חוק לישראל: עשיית עושר ולא במשפט

חוק לישראל

עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי
כיסוד לחקיקה ולפסיקה
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

עשיית עושר ולא במשפט

ונלווה לו

בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

יהונתן בלס
בהשתתפות מיכאל ויגודה

ספרית המשפט העברי

nevo.co.il

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל
הקרן לקידום המשפט העברי

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאכסן במאגר מידע
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני אופטי או מכני או
אחר — כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה

©
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת"ד 7483 ירושלים 91074
תשנ"ב — 1991
ירושלים

פתח דבר

חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, הוא דוגמא בולטת לחקיקה ישראלית שזנחה את שיטת המשפט האנגלי בתחום משפטי חשוב, ואימצה את עיקרי המשפט העברי. יש בחקיקה זו כדי ללמדנו על היכולת הרחבה של המשפט העברי לתת מענה לשאלות המנסרות בחלל עולמנו.

הסעיף הראשון של החוק קובע, בעקבות המקורות היהודיים, כי מי שנהנה מחברו, חייב להשיב לו את מה שנהנה ממנו. החוק החדש זנח את התיאוריה המלאכותית שאמרה, כי המהנה הוא 'מתנדב', ומשום כך אינו זכאי לקבל דבר מן הנהנה. הסעיף השני של החוק אימץ את ההבחנה בין 'זה נהנה וזה חסר' לבין 'זה נהנה וזה לא חסר', וקבע כי במקרה האחרון ניתן לפטור את הזוכה מחובת ההשבה. אף הוראה זו באה בעקבות הכלל העברי 'זה נהנה וזה לא חסר — פטור', בניגוד למה שהיה נהוג קודם לקבלת החוק. הסעיף הרביעי של החוק אימץ את הכלל, שהפורע חובו של חברו שלא מדעתו — הניח את מעותיו על קרן הצבי. הסעיף החמישי של החוק קובע, שהמציל את רכושו או את חייו של חברו זכאי לשיפוי על הוצאותיו; אף זאת בניגוד לשיטת המשפט האנגלי, ותוך אימוץ הגישה היהודית המעודדת פעולות הצלה. יתר על כן, מצוות התורה להציל נפש, קיימת אף כשהניצול מתנגד להצלה. גישה זו אומצה על ידי המחוקק, שקבע (בסעיף קטן (ג) לסעיף 5), שכאשר הוציא המציל הוצאות להצלת חיים, זכותו לשיפוי קיימת, אף אם התנגד הניצול לפעולת ההצלה.

במבוא להצעת החוק נאמר: 'החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחדות: הוא מזכה בהשבה את המשביח נכסי חברו; הוא מאמץ את העקרון של 'זה נהנה וזה לא חסר' כשיקול לפטור את הנהנה מהשבה; והוא מזכה את המציל רכושו של חברו בשיפוי על הוצאותיו, במטרה לעודד פעולות הצלה'.

בשלבי הכנתו של החוק החדש, ערכתי מחקרים אחדים להצעת התשתית העיונית והמעשית של הנושא על פי המקורות היהודיים. המחקרים הללו נתפרסמו בשנת תשל"ז ב'סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי' (חוברות מד־מו, נ־נא), ולאחר מכן בספרי: 'עושר ולא במשפט — הנהנה מנכסי חברו בזכות ושלא בזכות' (ירושלים תשמ"ח).

החיבור שלפנינו מגיש לפני המעיין את מכלול הוראותיו של המשפט העברי בנושא זה, בהקבלה לכל פרט ופרט שבסעיפי חוק עשיית עושר ולא במשפט. זאת ועוד, מאחר שחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, מכיל אף הוא הוראות בעניין המשביח נכסי חברו — בפרק הדן בבנייה ונטיעה במקרקעי הזולת (סעיפים 21־26 לחוק) — הורחבה היריעה, והחיבור כולל גם את הוראות המשפט העברי בזיקה לסעיפים אלה לפרטיהם.

חיבור זה הוא אחד החיבורים בסדרה 'חוק לישראל', שבמסגרתה מתפרסמים בימים אלה חיבורים נוספים בנושאים: נזיקין, ערבות, השבת אבדה. חיבורים אלה, ואחרים שיבואו

nevo.co.il

בעקבותיהם, כאים למלא את החלל הקיים בספרות המשפטית בארץ בתחום פרשנות החוק לאור מקורות המשפט העברי. מאחר שחוק עשיית עושר ולא במשפט זנח שיטה זרה, ואימץ את השיטה המשפטית היהודית, חיוניותו של החיבור שלפנינו היא לאין ערוך. לא זו אף זו, מאחר שחוק יסודות המשפט, התשנ"ם-1980, קובע שכל אימת שמזדמנת בפני השופט שאלה משפטית שאין לה תשובה בחוק, בפסיקה או על פי היקש, הוא חייב להכריע בה לאור עקרונות מורשת ישראל, הרי שהכרת עקרונות מורשת ישראל, המוגשים בזה לפני המעיין כשולחן הערוך, תסייע ביישום הוראות חוק זה.

יש לקוות, כי אלה שלא נזקקו עד כה לפרשנותו של החוק בישראל מתוך המקורות היהודיים, והמשיכו בדרך שהיו מורגלים בה, יבואו עתה למה שמתבקש מהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית, ובזה ימולאו גם הוראות חוק יסודות המשפט, כלשונו וכמגמתו.

עוד יש לומר, שחיבורים אלה ישמשו לא רק את השופטים והמשפטנים, אלא גם את כל מי שחפץ לדעת את גישתם של המקורות היהודיים בנושאים המעשיים שבחיי יום יום.

אלול תשנ"א

נחום רקובר

nevo.co.il

לזכר אבי, ד״ר יהודה בן יהושע בלס ז״ל
שציפיותיו ודוגמת חייו הן אור לנתיבתי

הקדמה

הראי״ה קוק, הרב הראשי לארץ ישראל, כתב לפני למעלה מיובל שנים, כי המשפט העברי הוא ׳הדבר היותר חשוב מכל רכושנו הרוחני. ...הנשמה של כל אומה, וביותר של אומתנו, תלויה היא בשלטון המשפט שלה דוקא׳ (איגרות הראי״ה, חלק ב, סימן קעו). במישור החברתי, המשפט מבטא את ערכיו המוסריים של כל עם ועם, ובישראל מתרגם המשפט העברי את ערכיה העצמאיים של האומה הישראלית לשפת המעשה.

בחיבור שלפנינו נידונו בפירוט הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל״ט־1979, על פי מקורות המשפט העברי. הקורא, הבוחן את ההסדרים המשפטיים מזווית מוסרית, יראה עד כמה משקפות ההלכות הללו של המשפט העברי הכרעות ערכיות. ההוראות המדויקות שבחוק, המבוססות על כללים משפטיים, מעוגנות בחזון הצדק שבמורשת ישראל.

פרשנות החוק באה בעיקרה לאפשר לציבור המשפטנים גישה למקורות המשפט העברי, אלא שגם מי שכבר מכיר את המקורות, יפיק תועלת מן החיבור — שיש בו התמודדות שיטתית עם השאלות המוסדרות בחוק — כשיגלה שיש בהלכה העברית תורה עקבית וכוללת.

תודתי נתונה לפרופ׳ נחום רקובר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שעודד אותי בהכנת חיבור זה במשך שנים; למורי ורבי הרב זלמן נחמיה גולדברג, שעבר על העבודה בשלבים שונים, והעיר הערות מהותיות ורבות ערך; לשופט צבי טל, לעו״ד מאיר ארן, ולד״ר דוד א׳ פרנקל, שתרמו מן הידע המקצועי שלהם; ולד״ר יחיאל קארה, שסייע בעריכה הלשונית.

תודה מיוחדת מגיעה לשותפי לעבודה זו, עו״ד מיכאל ויגודה, שבחן כל משפט בתבונה, והציע תיקונים מתוך שאיפה להשיג בהירות מירבית, הן בניסוח והן בסדר העניינים. הערותיו תרמו לא רק להרצאת הדברים, אלא גם לתוכנם, כשהפנה את תשומת לבי לנושאים, שלשם הבהרתם הייתי חייב להקדיש חשיבה ומחקר נוספים. אולם עלי לציין, שכל חסרון שהוא, אם בטקסט או בהערות, הוא על אחריותי בלבד.

אני חייב תודה עמוקה לרעייתי שפרה, השותפה בנפש לכל מפעליי, ואף לעבודה זו. חכמות נשים בנתה ביתה.

אני תפילה שהמלמד תורה לעמו ישראל, שסייע לי במלאכת קודש זו, יאיר עיניי בתורתו, ויחזק את ידיי ללמוד וללמד, לשמור ולעשות, ולקיים.

מנחם־אב תשנ״א

יהונתן בלס

תוכן העניינים

פתח דבר ה

הקדמה ז

התוכן לפרטיו יא

מבוא 1

סעיף 1 חובת ההשבה 3

סעיף 2 פטור מהשבה 51

סעיף 3 ניכוי הוצאות 87

סעיף 4 דין הפורע חוב הזולת 97

סעיף 5 דין הפועל לשמירת עניין הזולת 115

בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת 159

מפתחות 187

חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 213

nevo.co.il

התוכן לפרטיו

פתח דבר ה

הקדמה ז

מבוא 1

סעיף 1(א): חובת ההשבה

פרק ראשון: מבוא 5

פרק שני: הזכייה — "נכס, שירות או טובת הנאה אחרת", הבסיס המשפטי לחובת ההשבה 8

א. מבוא 8

ב. "נכס" 9

ג. "שרות או טובת הנאה אחרת" 10

1. הנאה שיש עמה רווח 10

2. הנאה שאין עמה רווח 12

פרק שלישי: היעדר זכות שבדין — "שלא על פי זכות שבדין" 20

פרק רביעי: הזמן המכריע לקיום הזכייה — "שקיבל" 21

א. מבוא 21

ב. נכס בעין והנאה שיש עמה רווח 22

ג. הנאה שאין עמה רווח 22

פרק חמישי: הזוכה — "מי שקיבל" 96

א. מבוא 96

ב. נעדר כשרות משפטית (פסול דין) 96

1. השבת נכס בעין 96

2. השבת טובת הנאה 27

ג. גזלן 28

פרק שישי: המזכה — "מאדם אחר" ("ממון שאין לו תובעין") 30

פרק שביעי: ההשבה — "חייב להשיב למזכה את הזכיה" 32

א. הוצאות ההשבה 32

ב. השבה בעין והשבת התמורה 33

nevo.co.il

התוכן לפרטיו

סעיף 1(ב): יוזם הזכייה

פרק ראשון: מבוא 37

פרק שני: זכייה ביזמת המזכה — "מפעולת המזכה" 37
א. מבוא — זכייה הניתנת לסילוק ושאינה ניתנת לסילוק 37
ב. שיעור התשלום מתוך בחינת כוונות המזכה והזוכה 39
1. בחינת כוונת המזכה 40
2. בחינת רצונו המשוער של הזוכה 42

פרק שלישי: זכייה ביזמת גורם שלישי — "או בדרך אחרת" 46
א. מבוא — זכייה הניתנת לסילוק ושאינה ניתנת לסילוק 46
ב. שיעור התשלום מתוך בחינת סוג הזכייה 47
1. זכייה שיש עמה רווח 47
2. זכייה שאין עמה רווח 48

פרק רביעי: סיכום 49

סעיף 2, חלק א: זכייה שאינה כרוכה בחסרון המזכה

פרק ראשון: מבוא 53

פרק שני: היסוד המשפטי לפטור — "רשאי לפטור" 54

פרק שלישי: חריגים לפטור 56
א. המזכה מחה נגד הזוכה 56
ב. הזוכה גילה נכונות לשלם 58

פרק רביעי: הגדרת החסרון — "חסרון המזכה" 60
א. מבוא 60
ב. נזק שאינו גורר אחריו חובת פיצויים 60
1. מניעת רווח 61
2. נזק מתוך אונס 62
3. מניעת הנאה 62
ג. חסרון המלווה בהנאת המזכה 63
ד. חסרון של מה בכך (פחות משווה פרוטה) 64

פרק חמישי: הקשר בין הזכייה לחסרון — "שאינה כרוכה בחסרון המזכה" 64
א. חסרון שקדם לזכייה 64
ב. חסרון בנכס שאינו מקור הזכייה 67

פרק שישי: חסרון הקטן מהזכייה — "רשאי לפטור... כולה או מקצתה" 68
א. הכלל: משלם הכול 68
ב. סייג: זכייה שבאה ביזמת המזכה 71
ג. סייג: זכייה שהיה יכול הזוכה להשיגה חינם 73

nevo.co.il

סעיף 2, חלק ב: נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת;
זכייה בטעות בנכס המזכה, שאבד עד שעת התביעה

פרק ראשון: הכלל: פטור מהשבה 77

פרק שני: חריגים שהזוכה חייב בהם בהשבה 80
א. מבוא 80
ב. התחליף לממון המזכה עומד בעינו ברשות הזוכה 81
ג. הזוכה הזיק את נכס המזכה (שלא מתוך אונס גמור) 82
ד. הזוכה התחייב באחריות הזכייה 84
ה. הזוכה נהנה מהזכייה 85

סעיף 3: ניכוי הוצאות

פרק ראשון: מבוא — ניכוי הוצאות או חלוקת רווחים 89

פרק שני: חלוקת רווחים בין הגורמים ליצירתם — "ממה שעליו להשיב" 90
א. גישת החוק: הכרה בעקרון חלוקת הרווחים 90
ב. גישת המשפט העברי: הבחנה בין גורם ישיר ליצירת הרווח לבין גורם אחר 91

פרק שלישי: סיכום 95

סעיף 4: דין הפורע חוב הזולת

פרק ראשון: מבוא 99

פרק שני: הנימוק המשפטי לכלל — "הפורע... אינו זכאי להשבה" 101
א. מבוא 101
ב. הזוכה לא קיבל הנאה של ממש 102
ג. הזוכה היה מצליח להיפטר מהחוב 104

פרק שלישי: הגדרת החוב — "חובו של אדם אחר" 106
א. מבוא 106
ב. החובות שהכלל חל עליהם 106
ג. החובות שהכלל אינו חל עליהם 107
1. חוב הנובע מעסקת מכר 107
2. חוב שאין לדחות את קיומו 107

פרק רביעי: הזוכה — "של אדם אחר" 108

פרק חמישי: חריגים לכלל — "אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד" 108

nevo.co.il

א. מבוא 108
ב. המזכה פרע את החוב להגנת אינטרס אישי 109
ג. "פורע חובו של חברו" — כטענת הגנה 110
ד. חוסר סבירות כמחילת המלווה 111
ה. הזוכה גילה שברצונו לפרוע את החוב 112
פרק שישי: הגבלת גובה ההשבה — "כדי מה שנתן לפרעון החוב" 113

סעיף 5(א): דין הפועל לשמירת עניין הזולת
פרק ראשון: מבוא — פעולה לשמירת עניין הזולת — מצווה 117
פרק שני: "תום לב" ו"סבירות" 118
א. מבוא 118
ב. גדרה של סכנה שמצווה לשמור את הזולת ממנה — "מי שעשה... בסבירות" 121
1. שמירת נפשות — "פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו" 121
2. שמירת בריאות — "בריאותו" 123
3. שמירת רכוש — "רכושו" 124
4. שמירת כבוד — "כבודו" 124
פרק שלישי: שכר עבור קיום מצווה 125
א. העיקרון: אין קבלת שכר 125
ב. חריגים 126
ג. קבלת שכר כתמורה לפעולת הכנה לקיום מצווה 128
פרק רביעי: פיצוי על הוצאות ונזקים — "חייב הזוכה לשפותו" 129
א. מבוא 129
ב. פעולה שהועילה 129
1. שמירת רכוש 129
2. שמירת נפשות 134
ג. פעולה שלא הועילה 136
ד. סבירות ההוצאות — "לשפותו על הוצאותיו הסבירות" 138
פרק חמישי: מציל שהציל תוך כדי פעולה להצלת ערכיו שלו — "של אדם אחר" 139

סעיף 5(ב): דין מי ששימשו נכסיו לשמירת עניין הזולת 141

nevo.co.il

סעיף 5(ג): **התנגדות הזוכה לשמירת ענייניו**

פרק ראשון: מבוא 149

פרק שני: התנגדות לשמירת רכוש 150

א. זוכה שהתנגד 150

ב. זוכה שהייתה לו סיבה סבירה להתנגד 153

פרק שלישי: התנגדות לשמירת חיים 154

פרק רביעי: התנגדות לשמירת בריאות 155

פרק חמישי: סיכום בעניין המזכה ביזמתו שבסעיפים 4 ו־5 156

חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, פרק ד: **בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת**

מבוא 163

סעיף 21(א): הבררה 164

א. המקים — "הקים אדם" 164

ב. המחוברים — "מבנה או... נטיעות" 166

ג. היעדר זכות שבדין — "בלי שהיה זכאי לכך על פי דין" 167

ד. ברורת הסילוק — "הברירה בידי בעל המקרקעין" 168

1. מבוא 168

2. ברורת בעל המקרקעין 168

3. ברורת המקים 170

ה. סיכום 173

סעיף 21(ב): התשלום 173

א. מבוא 173

1. סוגי התשלומים 173

2. העיקרון המנחה 176

ב. גובה התשלום 177

ג. סיכום 180

סעיף 21(ג): סילוק על חשבון המקים 181

סעיף 21(ד): הבעלות במחוברים שסולקו 182

סעיף 22: ביצוע הבררה 182

סעיף 23: זכות המקים לרכישת המקרקעין 183

סעיף 24: תשלום בעד שימוש 184

סעיף 25: תנאי התשלום 185

סעיף 26: קיזוז 186

nevo.co.il

התוכן לפרטיו

מפתחות

מפתח העניינים 189

מפתח המקורות 201

חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 213

CONTENTS

Foreword ה
Introduction ז
Contents in Detail יא

Preface 1
Chapter 1 Duty of Restitution 3
Chapter 2 Exemption from Restitution 51
Chapter 3 Deduction of Expenses 87
Chapter 4 Person who Pays Another Person's Debt 97
Chapter 5 Person who Acts to Protect Another Person's Interest 115
Building and Planting on Another's Property 159

Indices 187
Unjust Enrichment Law, 5739-1979 213

nevo.co.il

The Library of Jewish Law

Ministry of Justice

The Jewish Legal Heritage Society

Foundation for the Advancement

of Jewish Law

No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

©

The Jewish Legal Heritage Society

P.O.Box 7483 Jerusalem 91074

Printed in Israel 1991

nevo.co.il

JEWISH LAW FOR ISRAEL

A Systematic and Up to Date Presentation of Jewish Law
As a Basis for Legislation and Judicial Decision
Arranged According to the Law of the State of Israel

Edited by
Nahum Rakover

UNJUST ENRICHMENT

Including

BUILDING AND PLANTING ON ANOTHER'S PROPERTY

Jonathan Blass
With
Michael Wygoda

The Library of Jewish Law

nevo.co.il

JEWISH LAW FOR ISRAEL: Unjust Enrichment Law

מבוא

חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, עוסק בשני דברים: א. הוא קובע עיקרון כללי, שמי שקיבל זכייה מחברו, שלא על פי זכות שבדין, חייב בהשבתה או בתשלום תמורתה. ב. הוא מסדיר את זכויותיו של מזכה שזיכה את הזוכה ביזמתו (להלן- מזכה ביזמתו) — מי שבמשפט האנגלי מוכר כ"מתנדב".

החוק קובע את העיקרון הכללי בסעיפים 1(א) ו-2. במקביל לחיוב בהשבה, שנקבע בסעיף 1(א), סעיף 2 של החוק מעניק לבית המשפט זכות לפטור את הזוכה מהשבה אם ה"נסיבות עושות את ההשבה בלתי צודקת". בנסיבות אלו בית המשפט "רשאי לפטור" את הזוכה מהשבת הזכייה. אמנם החוק מציין כדוגמה לנסיבות אלו זכייה שלא הייתה כרוכה בהפסד המזכה, אך גם במקרה זה בית המשפט רשאי לחייב את הזוכה בהשבה או לפטור אותו מהשבה, על פי שיקול דעת בית המשפט.

גישתו של החוק בסעיפים אלה תואמת את המשפט העברי, שבעיקרון מחייב את הזוכה בהשבה, אך פוטר אותו בנסיבות מיוחדות על פי כללים שנבדוק אותם בהמשך. כללים אלה מבחינים בין סוגים שונים של זכייה ובין כוונות שונות של הזוכה והמזכה. אפילו העיקרון הידוע: "זה נהנה וזה לא חסר — פטור", מצטמצם על פי הבחנות אלו. אך לעומת החוק, המשאיר את יישומו של עיקרון ההשבה לשיקול דעתו של בית המשפט, הסדיר המשפט העברי את החיוב בַנסיבות השונות. ראוי שבית המשפט, כשהוא בא לקבוע תקדימים שיגדירו את כוונת לשונו הרחבה של החוק, יסתייע במשפט העברי המפורט יותר, במיוחד לאור העובדה שהמשפט העברי הוא מקור ההשראה לחוק, במלאכת חקיקתו.

החוק דן בסוגיית המזכה ביזמתו בסעיפים 1(ב), 3, 4, ו-5. בסעיף 1(ב) הוא קובע שבעיקרון, מזכה ביזמתו זכאי להשבה או לתשלום שוויה של הזכייה. בסעיף 4 החוק קובע, שדינו של מי שפרע את חובו של חברו חורג מהכלל בסעיף 1(ב), וזכותו להשבה נחותה מזו של אדם אחר המזכה ביזמתו. סעיף 5, העוסק במזכה שהציל את ערכי זולתו, מחייב את הזוכה בתשלומים העשויים להיות גבוהים משוויה של זכייתו. בחיבור זה נדון בשאלות: למה "הפורע" מופלה לרעה והמציל מופלה ל"טובה"? למה הדין שונה במקרים אלה מדין אדם אחר המזכה ביזמתו? הפתרון להבנת החוק בשאלות אלה נמצא במשפט העברי.

גם סעיף 3 דן בפיצוי המגיע למזכה ביזמתו. כפי שנסביר בדברינו על סעיף זה, זוכה שהפיק רווחים מנכסי המזכה אלא שגם הוא השקיע עבודה או שהשקיע מכספו, זכאי לפיצוי עבור השקעותיו. הוא מנכה פיצוי זה מהרווחים שהוא משיב למזכה. במקרה זה הזוכה אינו אלא מזכה ביזמתו. לעומת סעיף 1(ב) המעניק למזכה ביזמתו פיצוי בגובה שווי הזכייה, סעיף 3 מצמצם את הפיצוי המגיע לו להוצאותיו הסבירות. שתי גישות אלו, שבחוק עשיית עושר הן דרות בכפיפה אחת, כשהראשונה מחייבת

nevo.co.il

את הזוכה בתשלום שווי זכייתו והשנייה מחייבת אותו בפיצוי רק על הוצאותיו של המזכה, מונָחות ביסודם של שני חוקים אחרים. חוק המקרקעין מחייב את בעל המקרקעין, הבוחר להשאיר מחוברים שהוקמו ברשותו בלא הסכמתו, בתשלום שאינו עולה על הוצאותיו של המקים. לעומתו, חוק המיטלטלין מחייב את בעל המיטלטלין המשופרים בתשלום שווי זכייתו. להלן נראה, שגם המשפט העברי אינו מחייב את הזוכה בתשלום אחיד למזכה ביזמתו. אך לעומת החוק, שעדיין לא גיבש עמדה ברורה לגבי התנאים לחיוב הזוכה בתשלום הראשון או השני, יש למשפט העברי כללים המסדירים את התשלום.

הדגש שהושם בחוק על מזכה ביזמתו (שלושה וחצי סעיפים מתוך חמשת הסעיפים העיקריים עוסקים במזכה ביזמתו) נכפה על ידי מציאות שבה רוב התביעות בגין עשיית עושר ולא במשפט מקורן במי שזיכה אחר ביזמתו מתוך טעות, כתוצאת לוואי מפעולה שהייתה מכוונת לטובת המזכה עצמו או מפעולה להצלתו. כמו כן יש עניין משפטי רב יותר במקרים אלה, בהם יש צורך לאזן בין זכותו של הזוכה להתנגד להתערבות של אחר בענייניו, לבין חובתו לשלם עבור זכייה שקיבל שלא על פי זכות שבדין. יש לציין, שיש מקרים רבים של זכייה ביזמת הזוכה שהם תוצאה של טעות, שבה אדם סבור שהוא משתמש בנכסים שלו ולאחר מכן מתברר לו שהנכסים שהשתמש בהם, או הפיק מהם רווחים, היו של זולתו.

סעיפיו השונים של חוק עשיית עושר ולא במשפט מהווים, על פי פרשנות המיוסדת על הסוגיות המקבילות במשפט העברי, מסכת משפטית־עיונית אחת, שבה הפרטים המסונפים עולים לכדי תפיסה כוללת ומקיפה. מחקרנו בנוי כך שיוכל הקורא לעיין בגישת המשפט העברי לגבי כל סעיף וסעיף מבלי לקרוא את המחקר כולו מתחילתו ועד סופו. ברם רק מי שיקרא את המחקר כולו, יראה את החוט הרעיוני המקשר את עקרונות הסוגיה כולה. מסיבה זו צורף לחיבור דיון בסוגיית המקים מחוברים במקרקעי הזולת, שהמחוקק דן בה בפרק הרביעי של חוק המקרקעין, התשכ״ט-1969. דיון זה יש בו כדי להבהיר את יישומם של עקרונות המשפט העברי בסוגיית עשיית עושר ולא במשפט, ובמיוחד את גישתו של המשפט העברי לסוגיית מי שמזכה ביזמתו את חברו.

nevo.co.il

סעיף 1(א)

חובת ההשבה

חובת ההשבה

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן — הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן — המזכה) חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 5

פרק שני: הזכייה — "נכס, שירות או טובת הנאה אחרת", הבסיס המשפטי לחובת ההשבה 8

א. מבוא 8

ב. "נכס" 9

ג. "שרות או טובת הנאה אחרת" 10

1. הנאה שיש עמה רווח 10

2. הנאה שאין עמה רווח 12

פרק שלישי: היעדר זכות שבדין — "שלא על פי זכות שבדין" 20

פרק רביעי: הזמן המכריע לקיום הזכייה — "שקיבל" 21

א. מבוא 21

ב. נכס בעין והנאה שיש עמה רווח 22

ג. הנאה שאין עמה רווח 22

פרק חמישי: הזוכה — "מי שקיבל" 26

א. מבוא 26

ב. נעדר כשרות משפטית (פסול דין) 26

1. השבת נכס בעין 26

2. השבת טובת הנאה 27

ג. גזלן 28

פרק שישי: המזכה — "מאדם אחר" ("ממון שאין לו תובעין") 30

nevo.co.il

התוכן

פרק שביעי: ההשבה — "חייב להשיב למזכה את הזכיה" 32
א. הוצאות ההשבה 32
ב. השבה בעין והשבת התמורה 33

nevo.co.il

פרק ראשון

מבוא

העיקרון שביסוד הנאמר בסעיף 1 לחוק הוא, שמי שזכה ביתרון שנבע ממשאבי חברו "שלא על פי זכות שבדין", חייב בהשבת הזכייה למזכה[1]. את סעיף 1 יש לקרוא יחד עם סעיף 2, המסמיך את בית המשפט לפטור את הזוכה מחובת ההשבה, "אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה, או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת". אם כן, כמובן מה, סעיף 1 וסעיף 2 הם בבחינת "שטר – ושוברו בצדו"[2].

החוק נחוץ למקרים שאין בהם למזכה עילה חוזית או נזיקית, שמכוחה יוכל לתבוע השבה, על אף העובדה שהזוכה קיבל את הזכייה "שלא על פי זכות שבדין". למקרים מיוחדים אלה העמיד המחוקק לרשות המזכה עילה משלימה זו, עילת "עשיית עושר ולא במשפט"[3]. חוק זה הוא חוק שיורי, והוא אינו גורע מדיני ההשבה שבחוקים אחרים[4].

המקרה הטיפוסי בסוגיה זו הוא המקרה של כסף ששולם לאדם, ונתקבל על ידו, מתוך טעות שבעובדה או שבחוק[5]. מקרה אחר הוא של מי שדר בחצר חברו שלא מדעת חברו[6].

שתי אסכולות קיימות באנגליה לביסוס חובת ההשבה. הלורד מנספילד קבע בפסק דין מפורסם, Moses v. Macferlan[7]: "אם מכוח הלכות הצדק הטבעי מוטלת על הנתבע החובה להחזיר, יסיק החוק קיומו של חוב". הגישה האחרת שהוצעה באנגליה

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

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

3 השופט חשין הוא שכינה לראשונה את הנושא שאנו עוסקים בו בכינוי: "עשיית עושר ולא במשפט". מקורו של כינוי זה בספר ירמיהו: "קרא דגר ולא ילד, עשה עושר ולא במשפט, בחצי ימיו יעזבנו, ובאחריתו יהיה נבל" (יז,יא). אברבנאל ומהר"י קרא מסבירים, שכוונת הנביא היא לרשע החומס וגוזל. וראה את הוויכוח על שמו של החוק בתהליך חקיקתו, 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 החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיפים 21, 31, 56, 57; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיפים 9, 18(ב); חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פרק ד, וסעיף 33; חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיפים 4-6; חוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיפים 8, 10; חוק הערבות, התשכ"ז-1967, סעיפים 9, 10. לשאלת היחס שבין חוק עשיית עושר לבין הוראות השבה שבחוקים אחרים, ראה: ד"נ 20/82 אדרס, חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221.

5 ראה לדוגמה: ע"א 827/76 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.

nevo.co.il

על ידי מבקרי גישתו של לורד מנספילד, מתבססת על דוקטרינת "מעין חוזה" (quasi-contract), הקובעת שמחייבים את הנתבע בתשלום, אם לאור הנסיבות מייחס לו הדין הבטחה להשיב את הכסף. הבטחה כזו היא פיקציה גמורה[8].

יש הרואים[9] בנאמר בסעיף 1, הפורש את חובת ההשבה על מרחב הזכייה "שלא על פי זכות שבדין", דחייה של הגישה המעגנת את חובת ההשבה בתפיסה המעין חוזית. לדבריהם, החוק המחייב השבת הזכייה, כשאין "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" (סעיף 2 לחוק), קרוב בגישתו לקביעתו של הלורד מנספילד, המורה ש"אם מכוח הלכות הצדק הטבעי מוטלת על הנתבע החובה להחזיר, יסיק החוק קיומו של חוב". בהמשך הדברים[10] נדון בשאלה: האם אמנם מסקנה זו מתחייבת מלשון החוק ומתוכנו.

בשאלת אימוץ גישתו של הלורד מנספילד, חלוקים שופטי בית המשפט העליון[11]. דעת הרוב מאמצת את העיקרון שבגישה זו. השופט ש' לוין כותב[12]: "הכרנו בקיומו של עיקרון כללי של עשיית עושר ולא במשפט, שאינו צמוד למערכת נסיבות קפואה, עיקרון הניתן לפיתוח כל אימת שצרכי החברה והמשפט מצדיקים את הדבר". כמקור לגישה זו השופט לוין מביא את דברי השופט זוסמן המציין את "הלכתו הידועה של הלורד מנספילד"[13], ומסכים אתו גם השופט א' ברק, הכותב[14]: "התכלית [של חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979] היא, בין השאר, מניעת התעשרות שלא כדין... ביסוד תכלית זו עומדת התפיסה, שלה נתן ביטוי הלורד מנספילד (Mansfield) בפרשת Moses, לפיה יש להורות על השבה, מקום שתחושת המצפון והיושר (ex aequo et bono) מחייבת השבה... אמת המבחן המדריכה אותנו היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל". מכאן, שאין "להגביל את מניעת ההתעשרות שלא כדין לפגיעה בזכות קניינית או מעין קניינית"[15].

אך, דעתה של המשנה לנשיא, מ' בן-פורת, שביטאה את עמדת המיעוט היא: "רצוי, לכאורה, לא לעודד על ידי פירוש מרחיב הכרה כוללנית בהפעלת דין עשיית העושר"[16]. על פי גישתה, המצמידה עקרונות עשיית עושר ולא במשפט ל"מוטיבים קנייניים"[17], "עקיבה תיתכן רק אם קיים נכס ספציפי"[18]. בהרחבת העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט "טמון סיכון רציני ליציבותו של עולם הסוחרים בכלל ולכורתי החוזים בפרט"[19].

[8] להסבר לשיטה זו, ראה בספרו של פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל-אביב תשמ"ב, סעיפים 4-5 (מכאן ואילך: פרידמן); וראה גם: מוזז, 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, הערה 4.

[12] שם, עמ' 237.

[13] שם, עמ' 238.

[14] שם, עמ' 273.

[15] שם, עמ' 275. וראה להלן, הערה 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 מידה משפטיות ליישום העיקרון שאין לאדם להתעשר על חשבון חברו שלא כדין. מכאן, שגישתה של המשנה-לנשיא תואמת יותר את המשפט העברי בנושא זה.

nevo.co.il

סעיף 2 של החוק השאיר כאמור את מלאכת קביעת סייגים והגבלות לעיקרון הכללי לבית המשפט, ואף נקט בלשון "רשאי לפטור", כדי שלא לפגוע בסמכות הרחבה שנתן לו. "החוק קובע עקרונות כלליים בלבד בעוד שתרגומם של העקרונות לשפת המעשה וההכרעה במקרים השונים נמסרה במלואה לבית המשפט"[20].

מדוע אימץ המחוקק גישה זו? השופט א' ברק כותב[21], שלנוכח ריבוי השיקולים העומדים לפני שופט הדן בחביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט: "אין מנוס מהפעלת שיקול דעת שיפוטי", ולכן ה"כלליות והסתמיות אינן מצביעות על לאקונה או חלל". כאמור, השופט ברק סבור, שאת כלליות החוק, יש לפרט על פי תחושת הצדק וההגינות של "הציבור הנאור בישראל". לעומתו, השופט ש' לוין קובע, ש"יש לפסוק לפי עקרונות שנתגבשו משך השנים", כלומר פסקי הדין של בתי המשפט מצמצמים את "הריקמה הפתוחה"[23] שבחוק ואינם מניחים את הגדרתו לתנודותיה של "תחושת הצדק וההגינות" של מי שיכונו "נאורים", על פי "צדק פרטיזני של שופט אנדיווידואלי"[24].

