציאא, פרק ג, סימן ה. הריטב"א מסביר: "אם השאלה השוכר, הרי כאילו השאלה בשליחות הבעלים לכל דבר שהוא זכות של בעל". וברשב"א: "שואל, שומר דעתל הפירה השבין ליה למגררי".

⁹⁸ לעיל, פרק שני, עמ' 10.

⁹⁹ דרכי משה, חותם, סימן שלב, ס"ק א; שם, סימן שסג, ס"ק ב; בית יוסף, חותם, סימן שעה, סעיף ז, בשם נימוקי יוסף; סמ"ע, חותם, סימן רלו, ס"ק כא.

¹⁰⁰ שערי יושר, שער ג, פרק כה, עמ' רסב. פרידמן כותב בסעיף 82: "הבסיס לתביעה היא זכות הקניין של התובע. המסקנה כי ההטענות היא 'בלתי צודקתי' או לא במשפט' נגוזת מכך שהזכות בנכס שייכת לחובע ולא לנחבע. חובבה זו נובעת ממושגינו הקניין, שמכוחם זכאי הבעלים לרווה שהופק מרכשו". דברים אלה תואמים את המשפט העברי, הן באשר לתפישת המושג קניין, והן באשר להשלכות המשפטיות הנובעות ממנו.

¹⁰¹ דברי השופט זוסמן בע"א 25/75 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב 565, בעמ' 579-580.

¹⁰² ראה: טדסקי, עמ' 387-388; מזוז, עמ' 489, הערת 16.

¹⁰³ טדסקי, עמ' 388, הערת 12.

סעיף 1(א) : חובת ההשכה

נוסף בלשון "מי שקיבל", ולא בלשון "מי שמחזיק", והיא, שזוכה שקיבלה יתרון, חייב בהשבתו, או בחשלום שוויו, גם אם נעלם יתרון זה עד שעת הגשת התביעה. לדברי טדסקי, שעת קבלת היתרונו היא "הזמן המכרייע לקיום הזכיה". נבחן מהי עמדת המשפט העברי בסוגיה זו. אין במקורות התלמודיים דין ישיר בשאלת זו, וגם הראשונים לא לטיפלו בה. אולם האחרונים, מתוך עיון בסוגיות התלמודיות, גילו הבחנות חשובות לעניין הזמן המכרייע לקיום הזכיה.

הרחכנו לעיל¹⁰⁴ את הדיבור על העובדה, שהמשפט העברי מבחין בין קטיגוריות שונות של הנאה, ולכל קטיגוריה יש נימוק משפטי משלו לביסוס חובת ההשכה. מבחינת הבסיס המשפטי, ניתן לחלק את הנאות לשתי קבוצות:

יש הנאות, שהובת ההשכה בהן היא, משומש רואים את הזוכה כמחזיק ברכשו של המוצה; זה הנימוק, כפי שראינו לעיל¹⁰⁵, בנכסי בעין המוחזקים בידי הזוכה, ובנאות הגורמות לזכה לדוחה ממשי. אפשר לומר, שהובת ההשכה בהנאות אלה אינה תשלום עבור הנאה, אלא החזרת נכס לבעלי החוק; הבסיס להביעה הוא זכות הקניין של המוצה.

לעומת זאת, יש הנאות שאינן נכס בעין, וגם אין עמן רוחה. כך, למשל, מי שגר בדירותו של חברו שלא ברשות, לא הגידיל את רכשו, כפי שהסבירנו זאת לעיל¹⁰⁶, ומשום כך אי אפשר לומר עליו שהוא מחזיק בידו רכשו של חברו. אף על פי כן ראיינו, שכעיקרונו, אם הנאות של זוכה כרוכה בחסרונו המוצה, חייב זוכה בתשלום למוצה. במקרה זה, אין נכוון לדבר על השבה, וייתר נכוון לדבר על תשלום חמורת הנאה.

משהובהר עניין זה, ניגש לשאלת הזמן המכרייע לקיום הזכיה. דיןנו יתחלק לשני חלקים: תחילתה נבחן מהו הדין אם בשעת התביעה נעלמה זכיה מן הסוג הראשון, ואחר כך נדון באלה שאלת בקשר לזכיה מן הסוג השני.

ב. נכס בעין והנאה שיש עמה רוחה בסוג הנאות אלה, כאמור, רואים את זוכה כמחזיק בנכסי המוצה. אשר על כן, אם נעלמה הזכיה עד שעת התביעה, שוכ אין יסוד לעילת התביעה, משומ שמוונו של המוצה כבר איןו אצל זוכה¹⁰⁷. לעיקרו זה יש סיג והוא, האם זוכה אחראי לאבדן זכיה שהייתה אצלו (אם על פי דיני השומרים ואם על פי דיני הנזקן), כי אז הוא חייב בתשלום על פי עילות אלו¹⁰⁸. על דיןו של זוכה שננה מנכס (או מן הרוחה) לפני היעלמו, כמובן שאכל אותו, נדון בפסקה הבאה¹⁰⁹.

ג. הנאה שאין עמה רוחה מתוך עיון בסוגיות התלמודיות, ומתוך דבריהם של כמה מן האחרונים, מסתבר שיש מקום

¹⁰⁴ לעיל, פרק שני, עמ' 8.

¹⁰⁵ לעיל, פרק שני עמ' 9; ושם, עמ' 10.

¹⁰⁶ לעיל, פרק שני, עמ' 12.

¹⁰⁷ ראה דברינו לסעיף 2, חלק שני.

¹⁰⁸ לדין מקייף על הסיגים לעיקרו זה, ראה דברינו לסעיף 2, חלק שני.

¹⁰⁹ וראה כחותות לד ע"ב. אם החליף את הנכס בנכס אחר, הוא חייב להחזיר למוצה את הנכס שקיבל, ראה לעיל, הערא 31, ולהלן, הערא 220, ובדברינו לסעיף 2, חלק שני.

פרק רביעי: הזמן המכרייע לקיום הזכיה

להבחן, בסוג זה של הנאה, בין שתי קבוצות משנה, לצורך קביעת הזמן המכרייע לקיום הזכיה וחובת ההשבה, והן: הנאה חשית, כגון אכילה, הגנה בפני קור וחום, וכיוצא באלה, הנאות הגרומות לנחתת רוח¹¹¹ לזכיה עצמה (הנאה בפועל); תועלתי¹¹², כגון שרחרזו לו את מכונתו, או שאכלה בהמתו מפירותיו של חברו (בנסיבות שאין גוררות אחרתין תשלום נזקיין) וכיוצא באלה, הנאות שאין רוח, ואין הנאות חשיות (הנאה בכוח).

יש חשיבות לקביעת הזמן המכרייע לקיום הזכיה, בין בזכיה ביזמתו המכונת של הזוכה ובין בזכיה שלא ביזמתו המכונת. ראיינו לעיל, שהתשולם שהזוכה חייב בו נקבע תוך התייחסות לשולשה דברים: הנאות הסובייקטיבית של הזוכה; חסרונו של המוצה; שווי הזכיה. לקביעת חסרונו של המוצה והנאתו הסובייקטיבית של הזוכה נודעת חשיבות, כשהסכומים אלה נמוכים משווי הזכיה, שהוא התקורה לכל תשולם. ראיינו לעיל, שגם הנאות הסובייקטיבית של הזוכה גבוהה מחסרונו של המוצה, אך נמוכה משווי הזכיה, הזוכה ביזמתו המכונת חייב בתשלום הנאות הסובייקטיבית. כמו כן, שמי שזכה שלא ביזמתו המכונת, משלם את הנאות הסובייקטיבית, אם היא פחותה מחסרונו של המוצה ומשווי הזכיה. אם כן, בקביעת התשלום שהזוכה חייב בו, לא ניתן להתעלם מהגדרת ערכה של הנאות הסובייקטיבית, מהגדרת חסרונו של המוצה ומהגדרת שווי הזכיה. נשאלת השאלה: איזו שעה השעה המכרעת לקביעת ערכם של מדדים אלה?

שווי הזכיה נקבע לפי שוויה ברגע שזכה בה הזוכה. אך שני המדדים האחרים משתנים: לדוגמה, יתכןuai שאי אפשר לקבוע בוודאות בשעת הזכיה את גודל חסרונו של המוצה, שכן אפשר שהוא ממשיך להפסיד כתוצאה מזכיותו של הזוכה. כאן, מחוסר ברורה, יקבע בית המשפט, בשעת מתן פסק הדין, את הנזק המשוער.

כמו כן, נשאלת השאלה, איך נקבע את הזמן המכרייע להגדרת הנאות הסובייקטיבית של הזוכה? הרי, יתכן שעדי שעת התביעה תיעלם הנאות של הזוכה. כאמור, לעניין זה, יש להבחן בין הנאה חשית לתועלת:

בהתאם החלטת, הזוכה חייב בתשלום למוצה, גם אם הפסיק ליהנות עוד לפני שעת הגשת התביעה. בכךון זה, אף המשפט העברי גורס, שזכות ההשבה של המוצה אינה מניחה בהכרח את קיומם היתרונות בזמן התביעה. מאחר שהנאה חשית היא מטבעה זמנית וועוברת, הזוכה חייב בתשלום תמורה, משעתה ההנאה¹¹³. לדוגמה, מי שגר בחצרו של חברו ללא רשותו¹¹⁴, יהיה חייב בתשלום הנאותו, גם אם הוגשה התביעה נגדו לאחר שכבר עזב את החצר.

תועלת היא זכיה שבדרך כלל הזוכה מעוניין בה, ואף מוכן לשלם עבורה, על אף העובה שהזכיה אינה גורמת לו באופן מיידי לא רוח ולא הנאה חשית. זהו המצב, לדוגמה, כאשר אדם מאכיל את במתו. זכיות מעין אלו הן הפטנטיציאל להנאה עתידית. בזכיה שהיא תועלת יש תוחלת ליתרונות ממשי יותר בטווח ארוך, אם בזרחה של הנאה חשית או בזרות האכילה. השווה לטDESCI, עמ' 387.

¹¹¹ ביטויו של ר' שמואן שקוף, שעריו ישר, שער ג, פרק כה.

¹¹² עיין להלן, העירה 116. גם המהרש"ל וגט האחוריים החלקים עליו בדין בהמה שאכלה יותר מדי, מסכימים שהזוכה שאכל, חייב בתשלום עבורה הנהה שקיבל באכילה, גם אם לאחר מכן העזק לעצמו באכילת יתר. נראה שמחייבים את הזוכה בתשלום רק אם התוצאות השליליות באות עקב גורמים נוספים, כגון המשך האכילה. השווה לטDESCI, עמ' 387.

¹¹³ בבא קמא כ ע"א.

סעיף 1(א): חובה ההשכה

רוח. אך, איך נקבע את ערכה של הנאותו הסובייקטיבית של הזוכה בזכיה המוגדרת כתועלת? הרי יתכן, שעד שעת הtribuna לא נהנה הזוכה הנאה סובייקטיבית כל עיקר? הפתרון לשאלת זו הוא, שם עד שעת קביעה בית הדין לא יותר פוטנציאלי להנאה עתידית, יוגדר ערך הנאותו הסובייקטיבית כערך ההנאה שהספיק ליהנות בפועל. אם בשעת קביעה בית הדין יותר פוטנציאלי הנאה עתידית, תיקבע הנאותו הסובייקטיבית לפי הערכת השוק של הפוטנציאלי הנותר באותה שעה (בתוספת ההנאה שהספיק ליהנות בפועל). לכן, אם עד שעת פסיקת בית הדין התרור, שנעלמה התועלת ולא הביאה, ואף לא תביא לרוח, או להנאה חשאית, ערך הנאותו הסובייקטיבית של הזוכה יוגדר כאמור.

וכן נקבע במקרה הבא. לתוך השיכר של אדם הוכנס חומר משכיח, אך לפני שהספיק בעל השיכר למשוך את היתרון שנוצר עקב ההשכה, החמץ השיכר ונתקלקל. נקבע, שבבעל השיכר פטור משלם לבעל החומר תמורה ההנאה שנוצרה, וזאת מושם שבשעת פסיקת בית הדין כבר נעלמה השבחה השיכר¹¹¹.

דוגמה נוספת לעיקנון הנזכר לעיל, יש בדברים שנאמרו על המשנה¹¹² הקובעת שם אכלה בהמה פירות ברשות הרבים, בעל הבהמה פטור מתשלום עבור הנזקים שנגרמו

¹¹¹ שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כה, על סמך הגמרא, בכא מציעא מב ע"ב. "מחזה אברהム", לבבא מציעא שם, מסביר שהזוכה פטור מתשלום, אף על פי שבשעת הכנסת החומרים עלה מחיר השיכר. אמן חסך בעל השיכר את החומרים שלו בודדות (בגמרא שם מדובר בשהורה בעל השיכר למשתו להכניס לשיכר את החומרים שלו, וטעה הלה, והכניס את החומרים של חברו). אך הוא יהיה פטור מתשלום, מושם שבשעת הtribuna כבר נעלמה השבחה השיכר. שיטה מקובצת, בכא מציעא מב ע"ב, מסביר שם החמץ השיכר, בעל החומרים הוא בגין "مبرיה ארוי", ולבן בעל השיכר אינו חייב בתשלום על החומרים שלו, שניצלו מהפסד. בעל לבוש מלכות עיר שוזן, סימן רצא, סעיף כה, כותב שאפשר שהכחשות עצמה גדרה להחמצת השיכר. لكن, יתכן שהזוכה הפסיד בהחלפת החומרים. רעין להלן, סעיף 4, דין "مبرיה ארוי", שם מוסבר, שהמצויל וכייא להחזר הוצאהוחיו. רק אם הצליל את זולתו מהפסד ודאי. בעל שערי יושר, שער ג, פרק כה, עמי רסג, מסיק: "בכהאי גוננא ליכא גם חשבון משטרש מה שנשאר כשות שלו", ואני מגnek את מסקنته.

האחרונים נחלקו בטעם חייב בעל השיכר לשלם, אם לא החמץ השיכר. אוור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה ב, מסביר שהרווחה בעל השיכר את הכספיות שלו. כשההורה להכניס את כסותו לשיכר ולא הוכנסה, הרי זה כאילו הוולפו, ועכבה הכספיות של בעל השיכר לבalto של בעל הכספיות שהוכנסה לשיכר. מכיוון שבבעל השיכר מרוויח מההשכה השיכר, אין מקום לפטור אותו מתשלום מדין "مبرיה ארוי". אך טעם זה יפטור אותו, אם לא הרוויח מהחלפת הכספיות. עיין דברי רש"י, בכא מציעא מב ע"ב, ד"ה הא קמשתרשי ליה.

בעל שערי יושר, שער ג, פרק כה, מוכיח טעם זה לחיוב, וקובע שיש גם טעם נוסף: בעל הכספיות נחשב לשוטף בשיכר המושבח. מכיוון שטעםה של הכספיות מוגרש בשיכר, רואים את בעל השיכר כმתחיק בנכסי חברו בעין כדין מיטלטליין שנחערכו. בעל תלקת יואב, חו"מ, סימן ט, מסביר את החיוב בטעם השני שمبיא "שער יושר", ולדעתו הטעם המובא ב"אור שמח" לא היה מחייב את בעל השיכר בתשלום. לפי הטעם שננקט בעל "חלוקת יואב", לפיו המזוכה הוא שותף בשיכר, נראה שגם הויק בעל השיכר לשיכר בכוונה, יהיה חייב לשולם לבעל הכספיות, אף על פי שלא נהנה, וזאת מדיני נזקין.

הדין במיטלטליין שנחערכו מוסכם על דעת כל הפוסקים; لكن נראה שה"אור שמח", אינו רואה בבעל הכספיות שותף בשיכר, משום שכל זמן שלא נגמר תהליך הבשלת השיכר, לא עליה מחירו בשוק (בניגוד לדברי "מחזה אברהム", המובא לעיל). בעל הכספיות אינו וכייא להשבה כשותף בשיכר המשובח, אלא אם כן עליה מחירו. עילת הtribuna היחידה של בעל הכספיות היא, שכשותו הועלה לבעל השיכר, שהרווחה בכך את הכספיות שלו.

¹¹² בכא קמא ב, ב; יט ע"ב.

פרק רביעי: הזמן המכريع לקיום הזכיהה

לבעל הפיירות, אולם הוא חייב לשלם את "מה שנחנית"⁵¹. האחרוניים קובעים, שםأكلת
הבהמה הרבה וחלהה, הרי הוא פטור⁵².