נראה, שלדעתו של השופט ש' לוין, נוסח הסעיף אינו ברור, משום שלא הספיקו בתי המשפט לפני שנתקבל החוק, להגדיר במדויק את הנסיבות המצדיקות או שוללות השבה. בהיסטוריה הארוכה של המשפט העברי, נקבעו כללים ברורים יותר.

על בית המשפט הוטל אפוא, על פי הכנתו של השופט ש' לוין, לקבוע כללים מוגדרים בסוגיה שלפנינו, מבלי שניתנו לשופט כלים למטרה זו בחוק עצמו. כאמור, בעניין זה, גיבש המשפט העברי[25] פתרונות מפורטים, כשהוא מביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות

[20] לשונו של מזוז, עמ' 508, וראה גם דבריו, כעמ' 504-505.

[21] פסק דין אדרס (לעיל, הערה 4), עמ' 273.

[22] שם, עמ' 238.

[23] לשון השופט ברק, שם, עמ' 273.

[24] לשון השופט זוסמן. השוני בגישתם של השופטים ברק ולוין בולט בקריאת הדברים במלואם: השופט ש' לוין, כותב כשהוא מביא דברי השופט זוסמן: "לא רגש הצדק של השופט האינדיווידואלי קובע מה הן הנסיבות המחייבות השבה, אלא יש לפסוק לפי עקרונות שנתגבשו משך השנים" (עמ' 238); לעומתו, השופט ברק, בציינו גם הוא את דברי השופט זוסמן כותב: "אין אנו תלויים במה שמ"מ הנשיא השופט זוסמן כינה 'צדק פרטיזני של שופט אינדבידואלי'. אמת המבחן המדריכה אותנו היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל". יש לציין, שהשופט ברק, הסבור שיש לבסס את פסקי הדין בנושא זה על מצפונו של הציבור "הנאור", נוטש את העקרונות הדמוקראטיים שעל יסודם מתקבלים בישראל חוקים, כלומר, מתן ביטוי לדעתו של הציבור על ידי נציגי כלל הציבור ולא רק של חלק ממנו. לשיטתו, פירוש החוק ראוי שייקבע לא על פי עקרונות אוניברסאליים ולא על פי הציבור כולו באופן דמוקראטי, אלא על פי נטיותיה של קבוצת אליטה שאת החברות בה יקבע השופט האינדיווידואלי, בכל משפט ומשפט הבא לפניו.

[25] שר המשפטים ציין את המשפט העברי כמקור לגישת הצדק של החוק: "ניתן לומר שהרעיון הכסיסי המונח ביסודות ההצעה הוא הכלל שביסוד דיני היושר במשפט העברי -- ועשית הישר והטוב בין אדם לחברו" (דברי הכנסת 83 (תשל"ח), עמ' 3917). הוא הדגיש את הניתוק משיטות משפטיות זרות באמרו: "הצעת החוק... כאה על בסיס עצמאי שלנו, ושוב, לא תהיה נדרשת למקורות של חוק זר". בדיון בכנסת (דברי הכנסת 84 (תשל"ט), עמ' 161, 1116-1117) הועלתה הצעה לקבוע בחוק הוראת הפנייה למשפט העברי. שר המשפטים השיב, שהוראה כזאת מיותרת לאור הצעת חוק יסודות המשפט, התשל"ח-1978, "שבאה לבטל כליל את סימן 46 [1]למלא את החלל הריק בעקרונות השאובים ממורשת ישראל". אף המלומדים מסיקים, לאחר בירור עקרונותיו של החוק, שהחוק סלל דרך חדשה לעומת שיטות משפטיות זרות. לדוגמה, לדברי טדסקי, יש בחוק "כפירה מוחלטת בזכות המזכה להשבה נוכח זכות שבדין של הווכה" (טדסקי, עמ' 387; וכן ראה שם, עמ' 391, ועמ' 397). כפי שנראה במחקרנו, העקרונות החדשים הללו תואמים את גישת המשפט העברי. לאור האמור, יש להתפלא על דלות ההתייחסות למשפט העברי בדברי הפרשנות לחוק.

nevo.co.il

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

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

פרק שני

הזכייה — "נכס, שירות או טובת הנאה אחרת", הבסיס המשפטי לחובת ההשבה

א. מבוא

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

לצורך הבהרת העניין, נקדים ונאמר, שהמשפט העברי מבחין בין שלוש קטיגוריות יסוד של זכיות: א. נכס בעין אשר הגיע לידי הזוכה, כגון סחורה שסופקה בטעות[26]. ב. טובת הנאה, שאינה החזקת נכס המזכה, אך יש בה משום רווח לזוכה, היינו הנאה המגדילה

פרידמן, בסעיף 26 של ספרו, קובע כי תחילה יש לנסות לעמוד על כוונת המחוקק, כפי שהיא עולה מן החוק עצמו, ורק אם אין הדבר אפשרי, "הדין שקדם לחוק הנוגע בדבר, בראש ובראשונה הפסיקה הישראלית הקודמת וכן הדין האנגלי, בשינויים הנובעים מהליכי קליטתו אצלנו, במידה שהם מתיישבים עם הוראות החוק, צריכים לשמש עבורנו מקור ראשון במעלה להשלמת לאקונות בחוק ואף לפרשנות". ככלל, פרידמן מתעלם בספרו מהמשפט העברי כמעט לחלוטין (ראה יוצא מן הכלל בסעיף 744 לספרו). הוא סוקר את המקורות הקדומים לחובת השבת הזכייה (סעיף 3 וסעיף 153), מבלי לציין, שנידון נושא זה במקורות ישראל. בסעיף 23 (הערה 28), הוא קובע, שחוק יסודות המשפט "אינו מעלה או מוריד לצורך ענייננו", משום ש"אין לפנות במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת החוק". בסעיף 26 הוא מוסיף, שכשאין תקדימים אנגליים, יש לפרש את החוק על פי "פסיקה של מדינות אחרות בהן נוהגת שיטת המשפט המקובל". על גישת פרידמן, ראה גם הערתו של מ' אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישית, עמ' 1424, הערה 291. גם טדסקי מתעלם כליל מהמשפט העברי. מוח אמנם כותב, ש"שורשיו של חוק עשיית עושר שתולים בקרקע הזרה לחלוטין למשפט האנגלי", ומצטט את דבריו של שר המשפטים, בחשובתו להצעה בכנסת לכלול בחוק הוראת הפנייה למשפט העברי, אולם הוא מסיק (בעמ' 500): "חוק עשיית עושר הוא עצמאי, ואין כו הוראת הפנייה לענין פרשנות לא רק למשפט האנגלי אלא גם למשפט העברי". נציין כאן, שעיקר עבודתו, המוקדשת לדיון בהגנה לפי סעיף 2 סיפא, מבוססת על מקורות מהמשפט האנגלי ומהמשפט האמריקאי.

נוצר מצב, שכוונת המחוקק, המשתמעת מדברי שר המשפטים, לחוקק חוקים המבוססים על מורשת ישראל, עלולה להיעלם בגלל פרשנות שיפוטית בעקרונות אותו "חוק זר", שביקש המחוקק להינתק ממנו.

[26] ראה לעיל, ליד הערה 5, שאמנם מקרה טיפוסי לעשיית עושר ולא במשפט הוא כששולם בכסף בטעות. אולם, לרוב, במקרה זה, לא תתבסס החביעה להשבה על טענה "ממוני גבך" (ראה להלן, ליד ציון הערה 28), אלא על חובת הפירעון. ראה דברינו על סעיף 2, חלק שני (נסיבות עושות את ההשבה בלתי צודקת), לאחר ציון הערה 15.

nevo.co.il

באופן ממשי את רכושו של הזוכה, כגון ששופצה מכוניתו בטעות, והשיפוץ העלה את ערכה. ג. הנאה שאין בה משום רווח לזוכה (אינה מגדילה את רכושו), כגון החניית מכונית במגרשו של אחר. יש לציין, שאם חסך הזוכה בהנאתו הוצאה ודאית, דין החסכון כדין רווח ממשי, והוא שייך לקטיגוריה הקודמת[27].

בפרק זה נדון בנימוק המשפטי המחייב את השבתה של כל זכייה מסוגי הזכייה. אולם לכל כלל יש יוצאים מן הכלל וחריגים. כפי שכבר נאמר, סעיף 1 לחוק מסויג על ידי סעיף 2, המעניק שיקול דעת לבית המשפט לפטור זוכה מחובת השבה, ועל כן ייעשה טיפול בחריגים אלו במסגרת הדיון על סעיף 2.

ב. "נכס"

כאשר הגיע נכס בעין לידי הזוכה, בלא זכות שבדין, כגון סחורה שסופקה בטעות, אף על פי שלמזכה אין עילה חוזית, או עילת נזיקין, לתבוע את השבתו, עומדת לו הזכות לקבלו חזרה לידו מכוח הטענה הפשוטה: "ממוני גבך [=ממוני אצלך]"[28], היינו דרך תביעה קנייניות, מכוח בעלותו על הנכס[29]. הדין קובע, שבעליו החוקי של נכס זכאי לקבלו ממי שמחזיק בו בלא זכות שבדין[30].

יש לציין, שאם החזיק הזוכה בנכסיו של המזכה, והחליפם בנכסים אחרים, ואין אפשרות להשיב למזכה את הנכסים המקוריים, המזכה יהיה זכאי לקבל את הנכסים החלופיים מהזוכה[31].

[27] ראה להלן, בפרקנו, עמ' 10.

[28] ברכת שמואל, בבא בתרא, סימן ז. אמנם המשפט העברי קובע, שנכסיו של המזכה נשארים בבעלותו, גם כשעברו לרשותו של אדם אחר, והוא זכאי לקבלם ממי שמחזיק בהם, מכוח טענת "ממוני גבך", אך קביעה זו אין בה כדי להכריע בשאלת מידת אחריותו של הזוכה להשבת הנכס, הן בנוגע להוצאות הכרוכות בהשבתו, והן לעניין חובתו לשמור על הנכס, עד שיקבל אותו המזכה חזרה לרשותו. בשאלות אלו נדון להלן בפרק שביעי, ובדברינו על סעיף 2, חלק שני.

[29] הגבלה פשוטה אך חשובה, לכלל זה היא, שאדם שהלווה ממון לחברו, אינו יכול לטעון בהגיע זמן הפירעון: "ממוני גבך", משום שהלוואה להוצאה ניתנה, ולכן בשעה שזכה הלווה בהלוואה, עבר הממון לבעלותו, ונוצרה למלווה זכות אובליגאטורית כלפי הלווה, להבדיל מזכות קניינית (השלכות להערה זו, ראה להלן, בהערות 31, 128, ובסוף הערה 116). וראה דיוננו על סעיף 2, חלק שני, לאחר ציון הערה 15, שלזוב, כסף ששולם בטעות דינו כהלוואה.

[30] רמב"ם, הלכות גנבה, פרק א, הלכה ח.

[31] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמט, סעיף א; ועיין בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמט, סעיף א, לעניין גנבת אישה; ועיין חידושי ר' עקיבא איגר, שם. אכן מדברי בעל חלקת מחוקק (אבן העזר, סימן צ, ס"ק כח, וסימן צא, ס"ק י), היה מקום להסיק, שאין דינם של החילופין כדינו של הגזל עצמו. אולם, נראה שיש להבחין לעניין דין זה בין נכסים שנקנו מכסף הלוואה, שניתנה להוצאה (ראה לעיל, הערה 29), לבין נכסים שנקנו מגזל, כעין הבחנת בעל המגיד משנה (הלכות מלווה ולווה, פרק כו, הלכה ט), הדן במקרים שבהם כסף ההלוואה וכסף הפיקדון שקיבלה האישה נמצאים בשעת התביעה ברשות האישה. את ההבחנה הזאת מבחין בית שמואל, אבן העזר, סימן צא, ס"ק י, בשיטת הנימוקי יוסף, בבא בתרא סה ע"א ברפי הרי"ף. בעל חלקת מחוקק, סימן צ, ס"ק כח, כותב ש"מיד שהוציאה המעות קמו עליה בהלוואה" (לשון הרשב"א בר"ן, כתובות יח ע"א בדפי הרי"ף). לעומת זאת, הרא"ש, כתובות, פרק ד, סימן יז, מגדיר את הכסף ככסף גזלה. ועיין ביאור הגר"א, אבן העזר, סימן צ, ס"ק כח. ועיין בשו"ת צמח צדק, סימן קיז, הקובע "דמה דאתי {=מה שבא} מחמת סחורה, דינו שוה לסחורה עצמה", וחולק על דברי הב"ת, חו"מ, סימן צו, סעיף כג, רק משום שהסחורה "להוצאה ניתנה". וראה דברינו על סעיף 2, חלק שני, פרק שני, עמ' 81. סוגיה זו ידועה במשפט הישראלי כסוגית העקיבה (tracing). על סוגית העקיבה, ראה דברינו על סעיף 2, חלק שני, פרק ראשון, עמ' 78.

nevo.co.il

ג. "שירות או טובת הנאה אחרת"

להלן נדון בזכיות אשר הגיעו לידי הזוכה שלא על פי זכות שבדין, ואשר אינן נכס בעין. כאמור, זכיות אלו מתחלקות לשתי קבוצות עיקריות: הנאות שיש עמהן רווח; הנאות שאין עמהן רווח.

1. הנאה שיש עמה רווח

זכייה מסוג זה אפשרית בשלושה מצבים טיפוסיים:

א. המזכה השביח את נכסי הזוכה שלא מדעתו בשינוי פיזי הניכר בגוף הנכסים, ועלה ערכם, ובכך הרוויח הזוכה רווח של ממש. לדוגמה, מי ששופץ ביתו על ידי אחר, דינו כמי שמחזיק בידו את ממון חברו – השיפוצים – והוא חייב בהשבת השבח שניתוסף לבית, מכוח הטענה: "ממוני גבך [=ממוני אצלך]". יש כאן משום קביעה משפטית, שתרומת המזכה להגדלת ערכם של נכסי הזוכה היא ממונו של המזכה, וכך מתאפשר השימוש בטענת "ממוני גבך" גם בנכס שאינו בעין. אולם, אין בטענה זו כדי לחייב את הזוכה בתשלום, אם הזכייה אינה מועילה לו. לכן, מי ששיפץ את ביתו של חברו, אינו זכאי לתשלום כלשהוא, אם מוכח שהזוכה מתכוון להרוס את הבית ולבנות בית אחר במקומו[32].

נעיר, שהמשפט העברי מבחין בין עליית ערכם של נכסי הזוכה כתוצאה משינוי פיזי הניכר בהם, כמודגש לעיל, לבין עלייה שאינה כרוכה בשינוי פיזי ניכר[33]. רק כשיש שינוי פיזי ניכר יהיה בעל הנכסים חייב בתשלום מדין "ממוני גבך". אכן, כשפעולתו של המזכה, או נכסיו, גרמו לשינוי פיזי בנכס הזוכה, יש לראות את הנכסים המשופרים כמורכבים מהנכסים שהיו, ומהשיפור שהוסיף המזכה. אך אם לא השתנו נכסיו, אין יסוד לומר, שהזוכה מחזיק בממונו של המזכה. לכן, מי שהשקיע כספים בפיתוח ביתו וגינתו שלו, אינו זכאי להשלום משכנו, גם אם ערכו של בית השכן עלה כתוצאה מהפיכת האזור למבוקש יותר. כמו כן, אדם חשוב שביקר בבית מלון אינו זכאי לתשלום מבעלי המלון בטענה, שביקורו העלה את ערכו של המלון. בשני המקרים האלה, לא נשתנו נכסיו של הזוכה מפעולתו של המזכה או מנכסיו[34]. דוגמה נוספת היא באדם שהקים בית קולנוע ליד קיוסק, וגרם להעלאת ערכו של הקיוסק[35], גם כאן לא תעמוד לבעל בית הקולנוע טענת "ממוני גבך"[36].

ב. הרווחים שזכה בהם הזוכה הופקו מרכושו של המזכה בלבד, כגון שהשכיר הזוכה את מכוניתו של חברו, שהייתה מופקדת אצלו. במקרה זה הזוכה חייב בהשבת הרווחים

[32] השווה להלן, סעיף 1(ב), הערה 40.

[33] המקור לעיקרון הקובע, שאם גרמו נכסי המזכה לעליית ערכם של נכסי הזוכה, כלא שנשתנו נכסי הזוכה – פיזית, איכותית או כמותית – אין דינו של הזוכה כדין המחזיק בממונו של המזכה, נמצא בשערי ירושר, שער ג, פרק כה, **וכחלקת יואב, חו"מ, סימן ט.**

[34] **בבא קמא** קא ע"א; תוספות, שם, ד"ה או.

[35] דוגמה זו לקוחה מפרידמן, סעיף 272.

[36] נעיר כבר עתה, שבמקרה זה גם לא יוכל בעל בית הקולנוע לבסס את תביעתו לפיצוי על "דיני נהנה" (ראה להלן, ליד ציון הערה 57), שכן לרוב אין הזכייה כרוכה בחסרון המוזכה, ובלעדי חסרון מצד המזכה אין הוא יכול לבסס תביעה על "דין נהנה". אולם, גם אם הוסיפה נוכחותו של הקיוסק להוצאותיו בהקמת הקולנוע, לא יזכה בעל הקולנוע לפיצוי, ראה דברינו על סעיף 3, הערה 32.

שהרוויח[37], מכוח הנימוק: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?"[38]. המקור לנימוק זה נמצא במשנה, הדנה באדם ששכר פרה מחברו, והשאילה לאחר, וכעבור זמן מתה הפרה מיתה טבעית. יש להזכיר, שדינו של השוכר הוא, שהוא פטור מתשלום פיצויים לבעל הפרה, שמתה כדרכה, שלא כשואל החייב בתשלום פיצויים במקרה דומה, ומכאן שהשוכר עשוי להרוויח, אם ישאיל את הפרה, מכיוון שירוויח את תשלום הפיצויים שיקבל מהשואל עבור הפרה שמתה ברשותו. וכך אמנם סוברים חכמים: "ישבע השוכר, שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר". אולם ר' יוסי חולק על דעת חכמים, ואומר: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו? אלא: תחזור פרה לבעלים"[39], ונפסקה ההלכה כדעת ר' יוסי[40].

דברי ר' יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?", לבשו משמעות כללית יותר, השוללת מכל אדם שאינו בעליו של נכס, המהווה הגורם הבלעדי לרווחים, להשתתף ברווחי הנכס[41]. בדברינו על סעיף 3 נדון בשאלת חלוקת רווחים שנוצרו ממספר גורמים שבבעלותם של אנשים שונים, ובהם לפעמים גם הזוכה עצמו.

ג. אם, בעקבות הזכייה, נמנע מן הזוכה הפסד ודאי, כגון כשהחרימו השלטונות (במשטר טוטליטארי) בטעות את מכונית חברו, שהייתה מופקדת אצלו, כשחשבו להחרים את מכוניתו, אז דין מניעת הפסד זה כדין רווח ממשי, על אף שמבחינה פורמאלית אין כאן התעשרות, אלא רק חיסכון. בזה חל הכלל של "משתרשי ליה"[42] – "כלומר משתכר הוא"[43]. משמעו של כלל זה, שאם לולא הזכייה היה הזוכה מפסיד בוודאי[44], דין החיסכון כדין רווח.

הלכה זו נלמדה מדברי התלמוד במסכת חולין[45], הקובע שאם הפריש אדם מעשרות מתבואתו, והשאירם בגורן, וגבו שליחי המלך את תבואת המעשר כתשלום מסים קבועים, בעל התבואה חייב להפריש מהתבואה שנשארה לו לאחר גביית המסים כמות דומה של תבואה לצורך מעשרות. הגמרא מסבירה, שבעל הגורן חייב, משום "דקא משתרשי ליה", ומפרשים התוספות[46]: "דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממון". בעל הגורן נידון

[37] אם הנאתו של הזוכה־המשכיר כרוכה בחסרון הבעלים (כמו ברוגמה שנקטנו בטקסט), הרווח אינו תוזר לשוכר אלא לבעלים. ראה: רמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה, הכותב: "ואם שכרה הגזלן לאחר, צריך להחזיר שכר לבעלים הואיל ועומדת להשכר". אך אם הנאתו של הזוכה אינה כרוכה בחסרון הבעלים, כגון שלא עמדה להשכרה, אין להשיב את דמי השכירות לבעלים אלא לשוכר, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיפים 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 ואילך.

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

[41] דרכי משה, חו"מ, סימן שלב, ס"ק א; שם, שם, סימן שסג, ס"ק ב; בית יוסף, חו"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] רש"י, חולין קלא ע"א, ד"ה שאני התם דקא משתרשי ליה.

[44] בעל נתיבות המשפט – בספרו מקור חיים, סימן תמא, ס"ק ג, ד"ה עוד – מסביר שאין להגדיר את הזכייה "כהברחת אורי", מכיוון שההפסד היה ודאי; עיין דברינו לסעיף 4.

[45] חולין קלא ע"א.

[46] תוספות, שם, ד"ה שאני.

nevo.co.il

במקרה זה כזוכה מנכסי זולתו, מכיוון שהמעשרות שייכים ללויים. לכאורה זכייתו לא הגדילה את רכושו, אך חסכה לו הוצאה ודאית, שהרי לולא גבו שליחי המלך את המעשרות, היו גובים מתבואתו בעת תשלום המסים.

דוגמה נוספת[47] היא בבעל שיכר, שהורה לשלוחו להכניס כשות לתוך השיכר שלו, לשם השבחתו, ובמקום להכניס לשיכר כשות של בעל השיכר, הכניס השליח כשות של אדם אחר, שהפקיד את הכשות שלו אצל בעל השיכר. אם בעל הכשות שהוכנסה לשיכר תובע מבעל השיכר תשלום עבור הכשות, הזוכה חייב בתשלום מדין "משתרשי ליה". גילוי דעתו של בעל השיכר בהוראתו לשלוחו להכניס כשות לשיכר, מוכיח בוודאות, שהוא חסך הוצאה בעקבות הטעות של שלוחו.

מדוגמאות אלו מוכח, שבמקרים אלו, גידון הזוכה כאילו הוא מחזיק בידו את נכסי המזכה בעין[48]. וכך מסביר בעל "אור שמח"[49] את דין הכשות: "כיון דמשתרשי, דשלו נשאר תחת ידו, הוי כאילו הנך כשותא [הכשות של המזכה, שנוספה לשיכר] איתנהו בעיניהו [=ישנם בעין], דמה לי אם התמורה נשאר תחת ידו, או גוף הדבר איתא [=ישנו] בידו?". נמצא, שבמקרים כגון אלה, רואים את הזוכה כמי שהגדיל את רכושו על ידי זכייתו, והוא יהיה חייב בתשלום למזכה, שכן החיסכון שזכה בו, נידון כממונו של המזכה. גם בדין זה יש משום הרחבת הנימוק הבסיסי של "ממוני גבך"[50].

2. הנאה שאין עמה רווח

ראינו שדין מניעת הפסד ודאי כדין רווח ממשי, ועל הזוכה להשיב למזכה את ההוצאות שחסך בעקבות הזכייה. הלכה זו נכונה, כאמור, לגבי מניעת הפסד ודאי. אולם, חשוב לציין, שבעיקרון המשפט העברי אינו רואה במי שזכה בהנאה מנכסי המזכה, כגון שהתגורר בביתו של המזכה, כמגדיל בכך את רכושו, אף על פי שנכון הדבר, שאילו רצה הזוכה להשיג את אותה הנאה, היה עליו לשלם תמורתה. המשפט העברי מקבל עקרונית את טענת הזוכה, שאילו ידע שעליו לשלם, היה מוותר על אותה הנאה[51]. בלשון אחרת, הוא יטען: "הייתי מתענה"[52]. טענה זו כוחה יפה כל זמן שאין ודאות מלאה, שהזוכה

[47] בבא מציעא מב ע"ב.

[48] רש"י, חולין קל ע"ב, ד"ה דכתיב בהו זה, מסביר שאדם חייב במסירת מתנות כהונה ומעשרות לכוהן וללוי, רק אם ישנן בעין. אבל אם אכל אותן בעל הגורן, הוא פטור מלהפריש מחדש.
הריטב"א לחולין קלא ע"א, מסביר שבעל הגורן "שאנס המלך גורנו", חייב להפריש מעשרות מחדש רק מדרבנן. לא ברור, אם לדעתו "משתרשי ליה" הוא סברה דרבנן, או שמא הוא דאורייתא, והריטב"א קובע דין מיוחד במתנות כהונה, משום גזרת הכתוב: "וזה יהיה משפט הכהנים" (דברים יח, ג).

[49] אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה ב.

[50] השווה פרידמן, סעיף 676, המבחין בין תביעה אישית לתכיעה קניינית, ומפרט את ההשלכות הנובעות מהכחנה זו.

[51] תוספות, חולין קלא ע"א, ד"ה שאני; קצות החושן, סימן רמו, ס"ק ב; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה; שערי יושר, שער ג, פרק כה; חלקת יואב, חו"מ, סימן ט. עיין: בפירוש הראשון בראי"ה לכתובות לד ע"ב, המובא בשיטה מקובצת, שם; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שסג, סעיף כא, ולא מוכח שדעתם חלוקה על שיטת התוספות; בעל טבעת החושן, סימן רמו, מסביר ששיטת המהרי"ט, אבן העזר, סימן כא, אינה עומדת בסתירה עם שיטתו של בעל קצות החושן, המשיג עליו.

[52] תוספות, שם. נראה, שגם זוכה הנהנה מנכסי המזכה תקופה ארוכה, ואילו לא היה נהנה ממנו היה חייב להשיג את הזכייה במקום אחר, כגון שאכל ממזונותיו, אינו חייב בתשלום מדין "משתרשי ליה [=מרויח בו]". הסיבה לכך היא, שאין לקבוע בוודאות, שהיה מוציא כסף משלו לולא זכייתו, שהרי ייתכן שהיו מאכילים

לא היה מתענה, כדוגמת המקרה של השבחת השיכר, שראינו לעיל[53]. משום כך, הנאה שקיבל אדם בחינם, ושאין ודאות שהיה מוציא עליה הוצאות, אינה נחשבת לרווח המגדיל את רכושו[54].

הפועל היוצא מהבחנה זו בין חיסכון ודאי, שדינו כרווח, לחיסכון שאינו ודאי, שאין דינו כדין רווח הוא, שהנימוקים של "ממוני גבך" ו"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו?", שראינו לעיל, אין בהם לבסס את חובת השבתה של הנאה שאינה מגדילה את רכוש הזוכה.

ברם, אין להסיק מכאן, שהמשפט העברי פוטר את הזוכה מכל תשלום, ובכל מקרה, רק בגלל העובדה שלא גדל רכושו כתוצאה מהזכייה. אמנם נכון, שאם זכייתו אינה כרוכה בחסרונו של המזכה (כגון כשהתגורר הזוכה בביתו של המזכה, שלא מדעת המזכה, בשעה שהבית לא עמד להשכרה, ועל כן לא נגרם למזכה כל נזק), עקרונית הזוכה פטור מהשבה (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 הזוכה כרוכה בחסרון המזכה, פשוט לחכמי התלמוד שהזוכה חייב בתשלום[55]. ההנאה כשלעצמה – גם אם לא גרמה לזוכה חיסכון ודאי – מחייבת אותו בתשלום. קיום חובה זו, המכונה בפי הפוסקים "דין נהנה"[57], אינו מוטל בספק, אך גדולי פרשני התלמוד חלוקים בדעותיהם בדבר הנימוק המשפטי העומד ביסודה.

אותו אחרים חינם. תביעת המזכה כלפי הזוכה, המבוססת על עילת מניעת הפסד, מתקבלת, כפי שהוסבר בפנים, רק אם היה ההפסד ודאי. ואולם בהמשך נראה, שיש עילה אחרת, שעליה יכול המזכה לבסס תביעת ממון בגין הנאה מנכסיו, והיא קרויה בפי הפוסקים – "דין נהנה" (ראה להלן, ליד הערה 57). כנגד עילה זו לא מתקבלת טענה רחוקה לפטור את הזוכה מתשלום, כגון הטענה שהיה מוצא אחרים, שהיו מאכילים אותו בחינם. עיין: ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ד (בסוף דבריו); תוספות, כתובות קו ע"ב, ד"ה חנן; ועיין דברינו לסעיף 4.

[53] ליד ציון הערה 47.

[54] קצות החושן, שם; נתיבות המשפט, שם; שערי יושר, שם; השווה פרידמן, סעיף 70 וסעיף 709. בסעיף 26, שם, מביא פרידמן את פסק הדין במשפט Phillips v. Homfray, כדוגמה לגישה נגדית, שאינה מכירה בחיסכון הוצאות כעילה לחייב את הזוכה. עיין בית יוסף, חו"מ, סימן קצד, סעיף ג, בשם הרמב"ן, בדין אדם שקנה קרקע מגוי; על פי ההלכה, בעלות הגוי על קרקע מסתיימת עם קבלת הכסף מהיהודי הקונה ממנו, אך בעלות היהודי אינה חלה על הקרקע, עד שיחזיק בה. בתקופת הביניים הקרקע היא הפקר, והמחזיק בה, זוכה בה. אולם, לפי הרמב"ן, המחזיק חייב כתשלום למי ששילם לגוי, "משום דבזוזי דהאי מסלק ליה עכו"ם, ומשתרשי ליה הני זוזי ללוקח שני". לשיטת התוספות, חולין קלא ע"א, קשה: למה לא מתקבלת טענתו של הזוכה, שלולא ההוצאה שהוציא היהודי הראשון, לא היה הוא מוציא כספים להוציא את המקרקעין מיד הגוי? לכן צריך לומר, שהשתמש הרמב"ן בביטוי "משתרשי ליה", כשכוונתו היא בעצם, שהזוכה חייב מכוח אחד הנימוקים שנראה להלן, ולפיהם אדם צריך לשלם גם עבור הנאה שאין עמה רווח, דהיינו מדין נהנה (ראה להלן, ליד ציון הערה 57) ולא מדין "משתרשי ליה". ועיין: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה, בסוף דבריו, המשתמש בלשון "נהנה", בבואו להסביר את שיטת הרמב"ן.

[55] בבא קמא כ ע"א.

[56] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו. על פי הלכה זו ניתן לקבוע, לכאורה, שאם הנאתו של הזוכה אינה כרוכה בחסרונו של המזכה, הרי שהוא פטור מכל תשלום. אולם בדיוננו על סעיף 2, המעניק שיקול דעת לבית המשפט לפטור זוכה מהשבה, "אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה", ניווכח שאף לכלל זה יש חריגים רבים ותשובים, המצמצמים את תחולתו במידה ניכרת. הכלל וחריגיו, כפי שיבואר, יוכלו לשמש ציוני דרך לבית המשפט, בבואו להפעיל את שיקול דעתו במקרים אלו.

[57] ראה לעיל, הערה 52.

nevo.co.il

להלן תמצית הדעות העיקריות בסוגיה זו. תחילה נדון בזוכה הנהנה מרכושו של המזכה במכוון – היינו זכייה ביזמתו המכוונת של הזוכה. לאחר מכן נבדוק את דינו של זוכה שנהנה מרכושו של המזכה שלא בכוונה, כגון שפעל מתוך טעות, או שרכושו הוא שגרם לזכייה, שלא מדעתו – היינו זכייה שלא ביזמתו המכוונת של הזוכה (דינה של זכייה הנגרמת כתוצאה מ"פעולת המזכה או בדרך אחרת", יידון בסעיף 1(ב)). אך לפני כן, נקדים ונאמר שני דברים: א. גם אם יוכח, שהזוכה היה מוכן לשלם יותר עבור הזכייה, הוא לא ישלם יותר ממה שהיה נדרש לשלם, אילו ביקש לרכוש זכייה זהה בשוק. כאשר ידובר להלן על "שווי הזכייה" שעל הזוכה לשלם, הכוונה לשוויה בשוק, אלא אם כן יצוין אחרת במפורש. ב. זוכה היכול להשיג את אותה הנאה במחיר זול יותר ממחירה בשוק, אינו נהנה מעבר לסכום שהיה נאלץ להוציא להשגתה. לסכום זה נקרא להלן הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה. לדוגמה, הלן בדירת חברו שלא מדעתו, ושוויה של הלינה בשוק הוא מאה ש"ח, ואילו היה מתאכסן בכית מלון בתנאים זהים, היה משלם רק שישים ש"ח, משום שהוא זכאי שם להנחה מן המחיר הרגיל; במקרה זה הנאתו הסובייקטיבית של אותו אדם אינה אלא שישים ש"ח. משום כך, הנאתו הסובייקטיבית של זוכה שהיה יכול להשיג את אותה הנאה בחינם במקום אחר, היא הנאת חינם, ולפי התלמוד[55], הוא אינו מוגדר כנהנה. לדוגמה, הדר בחצר חברו שלא מדעתו, ויש לו עצמו בית באותו מקום, אינו מוגדר כנהנה, על אף שבפועל השתמש בביתו של המזכה ונהנה בו[58]. הנאתו הסובייקטיבית של מי שלא יכול היה להשיג את הזכייה בפחות ממחירה בשוק, זהה לשווי הזכייה.

זכייה ביזמתו המכוונת של הזוכה

א. מזיק. יש הגורסים, שכאשר הנאתו של הזוכה כרוכה בחסרונו של המזכה, הוא חייב בהשבה מדין "מזיק"[59], גם אם נגרם הנזק באופן שהזוכה היה פטור מתשלומים בדיני נזיקין לולא הנאתו[60]. העובדה שהזוכה נהנה מחסרונו של המזכה, מחייבת אותו בתשלומי נזיקין עד כדי שווי הזכייה[61].

[58] ואולם, נראה להלן, שאף על פי כן, לרוב השיטות, זוכה כזה יהיה חייב בתשלום, אם זכייתו כרוכה בחסרון המזכה.

[59] שו"ת מהרי"ט, אבן העזר, סימן כא; דעה אחת באור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב; לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן טו, סעיפים ח־יא; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנייאנא, חו"מ, סימן כד, בדעת הרמב"ם. הרמ"ה בנימוקי יוסף, בבא קמא ט ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה בציבי ותבנא, מחייב את הזוכה בתשלום בגובה חסרונו של המזכה בלבד, אף אם הייתה הנאתו גדולה מן החסרון, דבר המעיד לכאורה, שגם הוא סובר, שיסוד החיוב הוא מדין מזיק. אולם בעל קצות החושן, סימן שסג, ס"ק ד, מסביר שהרמ"ה מחייב את הזוכה בתשלום שלא מדיני נזיקין. נראה שפני יהושע, בבא קמא כ ע"א, ד"ה בתוספות, מכין שהרי"ף והנוקטים בשיטתו סוברים, שהזוכה משלם תשלומי נזיקין.

[60] לדוגמה, זוכה שדר בדירת חברו, ומנע בכך משוכרים פוטנציאליים לשכור את הדירה, הסב למזכה נזק בגרמא בלבד, ועל פי הכלל: "גרמא בנזיקין – פטור" (בבא קמא ס ע"א), היה צריך להיות פטור מתשלום לולא הנאתו.

[61] להסבר לשיטה זו, ראה בשיעורי ר' שמעון יהודא הכהן לבבא קמא, סימן יט, אות ב, בדעת הרי"ף והרא"ש. אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב, מסביר: "במקום דאיכא הנאה, לא פטרתו תורה על החסרון". כלומר, אמנם פטרה התורה את המזיק בנסיבות מסוימות, כגון גרמא, אונס וכדומה, אולם התורה לא ראתה לנכון לפטור את המזיק, כשהוא נהנה מהנזק שגרם, ובמקרה זה "מצטרף החסרון עם ההנאה", וראוי שיפצה את הניזוק (המזכה) עבור החסרון המקביל להנאתו. מכיון שחובת התשלום נוצרה מהצטרפות "החסרון עם ההנאה", הפיצוי לפי שיטה זו, לא יעלה בשום מקרה על גובה שווי הזכייה, גם אם החסרון שגרם גדול יותר.

שיטה זו מחייבת אפוא את הזוכה בסכום הנמוך מבין שני הסכומים: חסרון המזכה[62]; שווי הזכייה[63]. לדוגמה, אם דר הזוכה בביתו של המזכה, והבית לא עמד להשכרה, ונוכחותו של הזוכה בבית לא הביאה לאבדן דמי שכירות פוטנציאליים, הזוכה חייב רק בתשלום הבלאי[64], גם אם שווי הזכייה — שהיא כאמור הערך בשוק של השהייה בבית — עולה על הבלאי שנגרם.

כמו כן, העובדה שהזוכה יכול היה להשיג את אותה הנאה בחינם, אינה פוטרת אותו מחובת התשלום, שהרי לפי שיטה זו הוא חייב לשלם עבור הנזק שגרם, אם נהנה ממנו בפועל[65].

ב. מעין גזלן. יש האומרים, שדין אדם שנהנה מנכסי המזכה[66] (הנאה הכרוכה בחסרון המזכה) בלא לשלם תמורת הנאתו, כדין גזלן האוכל פירותיו של חברו; חובת התשלום באה אפוא למנוע ממנו איסור גזל[67].

וראה להלן, הערה 63. כמו כן לא יעלה הפיצוי בשום מקרה על חסרונו של הניזוק (המזכה), גם אם שווי הזכייה גבוה יותר.

62 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנייא, חו"מ, סימן כד; לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן טו. אך ראה: עיניים למשפט, בבא בתרא ד, ציונים א־ד, בהסבר דברי בעל "קריית ספר" (הלכות גזלה ואבדה, פרק ג), המעלה שאף אם הנימוק הוא מדין מזיק, "כיון שעשה איסור, קנסוהו רבנן לשלם הכל, כדי שלא יהא חוטא נשכר".

63 ראה לעיל, הערה 61. וראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד ציוני הערות 68־69, לדוגמה של זכייה ביזמת הזוכה כה שווי הזכייה קטן מחסרון המזכה. במשנה, בבא קמא ב, ב, ובגמרא, שם כ ע"א, נקבע שכשהנאתו הסובייקטיבית של הזוכה קטנה מחסרון המזכה, הזוכה חייב רק בתשלום הנאתו. אמנם הסוגיה שם דנה בזכייה שלא ביזמתו המכוונת של הזוכה; ראה להלן, הערות 85־88. אך, על פי היסוד שהינחה את השיטות האלו בפירוש אותה סוגיה — שעל פי כללי הנזיקין, אין לחייב את הזוכה בתשלומי נזיקין הגדולים ממה שזכה בו — יש לפטור גם את הזוכה ביזמתו המכוונת מחשלום הגדול משווי זכייתו. אולם, דינו שונה בעניין אחד מדינו של הזוכה שלא ביזמתו המכוונת: מכיוון שבאה לו הזכייה ביזמתו המכוונת, גם אם הנאתו הסובייקטיבית קטנה משווי הזכייה, אין בעובדה זו כדי להקטין את תשלומי הנזיקין שעליו לשלם למזכה, ראה דברינו בסוף הפרק.

לפי הדעות הקובעות שתשלום הזוכה הוא מדין מזיק, הזוכה חייב בתשלום על פי כללי תשלומי נזיקין. כלומר, המזכה גובה את חובו מ"מיטב שדהו" של הזוכה. לעניין זה, ראה: אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב; דעת השואל בתשובות הרשב"א, חלק ד, סימן יג; עיין קונטרסי שיעורים לרי"ז גוסטמן (מכאן ואילך: קונטרסי שיעורים), מסכתא בבא קמא, שיעור יב, קונטרס בדין מה שנהנית, אות ד, ד"ה וראיתי; עיין טבעת החושן, סימן רמו, על קצות החושן ס"ק ב, המחייב את הנהנה בתשלום מיטב, לשיטת המהרי"ט, כפי שפירשו בעל קצות החושן.

64 מדובר בבית חדש, שהבלאי בו גדול מהבלאי בבית ישן, ואינו מחקזז עם ההנאה שמקבל בעל הבית, שביתו אינו עומד ריקן. שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז; וראה דיוננו בסעיף 2, חלק ראשון, פרק רביעי, עמ' 63.

65 הרי"ף, בבא קמא, ט ע"א בדפי הרי"ף, כותב: "אבל בחצר דקיימא לאגרא, צריך להעלות לו שכר, ואע"ג דלא עביד למיגר, דהא תסריה ממון [=אבל בחצר העומדת להשכרה צריך להעלות לו שכר, אפילו אם אינו רגיל לשכור, שהרי חיסרו ממון]". ראה לעיל, הערה 63.

66 מדובר כאן בזוכה שנהנה מהמקרקעין של המזכה (ומשום כך, מבחינה משפטית הוא אינו זוכה בבעלות עליהם, בהתאם לכלל התלמודי: "קרקע אינה נגזלת"), או אף בזוכה שנהנה מן המיטלטלין של המזכה, אך בלי לגזול אותם, כגון שהביט בספרו של חברו מבלי להרים אותו (הדוגמה לקוחה משו"ת עמודי א"ש, סו ע"כ). על חובת ההשבה של הגזלן והבעייתיות הכרוכה בדבר, ראה להלן, פרק חמישי, עמ' 28.

67 וזה לשון הטור, חו"מ, סימן שצא, סעיף י: "אם נשתמש בביתו, ולא העלה שכר לבעליו, עובר משום לא תגזול". כברכת שמואל, בבא בתרא, סימן ז, כתב בשם ר' חיים הלוי: "מחוייב הוא לשלם, בכדי שלא יהיה גזלן על אותה הנאה". דעת הרא"ה, המובאת בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב, דף ח ע"ב בדפי הרי"ף; ביאור

nevo.co.il

בניגוד לשיטה הקודמת, שיטה זו מחייבת את הזוכה בסכום הגבוה מבין שני הסכומים (ובלבד שלא יעלה על שווי הזכייה): הנאתו הסובייקטיבית; חסרון המזכה. מכיוון שהזוכה נשא בתשלום זה, אין דינו כדין גזלן[68]. לכן, על פי שיטה זו, בדוגמה שראינו לעיל, הדר בדירת חברו, שלא עמדה להשכרה, והסב לו עקב כך נזק מועט בלבד, יחויב לשלם למזכה עבור מלוא הנאתו, גם אם סכום זה עולה על הנזק שגרם, ואם לא ישלם תמורת הנאה זו, ייחשב לגזלן.

כמו כן, גם לפי שיטה זו עולה, שטענת הזוכה, שהיה יכול להשיג את אותה הנאה בחינם, לא תשמש לו הגנה בפני תביעת המזכה, משום שהאוכל פירותיו של חברו נחשב גזלן, גם אם לא נהנה מהם כלל. אולם במקרה זה גובַה התשלום יהיה רק כגובַה חסרונו של המזכה[69], שכן זהו "הפרי" שאכל ולא יותר. נדגיש, שעל פי אותו היגיון, אם הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה קטנה משווי זכייתו (כגון שהיה יכול להשיג זכייה דומה בפחות ממחיר השוק), אך גדולה יותר מחסרונו של המזכה, יהיה חייב לשלם למזכה תמורת הנאתו הסובייקטיבית ולא יותר.

ג. מעין לווה. יש האומרים, שדין הנאה שנהנה הזוכה מנכסי המזכה, כדין כסף הלווה,

---

הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק יד. וכן נראה מדברי הרא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן ח, המחייב את הזוכה בתשלום, משום ש"אכל את חסרונו של חבירו", ויחד עם זאת מחייב אותו בתשלום כל הנאתו, גם אם החסרון פחות מהנאתו. צירוף זה בדברי הרא"ש מלמד, שדעתו אינה כדעת הרמ"ה — המבסס את חובת ההשבה בנימוק של מזיק — אלא כדעת הרא"ה, הרואה בזוכה זה מעין גזלן. ראה: נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, ד"ה שם.

[68] עיין: קונטרסי שיעורים (לעיל, הערה 63), אות ג, המסיק שלפי שיטה זו, ישלם הזוכה ממיטב שדהו, כדין גזלן. אולם מדברי ר' חיים הלוי, בספר ברכת שמואל: "מחוייב הוא לשלם, בכדי שלא יהיה גזלן על אותה ההנאה", מוכח שהזוכה אינו משלם תשלומי גזלה. ר' חיים הלוי אינו מגדיר את הזוכה כגזלן, המחויב לשלם מדין השבת הגזלה, אלא כמי שחייב לשלם כדי שלא להיות גזלן. לשונו מקבילה ללשון הטור, המבחין בין גזלן־קרקע שאכל פירות, לבין גזלן־קרקע שנהנה משימוש בקרקע, וזה לשון הטור, שם: "אם אכל פירות השדה, עובר משום 'לא תגזול'. וכן אם נשתמש בביתו, ולא העלה שכר לבעליו, עובר משום 'לא תגזול'"; הרי שגזלן קרקע שנהנה משימוש בקרקע, לא ייחשב גזלן, אלא אם כן לא ישלם עבור הנאתו, מה שאין כן בגזלן שאכל פירות הקרקע, שהוא נחשב לגזלן מיד. הריב"ש (שו"ת הריב"ש, סימן תקטו), הקובע שהדר בחצר חברו אינו עובר על איסור גזל, וכשר לעדות, מסכים כנראה להבחנה זו.

עתה נבדוק מדוע הזוכה אינו נידון כמעין גזלן, כשנהנה ביזמתו מנכסי חברו בלי להסב לו חסרון? הרי סוף סוף נטל ממנו את הנאתו! נראה שלשיטה זו (והוא הדין בשינויים המחויבים לשיטה של "מעין לווה", ראה להלן), נטילת ההנאה מנכסי הזולת אינה כנטילת חפצי הזולת. ייתכן הטעם לכך הוא, שאין להבחין בין הנאה מהחפץ לבין החפץ עצמו. אם אדם נהנה מנכס של חברו, אך הנכס עדיין ברשותו של המזכה בשלמותו, כגון אדם שדר בחצר חברו בלא רשות ובלי להסב לו נזק, אין בנטילת ההנאה כשלעצמה משום גזל, מכיוון שלא חסר הנכס עצמו, וההנאה כלולה בשווי הנכס. במלים אחרות, אין מקום לראות בבעל דירה אדם שהוא עשיר בשווי הדירה בתוספת שוויה של ההנאה הנובעת ממנה, קרי — הנאת המגורים בדירה. לעומתו, אדם הרגיל להשכיר את דירתו, עשיר בשווי הדירה בתוספת דמי השכירות שהגיעו או שיגיעו לו בגין השכרתה. לכן, ניתן לחייב את הנהנה מדירתו זו בלא רשותו, משום "שאכל" ממנו את דמי השכירות שהיו מגיעים לו כתוספת לדירה, אילו השכירה. ראה גם דברינו להלן, סעיף 2, חלק ראשון, ליד ציון הערה 65. לשאלה: מדוע אם כן מחייבים את הזוכה מעבר לחסרונו של המזכה? ראה להלן, הערה 75, וראה להלן, דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד ציון הערה 120.

[69] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק כא; נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, ד"ה ולרשב"א. וראה להלן, הערה 75.

המוחזק בידי הלווה[70]. אף על פי שהזוכה אינו מחזיק בנכסי חברו בעין, רואים אותו כאילו הגיעו לידיו נכסי חברו כהלוואה, ומכאן חובת השבת ההנאה למזכה[71].

על פי שיטה זו, ובניגוד לשיטות הקודמות, קובעים כמה מן הראשונים[72], שאם הזוכה היה יכול להשיג את אותה ההנאה בפחות ממחירה בשוק, הוא פטור מכל תשלום הגבוה מהמחיר שהיה מוציא עבורה, משום שמבחינה משפטית, הנאתו – שהיא הלוואתו – מצטמצמת לסכום זה. לכן, אם הזוכה היה יכול להשיג את אותה הנאה בחינם ממקום אחר, הוא יהיה פטור מכל תשלום, אפילו מתשלום החסרון שנגרם למזכה עקב הזכייה.

לעומתם, פוסקים אחרים[73] קובעים, בדומה לשיטה הקודמת, שגובה התשלום יהיה הסכום הגבוה מבין שני הסכומים: הנאתו הסובייקטיבית[74]; חסרון המזכה (תשלום זה הוא כאמור עד שווי הזכייה ולא יותר). לדעתם, אם הזוכה היה יכול לקבל את אותה הנאה בחינם

[70] יש לציין, שיש מחלוקת בין הפוסקים בשאלה: האם כדי לדון הנאה זו כהלוואה יש צורך בחסרון מצד המזכה אם לאו? לעניין זה, ראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, פרק שני, עמ' 54.

[71] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן יג; קצות החושן, סימן שצא, ס"ק ב; מנחת חינוך, מצווה נה; ברכת שמואל, בבא בתרא, סימן ז, בשם ר' חיים הלוי. דעתו של ר' שמעון שקאפ, שערי יושר, שער ג, פרק כה, היא שחובת הזוכה בתשלום הנאתו למזכה נובעת מן ההיקש לחובת התשלום של אדם שנהנה מן ההקדש. המועל בהקדש חייב בתשלומי מעילה, ומתוך היקש אנו למדים, שהנהנה מחברו, חייב בתשלומי הנאתו. דעתו היא, שהמזיק את ההקדש בלא קבלת הנאה, פטור מתשלום, דבר המוכיח שהתשלום שחייב המועל הנהנה מן ההקדש, אינו מיוסד על דיני נזיקין, ומכאן שחובת ההשבה של הנהנה מחברו, הנלמדת מחובת התשלום של המועל, אף היא אינה נובעת מדיני נזיקין. אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב, מסיק שהמזיק את ההקדש חייב בתשלום קרן, אף על פי שהוא פטור מתשלום חומש, ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך י, עמ' תכה־תכו. לשיטה זו אין הכרח להסיק כמסקנת "שערי יושר". ועיין: קונטרסי שיעורים, אות ג (לעיל, הערה 63), המקשה על בעל "שערי יושר" מדיני מעילה. ר' חיים הלוי, כפי שמובא בברכת שמואל, שם, מסביר את דברי הרשב"א, וקובע שחובתו של הזוכה היא "מעין הלוואה", המוטלת עליו, כדי שלא יהיה גזלן. על פי הסבר זה, אין הבחנה ברורה בין הדעה השנייה והדעה השלישית.

[72] תוספות, בבא קמא כ ע"א, ד"ה זה; רשב"א בחידושיו לבבא קמא כ ע"א, ד"ה אלא. דעות אלו קובעות, שהזוכה פטור מכל תשלום הגדול מהנאתו הסובייקטיבית, כלומר: "זה לא נהנה וזה חסר" – פטור.

[73] ראה הפוסקים המוזכרים בהערה 71. לדעתם, הזוכה משלם תשלום בגובה חסרונו של המזכה, גם אם הוא גבוה יותר מהנאתו הסובייקטיבית (עד שווי הזכייה ולא יותר). במלים אחרות, פוסקים אלה סוברים, ש"זה לא נהנה וזה חסר" – חייב. אמנם לא פסקו פוסקים אלה הלכה זאת במפורש, אך יש להסיק, שכן היא דעתם, מתוך העובדה שהם לא חלקו על פסק השולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו, שקבע בלשון זה: "ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה [=הדר] לשכור [היינו אף על פי שהוא אינו מוגדר כנהנה], צריך להעלות לו שכר, שהרי חיסרו ממון"; אילו היו חולקים על פסק השולחן ערוך, ודאי היו מציינים זאת.

מרומי שדה, בבא קמא כ ע"א, כותב בנימוקו לשיטה זו, שגם אם מבחינה משפטית אין הזוכה מוגדר כנהנה, אם זכייתו כרוכה בהפסד המוכה, הוא יהיה חייב להשיב למזכה מכוח התחייבות מכללא (מעין חתה). ההנחה היא, שמן הסתם התכוון הזוכה שלא לגרום הפסד למזכה מבלי לפצותו. אולם יש להעיר, שלפי דעה זו, אם גילה הזוכה בשעת הנאתו, שאינו מתכוון לשלם, אי אפשר יהיה לחייבו מכוח הנימוק של התחייבות מכללא, אלא רק מכוח הנימוק של "מעין לווה". עיין: טבעת החושן, סימן רמו, ס"ק ב, חלק ה, עמוד קצט, בהסבר שיטת בעל דברי אליעזר, בבא בתרא, סימן ג, אות ג.

[74] דברינו בפנים, שהזוכה משלם תשלום בגובה הנאתו הסובייקטיבית כל עוד היא כרוכה בחסרונו של המזכה, גם אם היא גדולה מחסרון זה, מבוססים 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 כ ע"ב, ד"ה שאני; חידושי הר"ן, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ומהא, בשם הרשב"א; ועיין ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק כ, הקובע שהרשב"א חולק על דעה זו. וראה להלן, סעיף 2, חלק ראשון, עמ' 70.

ממקום אחר, אין זה פוטר אותו מחובת תשלום למזכה, משום שגם אז הוא נחשב כמי שלווה מהמזכה. ואולם הם מודים, שבמקרה זה, גובה התשלום יהיה כגובה חסרונו של המזכה בלבד[75]. על פי הבנתם של פוסקים אלה, לעניין גובה התשלום שהזוכה חייב בו, אין הבדל בין השיטה השנייה (מעין גזלן) לבין השיטה השלישית (מעין לווה)[76].

לסיכומו של דבר נאמר, שההבדל העיקרי בין השיטות המנויות לעיל הוא לעניין גובה תשלום ההשבה, כשהאפשרויות הן: חסרון המזכה; שווי הזכייה; הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה.

השיטה הרואה בזוכה מזיק, מחייבת אותו לפצות את המזכה עבור חסרונו, בלא להתחשב בהנאתו הסובייקטיבית. תשלום זה הוא עד שווי הזכייה, משום שלכולי עלמא, אין לחייב את הזוכה בתשלום מעבר לסכום זה.

מקצת מן הראשונים, הרואים בזוכה מעין לווה, קובעים שהתשלום למזכה יהיה תמיד בגובה הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה (כמובן עד שווי הזכייה), בלא לשים לב לחסרונו של המזכה, ובלבד שנגרם למזכה חסרון כל שהוא. אשר על כן, אם הזוכה יכול היה להשיג הנאה זהה בחינם ממקום אחר, הוא פטור מכל תשלום.

הרואים בזוכה מעין גזלן, וכן חלק מהפוסקים הרואים בזוכה מעין לווה, מחייבים את הזוכה בתשלום הנאתו הסובייקטיבית או בתשלום חסרונו של המזכה לפי הגבוה יותר (תשלום זה לא יעלה כאמור, בשום פנים, על שווי הזכייה). לכן, על פי שיטה זו, גם כשהזוכה היה יכול להשיג זכייה זהה במקום אחר חינם, יצטרך לשלם למזכה עבור חסרונו. כשהזוכה לא היה יכול להשיג את הזכייה במקום אחר זול יותר, הוא ישלם את שווי זכייתו, גם אם החסרון שגרם נמוך בהרבה.

השולחן ערוך[77] פוסק, שאף אם נגרם למזכה נזק מועט בלבד, על הזוכה לשלם עבור כל הנאתו, ובכך הוא מכריע נגד הדעה שביססה את החיוב על דין "מזיק"[78]. כמו כן, השולחן ערוך[79] פוסק, שהזוכה חייב בתשלום חסרונו של המזכה, גם אם היה יכול להשיג את אותה הנאה חינם. בכך הוא מכריע נגד הפוסקים שצמצמו את היקפו של החיוב מדין "מעין לווה", וקבעו שאין חובת השבת הנאה שהזוכה היה יכול להשיגה ממקום

[75] להסבר שיטה זו, ראה: נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, ד"ה שם, ור"ה ולרשב"א. ניתן להבין, שדברי "נחלת דוד" מבוססים על השיטה של "מעין לווה" או על השיטה של "מעין גזלן", עיין בדבריו. הפוסקים המחייבים את הזוכה בתשלום מדין "מעין לווה", גם כאשר אינו מגדר כנהנה, מסכימים שהחיוב במקרה זה אינו יכול להיות גדול יותר מחסרונו של המזכה. זאת בניגוד לדינו של זוכה, המוגדר כנהנה החייב במלוא ערך הנאתו הסובייקטיבית, גם אם היא גדולה יותר מחסרונו של המזכה. הטעם לכך הוא, שלפי שיטה זו "ההלוואה" (או הגזלה, לשיטת "מעין גזלן"), נוצרת באחת משתי הדרכים הללו: הזוכה השיג את הנאתו מנכסי המזכה (ואינו יכול להשיגה בחינם ממקום אחר), ולכן במקרה זה, אין זה משנה אם נגרם למזכה רק חסרון קטן, שכן ההנאה שזכה בה תפחה בידיו, והיא הלוואתו (או גזלתו); הזוכה אכל את חסרונו של המזכה, אמנם הזוכה היה יכול לקבל את אותה ההנאה ממקום אחר חינם, ולכן אינו מוגדר כנהנה, אך "ההלוואה" (הגזלה) היא החסרון "שיצא" מידי המזכה "ונכנס" לידי הזוכה, ולכן במקרה זה, ההלוואה (הגזלה) אינה יכולה להיות גדולה יותר מאשר החסרון. ועיין ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק כא. וראה דברינו לסעיף 2, חלק ראשון, ליד ציון הערה 120.

[76] ואולם יש נפקא מינה בין שתי הדעות, ראה על כך, דברינו לסעיף 2, חלק ראשון, פרק חמישי, עמ' 67.

[77] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז.

[78] אך ראה לעיל, הערה 62, בדעת "עיניים למשפט".

[79] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

אחר חינם. ואולם, אין לדעת, אם הנימוק העומד ביסוד פסיקתו של השולחן הערוך הוא הנימוק שהזוכה הוא "מעין גזלן", או שמא הוא "מעין לווה"[80].

זכייה שלא ביזמתו המכוונת של הזוכה

דיוננו יוחד עד כה לזכייה ביזמתו המכוונת של הזוכה. נעבור עתה לדון בחובת הזוכה כלפי המזכה, כאשר פעולתו, שגרמה לזכייה, לא הייתה מכוונת מראש לשם כך, אלא שפעל מתוך טעות, או שרכושו גרם לזכייה שלא מדעתו. האם יש בכך כדי לשנות את דינו של הזוכה?

בסוגי זכייה שנקבע בהם, שדינו של הזוכה הוא כדין המחזיק בממון חברו בידו, ברור שעל הזוכה להשיב את הזכייה למזכה, בין אם הייתה זכייתו מכוונת ובין אם לאו, שהרי אסור לו להחזיק ברכוש חברו, גם אם הגיע רכוש זה לידיו בטעות (גם כשלא ניתן להשיב את הזכייה בעין, אם הזכייה מועילה לזוכה[81] – עליו לשלם תמורתה). אך מה דינו של זוכה, שהשיג בטעות הנאה שאין עמה רווח, כגון שהתגורר בדירת חברו, משום שחשב בטעות ובתום לב שהיא שלו?

מי שזכה מנכסי חברו בהנאה שאין עמה רווח, חייב בתשלום גם אם זכייתו לא הייתה מכוונת, ונבעה רק מטעות, או מפעולת רכושו שלא מדעתו. אולם, בעוד שמי שזכה בזכייה במכוון, חייב בתשלום בשיעור הפסדו של המזכה, גם אם שיעור הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה נמוך יותר[82], מי שזכה בזכייה שלא במכוון, יהיה פטור מכל תשלום, שהוא יותר משיעור הנאתו הסובייקטיבית. במלים אחרות, אם היה יכול להשיג זכייה זהה ממקום אחר בחינם, יהיה פטור מכל תשלום. נביא להלן כמה דוגמאות לזכייה שלא ביזמתו המכוונת של הזוכה:

א. דוגמה לזוכה שפעל מתוך טעות היא[83]: אדם נפטר, והשאיר פרה בין נכסי עיזבונו. היורשים, שסברו בטעות שהייתה הפרה בבעלותו, אך למעשה היא הייתה שאולה מאדם אחר, שחטו את הפרה, ואכלו את בשרה. נקבע, שהיורשים חייבים רק בתשלום דמי הנאתם הסובייקטיבית, והם פטורים מתשלום מלוא שוויו של הבשר, מכיוון שהם "יכולים לומר: אם ידענו שאינו של אבינו, לא היינו אוכלים בשר"[84].

ב. דוגמה לזוכה שרכושו גרם לזכייה שלא מדעתו היא[85]: אדם הניח תבואה ברשות הרבים, ובאה בהמת הזוכה ואכלה אותה. על אף העובדה, שעל פי המשפט העברי בעל

[80] ראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון.

[81] ראה דיוננו על סעיף ג(ב), ליד ציוני הערות 39-41. אם הזכייה אינה מועילה לו, אלא שהוא אחראי לטעות שהביאה לזכייה, גם אז יהיה חייב לפצות את המזכה על נזקו. ראה לעיל, הערה 79, וראה להלן, ליד ציון הערה 174.

[82] כפי שפסק השולחן ערוך. ראה לעיל, ליד ציון הערה 79.

[83] הדוגמה לקוחה מן החלמוד, כתובות לד ע"ב, ונפסקה להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ד. ראה דברינו על סעיף 2, חלק שני, פרק שני, עמ' 82.

[84] בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ד, נפסק להלכה, ש"משלמים דמי בשר בזול, שהוא שני שלישים" ממחירו בשוק. זאת משום ש"יכולים לומר, אם ידענו שאינו של אבינו, לא היינו אוכלים בשר. אבל שני שלישים משלמין, שכן דרך בני אדם לקנות בשר בזול ולאכל, אף אם בלאו הכי לא היו אוכלין בשר" (סמ"ע, חו"מ, סימן שמא, ס"ק י). וראה קצות החושן, סימן שסג, ס"ק ז (בקשר לגובה התשלום המוטל על מי ששכר בית מגנב בפתוח משוויו בשוק).

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

הבהמה פטור במקרה זה מתשלומי נזיקין[86], הוא חייב בתשלום דמי הנאתו הסובייקטיבית. היינו, גם אם התבואה הייתה יקרה, על בעל הבהמה לשלם "כאילו היתה תבן"[87] או "דמי שעורים בזול"[88], שכן אין לו הנאה מיוחדת, כשאכלה בהמתו תבואה יקרה יותר.

מן המקורות הללו עולה, שהעובדה שנהנה הזוכה שלא במכוון, אינה פוטרת אותו מתשלום שיעור הנאתו הסובייקטיבית; אך, מצד שני, אי אפשר לחייבו לשלם יותר משיעור זה. הסיבה לכך היא, כפי שהסברנו לעיל[89], שהיסוד לחיוב הזוכה בפיצוי המזכה בגובה הפסדו, גם כששווי הנאתו הסובייקטיבית גמוך יותר (זה לא נהנה וזה חסר), הוא שבלא תשלום יהיה דינו כגזלן, או לחילופין, כאילו קיבל לידו בשעת ההנאה הלוואה בשיעור הפסדו של המזכה. כשנהנה הזוכה שלא במכוון, אין בנימוקים אלה לחייב אותו בתשלום הגבוה משיעור הנאתו הסובייקטיבית.

פרק שלישי

היעדר זכות שבדין — "שלא על פי זכות שבדין"

סעיף 1(א) לחוק מחייב את הזוכה להשיב למזכה את הנכס, או את השירות, או את טובת ההנאה האחרת, שזכה בהם, רק אם קיבל אותם שלא על פי זכות שבדין. לדברי טדסקי[90] יש בחוק "כפירה מוחלטת בזכות המזכה להשבה נוכח זכות שבדין של הזוכה". היינו, אם יש לזוכה זכות שבדין להחזיק בזכייה, אין אפשרות לדרוש השבה מכוח הצדק. גישה זו מנוגדת לגישתו של הלורד מנספילד[91], הקובעת: "אם מכוח הלכות הצדק הטבעי מוטלת על הנתבע החובה להחזיר, יסיק החוק קיומו של חוב". כלומר, הזוכה יהיה חייב בהשבה, כשהצדק הטבעי מחייב זאת, גם במקום שעל פי המשפט הפוזיטיבי הוא פטור מכל תשלום. טדסקי[92] מציין, שהנוסח "שלא על פי זכות שבדין" אינו הנוסח המקובל בשיטות משפט אחרות, המחייבות את הזוכה בהשבת הזכייה שקיבל "ללא צידוק", ובהשבת כל "התעשרות לא צודקת"[93].

על פי מה שראינו בפרק הקודם, אפשר לקבוע, שהמשפט העברי, כמו החוק, אינו מחייב את הזוכה בהשבה מכוח כללי צדק ערטילאיים, כי אם מכוח עקרונות משפטיים מוגדרים[94]. כפי שהוברר לעיל, יש לכל חובת השבה של סוגי ההנאה השונים, ביסוס משפטי משלה, הכרוך בהשלכות משפטיות מיוחדות.

[86] בבא קמא, שם; שולחן ערוך, שם.

[87] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שצא, סעיף ח.

[88] רמ"א, חו"מ, סימן שצא, סעיף ח; "בזול", פירושו שני שלישי מחיר השוק. ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שצא, ס"ק יג. וראה לעיל, הערה 84.

[89] לעיל, ליד ציון הערה 69; ליד ציון הערה 75; ובהערה 75. להסבר הסוגיה על פי השיטות המחייבות את הנהנה בתשלום מדין מזיק, ראה לעיל, הערה 63.

[90] טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 394; ושם, עמ' 397.

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

[92] טדסקי, עמ' 397.

[93] לשון סעיף 1 של הריסטיטמנט האמריקאי, מצוטט אצל פרידמן, סעיף 20.

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

nevo.co.il

אמנם, יש הרואים בנימוק: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו?"[95] נימוק של צדק טבעי[96], אלא שנראה, שגם נימוק זה הוא נימוק משפטי טהור. כך מדגישים המפרשים[97], שר' יוסי סבור, שעל פי דין, הבעלות בפרה מזכה את הבעלים בתשלום מהשואל. אין לשוכר זכות לקבל תשלום זה כאילו הוא היה בעל הפרה, משום ש"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו?".

כפי שראינו לעיל[98], קיבלו דברי ר' יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו?" משמעות כללית יותר, השוללת מכל אדם שאינו הבעלים של נכס הגורם לרווחים את הזכות להשתתף ברווחים[99]. המשפט העברי קובע, שהבעלות מקנה לבעלים זכויות משפטיות ברווחים הנובעים מנכסיהם, "כמו שולד פרה הוא קנוי לבעל הפרה מפני שפרתו הולידה את הולד ובסיבתה יצא לאויר העולם"[100]. לעומתו, המשפט האנגלי נזקק לשיקולים של צדק כדי לחייב את הזוכה בהשבת רווחים שנוצרו מנכסי המזכה, מכיוון ש"הרעיון 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 המכריע לקיום הזכייה — "שקיבל"

א. מבוא

החוק קובע, שאדם "שקיבל" יתרון מחברו שלא על פי זכות שבדין, חייב בהשבת היתרון או שוויו. חובת ההשבה חלה גם על אדם שקיבל את היתרון על פי דין, כל זמן שהוא ממשיך להחזיק בו שלא על פי דין[102]. טדסקי מסביר[103], שיש משמעות לעובדה, שהחוק

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

[96] עיין: ג' רקובר (הוזכר לעיל, הערה 39), בעמ' 49. מדבריו שם משתמע, שיש שיטה שלפיה כללו של ר' יוסי מבוסס על שיקולים של צדק, המחייבים את הזוכה בהשבה גם במקום שזכה הזוכה "על פי דין". אך לדעתנו אין הדברים מוכרחים. הזוכה חייב בהשבה מכוח הדין, ולכן אין לפטור את הזוכה מתשלום למזכה הנובע מכללו של ר' יוסי, אלא בטיעונים משפטיים ולא משיקולי צדק.

[97] הריטב"א, שם; הרשב"א, שם; נימוקי יוסף, שם; תוספות, שם; ד"ה תחזור; פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ג, סימן ה. הריטב"א מסביר: "אם השאילה השוכר, הרי כאילו השאילה בשליחות הבעלים לכל דבר שהוא זכות של בעלה". וברשב"א: "שואל, שומר דבעל הפרה חשבינן ליה לגמרי".

[98] לעיל, פרק שני, עמ' 10.