ניצין, שם החזיק הוצאה בגין הנכס המזוכה בעין, ולפניהם שנעלם הנכס הפיק ממנו הוצאה הנאה חושית או תועלת אחרת, הוא יהיה חייב לשלם עבור הנאה זו בהתאם לאמור בפסקה זו. הוצאה לא יכולה לטעון, שימושו שנעלם הנכס, כבר אין עילית תביעה נגדו, זאת משומש שברגע שהפיק הנאה מן הנכס, חלה עליו חובת תשלום עבור הנאה לפי הבדיקות שנתררו כאן⁷¹⁰.

⁵¹ נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, מסביר "שיש לו הנאה מהנתה בהמתו", ושהנאהו של הוצאה היא, שהוא "יפה ושמונה".

השם"ע, חוי"מ, סימן שצא, ס"ק יב, כותב: "זומה שנזהנית, שאינו צריך לחת לה תבן". מדבריו עולה לכואורה, שהחשלום שחייב בעל הכהמה הוא משום החיסכון שחסן באכילת מהתו, ועל כן היה מקום להסיק, שהשם"ע חולק על קביעתם של התוספות (חולין קלא ע"א, ר"ה שני), שמקבלת טענת הזוכה: "היהי מתעננה", השלמת חשלום מדין "משתרשי ליה" בגין חיסכון זה (עיין: קצוח החושן, סימן רמו, ס"ק ב; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה). ואולם, נראה שהשם"ע אינו חולק על התוספות בעניין זה, שם לא כן, היה מציין זאת במפורש. נראה שהוא מחייב את בעל הפרה מדין נהנה, ולא מדין "משתרשי ליה". דבריו כאים להסביר ולומר, שבבעל הכהמה אינו חייב בתשלום גבואה ממחריר תבן, מכיוון שהוא מוכן להוציאו כסף רק על תבן ולא על פירות יקרים להשגת הנהה זו.

⁶¹ נחלת רוד, על בבא קמא כ ע"א; הרב גוסטמאן, קונטרסי שיעורים, שצין לעיל, בהערה 63. מההרש"ל, יס של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סימן טו, פוסק שם "אכלה הרבה עד שחלהה, אף על פי שרע לה, ואינה נהנית כלל, מכל מקום משפטת מה שננהנית בפי שיעור הרואד לה, וזה קודם שאכלה יותר מן הרואד לה מתחייבת לשלם, לפי שננהנית". בשעה שננהנית הבהמה, חלה חובה תשלום על בעלייה, גם אם לאחר מכן נעלם היתרונו שזכה בו.

בכל נחלת דוד והרב גוטטמאן, בקונטרוטי שיעורים, שם, הדרנים כדברי מהרשייל, דוחים את מסקנותו, וקובעים שם עד שעת התביעה נעלמה התועלת שזכה בה בעל הבעמה, הוא יהיה פטור מכל תשלום. הסיבה לכך היא, שבבעל הבעמה היה חייב בתשלום בתחילת אכילתה של הבעמה, לא משום שננהנתה הבעמה הנאה חושית, אלא משום התועלות שנגרמה לו, כאשרלה בהמתו (אין לבעל הפירות זכות בעלות בגוף הבעמה עקב אכילת פירותיו, מכיוון שלא עליה מחירה עקב אכילתה. לכן בעל הבעמה אינו מחזיק בנכס המזוכה בזכיותו). **יתכן שההרשייל אינו חולק על העיקרון, שהזמן המכרייע לקיום הזכיה הוא שעת התביעה, כשהזכיה היא "תועלת", אלא הוא סבור, שהנחת הבעמה מחייבת את הבעלים כאלו הייתה הנאתה הנאה חושית של הבעלים.** נראה שכך הבין בעל "נחלת רוז" את דבריו.

דוגמה נוספת לזכיה, שהליכים עליה כללי "תועלת", היא הקמת מחוברים במרקע הולת, במקרים שהמשפט העברי קובע בהם, שזכה בעל המקרקעין במחוברים בשעת הקמתם, ואינו כדאי לורוש את סילוקם (ראה בדיונו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, להלן, עמ' 170). אמנם זכה בעל המקרקעין ברוח ממשי, אך להבדיל מקרה של זכיה שיש עמה רוח, שהזוכה זכאי לחשlot בטענה "מומני גבר", בעל המקרקעין אינו מחזק ברכושו של המקים, מכיוון שעברו המחוברים לבעלותו עם הקמתם. אם כן, תביעה המקיים אינה תביעה קניינית אלא תביעה אובליגטורית. ואולם, אף על פי כן, אם עד שעת התביעה נרפא המחוברים, יהיה הבעלים פטור מחשlot למקים. ראה: שורית לחם רכ, סימן קנו, סב ע"ב. מסקנה זו תואמת את הכללים החלים על זכיה שהיא "תועלת".

לכן, אם אכלה הבהמה פירות של אחר, יהיה הבעלים חייב לשלם דמיין לבעל הפירות, גם אם עד שעת התביעה הבעלים חייב להאכיל שוב את בהמו. זאת מושם שבינתיים עבד בבהמה שבעה, והפיק רוחים; או, לחילופין, מושם שעדין קיימת התמאלת (היכולת להפיק רוחים בעתיד) מאותם פירות – שהרי חייב להאכיל אותה רק פעם ולא פעמיים, אם רצונו לשמור אותה "יפה וסמנה".

סעיף 1(א): חובת ההשכבה**פרק חמישי****הזוכה — "מי שקיבל"****א. מבוא**

הסעיף קובע, ש"מי שקיבל" יתרון מחברו, שלא על פי זכות שבדין, חייב להשיבו. הסעיף אינו מבחין בין זוכים שונים, ומחייב את חובת ההשכבה על כל אדם, בין גודל ובין קטן, בין אם קיבל את היתרון בתום לב או בטעות, ובין אם גול את הנכס שהעניק לו את היתרון.

במשפט העברי יש הבחנות בין זוכים שונים, וחובת השכנת הזכיה אינה חלה על כל אחד בשווה. להלן נדון בסוגי זוכים מיוחדים, ונלבן את העקרונות המשפטיים החלים עליהם בסוגיה זו.

ב. נעדך כשרות משפטית (פסקול דין)

כאמור, יש במשפט האנגלי שתי גישות לנושא "עשיות עשר ולא במשפט": שיטת הצדκ הטבאי של הלורד מנספילד, ושיטת "מעין חוזה"¹¹⁸. מוזע¹¹⁹ מעיר: "יש נפקות לאיומוצה של דוקטורינה אחת על פני רעاتها... במקומות שהנתבע להשכבה הוא חסר כוח משפטי להתקשרות בחוזה, כגון קטן, אז לא ניתן ליישם את הפיקציה בדבר חוזה כללא, שהרי מקום שהנתבע חסר כושר לא ניתן לראותו כדי שהתחייב, כגירושת דוקטורינת החוזה כללא. מайдן ניתן ניתן לראותו כדי שחייב כנירשת לורד מנספילד". מtower הנאמר בסעיף 1 לחוק, המחייב קטן בהשכבה, ניתן ללמידה על דחייתה של שיטת החוזה כללא, על ידי המחוקק הישראלי. נבדוק עתה את גישת המשפט העברי לשאלת זו.

ג. השכנת נכס בעין

הרמב"ם¹²⁰ פוסק, שקטן שנגב נכסים, "אם אבדו איינו חייב לשלם הקאן, ואפילו לאחר שהגדילו". וגם השולחן ערוך קובע¹²¹, ששותה וקטן פטורים מתשלומי נזקין ומחובת התשלומים, החלה על גולן.

אף על פי שהקטן פטור מתשלומים המבוססים על חיוב שמקורו בהלכות גולה, ישיב בית הדין את הנכס הגולן לבעליו, אם הקטן מחזיק אותו בעין¹²², וזאת מן הטעם שכבר הזכרנו לעיל: "ממוני גבר (=ממוני אצלן)". גם אם "החליפו הגנבה על דבר אחר, או מכדרה, והדמים בעין... אם אין יכולת להשיג הגניבה ממי שהחליפו או מכרו לו, מחזירין הדמים או החליפין"¹²³. דינה של התמורה שקיבל הגנב بعد החפות הגנוב כדי ממון הבעלים ביד הגנבן, ולכן הבעלים זכאי שישיבו לו את ממונו¹²⁴. אם זכה קטן בנכס

¹¹⁸ עיין לעיל, פרק ראשון, עמ' 5.

¹¹⁹ מות (המשך לעיל, הערה 2), עמ' 500, הערה 77.

¹²⁰ רמב"ם, הלכות גנבה, פרק א, הלכה ח.

¹²¹ שולחן ערוך, ח"מ, סימן שמט, סעיף ג.

¹²² עורך השולחן, ח"מ, סימן שמט, סעיף א. ועיין: שולחן ערוך, ח"מ, סימן שמט, סעיף א, לעניין גנבת אישא; חידושי ר' עקיבא איגר, שם. ווראה לעיל, הערה 31.

¹²³ עיין דברינו על סעיף 2, חלק שני.

פרק חמישי: הזוכה

בעין ביזמת המזוכה, והמזוכה אינו מבקש את הנכס בחזרה, אלא מבקש תשלום בשווי הנכס, יהיה הקטן פטור מתשלום עד שיגדל, וגם אז הוא רשאי לדרוש, שיטול המזוכה את הנכס חזרה, ואף ישא בהוצאות ההשבה²⁴.

כשמדובר בזוכה הנדר כשירות משפטית, לא משומש שהוא קטן, אלא משומש שהוא לקרי בנסיבות, כגון שוטה, נגיעה לחוצאה רומה אף ללא שנזק לנימוקים האמוראים. אם קיבל שוטה לידיו נכס מן המזוכה, הוא יהיה פטור מכל תשלום, אבל המזוכה, אף אם יזם את הזוכיה, יהיה רשאי להшиб לעצמו את הנכס, משומש שלשותה אין כוח זכייה²⁵.

2. השבת טובת הנאה

נשאלת השאלה: מה דינו של זוכה הנדר כשירות משפטית, שננהנה מנכס המזוכה, אך הנכס כבר אינו בעין ברשותו בשעת התביעה? עקרונית גם לפחותו קטין וגם לשוטה אין כשרות משפטית להתחייב על פי דין, או להיות אחרים לנזק שגרמו, אלא שלגבי קטן יש תקנת חכמים, המקנה לקטין כוח להתחייב לצורך הנאה שקיבל למעשה²⁶. לפי שיטה אחת, הוא חייב להшиб גם הנאה שקיבל שלא על פי זכות שבדין, כפי שיכואר להלן.

אחד הפוסקים²⁷ דין בתביעתו של בעל מרתק אין נגד קטן ש"נשלח ממשחה שהכח להביא אין לשחות, וננתנו לו ממון שישלם, והליך הנדר ומצא המרתף פתוח, ולקח אין הרבה ללא מחיר, וגם נשפך הרבה לאיבוד". מסקנתו היא, שם נהנה הקטין מן הממון, הוא חייב לשלים. הוא משווה את דינו של הקטין הזה לדינו של קטן שלוה כסף למחיתו, שהוא חייב להшиб את הלוואה²⁸. מסקנתו מתרור, שהובת תשלום דמי הנאה שאינה בعين חלה על הזוכה רק אם הוא בעל כשירות משפטית להתחייב על פי דין. כאמור, תקנת חכמים מקנה לקטין כוח להתחייב לצורך הנאות²⁹. התקנה מחייבת את הקטין לשלים בעד כל הנאה שקיבל מחברו, כולל ההגנות שהגינו אליו "שלא על פי זכות שבדין".

²⁴ ביאור הגרא"א, ח"מ, סימן שעה, ס"ק טז. עיין חידושי הרשב"א, בבא קמא כא ע"א, ד"ה הא דאמרין. ונראה שם שיש לקטן "קניין חצר" במחוברים שהוקמו בחזרו שלו. וכן נראה מנתיבות המשפט, סימן רפו, ס"ק ג. וראה: נתיבות המשפט, סימן ר, בהקדמה. וייחכן שחצר נחשב לעניין מחוברים, שאין בכך משומש "אבדה מדעת".

²⁵ זכין לקטן שלא על ידי אחר, ואין זכין לשוטה שלא על ידי אחר. דאה: רמ"א, ח"מ, סימן רלה, סעיף כ; שולchan ערוך, ח"מ, סימן רלה, סעיף ז; שולchan ערוך, ח"מ, סימן ר מג, סעיפים טז-יח.

²⁶ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כת, הלכה א; רמב"ם, הלכות טען ונטען, פרק ה, הלכה יא; המגיד משנה מסביר שם, ש"הכל חלי בהנת הקטן". וראה: שולchan ערוך, ח"מ, סימן צו, סעיף ג.

²⁷ שות' שבות יעקב, חלק א, סימן קעoz.

²⁸ שולchan ערוך, ח"מ, סימן רלה, סעיף טז, זהה לשונו: "יש מי שומר, שחיביב לשלים כשיוריל... ויש מי שמלקל, שם ידוע לצורך מזונתיו, נפרעין ממנו". הטור, ח"מ, סימן רלה, סעיף ייח, כותב שיטת הרא"ש היא: "נפרעין ממנו אפילו כשהוא קטן". וכן מסיק בעל בנטה הגדולה (הגבות הטור, ח"מ, סימן רלה, ס"ק נג), בעל "שבות יעקב" מציין את דבריו הסמ"ע (ח"מ, סימן רלה, ס"ק מג), הקובל שם לווה הקטן לצורך מחיתו – חובת הפירעון חלה עליו, גם אם לווה כאשר היה פחות מגיל שש, אף על פי שבגיל זה הוא מנوع מלמכור; את נכסיו אפילו לצורך מחיתו (ח"מ, סימן רלה, סעיף א). השר"ץ, ח"מ, סימן רלה, ס"ק ז, חולק עליו, ופסק שהובת הפירעון חלה על לווה רק אם לווה בגין שהוא רשאי למוכר נכסיו לצורך מחיתו. עיין לעיל, פרק שני, עמ' 10, שם נתבאר, שיתרין המגדל רכושו של הזוכה דינו לנכס המזוכה המוחזק בידיו של הזוכה. אורום כאן, מכיוון שהלוואה להוצאה ניתנה, אין הקטן מחזיק בנכסי של המלווה, בשלווה ממנו. וראה לעיל,

הערה 29.

סעיף 1(א): חוכת ההשבה

לעומת זאת, פוסקים אחרים¹²⁹ קובעים, שקטין שננהה שלא על פי זכות שבדין, פטור. קביעה זו مستמכת על גישתו של בעל השולחן ערוך¹³⁰, ולפיה תקנת החכמים באה רק לטובה הקטין לאפשר לו להתחייב לצורך הנattoו. לכן, אם נהנה הקטין שלא על פי זכות שבדין, אין התקנה מהייתה אותו בתשלום, משום שאין בכך ממשום טובה הקtiny.

ואשר לשוטה, כיון שלא ניתן בזתקנה דומה, ואין כל אפשרות שיתחייב על פי דין, המסקנה המתבקשת היא, שהוא יהיה פטור מלהשב הנאה שאינה בעין¹³¹.

המשפט העברי, הדין בחובו של קטין, ופטור שוטה מתשולם, לאור דיני הנסיבות המשפטית החלים עליהם, אינו מקבל את העיקرون, שהובות ההשבה מוטלת על הזוכה רק על פי שיקול של "הצדק הטבעי", בלי להתחשב בשיקולים משפטיים אחרים. עובדה זו מאשרת את הקביעה, שכבר עמדנו עליה לעיל¹³², שהמשפט העברי מוצא את הבסיס לחייב את הזוכה בהשבה בדיין עצמו, בלי צורך להזדקק לשיקולי צדק ערטילאים.

ג. גזלו¹³³

כעת נבחן את השאלה, האם המשפט העברי מחייב כללים זהים לכללים החלים על מי שננהה מנכסי חברו בלי גזל? במלים אחרות, האם המשפט העברי מחייב גזלו בתשלום עבור הנattoו מן הגזל, נוסף להובתו להשב את הנכס הגזול עצמו¹³⁴? להלן נראה שההתשובה לשאלת זו היא שלילית.