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

[100] שערי יושר, שער ג, פרק כה, עמ' רסב. פרידמן כותב בסעיף 82: "הבסיס לתביעה היא זכות הקנין של התובע. המסקנה כי ההתעשרות היא 'בלתי צודקת' או 'לא במשפט' נגזרת מכך שהזכות בנכס שייכת לתובע ולא לנתבע. חובה זו נובעת ממושגי הקנין, שמכוחם זכאי הבעלים לרווח שהופק מרכושו". דברים אלה תואמים את המשפט העברי, הן באשר לתפישת המושג קניין, והן באשר להשלכות המשפטיות הנובעות ממנה.

[101] דברי השופט זוסמן בע"א 257/75 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב 565, בעמ' 579-580.

[102] ראה: טדסקי, עמ' 387-388; מזוז, עמ' 489, הערה 16.

[103] טדסקי, עמ' 388, הערה 12.

נוסח בלשון "מי שקיבל", ולא בלשון "מי שמחזיק", והיא, שזוכה שקיבל יתרון, חייב בהשבתו, או בתשלום שוויו, גם אם נעלם יתרון זה עד שעת הגשת התביעה. לדברי טדסקי, שעת קבלת היתרון היא "הזמן המכריע לקיום הזכייה".

נבחן מהי עמדת המשפט העברי בסוגיה זו. אין במקורות התלמודיים דיון ישיר בשאלה זו, וגם הראשונים לא טיפלו בה. אולם האחרונים, מתוך עיון בסוגיות התלמודיות, גילו הבחנות חשובות לעניין הזמן המכריע לקיום הזכייה.

הרחבנו לעיל[104] את הדיבור על העובדה, שהמשפט העברי מבחין בין קטיגוריות שונות של הנאה, ולכל קטיגוריה יש נימוק משפטי משלה לביסוס חובת ההשבה. מבחינת הבסיס המשפטי, ניתן לחלק את ההנאות לשתי קבוצות:

יש הנאות, שחובת ההשבה בהן היא, משום שרואים את הזוכה כמחזיק ברכושו של המזכה; זה הנימוק, כפי שראינו לעיל[105], בנכסים בעין המוחזקים ביד הזוכה, ובהנאות הגורמות לזוכה לרווח ממשי. אפשר לומר, שחובת ההשבה בהנאות אלה אינה תשלום עבור הנאה, אלא החזרת נכס לבעליו החוקי; הבסיס לתביעה הוא זכות הקניין של המזכה.

לעומת זאת, יש הנאות שאינן נכס בעין, וגם אין עמן רווח. כך, למשל, מי שגר בדירתו של חברו שלא ברשות, לא הגדיל את רכושו, כפי שהסברנו זאת לעיל[106], ומשום כך אי אפשר לומר עליו שהוא מחזיק בידו רכושו של חברו. אף על פי כן ראינו, שבעיקרון, אם הנאתו של הזוכה כרוכה בחסרון המזכה, חייב הזוכה בתשלום למזכה. במקרה זה, אין נכון לדבר על השבה, ויותר נכון לדבר על תשלום תמורת ההנאה.

משהובהר עניין זה, ניגש לשאלת הזמן המכריע לקיום הזכייה. דיוננו יתחלק לשני חלקים: תחילה נבחן מהו הדין אם בשעת התביעה נעלמה זכייה מן הסוג הראשון, ואחר כך נדון באותה שאלה בקשר לזכייה מן הסוג השני.

ב. נכס בעין והנאה שיש עמה רווח

בסוג הנאות אלה, כאמור, רואים את הזוכה כמחזיק בנכסי המזכה. אשר על כן, אם נעלמה הזכייה עד שעת התביעה, שוב אין יסוד לעילת התביעה, משום שממונו של המזכה כבר אינו אצל הזוכה[107]. לעיקרון זה יש סייג והוא, שאם הזוכה אחראי לאבדן הזכייה שהייתה אצלו (אם על פי דיני השומרים ואם על פי דיני הנזיקין), כי אז הוא חייב בתשלום על פי עילות אלו[108]. על דינו של זוכה שנהנה מן הנכס (או מן הרווח) לפני היעלמו, כגון שאכל אותו, נדון בפסקה הבאה[109].

ג. הנאה שאין עמה רווח

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] לדיון מקיף על הסייגים לעיקרון זה, ראה דברינו לסעיף 2, חלק שני.

[109] וראה כתובות לד ע"ב. אם החליף את הנכס בנכס אחר, הוא חייב להחזיר למזכה את הנכס שקיבל, ראה לעיל, הערה 31, ולהלן, הערה 122, ובדברינו לסעיף 2, חלק שני.

להבחין, בסוג זה של הנאה, בין שתי קבוצות משנה, לצורך קביעת הזמן המכריע לקיום הזכייה וחובת ההשבה, והן: הנאה חושית, כגון אכילה, הגנה בפני קור וחום, וכיוצא באלה, הנאות הגורמות ל"נחת רוח"[110] לזוכה עצמו (הנאה בפועל); תועלת[110], כגון שרחצו לו את מכוניתו, או שאכלה בהמתו מפירותיו של חברו (בנסיבות שאינן גוררות אחריהן תשלומי נזיקין) וכיוצא באלה, הנאות שאינן רווח, ואינן הנאות חושיות (הנאה בכוח).

יש חשיבות לקביעת הזמן המכריע לקיום הזכייה, בין בזכייה ביזמתו המכוונת של הזוכה ובין בזכייה שלא ביזמתו המכוונת. ראינו לעיל, שהתשלום שהזוכה חייב בו נקבע תוך התייחסות לשלושה דברים: הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה; חסרונו של המזכה; שווי הזכייה. לקביעת חסרונו של המזכה והנאתו הסובייקטיבית של הזוכה נודעת חשיבות, כשסכומים אלה נמוכים משווי הזכייה, שהוא התקרה לכל תשלום. ראינו לעיל, שאם הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה גבוהה מחסרונו של המזכה, אך נמוכה משווי הזכייה, הזוכה ביזמתו המכוונת חייב בתשלום הנאתו הסובייקטיבית. כמו כן ראינו, שמי שזכה שלא ביזמתו המכוונת, משלם את הנאתו הסובייקטיבית, אם היא פחותה מחסרונו של המזכה ומשווי הזכייה. אם כן, בקביעת התשלום שהזוכה חייב בו, לא ניתן להתעלם מהגדרת ערכה של הנאתו הסובייקטיבית, מהגדרת חסרונו של המזכה ומהגדרת שווי הזכייה. נשאלת השאלה: איזו שעה היא השעה המכרעת לקביעת ערכם של מדדים אלה?

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

כמו כן, נשאלת השאלה, איך נקבע את הזמן המכריע להגדרת הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה? הרי, ייתכן שעד שעת התביעה תיעלם הנאתו של הזוכה. כאמור, לעניין זה, יש להבחין בין הנאה חושית לתועלת:

בהנאה חושית, הזוכה חייב בתשלום למזכה, גם אם הפסיק ליהנות עוד לפני שעת הגשת התביעה. בכגון זה, אף המשפט העברי גורס, שזכות ההשבה של המזכה אינה מניחה בהכרח את קיום היתרון בזמן התביעה. מאחר שהנאה חושית היא מטבעה זמנית ועוברת, הזוכה חייב בתשלום תמורתה, משעת ההנאה[111]. לדוגמה, מי שגר בחצרו של חברו בלא רשותו[112], יהיה חייב בתשלום הנאתו, גם אם הוגשה התביעה נגדו לאחר שכבר עזב את החצר.

תועלת היא זכייה שבדרך כלל הזוכה מעוניין בה, ואף מוכן לשלם עבורה, על אף העובדה שהזכייה אינה גורמת לו באופן מידי לא רווח ולא הנאה חושית. זהו המצב, לדוגמה, כאשר אדם מאכיל את בהמתו. זכיות מעין אלו הן הפוטנציאל להנאה עתידית. בזכייה שהיא תועלת יש תוחלת ליתרון ממשי יותר בטווח ארוך, אם בצורה של הנאה חושית או בצורת

[110] ביטויו של ר' שמעון שקאפ, שערי יושר, שער ג, פרק כה.

[111] עיין להלן, הערה 116. גם המהרש"ל וגם האחרונים החולקים עליו בדין בהמה שאכלה יותר מדי, מסכימים שהזוכה שאכל, חייב בתשלום עבור ההנאה שקיבל באכילתו, גם אם לאחר מכן הזיק לעצמו באכילת יתר. נראה שמחייבים את הזוכה בתשלום רק אם התוצאות השליליות באות עקב גורמים נוספים, כגון המשך האכילה. השווה לטדסקי, עמ' 387.

[112] בבא קמא כ ע"א.

רווח. אך, איך נקבע את ערכה של הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה בזכייה המוגדרת כתועלת? הרי ייתכן, שעד שעת התביעה לא נהנה הזוכה הנאה סובייקטיבית כל עיקר?

הפתרון לשאלה זו הוא, שאם עד שעת קביעת בית הדין לא נותר פוטנציאל להנאה עתידית, יוגדר ערך הנאתו הסובייקטיבית כערך ההנאה שהספיק ליהנות בפועל. אם בשעת קביעת בית הדין נותר פוטנציאל הנאה עתידית, תיקבע הנאתו הסובייקטיבית לפי הערכת השוק של הפוטנציאל הנותר באותה שעה (בתוספת ההנאה שהספיק ליהנות בפועל). לכן, אם עד שעת פסיקת בית הדין התברר, שנעלמה התועלת ולא הביאה, ואף לא תביא לרווח, או להנאה חושית, ערך הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה יוגדר כאפס.

וכן נקבע במקרה הבא. לתוך השיכר של אדם הוכנס חומר משביח, אך לפני שהספיק בעל השיכר לממש את היתרון שנוצר עקב ההשבחה, החמיץ השיכר ונתקלקל. נקבע, שבעל השיכר פטור מלשלם לבעל החומר תמורת ההגאה שנוצרה, וזאת משום שבשעת פסיקת בית הדין כבר נעלמה השבחת השיכר[113].

דוגמה נוספת לעיקרון הנזכר לעיל, יש בדברים שנאמרו על המשנה[114] הקובעת שאם אכלה בהמה פירות ברשות הרבים, בעל הבהמה פטור מתשלום עבור הנזקים שנגרמו

[113] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כה, על סמך הגמרא, בבא מציעא מב ע"ב. "מחזה אברהם", לבבא מציעא שם, מסביר שהזוכה פטור מתשלום, אף על פי שבשעת הכנסת התומרים עלה מחיר השיכר. אמנם חסך בעל השיכר את התומרים שלו, וטעה הלה, והכניס את התומרים של חברו), אך הוא יהיה פטור מתשלום, משום שבשעת התביעה כבר נעלמה השבחת השיכר. שיטה מקובצת, בבא מציעא מב ע"ב, מסביר שאם החמיץ השיכר, בעל החומרים הוא בגדר "מבריח ארי", ולכן בעל השיכר אינו חייב בתשלום על החומרים שלו, שניצלו מהפסד. בעל לבוש מלכות עיר שושן, סימן רצא, סעיף כה, כותב שאפשר שהכשות עצמה גרמה להחמצת השיכר. לכן, ייתכן שהזוכה הפסיד בהחלפת התומרים. ועיין להלן, סעיף 4, דין "מבריח ארי", שם מוסבר, שהמציל זכאי להחזר הוצאותיו, רק אם הציל את זולתו מהפסד ודאי. בעל שערי יושר, שער ג, פרק כה, עמ' רסג, מסיק: "בכהאי גוונא ליכא גם חשבון משתרש מה שנשאר כשות שלו", ואינו מנמק את מסקנתו.

האחרונים נחלקו בטעם חיוב בעל השיכר לשלם, אם לא החמיץ השיכר. אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה ב, מסביר שהרוויח בעל השיכר את הכשות שלו. כשהורה להכניס את כשותו לשיכר ולא הוכנסה, הרי זה כאילו הוחלפו, ועבירה הכשות של בעל השיכר לבעלותו של בעל הכשות שהוכנסה לשיכר. מכיוון שבעל השיכר מרוויח מהשבחת השיכר, אין מקום לפטור אותו מתשלום מדין "מבריח ארי". אך טעם זה יפטור אותו, אם לא הרוויח מהחלפת הכשות. עיין דברי רש"י, בבא מציעא מב ע"ב, ד"ה הא קמשתרשי ליה.

בעל שערי יושר, שער ג, פרק כה, מזכיר טעם זה להיוב, וקובע שיש גם טעם נוסף: בעל הכשות נחשב לשותף בשיכר המושכח. מכיוון שטעמה של הכשות מורגש בשיכר, רואים את בעל השיכר כמחזיק בנכסי חברו בעין כדין מיטלטלין שנתערבבו. בעל חלקת יואב, תו"מ, סימן ט, מסביר את החיוב בטעם השני שמביא "שערי יושר", ולדעתו הטעם המובא ב"אור שמח" לא היה מחייב את בעל השיכר בתשלום. לפי הטעם שנוקט בעל "חלקת יואב", לפיו המזכה הוא שותף בשיכר, נראה שאם הזיק בעל השיכר לשיכר בכוונה, יהיה חייב לשלם לבעל הכשות, אף על פי שלא נהנה, וזאת מדיני נזיקין.

הדין במיטלטלין שנתערבבו מוסכם על דעת כל הפוסקים; לכן נראה שה"אור שמח", אינו רואה בבעל הכשות שותף בשיכר, משום שכל זמן שלא נגמר תהליך הבשלת השיכר, לא עלה מחירו בשוק (בניגוד לדברי "מחזה אברהם", המובא לעיל). בעל הכשות אינו זכאי להשבה כשותף בשיכר המשובח, אלא אם כן עלה מחירו. עילת התביעה היחידה של בעל הכשות היא, שכשותו הועילה לבעל השיכר, שהרוויח בכך את הכשות שלו.

[114] בבא קמא ב, ב; יט ע"ב.

nevo.co.il

לבעל הפירות, אולם הוא חייב לשלם את "מה שנהנית"[115]. האחרונים קובעים, שאם אכלה הבהמה הרבה וחלתה, הרי הוא פטור[116].

נציין, שאם החזיק הזוכה בנכס המזכה בעין, ולפני שנעלם הנכס הפיק ממנו הזוכה הנאה חושית או תועלת אחרת, הוא יהיה חייב לשלם עבור הנאה זו בהתאם לאמור בפסקה זו. הזוכה לא יוכל לטעון, שמשום שנעלם הנכס, כבר אין עילת תביעה נגדו, זאת משום שברגע שהפיק הנאה מן הנכס, חלה עליו חובת תשלום עבור ההנאה לפי הבחנים שנתבררו כאן[117].

[115] נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, מסביר "שיש לו הנאה מהנאת בהמתו", ושהנאתו של הזוכה היא, שהיא "יפה ושמנה".

הסמ"ע, חו"מ, סימן שצא, ס"ק יב, כותב: "ומה שנהנית, שאינו צריך לתת לה תבן". מדבריו עולה לכאורה, שהתשלום שחייב בעל הבהמה הוא משום החיסכון שחסך באכילת בהמתו, ועל כן היה מקום להסיק, שהסמ"ע חולק על קביעתם של התוספות (חולין קלא ע"א, ד"ה שאני), שמתקבלת טענת הזוכה: "הייתי מתענה", השוללת תשלום מדין "משתרשי ליה" בגין חיסכון זה (עיין: קצות החושן, סימן רמו, ס"ק כ; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה). ואולם, נראה שהסמ"ע אינו חולק על התוספות בעניין זה, שאם לא כן, היה מציין זאת במפורש. נראה שהוא מחייב את בעל הפרה מדין נהנה, ולא מדין "משתרשי ליה". דבריו באים להסביר ולומר, שבעל הבהמה אינו חייב בתשלום גבוה ממחיר תבן, מכיוון שהוא מוכן להוציא כסף רק על תבן ולא על פירות יקרים להשגת הנאה זו.

[116] נחלת דוד, על בבא קמא כ ע"א; הרב גוסטמאן, קונטרסי שיעורים, שצוין לעיל, בהערה 63.

המהרש"ל, ים של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סימן טו, פוסק שאם "אכלה הרבה עד שחלתה, אף על פי שרע לה, ואינה נהנית כלל, מכל מקום משלמת מה שנהנית כפי שיעור הראוי לה, דהא קודם שאכלה יותר מן הראוי לה מתחייבת לשלם, לפי שנהנית". בשעה שנהנתה הבהמה, חלה חובת תשלום על בעליה, גם אם לאחר מכן נעלם היתרון שזכה בו.

בעל נחלת דוד והרב גוסטמאן, בקונטרסי שיעורים, שם, הדגים בדברי המהרש"ל, דוחים את מסקנתו, וקובעים שאם עד שעת התביעה נעלמה התועלת שזכה בה בעל הבהמה, הוא יהיה פטור מכל תשלום. הסיבה לכך היא, שבעל הבהמה היה חייב בתשלום בתחילת אכילתה של הבהמה, לא משום שנהנתה הבהמה הנאה חושית, אלא משום התועלת שנגרמה לו, כשאכלה בהמתו (אין לבעל הפירות זכות בעלות בגוף הבהמה עקב אכילת פירותיו, מכיוון שלא עלה מחירה עקב אכילתה. לכן בעל הבהמה אינו מחזיק בנכס המזכה בזכייתו). ייתכן שהמהרש"ל אינו חולק על העיקרון, שהזמן המכריע לקיום הזכייה הוא שעת התביעה, כשהזכייה היא "תועלת", אלא הוא סבור, שהנאת הבהמה מחייבת את הבעלים כאילו הייתה הנאתה הנאה חושית של הבעלים. נראה שכך הבין בעל "נחלת דוד" את דבריו.

דוגמה נוספת לזכייה, שחלים עליה כללי "תועלת", היא הקמת מחוברים במקרקעי הזולת, במקרים שהמשפט העברי קובע בהם, שזכה בעל המקרקעין במחוברים בשעת הקמתם, ואינו זכאי לדרוש את סילוקם (ראה בדיוננו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, להלן, עמ' 170). אמנם זכה בעל המקרקעין ברווח ממשי, אך להבדיל ממקרה של זכייה שיש עמה רווח, שהמזכה זכאי לתשלום בטענה "ממוני גבך", בעל המקרקעין אינו מחזיק ברכושו של המקים, מכיוון שעברו המחוברים לבעלותו עם הקמתם. אם כן, תביעת המקים אינה תביעה קנייינית אלא תביעה אובליגאטורית. ואולם, אף על פי כן, אם עד שעת התביעה נשרפו המחוברים, יהיה הבעלים פטור מתשלום למקים. ראה: שו"ת לחם רב, סימן קנו, סב ע"ב. מסקנה זו תואמת את הכללים החלים על זכייה שהיא "תועלת".

[117] לכן, אם אכלה הבהמה פירות של אחר, יהיה הבעלים חייב לשלם דמיהן לבעל הפירות, גם אם עד שעת התביעה הבעלים חייב להאכיל שוב את בהמתו. זאת משום שבינתיים עבד בבהמה שבָּעָה, והפיק רווחים; או, לחילופין, משום שעדיין קיימת התועלת (היכולת להפיק רווחים בעתיד) מאותם פירות – שהרי חייב להאכיל אותה רק פעם ולא פעמיים, אם רצונו לשמור אותה "יפה ושמנה".

nevo.co.il

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, ומחיל את חובת ההשבה על כל אדם, בין גדול ובין קטן, בין אם קיבל את היתרון בתום לב או בטעות, ובין אם גזל את הנכס שהעניק לו את היתרון.

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

ב. נעדר כשרות משפטית (פסול דין)

כאמור, יש במשפט האנגלי שתי גישות לנושא "עשיית עושר ולא במשפט": שיטת הצדק הטבעי של הלורד מנספילד, ושיטת "מעין חוזה"[118]. מזוז[119] מעיר: "יש נפקות לאימוצה של דוקטרינה אחת על פני רעותה... במקום שהנתבע להשבה הוא חסר כוח משפטי להתקשר בחוזה, כגון קטין, אז לא ניתן ליישם את הפיקציה בדבר חוזה מכללא, שהרי מקום שהנתבע חסר כושר לא ניתן לראותו כמי שהתחייב, כגירסת דוקטרינת החוזה מכללא. מאידך גיסא ניתן לראותו כמי שחייב כגירסת לורד מנספילד". מתוך הנאמר בסעיף 1 לחוק, המחייב קטין בהשבה, ניתן ללמוד על דחייתה של שיטת החוזה מכללא, על ידי המחוקק הישראלי. נבדוק עתה את גישת המשפט העברי לשאלה זו.

1. השבת נכס בעין

הרמב"ם[120] פוסק, שקטן שגנב נכסים, "אם אבדו אינו חייב לשלם הקרן, ואפילו לאחר שהגדיל". וגם השולחן ערוך קובע[121], ששוטה וקטן פטורים מתשלומי נזיקין ומחובת התשלום, החלה על גזלן.

אף על פי שהקטן פטור מתשלומים המבוססים על חיוב שמקורו בהלכות גזלה, ישיב בית הדין את הנכס הגזול לבעליו, אם הקטן מחזיק אותו בעין[121], וזאת מן הטעם שכבר הזכרנו לעיל: "ממוני גבך [=ממוני אצלך]". גם אם "החליפו הגנבה על דבר אחר, או מכרוה, והדמים בעין... אם אין ביכולת להשיג הגניבה ממי שהחליפו או מכרו לו, מחזירין הדמים או החליפין"[122]. דינה של התמורה שקיבל הגנב בעד החפץ הגנוב כדין ממון הבעלים ביד הגנב, ולכן הבעלים זכאי שישיבו לו את ממונו[123]. אם זכה קטן בנכס

[118] עיין לעיל, פרק ראשון, עמ' 5.

[119] מזוז (הזכר לעיל, הערה 2), עמ' 500, הערה 77.

[120] רמב"ם, הלכות גנבה, פרק א, הלכה ח.

[121] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמט, סעיף ג.

[122] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמט, סעיף א. ועיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמט, סעיף א, לעניין גנבת אישה; חידושי ר' עקיבא איגר, שם. וראה לעיל, הערה 31.

[123] עיין דברינו על סעיף 2, חלק שני.

nevo.co.il

בעין ביזמת המזכה, והמזכה אינו מבקש את הנכס בחזרה, אלא מבקש תשלום בשווי הנכס, יהיה הקטן פטור מתשלום עד שיגדל, וגם אז הוא רשאי לדרוש, שיטול המזכה את הנכס חזרה, ואף ישא בהוצאות ההשבה[124].

כשמדובר בזוכה הנעדר כשרות משפטית, לא משום שהוא קטין, אלא משום שהוא לקוי בנפשו, כגון שוטה, נגיע לתוצאה דומה אף בלא שניזקק לנימוקים האמורים. אם קיבל שוטה לידיו נכס מן המזכה, הוא יהיה פטור מכל תשלום, אבל המזכה, אף אם יזם את הזכייה, יהיה רשאי להשיב לעצמו את הנכס, משום שלשוטה אין כוח זכייה[125].

2. השבת טובת הנאה

נשאלת השאלה: מה דינו של זוכה הנעדר כשרות משפטית, שנהנה מנכס המזכה, אך הנכס כבר אינו בעין ברשותו בשעת התביעה? עקרונית גם לקטין וגם לשוטה אין כשרות משפטית להתחייב על פי דין, או להיות אחראים לנזק שגרמו, אלא שלגבי קטין יש תקנת חכמים, המקנה לקטין כוח להתחייב לצורך הנאה שקיבל למעשה[126]. לפי שיטה אחת, הוא חייב להשיב גם הנאה שקיבל שלא על פי זכות שבדין, כפי שיבואר להלן.

אחד הפוסקים[127] דן בתביעתו של בעל מרתף יין נגד קטין ש"נשלח ממשתה שמחה להביא יין לשתות, ונתנו לו ממון שישלם, והלך הנער ומצא המרתף פתוח, ולקח יין הרבה בלא מחיר, וגם נשפך הרבה לאיבוד". מסקנתו היא, שאם נהנה הקטין מן הממון, הוא חייב לשלם. הוא משווה את דינו של הקטין הזה לדינו של קטין שלווה כסף למחייתו, שהוא חייב להשיב את ההלוואה[128]. ממסקנתו מתברר, שחובת תשלום דמי הנאה שאינה בעין חלה על הזוכה רק אם הוא בעל כשרות משפטית להתחייב על פי דין. כאמור, תקנת חכמים מקנה לקטין כוח להתחייב לצורך הנאתו[126]. התקנה מחייבת את הקטין לשלם בעד כל הנאה שקיבל מחברו, כולל ההנאות שהגיעו אליו "שלא על פי זכות שבדין".

[124] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק טז. עיין חידושי הרשב"א, בבא קמא כא ע"א, ד"ה הא דאמרינן. ונראה משם שיש לקטן "קניין חצר" במחוברים שהוקמו בחצר שלו. וכן נראה מנתיבות המשפט, סימן רפז, ס"ק ו. וראה: נתיבות המשפט, סימן ר, בהקדמה. וייתכן שחצר נחשבת ירו לעניין מחוברים, שאין בכך משום "אבדה מדעת".

[125] זכין לקטן שלא על ידי אחר, ואין זכין לשוטה שלא על ידי אחר. ראה: רמ"א, חו"מ, סימן רלה, סעיף כ; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיפים טו־יח.

[126] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה א; רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק ה, הלכה יא; המגיד משנה מסביר שם, ש"הכל תלוי בהנאת הקטן". וראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן צו, סעיף ג.

[127] שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קעז.

[128] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף טו, וזה לשונו: "יש מי שאומר, שחייב לשלם כשיגדיל... ויש מי שמחלק, שאם ידוע שלצורך מזונותיו, נפרעין ממנו". הטור, חו"מ, סימן רלה, סעיף יח, כותב ששיטת הרא"ש היא: "נפרעין ממנו אפילו כשהוא קטן". וכן מסיק בעל כנסת הגדולה (הגהות הטור, חו"מ, סימן רלה, ס"ק נג), בעל "שבות יעקב" מציין את דברי הסמ"ע (חו"מ, סימן רלה, ס"ק מג), הקובע שאם לווה הקטן לצורך מחייתו — חובת הפירעון חלה עליו, גם אם לווה כאשר היה פחות מגיל שש, אף על פי שבגיל זה הוא מנוע מלמכור את נכסיו אפילו לצורך מחייתו (חו"מ, סימן רלה, סעיף א). הש"ך, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ז, חולק עליו, ופוסק שחובת הפירעון חלה על הלווה רק אם לווה בגיל שהוא רשאי למכור נכסיו לצורך מחייתו. עיין לעיל, פרק שני, עמ' 10, שם נתבאר, שיתרון המגדיל רכושו של הזוכה דינו כנכס המזכה המוחזק בידו של הזוכה. אולם כאן, מכיוון שהלוואה להוצאה ניתנה, אין הקטן מחזיק בנכסיו של המלווה, כשלווה ממנו. וראה לעיל, הערה 29.

nevo.co.il

לעומת זאת, פוסקים אחרים[129] קובעים, שקטין שנהנה שלא על פי זכות שבדין, פטור. קביעה זו מסתמכת על גישתו של בעל השולחן ערוך[130], ולפיה תקנת החכמים באה רק לטובת הקטין לאפשר לו להתחייב לצורך הנאתו. לכן, אם נהנה הקטין שלא על פי זכות שבדין, אין התקנה מחייבת אותו בתשלום, משום שאין בכך משום טובת הקטין.

ואשר לשוטה, כיוון שלא ניתקנה בו תקנה דומה, ואין כל אפשרות שיתחייב על פי דין, המסקנה המתקבשת היא, שהוא יהיה פטור מלהשיב הנאה שאינה בעין[131].

המשפט העברי, הדן בחיובו של קטין, ופוטר שוטה מתשלום, לאור דיני הכשרות המשפטית החלים עליהם, אינו מקבל את העיקרון, שחובת ההשבה מוטלת על הזוכה רק על פי שיקול של "הצדק הטבעי", בלא להתחשב בשיקולים משפטיים אחרים. עובדה זו מאשרת את הקביעה, שכבר עמדנו עליה לעיל[132], שהמשפט העברי מוצא את הבסיס לחייב את הזוכה בהשבה בדין עצמו, בלא צורך להזדקק לשיקולי צדק ערטילאיים.

ג. גזלן[133]

כעת נבחן את השאלה, האם המשפט העברי מחיל על הגזלן כללים זהים לכללים החלים על מי שנהנה מנכסי חברו בלא גזל? במלים אחרות, האם המשפט העברי מחייב גזלן בתשלום עבור הנאתו מן הגזל, נוסף לחובתו להשיב את הנכס הגזול עצמו[134]? להלן נראה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית.

אף על פי שכאמור, בעיקרון המשפט העברי מחייב אדם בתשלום עבור הנאתו שקיבל מחברו שלא על פי זכות שבדין, הרי גזלן מיטלטלין, שנהנה מהמיטלטלין מעת שגזלם עד שהחזירם לבעליהם, פטור על פי דיני ממונות מכל תשלום עבור הנאתו[135]. וזה לשון המשנה[136]: "כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה". אם השתמש הגזלן במיטלטלין של חברו למלאכתו שלו, הוא פטור מתשלום שכירות, משום ש"מטלטלין ברשות גזלן עומדין,

[129] שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן פח; שו"ת מהר"ם שיק, יורה דעה, סימן שעה.

[130] כסף משנה, הלכות טוען ונטען, פרק ה, הלכה יא, מסביר שהקטן חייב בתשלום אם "טענו בדבר שיש לו הנייה [=הנאה] לקטן, שאם לא יעשו להם דין, יתרחקו בני אדם ממנו, ולא ישאו ויתנו עמו. נמצא שבדין שדנים אותו, אע"פ שיחייבוהו, עושין לו הנאה". בעל גידולי תרומה, שער לו, חלק כ, סעיף ז, חולק על דעת הכסף משנה: "נראה שהבין ז"ל הך הנאה להבא, דהיינו שמחוך דין זה שיעשו לו, תמשך הנאה לעתיד. ולכאורה לא משמע הכי... נראה שההנאה היא בעניין עצמו. ודוק". במקביל למחלוקת זו חולקים מהר"ם שיק ובעל "איגרות משה" על בעל "שבות יעקב".

[131] שולחן ערוך, חו"מ, סימן צו, סעיף ה.

[132] לעיל, פרק שלישי, עמ' 20.

[133] ראה לעיל, הערה 3.

[134] בעניין זה, ראה מאמרו של א' ורהפטיג, "דמי שימוש בנכס גזול", תחומין ו (התשמ"ה), עמ' 235. וראה נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שני, פרק רביעי, לגבי משכיר נכס גזול.

[135] לעניין דינו של גזלן, שהרוויח רווח של ממש, משינוי שאירע לנכס שגזל בעת שהיה ברשותו, כגון: "כִּבשׂה שהיתה מעוברת בשעת גניבה וילדה", ראה: שולחן ערוך, רמ"א, חו"מ, סימן שנד, סעיף א, ונושאי הכלים, שם.

[136] בבא קמא צג ע"ב.

ולכן פטור הגזלן, דבדנפשיה עשה המלאכה [=בשלו עשה את המלאכה]"[137]. במלים אחרות, המשפט העברי קובע, ש"קנה" הגזלן את הנכס הגזול בשעת הגזלה[138]. קביעה זו באה לחייבו בתשלום שוויו של הנכס הגזול, גם אם הוזק הנכס באונס; דהיינו, היא באה להטיל על הגזלן אחריות מוחלטת. יש לציין, שבית הדין רשאי לקנוס את הגזלן במסגרת דיני העונשין, ולחייב אותו בתשלום הנאתו, אף על פי שהוא פטור מתשלום זה בדיני ממונות[139]. כאשר הנאתו כרוכה בהפחתת ערכם של המיטלטלין[140], יש אף שיטות המחייבות את הגזלן בתשלום ההנאה לנגזל מעיקר הדין[141].

ר' יוסף קארו[142], משווה את דינו של גזלן, שהשכיר נכס גזול, לדינו של גזלן, שהשתמש בעצמו בנכס; "מה לי עשה מלאכה בעצמו, מה לי השכיר לאחר"[143]. לעומתו,

[137] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ג; רמ"א, חו"מ, סימן שעא, סעיף ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז; חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כ, סעיף ה.

[138] כהסבר זה, על פיו גזלן פטור מדאורייתא מתשלום הנאתו, כותבים: הר"ר ישעיה, בשיטה מקובצת לבבא קמא כ ע"א, ד"ה לא צריכא; קרית ספר, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג; ש"ך, חו"מ, סימן שסג, ס"ק ח, על יסוד דברי הטור והרמ"א, חו"מ, סימן שעא, סעיף ב; נתיבות המשפט, סימן שסג, ס"ק ד; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח; אור שמח, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ח; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שסג, סעיף יא; ר' שמעון שקאפ, חידושי רבי שמעון יהודא הכהן, בבא קמא סימן כ; ר' י"ז גוסטמאן, קונטרס שיעורים, מסכתא בבא קמא, שיעור כ. הסמ"ע, חו"מ, סימן שסג, ס"ק יג, שלא כדיעות אלו, מפרש שהגזלן פטור מתשלום הנאתו משום "תקנת השבים" (על מושג זה, ראה להלן, ליד ציון הערה 176). ו־ראה "דברי משפט", שם, הכותב ששיטת הסמ"ע סותרת את דברי הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ב, הלכה ב, והשולחן ערוך, חו"מ, סימן שנד, סעיף א, הקובעים שתקנת השבים עשויה לפטור גזלן מתשלום רק לאחר ייאוש בעלים (אך נראה מלשון הסמ"ע שהסברו מוגבל לרמ"א החולק בחו"מ, סימן שנד, סעיף א, על הרמב"ם והשולחן ערוך). שו"ת חבצלת השרון, חלק ב, חו"מ, סימן כט, דף כג, טור ג, ד"ה וא"כ, שואל גם הוא שאלה זו על הסמ"ע ומיישבה על דרך הפלפול. הוא מציין את הט"ז לחושן משפט, סימן שסג, סעיף ה, הר"ר יהונתן בשיטה מקובצת לבבא קמא צו ע"ב, ד"ה כרב בהו, ושלטי גיבורים, בבא קמא לג ע"ב בדפי הרי"ף, אות א, כשותפים לדעתו של הסמ"ע. אולם דבריו תמוהים; המקורות שהוא מציין נזקקים לתקנת השבים לפטור גזלן מחובת השבה כשהוא מחזיק בעין את ממונו של הנגזל, שניתוסף לנכס הגזול בעת שהיה מוחזק ברשות הגזלן (הר"ר יהונתן בשיטה מקובצת דן בגזלן שחרש בפרה גזולה, ועל פי מנהג המקום היה הנגזל זכאי לחלק מהיבול; וראה להלן, דבריו על סעיף 3). לעומתם, הסמ"ע נזקק לתקנת השבים לפטור את הגזלן מתשלום הנאה. לדברים אלה השווה: נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שני, פרק רביעי, עמ' 50–52.