אף על פי שכאמור, בעיקרונו המשפט העברי מחייב אדם בתשלום עבור הנattoו שקיבל מחברו שלא על פי זכות שבדין, הרי גזל מיטלטליין, שננהה מהmittellin מעות שגוזלים עד שהחוירם לבעליהם, פטור על פי דין ממונות מכל תשלום עבור הנattoו¹³⁵. וזה לשון המשנה¹³⁶: "כל הגזולנים משלמין בשעת הגזילה". אם השתמש הגזלן במיטלטליין של חברו למלאכתו שלו, הוא פטור מתשולם שכירות, משום ש"מטלטליין ברשות גזלן עומדים",

¹²⁹ שו"ת איגרות משה, ח"מ, סימן פח; שו"ת מהר"ס שיק, יורה דעתה, סימן שעה.

¹³⁰ בסוף משנה, הלכות טווען ונטען, פרק ה, הלכה יא, מסביר שהקטין חייב בתשלום אם "טעןנו בדבר שיש לו הנאה [הנאה] לקטין, שם לא יעשו להם דין, יתרחקו בני אדם ממנו, ולא ישאו ויתנו עמו. נמצא שבדין שדניהם אותו,ענק שיחייבוהו, עושין לו הנאה". בעל גידולי תרומה, שער לו, חלק ב, סעיף ז, חולק על דעת הכסף משנה: "נראה שהבין ז"ל הר הנאה להבא, דהינו שמתוך דין זה שייעשו לו, תמשך הנאה לעתיד. ולכאורה לא משמע הכל... נראה שהנאה היא בעניין עצמו. ודוק". במקביל לחלוקת זו חולקים מהר"ס שיק ובבעל "איגרות משה" על בעל "שבות יעקב".

¹³¹ שולחן ערוך, ח"מ, סימן צו, סעיף ה.

¹³² לעיל, פרק שלישי, עמ' 20.

¹³³ ראה לעיל, הערכה 3.

¹³⁴ בעניין זה, ראה מאמרו של א' ורhaftיג, "דמי שימוש בנכס גזל", חחומין ו(התשמ"ה), עמ' 235. וראה נ' רקובר, עורך ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שני, פרק רביעי, לגבי משכיד נכס גזל.

¹³⁵ לעניין דין של גזלן, שהווריה רוח של ממש, משינוי שאייעץ לנכס גזל בעת שהיא ברשותו, כגן: "כבשה הייתה מעוברת בשעת גניבה וילדה", ראה: שולחן ערוך, רמ"א, ח"מ, סימן שנ, סעיף א, ונוסאי הכלים, שם.

¹³⁶ בבא קמא צג ע"ב.

פרק חמישי: הזוכה

ולכן פטור הגזול, דבונפשיה עשה המלאכה [=בשלו עשה את המלאכה]¹³⁷; במלים אחרות, המשפט העברי קובע, ש"קנה" הגזול את הנכס הגזול בשעת הגזולה¹³⁸. קביעה זו באה להיבוט בתשלום שוויו של הנכס הגזול, גם אם הווק הנכס באונס; דהיינו, היא באה להטיל על הגזול אחריות מוחלטת. יש לציין, שבית הדין רשאי לקנוס את הגזול במסגרת דין העונשין, ולהייב אותו בתשלום הנאטו, אף על פי שהוא פטור מתשלום זה בדיוני ממונות¹³⁹. כאשר הנאטו כרוכה בהפחחת ערכם של המיטלטליין¹⁴⁰, יש אף שיטות המחייבות את הגזול בתשלום ההנאה לנגול מעיקר הדין¹⁴¹.

ר' יוסף קארו¹⁴², משווה את דיןו של גזול, שהשכר נכס גזול, לדינו של גזול, שהשתמש בעצמו בנכס; "מה לוי עשה מלאכה בעצמו, מה לוי השכיר לאחן"¹⁴³. לעומת,

¹³⁷ שולחן ערוך, ח"מ, סימן שס, סעיף ג; רמ"א, ח"מ, סימן שעא, סעיף ב; שולחן ערוך, ח"מ, סימן שס, סעיף ז; חזון איש, ח"מ, בבא קמא, סימן ב, סעיף ה.

¹³⁸ כהסביר זה, על פיו גזול פטור מדאורייתה מתשולם הנאטו, כותבים: הר"ר ישעה, בשיטה מקובצת לבבא קמא ב ע"א, ד"ה לא צריכא; קריית ספר, הלכות גולה ואבראה, פרק ג; ש"ך, ח"מ, סימן שס, ס"ק ת, על יסוד דברי הטור והרמ"א, ח"מ, סימן שעא, סעיף ב; נתיבות המשפט, סימן שס, ס"ק ד; ש"ת חותם סופר, ח"מ, סימן קעה; אוור שמח, הלכות גולה ואבראה, פרק ג, הלכה ח; עורך השולחן, ח"מ, סימן שס, סעיף יא; ר' שמואן שקוף, חידושי רבבי שמואן יהודה הכהן, בבא קמא סימן ב; ר' ייז גוסטמאן, קונטרס שיעורים, מסכתא בבא קמא, שיעור ב. הסמ"ע, ח"מ, סימן שס, ס"ק יג, שלא כריעות אלו, מפרש שהגゾן פטור מתשולם הנאטו מטעם "תקנת השבטים" (על מושג זה, ראה להלן, ליד ציון העירה 176). וזאת "דברי משפט", שם, הכותב בשיטת הסמ"ע סותרת את דברי הרמב"ם, הלכות גולה ואבראה, פרק ב, הלכה ב, והשולחן ערוך, ח"מ, סימן שנדר, סעיף א, הקובעים שהקנת השבטים עשויה לפטור גזול מתשולם רק לאחר יישוש בעליים (או נראה מלשונו הסמ"ע שהסבירו מוגבל לרמ"א החולק בח"מ, סימן שנדר, סעיף א, על הרמב"ם והשולחן ערוך). ש"ת חכילת השرون, חלק ב, ח"מ, סימן כת, דף כג, טור ג, ד"ה וא"כ, שואל גם הוא שאלה זו על הסמ"ע ומישבה על דרך הפלפול. הוא מציין את הטיז לחושן משפט, סימן שנדר, סעיף ה, הר"ר יהונתן בשיטה מקובצת לבבא קמא צו ע"ב, ד"ה כרב בהו, ושלטי גיבורים, בבא קמא לג ע"ב בדף הרמ"ף, אות א, כשוחפים לדעתו של הסמ"ע. אולי דבריו חמוחים; המקורות שהוא מציין נוקקים לתקנת השבטים לפטור גזול מחוות השבה כשהוא מחזיק בעין את ממונו של הנגול, שניתוסף לנכס הגזול בעת שהיא מוחזק ברשות הגゾן (הר"ר יהונתן בשיטה מקובצת דין בגזול שחרש בפורה גולה, ועל פי מהנוגם היה הנגול וכי לחלק מהיבול; ראה להלן, דברינו על סעיף 3). לעומת, הסמ"ע נזקק לתקנת השבטים לפטור את הגゾן מתשולם הנאה. לדברים אלה השווה: נ' רקובר, עשור ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שני, פרק רביעי, עמ' 52-55.

¹³⁹ שולחן ערוך, ח"מ, סימן שס, סעיף ג; לסמכותו הכללית של בית הדין לנוקוט אמצעי עניישה, ראה: שולחן ערוך, ח"מ, סימן ב. ראה באර אליהו, סימן א, סוף ס"ק כה; לדבריו רשאי בית דין "לפחות או להוסיף. ע"פ פרצתו של הנגול".

¹⁴⁰ המדובר בהפחחת שאין בה כדי לשנות את המיטלטליין שינוי הפטור את הגנו מהשבטים בעין, ומהיבוט רק בתשלום כספי בשווים. ועיין: חזון איש, בבא קמא, סימן ב, סעיף ה.

¹⁴¹ סמ"ע, ח"מ, סימן שס, ס"ק ח; חידושי רבבי שמואן יהודה הכהן (שקוף), בבא קמא, סימן ב, סעיף א: "דמה שגゾן פטור מתשולם אין רק ממשום דבשלו משתמש, לפי זה, אם מכחיש קצת את גוף הדבר הנגול, דבגוף החפץ אין לו שום זכות להכחישו... ממשום hei [=משמעות] מה שנשנה מחסרון זה ודי חיבכ, דבריו נהנה מממון חברו, ולא עדיף משאר אדים". דעת זו אינה כedula נתיכות המשפט, שם, ס"ק ד, וש"ת עמודיו א"ש, דף סו. והשווה: פרידמן, סעיף 284.

¹⁴² בית יוסף, ח"מ, סימן שס, סעיף ה. ועיין: ש"ת חותם סופר, ח"מ, סימן קסה. וראה: ש"ת שואל ומשיב, מהזרה ג, חלק ג, סימן כג.

¹⁴³ מתוך דבריו נראה, שר' יוסף קארו אינו פטור את הנגול במקרה זה מכוח תקנת השבטים, אלא מעיקר הדין, וראה "דברי משפט", שצוין לעיל בהערה 138.

סעיף 1(א): חובת ההשבה

הרמ"א¹⁴⁴ פוסק, שגוזן שהשכיר את הגוזל¹⁴⁵ אינו זכאי לגבות את דמי השכירות מהשכר, והוא חייב להשיבם לבעל הנכס¹⁴⁶. הרמ"א מבחין בין דמי השכירות להנאה שספק הגוזן מהנכס הגוזל. מי שכור נכס, מתחייב לשלם לבעל הנכס בלבד, ויוציא אותו ירידות ישירה, גם אם כל מגעיו היו עם הגוזל, וגם אם הוא סבור, שהגוזן הוא בעל הנכס, זאת על פי הכלל: "כיצד הלה עושה טהורה בפרטו של חברו?"¹⁴⁷.

יש בעיר, שהגוזל מקרקעין מחברו, אין דין גוזלה חלים עליו¹⁴⁸, וזאת בהתאם לכל התלמידי: "קרע אינה גזולה". לנכון, כל "היכא דאיתא, ברשותה דMRIה איתא [=כל מקום שהוא נמצא, ברשות בעלייה עומדת]", ואין המקרקעין נחשבים כברשותו של הגוזן. מילא אם נהנה הגוזן מהקרקעין הגוזלים, הוא יהיה חייב לשלם לבעל המקרקעין על פי הכללים המחייבים כל אדם לשלם עבור הנהנה שקיבל מזולתו שלא על פי זכות שבדין¹⁴⁹.

פרק שישי

הזכה — "אדם אחר" ("ממון שאין לו טובעין")

החוק מחייב את הזכה בהשבה, כאשר קיבל "אדם אחר" זכיה שלא על פי זכות שבדין. על פי חוק הפרשנות¹⁵⁰, "מקום שמדובר באדם, אף חבר בני אדם במשמעותו, בין שהוא תאגיד בין שאין תאגיד". מכאן, שעל פי החוק, אם קיבל אדם זכיה לחבר בני אדם, הוא יהיה חייב בהשבה, וזאת אפילו אם אינם מאוגדים. במשפט העברי יש מושג שאינו מקובל בתפיסה המשפטית הנהוגה, והוא: "ממון שאין לו טובעין". מדובר בסוף השיק' לקבוצת בני אדם, ואף לא אחד מהם אינו יכול להוכיח את זכויותיו עליון. כך הוא המצב לדוגמה, לפי רוב הראשונים¹⁵¹, בקופה של צדקה. הכספי שבקופה שייך לעניים, אך אין אף עני היכול להוכיח שהוא זוכה בסוף שבקופה. כמו כן, אין זה נכון, שככל העניים שביעולם שותפים בסוף זה, מכיוון שנאמן הקופה מוסמך לחלק את הכספי

¹⁴⁴ רמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה. מקורה ברכ"ה, מובא בטדור חו"מ, סימן שסג, סעיף ה.

¹⁴⁵ כשהגדה גוזלה זו להשכרה, טור ורמ"א, שם.

¹⁴⁶ עיין: נ רקובר, עשר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שני, פרק רביעי, עמ' 50, ושם בהערה 40, המפנה לשיטת שלטי הגיבורים לר"ף, בבא מציעא, פרק ה (לו ע"א בדף הר"ף), לפיה דין זה אינו אמר אלא אם כן עדין לא שלומו דמי השכירות. ואולם, ראה בהערה הבאה.

¹⁴⁷ בבא מציעא לה ע"ב; ביאור הגרא"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק יב; וסימן שעה, ס"ק ייח; ועיין לעיל, הערכה 97, בדברי הרשב"א והרייטב"א למשנה. וראה: ערוץ השולחן, חו"מ, סימן שסג, סעיף יא, שכחוב: "זאת ששכרה, הווי שכורה מבטליה"; וכן ראה: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כ, סעיף ה. הט"ז לחושן משפט, סימן שסג, סעיף ה, ד"ה ואם שכרו, מטביר שהרמ"א אינו פוטר את הגוזן מהשבה מטעם תקנת השכירים השווה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסב, סעיף ב), משום שהגוזן "גוזל גזילה אחרת בשעה שלוקח השכר [=דמי השכירות]. ואולם, ראה בנושאי הכלים של השולחן ערוך, חו"מ, סימן שנד, סעיף א, שחלקים מסבירים את דברי הרמ"א שם, בלי להיזק לתקנת השכירים.

¹⁴⁸ שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעא, סעיף א.

¹⁴⁹ רמ"א, חו"מ, סימן שעא, סעיף ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעג, סעיף ג.

¹⁵⁰ סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

¹⁵¹ מאיר לחולין קל ע"ב; דין לאולין קל ע"ב, מד ע"ב בדף הר"ף; שו"ת חוות יאיר, סימן קצט.

פרק שישי: המזכה

לפי ראות עיניו. אמן הריטב"א¹⁵¹ חולק על דעה זו, וסביר שהענינים שותפים בכך, ברם דעתו היא דעת מיעוט.

הדין הוא, שני שנהנה מ"ממון שאין לו טובען" – ואין בדבר משום הגדלת רכשו – פטור מתשולם¹⁵² משום שאין מי שיכול לחייב אותו. לדוגמה, על אף החובה המוטלת על כל יהודי تحت תרומות ומעשרות לכוהן וללווי, דין של התרומות והמעשרות כ"ממון שאין לו טובען", והנהנה מהם פטור מתשולם. תרומות אלה הן בגדר "ממון שאין לו טובען", משום שהבעליים זכאי להחלטת למי למסור אותם, ואין לכוהן או ללווי מסויים זכות לחייבם מהבעליים.

השולחן ערוך¹⁵³ פוסק, ש"מי שהפקידו אצלם מעות עניים... ופשע בהם ונגנוו – פטור, והרי הוא ממון שאין לו טובען". והרמ"א מוסיף¹⁵⁴: "אם הגבאי אמר לשומר: 'שמור לי, חייב כשאר שומר', ומסביר הגאון מווילנא¹⁵⁵: 'דמותן שיש לו טובען הוא'."

האחרונים נחלקו בפירוש דברי הרמ"א. שיטה אחת¹⁵⁶ מבחינה בין גוזר המועל במעות עניים לבין אדם אחר הננהנה מעות אלו. לגבי הגוזר מעות אלו הם בגדר "ממון שאין לו טובען", שהרי הוא יכול לחלק אותם למי שירצה; ואילו לגבי אדם אחר דין של מעות אלו כ"ממון שיש לו טובען" – הגוזר – וכайлו כבר חילק אותם הגוזר לעניים.

לפי שיטה אחרת¹⁵⁷ מעות עניים הן "ממון שאין לו טובען" לא רק לגבי הגוזר אלא גם לגבי שאר בני אדם. הסבר פסקו של הרמ"א לשיטה זו הוא, שאם מסר הגוזר את המעות לשומר, והתחייב השומר לשמור בשםיהם לגוזר, הרי קיבל על עצמו אחריות כלפי הגוזר, והוא חייב בתשלום, אם פשע. במקרה זה, חיובו נובע מהתחייבותו של השומר כלפי הגוזר, ולא משום העובדה "ממון שיש לו טובען".

נקודות מעניינת בין שתי השיטות היא, לעניין דין של זוכה שננהנה מקרנות צדקה או מקרנות אחרים המנוחלים לטובת אנשים או גופים לא מסוימים¹⁵⁸: לשיטה הראשונה, הזוכה חייב בתשלום הנאותו; לשיטה השנייה, חייב רק "לצאת ידי שמים"¹⁵⁹.

¹⁵¹ הריטב"א לחולין קל ע"ב, ד"ה אלא.

¹⁵² דברי רב חסדא, חולין קל ע"ב. שולחן ערוך, יורה דעה, סימן טא, סעיף טו וסעיף לא. "ומכל מקום לצאת ידי שמים חייב", סעיף טו, שם; וש"ך, ס"ק יט. אין כאן המקום להאריך בשאלת: האם להגדיר ממון של קרנות גמ"ח למיניהם כ"ממון שאין לו טובען"? עיין: בית שמואל, אבן העזר, סימן ל, ס"ק ט, המגדיר "בית הכנסת" כרשوت השותפים. ועיין: קצוח החושן, סימן ר, ס"ק א; נתיבות המשפט, סימן ר, בהקדמתו בעניין זה.

¹⁵³ שולחן ערוך, חותם, סימן שא, סעיף ג.

¹⁵⁴ רמ"א, חותם, סימן שא, סעיף ג.

¹⁵⁵ ביאור הגרא"א, חותם, סימן שא, ס"ק ב.

¹⁵⁶ נתיבות המשפט, סימן שא, ס"ק ח; לשיטה זו, פסקו של הרמ"א מנוגד לשיטת המאירי, ואולם דברי הרמ"א הם דברי המודכי בפירושו לבבא קמא צג ע"א (פרק ח, סימן קא), והמאירי לבבא קמא, שם, פוסק אף הוא כמודכי; עיין חוות דעת לירודה דעה, סימן קס, ס"ק ג.

¹⁵⁷ ש"ך, חותם, סימן שא, ס"ק י; נחלח צבי, סימן שא, בפירוש הש"ך; חוות חוות יאיר, סימן קצט.

¹⁵⁸ אם הגוזר חייב לחלק את הכספי לעניים מסוימים, הכספי נידון כממון שיש לו טובען. ראה: שולחן ערוך, שם. חוק הנאמנות, החשלה-ט-1979, קובלע בסעיף 1(א): "לגביה הקדש דת, שנוסף בפני בית דין דתי על פי הדין הדתי, רשאי בית הדין הרchi להורות, שהוראות חוק זה בעניין יצירת הקדש ובעניין ניהול הפנים לא יחולו עליו".

¹⁵⁹ לעיל, העדה 153.

סעיף 1(א): חובת ההשבה

יש לציין, שאם הזכה מחייב "בממון שאין לו טובען", או בחליפתו בעין, או שהפקיד רוחה מ"ממון שאין לו טובען", כגון מעשרות או צדקה, יהיה חייב בהשנת הזכיה, וזאת משום ש愧 על פי שאין טובעים, "בית דין כופין אותו משום מצוות הפרשה [הפרשת חרומות ומעשרות]", או משום מצוות צדקה¹⁶¹. כפי שראינו לעיל¹⁶², דין אחד לממון בעין, ל החליפיו, ולרוחים היוצאים ממנו.

פרק שביעי

ההשבה – "חייב להשיב למזוכה את הזכיה"

א. הוצאות ההשבה

סעיף 1(א) לחוק קובל, שהזכה חייב להשיב את הזכיה למזוכה, אלא שהחוק אינו מшиб לשאלת: מי ישא בהוצאות ההשבה, כאשר פועלות ההשבה כרוכה בטרחה או בתשלום? חוק המקראין, התשכ"ט-1969¹⁶³, קובל שבעל מקראין רשאי לדרוש סילוק של מחוברים שהוקמו על מקראינו ללא רשותו, והוצאות הסילוק הן על המקיים. עיקרונו זה מקובל גם במשפט העברי¹⁶⁴. המשפט העברי אף מישם עיקרונו זה, כשהסביר אדרס את מיטללי חברו ללא רשותו¹⁶⁵.

מכאן ניתן להסיק, שאם הזכה מחייב בנכסי המזוכה בעין, גם המשפט העברי וגם המשפט הישראלי לא יהיו מחיבים את הזכה בתשלום הוצאות ההשבה, אם יוזם המזוכה את הזכיה. אם המזוכה, או גורם שלישי, יוזם את הזכיה, הוצאות ההשבה אינן חלות על הזכה¹⁶⁶, אולם אם הזכה אינו דורש את סילוק הזכיה, והוא מעוניין בקיומה, יהיה עליו לשלם תמורהה למזוכה¹⁶⁷.

אם יוזם הזכה את הזכיה במכoon, והוא מחייב בנכסי המזוכה בעין, אין ספק שההוצאות ההשבה חלות עליו, שכן דין כדין גולן.

¹⁶¹ ש"ך, יורה דעה, סימן סא, ס"ק ז. וראה: חולין קלא ע"א, דין מי שאינו מלך את גרכנו; שעריו יושר, שער ג, פרק כה. ועיין דין לחילין קלא ע"א (מד ע"ב בדף הר'י'ף), הוכיח שגם אם הרווחה מנכס שאין לו טובען, אם שינוי את הנכס בכוונה לבטל את מצותו, פטור מתשולם לכחון. וראה: ערוך השולחן, יורה דעה, סימן סא, סעיפים מתרניא; קצotta החושן, סימן קז, ס"ק ז. نتيבות המשפט, שם, ס"ק ז, פוסק שאין נפקא מינה לכך שהזכה "הפקיע מצוחתו", כשהוא חייב גם חיוב ממוני, ומחייב את ממן חברו בידו. למלוקות אלו אין נגיעה לדין ערוך השולחן (חו"מ, סימן שמט, סעיף א, וראה לעיל, הערת 31 והערה 122), מכיוון שלא מוטלת על קטן מצוות השבת הנגולה וכן לא השבת הממון שאיןו שלו, ותביעת הנגול היא לבית הדין להסביר לו את נכסי השווה: פרידמן, סעיף 34.

¹⁶² ראה לעיל, ליד ציון הערת 31.

¹⁶³ חוק המקראין, התשכ"ט-1969, פרק ד.

¹⁶⁴ רמ"ה, מובה בטורו חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

¹⁶⁵ ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיפים יד-טו; עיין: קצotta החושן, סימן שו, ס"ק ז.

¹⁶⁶ במקרה אלה, המזוכה אמונה וכאי להשבה, מכיוון שמדובר במצבם נמצאו ברשות הזכה, אך דבר זה אינו מחייב את הזכה במימונן פועלות ההשבה, עיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קסח, סעיף א.

¹⁶⁷ דין קונה. ועיין להלן, בדיוננו על סעיף 1(ב); וכן עיין בדיוננו על חוק המקראין, התשכ"ט-1969, להלן עמי 176. וראה להלן, ליד ציון הערת 187, שיש שהזכה אינו רשאי לדרוש את סילוק הזכיה.

פרק שבעי: ההשבה

נחלקו הפוסקים בדיןו של זוכה שיזום את הזכיה שלא במכוון, כגון שנטל נכסיו של חברו بطעות. השיטה המקובלת אצל הרבה מן הפוסקים היא¹⁶⁸, שהנותל אינו גולן, ואין חלים עליו דיני גולה. לدعותם, אין לחייב את הזוכה לשאת בהוצאות השבת הנכיסים מדין חובת ההשבה, החלה על הגולן¹⁶⁹. יחד עם זאת, לשיטתו של השולחן ערוך¹⁷⁰, שככל מזיך שהזיך בהרחקת נכסים מבעליהם, חייב בהוצאה השבתם, הזוכה יהיה חייב לשאת בהוצאה השבת הנכיסים למזוכה מדיני נזיקין. לעומתו, הרמ"א¹⁷¹ סובר, שככל מזיך שהזיך בהרחקת נכסים מבעליהם, פטור מתשולם נזיקין, מכיוון שהנזק שגרם הוא רק נזק עקיף. אולם דעת אחד הפוסקים¹⁷² היא, שגם הרמ"א היה מחייב את הזוכה בהוצאות ההשבה מדיני נזיקין, במקרה שבבמהלך ההשבה בטעותו עצמו, והמזוכה הייתה צריכה לתבוע אותו לדין ולהוכיח שהנכסים שלקה הזוכה הם באמת של המזוכה. במקרה אלה, הנזק שנגרם למזוכה לא הסתכם בהרחקת הנכסים ממנו, והזוכה נידון כאילו הזיק לגוף הנכיסים).

כאמור, עד מה זו אינה מוסכמת על הכל. יש דעת¹⁷³ הקובעת, שכלי גולה חלים גם על מי שנוטל את נכסי חברו בטעות, וככל גולן הוא חייב לשאת בהוצאות השבת הנכיסים שגולן. הגווקטים בשיטה זו מצינים, שהזוכה זו חלה על הזוכה, רק אם התכוון בשעת הנטילה לרכוש אותם לעצמו, כגון שנוטל את הנכיסים, משומש שחייב בטעות שם הפקר, או שקיבל תשלום בטעות. ברם, אם בשעת נטילתם היה סבור, לנכסים אלה היו מפני זמן, ולא התכוון לזכות בהם בנטילתם, גם בעלי דעתה זו קובעים, שדיני גולן אינם חלים עליהם. ויש שיטה אחרת¹⁷⁴, ולפיה הנוטל נכסי חברו בטעות, אינו חייב להשיכם כדין גולן, אלא אם נבעה טעתו מפשיעה.

ב. השבה בעין והשבת התמורה

החוק¹⁷⁵ מאפשר לזוכה להשיב את תמורה הזכיה למזוכה, כאשר השבת הזכיה בעין אינה אפשרית, או אינה סבירה. עיקרו זה מקובל גם במשפט העברי, בהגבלות מסוימות. עקרונית, הגולן חייב להחזיר לנגולן את החפץ שגולן ממן¹⁷⁶, אלא שתיקנו חכמים, שהוא רשאי לפצות את הנגול בכסף, אם החזרה החפץ הנגול כרוכה בהפסד לא סביר לנגולן, וכך נאמר במשנה¹⁷⁷: "העיד רבי יוחנן גודגדא... על המריש [=קורחה]¹⁷⁸ הנגול

¹⁶⁸ קצות החושן, סימן כה, ס"ק א; שם, סימן עב, ס"ק לה; נתיבות המשפט, סימן כה, ס"ק א; שם, סימן עב, ס"ק יג; פרישה, יורה דעת, סימן קעוז, ס"ק מא; ט"ז, שם, ס"ק לח; חוות דעת, שם, ס"ק כו; הרא"ש, כלל צג, סימן ב; טור ח"מ, סימן עב, סעיף כו; שולחן ערוך, ח"מ, סימן עב, סעיף לג; וכן נראה מלשון הומברים בהלכות גולה ואבדה, פרק ה, הלכה ד: "מי שעבר ואכל גולה".

¹⁶⁹ קצות החושן, סימן כה, ס"ק א; שם, ס"ק יג.

¹⁷⁰ שולחן ערוך, ח"מ, סימן שפו, סעיף א.

¹⁷¹ רמ"א, ח"מ, סימן שפו, סעיף ג.

¹⁷² אמרי בינה, חלק ב, סימן לט.

¹⁷³ מחנה אפרים, הלכות גולה, סימן ז; שער משפט, סימן עב, ס"ק לא.

¹⁷⁴ אמרי בינה, חלק ב, סימן ל, בשם יד רמ"ה לסנהדרין לג ע"א, ד"ה בבא דתיריטה.

¹⁷⁵ הסיפה של סעיף ז לחוק.

¹⁷⁶ שולחן ערוך, ח"מ, סימן שס, סעיף א.

¹⁷⁷ משנה, גיטין ה, ה; נה ע"א.

¹⁷⁸ רשיי, גיטין ט, ד"ה מריש.

סעיף 1(א): חוכת ההשבה

שבנאו בבייה [=בית גדור]¹⁷⁹, שיטול את דמיו, מפני תקנת השבים". בניזון זה נחקו בית שמאי ובית הילל¹⁸⁰: "תנו רבנן: גול מריש ובנאו בבייה, בית שמאי אומרים: מקרע כל הבירה כולה, ומוחזיר מריש. ובית הילל אומרים: אין לו אלא דמי מריש בלבד, משום תקנת השבים", ונפסקה הלכה כבית הילל¹⁸¹.

רש"י¹⁸² מסביר, שתיקנו חכמים, שהגולן רשאי לפצוח את הנגוז בכסף, שם היו מחייבים אותו להרומים את ביתו ולהשביב את הקורה, "ימנע מעשיות תשובה". המבי"ט¹⁸³ קובע, שהעיקרון המאפשר לזכה להשיב תמורה כספית, כשהשבות הזכיה אינה סבירה, חל גם על זוכה שאינו רשע. לכן, המסיג את גבול חברו שלא בכוננה, "שהבנאים הכניסו חצי אלה מקרע חברו שלא מודעתו". חייב רק בתשלום פיצוי כספי¹⁸⁴.

יש לציין, שהתקנה חלה רק על המקורים שביהם הפסד לזכה מהשבת זכייתו, נקבע לכך שקבע את הנכס שזכה בו, לתוכן מערכת גדולה יותר, כגון קורה שבנהה בבית. אם השבת הזכיה כרוכה בהוצאות רבות לזכה, אף הפסד איינו נובע מקביעת הזכיה לתוכן מערכת גדולה יותר, העוללה ליהרס בעת הוצאה הזכיה, אין לפטור את זוכה מהשבת הנכס בעין¹⁸⁵. לכן, גם אם השבת הנכס כרוכה בתשלומי הובללה, אין זוכה יכול לפטור את עצמו, על יסוד תקנת השבים, מהובת השבת הנכס בעין¹⁸⁶.

אם זכה זוכה בנכס ביזמת המזוכה, שפעל לטובתו, והשבת הנכס בעין עלולה להזיק לנכס, דעתו של אחד הפוסקים היא, שהזוכה אינו רשאי לסליק את הנכס, והוא חייב לשפט תמורה¹⁸⁷.

¹⁷⁹ רש"י, שם, ד"ה בירה.

¹⁸⁰ ברייתא, גיטין נה ע"א.

¹⁸¹ שולחן ערוך, חו"מ, סימן שם, סעיף ב.

¹⁸² רש"י, גיטין שם, ד"ה מפני תקנת השבים.

¹⁸³ שותה המבי"ט, חלק ג, סימן ק מג, המובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שם, ס"ק א.

¹⁸⁴ משנה למילך, הלכות גנבה, פרק ג, הלכה א, חולק על פסקו של המבי"ט. מחלוקת מוגבלת לגזלת קרען "דלא עשר" תקנת השבים בקרען.

¹⁸⁵ עיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שם, סעיף א, אם בנוו לתוכן בניין ארעי, חייב הגולן בהחזרת הנכס בעין, אף על פי שיש להניח, שגט פירוקו של בניין ארעי ברוך בהוצאות.

¹⁸⁶ כך היה גם דעת המכחים אדם בהצלת מן חברו מדין "השחת אבדה", אף כשהצלה זו כרוכה בהפסדו, ובלבבד שהזוכה מוכן לפצוח את המציג על הפסדו (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה; דעה ראשונה ברמ"א, חו"מ, סימן רעד, סעיף א). על פי דעה זו ניתן היה לטעון לכואורה, שעיל המזוכה חלה החובה לוותר על קבלת הנכס עצמו, ולהסתפק בקבלת פיצוי כספי תמורה, כדי להציג את זוכה מההוצאות הכרוכות בהשבת הנכס בעין. אך כאמור, אף לשיטות אלו, זוכה חייב בהשבת הזכיה בעין, אם הפסדו בהשבת חברו משלם שהוא חייב בו על פי דין (נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג). רק כשהפסדו של זוכה בהשבת הזכיה נובע מהינזוקות נכס אחד שכבעלחו, כתעצאה מההשבה, זוכה יהיה פטור מהשבה בעין של נכס המזוכה (שער משפט, סימן שם, ס"ק א). ראה להלן דברינו על חוק המקרען, התשכ"ט-1969, עמ' 183-184. והשווה: פרידמן, סעיף 215.

¹⁸⁷ נתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ז; שם, סימן שעה, ס"ק ב. לגובה החשלום, ולנטיבות אחרות שהזוכה אינו רשאי לדורש את סילוק הזכיה, ראה להלן בדיונו לסעיף ו(ב) – יום הזכיה.