[139] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ג; לסמכותו הכללית של בית הדין לנקוט אמצעי ענישה, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן ב. ראה באר אליהו, סימן א, סוף ס"ק כה; לדבריו רשאי בית דין "לפתות או להוסיף ע"פ פרצתו של הגזלן".

[140] המדובר בהפחתה שאין בה כדי לשנות את המיטלטלין שינוי הפוטר את הגנב מהשבתם בעין, ומחייבו רק בתשלום כספי בשווים. ועיין: חזון איש, בבא קמא, סימן כ, סעיף ה.

[141] סמ"ע, חו"מ, סימן שסג, ס"ק ח; חידושי רבי שמעון יהודא הכהן (שקאפ), בבא קמא, סימן כ, סעיף א: "דמה שגזלן פטור מתשלומין הוא רק משום דבשלו משתמש, לפי זה, אם מכחיש קצת את גוף הדבר הנגזל, דבגוף החפץ אין לו שום זכות להכחישו... משום הכי [=משום כך] מה שנהנה מחסרון זה ודאי חייב, דהרי נהנה מממון חבירו, ולא עדיף משאר אדם". דעה זו אינה כדעת נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד, ושו"ת עמודי א"ש, דף סו. והשווה: פרידמן, סעיף 284.

[142] בית יוסף, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה. ועיין: שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסה. וראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורה ג, חלק ג, סימן כג.

[143] מתוך דבריו נראה, שר' יוסף קארו אינו פוטר את הגזלן במקרה זה מכוח תקנת השבים, אלא מעיקר הדין, וראה "דברי משפט", שצוין לעיל בהערה 138.

nevo.co.il

הרמ"א[144] פוסק, שגזלן שהשכיר את הגזלה[145] אינו זכאי לגבות את דמי השכירות מהשוכר, והוא חייב להשיבם לבעל הנכס[146]. הרמ"א מבחין בין דמי השכירות להנאה שמפיק הגזלן מהנכס הגזול. מי ששוכר נכס, מתחייב לשלם לבעל הנכס בלבד, ויוצר אתו יריבות ישירה, גם אם כל מגעיו היו עם הגזלן, וגם אם הוא סבור, שהגזלן הוא בעל הנכס, זאת על פי הכלל: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?"[147].

יש להעיר, שהגוזל מקרקעין מחברו, אין דיני גזלה חלים עליו[148], וזאת בהתאם לכלל התלמודי: "קרקע אינה נגזלת". לכן, כל "היכא דאיתא, ברשותא דמריה איתא [=כל מקום שהיא נמצאת, ברשות בעליה עומדת]", ואין המקרקעין נחשבים כברשותו של הגזלן. ממילא אם נהנה הגזלן מהמקרקעין הגזולים, הוא יהיה חייב לשלם לבעל המקרקעין על פי הכללים המחייבים כל אדם לשלם עבור הנאה שקיבל מזולתו שלא על פי זכות שבדין[149].

פרק שישי

המזכה — "מאדם אחר" ("ממון שאין לו תובעין")

החוק מחייב את הזוכה בהשבה, כאשר קיבל "מאדם אחר" זכייה שלא על פי זכות שבדין. על פי חוק הפרשנות[150], "מקום שמדובר באדם, אף חבר בני אדם במשמע, בין שהוא תאגיד בין שאינו תאגיד". מכאן, שעל פי החוק, אם קיבל אדם זכייה מחבר בני אדם, הוא יהיה חייב בהשבה, וזאת אפילו אם אינם מאוגדים. במשפט העברי יש מושג שאינו מקובל בתפישה המשפטית הנהוגה, והוא: "ממון שאין לו תובעין". מדובר בכסף השייך לקבוצת בני אדם, ואף לא אחד מהם אינו יכול להוכיח את זכויותיו עליו. כך הוא המצב לדוגמה, לפי רוב הראשונים[151], בקופה של צדקה. הכסף שבקופה שייך לעניים, אך אין אף עני היכול להוכיח שהוא היה זוכה בכסף שבקופה. כמו כן, אין זה נכון, שכל העניים שבעולם שותפים בכסף זה, מכיוון שנאמן הקופה מוסמך לחלק את הכסף

[144] רמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה. מקורו ברמ"ה, מובא בטור חו"מ, סימן שסג, סעיף ה.

[145] כשעמדה גזלה זו להשכרה, טור ורמ"א, שם.

[146] עיין: נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שני, פרק רביעי, עמ' 50, ושם בהערה 40, המפנה לשיטת שלטי הגיבורים לרי"ף, בבא מציעא, פרק ה (לו ע"א בדפי הרי"ף), לפיה דין זה אינו אמור אלא אם כן עדיין לא שולמו דמי השכירות. ואולם, ראה בהערה הבאה.

[147] בבא מציעא לה ע"ב; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק יב; וסימן שעה, ס"ק יח; ועיין לעיל, הערה 97, בדברי הרשב"א והריטב"א למשנה. וראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שסג, סעיף יא, שכתב: "ואחר ששכרה, הוי כשכרה מבעליה"; וכן ראה: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כ, סעיף ה. הט"ז לחושן משפט, סימן שסג, סעיף ה, ד"ה ואם שכרו, מסביר שהרמ"א אינו פוטר את הגזלן מהשבה מטעם תקנת השבים (השווה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסב, סעיף ב). משום שהגזלן "גוזל גזילה אחרת בשעה שלוקח השכר [=דמי השכירות]. ואולם, ראה בנושאי הכלים של השולחן ערוך, חו"מ, סימן שנד, סעיף א, שחלקם מסבירים את דברי הרמ"א שם, בלא להיזקק לתקנת השבים.

[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 ו.

[150] סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

[151] מאירי לחולין קל ע"ב; ר"ן לחולין קל ע"ב, מד ע"ב בדפי הרי"ף; שו"ת חוות יאיר, סימן קצט.

לפי ראות עיניו. אמנם הריטב"א[152] חולק על דעה זו, וסובר שהעניים שותפים בכסף, ברם דעתו היא דעת מיעוט.

הדין הוא, שמי שנהנה מ"ממון שאין לו תובעין" – ואין בדבר משום הגדלת רכושו – פטור מתשלום[153] משום שאין מי שיוכל לתבוע אותו. לדוגמה, על אף החובה המוטלת על כל יהודי לתת תרומות ומעשרות לכוהן וללוי, דינן של התרומות והמעשרות כ"ממון שאין לו תובעין", והנהנה מהם פטור מתשלום. תרומות אלה הן בגדר "ממון שאין לו תובעין", משום שהבעלים זכאי להחליט למי למסור אותם, ואין לכוהן או ללוי מסוים זכות לתבעם מהבעלים.

השולחן ערוך[154] פוסק, ש"מי שהפקידו אצלו מעות עניים... ופשע בהם ונגנבו – פטור, והרי הוא ממון שאין לו תובעין". והרמ"א מוסיף[155]: "אם הגבאי אמר לשומר: 'שמור לי', חייב כשאר שומר", ומסביר הגאון מוילנא[156]: "דממון שיש לו תובעין הוא".

האחרונים נחלקו בפירוש דברי הרמ"א. שיטה אחת[157] מבחינה בין גזבר המועל במעות עניים לבין אדם אחר הנהנה ממעות אלו. לגבי הגזבר מעות אלו הם בגדר "ממון שאין לו תובעין", שהרי הוא יכול לחלק אותם למי שירצה; ואילו לגבי אדם אחר דינן של מעות אלו כ"ממון שיש לו תובעין" – הגזבר – וכאילו כבר חילק אותם הגזבר לעניים.

לפי שיטה אחרת[158] מעות עניים הן "ממון שאין לו תובעין" לא רק לגבי הגזבר אלא גם לגבי שאר בני אדם. הסבר פסקו של הרמ"א לשיטה זו הוא, שאם מסר הגזבר את המעות לשומר, והתחייב השומר בשמירתם לגזבר, הרי קיבל על עצמו אחריות כלפי הגזבר, והוא חייב בתשלום, אם פשע. במקרה זה, חיובו נובע מהתחייבותו של השומר כלפי הגזבר, ולא משום היות המעות "ממון שיש לו תובעין".

נפקות מעניינת בין שתי השיטות היא לעניין דינו של זוכה שנהנה מקרנות צדקה או מקרנות אחרים המנוהלים לטובת אנשים או גופים לא מסוימים[159]: לשיטה הראשונה, הזוכה חייב בתשלום הנאתו; לשיטה השנייה, חייב רק "לצאת ידי שמים"[160].

---

[152] הריטב"א לחולין קל ע"ב, ד"ה אלא.

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

[154] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שא, סעיף ו.

[155] רמ"א, חו"מ, סימן שא, סעיף ו.

[156] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שא, ס"ק ב.

[157] נתיבות המשפט, סימן שא, ס"ק ח; לשיטה זו, פסקו של הרמ"א מנוגד לשיטת המאירי, ואולם דברי הרמ"א הם דברי המרדכי בפירושו לבבא קמא צג ע"א (פרק ח, סימן קא), והמאירי לבבא קמא, שם, פוסק אף הוא כמרדכי; עיין חוות דעת ליורה דעה, סימן קט, ס"ק י.

[158] ש"ך, חו"מ, סימן שא, ס"ק י; נחלת צבי, סימן שא, בפירוש הש"ך; שו"ת חוות יאיר, סימן קצט.

[159] אם הגזבר חייב לחלק את הכספים לעניים מסוימים, הכסף נידון כממון שיש לו תובעים. ראה: שולחן ערוך, שם. חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, קובע בסעיף 41(א): "לגבי הקדש דתי, שנוסד כפני בית דין דתי על פי הדין הדתי, רשאי בית הדין הדתי להורות, שהוראות חוק זה בענין יצירת הקדש ובענין ניהולו הפנימי לא יחולו עליו".

[160] לעיל, הערה 153.

nevo.co.il

סעיף 1(א): חובת ההשבה

יש לציין, שאם הזוכה מחזיק "בממון שאין לו תובעין", או בתחליפו בעין, או שהפיק רווח מ"ממון שאין לו תובעין", כגון מעשרות או צדקה, יהיה חייב בהשבת הזכייה, וזאת משום שאף על פי שאין תובעים, "בית דין כופין אותו משום מצוַת הפרשה [הפרשת תרומות ומעשרות]", או משום מצוות צדקה[161]. כפי שראינו לעיל[162], דין אחד לממון בעין, לתחליפיו, ולרווחים היוצאים ממנו.

פרק שביעי

ההשבה — "חייב להשיב למזכה את הזכייה"

א. הוצאות ההשבה

סעיף 1(א) לחוק קובע, שהזוכה חייב להשיב את הזכייה למזכה, אלא שהחוק אינו משיב לשאלה: מי ישא בהוצאות ההשבה, כאשר פעולת ההשבה כרוכה בטרחה או בתשלום?

חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969[163], קובע שבעל מקרקעין רשאי לדרוש סילוקם של מחוברים שהוקמו על מקרקעיו בלא רשותו, והוצאות הסילוק הן על המקים. עיקרון זה מקובל גם במשפט העברי[164]. המשפט העברי אף מישם עיקרון זה, כשהשביח אדם את מיטלטלי חברו בלא רשותו[165].

מכאן ניתן להסיק, שאם הזוכה מחזיק בנכסי המזכה בעין, גם המשפט העברי וגם המשפט הישראלי לא היו מחייבים את הזוכה בתשלום הוצאות ההשבה, אם יזם המזכה את הזכייה. אם המזכה, או גורם שלישי, יזם את הזכייה, הוצאות ההשבה אינן חלות על הזוכה[166], אולם אם הזוכה אינו דורש את סילוק הזכייה, והוא מעוניין בקיומה, יהיה עליו לשלם תמורתה למזכה[167].

אם יזם הזוכה את הזכייה במכוון, והוא מחזיק בנכסי המזכה בעין, אין ספק שהוצאות ההשבה חלות עליו, שכן דינו כדין גזלן.

---

161 ש"ך, יורה דעה, סימן סא, ס"ק יז. וראה: חולין קלא ע"א, בדין מי שאנס המלך את גרנו; שערי יושר, שער ג, פרק כה. ועיין ר"ן לחולין קלא ע"א (מד ע"ב בדפי הרי"ף), הכותב שגם אם הדוויח מנכס שאין לו תובעין, אם שינה את הנכס בכוונה לבטל את מצוותו, פטור מתשלום לכוהן. וראה: ערוך השולחן, יורה דעה, סימן סא, סעיפים מט-נא; קצות החושן, סימן קז, ס"ק ו. נתיבות המשפט, שם, ס"ק ז, פוסק שאין נפקא מינה לכך שהזוכה "הפקיע מצוותו", כשהוא חייב גם חיוב ממוני, ומחזיק את ממון חברו בידו. למחלוקות אלו אין נגיעה לדין ערוך השולחן (חו"מ, סימן שמט, סעיף א, וראה לעיל, הערה 31 והערה 122), מכיוון שלא מוטלת על קטן מצוות השבת הגזלה ואף לא השבת הממון שאינו שלו, ותביעת הנגזל היא לבית הדין להשיב לו את נכסיו. השווה: פרידמן, סעיף 34.

162 ראה לעיל, ליד ציון הערה 31.

163 חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פרק ד.

164 רמ"ה, מובא בטור חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

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

166 במקרים אלה, המזכה אמנם זכאי להשבה, מכיוון שממונו נמצא ברשות הזוכה. אך דבר זה אינו מחייב את הזוכה במימון פעולת ההשבה, עיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קסח, סעיף א.

167 כדין קונה. ועיין להלן, בדיוננו על סעיף 1(ב); וכן עיין בדיוננו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, להלן עמ' 176. וראה להלן, ליד ציון הערה 187, שיש שהזוכה אינו רשאי לדרוש את סילוק הזכייה.

נחלקו הפוסקים בדינו של זוכה שיזם את הזכייה שלא במכוון, כגון שנטל נכסיו של חברו בטעות. השיטה המקובלת אצל הרבה מן הפוסקים היא[168], שהנוטל אינו גזלן, ואין חלים עליו דיני גזלה. לדעתם, אין לחייב את הזוכה לשאת בהוצאות השבת הנכסים מדין חובת ההשבה, החלה על הגזלן[169]. (יחד עם זאת, לשיטתו של השולחן ערוך[170], שכל מזיק שהזיק בהרחקת נכסים מבעליהם, חייב בהוצאת השבתם, הזוכה יהיה חייב לשאת בהוצאת השבת הנכסים למזכה מדיני נזיקין. לעומתו, הרמ"א[171] סובר, שכל מזיק שהזיק בהרחקת נכסים מבעליהם, פטור מתשלומי נזיקין, מכיוון שהנזק שגרם הוא רק נזק עקיף. אולם דעת אחד הפוסקים[172] היא, שגם הרמ"א היה מחייב את הזוכה בהוצאות ההשבה מדיני נזיקין, במקרים שבהם לא הכיר הזוכה בטעותו בעצמו, והמזכה היה צריך לתבוע אותו לדין ולהוכיח שהנכסים שלקח הזוכה הם באמת של המזכה. במקרים אלה, הנזק שנגרם למזכה לא הסתכם בהרחקת הנכסים ממנו, והזוכה נידון כאילו הזיק לגוף הנכסים).

כאמור, עמדה זו אינה מוסכמת על הכול. יש דעות[173] הקובעות, שכללי גזלה חלים גם על מי שנוטל את נכסי חברו בטעות, וככל גזלן הוא חייב לשאת בהוצאות השבת הנכסים שגזל. הנוקטים בשיטה זו מציינים, שחובה זו חלה על הזוכה, רק אם התכוון בשעת הנטילה לרכוש אותם לעצמו, כגון שנטל את הנכסים, משום שחשב בטעות שהם הפקר, או שקיבל תשלום בטעות. ברם, אם בשעת נטילתם היה סבור, שנכסים אלה היו שלו מלפני זמן, ולא התכוון לזכות בהם בנטילתם, גם בעלי דעה זו קובעים, שדיני גזלן אינם חלים עליו. ויש שיטה אחרת[174], ולפיה הנוטל נכסי חברו בטעות, אינו חייב להשיבם כדין גזלן, אלא אם נבעה טעותו מפשיעה.

ב. השבה בעין והשבת התמורה

החוק[175] מאפשר לזוכה להשיב את תמורת הזכייה למזכה, כאשר השבת הזכייה בעין אינה אפשרית, או אינה סבירה. עיקרון זה מקובל גם במשפט העברי, בהגבלות מסוימות.

עקרונית, הגזלן חייב להחזיר לנגזל את החפץ שגזל ממנו[176], אלא שתיקנו חכמים, שהוא רשאי לפצות את הנגזל בכסף, אם החזרת החפץ הגזול כרוכה בהפסד לא סביר לגזלן, וכך נאמר במשנה[177]: "העיד רבי יוחנן גודגדא... על המריש [=קורה][178] הגזול

[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 דעה, סימן קעז, ס"ק מא; ט"ז, שם, ס"ק לח; חוות דעת, שם, ס"ק כז; הרא"ש, כלל צג, סימן ב; טור חו"מ, סימן עב, סעיף כז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן עב, סעיף לג; וכן נראה מלשון הרמב"ם בהלכות גזלה ואבידה, פרק ה, הלכה ד: "מי שעבר ואכל גזלה".

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

[170] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שפו, סעיף א.

[171] רמ"א, חו"מ, סימן שפו, סעיף ג.

[172] אמרי בינה, חלק ב, סימן לט.

[173] מחנה אפרים, הלכות גזלה, 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 ככא דתריסר.

[175] הסיפא של סעיף 1 לחוק.

[176] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שס, סעיף א.

[177] משנה, גיטין ה, ה; נה ע"א.

[178] רש"י, גיטין שם, ד"ה מריש.

שבנאו בבירה [=בית גדול][179], שיטול את דמיו, מפני תקנת השבים". בנידון זה נחלקו בית שמאי ובית היללי[180]: "תנו רבנן: גזל מריש ובנאו בבירה, בית שמאי אומרים: מקעקע כל הבירה כולה, ומחזיר מריש. ובית הלל אומרים: אין לו אלא דמי מריש בלבד, משום תקנת השבים", ונפסקה הלכה כבית היללי[181].

רש"י[182] מסביר, שתיקנו חכמים, שהגזלן רשאי לפצות את הנגזל בכסף, שאם היו מחייבים אותו להרוס את ביתו ולהשיב את הקורה, "ימנע מלעשות תשובה". המבי"ט[183] קובע, שהעיקרון המאפשר לזוכה להשיב תמורה כספית, כשהשבת הזכייה אינה סבירה, חל גם על זוכה שאינו רשע. לכן, המסיג את גבול חברו שלא בכוונה, "שהבנאים הכניסו חצי אמה מקרקע חברו שלא מדעתו", חייב רק בתשלום פיצוי כספי[184].

יש לציין, שהתקנה חלה רק על המקרים שבהם ההפסד לזוכה מהשבת זכייתו, נובע מכך שקבע את הנכס שזכה בו, לתוך מערכת גדולה יותר, כגון קורה שבנאה בבית. אם השבת הזכייה כרוכה בהוצאות רבות לזוכה, אך ההפסד אינו נובע מקביעת הזכייה לתוך מערכת גדולה יותר, העלולה ליהרס בעת הוצאת הזכייה, אין לפטור את הזוכה מהשבת הנכס בעין[185]. לכן, גם אם השבת הנכס כרוכה בתשלומי הובלה, אין הזוכה יכול לפטור את עצמו, על יסוד תקנת השבים, מחובת השבת הנכס בעין[186].

אם זכה הזוכה בנכס ביזמת המזכה, שפעל לטובתו, והשבת הנכס בעין עלולה להזיק לנכס, דעתו של אחד הפוסקים היא, שהזוכה אינו רשאי לסלק את הנכס, והוא חייב לשלם תמורתו[187].

[179] רש"י, שם, ד"ה בירה.

[180] ברייתא, גיטין נה ע"א.

[181] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שס, סעיף ב.

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

[183] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קמג, המובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שס, ס"ק א.

[184] משנה למלך, הלכות גנבה, פרק ו, הלכה א, חולק על פסקו של המבי"ט. מחלוקתו מוגבלת לגזלת קרקע "דלא עשו תקנת השבים בקרקע".

[185] עיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שס, סעיף א, אם בנאו לתוך בניין ארעי, חייב הגזלן בהחזרת הנכס בעין, אף על פי שיש להניח, שגם פירוקו של בניין ארעי כרוך בהוצאות.

[186] כך היא גם דעת המחייבים אדם בהצלת ממון חברו מדין "השבת אבדה", אף כשהצלה זו כרוכה בהפסדו, ובלבד שהזוכה מוכן לפצות את המציל 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 לכאורה, שעל המזכה חלה החובה לוותר על קבלת הנכס עצמו, ולהסתפק בקבלת פיצוי כספי תמורתו, כדי להציל את הזוכה מההוצאות הכרוכות בהשבת הנכס בעין. אך כאמור, אף לשיטות אלו, הזוכה חייב בהשבת הזכייה בעין, אם הפסדו בהשבתה נובע מהוצאות ההשבה החלות עליו על פי דין. מצוות "השבת אבדה" אינה מחייבת אדם להציל את חברו מתשלום שהוא חייב בו על פי דין (נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג). רק כשהפסדו של הזוכה בהשבת הזכייה נובע מהינזקות נכס אחר שכבעלותו, כתוצאה מההשבה, הזוכה יהיה פטור מהשבה בעין של נכס המזכה (שער משפט, סימן שס, ס"ק א). ראה להלן דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, עמ' 183-184. והשווה: פרידמן, סעיף 512.

[187] נתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ז; שם, סימן שעה, ס"ק ב. לגובה התשלום, ולנסיבות אחרות שהזוכה אינו רשאי לדרוש את סילוק הזכייה, ראה להלן בדיוננו לסעיף 1(ב) – יוזם הזכייה.

nevo.co.il

סעיף 1(ב)

יוזם הזכייה

חובת ההשבה

1. (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 37

פרק שני: זכייה ביזמת המזכה — "מפעולת המזכה" 37

א. מבוא — זכייה הניתנת לסילוק ושאינה ניתנת לסילוק 37

ב. שיעור התשלום מתוך בחינת כוונות המזכה והזוכה 39

1. בחינת כוונת המזכה 40

2. בחינת רצונו המשוער של הזוכה 42

פרק שלישי: זכייה ביזמת גורם שלישי — "או בדרך אחרת" 46

א. מבוא — זכייה הניתנת לסילוק ושאינה ניתנת לסילוק 46

ב. שיעור התשלום מתוך בחינת סוג הזכייה 47

1. זכייה שיש עמה רווח 47

2. זכייה שאין עמה רווח 48

פרק רביעי: סיכום 49

nevo.co.il

פרק ראשון

מבוא

דיוננו על סעיף 1(א) יוחד לזכייה ביזמת הזוכה; דיוננו על סעיף 1(ב) יוקדש לחובת הזוכה כלפי המזכה, כאשר הזוכה לא יזם את הזכייה כלל. זכייה שלא ביזמת הזוכה היא זכייה שהגיעה לזוכה באחד משני אופנים אלה:

א. זכייה ביזמת המזכה; נסיבות זכייה זו עשויות להיות תוצאה של שלושה דברים: טעות מצד המזכה; פעולת המזכה לתועלת עצמו, שכרוכה בה בעקיפין זכייה לזוכה; רצונו של המזכה להיטיב לזוכה תמורת תשלום.

ב. זכייה ביזמת גורם שלישי. אדם שלישי זיכה את הזוכה בזכייה מתוך רכושו של המזכה, בלא שקיבל את הסכמת המזכה, או שגורם טבעי, כגון שיטפון, או רוח, גרם לזכייה.

על פי הסעיף: "אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת". כלומר, המחוקק אינו מבחין בין אופני הזכייה; בין הזכייה היא ביזמת הזוכה, ובין היא ביזמת המזכה או גורם אחר, יחויב הזוכה בהשבתה, או בתשלום שוויה למזכה.

יחד עם זאת, בית המשפט רשאי להבחין בין אופנים שונים של זכייה; סעיף 2 לחוק קובע, שבית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, "אם ראה נסיבות... העושות את ההשבה בלתי צודקת". במשפט העברי נעשו הבחנות רבות בין אופני הזכייה השונים, האמורים לעיל, ויש בהן להדריך את בית המשפט בבואו להפעיל את שיקול דעתו על פי סעיף 2. נדון בהבחנות אלו בהמשך, אך כבר עתה נקדים ונאמר, שהעובדה שהזכייה באה מיזמתו של המזכה או מגורם שלישי, ולא מיזמת הזוכה, אינה כשלעצמה סיבה לפטור.

פרק שני

זכייה ביזמת המזכה — "מפעולת המזכה"

א. מבוא — זכייה הניתנת לסילוק ושאינה ניתנת לסילוק

בסוגיה של זכייה ביזמת המזכה, יש לחלק את הדיון לשני סוגי זכיות: זכייה הניתנת לסילוק; וזכייה שאינה ניתנת לסילוק.

בעיקרון, בזכייה שניתן לסלקה פיזית, כגון נכס מיטלטל שהוכנס לרשות הזוכה על ידי המזכה, הזוכה זכאי לתבוע סילוק על חשבון המזכה[1], והמזכה רשאי לסלקו בלא הסכמת

[1] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

הזוכה. כאשר הזוכה והמזכה גם יחד רשאים כל אחד לסלק או לדרוש את סילוק הזכייה בלא הסכמת הצד השני, אין צורך בקביעה משפטית בדבר התמורה שתשולם עבור בקשת אחד הצדדים (או שניהם) להשאיר את הזכייה. במקרה זה, יקבעו הצדדים את גובה התמורה בהסכם ביניהם.

לעומת זכיות אלה, יש זכיות שאינן ניתנות לסילוק מבחינה פיזית, כגון שהאכיל המזכה את בהמת הזוכה, או רחץ את מכוניתו, או ליטש את יהלומו. אף יש מי שקובע[2], שאם סילוק הזכייה על ידי הזוכה כרוך בהכרח בקלקולה, יש לראות בה זכייה שאינה ניתנת לסילוק פיזית. להלן נראה, שגם כשזכייה ניתנת לסילוק מבחינה פיזית, יש והדין אוסר את הסילוק. במקרים אלה, שבהם הזוכה או המזכה אינם יכולים, לסלק את הזכייה, או אינם רשאים, יקבע השופט את התשלום שישלם הזוכה למזכה.

להלן חמישה מקרים שבהם אחד הצדדים אינו רשאי לסלק את הזכייה בלא הסכמת הצד השני, אף על פי שהזכייה ניתנת לסילוק פיזית. בשלושת המקרים הראשונים מנוע הזוכה, ובשני המקרים האחרים מנוע המזכה.

הזוכה אינו רשאי לדרוש את סילוק הזכייה בנסיבות הללו:

א. המזכה פעל מתוך כוונה להעביר את הזכייה לבעלות הזוכה תמורת תשלום, ומצד הזוכה מתקיימים שני תנאים מצטברים: הזכייה נחוצה לו; יש לו יכולת לשלם את תמורתה "ללא קיפוח פרנסתו"[3]. כששני התנאים האלה מתקיימים, רואים את הזוכה כמי שרכש בעלות בזכייה כבר בשעת העברתה לרשותו, ועל כן הוא אינו רשאי לדרוש מהמזכה, שיסלק אותה[4]. כך, למשל, אם הועף גג ביתו של הזוכה, והרכיב לו המזכה גג חדש, מבלי שנתבקש לכך, כשברעתו לדרוש תשלום תמורתו. הזוכה אינו רשאי לדרוש מהמזכה לפרק את הגג, משום שהמזכה פעל מתוך כוונה להעביר לזוכה את הבעלות על הגג החדש תמורת תשלום, והרכבתו של הגג החדש היא דבר נחוץ. אם יוכיח הזוכה, שהוא אינו מסוגל לעמוד בהוצאה, יהיה זכאי לדרוש את סילוק הגג, ולהיפטר מתשלום עבורו.

ב. המזכה פעל בתוך תחומו, והזוכה נהנה בעקיפין מפעולתו[5]. ברור שגם במקרה זה אין הזוכה יכול לדרוש מהמזכה, שיסלק את מקור הזכייה, שהרי פעל בתחומו. דוגמה לכך היא גידור שדות הזוכה (המוקפים על ידי שדות המזכה), כתוצאת לוואי של גידור שדות המזכה[6].

ג. סילוק הזכייה כרוך בהכרח בקלקולה[7].

[2] נתיבות המשפט, סימן שו, 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] רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג.

[4] רא"ש, שם; שולחן ערוך ורמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; וסמ"ע, שם, ס"ק יד; מדובר בהעברת הזכייה לחצר המשתמרת. נבהיר שבמקרה זה גם המזכה אינו רשאי לסלק את הזכייה. ראה להלן, ליד ציון הערה 9, שאין צורך בקיום כל התנאים האמורים כאן, כדי שהמזכה לא יהיה רשאי לסלק את הזכייה, שכן גם אם הזכייה אינה נחוצה לזוכה, אלא שהסכים לשלם עבורה, זה עצמו מספיק לאסור על המזכה לסלקה.

[5] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קנח, סעיף ו; וראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק ח, הכותב שהניקף אינו זכאי לתבוע את סילוק הגדר, משום שהמקיף הוא כעין שותף. הסבר זה נחרץ רק אם הוקמה הגדר בין המקיף לניקף, כשחלקה על מקרקעי הניקף.

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

[7] ראה לעיל, הערה 2, משם עולה, שהדבר אינו מוסכם על הכול.

nevo.co.il

במקרים הבאים המזכה אינו רשאי לסלק את הזכייה בלא הסכמת הזוכה:

ד. יש בסילוקה של הזכייה משום הפסד לזוכה לעומת מצבו קודם הזכייה. וזה לשון השולחן ערוך[8]: "אם אמר [הנוטע אילן בשדה חברו שלא ברשות]: הריני עוקר אילני, אין שומעין לו, מפני שמכחיש הארץ".

ה. המזכה יזם את הזכייה מתוך כוונה להעבירה לזוכה תמורת תשלום שוויה, והזוכה הסכים לשלם את שוויה המלא, אף על פי שהזכייה אינה נחוצה לו. במקרה זה, רכש הזוכה את הזכייה מכוח הסכמתו, וממילא אין המזכה יכול לסלקה בלא הסכמתו[9].

כאמור, ייתכן שהזכייה אינה ניתנת לסילוק פיזית, אולם גם כאשר לא ניתן להסיר את הזכייה מנכסי הזוכה פיזית[10], יש לציין, שהזוכה רשאי לתבוע מהמזכה, שיחזיר את המצב לקדמותו, על ידי רכישת הנכס המשופר, למשל היהלום המלוטש, לפי שוויו ערב הזכייה[11]. פתרון זה מקביל לסילוק הזכייה על ידי הזוכה, מכיוון שנשאר בידו כסף בשווי נכסיו לפני הזכייה[12]. אם אין למזכה כסף לרכוש את נכסיו של הזוכה, מוכר בית הדין את הנכס בתוספת הזכייה, והתמורה המתקבלת מתחלקת בין הזוכה למזכה – הזוכה מקבל את שווי נכסיו לפני הזכייה, והמזכה מקבל את הסכום הנותר[13]. אם לא הוסיפה פעולת הזכייה לערכם של נכסי הזוכה – כך הוא המצב לדוגמה ברחיצת מכונית ובהאכלת בהמה – אין הזוכה רשאי לתבוע מהמזכה לרכוש את הנכס או לדרוש את מכירתו על ידי בית הדין. בנסיבות אלו, סילוק הזכייה אינו אפשרי. במלים אחרות, זכייה שיש עמה רווח דינה כזכייה שהזוכה יכול לסלקה. רק אם הזוכה בוחר שלא לדרוש את רכישת הנכס המשופר, מתערב השופט, וקובע את גובה התשלום למזכה.

משהגדרנו את הנסיבות שבהן הזכייה אינה ניתנת לסילוק על ידי אחד הצדדים (או על ידי שניהם גם יחד), נעבור לשאלת שיעור ההשבה שעל הזוכה לשלם למזכה, בנסיבות אלה, תמורת הזכייה שזכה בה.

ב. שיעור התשלום מתוך בחינת כוונות המזכה והזוכה

כאשר אחד הצדדים אינו רשאי לסלק את הזכייה, מהטעמים האמורים לעיל, והצד השני אינו מנצל את זכותו לסלקה, מתעוררת שאלת שיעור התשלום בגין הזכייה. בשאלה זו יש לדון משני היבטים: מצד המזכה, השאלה היא: מה הן זכויותיו של "אדם המיטיב עם חברו מבלי שנתבקש לכך"? – מי שמוגדר במשפט האנגלי כ"מתנדב"[14]; ומצד הזוכה, השאלה היא: מהו היקף חובת ההשבה של זוכה, שקיבל זכייה 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 במפורט, בדברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(א), להלן עמ' 171.

[10] וראה לעיל, ליד הערה 2, שיש המגדירים זכייה שסילוקה כרוך בקלקולה, כזכייה שאינה ניתנת לסילוק באופן פיזי.

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

[12] ראה קצות החושן, סימן שו, ס"ק ו, בנימוקים לשיטת הראב"ד.

[13] בעניין זה, עיין דיוננו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, להלן עמ' 170, הערה 38.

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

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

1. בחינת כוונת המזכה

קביעת החוק, שהזוכה חייב בהשבת זכייה שקיבל כתוצאה מפעולת המזכה, אינה תואמת את הכלל במשפט האנגלי, שהמזכה ביזמתו מוגדר כ"מתנדב", ואינו זכאי להשבה. "לפי הדין האנגלי, אדם המשפר נכס חברו מבלי שנתבקש לעשות זאת אינו זכאי לתשלום... אף אם ערך הנכס עלה עקב כך... העיקרון השולל ממתנדב את שכרו הינו עיקרון רחב, והוא חל גם במקרים בהם קיימות נסיבות שגרמו למתנדב להוציא הוצאות לטובת חברו"[15].