סעיף 1(ב)

יוזם הזכיה

1. (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזוכה או חובת ההשכה בדרכך אחרת.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 37

פרק שני: זכיה ביזמת המזוכה – "מפעולת המזוכה" 37
א. מבוא – זכיה הניתנת לסלוק ושאיינה ניתנת
לסלוק 37

ב. שיעור התשלומים מתחום בחינת כוונות המזוכה
והזוכה 39

1. בחינת כוונות המזוכה 40
2. בחינת רצונו המשוער של הזוכה 42

**פרק שלישי: זכיה ביזמת גורם שלישי – "או בדרכך
אחרת" 46**

א. מבוא – זכיה הניתנת לסלוק ושאיינה ניתנת
לסלוק 46

ב. שיעור התשלומים מתחום בחינת סוג הזכיה 47
1. זכיה שיש עמה רוחה 47
2. זכיה שאין עמה רוחה 48

פרק רביעי: סיכום 49

פרק ראשון

מבוא

דיווננו על סעיף 1 (א) יוחד לזכיה ביזמת הזכיה; דיווננו על סעיף 1 (ב) יוקדש לחובת הזכיה כלפי המזוכה, כאשר הזכיה לא יוזם את הזכיה כלל. זכיה שלא ביזמת הזכיה היא זכיה שהגיעה לזכיה באחד משני אופנים אלה:

א. זכיה ביזמת המזוכה; נסיבות זכיה זו עשויות להיות תוצאה של שלושה דברים: טעות מצד המזוכה; פועלות המזוכה לתועלת עצמו, שכורוכה בה בעקיפין זכיה לזכיה; רצונו של המזוכה להיטיב לזכיה תמורת תשלום.

ב. זכיה ביזמת גורם שלישי. אדם שלישי זיכה את הזכיה בזכות מתווך רכושו של המזוכה, בלי שקיבל את הסכמת המזוכה, או שגורם טבעי, כגון שיטפון, או רוח, גורם לזכיה.

על פי הסעיף: "אחת היא אם באה הזכיה מפעולות המזוכה או בדרך אחרת". כלומר, המתווך אינו מבחין בין אופני הזכיה; בין הזכיה היא ביזמת הזכיה, ובין היא ביזמת המזוכה או גורם אחר, יהויב הזכיה בהשבתה, או בתשלום שווה למזוכה.

יחד עם זאת, בית המשפט רשאי לבחין בין אופנים שונים של זכיה; סעיף 2 לחוק קובלע, שבית המשפט רשאי לפטור את הזכיה מחובבת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מಕצתה, "אם ראה נסיבות... העושות את ההשבה בלתי צודקת". במשפט העברי נעשו הבדיקות רבות בין אופני הזכיה השונים, האמורים לעיל, ויש בהן להדריך את בית המשפט בבוואר הפעיל את שיקול דעתו על פי סעיף 2.ណון בהבינותו אלו בהמשך, אך כבר עתה נקיים ונאמר, שהעובדת שהזכיה באה מיזמתו של המזוכה או מגורם שלישי, ולא מיזמת הזכיה, אינה כשלעצמה סיבה לפטור.

פרק שני

זכיה ביזמת המזוכה – "מפעולות המזוכה"

א. מבוא – זכיה הנינתה לסלוק ושאיתנה ניתנת לסלוק בסוגיה של זכיה ביזמת המזוכה, יש לחלק את הדיון לשני סוגים זכיות: זכיה הנינתה לסלוק; זכיה שאינה ניתנת לסלוק.

בעיקרון, בזכיה שניתנת לסלקה פיזית, כגון נכס מיטלטל שהוכנס לרשות הזכיה על ידי המזוכה, הזכיה זכאי לתחזע סילוק על חשבון המזוכה, והמזוכה רשאי לסלוקו ללא הסכמת שולחן ערוך, חורם, סימן שעה, סעיף ב.

סעיף 1(ב) : יוזם הזכיה

הזכיה. כאשר הזכיה והמזוכה גם יחד רשאים כל אחד לסלק או לדrhoש את סילוק הזכיה ללא הסכמת הצד השני, אין צורך בקיעה משפטית בדבר התמורה שתשלום עבר בקשה אחד הצדדים (או שניהם) להשאר את הזכיה. במקרה זה, יקבעו הצדדים את גובה התמורה בהסכם ביניהם.

לעומת זכיות אלה, יש זכיות שאינן ניתנות לסלוק מבחינה פיזית, כגון שהאכילה המזוכה את בהמת הזכיה, או רחץ את מכונתו, או ליטש את יהלומו. אף יש מי שקובע², שם סילוק הזכיה על ידי הזכיה כרוכך בהכרח בקלקולה, יש לראות בה זכיה שאינה ניתנת לסלוק פיזית. להלן נראה, שגם כזכיה ניתנת לסלוק מבחינה פיזית, יש וזהין אוסר את הסילוק. במקרים אלה, שביהם הזכיה או המזוכה אינם יכולים, לסלק את הזכיה, או אינם רשאים, יקבע השופט את התשלום שיישלם הזוכה למזוכה.

להלן חמישה מקרים שבהם אחד הצדדים אין רשיי לסלק את הזכיה ללא הסכמת הצד השני, אף על פי שהזכיה ניתנת לסלוק פיזית. בשלושת המקרים הראשונים מנוע הזכיה, ובשני המקרים האחרים מנוע המזוכה.

הזכיה אינו רשאי לדrhoש את סילוק הזכיה בנסיבות הללו:

א. המזוכה פעל מתוך כוונה להעביר את הזכיה לבעלות הזוכה תמורה תשלום, ומצד הזכיה מתקיימים שני תנאים מצטברים: הזכיה נחוצה לו; יש לו יכולת לשלם את תמורתה "לא כיוף פרנסטו"³. כשהשני התנאים האלה מתקיימים, רואים את הזוכה כמו שרכש בעלות בזכיה כבר בשעת העברתה לרשותו, ועל כן הוא אינו רשאי לדrhoש מהמזוכה, שיסלק אותה⁴. כך, למשל, אם הוועיף גג ביחסו של הזוכה, והרכיב לו המזוכה גג חדש, מבלתי שнатבקש לכך, כשבדעתו לדrhoש תשלום תמורה. הזוכה אינו רשאי לדrhoש מהמזוכה לפרק את הגג, משום שהמזוכה פעל מתוך כוונה להעביר לזוכה את הבעלות על הגג החדש תמורה תשלום, והרכיבתו של הגג החדש היא דבר נחוץ. אם יוכיח הזוכה, שהוא אינו מסוגל לעמוד בהוצאה, יהיה זכאי לדrhoש את סילוק הגג, ולהיפטר מתחלים עבورو.

ב. המזוכה פעל בתוך תחומו, והזוכה נהנה בעקיפין מפעולתו⁵. ברור שגם במקרה זה אין הזוכה יכול לדrhoש מהמזוכה, שיסלק את מקור הזכיה, שהרי פעל בתחוםו. דוגמה לכך היא גידור שדות הזוכה (המקפים על ידי שדות המזוכה), כתוצאת לוואי של גידור שדות המזוכה⁶.

ג. סילוק הזכיה כרוכך בהכרח בקלקולה⁷.

² נתיבות המשפט, סימן שוו, ס"ק ז, וסימן שעה, ס"ק ב. חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ו; שם, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו, חולק על נתיבות המשפט.

³ ראי"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג.

⁴ ראי"ש, שם; שולחן ערוך ורמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו; וסמ"ע, שם, ס"ק יד; מדובר בהעברת הזכיה לחצר המשתרעת. נבהיר שבמקרה זה גם המזוכה אינו רשאי לסלק את הזכיה. ראה להלן, ליד ציון הערכה 9, שאין צורך בקיים כל התנאים האמורים כאן, כדי שהמזוכה לא יהיה רשאי לסלק את הזכיה, שכן גם אם הזכיה אינה נחוצה לזרקה, אלא שהסכמים לשלם עבורה, זה עצמו מפטיק לאסור על המזוכה לסלקה.

⁵ שולחן ערוך, חו"מ, סימן קגח, סעיף ו; וראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק ח, הכווכח שהניקף אינו זכאי לתבעו את סילוק הגדר, משום שהמকיף הוא כעין שותף. הסבר זה נכון רק אם הרקמה הגדר בין המקיף לניקף, כשהחלקה על מקרקעי הניקף.

⁶ ראה: שולחן ערוך, שם; הורוגמה לקוחה מבבא קמא כ ע"ב.

⁷ ראה לעיל, העלה 2, ממש עולה, שהדבר אינו מוסכם על הכל.

פרק שני: זכיה ביזמת המזוכה

במקרים הבאים המזוכה אינו רשאי לסלק את הזכיה ללא הסכמתה הזוכה ד. יש בסילוקה של הזכיה משום הפסד לזכיה לעומת מצבו קודם הזכיה. זהה לשון השולחן ערוך⁸: "אם אמר [הנוטע אילן בשדה חברו שלא ברשות]: הריני עורך אילני, אין שומעין לו, מפני שמכחיש הארץ".

ה. המזוכה יזם את הזכיה מתווך כוננה להעבירה לזכיה תמורה תשלום שווייה, והזוכה הסכימים לשלם את שווייה המלא, אף על פי שהזכיה אינה נחוצה לו. במקרה זה, רכש הזכיה את הזכיה מכוח הסכמו, וממילא אין המזוכה יכול לסלקה ללא הסכמו⁹.

כאמור, יתכן שהזכיה אינה ניתנת לסלוק פיזית, אולם גם כאשר לא ניתן להסידר את הזכיה מנכסיו הזרקה פיזית¹⁰, יש לציין, שהזוכה רשאי לחייב מהמזוכה, שיחזיר את המצב לקדמותו, על ידי רכישת הנכס המשופר, למשל הילוטם המלוטש, לפי שוריו ערב הזכיה¹¹. פתרון זה מחייב לסלוק הזכיה על ידי הזרקה, מכיוון שנשאר בידו כסף בשווי נכסיו לפני הזרקה¹². אם אין למזוכה כסף לרכוש את נכסיו של הזרקה, מוכר בית הדין את הנכס בתוספת הזרקה, והתמורה המתחלקת מתחלקת בין הזרקה למזוכה – הזרקה מקבל את שווי נכסיו לפני הזרקה, והמזוכה מקבל את הסכום הנותר¹³. אם לא הוסיף פערת הזרקה לערכם של נכסיו הזרקה – אך הוא המצב לדוגמה ברוחצת מכונית ובהאכלת בהמה – אין הזרקה רשאי לחייב מהמזוכה לרכוש את הנכס או לדרוש את מכירתו על ידי בית הדין. במקרה אלו, סילוק הזרקה אינו אפשרי. במקרים אחרות, זכיה שיש עמה רוח דינה כזכיה שהזרקה יכול לסלקה. רק אם הזרקה בוחר שלא לדרוש את רכישת הנכס המשופר, מתערב השופט, וקובע את גובה התשלום למזוכה.

משгадרנו את הנسبות שבזמן הזרקה אינה ניתנת לסלוק על ידי אחד הצדדים (או על ידי שניהם גם יחד), נעבור לשאלת שיעור ההשבה שעלה הזרקה לשלם למזוכה, בנסיבות אלה, תמורה הזרקה שזכה בה.

ב. שיעור התשלום מトーך בחינת כוונות המזוכה והזרקה

כאשר אחד הצדדים אינם רשאי לסלק את הזרקה, מהטעמים האמורים לעיל, והצד השני אינו מנצל את זכותו לסלקה, מתחורה שאלת שיעור התשלום בגין הזרקה. בשאלת זו יש לדון שני היבטים: מצד המזוכה, השאלה היא: מה הן זכויותיו של "אדם המיטיב עט חברו מבלי שנתקבש לכך"? – מי שמוגדר במשפט האנגלי כ"מתנדב"¹⁴; ומצד הזרקה, השאלה היא: מהו היקף חובת ההשבה של זוכה, שקיבל זכיה שלא מדעתו?

⁸ שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; עיין סמ"ע, שם, ס"ק ד.

⁹ בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, בשם הרשב"א; וראה עוד במאמר, בדרכינו על חוק המקראין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(א), להלן עמ' 170.

¹⁰ וראה לעיל, ליד העירה 2, שיש המגדירים זכיה בסילוקה כרוכ בחלוקת, זכיה שאינה ניתנת לסלוק באופן פיזי.

¹¹ לבוש עיר שושן, סימן שעה, סעיף ו; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יד.

¹² ראה קצotta החושן, סימן שוו, ס"ק ו, בנימוקים לשיטת הרואב"ד.

¹³ בעניין זה, עיין דיווננו על חוק המקראין, התשכ"ט-1969, להלן עמ' 170, העירה 38.

¹⁴ ראה פרידמן, דיני עשיית עשר ולא במשפט, מהדורה ראשונה, תל אביב תש"ל, סעיף 10, עמ' 12.

סעיף 1(ב): יום הזכיה

להלן נסקור את הגישות השונות בחוק לשאלות אלה (הגישות סותרות לעיתים זו את זו), ולאחר מכן נציג את העמדה העקרונית של המשפט העברי בשאלות הללו, שהיא בנויה, כפי שנראה, על בחינת כוונונתיהם של המזוכה והזוכה.

ו. בחינת כוונת המזוכה
 קביעת החוק, שהזוכה חייב בהשbat זכיה שקיבל כחוצה מפעולות המזוכה, אינה תואמת את הכלל במשפט האנגלי, שהמזוכה ביזמותו מוגדר כ"מתנדב", ואינו זכאי להשbat. "לפי הדין האנגלי, אדם המשפר נכס חברו מבלי שנתקבש לעשות זאת אינו זכאי לתשלום... אף אם ערך הנכס עליה עקב כך... העיקרון השולל ממתנדב את שכרו הינו עיקרון רחוב, והוא חל גם במקרים בהם קיימות נסיבות שגרמו למתנדב להוציא הוצאות לטובת חברו"¹⁵.

לעומת המשפט האנגלי, קובל הסעיף שבפנינו, שהמזוכה ביזמותו זכאי להשbat הזכיה או שוויה, והוראות סעיף ו(א)חולות על הזוכה מפעולות מזוכה זה, כפי שהן חולות על הזוכה ביזמת עצמו. הזוכה חייב בכלל מקרה בתשלום שוויה של הזכיה שזכה בה. עיקרונו זה עומד לכארה¹⁶ גם ביסוד קביעת חוק המיטלטין, התשל"ט-1971, בנושא מיטלטין מעורבים של שני בעליים, שלפיה אין מבחנים בין מיטלטין שנתערבבו ביזמת אחד הבעלים, לבין מיטלטין שנתערבבו על ידי גורם שלישי, והרוכש בעלות במיטלטין המעורבים חייב לשלם את שווי זכיותו לחברו¹⁷.

אולם, החוק הישראלי קובל, שישקרים שבם המזוכה מקבל פיצוי הנמור משווי הזכיה, שזוכה בה את זולתו. למשל, על פי חוק המקראין, התשכ"ט-1969¹⁸, אם הקים אדם מחוברים במרקען חברו ללא רשות בעל המקראין, רשאי בעל המקראין להחליט להשאיר את המוחברים ברשותו, ואם עשה כן, עליו "שלם למקים את השקעה בשעת הקמתם", גם כשהשקעה זו נמוכה מהמחיר שהוא عليه לשלם, אילו הזמן את הקמת המוחברים אצל קבלן. בלשון אחרת, הוא לשלם את הוצאות המזוכה ולא את שווי זכיותו¹⁹. גם סעיף 4 וסעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, העוסקים במקרים מיוחדים של המזוכה ביזמותו, מדברים רק על החזר הוצאות²⁰.

מן האמור לעיל עולה, שיש אי אחידות בגישה החוק לשאלת התשלום המגיע למי שזכה את חברו ביזמותו. אולם, החוק התרחק מעמדתו של המשפט האנגלי, שלל תשלום כל שהוא ל"מתנדב", אך הוא לא קובל גישה חלופית אחת.

המשפט העברי אינו רואה בעובדה שהמזוכה פעל ביזמת עצמו סיבה לשולל ממנו תשלום, בין הזכיה היא בעין ובין היא טובת הנאה (יש עמה רוח או אין עמה רוח). כך עולה

¹⁵ פרידמן, שם, סעיף 11, עמ' 13.

¹⁶ פרידמן משווה שתי הוראות חוק אלה, אך לדעתנו אין מקום להשוואה זו; ראה על כך להלן, הערה 34.

¹⁷ חוק המיטלטין, התשל"ט-1971, סעיף 4(א).

¹⁸ חוק המקראין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב).

¹⁹ להלן, בדרכינו על סעיף 3, ליד ציון הערה 4, נראה שיש הסדר דומה בחוק עשיית עושר ולא במשפט. סעיף 3 קובל, שהזוכה רשאי לנכות מן הזכיה שעליו להעביר למזוכה רק את הוצאות שהוציא או שהקיע להשגת הזכיה. הוא אינו רשאי לנכות מן הזכיה את המחיר שהיא על המזוכה לשלם לקבלן, אילו הזמן אליו את אותה פעולה.

²⁰ הסבר לקביעת החוק בטיעפים אלה, ראה בדרכינו על אותו הסעיפים.

פרק שני: זכיה ביזמת המזוכה

מדברי הרמ"א²¹: "וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יכול [אותו חבר הזוכה] לומר: בחינם עשית עמידי, הויאל ולא צויתך, אלא צריך ליתן לו שכרו".

במשפט העברי, כמו בחוק, גובה התשלום שעל הזוכה לשלם למזוכה אינו אחיד בכלל המקרים. הוא יכול להיות אחד מבין שני אלה: תשלום בגין הנאתו הסובייקטיבית, הדינו הסכום שהוא מוכן לשלם אילו הזמין בעצמו את העכודה²²; החזר הוצאותיו של המזוכה (כולל שכר עבודתו כפועל שכיר) בלבד²³ (להלן: הוצאות). בכלל מקרה, גובה התשלום לא יעלה בשום פנים על מחירה של הזכיה בשוק (שווי הזכיה), והוא עשוי גם להיות נמוך ממנו.

הבדלי תשלום אלה מושתטים על עקרונות ברורים. העיקרון המנחה הוא, שהמזוכה זכאי לתשלום בגין הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה, רק אם פעל מתוך כוונה להועיל לזוכה תמורת תשלום²⁴. במקרים אחרים, המזוכה יהיה זכאי רק להחזר הוצאותיו²⁵. דוגמה אופיינית למזוכה שלא פעל לטובת הזוכה בכוונה להועיל לו תמורת תשלום, הוא המקרה של מזוכה שפעל מתוך טעות²⁶. כגון מי שרחץ את מכונית חברו בחשבו שהיא המכונית שלו. מקרה

²¹ רמ"א, ח"מ, סימן רס"ד, סעיף ד.

²² בבא בתרא ה ע"א; ראה גם דברי "חוון איש", המובאים להלן, בהערה 41. השווה לדברינו בסעיף 1(א), פרק שני, עמ' 19, שט ראיינו, שגם בזכיה ביזמתו הכלתי מכונת של הזוכה, אין הוא משלם מעבר להנאתו הסובייקטיבית (אף כשהשווינו של המזוכה גבהה יותר). פיצוי על חסרונו מעבר להנאתו הסובייקטיבית של הזוכה, מוצדק רק כאשר יוזם הזוכה במתכוון, זכיה הכרוכה בהפסד למזוכה.

²³ בזכיות מיוחדות, כשהתעשרות של הזוכה נזוכה מהוצאות הכרוכות ביצידתן, שווי הזכיה אינו מוגדר כמחיר שקבעו היה דורש, אלא כהתעשרות של הזוכה. בעבודה זו לא נדון בזכיות אלה. לדין מקיף בנושא זה, ראה דיננו על חוק המקעקין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב),להלן עמ' 173.

²⁴ ש"ך, ח"מ, סימן שצא, ס"ק ב; נתיבות המשפט, סימן קנה, ס"ק ח, וסימן קס"ד, ס"ק יא. עיקרונו זה כבר הובא כחידושיו של הרמ"ן לתלמוד, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי קשיא לך, המובא בבית יוסף, ח"מ, סימן שעה, סעיף ב.

²⁵ דעתו הפוסקים חלוקות לעניין זכותו של מזוכה לפיצוי, כאשר פעל לרעת הזוכה וכתוואה מסיכול תוכניותיו נהנה הזוכה מפעולתו. דוגמה לכך היא, אדם רכש את בית חברו מאום גוי, שהחזיק בו בכוון הזרע. אם פעל הרוכש מתוך כוונה להחזיר את הבית לבעליו, הוא זכאי להחזר כל הוצאותיו מהבעלים (עיין דברינו על סעיף 5(א)). אולם נשאלת השאלה: מה הדבר אם פעל הרוכש מתוך כוונה להחזיר ביתו בעצמו, אולם לאחר שרכש את הבית, הוציא הבעלים את הבית מתחת ידו בבית החושן, סימן רלו, ס"ק א, מחייב את הבעלים בתשלום הסכום שהוא מוכן לשלם להוציא את הבית מידי האנס. סכום זה הוא שווי הנאתו של הבעלים. לפי שיטתה זאת, מכיוון שהחביר לבסוף, שהביאה פועלם הרוכש תועלת לביעלים, ולא לרכוש עצמו, יהיה הבעלים חייב בתשלומי הנהנה כדי כל זוכה הנהנה מפעולות המזוכה למען. לעומת שיטתה זו, קובל נתיבות המשפט, סימן רלו, ס"ק ז, שהבעלים פטור מכל תשלום, מכיוון שפועל הרוכש מתוך כוונה להועיל לעצמו בלבד, ופעל בניגוד לטרכות הזוכה, ולכן אין ראוי כękור הזכיה, אף על פי שהחביר בטופו של דבר, שrok הבית היה של הבעלים, מפעולות הרוכש. אין לחיב את הזוכה מדין "משתרשי ליה [=טרוריה בו]", מכיוון שהבית היה של הבעלים, ולא נוסף לו רכוש חדש. בעל "נתיבות המשפט" דין באפשרות לחיב את הבעלים בתשלום לרכוש שרכש את הבית מהאנס מתוך כוונה להחזיר לו בעצמו, אך לא ידע שנגול הבית מחברו: "אפשר דבקנה בשוגג יכול [הרוכש] לומר, אלו ידעתני, היתי עושה וזה לטובך". השווה: פרידמן, סעיף 613.

²⁶ אך לא כל טעות; ראה דברינו על סעיף 21(א) לחוק המקעקין, התשכ"ט-1969, להלן עמ' 164, שיש שאף על פי שפעל המזוכה (המקים) מתוך טעות, ההלכה רואה אותו כמי שהוחשב באפשרות שהוא טעה, והוא מוכיח לדריש מהזוכה תשלום עבור פעולתו, אם יתרצה שיטה. עיין שם בפרוטרוט.

סעיף 1(ב): יוזם הזכיה

נוסף הוא, כשהפעל המזוכה בתחום תחומו הוא לתועלת עצמו, ומתחוך כך זיכה בעקיפין את הזוכה²⁷.

אולם, גם כשבעל המזוכה מתחוך כוונה להוועיל לזכיה תמורה תשולם, לא תמיד יהיה זכאי לחשולם בגין הנטהה הסובייקטיבית שגרם לזכיה מעבר להוציאותיו. לשם כך צריך להתמלא תנאי נוסף הקשור לבחינת רצונו המשוער של הזוכה ביחס לזכיה.

2. בחינת רצונו המשוער של הזוכה
החוק מחייב את הזוכה בהשנת הזכיה או בהשנת שווייה, בין אם הזכיה באה כתוצאה מפעולתו ובין אם היא באה כתוצאה מפעולות המזוכה או בדרך אחרת. האם הייתה כוונת החוק לחיב את הזוכה בהשנה גם כשזכה בעל כורחו או שלא מודעתו²⁸?

פרידמן²⁹ דן בעניין הבא: "ראובן, מבלי שנתקש לכך, רוחץ את מכונתו של שמעון, ושמעון מסרב לשלם עבור טובת הנהנה". לדבריו: "הכרה בזכות ההשנה של החובע משמעותה יצרת זכות חדשה שבדין אצל החובע, היינו זכות לחיב את הזולת עבור שירות שלא הזמין, הכרה בזכות צוותה, צו איננה צודקת, ואין להניח שהחוק חפץ בכך". מכאן, לדעת פרידמן, שכשזכה הזוכה בפעולות המזוכה שלא מרצונו, ואין אפשרות להשיב את הזכיה בעין, יש להשתמש בסעיף 2, ולפטור את הזוכה מחובת השנת שווי הזכיה³⁰.

על דברי פרידמן אלה יש להעיר, שאמנם סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, מסמיך את בית המשפט לפטור את הזוכה מהשנה, כשההשנה אינה צודקת, אך החוק לא קבע כי בכלל זכיה כפואה ההשנה אינה צודקת. נהפוך הוא, בסעיף 1(ב) החוק, בUCKON, משווה זכיה ביזמת המזוכה לכל זכיה אחרת³¹.

זאת ועוד, חוק המיטלטلين, התשל"א-1971³², הדן במי שננהנה הנהנה כפואה, קובע: "נתחברו או נתערבבו מיטלטلين של אחד עם מיטלטلين של אחר עד שאין לו זהותם או להפרדים, או שהפרdots היה כרוכה בכך ב铦ת סביר או בהוצאות בלתי סבירות... היו מיטלטלי האחד עיקר ומיטלטלי الآخر طفل, תעבור הבעלות במיטלטلين הטעלים לידי בעל המיטלטلين העיקריים, והוא חייב לשלם לחברו את הסכום שזכה בו ברכישת המיטלטلين הטעלים".

פרידמן³³ עצמו מודה, ש"חייב זה קיים לכואורה, אפילו לגבי טובת הנהנה כפואה, ואפילו

²⁷ ראה לעיל, ליד ציוני העורות 5-6. וראה להלן, בדינונו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד העירה 23, שהזוכה חייב להשתתף בהוצאות המזוכה, משום שזכיה זו מוגדרת בזכיה הכוונה בחסרוונו של המזוכה. על גובה ההשתתפות בהוצאות, נחקרו הפסיקים. ראה שם בהמשך.

²⁸ אמן, חוק המקראין, התשכ"ט-1969, סעיף 21, מחייב את הזוכה בתשלום למזוכה (המקאים) גם כשבעל בעל כורחו, אך שם עומדת לזכיה הברוה לדוש אוח סילוק המחוורדים במקום לשלהם. שאלתנו היא: האם חובת התשלום תקפה גם כמשמעותו בזכיה שאינה ניתנת לסלוק?

²⁹ פרידמן, סעיף 16.

³⁰ ד' פרידמן, "העיקרון הכללי בעשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט ח (תשמ"א) 254, העירה 193.

³¹ פרידמן קובע, סעיף 1(ב) מחייב את הזוכה בתשלום רק למי שפועל לשמרתו עניינו, או שפרע את חובו. קביעה זו היא בנויגוד למשמעות החוק, שזכיותו של מזוכה שפרע את חובו של הזוכה, או שפועל לשמרתו עניינו (סעיפים 4-5), פחותות מזכיותו של אדם אחר, המזוכה את חברו.

³² חוק המיטלטلين, התשל"א-1971, סעיף 4.

³³ ד' פרידמן, "העיקרון הכללי בעשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט ח (תשמ"א) 254, ליד ציוני העורות 193-194.

פרק שני: זכיה ביזמת המזוכה

נעשה המיזוג על ידי בעל המיטלטלין הטפלים חרף התנגדות בעל המיטלטלין העיקריים". מכאן עולה לכאה³⁴, שגышת החוקה היא, שאין זה מוצדק לפטור מכל תשלום אדם שלמעשה נהנה ממאמציו ומהSKUותיו של חברו, גם כשהדבר היה בעל כורחו.

פרידמן מצביע על כך, שאם חוק המיטלטלין מחייב זוכה לשלם גם עבור זכיה כפיה, הרי לעומתו סעיף 5(ג) לחוק עשיית עשר ולא במשפט, פוטר את הזוכה משלם, אם התנגד לזכיותו: "אין חובת שיפוי או פיצוי לפי סעיף זה על זוכה שהtanגד לפعل... או שהיתה לו סיבה סבירה להtanגד". בדברינו על סעיף 5(א)³⁵ נראה, שдинו של מי שפועל לשמרות עריכו של חברו שונה מדיננו של מזוכה רגיל. חובתו של המזוכה לפצחות המזוכה שומר על עריכו, מקורה בדיוני השבת אבדה. על פי זה נבין, מדובר דחה החוקה את הזכות הפטקה זו בחוק, והביאה רק בסעיף 5, ולא קבע אותה כהסתיגות לסעיף 1(ב)³⁶.

גישתו של המשפט העברי בסוגיית הזכיה הcpfיה היא: "אין אדם כופה לעשות שדה וגינה, חצר ובתים"³⁷. לבן, עקרונית, בדומה להסדר הקבוע בחוק המקרא, המזוכה רשאי לפטור את עצמו משלם זכיותו על ידי דרישת שיסלק המזוכה את זכיה על חשבוןו³⁸. אולם, כשהזכיה אינה ניתנת לטילוק, המזוכה חייב בתשלום, משום שעל פי תפיסת המשפט העברי, אין הצדקה שיינה אדם חינס מהוצאותיו ומהSKUותיו של חברו³⁹. רק אם המזוכה,

³⁴ כפי שציינו לעיל, העלה 16, לדעתנו אין להשוות בין חוק המיטלטלין לחוק עשיית עשר ולא במשפט, בנקודת זו: כאשר אדם מערכם מיטלטלין שלו במיטלטלין של חברו, אין הוא מזוכה את חברו בזכיה כל שהוא. חוק המיטלטלין, בסעיף 4(א), קובע עיקרין, שערכוב מיטלטלין של שני בעלי מקנה לכל אחד מהם וכות במיטלטלין המעורכבים "כל אחד בשיעור שווים ערב החיכור". על פי עיקרין זה, גם אם המיטלטלין של המעריך הםطفالים, הוא היה נשאר שותף בבעליהם המיטלטלין המעורכבים ללא קביעת החוק המעביר את הבעלות לבעל המיטלטלין העיקריים. החוק – ולא "אדם אחר" כלשון סעיף 1 לחוק עשיית עשר – הוא המזוכה את בעל המיטלטלין העיקריים ביתרין. מתוך רצון למונע מבני אדם אפשרות לרכוש זכות בעלות במיטלטלין של אחרים על ידי ערוכם במיטלטליןطفالים שלהם.

³⁵ דברינו על סעיף 5(א), פרק ראשון, עמ' 118.

³⁶ דברינו על סעיף 5(ג), פרק שני, עמ' 150.

³⁷ קביעת תלמידי הרשב"א, המובאת בבית יוסף, ח"מ, סימן שעה, סעיף ב.

³⁸ שולchan ערוך, ח"מ, סימן שעה, סעיף ב. כבר הובא לעיל, ליד ציון העלה 1.

³⁹ הנימוקים המשפטיים המחייבים את המזוכה בתשלום זכיה שקיבל ביזמת עצמו, מחייבים אותו גם בתשלום זכיה שקיבל ביזמת המזוכה (על נימוקים אלה, ראה דיוננו לעיל, סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 14). ראה: נתיבות המשפט, סימן קו, ס"ק ז; שם, סימן קכת, ס"ק ה: מקור חיים להלכות פסה, סימן תמא, ס"ק ג. הש"נ, ח"מ, סימן שצא, ס"ק ב, מסיק שהזוכה חייב בתשלום עבור זכיה לטובתו, שבאה ביזמת המזוכה, מתוך השוואת לחובתו של בעל מקראין לשלם למי שהקים מחוברים במקראין שלו. עין: ח"מ, סימן רס"ד, סעיף ד; ביאור הגרא", שם, ס"ק יג. זוכה זו אינה מוגבלת למקרים שהזוכה מחזק ברכשו של המזוכה. לקביעה זו יש שתי הובחות:

א. הגמרא, בבא קמא ב ע"ב, מחייבת בעל שדה פנימי לשלם למי שהקיף את שדהו בגדרות תמורה מה שהגהו אותו, אף על פי שלא וכשה בעלות על הגדרות ולא נגדל רכשו. ראה: שולchan ערוך, ח"מ, סימן קנה, סעיף ז; חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שכאפ), בבא בתרא, סימן ד, ס"ק ג; דעת התוספות, לפי קצוח החושן, סימן קנה, ס"ק ז; לבוש מודכי לבא קמא, סימן טו, ס"ק ג.

ב. אם הוקמו המחייבים שהם הנציג הסביר היחיד של המקראין, אין בעל המקראין רשאי לחייב סילוקם כדי להיפטר משלם, משום שכבר עברו בעלותו משעת הקמתם, ובבעל המקראין חייב בתשלום שווי זכיותו. מכיוון שהנאותו של בעל המקראין נובעת ממחוברים שרכש אותם בשעת הקמתם, אין לדאות אותו כי שמחזק בממון המזוכה בעין ולהיבנו מدين "משמעותו לה"ו"; יסוד חייבו הוא על פי הנימוקים לחיזקו של מי

סעיף 1 (ב): יוזם הזכיה

שהזכיה איננו נהנה מהזכיה כלל⁴⁰, יהיה הזכיה פטור מהשבה⁴¹. נזכיר בקשר לזה, שזכיה שהזכיה יכולה היה להשיגה בחינם במקומות אחר, נחשבת מבחן משפטית לזכיה שהזכיה איננו נהנה ממנו כלל. במקרה אחרות, אפשר לקבוע, שלא יוטל על הזכיה בשום פנים תשלום מעבר להנתו הסובייקטיבית בגין זכייה ביזמת המזוכה⁴².