לעומת המשפט האנגלי, קובע הסעיף שבפנינו, שהמזכה ביזמתו זכאי להשבת הזכייה או שוויה, והוראות סעיף 1(א) חלות על הזוכה מפעולת מזכה זה, כפי שהן חלות על הזוכה ביזמת עצמו. הזוכה חייב בכל מקרה בתשלום שוויה של הזכייה שזכה בה. עיקרון זה עומד לכאורה[16] גם ביסוד קביעת חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, בנושא מיטלטלין מעורבבים של שני בעלים, שלפיה אין מבחינים בין מיטלטלין שנתערבבו ביזמת אחד הבעלים, לבין מיטלטלין שנתערבבו על ידי גורם שלישי, והרוכש בעלות במיטלטלין המעורבבים חייב לשלם את שווי זכייתו לחברו[17].

אולם, החוק הישראלי קובע, שיש מקרים שבהם המזכה מקבל פיצוי הנמוך משווי הזכייה, שזיכה בה את זולתו. למשל, על פי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969[18], אם הקים אדם מחוברים במקרקעי חברו בלא רשות בעל המקרקעין, רשאי בעל המקרקעין להחליט להשאיר את המחוברים ברשותו, ואם עשה כן, עליו "לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם", גם כשהשקעה זו נמוכה מהמחיר שהיה עליו לשלם, אילו הזמין את הקמת המחוברים אצל קבלן. בלשון אחרת, הוא משלם את הוצאות המזכה ולא את שווי זכייתו[19]. גם סעיף 4 וסעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, העוסקים במקרים מיוחדים של המזכה ביזמתו, מדברים רק על החזר הוצאות[20].

מן האמור לעיל עולה, שיש אי אחידות בגישת החוק לשאלת התשלום המגיע למי שזיכה את חברו מיזמתו. אמנם, החוק התרחק מעמדתו של המשפט האנגלי, ששלל תשלום כל שהוא ל"מתנדב", אך הוא לא קבע גישה חלופית אחידה.

המשפט העברי אינו רואה בעובדה שהמזכה פעל ביזמת עצמו סיבה לשלול ממנו תשלום, בין הזכייה היא בעין ובין היא טובת הנאה (שיש עמה רווח או אין עמה רווח). 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 המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 4(א).

[18] חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב).

[19] להלן, בדברינו על סעיף 3, ליד ציון הערה 4, נראה שיש הסדר דומה בחוק עשיית עושר ולא במשפט. סעיף 3 קובע, שהזוכה רשאי לנכות מן הזכייה שעליו להעביר למזכה רק את ההוצאות שהוציא או שהשקיע להשגת הזכייה. הוא אינו רשאי לנכות מן הזכייה את המחיר שהיה על המזכה לשלם לקבלן, אילו הזמין אצלו את אותה פעולה.

[20] הסבר לקביעת החוק בסעיפים אלה, ראה בדברינו על אותם הסעיפים.

nevo.co.il

מדברי הרמ"א[21]: "וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יכול [אותו חבר הזוכה] לומר: בחינם עשית עמדי, הואיל ולא צויתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו".

במשפט העברי, כמו בחוק, גובה התשלום שעל הזוכה לשלם למזכה אינו אחיד בכל המקרים. הוא יכול להיות אחד מבין שני אלה: תשלום בגובה הנאתו הסובייקטיבית, דהיינו הסכום שהיה מוכן לשלם אילו הזמין בעצמו את העבודה[22]; החזר הוצאותיו של המזכה (כולל שכר עבודתו כפועל שכיר) בלבד[23] (להלן: הוצאות). בכל מקרה, גובה התשלום לא יעלה בשום פנים על מחירה של הזכייה בשוק (שווי הזכייה), והוא עשוי גם להיות נמוך הימנה.

הבדלי תשלום אלה מושתתים על עקרונות ברורים. העיקרון המנחה הוא, שהמזכה זכאי לתשלום בגובה הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה, רק אם פעל מתוך כוונה להועיל לזוכה תמורת תשלום[24]. במקרים אחרים, המזכה יהיה זכאי רק להחזר הוצאותיו[25]. דוגמה אופיינית למזכה שלא פעל לטובת הזוכה בכוונה להועיל לו תמורת תשלום, הוא המקרה של מזכה שפעל מתוך טעות[26], כגון מי שרחץ את מכונית חברו בחשבו שהיא המכונית שלו. מקרה

[21] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

[22] בבא בתרא ה ע"א; ראה גם דברי "חזון איש", המובאים להלן, בהערה 41. השווה לדברינו בסעיף 1(א), פרק שני, עמ' 19, שם ראינו, שגם בזכייה ביזמתו הבלתי מכוונת של הזוכה, אין הוא משלם מעבר להנאתו הסובייקטיבית (אף כשחסרונו של המזכה גבוה יותר). פיצוי על חסרון מעבר להנאתו הסובייקטיבית של הזוכה, מוצדק רק כאשר יזם הזוכה במתכוון, זכייה הכרוכה בהפסד למזכה.

[23] בזכיות מיוחדות, כשההתעשרות של הזוכה נמוכה מהוצאות הכרוכות ביצירתן, שווי הזכייה אינו מוגדר כמחיר שקבלן היה דורש, אלא כהתעשרות של הזוכה. בעבודה זו לא נדון בזכיות אלה. לדיון מקיף בנושא זה, ראה דיוננו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 173.

[24] ש"ך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק ב; נתיבות המשפט, סימן קנח, ס"ק ת, וסימן קסד, ס"ק יא. עיקרון זה כבר הובא בחידושיו של הרמב"ן לתלמוד, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי קשיא לך, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

[25] דעות הפוסקים חלוקות לעניין זכותו של מזכה לפיצוי, כאשר פעל לרעת הזוכה וכתוצאה מסיכול תוכניותיו נהנה הזוכה מפעולתו. דוגמה לכך היא, אדם רכש את בית חברו מאנס גוי, שהחזיק בו בכוח הזרוע. 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 הדין אם פעל הרוכש מתוך כוונה להחזיק בבית בעצמו, אולם לאחר שרכש את הבית, הוציא הבעלים את הבית מתחת ידו בבית דין? קצות החושן, סימן רלו, ס"ק א, מחייב את הבעלים בתשלום הסכום שהיה מוכן לשלם לרוכש להוציא את הבית מידי האנס. סכום זה הוא שווי הנאתו של הבעלים. לפי שיטה זאת, מכיוון שהתברר לבסוף, שהביאה פעולת הרוכש תועלת לבעלים, ולא לרוכש עצמו, יהיה הבעלים חייב בתשלומי הנאה כדין כל זוכה הנהנה מפעולת המזכה למענו. לעומת שיטה זו, קובע נתיבות המשפט, סימן רלו, ס"ק ו, שהבעלים פטור מכל תשלום, מכיוון שפעל הרוכש מתוך כוונה להועיל לעצמו בלבד, ופעל בניגוד לטובת הזוכה, ולכן אין רואים אותו כמקור הזכייה, אף על פי שהתברר בסופו של דבר, שרק הבעלים נהנה מפעולת הרוכש. אין לחייב את הזוכה מדין "משתרשי ליה (=מרוויח בו)", מכיוון שהבית היה של הבעלים, ולא נוסף לו רכוש חדש. בעל "נתיבות המשפט" דן באפשרות לחייב את הבעלים בתשלום לרוכש שרכש את הבית מהאנס מתוך כוונה להחזיק בו בעצמו, אך לא ידע שנגזל הבית מחברו: "אפשר דבקנה בשוגג יכול [הרוכש] לומר, אלו ידעתי, הייתי עושה זה לטובתך". השווה: פרידמן, סעיף 613.

[26] אך לא כל טעות; ראה דברינו על סעיף 21(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, להלן עמ' 164, שיש שאף על פי שפעל המזכה (המקים) מתוך טעות, ההלכה רואה אותו כמי שהתחשב באפשרות שהוא טועה, והוא מתכוון לדרוש מהזוכה תשלום עבור פעולתו, אם יתברר שטעה. עיין שם בפרוטרוט.

nevo.co.il

נוסף הוא, כשפעל המזכה בתוך תחומו הוא לתועלת עצמו, ומתוך כך זיכה בעקיפין את הזוכה[27].

אולם, גם כשפעל המזכה מתוך כוונה להועיל לזוכה תמורת תשלום, לא תמיד יהיה זכאי לתשלום בגובה ההנאה הסובייקטיבית שגרם לזוכה מעבר להוצאותיו. לשם כך צריך להתמלא תנאי נוסף הקשור לבחינת רצונו המשוער של הזוכה ביחס לזכייה.

2. בחינת רצונו המשוער של הזוכה

החוק מחייב את הזוכה בהשבת הזכייה או בהשבת שוויה, בין אם הזכייה באה כתוצאה מפעולתו ובין אם היא באה כתוצאה מפעולת המזכה או בדרך אחרת. האם הייתה כוונת החוק לחייב את הזוכה בהשבה גם כשזכה בעל כורחו או שלא מדעתו[28]?

פרידמן[29] דן בעניין הבא: "ראובן, מבלי שנתבקש לכך, רוחץ את מכוניתו של שמעון, ושמעון מסרב לשלם עבור טובת ההנאה". לדבריו: "ההכרה בזכות ההשבה של התובע משמעותה יצירת זכות חדשה שבדין אצל התובע, היינו זכות לחייב את הזולת עבור שירות שלא הזמין, הכרה ב'זכות' כזו איננה צודקת, ואין להניח שהמחוקק תפץ בכך". מכאן, לדעת פרידמן, שכשזכה הזוכה בפעולת המזכה שלא מרצונו, ואין אפשרות להשיב את הזכייה בעין, יש להשתמש בסעיף 2, ולפטור את הזוכה מחובת השבת שווי הזכייה[30].

על דברי פרידמן אלה יש להעיר, שאמנם סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, מסמיך את בית המשפט לפטור את הזוכה מהשבה, כשההשבה אינה צודקת, אך החוק לא קבע כי בכל זכייה כפויה ההשבה אינה צודקת. נהפוך הוא, בסעיף 1(ב) החוק, בעיקרון, משווה זכייה ביזמת המזכה לכל זכייה אחרת[31].

זאת ועוד, חוק המיטלטלין, התשל"א-1971[32], הדן במי שנהנה הנאה כפויה, קובע: "נתחברו או נתערבבו מיטלטלין של אחד עם מיטלטלין של אחר עד שאין לזהותם או להפרידם, או שהפרדתם היתה כרוכה בנזק בלתי סביר או בהוצאות בלתי סבירות... היו מיטלטלי האחד עיקר ומיטלטלי האחר טפל, תעבור הבעלות במיטלטלין הטפלים לידי בעל המיטלטלין העיקריים, והוא חייב לשלם לחברו את הסכום שוכה בו ברכישת המיטלטלין הטפלים".

פרידמן[33] עצמו מודה, ש"חיוב זה קיים לכאורה, אפילו לגבי טובת הנאה כפויה, ואפילו

[27] ראה לעיל, ליד ציוני הערות 5-6. וראה להלן, כדיוננו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד הערה 123, שהזוכה חייב להשתתף בהוצאות המזכה, משום שזכייה זו מוגדרת כזכייה הכרוכה בחסרונו של המזכה. על גובה ההשתתפות בהוצאות, נחלקו הפוסקים. ראה שם בהמשך.

[28] אמנם, חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21, מחייב את הזוכה בתשלום למזכה (המקים) גם כשפעל בעל כורחו, אך שם עומדת לזוכה הברירה לדרוש את סילוק המחוברים במקום לשלם. שאלתנו היא: האם חובת התשלום תקפה גם כשמדובר בזכייה שאינה ניתנת לסילוק?

[29] פרידמן, סעיף 61.

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

[31] פרידמן קובע, שסעיף 1(ב) מחייב את הזוכה בתשלום רק למי שפעל לשמירת עניינו, או שפרע את חובו. קביעה זו היא בניגוד למשמעות החוק, שזכויותיו של מזכה שפרע את חובו של הזוכה, או שפעל לשמירת עניינו (סעיפים 4-5), פחותות מזכויותיו של אדם אחר, המזכה את חברו.

[32] חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 4.

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

נעשה המיזוג על ידי בעל המיטלטלין הטפלים חרף התנגדות בעל המיטלטלין העיקריים". מכאן עולה לכאורה[34], שגישת המחוקק היא, שאין זה מוצדק לפטור מכל תשלום אדם שלמעשה נהנה ממאמציו ומהשקעותיו של חברו, גם כשהדבר היה בעל כורחו.

פרידמן מצביע על כך, שאם חוק המיטלטלין מחייב זוכה לשלם גם עבור זכייה כפויה, הרי לעומתו סעיף 5(ג) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, פוטר את הזוכה מתשלום, אם התנגד לזכייתו: "אין חובת שיפוי או פיצוי לפי סעיף זה על זוכה שהתנגד לפעולה... או שהיתה לו סיבה סבירה להתנגד". בדברינו על סעיף 5(א)[35] נראה, שדינו של מי שפעל לשמירת ערכיו של חברו שונה מדינו של מזכה רגיל. חובתו של הזוכה לפצות את המזכה ששמר על ערכיו, מקורה בדיני השבת אבדה. על פי זה נבין, מדוע דחה המחוקק את הזכרת הפסקה הזו בחוק, והביאה רק בסעיף 5, ולא קבע אותה כהסתייגות לסעיף 1(ב)[36].

גישתו של המשפט העברי בסוגיית הזכייה הכפויה היא: "אין אדם כופה לעשות שדה וגינה, חצר ובתים"[37]. לכן, עקרונית, בדומה להסדר הקבוע בחוק המקרקעין, הזוכה רשאי לפטור את עצמו מתשלום זכייתו על ידי דרישה שיסלק המזכה את הזכייה על חשבונו[38]. אולם, כשהזכייה אינה ניתנת לסילוק, הזוכה חייב בתשלום, משום שעל פי תפיסת המשפט העברי, אין הצדקה שייהנה אדם חינם מהוצאותיו ומהשקעותיו של חברו[39]. רק אם הוכח,

[34] כפי שציינו לעיל, הערה 16, לדעתנו אין להשוות בין חוק המיטלטלין לחוק עשיית עושר ולא במשפט. בנקודה זו: כאשר אדם מערבב מיטלטלין שלו במיטלטלין של חברו, אין הוא מזכה את חברו בזכייה כל שהיא. חוק המיטלטלין, בסעיף 4(א), קובע עיקרון, שערבוב מיטלטלין של שני בעלים מקנה לכל אחד מהם זכות במיטלטלין המעורבבים "כל אחד בשיעור שווים ערב החיבור". על פי עיקרון זה, גם אם המיטלטלין של המערבב הם טפלים, הוא היה נשאר שותף בבעלות המיטלטלין המעורבבים לולא קביעת החוק המעביר **את הבעלות לבעל המיטלטלין העיקריים. החוק – ולא "אדם אחר" כלשון סעיף 1 לחוק עשיית עושר – הוא** המזכה את בעל המיטלטלין העיקריים ביתרון, מתוך רצון למנוע מבני אדם אפשרות לרכוש זכות בעלות במיטלטלין של אחרים על ידי ערבובם במיטלטלין טפלים 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, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

[38] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף כ. כבר הובא לעיל, ליד ציון הערה 1.

[39] הנימוקים המשפטיים המחייבים את הזוכה בתשלום זכייה שקיבל ביזמת עצמו, מחייבים אותו גם בתשלום **זכייה שקיבל ביזמת המזכה (על נימוקים אלה, ראה דיוננו לעיל, סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 14). ראה: נתיבות** המשפט, סימן קו, ס"ק ו; שם, סימן קכח, ס"ק ה; מקור חיים להלכות פסח, סימן תמא, ס"ק ג. הש"ך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק ב, מסיק שהזוכה חייב בתשלום עבור זכייה לטובתו, שבאה ביזמת המזכה, מתוך השוואה לחובתו של בעל מקרקעין לשלם למי שהקים מחוברים במקרקעין שלו. עיין: חו"מ, סימן רסד, סעיף ד; **ביאור הגר"א, שם, ס"ק יג. חובה זו אינה מוגבלת למקרים שהזוכה מחזיק ברכושו של המזכה. לקביעה זו יש שתי הוכחות:**

א. הגמרא, בבא קמא כ ע"ב, מחייבת בעל שדה פנימי לשלם למי שהקיף את שדהו בגדרות תמורת מה שההנה אותו, אף על פי שלא זכה בבעלות על הגדרות ולא נתגדל רכושו. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קנח, סעיף ו; חידושי ר' שמעון יהודא הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן ד, ס"ק ג; דעת התוספות, לפי קצות החושן, סימן קנח, ס"ק ו; **לבוש מרדכי לבבא קמא, סימן טו, ס"ק ג.**

ב. אם הוקמו המחוברים שהם הניצול הסביר היחיד של המקרקעין, אין בעל המקרקעין רשאי לתבוע סילוקם כדי להיפטר מתשלום, משום שכבר עברו לבעלותו משעת הקמתם, ובעל המקרקעין חייב בתשלום שווי זכייתו. מכיוון שהנאתו של בעל המקרקעין נובעת ממחוברים שרכש אותם בשעת הקמתם, אין לראות אותו כמי שמחזיק בממון המזכה בעין ולחייבו מדין "ממוני גבך" או מדין "משתרשי ליה"; יסור חיובו הוא על פי הנימוקים **לחיובו של מי**

nevo.co.il

שהזוכה אינו נהנה מהזכייה כלל[40], יהיה הזוכה פטור מהשבה[41]. נזכיר בקשר לזה, שזכייה שהזוכה יכול היה להשיגה בחינם במקום אחר, נחשבת מבחינה משפטית לזכייה שהזוכה אינו נהנה ממנה כלל. במלים אחרות, אפשר לקבוע, שלא יוטל על הזוכה בשום פנים תשלום מעבר להנאתו הסובייקטיבית בגין זכייה ביזמת המזכה[42].

כאמור, כשהזכייה אינה ניתנת לסילוק, הזוכה חייב בתשלום. כפי שראינו לעיל, יהיה גובה התשלום: הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה; או הוצאותיו של המזכה, גם אם הוצאות אלו פחותות מהנאתו של הזוכה. המבחן לקביעת גובה התשלום הוא: כשיש להניח הנחה סבירה שהזוכה היה יוזם את הזכייה בעצמו לולא פעולתו של המזכה[43], יהיה חייב בתשלום בגובה הנאתו הסובייקטיבית, ואם לאו ישלם למזכה רק את הוצאותיו.

על פי מבחן זה — ובצירוף למבחן שראינו בפסקה הקודמת בדבר כוונת המזכה — נוכל לקבוע את גובה התשלום בכל אחד מחמשת המקרים שסקרנו לעיל[44], שבהם אחד הצדדים

שקיבל זכייה שאינה רווח. מכאן ראיה נוספת, שטעמים אלה מחייבים את הזוכה, גם כשהיזמה לזכייה הייתה של המזכה.

ר' שמעון שקאפ, שערי יושר, שער ג, פרק כה, כותב שזוכה ביזמת המזכה חייב בתשלום "כאילו שכרו בפרוש", היינו מכוח הסכם מכללא, זאת אם אפשר להניח שהזוכה היה יוזם את הזכייה בלא פעולת המזכה. אך שיטה זו קשה, משום שמוכח שאין דינו של מקים "שלא ברשות" כדינו של מי שפעל מתוך הסכם מכללא: ראה דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 178, אות ד, מחלוקת סמ"ע (חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז) והגר"א (חו"מ, סימן שעה, ס"ק ט). וראה גם דעתו של הרב משה פיינשטין, דיברות משה, בבא מציעא, סימן כח, ענף ב, ס"ק ב, שניתן לזכות את המוכה בתשלום כאילו פעל בהזמנת הזוכה, רק כשברור בלא כל ספק, "אף שהוא רחוק", שהזוכה היה מבקש מהמזכה לפעול כפי שפעל. עיין דברי הרב י"ז גוסטמאן, קונטרסי שיעורים (צרין לעיל, עמ' 15, הערה 63), סימן יז.

[40] כפי שראינו בדברינו על סעיף 1(א), הנאה שיש עמה רווח נחשבת לממון המזכה בידי הזוכה, שהזוכה חייב להשיב אותו בכל מקרה מדין "ממוני גבך [=ממוני אצלך]". אולם כאשר הייתה הזכייה ביזמת המזכה, ואינה ניתנת לסילוק, הזוכה פטור מתשלום, אם השינוי שנעשה בנכסיו אינו מועיל לו, מכיוון שייעד להם שימוש אחר. כך, למשל, מי שזרע במגרש חברו, אינו זכאי לפיצוי, אם הועיד בעל המגרש את המגרש לבנייה ולא לצרכים חקלאיים. הזוכה אינו נהנה מהזכייה כלל, גם אם שוויו של מגרש זרוע גבוה יותר ממגרש קודם זריעה.

[41] חזון איש, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו. כללים הדומים לכללים אלה מוזכרים אצל פרידמן, סעיף 611. לדברי פרידמן "ניתן להחיל את המבחן שהוצע על ידי גוף וג'ונס (Goff and Jones, The Law of Restitution, p. 111), בעניין טובת הנאה שאין לכפור בה 'Incontrovertible benefit'... תידרש ראיה חד משמעית כי הנחבע הפיק תועלת ממשית מן הפעולה או שהיה מעונין בפעולה או בתוצאותיה על מנת לחייבו בתשלום... על מידת הענין שהיה לנחבע בפעולה, ניתן, לעיתים, ללמוד מהתנהגותו לאחר מעשה, ונראה כי המגמה המשתקפת בחוק המקרקעין בענין בניה במקרקעי הזולת היא מגמה רצויה... אם בחר להשאירו [את המבנה שהוקם] מלמד הדבר שגילה, ולו בדייעבד, ענין בעבודה שבוצעה, וכי יש בה תועלת עבורו... פיתרון זה לא ניתן ליישום כאשר אין אפשרות להיעזר במבחן של הריסה. בהעדר אפשרות כזו, יש צורך להצביע על נסיבות אחרות המלמדות בצורה ברורה כי הפעולה היתה בעלת ערך ממשי עבור הנתבע". יש לציין, שלדברי פרידמן, יחולו כללים אלו רק אם פעל המזכה בטעות, ואין זכות להשבה למי שביצע אף על פי שאינו חייב לבצע (ראה שם, ליד ציון הערה 219, וכן ראה סעיף 61, שם). אולם אין זכר להגבלה זאת בסעיף 1(ב) לחוק עשיית עושר ולא במשפט. חוק המקרקעין (סעיף 21), וחוק המיטלטלין (סעיפים 4-6), גם הם, אינם מבחינים הבחנה זו.

[42] כוונתנו היא, שאם הזוכה יכול להשיג זכייה זהה בפחות ממחירה בשוק, לא ישלם יותר מההוצאה שחסך. עיקרון זה אינו רלוואנטי, כאשר הזוכה נתשב כמחזיק בידו את ממון המזכה. ראה לעיל, הערה 40.

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

[44] לעיל, כפרקנו, עמ' 37.

nevo.co.il

אינו רשאי לסלק את הזכייה בלא הסכמת הצד השני. ברם, נשאלת השאלה, כיצד נעמוד על כוונתו של הזוכה, אם בדעתו היה ליזום את הזכייה בעצמו, אם לאו?

בעניין זה יש להבהיר, שכשהמזכה אינו רשאי לסלק את הזכייה, משום שסילוקה כרוך בהפסד לזוכה לעומת מצבו לפני הזכייה[45], העובדה שהזוכה אינו מבקש את סילוקה של הזכייה והחזרת המצב לקדמותו, אין בה כשלעצמה כדי להוכיח שהוא היה יוזם את הזכייה, ולכן טענתו שלא היה יוזם את הזכייה מתקבלת, והוא לא ישלם למזכה אלא רק את הוצאותיו[46]. אולם אם נראה לבית הדין שהושבחו המיטלטלין או המקרקעין של הזוכה באופן היעיל והרווחי ביותר, ובדרך המקובלת לניצול המקרקעין או המיטלטלין, הזוכה אינו נאמן בטענתו שלא היה יוזם את הזכייה, שהרי היה יכול לדרוש את סילוקה, ולא עשה כן, ומה עוד שזכייה זו היא הדרך המקובלת לפיתוח נכסיו. אשר על כן, במקרה זה, יצטרך הזוכה לשלם עבור מלוא הנאתו הסובייקטיבית[47]. אין צורך לומר, שהוא הדין כשהזוכה מודה שהוא היה יוזם את הזכייה, יהיה טיב הזכייה אשר יהיה[48]. הוא הדין גם בדוגמה של פרידמן: אם בעל המכונית היה מעוניין ברחיצת מכוניתו, אך לא הספיק להתקשר עם רוחץ, יחויב בתשלום שווי זכייתו; ומאידך גיסא, אם לא היה מעוניין ברחיצה, אך למעשה נהנה ממנה, לא ייפטר הזוכה בלא כלום, אלא יצטרך לפצות את המזכה עבור הוצאותיו. אם אמנם הזוכה לא היה מעוניין ברחיצה וגם לא נהנה ממנה, יהיה פטור מהשבה.

נזכיר שוב, שגם כשאפשר להניח שהזוכה היה יוזם את הזכייה בעצמו, הוא לא ישלם את מלוא שווי הנאתו, אלא אם כן מתקיים התנאי הנוסף שראינו לעיל, והוא שהמזכה פעל מתוך כוונה להועיל לזוכה תמורת תשלום. לכן, כשפעל המזכה בתוך שלו לתועלתו העצמית (לדוגמה: גידור שדותיו[49]), וזכיית הזוכה הייתה תוצאת לוואי הכרחית; גם אם אפשר להניח שהזוכה היה יוזם את הזכייה בעצמו לולי פעל המזכה, יתחייב הזוכה[50] להשתתף בהוצאותיו של המזכה בלבד[51], ולא בתשלום שוויה המלא של הזכייה. הוא הדין כשהייתה מטרת המזכה לתועלת הזוכה, אלא שהזוכה לא היה יוזם את הזכייה בעצמו[52].

לעומת זאת, כשהזוכה אינו רשאי לתבוע את סילוק הזכייה, מכיוון שהייתה נחוצה לו, והייתה לו היכולת הכספית לשלם עבורה, יש הנחה סבירה שהיה יוזם את הזכייה בעצמו לולי התערב המזכה. לכן, אם פעל המזכה במטרה להועיל לזוכה תמורת תשלום,

[45] ראה לעיל, ליד ציון הערה 8.

[46] אם ההוצאות של המזכה גבוהות מערכה של הזכייה, לא ישלם הזוכה סכום הגדול יותר מערכה, אלא אם כן אפשר להניח, שהזוכה היה יוזם בעצמו את הזכייה. ראה לעיל, הערה 22.

[47] ראה דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 177, אות ג.

[48] ראה דברינו על חוק המקרקעין, שם.

[49] ראה לעיל, ליד ציוני הערות 5-6.

[50] חיוב כזה יוטל על הזוכה אך ורק אם זכייתו כרוכה בחסרון המזכה. כדוגמה של הקמת הגדר על ידי המזכה מסביב לשדהו של הזוכה, בבא קמא כ ע"ב, אף על פי שהמזכה פעל בשלו ובשבילו, הזוכה חייב לשלם למזכה, מכוח הטענה "את גרמת לי היקיפא יתירא [=בגללך הוצרכתי להוסיף על אורך הגדר שלי]". ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קנח, סעיף ו; ומפרשי השולחן ערוך, שם.

[51] נתיבות המשפט, סימן קנח, ס"ק ד; שם, סימן קסד, ס"ק יא. ועיין גם נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ו.

[52] ראה דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 21(ב), להלן עמ' 177, אות ב.

על הזוכה יהיה לשלם לו את הנאתו הסובייקטיבית[53]. כך לדוגמה, במקרה הגג שראינו לעיל[54], ישלם הזוכה למזכה את המחיר שהיה משלם לקבלן, אילו הזמין אצלו את הרכבת הגג.

כמו כן, כאשר המזכה אינו רשאי לסלק את הזכייה, משום שהעביר אותה לרשות הזוכה בכוונה לזכות אותו בבעלותה תמורת תשלום, והסכים הזוכה לשלם את שוויה, אף על פי שהזכייה אינה נחוצה לו[55], פשוט שהזוכה חייב בתשלום שוויה של הזכייה.

פרק שלישי

זכייה ביזמת גורם שלישי — "או בדרך אחרת"

א. מבוא — זכייה הניתנת לסילוק ושאינה ניתנת לסילוק

בפרק הקודם ראינו, שיש הגבלות אחדות לסילוקה של זכייה שהגיעה לזוכה ביזמת המזכה, ושהמבחן לזכייה הניתנת לסילוק אינו מבחן פיזי בלבד. בזכייה ביזמת גורם שלישי רוב ההגבלות האלה אינן קיימות. הזוכה מנכסיו של המזכה ביזמתו של אדם או גורם שלישי, בזכייה הניתנת לסילוק, רשאי לתבוע את סילוקה בכל מקרה, כך נקבע בשולחן ערוך[56]: "שטף הנהר זיתיו ושתלן בתוך שדה חברו... אם זה אומר: טול אילנותיך, שומעין לו". הוא הדין במזכה. הוא רשאי, מעיקר הדין, לסלק את הזכייה גם בלא הסכמת הזוכה: "אם בא בעל הזיתים ליטול זיתיו... הרשות בידו"[57]. מאחר שגם הזוכה וגם המזכה רשאים לסלק את הזכייה בלא הסכמת הצד השני, החלטה משותפת להשאיר את הזכייה במקומה תחייב תשלום לפי ההסכם ביניהם. אולם, חכמים קבעו, שאם השדה הוא בארץ ישראל, העניין הכללי של יישוב ארץ ישראל שולל מהמזכה את הזכות לעקור את הזיתים, ללא הסכמתו של הזוכה[56].

כאשר לא ניתן לסלק את הזכייה, מתעוררת שאלת הסכום שישלם הזוכה למזכה. נראה, שבניגוד לזכייה ביזמת המזכה, ובדומה לזכייה ביזמת הזוכה, בזכייה ביזמת גורם שלישי יש להבחין בין זכייה שיש עמה רווח לבין זכייה שאין עמה רווח.

---

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

[54] ראה לעיל, ליד ציון הערה 4.

[55] ראה לעיל, ליד ציון הערה 9.

[56] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קסח, סעיף א. ואולם נזכיר, שלדעת "נתיבות המשפט", שצוין לעיל, הערה 2, יש הגבלה לכך, והיא שאם סילוק הזכייה כרוך בהכרח בקלקולה, דינה כדין זכייה שלא ניתן לסלקה פיזית.

[57] שולחן ערוך, שם. לעומת זכייה שבאה ביזמת המזכה, שהמזכה אינו רשאי לסלק אותה, אם כבר גרמה הפסד לזוכה, בזכייה שבאה ביזמת צד שלישי, גם אם העברתה לזוכה כבר גרמה לו הפסד, רשאי המזכה לסלקה. ראה: תוספות, כבא מציעא קא ע"ב, ד"ה בשדה. לכן, בעל הזיתים רשאי לסלק את זיתיו, גם אם כבר ינקו מהקרקע של בעל השדה. זכותו של המזכה לסלק את הזכייה תמורת פיצוי לזוכה כאשר הסילוק כרוך בהפסד לרכושו של הזוכה, שנויה במחלוקת בדיני השבת אבדה: ראה לעיל, עמ' 34, הערה 186.

ב. שיעור התשלום מתוך בחינת סוג הזכייה

1. זכייה שיש עמה רווח

בדברינו לסעיף 1(א)[58], ראינו שהמשפט העברי מבחין בין מי שזכה בזכייה שיש עמה רווח, שהוא חייב בתשלום מדין "ממוני גבך [=ממוני אצלך]", לבין מי שנהנה מנכסי חברו או מפעולותיו, אך אינו מחזיק את ממונו בידו, שהוא חייב מטעמים אחרים, שפורטו שם. בסוגי הזכייה שבהם דינו של הזוכה הוא כמי שמחזיק בעין את ממונו של המזכה, והזכייה מועילה לו[59], עליו לשלם עבור רכישתה למזכה[60]; העובדה שהגיעה הזכייה לידיו ביזמת גורם שלישי, אין בה כדי לפטור אותו מחובה זו. לפיכך אם נתרבו, או נשתפרו, נכסיו של הזוכה מנכסיו של המזכה (באופן שיש בו משום שינוי פיזי[61]), יהיה הזוכה חייב בתשלום למזכה עבור רכישת הזכייה, ובלבד שהיא מועילה לו[62], אף אם באה הזכייה ביזמתו של אדם שלישי. בניגוד לזכייה ביזמת המזכה, בזכייה ביזמת גורם שלישי, הזוכה אינו יכול לרכוש את נכסיו של המזכה בעל כרחו תמורת תשלום שוויים בשוק או החזר הוצאותיו. עליו לשתף אותו ברווחים עד לפירוק השותפות על פי הכללים שנקבעו לכך[63]. כך למשל, בדוגמה שהובאה לעיל: "שטף הנהר זיתיו ושתלן בתוך שדה חברו..."[64]. אם עקרן הנהר בגושיהם[65] יחלקו הפירות, בעל השדה עם בעל הזיתים"[66]. עד לפירוק השותפות,

[58] ראה דיוננו, שם, פרק שני, עמ' 8.

[59] ראה לעיל, הערה 40.

[60] שערי יושר, שער ג, פרק כה; חלקת יואב, חו"מ, סימן ט; אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה ב.

[61] עיין דברינו על סעיף 1(א), ליד ציון הערה 33, ולהלן בדברינו על סעיף 3.

[62] שאם לא כן, אין לזוכה רווחים מהזכייה. ייתכן שייקבע הסדר, על פי כללי השבת אבדה, שימנע מהמזכה הפסד תוך פיצוי לזוכה. ראה: רמ"א, חו"מ, סימן רעד, סעיף א, בעניין: "מי שהיה לו נחיל של דבורים, ויצאו וישבו על אילן של חברו, יש אומרים: יכול לקרץ ענף כדי להציל נחילו, ונותן דמי ענף לבעל האילן, ויש חולקין". בעל הנחיל אינו זכאי לחייב את בעל הענף לרכוש ממנו את הדבורים או להיכנס אתו לשותפות ברווחים.