כאמור, כשהזכיה אינה ניתנת לסלוק, הזכיה חייב בתשלום. כפי שראינו לעיל, יהיה גובה התשלומים: הנתנו הסובייקטיבית של הזכיה; או הוצאותיו של המזוכה, גם אם הוצאות אלו פחותות מהנתנו של הזכיה. המבחן לקביעת גובה התשלומים הוא: כישיש להניח הנחה סבירה שהזכיה היה יוזם את הזכיה בעצמו לפחות פעולתו של המזוכה⁴³, יהיה חייב בתשלום בגיןה הנתנו הסובייקטיבית, ואם לאו ישם למזוכה רק את הוצאותיו.

על פי מבחן זה – ובצירוף לבחינו שראינו בפסקה הקודמת בדבר כוונת המזוכה – נוכל לקבוע את גובה התשלומים בכל אחד מחמשת המקרים שסקרנו לעיל⁴⁴, שבהם אחד הצדדים

שקלב זכיה שאינה רוח. מכאן ראייה נוספת, שטעמים אלה מחייבים את הזכיה, גם כשהזימה לזכיה הייתה של המזוכה.

ר' שמעון שקאפ, שער ג', פרק כה, כתוב שזוכה ביזמת המזוכה חייב בתשלום "כאילו שכרו בפרקוש", היינו מכוח הסכם מכללא, זאת אם אפשר להניח שהזכיה היה יוזם את הזכיה ללא פעולה המזוכה. אך שיטה זו קשה, משום שמדובר שאין דינו של מקום "שלא ברשות" כרינו של מי שפועל מתוך הסכם מכללא: ראה דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 176, אותן ד', מחלוקת סמ"ע (חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז) והגר"א (חו"מ, סימן שעה, ס"ק ט). וראה גם דעתו של הרבה משה פינשטיין, דיברות משה, בבא מציעא, סימן כח, ענף ב, ס"ק ב, שניתן לזכות את המזוכה בתשלום כאילו פעל בהזמנה הזכיה. רק כאשרו בלא כל ספק, "אף שהוא רחוק", שהזכיה היה מבקש מהמזוכה לפעול כפי שפועל. עיין דברי הרוב י"ז גוטמן, קונטרסי שיעורים (צוין לעיל, עמ' 15, העלה 63), סימן יז.

⁴⁰ כפי שראינו בדברינו על סעיף 1(א), הנהה שיש עמה רוח נחשבת למומן המזוכה בידי הזכיה, שהזכיה חייב להסביר אותו בכל מקרה מדין "ממוני גבר [=ממוני אצלן]". אולם כאשר הייתה ההזימה ביזמת המזוכה, ואינה ניתנת לסלוק, הזכיה פטור מתשלים, אם השינוי שנעשה בנכסיו אינם מועיל לו, מכיוון שייעד להם שימוש אחר. כך, למשל, מי שורע במגרש חברו, אינו זכאי לפיצוי, אם הוועיד בעל המגרש את המגרש לבנייה ולא לצרכים חקלאיים.

הזכיה אינו נהנה מהזכיה כלל, גם אם שוויו של מגרש זורע גובה יותר ממגרש קודם זורעה.

⁴¹ חזון איש, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו. כללים הדומים לכללים אלה מזכירים אצל פרידמן, סעיף 111. לדברי פרידמן "ניתן להחיל את המבחן שהזועג על ידי גופו וגינויו (Goff and Jones, The Law of Restitution, 111. p.), בمعنى טובת הנהה שאין לכפוף בה 'Incontrovertible benefit'... תיזדרש ראייה חד משמעית כי הנחבע הפיק תועלות ממשית מן הפעולה או שהיא מעוני בפעולה או במצוותיה על מנת לחיבקו בתשלומים... על מידת העניין שהוא לנתק בפעולה, ניתן, לעיתים, ללמוד מהתנהגותו לאחר מעשה, ונראה כי המגמה המשתקפת בחוק המקרקעין בעניין בניה במרקעי הולח היא מגמה רצויה... אס כחර להשאירו זאת המבנה שהוקם) מלמד הרבר שגיל, ولو בדיעבד, עניין בעבודה שבוצעה, וכי יש בה תועלות עבורו... פיתרון זה לא ניתן ליישום כאשר אין אפשרות להיעזר בבדיקה של הריסה. בהעדך אפשרות כזו, יש צורך להציג על נסיבות אחרות המלמדות בצדורה הכרורה כי הפעולה הייתה בעלת ערך ממשי עבור הנתקע". יש לציין, שלדברי פרידמן, יחולו כללים אלו רק אם פעל המזוכה בטעות, ואין זכות להשבה למי שביצע אף על פי שאינו חייב לבצע (ראיה שם, ליד ציון העלה 219, וכן ראה סעיף 61, שם). אולם אין זכר להגבלת זאת בסעיף 1(ב) לחוק עשיית עשור ולא במשפט. חוק המקרקעין (סעיף 21), וחוק המיטלטلين (סעיפים 4-6), גם הם, אינם מחייבים הבחנה זו.

⁴² כוונתנו היא, שאם הזכיה יכול להציג זכיה זהה בפחות מבחןה בשוק, לא ישם יותר מההזימה שחסן. עיקרונו זה אינו רלוונטי, כאשר הזכיה נחשב כמחזיק בידיו את ממון המזוכה. ראה לעיל, העלה 40.

⁴³ ראה דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 176.

⁴⁴ לעיל, פרקנו, עמ' 37.

פרק שני: זכייה ביזמת המזוכה

אינו רשאי לסלק את הזכיה ללא הסכמת הצד השני. ברם, נשאלת השאלה, כיצד נעמוד על כוונתו של הזוכה, אם בדעתו היה ליום את הזכיה בעצמו, אם לאו? בעניין זה יש להבהיר, שכשהמזוכה אינו רשאי לסלק את הזכיה, משום שסילוקה כרונית בהפסד לזכיה לעומת מצבו לפני הזכיה⁴⁵, העובדה שהזוכה אינו מבקש את סילוקה של הזכיה והחזרת המצב לקדמותו, אין בה כשלעצמה כדי להזכיר שהוא היה יוזם את הזכיה, ולכן טענותו שלא היה יוזם את הזכיה מתקבלת, והוא לא ישלם למזוכה אלא רק את הוצאותיו⁴⁶. אולם אם נראה לבית הדין שהושבחו המיטלטלים או המקרעין של הזוכה באופן הייעיל והרוחני ביותר, ובדרך המקובלת לניצול המקרעין או המיטלטלים, הזוכה אינו נאמן בטענותו שלא היה יוזם את הזכיה, שהרי היה יכול לדרש את סילוקה, ולא עשה כן, ומה עוד שזכיה זו היא הדרך המקובלת לפיתוח נכסיו. אשר על כן, במקרה זה, יצטרך הזוכה לשלם עבור מלאה הנאותו הסובייקטיבית⁴⁷. אין צורך לומר, שהוא הדין כשהזוכה מודה שהוא יוזם את הזכיה, יהיה טיב הזכיה אשר יהיה⁴⁸. הוא הדין גם בדוגמה של פרידמן: אם בעל המכונית היה מעוניין ברכישת מכונו, אך לא הספיק להתקשר עם רוחן, יחויב בתשלום שווי זכייתו; ומайдך גיסא, אם לא היה מעוניין ברכישה, אך למעשה נהנה ממנו, לא ייפטר הזוכה ללא כלום, אלא יצטרך לפצות את המזוכה עבור הוצאותיו. אם אמן המזוכה לא היה מעוניין ברכישה וגם לא נהנה ממנו, יהיה פטור מהשבה.

נזכיר שוב, שגם במקרה להניח שהזוכה היה יוזם את הזכיה בעצמו, הוא לא ישלם את מלא שווי הנאותו, אלא אם כן מתקיים התנאי הנוסף שריאנו לעיל, והוא שהמזוכה פעל מתוך כוונה להועיל לזכיה תמורת תשלום. לכן, כאשר המזוכה בתוך שלו לחשולו העצמית (לדוגמה: גידור שdotio⁴⁹), זכיית הזוכה הייתה תוצאה לוואי הכרחית; גם אם אפשר להניח שהזוכה היה יוזם את הזכיה בעצמו לולי פעולה המזוכה, יחויב הזוכה⁵⁰ להשתתף בהוצאותיו של המזוכה בלבד⁵¹, ולא בתשלום שווי המלא של הזכיה. הוא הדין כשהייתה מטרת המזוכה לחשולו העצמי של הזוכה, אלא שהזוכה לא היה יוזם את הזכיה בעצמו⁵².

לעומת זאת, כשהזוכה אינו רשאי לתרום את סילוק הזכיה, מכיוון שהייתה נחוצה לו, והייתה לו היכולת הכספייה לשלם עבורה, יש הנחה סבירה שהיה יוזם את הזכיה בעצמו לולי התערבות המזוכה. לכן, אם פעל המזוכה במטרה להועיל לזכיה תמורת תשלום,

⁴⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערא 8.

⁴⁶ אם ההוצאות של המזוכה גבוהות מערךה של הזכיה, לא ישלם הזוכה סכום הגדור יותר מערךה, אלא אם כן אפשר להניח, שהזוכה היה יוזם בעצמו את הזכיה. ראה לעיל, הערא 22.

⁴⁷ ראה דרבינו על חוק המקרעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 770, אות ג.

⁴⁸ ראה דרבינו על חוק המקרעין, שם.

⁴⁹ ראה לעיל, ליד ציוני העורות 5-6.

⁵⁰ חיוב כזה יוטל על הזוכה אך ורק אם זכייתו כרוכה בחסרון המזוכה. בדוגמה של הקמת הגדר על ידי המזוכה מסביב לשדרתו של הזוכה, בבא קמא ב ע"ב, אף על פי שהמזוכה פעל בשלו ובשבילו, הזוכה חייב לשלם למזוכה, מכוח הטענה "את גרמת לי היקifa יתיירא [=בגלהן הוציאתי להוסיף על אורך הגדר שלו]". ראה: שולחן ערוך, ח"מ, סימן קנת, סעיף ז; ופרשיש השולחן ערוך, שם.

⁵¹ נתיבות המשפט, סימן קנת, ס"ק ד; שם, סימן קסד, ס"ק יא. ועיין גם נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג.

⁵² ראה דרבינו על חוק המקרעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 770, אות ב.

סעיף 1(ב): יוזם הזכיה

על הזכיה יהיה לשלם לו את הנאותו הסובייקטיבית⁵³. כך לדוגמה, במקרה הגג שראינו לעיל⁵⁴, ישלם הזכיה למזכה את המחיר שהיא משלם לקבלן, אילו הזמן אצלו את הרכבת הגג.

כמו כן, כאשר המזוכה אינו רשאי לסלק את הזכיה, משומש שהעביר אותה לרשות הזכיה בכוונה לזכות אותו בבעלותה חמורה תשלום, והסכום הזכיה לשלם את שווייה, אף על פי שהזכיה אינה נחוצה לו⁵⁵, פשוט שהזכיה חייב בתשלוט שווייה של הזכיה.

פרק שלישי

זכיה ביוזמת גורם שלישי – "או בדרך אחרת"

א. מבוא – זכיה הניתנת לסילוק ושאינה ניתנת לסילוק
בפרק הקודם רأינו, שיש הגבלות אחדות לסלוקה של זכיה שהגיעה לזכיה ביוזמת המזוכה, ושהמבחן לזכיה הניתנת לסלוק אינו מבחן פיזי בלבד. בזכיה ביוזמת גורם שלישי רוב הגבלות האלה אינן קיימות. הזכיה מנכסיו של המזוכה ביוזמתו של אדם או גורם שלישי, בזכיה הניתנת לסלוק, רשאי לתוכע את סילוקה בכל מקרה, וכך נקבע בשולחן ערוך⁵⁶: "شرط הנהר זיתיו ושתלן בתוך שדה חברו... אם זה אומר: טול אילנותיך, שומעין לו". הוא הדין במזוכה. הוא רשאי, מעיקר הדין, לסלק את הזכיה גם ללא הסכמת הזכיה: "אם בא בעל הזיתים ליטול זיתיו... הרשות בידו"⁵⁷. מאחר שגם שוגם הזכיה וגם המזוכה רשאים לסלק את הזכיה ללא הסכמת הצד השני, החלטה משותפת להשאר את הזכיה במקומה תחייב תשלום לפי ההסכם ביניהם. אולם, חכמים קבעו, שם השדה הוא בארץ ישראל, העניין הכללי של יישוב ארץ ישראל שולל מהמזוכה את הזכות לעקור את הזיתים, ללא הסכמתו של הזכיה⁵⁸.

כאשר לא ניתן לסלק את הזכיה, מתעוררת שאלת הסכום שישלם הזכיה למזוכה. נראה, שבניגוד לזכיה ביוזמת המזוכה, ובדומה לזכיה ביוזמת הזכיה, בזכיה ביוזמת גורם שלישי יש להבחין בין זכיה שיש עמה רוחה לבין זכיה שאין עמה רוחה.

⁵³ ראה דברינו על חוק המקראין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 177, אות א.

⁵⁴ ראה לעיל, ליד ציון הערכה 4.

⁵⁵ ראה לעיל, ליד ציון הערכה 9.

⁵⁶ שולחן ערוך, ח"מ, סימן קשת, סעיף א. ואולם נזכיר, שדרעת "נתיבות המשפט", שצווין לעיל, הערכה 2, יש הגלה בכך, והוא שאמ סילוק הזכיה כרוץ בהכרח בחלוקת, דין כדי זכיה שלא ניתן לסלקה פיזית.

⁵⁷ שולחן ערוך, שם. לעומת זאת זכיה שכאה ביוזמת המזוכה, שהמזוכה אינו רשאי לסלק אותה, אם כבר גרמה הפסד לזכיה, בזכיה שכאה צד שלישי. גם אם העברתה לזכיה כבר גרמה לו הפסד, רשאי המזוכה לסלקה. ראה: תוספות, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה בשדה. לכן, בעל הזיתים רשאי לסלק את זיתיו, גם אם כבר ינקו מהקרקע של בעל השדה. וכוטו של המזוכה לסלק את הזכיה תמודת פיצויו לזכיה כאשר הסילוק כרוץ בהפסד לרכשו של הזכיה, שנירה בחלוקת בדייני השבת אבדה: ראה לעיל, עמ' 34, הערכה 186.

פרק שלישי: זכיה ביזמת גורם שלישי

ב. שיעור התשלום מtower בחינת סוג הזכיה

ג. זכיה שיש עמה רוחה
בדברינו לסעיף 1 (א)⁶², ראיינו שהמשפט העברי מבחין בין מי שזכה בזכיה, שיש עמה רוחה, שהוא חייב בתשלום מדין "ממוני גבן [=ממוני אצלך]", לבין מי שננהנה מנכס חבירו או מפעולותיו, אך אינו מחזק את ממונו בידו, שהוא חייב מטעמים אחרים, שפורטו שם. בסוגי הזכיה שביהם דין של הזכיה הוא כמי שמחזיק בעין את ממונו של המוצה, והזכיה מועילה לו⁶³, עליו לשלם עבור רכישתה למוצה⁶⁴; העובדה שהגיעה הזכיה לידי ביזמת גורם שלישי, אין בה כדי לפטור אותו מחובבה זו. לפיכך אם נתרבו, או נשתפרו, נכסיו של המוצה מנכסיו של המוצה (באופן שיש בו ממשום שינוי פיזי⁶⁵), יהיה הזכיה חייב בתשלום למוצה עבור רכישת הזכיה, ובבלבד שהיא מועילה לו⁶⁶, אף אם באה הזכיה ביזמתו של אדם שלישי. בנגדו לזכיה ביזמת המוצה, בזכיה ביזמת גורם שלישי, הזכיה אינו יכול לרכוש את נכסיו של המוצה בעל כרכחו תמורה תשלום שוויים בשוק או החור הוציאתו. עליו לשתחף אותו ברוחים עד לפירוק השותפות על פי הכללים שנקבעו לכך⁶⁷. כך למשל, בדוגמה שהובאה לעיל: "שטי הנهر זיתיו ושתלן בתוך שדה חבירו...". אם עקרון הנهر בגושיהם⁶⁸ יחולקו הפירות, בעל השדה עם בעל הזיתים⁶⁹. עד לפירוק השותפות,

⁶² ראה דיאנוו, שם, פרק שני, עמ' 8.