[63] מסקנה זו עולה מדברי הרא"ש (תוספות הרא"ש, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ולימא). בדוגמה שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 56, הרא"ש מקבל בעיקרון את טענת בעל הזיתים שהוא זכאי לחלק מהרווחים משום "שאלו הנטיעות שלי הם", גם כשבעל השדה היה יכול לשתול בעצמו נטיעות בהוצאה פחותה (ברם, ראה להלן, הערה 65). עיקרון זה עומד, כנראה, ביסודם של דברי רבי משה פינשטיין, בשו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן נז, אף שהוא אינו מציין זאת במפורש.

[64] אף שלכאורה הזיתים שנשתלו בתוך שדהו של הזוכה הם זכייה הניתנת לסילוק, ראינו לעיל, ליד ציון הערה 56, שאם הדבר אירע בארץ ישראל, המזכה אינו רשאי לסלק את זיתיו. דברי השולחן ערוך המצוטטים בהמשך, אמורים באותו מקרה.

[65] השולחן ערוך, חו"מ, סימן קסח, סעיף א, קובע על סמך סוגיית בבא מציעא קא ע"א, שבעל הזיתים ובעל השדה הם שותפים בפירות רק בשלוש השנים הראשונות, בהן דין ערלה היה אוסר על בעל השדה ליהנות מפירות נטיעות חדשות, אילו היה שותלן בעצמו. כאן, מאחר שהזיתים עברו לשדה כגושיהן, מותר על פי דיני ערלה, ליהנות מן הפירות מיד, וכאמור, בעל השדה ובעל הזיתים שותפים בפירות. לאחר שלוש שנים, כל הפירות הם של בעל השדה, משום שאילו שתל בעצמו נטיעות בזמן השיטפון, והיה נוהג בהן דיני ערלה היה מותר לו אחרי שלוש שנים, ליהנות מפירותיהם, ומכאן שלאחר שלוש שנים אינו מרוויח מהזכייה. אמנם, בעיקרון, גם לאחר שלוש שנים היה בעל הזיתים זכאי לחלקו ברווחים, כפי שראינו לעיל הערה 63, אך מכיוון שהעברת השתילים לשדהו גם הסבה לבעל השדה נזקים, במקרה זה, העיקרון אינו מיושם במלואו.

[66] בדוגמה שראינו, לאחר שלוש שנים בהן בעל השדה ובעל הזיתים שותפים בפירות, רוכש בעל השדה את הזיתים בעל כרחו של בעל הזיתים, תמורת "דמי זיתיו, כמו שעומדים לימכר לנטיעות" (לשון השולחן

nevo.co.il

הזוכה נחשב כמי שמחזיק בממונו של המזכה בעין, ולכן הרווחים שנוצרו מהממון המעורבב שייכים לבעלים של הגורמים לאותם הרווחים[67].

2. זכייה שאין עמה רווח

דעתם של הרבה מן הפוסקים[68] היא, שלעומת זכייה שבאה ביזמת המזכה, המחייבת את הזוכה בתשלום גם אם אין בה משום רווח – על פי הטעמים והכללים שפורטו לעיל[69] – הזוכה פטור מתשלום עבור זכייה שאין בה משום רווח, כשהזכייה באה ביזמת גורם שלישי. הטעם לפטור הוא, שאם גרם אדם שלישי הפסד למזכה, וכתוצאה מכך זיכה את הזוכה, דינה של זכייה זו מבחינתו של הזוכה, כדינה של זכייה שאינה כרוכה בחסרון המזכה[70]. במקרה זה, כשנגרם החסרון של המזכה בידי אדם שלישי, ואינה תוצאה מפעולת הזוכה, או מפעולת המזכה לטובת הזוכה, אין זיקה בין הזכייה לבין החסרון. מובן שהמזכה יכול לחבוע את חסרונו מן האדם השלישי.

לעומת דעה זו, כותב "מחנה אפרים"[71], שגם אם באה הזכייה ביזמת צד שלישי, אם מניחים שהזוכה היה יוזם את הזכייה לולא יזם אותה הגורם השלישי, הוא יהיה חייב בתשלום: "כל היכא דהוי הנאה דלא אפשר בלאו הכי, אי נמי שהיה עומד לכך, חייב לשלם מה שנהנה, שהרי לכך היה עומד, וניחא ליה בהאי הנאה". במקרה זה, אמנם היזמה הייתה של גורם שלישי, אך הזוכה חייב בתשלום כאילו הוא יזם את הזכייה. בהיעדר הנחה, שהזוכה היה יוזם את הזכייה, מסכים ה"מחנה אפרים" לדעתם של הפוסקים האחרים, שהזוכה פטור מתשלום. זאת, לעומת מי שקיבל זכייה שבאה ביזמתו של המזכה, שהוא חייב לפצות את המזכה על הוצאותיו, אף על פי שהוא עצמו לא היה יוזם את הזכייה[72].

ערך, שם). בעל הזיתים אינו זכאי לסכום שהיה בעל השדה חייב לשלם לקבלן. הוא לא יזם את הזכייה, ולכן לא מגיע לו תשלום עבור יזמה וטרחה (שיטה מקובצת, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה אלא, בשם הראב"ד). וראה לעיל, הערה 65.

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

68 תוספות, בבא קמא קא ע"א, ד"ה או; רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן טז; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ט, סימן כח; מסקנת הש"ך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק ב, היא שאין מוציאין ממון מספק. ה"מרחשת" מבחין לעניין זה בין מזכה יהודי למזכה שאינו יהודי (מרחשת, חלק ב, סימן לה, אות ד, ס"ק ב). ייתכן, שלדעתו מזכה שאינו יהודי אינו זכאי לתשלום, מכיוון שהחוק הלא יהודי שלל תשלום ממתנדב המאכיל את בהמת חברו. ועיין נחיב חיים, לאורח חיים, סימן שלד, על מגן אברהם, שם, ס"ק כו; הבחנתו של ה"מרחשת" בדברי הש"ך דחוקה. ועיין: שער משפט, סימן רצא, ס"ק ד, להסבר אחר בסוגיה שבמסכת בבא מציעא מב ע"ב, שהיא מקור הבחנת ה"מרחשת".

69 לעיל, ליד ציון הערה 39, ובהערה 39.

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

71 מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב.

72 מחנה אפרים, שם. השיטות שנמנו בהערה 68, מבחינות בין זכייה שהיא אכילה לזכייה אחרת, וקובעות שהזוכה חייב בתשלום הנאתו למזכה גם כשבאה זכייתו בפעולת אדם שלישי, אם הנאתו היא הנאת אכילה. ראה: תוספות,

nevo.co.il

פרק רביעי

סיכום

החוק קובע, שבשאלת חובת ההשבה של זכייה שבאה לו לאדם שלא על פי זכות שבדין "אחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת". כלומר, החוק אינו מבחין עקרונית בין יוזמי הזכייה. החוק גם אינו מבחין בין סוגי הזכייה, ואחת היא אם הזכייה היא "נכס, שירות או טובת הנאה אחרת". העולה מדיוננו בסעיף 1 הוא, שבשאלה זו, המשפט העברי, בדומה לחוק, מחייב עקרונית את הזוכה בהשבה.

החוק, בסעיף 2, מעניק לבית המשפט את הסמכות לישם סלקטיבית את עקרון חובת ההשבה ולפטור את הזוכה מהשבה – כולה או מקצתה – אם השבה זו אינה צודקת. גם המשפט העברי פוטר את הזוכה, במקרים שונים, מחובת ההשבה – כולה או מקצתה – אך לעומת החוק, הקובע נוסח מעורפל: "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת", המשפט העברי מגדיר ביתר דיוק את המקרים, שאין בהם חובת השבה. הכלל המנחה הוא, שהזוכה חייב לשלם עבור כל זכייה שהוא נהנה ממנה, אם היא כרוכה בחסרון המזכה. ברם, גובה התשלום אינו קבוע, והוא נקבע בהתאם ליוזם הזכייה, לסוג הזכייה ולכוונות הזוכה והמזכה. ההסדרים השונים בכל מקרה ומקרה אינם נקבעים על פי שיקולי "צדק", אלא על פי יסודות משפטיים[73]. יחד עם זאת, ניתן למצוא בהסדרים אלה תשובות לשאלות העשויות להתעורר משיקולים של צדק, כגון זכייה כפויה וזכייה שהזוכה אינו נהנה ממנה.

בזכייה ביזמת הזוכה אנו בוחנים קודם כל את האפשרות להשיב את הזכייה בעין. כשהדבר אפשרי, עומדת למזכה הזכות לקבלה חזרה בעין. כשהדבר אינו אפשרי, יש לעמוד על כוונות הזוכה: אם זכייתו אינה מכוונת, כגון שנהנה מנכס חברו משום שלא ידע, ולא היה עליו לדעת[74], שהוא של חברו, ישלם את דמי הנאתו הסובייקטיבית בלבד. לעומת זאת, אם זכייתו באה לו כתוצאה מיזמתו המכוונת, כגון שהלך לגור בדירת חברו בידעו שהיא של חברו, הוא חייב לפצות את חברו על מלוא חסרונו, גם אם סכום זה גבוה מהנאתו הסובייקטיבית. בכל מקרה, הוא לא ישלם יותר משווי הזכייה – כלומר מעֶרכה בשוק. הוא הדין בהנאה שיש עמה רווח. בדברינו על סעיף 1(א) ראינו אמנם, שהנימוק המשפטי לדין זה שונה כשמדובר בזכייה שיש עמה רווח[75] לעומת זכייה שאין עמה רווח[76]. אולם, כאמור, הדין זהה בשני המקרים[77].

כבא 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 כח. ראה מסקנת הש"ך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק ב. להסבר ההבחנה בין הנאת אכילה לזכייה אחרת, ראה: שערי יושר, שער ג, פרק כה. אך יש החולקים על הבחנה זו: תוספות ישנים, כתובות ל ע"ב; מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב.

[73] ואולם ראה להלן, בדיוננו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד ציון הערה 21, שיטת "פני יהושע", שגישתו דומה לגישת החוק.

[74] גם אם הזכייה אינה מועילה לו, דהיינו אם אין לו, ולא תהיה לו, הנאה סובייקטיבית, אלא שהוא אחראי לטעות שהביאה לזכייה, הוא יהיה חייב לפצות את המזכה על נזקו.

[75] "ממוני גבך", "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", "משתרשי ליה".

[76] מזיק, מעין גזלן, מעין לווה.

[77] ההבחנה בין סוגי זכייה – בוכייה ביזמתו המכוונת של הזוכה – ניכרת בהקשר אחר, והוא, שאם המזכה אינו

nevo.co.il

בזכייה ביזמת המזכה אנו בוחנים קודם כל אם הזכייה ניתנת לסילוק, ואם שני הצדדים רשאים לסלקה. כשכל צד יכול ורשאי לסלק את הזכייה בלא הסכמת הצד השני, הדין אינו מתערב, ואם צד אחד מבקש שלא תסולק הזכייה, הרי שהתשלום תמורת השארת הזכייה ייקבע במשא ומתן בין הצדדים. כאשר הזכייה ניתנת לסילוק רק על ידי אחד הצדדים, והוא אינו רוצה בסילוקה, או שהיא אינה ניתנת לסילוק על ידי שום צד מהצדדים, מתעוררת שאלת גובה התשלום שעל הזוכה לשלם למזכה. בקביעת גובה התשלום במקרה זה, אין כל משמעות לשאלת סוג הזכייה – נכס בעין, הנאה שיש עמה רווח, הנאה שאין עמה רווח – אלא רק לכוונותיהם של הזוכה והמזכה. בכל מקרה הזוכה חייב לפצות את המזכה לפחות בשיעור הוצאותיו – זולת אם יוכיח, שבפועל הזכייה אינה מועילה לו כלל[78], או שהנאתו פחותה מהוצאות אלו[79].

אולם כשמתקיימים שני התנאים המצטברים הבאים, ישלם הזוכה עבור מלא הנאתו הסובייקטיבית גם אם סכום זה גבוה מהוצאותיו של המזכה: המזכה פעל מתוך כוונה להועיל לזוכה תמורת תשלום, היינו שהוא מצפה לקבל תמורה מלאה עבור פעולתו; הזוכה היה יוזם את הזכייה בעצמו לולי פעולת המזכה, ולכן אפשר לראותו כמי שהזמין את הזכייה מן המזכה מראש.

בזכייה ביזמת גורם שלישי, אם הזכייה ניתנת לסילוק פיזית, אין הדין מתערב[80]. אך אם הזכייה אינה ניתנת לסילוק פיזית, שוב יש להבחין בין סוגי הזכייה השונים. נכס בעין והנאה שיש עמה רווח, יש לשלם למזכה את שוויים בעת רכישתם. לעומת זאת, הנאה שאין עמה רווח, הזוכה פטור מלשלם עבורה למזכה, גם אם מוכח שנהנה בפועל, שכן לא הוא גרם לחסרון אצל המזכה. אולם לדעה אחת[81], אם יש להניח שהזוכה היה יוזם את הזכייה בעצמו, עליו לשלם למזכה את חסרונו כאילו הזמין את הזכייה מראש, וכאילו הוא האחראי להפסדו של המזכה.

חסר, על הזוכה להשיב לו נכס בעין וכן בזכייה שיש עמה רווח, ואילו זכייה שאין עמה רווח, הוא פטור עקרונית מלשלם עבורה, בהתאם לכלל "זה נהנה וזה לא חסר – פטור" (כלל זה יידון בהרחבה, בדיוננו על סעיף 2).

[78] ראה לעיל, הערה 40.

[79] היינו שאם יכול להשיג את הזכייה במחיר זול יותר במקום אחר, לא ישלם יותר מהנאתו הסובייקטיבית. לדוגמה, אם היה יכול להשיג את הזכייה בחינם, לא ישלם ולא כלום.

[80] וראה לעיל, הערה 57.

[81] מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב.

nevo.co.il

סעיף 2, חלק א

זכייה שאינה כרוכה בחסרון המזכה

פטור מהשבה

2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 53

פרק שני: היסוד המשפטי לפטור — "רשאי לפטור" 54

פרק שלישי: חריגים לפטור 56

א. המזכה מחה נגד הזוכה 56

ב. הזוכה גילה נכונות לשלם 58

פרק רביעי: הגדרת החסרון — "חסרון המזכה" 60

א. מבוא 60

ב. נזק שאינו גורר אחריו חובת פיצויים 60

1. מניעת רווח 61

2. נזק מתוך אונס 62

3. מניעת הנאה 62

ג. חסרון המלווה בהנאת המזכה 63

ד. חסרון של מה בכך (פחות משווה פרוטה) 64

פרק חמישי: הקשר בין הזכייה לחסרון — "שאינה כרוכה בחסרון המזכה" 64

א. חסרון שקדם לזכייה 64

ב. חסרון בנכס שאינו מקור הזכייה 67

פרק שישי: חסרון הקטן מהזכייה — "רשאי לפטור... כולה או מקצתה" 68

א. הכלל: משלם הכול 68

ב. סייג: זכייה שבאה ביזמת המזכה 71

ג. סייג: זכייה שהיה יכול הזוכה להשיגה חינם 73

nevo.co.il

מבוא

כפי שכבר הודגש[1] במבוא לסעיף 1, הסעיפים 1-2 הם בחינת "שטר – ושוברו בצדו". סעיף 1 לחוק קובע חובת השבה כללית בזכייה שלא על פי זכות שבדין, וסעיף 2 ממתן את החובה, כשהוא מעניק שיקול דעת לבית המשפט לפטור זוכה מהשבה במקרים מסוימים. מקרים אלה מתחלקים, לפי הוראת הסעיף, לשתי קטיגוריות: הזכייה אינה כרוכה בחסרונו של המזכה; ההשבה אינה צודקת. לפיכך, דיוננו בסעיף זה יתחלק לשני חלקים. תחילה נדון בפטור מהשבה כאשר הזכייה אינה כרוכה בחסרון המזכה, ובחלק השני נדון בנסיבות אחרות הפוטרות מהשבה.

בדיוננו על סעיף 1 הבהרנו[2], שהמשפט העברי מבחין הבחנה ברורה בין סוגי זכייה: יש זכיות שיש עמהן רווח, והן מגדילות את רכושו של הזוכה באופן ממשי; ויש זכיות שאינן מגדילות את רכושו של הזוכה באופן ממשי.

הבסיס המשפטי לחובת השבת הנאות אלה שונה בכל סוג בתכלית. בהנאות שיש בהן רווח, רואים את הזוכה כמחזיק ברכוש המזכה, ומכאן חובתו של הזוכה להשיב את הזכייה. בתלמוד ובראשונים, לבש נימוק יסודי זה צורות שונות: "ממוני גבך [=ממוני אצלך]"[3], "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו"[4]; או "משתרשי ליה"[5] [=משתכר הוא[6]]". כבר הערנו שבהנאות שהן רווח, תביעת המזכה היא תביעת השבה, ולפיכך אין זה משנה אם הרווח כרוך בחסרונו של המזכה, או אינו כרוך בו[7], שהרי חובת השבתו אינה אלה ביטוי לבעלותו של המזכה על אותו רווח[8]. לדוגמה, אם בנה אדם בית על קרקע שאינה שלו, והשכיר את הבית לאחר, עליו להעביר חלק משכר הדירה לבעל הקרקע, וזאת אף אם לא עמדה הקרקע להשכרה, ולא נגרם נזק לבעל הקרקע[9].

[1] סעיף 1(א), ליד ציון הערה 3.

[2] דיוננו על סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 8.

[3] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן יג.

[4] משנה, בבא מציעא ג, ב.

[5] חולין קלא ע"א.

[6] רש"י, חולין קלא ע"א, ד"ה שאני התם דקא משתרשי ליה.

[7] אולם, אם הרווח של הזוכה נוצר בגביית תשלום עבור הנאה שאינה רווח שנהנה אדם שלישי מנכסי המזכה, יש לבדוק קודם אם ההנאה שאינה רווח, כרוכה בחסרונו של המזכה. אם הנאתו מנכסי המזכה אינה כרוכה בחסרון המזכה, הרווח שקיבל הזוכה מקורו בטעות, ועליו להשיבו לנהנה. ראה דברינו על סעיף 1(א), הערה 37, ולהלן הערה 9.

[8] ראה סעיף 1(א), הערה 50.

[9] רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, בשם הרשב"א ונימוקי יוסף; חידושי ר' עקיבא איגר על הרמ"א, שם. השולחן הערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ט, פוסק שאם השכיר אדם חצר שאינה שלו, והחצר לא עמדה להשכרה, עליו להחזיר את דמי השכירות לשוכר ולא להעבירם לבעל החצר. הרמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, מבחין

nevo.co.il

אמנם, כפי שנראה בדברינו לסעיף 3[10], לא תמיד ברור אם אפשר להגדיר רווח מסוים כרווח המופק מ"פרתו של חברו". אולם כשיש אפשרות לקבוע ברורות, שצמח רווח מסוים מ"פרתו של חברו", אין זה משנה אם נגרם למזכה חסרון בעקבות הזכייה אם לאו. בדיון בחלק השני לסעיף זה[11] נראה, שהמשפט העברי מכיר גם בחריגים לחובת ההשבה של הנאות שהן רווח בנסיבות מסוימות, שיוגדרו שם, העושות את ההשבה לא צודקת.

לעומת זאת, הנאות שאינן בגדר רווח, אין חובה להשיבן, אלא אם כן היו כרוכות בחסרונו של המזכה. על הנאות אלה, שהגיעו לידי הזוכה בלא שנגרם חסרון למזכה, חל באופן עקרוני הכלל התלמודי: "זה נהנה וזה לא חסר — פטור"[12].

אולם גדרו בהלכה זו גדרים, וסייגוה בסייגים המצמצמים את תחולתה במידה ניכרת. בחלק הראשון של הדיון על סעיף 2 נדון בגדרים ובסייגים הללו, תחילה ביסוד המשפטי לפטור מחובת ההשבה ב"זה נהנה וזה לא חסר", ולאחר מכן בסייגים לכלל. כן נדון בשאלה: אימתי מוגדר המזכה כ"לא חסר"? אף נעסוק במקרים מיוחדים, שבהם על אף שהמזכה חסר, אין זה ברור אם זכייתו של הזוכה כרוכה בחסרון זה של המזכה. לבסוף נעסוק בשאלת גובה התשלום למזכה, כשחסרונו קטן מהנאת הזוכה.

פרק שני

היסוד המשפטי לפטור — "רשאי לפטור"

טעמים אחדים ניתנו לכלל הפוטר את הזוכה מחובת תשלום, כאשר זכייתו אינה כרוכה בחסרונו של המזכה, היינו: ב"זה נהנה וזה לא חסר":

א. בהתאם לשיטה שראינו לעיל[13], המחייבת את הזוכה מדין "מזיק"[14], אם לא נגרם נזק למזכה, היינו כשהוא אינו חסר, אין יסוד לחייב את הזוכה בתשלום כל שהוא.

בין מי שהקים בית במקרקעין של חברו ודר בו, שחייב לשלם שכר דירה לבעל המקרקעין רק אם המקרקעין עמדו להשכרה, לבין מי שהקים בית במקרקעין של חברו והשכירו לאחר, שבכל מקרה חייב לשתף את בעל המקרקעין בשכר שקיבל. במקרה האחרון, הבית שהקים עמד להשכרה, לכן השוכר אינו זכאי לחבוע את החזר כספו. אך המקים חייב לשתף את בעל המקרקעין ברווחיו, גם אם לא נגרם לו נזק, שהרי גם המקרקעין היו גורם ישיר לרווח (ראה דברינו על סעיף 3), ואם כן, "כיצד הלה עשה סחורה בפרתו של חברו?".

[10] **ראה בדיוננו על סעיף 3, פרק שני, עמ' 90.**

[11] **סעיף 2, חלק ב, פרק ראשון, עמ' 77.**

[12] רמב"ם, הלכות גזלה, פרק ג, הלכה ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו; על יסוד סוגיית הגמרא, בבא קמא כ ע"א־כא ע"א.

[13] דברינו על סעיף 1(א), ליד ציון הערה 59.

[14] רמ"ה, המובא בנימוקי יוסף, בבא קמא כ ע"א; רמב"ם, לפי פירושו של נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן כד, ולפי פירושו של לבוש מרדכי לבבא קמא, סימן טו. עיין: אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה ב. דעת קצות החושן, סימן שסג, ס"ק ד, היא שגם לרמ"ה, הזוכה משלם דמי הנאה, ולא תשלומי נזיקין, אלא שהם בגובה חסרונו של המזכה.

ב. בהתאם לשיטה המחייבת את הזוכה מדין "מעין גזלן"[15], כשהמזכה אינו חסר, לא ניתן להגדיר את הזוכה כגזלן[16], ולכן אין מקום לחייבו בתשלום.

בדברינו לסעיף 1(א)[17] ראינו, שיש גם שיטה המחייבת את הזוכה בתשלום הנאתו, מדין "מעין לווה"[18]. הנוקטים בשיטה זו נחלקו בדעותיהם בדבר יסוד הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר".

ג. יש הרואים[19] בהנאת הזוכה "הלוואה", רק אם הנאה זו כרוכה בחסרון המזכה, בדומה להלוואה היוצאת מהמלווה ללווה. לכן, כשאין חסרון, אין מקום לחייבו בהשבה.

לעומתם, יש הרואים את ההנאה כהלוואה, גם אם הנאת הזוכה אינה כרוכה בחסרון המזכה, וזאת משום שעברה ההנאה לזוכה מנכסי המזכה בדומה להלוואה היוצאת מהמלווה ללווה. לשיטות אלו, הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" מבוסס על אחד משני טעמים אלה:

ד. כשאדם נהנה מנכסי חברו, וחברו אינו חסר בזכייתו, מניחים שהמזכה מוחל לזוכה, ומרשה לו ליהנות בלא לשלם תמורת ההנאה[20].

ה. משיקולי צדק: "כופין על מידת סדום... כיון שהלה לא מפסיד כלום"[21]. אם נהנה הזוכה לא על חשבון המזכה, דרישת המזכה לתשלום אינה מוסרית, ולכן בית הדין פוטר את הזוכה מתשלום. לגישה זו השווה את נוסחו של סעיף 2: "נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".

המצדדים בשלושת הטעמים הראשונים, הסיקו את הפטור מהיעדר יסוד החיוב. לעומתם, הנוקטים בשני הטעמים האחרונים אינם סוברים שחסר יסוד כלשהוא לביסוס החיוב בעובדה שהמזכה אינו חסר, ולכן הם הסיקו את הפטור מקיומו של שיקול נוסף, מחילה או כפייה על מידת סדום[22].

---

[15] טור חו"מ, סימן שעא, סעיף י; רא"ה, המובא בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב, ח ע"ב בדפי הרי"ף; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק יד; נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א, ד"ה שם. ראה בהרחבה בדברינו על סעיף 1(א), ליד ציון הערה 66 ואילך.

[16] על השאלה: מדוע אין לראות את הנהנה כגוזל הנאה? ראה בדיוננו על סעיף 1(א), הערה 68, וכן להלן, פרק רביעי, עמ' 62.

[17] ראה דברינו על סעיף 1(א), ליד הערה 70.

[18] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן יג; קצות החושן, סימן שצא, ס"ק ב.

[19] דיברות משה, בבא קמא, סימן יב, ענף ב, ד"ה דעל; מרחשת, חלק ב, סימן לה, פרק ב.

[20] לפי אחד ההסברים במחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן י. עיין מזוז (לעיל, סעיף 1(א), הערה 2), הערה 106, המעלה טעם דומה. ועיין במחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ב, שדעתו נוטה לדעת הש"ך, חו"מ, סימן שנח, ס"ק א, לעניין מחילה שלא מדעת, אך הוא כותב שגם לדעת התוספות (בבא מציעא כב ע"א, ד"ה מר) מחילה שלא מדעת היא מחילה, כשהבעלים מוחל לכל אדם; וראה עמודי א"ש, סו ע"ב.

[21] פני יהושע לבבא קמא כ ע"א, ד"ה בתוספות. בעל "פני יהושע" מפרש בהסבר זה את שיטת התוספות, בבא קמא כ ע"א, ד"ה זה. שיטת התוספות חולקת על דעת הרי"ף שם, המחייב את הזוכה ב"זה לא נהנה וזה חסר". השולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו, פוסק כרי"ף. ר' שמעון שקאפ (חידושי ר' שמעון יהודא הכהן, בבא קמא, סימן יט, ס"ק יג), חולק על טעמו של "פני יהושע", וראיתו מן העובדה שהסוגיה (בבא קמא כ ע"ב) השוותה נהנה למועל בהקדש, שם אין מקום לסברה "כופין על מידת סדום".

[22] בדברינו על סעיף 1(א) ראינו, שלפי שיטת "מרומי שדה" (שם, בהערה 73) חובתו של אדם לשלם בעד הנאה שנהנה מנכסי חברו, גם כשאינו מוגדר כ"נהנה", מבוססת על ההנחה, שבשעת הנאתו מקבל הזוכה על עצמו התחייבות, "דאמרינן בגדר אומדנא דהוה ליה כמו נתחייב" (לשון טבעת החושן, על קצות החושן, סימן רמו, ס"ק ב, חלק

nevo.co.il

פרק שלישי

חריגים לפטור

א. המזכה מחה נגד הזוכה

החריג הראשון לפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר", הוא כשהמזכה מוחה, ומבקש שלא ייהנו מנכסיו. וכך קבע השולחן ערוך: "הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו: צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו"[23]. הדייר חייב בתשלום גם אם לא חסר בעל החצר, כגון שלא היה משכיר את חצרו גם בלא פלישת הדייר[24].

במבט ראשון, נראית קביעתו של השולחן ערוך כלא מתאימה לאף אחד מן הטעמים שהובאו לעיל, ליסוד הפטור, זאת משום שהשולחן ערוך מחייב את הזוכה בתשלום גם כש"לא נהנה", כלומר כשיכול היה להשיג זכייה זו חינם. אפילו הטעם הרביעי – האומר שההנאה העוברת מהמזכה לזוכה היא כעין הלוואה, גם אם המזכה אינו חסר, והמבסס את הפטור על הנחת מחילה של המזכה – אינו מתיישב עם הפסק של השולחן ערוך, שהרי גם אם ברור, שהמזכה אינו מוחל, אין הזוכה חייב אלא עבור הנאתו – שדינה לטעם זה כדין הלוואה – ואינו חייב עבור מלוא השכירות, כפי שפסק השולחן ערוך. אם הזוכה אינו "נהנה", והמזכה אינו "חסר", אין כאן הלוואה, והעובדה שהמזכה אינו מוחל, אין בה לחייב את הזוכה בתשלום, כאשר אין יסוד לחיוב זה[25].

ניתן להסביר, שהשולחן ערוך מחייב את הזוכה בתשלום, אם מחה המזכה בפניו קודם זכייתו, מכיוון שיש לפרש את מחאתו של המזכה כגילוי דעת, שאינו מוכן להרשות לזוכה ליהנות חינם[26]. אם בכל זאת, החליט הזוכה ליהנות מנכסי המזכה, הוא יהיה חייב בתשלום,

ה, עמ' קצט) – בדומה לאסכולה של החוזה מכללא האנגלי. הנחה זו ישנה רק אם חסר המזכה בהנאת הזוכה, שאם לא חסר: "מסתמא נכנס על דעת שלא לשלם, דמחשב בדעתו: מאי איכפת ליה? [=שחושב: מה אכפת לו?]" (מרומי שדה לבבא קמא כ ע"א). במלים אחרות, אין לחייב מטעם "חוזה מכללא", אם המזכה אינו חסר.

[23] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

[24] סמ"ע, חו"מ, סימן שסג, ס"ק יד.

[25] לדעת הרשב"א והתוספות, זוכה ש"אינו נהנה", פטור, אפילו אם המזכה חסר (ראה לעיל, סעיף 1(א), הערה 72). לדעת החולקים ומחייבים את הזוכה, אם נהנה בפועל מחברו, דהיינו גם אם היה יכול להשיג את ההנאה חינם בלעדיו, החיוב הוא משום שאכל פירות חברו. לדעתם, הנאה מוגדרת כהלוואה בתנאים הללו: נהנה הזוכה אף מחסרון קטן של המזכה; "קיבל" הזוכה את תסרונו של המזכה, גם אם לא "נהנה" ממנו. ראה באריכות, לעיל, הערה 75 לסעיף 1(א), וכן ראה להלן, ליד ציון הערה 135. ומכאן שגם על פי דעות אלו, אין הצדקה לחייב את הזוכה, כשזה לא נהנה וזה לא חסר.

[26] הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק יג, מציין את התוספות לבבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיוט, כמקור לפסקו של השולחן ערוך. דעת התוספות היא: "שדעת שכינה איכא, שלא יהנה אדם בלא מעילה", דהיינו בלא תשלום דמי מעילה, ולכן המועל חייב. לשון התוספות תואמת את הסברו של הרשב"א, בחידושיו לבבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיוט: "ומתנה עמו שיעלה לו שכר הוא, שכן אמרה תורה, שלא יהנה אדם בלא מעילה". לעומתו, הסברו של הר"ר ישעיה (מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה כהדיוט) הוא: "שכבר מיתה הכתוב, שלא יהנו מן ההקדש"; עיין: נחלת דוד לבבא קמא כא ע"א, וחושן אהרן, סימן שסג, סעיף ו, הדואים בדברי הר"ר ישעיה ובדברי הרשב"א שני פירושים אפשריים לשיטת התוספות, וקובעים שהשולחן ערוך, שאינו מפרט, קבע להלכה כדעת הר"ר ישעיה. ועיין מהר"ם על התוספות, המפרש את התוספות כשיטת הרשב"א. ועיין מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן י', הלומד מדברי התוספות: "דהוא הדין בהדיוט היכא דרעתו הוא שלא ידור אדם בחינם".

nevo.co.il

מכיוון ש"כאילו... נתרצה ליתן את השכר"[27] — היינו מכוח הסכם מכללא.

יש מן האחרונים[28] החולקים על פסקו של השולחן ערוך, וקובעים שגם אם נהנה הזוכה — כלומר, שלא היה יכול להשיג זכייה זו בחינם — אם המזכה אינו חסר, הזוכה פטור מכל תשלום, וזאת גם אם מחה המזכה מראש, קודם הזכייה. שיטות אלו אינן רואות הסבר לישב את פסקו של השולחן ערוך עם טעמי הפטור שראינו לעיל: "דמה בכך שמיחו בו הבעלים בפירוש? מכל מקום כיון דסוף סוף לא חסר, אמאי [=למה] יהיה חייב לשלם?"[29], והזוכה חייב בתשלום רק אם הודיע המזכה בפירוש לפני הזכייה, שהוא מוכן להרשות לזוכה ליהנות מנכסיו תמורת תשלום. אם בכל זאת החליט הזוכה ליהנות מנכסיו, הוא "כאילו... נתרצה ליתן את השכר", כלומר קיבל את הצעת המזכה. לדעתם, סתם התנגדות אינה מתפרשת כהצעה.

לדעה אחת[30], גם הרמ"א[31] חולק על פסקו של השולחן ערוך. הרמ"א פוטר מכל תשלום אדם שפלש לביתו של חברו, וגירש את בעל הבית, ודר במקומו, אף על פי ש"אין לך מחאה גדולה מזו" (בעל ערוך השולחן[32] מפרש את דברי הרמ"א בדוחק רב, בקבעו שהרמ"א דן בבעל בית שהוצא, ולא מחה נגד הפולש).