⁶³ ראה לעיל, הערא 40.

⁶⁴ שער ישר, שער ג, פרק כה; חיקת יואב, חו"מ, סימן ט; אור שמה, הלכות נקי ממון, פרק ג, הלכה ב.

⁶⁵ עיין דברינו על סעיף 1(a), ליד ציון הערא 33, ולהלן בדברינו על סעיף 3.

⁶⁶ שאמ לא כן, אין לזכיה רוחים מהזכיה. יתכן שיקבע הסדר, על פי כללי השבת אבדה, שימנע מהמוצה הפסד חוץ פיזי לזכיה. ראה: רם"א, חו"מ, סימן רעד, סעיף א, בעניין: "מי שהיה לו נחיל של דבראים, יצאו וישבו על אילן של חבירו, יש אומרים: יכול לך ענף כדי להציג נחילו, ונוחן דמי ענף לבעל האילן, יש חולקין". בעל הנחיל אינו זכאי לחיב את בעל הענף לרכוש ממנו את הדברים או להיכנס אליו לשותפות ברוחים.

⁶⁷ מסקנה זו עולה מדברי הרא"ש (תוספות הרא"ש, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ולימא). בדוגמה שהובאה לעיל, ליד ציון הערא 55, הרא"ש מקבל בעיקרונו את טענת בעל הזיתים שהוא זכאי לחלק מהrhoותם ממשום "שאלנו gentiuot sheli hems", גם כבעל השדה היה יכול לשתחול בעצמו נטיעות בהוצאה phasedah (ברם, ראה להלן, הערא 65). עיקרונו זה עומדת, נראה, ביסודם של דברי רבינו משה פינשטיין, בשווית אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן ג, אף שהוא אינו מציין זאת במפורש.

⁶⁸ אף שלכאורה הזיתים שנשתלו בתוך שדהו של המוצה הם זכיה הננתנת לסליק, ראיינו לעיל, ליד ציון הערא 56, שגם הדבר אירע בארץ ישראל, המוצה אינו רשאי לסליק את זיתיו. דברי השולחן ערוך המצווטים בהמשן, אמרוים באותו מקרה.

⁶⁹ השולחן ערוך, חו"מ, סימן קשת, סעיף א, קובע על סמן סוגיה בבא מציעא קא ע"א, שבבעל הזיתים ובבעל השודה הם שותפים בפירות רק בשלוש השלשים הראשונות, בהן דין ערלה היה אסור על בעל השודה ליהנות מפירות נטיעות חדשות, אילו היה שותלן בעצמו. כאן, לאחר שהזיתים עברו לשדה בגושהן, מותר על פי דיני ערלה, ליהנות מן הפירות מיד, כאמור, בעל השדה ובבעל הזיתים שותפים בפירות. לאחר שלוש שנים, כל הפירות הם של בעל השודה, משוט שאילו שתל בעצמו נטיעות בזמן השיטפון, והוא נהג בהן דין ערלה היה מותר לו אחורי שלוש שנים, ליהנות מפירותיהם, ומכאן שלאחר שלוש שנים אינו מרויח מהזכיה. אולם, בעיקרונו, גם לאחר שלוש שנים היה בעל הזיתים זכאי לחלקו ברוחים, כפי שראינו לעיל הערא 63, אך מכיוון שהעbara השתלים לשדהו גם הסכח לבבעל השדה נזקים, במקרה זה, העיקרונו אינו מיושם במלואו.

⁷⁰ בדוגמה שראינו, לאחר שלוש שנים בהן בעל השודה ובבעל הזיתים שותפים בפירות, רוכש בעל השדה את הזיתים בעל כרכחו של בעל הזיתים, תמורה "דמי זיתיו", כמו שעומדים לימכר לניטיעות" (לשון השולחן

סעיף 1(ב) : יוזם הזכיה

הזכיה נחשב כמי שמחזיק בממונו של המזוכה בעין, ולכון הרוחחים שנוצרו מהमמון המעורבב שייכים לבעלים של הגורמים לאותם הרוחחים⁶⁷.

2. זכיה שאין עמה רוחה
 דעתם של הרוב מן הפוסקים⁶⁸ היא, שלעומת זכיה שבאה ביזמת המזוכה, המחייבת את הזכיה בתשלום גם אם אין בה משום רוחה – על פי הטעמים והכללים שפורטו לעיל⁶⁹ – הזכיה פטור מתשולם עבור זכיה שאין בה משום רוחה, כשהזכיה באה ביזמת גורם שלישי. הטעם לפטור הוא, שאם גורם אדם שלישי הפסד למזוכה, וכחותzáה מכך זכיה את הזכיה, דיןה של זכיה זו מבחינתו של הזכיה, כדיינה של זכיה שאינה כרוכה בחסרונו המזוכה⁷⁰. במקרה זה, כשנגורם החסרונו של המזוכה בידי אדם שלישי, ואינה תוצאה מפעולות הזכיה, או מפעולות המזוכה לטובת הזכיה, אין זיקה בין הזכיה לבין החסרונו. מובן שהמזוכה יכול לחייב את חסרוינו מן האדם השלישי.

לעומת דעה זו, כותב "מחנה אפרים"⁷¹, שגם אם באה הזכיה ביזמת צד שלישי, אם מניחים שהזוכה היה יוזם את הזכיה לולא יום אותה הגורם השלישי, הוא יהיה חייב בתשלום: "כל היכא דהוי הנאה שלא אפשר בלאו הכி, אי נמי שהיה עומד לכך, חייב לשלם מה שננה, שהרי לכך היה עומד, ונ Nichא ליה בהאי הנאה". במקרה זה, אמן היזמה הייתה של גורם שלישי, אך הזכיה חייב בתשלום כאשרו יום את זכה. בהיעדר הנחה, שהזוכה היה יוזם את הזכיה, מסכימים ה"מחנה אפרים" לדעתם של הפוסקים האחרים, שהזוכה פטור מתשולם. זאת, לעומת מי שקיבל זכיה שבאה ביזמתו של המזוכה, שהוא חייב לפצות את המזוכה על הוצאותיו, אף על פי שהוא עצמו לא היה יוזם את הזכיה⁷².

ערוך. שם). בעל הזיתים אינו זכאי לסכום שהיה בעל השדה חייב לשלם לקבלן. הוא לא יום את הזכיה, ולכן לא מגיע לו תשלום עבור חינה וטרחה (שיטת מקובצת, בכא מציעא קא ע"א, ד"ה אלא, בשם הראב"ד). וראה לעיל, העירה 65.

⁶⁷ לפיתרון דומה, ראה חוק המיטלטליין, התשל"א-1971, סעיף 4. והשווה לעיל, העירה 34.

⁶⁸ תוספות, בבא קמא קא ע"א, ד"ה או; ראי"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן טז; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ט, סימן כח; מסקנת הש"ך, ח"מ, סימן שצא, ס"ק ב, היא שאין מוציאין ממון מספק. ה"מרחשת" מבחין לעניין זה בין מזוכה יהודי למזוכה שאינו יהודי (מרחשת, חלק ב, סימן לה, אות ד, ס"ק ב). יתכן, שלדעתו מזוכה שאינו יהודי אינו זכאי לתשלום, מכיוון שהחוק הלא יהודי של תשלום ממתקדב המכאל את ההמת חברו. ועיין נתיב חיים, לארוח חיים, סימן שלד, על מגן אברהם, שם, ס"ק כז; הבהירו של ה"מרחשת" בדבריו הש"ך דוחקה. רענן: שער משפט, סימן רצא, ס"ק ד, להסביר אחר בסוגיה שכמסכת בכא מציעא מב ע"ב, שהוא מקור הבהיר ה"מרחשת".

⁶⁹ לעיל, ליד ציון העירה 39, ובהערה 39.

⁷⁰ נראה שכך הבין מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב. השווה: מרחשת, חלק ב, סימן לה, פרק ד, ס"ק ב. לטעם אחר, ראה: חידושי ר' שמואל יהודה הכהן (ש侃父), בבא בתרא, סימן ד, סעיף ה.

⁷¹ מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב.

⁷² מחנה אפרים, שם. השיטות שנמננו בהערה 68, מבחינות בין זכיה שהיא אכילה לזכיה אחרת, וקובעות שהזכיה חייב בתשלום הנאותו למזוכה גם כשבאה זכייתו בפעולות אדם שלישי, אם הנאותו היא הנאת אכילה. ראה:תוספות,

פרק רביעי: סיכום

פרק רביעי

סיכום

החוק קובע, ששאלת חובת ההשבה של זכיה שבאה לו לאדם שלא על פי זכות שבדין "אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזכיה, מפעולת המזוכה או בדרך אחרת". ככלומר, החוק אינו מבחין עקרונית בין יוזמי הזכיה. החוק גם אינו מבחין בין סוגי הזכיה, ואחת היא אם הזכיה היא "נכס", שירות או טובת הנאה אחרת". העולה מדיוןנו בסעיף 1 הוא, ששאלת זו, המשפט העברי, בדומה לחוק, מחייב עקרונית את הזכיה בחשבה.

החוק, בסעיף 2, מעניק לבית המשפט את הסמכות לישם סלקטיבית את עקרון חובת ההשבה ולפטר את הזכיה מהשבה – כולה או מಕצתה – אם השבה זו אינה צודקת. גם המשפט העברי פוטר את הזכיה, במקרים שונים, מחובת ההשבה – כולה או מקצתה – אך לעומת החוק, הקובל נושא מעורפל: "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת", המשפט העברי מגדר ביתר דיקט את המקרים, שאין בהם חובת השבה. הכלל המנחה הוא, שהזכיה חייב לשולם עבור כל זכיה שהוא נהנה ממנו, אם היא כווצה בחסרון המזוכה. ברם, גובה התשלומים אינו קבוע, והוא נקבע בהתאם ליווזם הזכיה, לסוג הזכיה ולכוונות הזכיה והמזוכה. ההסדרים השונים בכל מקרה וקרה אינם נקבעים על פי שיקולי "צדקה", אלא על פי יסודות משפטיים⁷³. יחד עם זאת, ניתן למצוא בהסדרים אלה תשובה לשאלות העשויות להtauור מישוקלים של צדק, כגון זכיה כפiosa וזכיה שהזוכה אינו נהנה ממנו. בזכיה ביזמת הזכיה אנו בוחנים קודם כל את האפשרות להשיב את הזכיה בעין. כשהדבר אפשרי, עומדת למזוכה הזכות לקבלה חוזה בעין. כשהדבר אינו אפשרי, יש לעמוד על כוונות הזכיה: אם זכייתו אינה מכוונת, כגון שננה מנכס חברו משום שלא ידע, ולא היה עליו לדעת⁷⁴, שהוא של חברו, ישם את דמי הנאות הסובייקטיבית בלבד. לעומת זאת, אם זכייתו באה לו כתוצאה מיזמתו המכוונת, כגון שהליך לגור בדירת חברו בידועו שהיא של חברו, הוא חייב לפצות את חברו על מלא חסרונו, גם אם סכום זה גובה מהנאתו הסובייקטיבית. בכלל מקרה, הוא לא ישלם יותר משווי הזכיה – ככלומר מערכת בשוק. הוא הדין כהנאה שיש עמה רוחח. בדברינו על סעיף 1(א) ראיינו אמן, שהנימוק המשפטי לדין זה שונה כshedobar בזכיה שיש עמה רוחח⁷⁵ לעומת זכיה שאין עמה רוחח⁷⁶. אולם, כאמור, הדין זהה בשני המקרים⁷⁷.

בכא קמא קא ע"א, ד"ה או, בתירוץ הראשון; רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יז; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ט, סימן כה. ראה מסקנת הש"ך, חור"מ, סימן שצא, ס"ק ב. להסביר ההבחנה בין הנאת אכילה לזכיה אחרת, ראה: שערי ישר, שער ג, פרק כה. אך יש חלוקים על הבחנה זו: תוספות ישניות, כתובות לע"ב; מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב.

⁷³ ואולם ראה להלן, בדיונו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד ציון הערת 21, שיטת "פני יהושע", שגניתו דומה לגישת החוק.

⁷⁴ גם אם הזכיה אינה מועילה לו, דהיינו אם אין לו, ולא יהיה לו, הנאה סובייקטיבית, אלא שהוא אחראי לטעות שהביאה לזכיה, הוא יהיה חייב לפצות את המזוכה על נזקן.

⁷⁵ "ממוני גבר", "כיצד הלה עושה סחרה בפרותו של חברו", "משחרשי ליה".

⁷⁶ מזיך, מעין גולן, מעין לווה.

⁷⁷ ההבחנה בין טובי זכיה – בזכיה ביזמתו המכוונת של הזכיה – ניכרת בהקשר אחר, והוא, שם המזוכה אינו

סעיף 1(ב) : יוזם הזכיה

בזכיה ביזמת המזוכה אנו בוחנים קודם כל אם הזכיה ניתנת לסלוק, ואם שני הצדדים רשאים לסלקה. כשהכל צד יכול ורשי לסלק את הזכיה ללא הסכמת הצד השני, הדין אינו מתעורר, ואם צד אחד מבקש שלא תסולק הזכיה, הרי שהתשולם תמורה השארת הזכיה יקבע במשא ומתן בין הצדדים. כאשר הזכיה ניתנת לסלוק רק על ידי אחד הצדדים, והוא אינו רוצה בסילוקה, או שהיא אינה ניתנת לסלוק על ידי שום צד מהצדדים, מתעורר רוחה אין כל משמעות לשאלת סוג הזכיה – נכס בעין, הנאה שיש עמה רוחה, הנאה שאין עמה רוח – אלא רק לכוננותיהם של הזוכה והמזוכה. בכל מקרה הזוכה חייב לפצות את המזוכה לפחות בשיעור הוצאותוי – זולות אם יוכיה, שבפועל הזוכה אינה מועילה לו כלל⁷⁸, או שהנאותו פחותה מהוצאות אלוי⁷⁹.

אולם כמשמעותיים שני התנאים המctrיבים הבאים, ישם הזוכה עברו מלא הנאותו הסובייקטיבית גם אם סכום זה גבוה מהוצאותיו של המזוכה: המזוכה פעל מתוך כוונה להוועיל לזכיה תמורה תשולם, היינו שהוא מנסה לקבל תמורה מלאה עבור פעולתו; הזוכה היה יוזם את הזכיה בעצמו לולי פועלות המזוכה, ולכן אפשר לדאותו כדי שהזמין את הזכיה מן המזוכה מראש.

בזכיה ביזמת גורם שלישי, אם הזכיה ניתנת לסלוק פיזית, אין הדין מתעורר⁸⁰. אך אם הזוכה אינה ניתנת לסלוק פיזית, שוב יש להבחין בין סוגי הזכיה השונים. נכס בעין והנאה שיש עמה רוחה, יש לשלם למזוכה את שוויים בעת רכישתם. לעומת זאת, הנאה שאין עמה רוחה, הזוכה פטור מלשלם עבורה למזוכה, גם אם מזוכה שננהה בפועל, שכן לא הוא גורם לחסרונו אצל המזוכה. אולם לדעת אחת⁸¹, אם יש להניח שהזוכה היה יוזם את הזכיה בעצמו, עליו לשלם למזוכה את חסרונו Caino הזמין את הזכיה מראש, וכайлו הוא האחראי להפסדו של המזוכה.

חסר, על הזוכה להשיב לו נכס בעין וכן בזכיה שיש עמה רוחה, ואילו וכייה שאין עמה רוחה, הוא פטור עקרונית מלשלם עבורה, בהתאם לכלל "זה נהנה מה לא חסר – פטור" (כלל זה ידוע בהרחבה, בדרינגו על סעיף 2).

⁷⁸ ראה לעיל, הערא 40.

⁷⁹ היינו שם יכול להציג את הזכיה במחיר זול יותר במקום אחר, לא ישם יותר מהנאותו הסובייקטיבית. לדוגמה, אם היה יכול להציג את הזכיה בחוינם, לא ישם ולא כלום.

⁸⁰ ראה לעיל, הערא 57.

⁸¹ מחנה אפרים, הלכות נקי ממון, סימן ב.