מתוך הנחה שתוספת המלים "בלא מעילה", בדברי הראשונים על הסוגיה, מעידה על כוונה לפרש את הסוגיה כדעת הרשב"א, כלומר שאיסור המעילה מתפרש גם כדרישה לתשלום, אם ימעל, יש מקום לציין ראשונים אחדים הנוקטים בשיטה זו: רש"י, בבא מציעא צט ע"ב, ד"ה כהדיוט מדעת דמי; תוספות, בבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיוט. לעומתם, הר"ר ישעיה, בשיטה מקובצת לבבא קמא כא ע"א, ד"ה כהדיוט, מסביר שמחאת המזכה מחייבת את המועל; הרא"ש, מובא בשיטה מקובצת לבבא מציעא צט ע"ב, ד"ה כהדיוט, מסביר: "כהדיוט מדעת דמי, כלומר שידע ומיחה בו, דרחמנא הזהיר, דכל שנהנה מן ההקדש מעל". מדברי הרא"ש לא ברור, אם הוא מסכים לשיטתו של הר"ר ישעיה או לשיטת שאר הראשונים. ייתכן שגם הר"ר ישעיה מחייב את הזוכה בתשלום רק משום שניתן להסביר את המחאה כדרישה לתשלום במקביל לדין מעילה, המחייב את המועל בתשלום, אם עבר ומעל.

הרמ"א מסביר, שהכלל "כופין על מידת סדום" אינו מחייב את בעל החצר להרשות לכל דייר לגור בחצרו חינם, גם אם החצר אינה עומדת להשכרה, בכך, ש"אי בעי [=אילו רצה] בעל החצר ליהנות ולהרוויח להשכיר חצרו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין לעשות בחינם". מדבריו משתמע, שיש חוקף למחאתו רק משום ש"אין כופין לעשות בחינם", ולכן מובן, שהרמ"א מפרש את כוונתו של המזכה באמרו "צא", שאין רצונו שייהנה זולתו חינם. נראה גם, שהרמ"א מעמיד את כל הסעיף בשלא יבוא שום נזק אחר למזכה מהשימוש בחצרו. לא נזק ישיר ולא נזק עקיף, שהרי במקרים אלה, פשוט שהמזכה רשאי להתנגד לשימוש בחצרו גם בלא הטעם שמביא הרמ"א. ועיין בנחלת דוד, בבא קמא כא ע"א, המסביר: "כיון דאחרים נוטלים שכר בזה, לכך ליכא בהא מידת סדום". ועיין חידושי ר' שמעון יהודא הכהן (שקאפ), בבא קמא, סימן יט, ס"ק ג, המסביר ש"לא חשיב מידת סדום בדבר שקפדי רוב אינשי". בעל דיברות משה, בבא קמא, סימן יב, ענף ב, ד"ה אך, אף מעלה, על סמך דברי הרמ"א, שאפשר לכאורה לכוף את הבעלים להשכיר דירה שאינה עומדת להשכרה. ברור שגם לדעת פוסק זה, אם יש לבעל החצר סיבה סבירה אחרת שלא להשכיר את החצר, כגון שהוא עצמו משתמש בה, אין לחייב את בעל החצר להשכירה מדין "כופין על מידת סדום".

[27] לשון נחלת דוד לבבא קמא כא ע"א.

[28] נחלת דוד, שם; חושן אהרן, סימן שסג, סעיף ו; ולדבריהם, זו גם דעתו של ר' חיים מוולוז'ין.

[29] נחלת דוד, שם. הוא מסביר, שגם לשיטה הרואה בכלל "כופין על מידת סדום" יסוד לפטור, כש"זה נהנה וזה לא חסר", הזוכה יהיה פטור. אמנם, הכלל "כופין על מידת סדום" אינו מקנה לאדם זכות לתבוע מזולתו שימוש בנכסיו כנגד רצונו, אך בדיעבד, לאחר שכבר נהנה, "אין לחייבו על העבר, כשביל שמיחה בו".

[30] נחלת דוד לבבא קמא כא ע"א.

[31] רמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

[32] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שסג, סעיף טז.

nevo.co.il

בהמשך לפירוש שהצענו בדברי השולחן ערוך, שיש לראות במחאתו של בעל החצר דרישה לתשלום, אפשר לומר שהרמ"א אינו חולק על השולחן ערוך. הרמ"א קבע, שאין לחייב אדם שגירש את בעל הבית מביתו בתשלום הנאתו, מכיוון שבמקרה זה לא נבעה מחאתו של בעל הבית מדרישתו לשכר דירה, אלא מרצונו לשוב לביתו, ולכן אין מקום לראות את הזוכה כ"נתרצה ליתן את השכר". הפולש דינו כגזלן, שהרי "רואין שעושה לו להכעיס ולא לשלם"[33].

ב. הזוכה גילה נכונות לשלם

הסייג השני להלכה הפוטרת את הזוכה ב"זה נהנה וזה לא חסר", הוא כשגילה הזוכה את דעתו, שהוא מוכן לשלם בעד ההנאה שהוא מקבל מהמזכה. השולחן ערוך[34] פוסק, שאם גילה הזוכה למזכה[35], שהוא מוכן לשלם עבור הזכייה אם לא יקבל אותה חינם, הוא חייב בתשלום דמי הזכייה, גם אם אינה כרוכה בחסרון המזכה.

קביעת השולחן ערוך מבוססת על דברי התוספות[36], הדנים באדם שגדר את שדה חברו משלושת צדדיו, מכיוון שרצה להקים גדר לצרכיו. אחר כך הוסיף בעל השדה המגודר גדר נוספת מצדה הרביעי בכספו הוא. דעת התוספות היא, שבעל השדה המגודר חייב להשתתף בהוצאות גידור שלושת הצדדים[37]. הסיבה לחיובו של בעל השדה המגודר היא, מכיוון "דגלי אדעתיה, דניחא ליה בהוצאה [=שגילה את דעתו, שהוא מוכן לשלם]". גם אם גילה הזוכה במעשיו, שהוא מוכן לשלם סכום קטן בלבד עבור הנאתו, הוא יהיה חייב להשתתף בהוצאותיו של המזכה, גם אם הן עולות על סכום זה. בעל השדה המגודר "אינו יכול לטעון, אלמלא שכבר הקיף זה שלוש מחיצות, לא הייתי מוציא הוצאה גדולה על חלקי, אבל כיון שכבר הוקפו שלוש מחיצות הוצאתי הוצאה קטנה על רוח רביעית... לא משגיחינן בטענה זו, ועל ידי הוצאה קטנה שהוסיף – מגלגלין עליו גם הוצאה גדולה"[38].

[33] מרומי שדה לבבא קמא כ ע"א. ההוכחה שהרמ"א אינו חולק על השולחן ערוך נמצאת בבית יוסף, תו"מ, סימן שסג, סעיף ו; הטור, שם, כותב "שאם אמר לו: צא, ולא יצא, ודאי חייב ליתן לו כל שכרו". הבית יוסף (בעל השולחן ערוך) מעיר: "פשוט הוא". הבית יוסף מביא באותו סעיף את דברי המרדכי, שהם המקור לפסקו של הרמ"א, בלא לערער עליהם. עיין להלן, פרק רביעי, עמ' 62, לשאלה: האם הזוכה חייב בתשלום מדין גרמי?

[34] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ח.

[35] עיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ט; פרישה לטור, שם, ס"ק ז, המבחין בין גילוי דעת למזכה לבין גילוי דעת לאדם אחר, וייתכן שהבחנה זו מבוססת על הרעיון של חוזה מכללא. אולם יש דעות שאינן מבחינות בין זוכה שגילה למזכה את נכונותו לשלם לבין זוכה שגילה לאדם אחר את נכונותו לשלם. דעות אלו קובעות, שהשולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ט, פוטר את הזוכה מתשלום, מכיוון שהסכמתו לשלם מבוססת על טעות, ואילו ידע את האמת, לא היה מוכן לשלם למזכה עבור זכייתו. ראה: מרומי שדה לבבא קמא דף כ ע"א, ד"ה והנה; שערי יושר, שער ג, פרק כה, עמ' רסח; אור שמח, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ט.

[36] תוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה טעמא, בפירוש ההוה אמינא בגמרא, שאין למקיף חסרון בהקפת שדה הניקף.

[37] שם; ועיין דברינו על סעיף 1(ב), לדיון כללי בעניין גובה התשלום עבור זכייה ביזמת המזכה – השתתפות בהוצאות המזכה או תשלום עבור הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה.

[38] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן כד, בפירוש התוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה טעמא. ועיין להלן, ליד ציון הערה 44, שדעתו של ה"נודע ביהודה" להלכה היא, שגילוי דעת אינו מחייב את הזוכה בתשלום מעבר לסכום שגילה נכונות לשלמו.

ר׳ שמעון שקאפ[39] מעלה שתי הצעות להסבר קביעת השולחן ערוך, הסותרת לכאורה את הכלל ש״זה נהנה וזה לא חסר — פטור״: הסבר אחד[40] הוא, שאם הסכים הזוכה לשלם עבור זכייתו, חייב לשלם, מכיוון שבנכונותו לשלם הוא מגלה, שלמעשה חסר המזכה; אילו היה המזכה יודע מראש, שהזוכה מוכן להשתתף בהוצאות, לא היה צריך להוציא את מלוא ההוצאה, ועכשיו שלא שילם הזוכה עבור זכייתו, נגרם הפסד למזכה. לכן אין זה עוד מקרה של ״זה נהנה וזה לא חסר״, אלא ״זה נהנה וזה חסר״, ומכאן החיוב. הסבר נוסף שמעלה ר׳ שמעון שקאפ הוא, שאם גילה הזוכה נכונות לשלם עבור זכייה שזכה בה חינם, נוספו לו רווחים בעין, שהרי לולא זכייתו היה צריך לשלם מכספו את אותן ההוצאות[41]. כפי שכבר הזכרנו במבוא לסעיף זה[42], בהנאות שהן רווח, אין זה משנה אם המזכה חסר או לא, ועל הזוכה להשיב לו את זכייתו בכל מקרה.

ואפשר להציע הסבר שלישי: הקביעה שהנהנה חייב בתשלום, אם גילה נכונות לשלם, מובנת בהסתמך על רעיון החוזה מכללא. אם גילה הזוכה, שהיה מוכן לשלם עבור הנאתו, הוא חייב לשלם גם אם זכייתו אינה כרוכה בחסרון המזכה.

יש נפקות משפטית מעניינת בין ההסברים המוצעים לקביעת השולחן ערוך. לפי ההסבר המובסס על ״חוזה מכללא״ — ההסבר השלישי — וכן לפי ההסבר השני של ר׳ שמעון שקאפ, אם הזוכה מצהיר במפורש, שהוא מוכן לשלם עבור קבלת הזכייה רק תשלום חלקי, אין לחייב אותו בתשלום גבוה מן הסכום שקבע שהוא מוכן לשלם. לעומת זאת, לפי ההסבר הראשון, יתחייב הזוכה בתשלום מלוא ערך הנאתו, גם אם סכום זה עולה על הסכום שגילה דעתו שהוא מוכן לשלם, שהרי אם דינו של המזכה כחסר, הזוכה חייב בתשלום מלוא הנאתו[43].

לבסוף יש לציין, שיש שיטות אחדות[44], החולקות על פסקו של השולחן ערוך, וקובעות שגם אם הסכים הזוכה לשלם עבור הזכייה, יהיה פטור מכל תשלום, כל זמן שזכייתו אינה כרוכה בחסרון המזכה. לדעת שיטות אלו אין בכוחו של גילוי הדעת, הבא לאחר פעולת הזכייה, לעשות את המזכה לחסר, ומכיוון שהמזכה אינו חסר, אין לחייב את הזוכה בתשלום עבור זכייתו[45].

[39] חידושי ר׳ שמעון יהודא הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן ד; שערי יושר, שער ג, פרק כה.

[40] חידושי ר׳ שמעון יהודא הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן ד.

[41] שערי יושר, שער ג, פרק כה. גילוי נכונות לשלם שולל ממנו את השימוש בטענת ״הייתי מתענה״. ראה: תוספות, חולין קלא ע״א, ד״ה שאני.

[42] ליד ציון הערה 6.

[43] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שסג, סעיף ז, ועיין להלן, פרק שישי, עמ׳ 68. במקרה של הקמת הגדר, יתחייב הזוכה להשתתף רק בהוצאות. עיין לעיל, הערה 37.

[44] ים של שלמה לבבא קמא, פרק ב, סימן טז; נחלת דוד, לבבא קמא כ ע״ב; השווה לביאור הגר״א, חו״מ, סימן שעה, ס״ק ט. ה״נודע ביהודה״, מהדורא תנינא, חו״מ, סימן כד, קובע שגילוי דעתו של הזוכה לשלם עבור הזכייה, בהוצאת הוצאות משלו להשגתה, אינה יכולה לחייב אותו בתשלום הגבוה מהסכום שהוציא. לדעתו, בעלי התוספות (בבא קמא כ ע״ב, ד״ה טעמא) מסבירים, שר׳ יוסי מחייב את הניקף בתשלום גבוה יותר מהסכום שהוציא, מכיוון שהוסיפה זכייתו למזכה ״היקיפא יתירא״, שלדעת ר׳ יוסי יש לראות בה חסרון למזכה. אולם ה״נודע ביהודה״ אינו חולק על פסקו של השולחן ערוך, מכיוון שהשולחן ערוך אינו מחייב את הזוכה בתשלום הגדול יותר מהסכום, שהודה שהוא מוכן לשלם אותו עבור הזכייה.

[45] גם לשיטה הרואה בהנחת מחילה, את היסוד לפטור מהשבה, כשהזכייה אינה כרוכה בחסרון המזכה, קשה לנמק את קביעת השולחן ערוך. אין להסביר שהמזכה אינו מוחל, מכיוון שהוא יודע, שהזוכה מוכן לשלם, שהרי השולחן

nevo.co.il

פרק רביעי

הגדרת החסרון — "חסרון המזכה"

א. מבוא

כפי שראינו לעיל[46], אם זכייתו של הזוכה אינה כרוכה בחסרונו של המזכה, עקרונית הוא פטור מכל תשלום, בהתאם לכלל: "זה נהנה וזה לא חסר — פטור"[47]. פטור זה כפוף לסייגים שהרחבנו עליהם את הדיבור בפרק הקודם. אולם כדי לעמוד על היקפו האמיתי של הכלל, "זה נהנה וזה לא חסר — פטור", יש צורך, נוסף לקביעת החריגים, להבהיר עוד אימתי נחשב המזכה כ"לא חסר". כפי שיתברר לנו בהמשך, הגדרת החסרון רחבה, והפועל היוצא מהגדרה רחבה זו הוא צמצום תחולתו של הכלל למעשה[48]. לדוגמה, העובדה שנמנע מן המזכה רווח צפוי מהנכס שלו, די בה להחשיבו "חסר", ואין צורך בהפסד בעין דווקא. בשאלה זו של הגדרת החסרון יעסוק פרק זה.

ב. נזק שאינו גורר אחריו חובת פיצויים

הזוכה חייב בתשלום הנאתו למזכה אם גרמה הזכייה למזכה חסרון, אפילו אם לא הייתה

ערוך מחייב את הזוכה בתשלום, גם כשקדמה הזכייה לגילוי נכונותו לשלם עבורה. ראה: סמ"ע, סימן שסג, ס"ק כ (ועיין דברינו על סעיף 4, בדין מי שפרע את חובו של חברו, כשמתברר שפעל הלווה לפידעון תובו בלא ידיעת המזכה, וכך גילה שהוא מוכן לשלם). כמו כן נראה, שלשיטות המוכאות בהערה הקודמת, גילוי דעת לאחר הזכייה אינו הופך את הנאתו של הזוכה לרווחים בעין.

קיים הסבר אחר לסוגיה בבבא קמא כ ע"ב, המחייבת את כעל השדה המוקף בתשלום בעקבות גילוי דעתו, שנוח לו בהקמת הגדר. הסבר זה מבוסס על הלכות שותפים ושכנים. המשנה במסכת בבא בתרא ב ע"א, קובעת מתי יכול אדם לכפות על שכנו להשתתף בהוצאות הקמת גדר ביניהם. יש שהשכן יכול לפטור את עצמו מהשתתפות בהוצאות בטענה, שאין הוא רוצה בהקמת הגדר. אם מתברר שהוא נהנה מהגדר, עליו להשתתף בהוצאות הקמת הגדר, למרות העובדה שאין למקים הוצאות נוספות כשל העובדה שגם חברו נהנה מהגדר. התוספות, בבא בתרא ה ע"א, ד"ה אע"פ, מסבירים ש"אף על גב דזה נהנה וזה לא חסר — פטור, מכל מקום כיון דגלי, דניחא ליה (=שנוח לו)... חייב". השווה תוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה טעמא, הכותב: "דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה". ברוח דברי התוספות האלה, ראינו שהשולחן ערוך פוסק, שגילוי נכונות לשלם מחייב את הזוכה בתשלום הנאתו, גם אם אינה כרוכה בחסרון כיס המזכה. אלא שהתוספות, בבא בתרא ה ע"א, ד"ה אע"פ, מחייבים את השכן שנהנה מהגדר שהוקמה על ידי שכנו לשלם את חלקו בגדר, גם כשלא גילה נכונות לשלם, ובלבד שגילה, שרצונו בקיום הגדר. נחלת דוד, בבא קמא כ ע"ב, כותב: "הכותל או גדר השדה הוא צריך לזה כמו לזה, ומן הדין היו מחוייבין לבנותו בשותפות", לכן "נתחייב למפרע בתשלומי הכותל כדין שותף". מרומי שדה, בבא קמא כ ע"א, גם הוא נוקט בשיטה זו. להסבר דומה ראה לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן טו, אות ד; עיין בנתיבות המשפט, סימן קנח, ס"ק ח; ועיין נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ו. נתיבות המשפט, סימן קעח, ס"ק ג, כותב שהמקיף אינו רשאי לכפות על הניקף תשלום עבור גדר שהוקמה, אך דבריו שם הם למקרה בו לא גילה הניקף שרצונו בקיום הגדר.

[46] לעיל, פרק ראשון, עמ' 53.

[47] רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

[48] אמנם בהמשך נראה, שחסרון המלווה בהנאת המזכה (להלן, בפרקנו, עמ' 63), וחסרון שהוא פחות משווה פרוטה (להלן, בפרקנו, עמ' 64) אינם מוגדרים כחסרון, אולם אין לכך משמעות מעשית רבה. לכן, נראה לנו נכון להדגיש כאן את ההרחבות למושג החסרון בהקשר לסוגייתנו, משום משמעותן המעשית של הרחבות אלו, כפי שיתבאר.

כרוכה בנזק שהיה גורר אחריו, כשלעצמו, חובת פיצויים[49]. קביעה זו תודגם להלן:

1. מניעת רווח

על פי כללי הנזיקין, המונע רווח מחברו אינו חייב לפצותו, משום שהנזק שנגרם נחשב ל"גרמא", והכלל אומר: "גרמא בנזיקין – פטור"[50]. ברם, אם נהנה המזיק מחסרונו של חברו, הוא יהיה חייב בתשלום הנאתו[51]. כלל זה מחייב, לדוגמה, אדם שדר בביתו של חברו שלא מדעתו, בתשלום שכר דירה, אם הבית שפלש לתוכו, עמד להשכרה[52]. המשפט העברי רואה אפוא במניעת רווח צפוי של המזכה, פעולה הגורמת לחסרון, המחייב את הנהנה בתשלום הנאתו[53].

חשוב להדגיש בהקשר זה, שככל מקרה של זכייה, יש צורך לקבוע אם אכן היה צפוי למזכה רווח, שנמנע ממנו עקב הזכייה. אם אין המזכה נוהג להפיק רווח מן הנכס, הוא לא ייראה כ"חסר", אף על פי שבאופן תיאורטי אפשר להפיק רווח מן הנכס, ויש המפיקים רווח כזה. הוא הדין כשהבעלים היה רוצה להפיק רווח מן הנכס, אלא שאין אפשרות מעשית לעשות כן, כגון שהבעלים או בא כוחו אינו כאן, או שאין מי שיסכים לשכור את הנכס. הרמ"א[54] קובע, ברוח זו, שחצר עומדת להשכרה רק אם בעל החצר, או בא כוחו, "משתדלין להשכירו, אבל אם אינו בעיר, ואין מי שמשתדל להשכירו", החצר נידונה כאילו אינה עומדת להשכרה, למרות שבעליה רוצים בהשכרתה[55].

אולם הרמ"א עצמו קובע, "ששתם בתים בזמן הזה[56] – קיימא לאגרא [=עומדים להשכרה]". לפי כלל זה, כל מי שידור בבית מגורים שלא מדעת הבעלים, יתחייב בתשלום דמי שכירות, בלא שיהא מוטל על הבעלים להוכיח, שאמנם עמד הבית להשכרה. וכן הדין גם אם לא השכירו "מעולם"[57].

[49] לדוגמה: אדם הניח פירות ברשות הרבים, ואכלה אותם בהמתו של הזוכה. הזוכה חייב בתשלום הנאתו, אף על פי שהוא פטור מתשלומי נזיקין. דין זה נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שצא, סעיף ח, והוא מבוסס על המשנה, בבא קמא ב, ב; יט ע"ב. לדיוננו בטענה: "את גרמת לי היקפא יתירא", כבסיס להגדרת מוכה ביזמתו כחסר, ראה להלן, עמ' 71.

[50] טור חו"מ, סימן שפו, סעיף ג.

[51] הרא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן ו; נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב, ח ע"ב בדפי הרי"ף.

[52] הרא"ש ונימוקי יוסף, שם.

[53] בבא קמא כ ע"א; חריג לדין זה הוא המקרה של גנבת מיטלטלין, שהגנב חייב בהשבת הגזלה או בתשלום שוויה, ופטור מכל תשלום אחר. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ג. הסבר לתריג זה, ראה בדברינו **לסעיף 1(א), פרק חמישי, עמ' 28.**

[54] הרמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף י. פרידמן, סעיף 285, הערה 12, מציע: "ניתן לטעון כי למרות שהתובע עצמו לא היה יכול לנצל את המקרקעין, יכול היה התובע לדרוש תשלום עבור שימוש זה". במשפט העברי, כשאין להניח שהמקרקעין עומדים להשכרה, והבעלים אינו מוריע לווכה, שאינו מרשה לו להשתמש במקרקעין בלא תשלום, הזוכה פטור מתשלום.

[55] ראה: ים של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סימן טז, הפוסק שאם הבית עומד להשכרה, הדייר חייב בתשלום שכר דירה, גם אם בפועל בעל הבית ושלוחיו אינם משתדלים להשכירו, כגון שאינם בעיר, ובזה הוא חולק על הרמ"א.

[56] יש צורך לבחון הנתה זו מחדש במצבים חברתיים וכלכליים השונים מאלו שהיו בימי הרמ"א.

[57] ים של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סימן טז.

nevo.co.il

2. נזק מתוך אונס

לא זו אף זו, גם אם הזיק הזוכה למזכה מתוך אונס, ונגרמה לו הנאה, יחויב בתשלום הנאתו, אף על פי שהוא פטור מתשלומי נזיקין. לדוגמה, אם נתקלה בהמתו של הזוכה באבן, ונפלה על פירות המזכה, וכך ניצלה מחבטה, בעל הבהמה חייב בתשלום הנאתו למזכה, על אף העובדה שהוא פטור מתשלומי נזיקין, אפילו בדיני שמים[58].

3. מניעת הנאה

כאמור, המשפט העברי רואה במניעת רווח חסרון המחייב את הזוכה בתשלום הנאתו. מה דינו של זוכה שמנע בזכייתו מן המזכה הנאה מנכסיו? האם מניעת הנאתו של המזכה מוגדרת אף היא כחסרון, המחייב את הזוכה בתשלום הנאתו?

הרמ"א[59] קובע, שאדם "שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית, והוא דר בו", פטור מכל תשלום. אדם זה פטור בדיני נזיקין, אף על פי שמנע מהבעלים מימוש זכותו להשתמש בנכס, מכיוון שהנזק אינו ישיר ו"גרמא בנזיקין – פטור"[60]. על פי מה שראינו עד עתה, קביעת הרמ"א מעוררת תמיהה, שהרי אף אם המזיק פטור בדיני נזיקין, הוא חייב לכאורה לשלם את דמי הנאתו.

ניתן לקבוע בבירור, שהרמ"א אינו מאמץ את הטעם הרביעי או החמישי כסיבה לפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר"[61]. הטעם הרביעי מבסס את הפטור על הנחת קיום מחילה, ואין מקום להניח שאדם שגורש מביתו, ימחול למגרש, ולא ידרוש ממנו תשלום על הנאתו. הטעם החמישי מבסס את הפטור על שיקולים מוסריים, העושים את הדרישה לתשלום למידת סדום, ודרישה זו ממי שדר בביתו של אדם, לאחר שגירש אותו ממנו אינה לא מוסרית.

אפשר להסביר קביעה זו של הרמ"א, אם נניח שחובת הזוכה בתשלום תלויה בנימוק של "מעין גזלן"[62]. אדם ש"גזל" מקרקעין של חברו, ומנע ממנו שימוש בהם, אינו חייב לשלם בעד השימוש במקרקעין שגזל, משום ש"קרקע אינה נגזלת" ו"ברשות בעליה עומדת"[63]. לכן, גם אם מנע הזוכה מבעל המקרקעין את השימוש בהם, לא נטל ממנו דבר, ואין לחייבו בתשלום מדין "מעין גזלן"[64]. לעומתו, גזלן מקרקעין שמנע מהמזכה רווחים צפויים (כגון שגזל מקרקעין העומדים להשכרה), ו"אכל" בעצמו את הרווחים שהיו מיועדים למזכה, חייב בתשלום מדין "מעין גזלן". קרקע אינה נגזלת, אך פירות הקרקע נגזלים. הרווחים שהיו צומחים מנכסיו של המזכה אינם נידונים כמקרקעין עצמם, אלא כפירות

[58] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שצד, סעיף א; בדוגמה המובאת בפנים, התשלום שהזוכה חייב בו לא יעלה על שווי הפירות, משום שהגבול העליון בתשלומי הנאה הוא שווי הזכייה בשוק. בשום פנים, הזוכה אינו משלם יותר מסכום זה, גם אם הנאתו הסובייקטיבית גדולה יותר. למקרים אחרים של זכייה באונס, שהחסרון שנגרם בהם באונס הוא קטן משווי הזכייה בשוק, ראה להלן, הערה 130.

[59] הרמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו; מקורו במרדכי, בבא קמא, פרק ב, סימן טז.

[60] טור חו"מ, סימן שפו, סעיף ג.

[61] ראה לעיל, ליד ציון הערות 20, 21.

[62] ראה לעיל, ליד ציון הערה 15.

[63] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעא, סעיף א.

[64] מרדכי, בבא קמא, סימן טז; ביאור הגר"א, סימן שסג, ס"ק יד.

המקרקעין[65]. אדם שגזל מקרקעין של חברו, ואכל את פירותיו, חייב בתשלום הפירות מדין גזלה[66]. לכן, מי שדר בביתו של חברו, שהיה עומד להשכרה, חייב בתשלום הנאתו לבעל הבית, ש"אם נשתמש בביתו, ולא העלה שכר לבעליו, עובר משום 'לא תגזול'"[67].

יש לציין, שפוסקים אחדים מגבילים את הפטור של הרמ"א, וקובעים שהמגרש את חברו מביתו, ודר שם במקומו, פטור מתשלום "דוקא כשלא הוצרכו הבעלים לשכור על ידי זה דירה"[68]. אבל אם הוצרכו הבעלים לשכור דירה, הפולש חייב לפצות את הבעלים, גם אם היה יכול לגור בדירה אחרת חינם (ומשום כך הוא מוגדר כ"לא נהנה"). הפולש חייב לשלם את שווי הזכייה בשוק, גם אם הסכום שהוציא הבעלים לשכור דירה חלופית קטן מסכום זה. דעות אלו חלוקות לגבי התשלום שהפולש חייב לשלם, כשנאלץ הבעלים להוציא סכום הגבוה משווי זכיית הפולש בשוק[69].

ג. חסרון המלווה בהנאת המזכה

אם הביאה הזכייה למזכה יתרון, לצד החסרון שנגרם לו, ויתרון זה מאזן את חסרונו של המזכה, רואים את זכייתו של הזוכה כאילו אינה כרוכה בחסרון המזכה[70].

לכן, אדם הדר בביתו של חברו, והבית לא עמד להשכרה, יהיה פטור מתשלום שכר, וזאת על אף הבלאי הטבעי הכרוך בשהייתו בדירה. ההסבר לכך הוא, שבעל הבית נהנה גם הוא מכניסתו של הדייר, משום שנוח לו שלא יעמוד ביתו ריק. הנאה זו מאזנת

[65] הרא"ה, המובא בנימוקי יוסף לבבא קמא כ ע"א, דף ח ע"ב בדפי הרי"ף; נחלת דוד, בבא קמא כ ע"א. וראה גם דבריגו בהערה 68 לסעיף 1(א).

[66] טור חו"מ, סימן שעא, סעיף י.

[67] לשון הטור, שם. ראה דיוננו לסעיף 1(א), ליד ציון הערה 66. נזכיר כאן, שגם אם עמדו המקרקעין להשכרה, אך מי שתפס אותם ומנע מהבעלים שימוש בהם לא נהנה מהם בעצמו, הוא יהיה פטור מכל מתשלום, בהתאם לכלל "גרמא בנזיקין – פטור". אך יש חולקים על כך, ראה להלן, בהערות 68, 69.

[68] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שסג, סעיף טז; כדעה זו מסיק מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן יא. "מחנה אפרים" מחייב בתשלום, אדם שמנע את חברו מלהשכיר את חצרו, גם אם לא דר בו במקומו. חובה זו היא מדיני נזיקין. שיטתו מנוגדת לדברי השולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו, המחייב אדם בתשלום רק אם דר בחצר; באר הגולה, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו, אות ג. וראה להלן, ליד ציון הערה 105.

[69] דעתו של המחנה אפרים, שם, היא שחובת התשלום של הפולש היא על פי דיני נזיקין – "גרמי". הפולש יהיה חייב בתשלום הנזקים שנגרמו לבעלים, גם אם הם גדולים יותר מערך זכייתו של הפולש. גם מדברי ערוך השולחן ניתן להסיק, שאם נאלצו הבעלים לשכור דירה חלופית, הפולש חייב בתשלום, על פי דיני נזיקין, משום שיש בדבר "יותר מגרמא". לעומתם, באר הגולה מחייב את הפולש, משום ש"אכל חסרונו של חברו". על פי טעם זה, לא יחויב בתשלום הגבוה מערך זכייתו בשוק.
נראה שהרמ"א פוטר את הפולש מתשלום, גם אם נאלץ הבעלים לשכור דירה חלופית. אמנם הרמ"א מחייב כל זוכה לשלם למזכה, כשזכייתו כרוכה בחסרונו של המזכה, אף אם הזוכה מוגדר כ"לא נהנה". בכך הוא קובע את חובת הזוכה לשלם מדין "מעין גולן", כשאכל את חסרונו של חברו, אך חיוב זה מוגבל למקרים שבהם החסרון למזכה הוא בנכס שזכייתו של הזוכה גובעת ממנו (ראה להלן, פרק חמישי, עמ' 67).
יש לציין, שלדעת ערוך השולחן, חו"מ, סימן שסג, סעיף טז, הרמ"א פוטר את הפולש מתשלום רק אם לא מחה הבעלים נגדו; אבל אם מחה נגדו, הפולש חייב בתשלום גם אם לא נאלץ הבעלים לשכור דירה חלופית. אולם יש פירושים אחרים לדברי הרמ"א, הקובעים שהוא חולק על היסוד לפיו הזוכה חייב לשלם, בשהבעלים מוחה (ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 57).

[70] חידושי הרשב"א, בבא קמא כא ע"א, ד"ה אמר; נימוקי יוסף, בבא קמא כ ע"ב, בשם הרמ"ה, ט ע"א בדפי הרי"ף; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק טז; נחלת דוד, בבא קמא כא ע"א.

את חסרונו, ולכן הדייר פטור מכל תשלום. אולם אם היה הבית חדש, הנאתו של בעל הבית אינה מאזנת את הבלאי, והדייר חייב לשלם שכר דירה מלא[71].

ד. חסרון של מה בכך (פחות משווה פרוטה)[72]

דעה אחת בתוספות[73] מחייבת את הזוכה בתשלום הנאתו, גם אם הפסד המזכה הכרוך בהנאתו של זה פחות משווה פרוטה (פחות מערך ממוני מזערי). אולם האחרונים[74] מביעים ספק לגבי דין זה להלכה.

נראה שלשיטות המבססות את חובת תשלום ההנאה על דיני נזיקין או על דיני גזל, וכן לשיטה הרואה בחסרון המזכה גורם מכריע לקביעת קיומה של הלוואה[75], יש מקום לפטור את הזוכה, אם חסרונו של המזכה הוא פחות משווה פרוטה. אולם לשיטה[76] המבססת את הפטור מתשלום, כשהזכייה אינה כרוכה בחסרון, על הנחת מחילה, הזוכה חייב בתשלום הנאתו, מכיוון שמניחים, שאין אדם מוכן, שיזיק לו חברו אפילו בפחות משווה פרוטה[77].

פרק חמישי

הקשר בין הזכייה לחסרון — "שאינה כרוכה בחסרון המזכה"

א. חסרון שקדם לזכייה

עד כה עסקנו בשאלת הגדרת חסרון הגורר אחריו חובת תשלום. אך יש גם שאלה אחרת: מה דינו של זוכה שנהנה כתוצאה מחסרונו של חברו, אך הנאתו לא היא שגרמה לחסרון. דוגמה לזה אנו מוצאים בתשובה המובאת ב"מרדכי"[78]: "מעשה ביהודי אחד שברח מעירו, ולקח השר את ביתו, והשאילו ליהודי אחר, ואותו שברח שאל לו [=ביקש ממנו] השכירות". במקרה זה באה הנאתו של הזוכה לאחר שהמזכה — בעל הבית — כבר היה חסר, משעה שנתפס ביתו על ידי השר[79].

אפשר לציין ארבע שיטות לקביעת חובת התשלום של הזוכה במקרה זה, וכולן מבוססות על ניתוח סוגיה תלמודית[80], הדנה בדוגמה ההיפוטטית הבאה: אדם בלע אוכל של חברו,

[71] כך מיישבים הרשב"א, בחידושיו לבבא קמא כ ע"ב, ד"ה שאני, ונחלת דוד, שם, את הדין המובא לעיל, ליד הציון הקודם, עם דין "שחרוריתא דאשייתא" (בבא קמא כ ע"ב), המובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז.

[72] לעניין זה אין חשיבות מעשית רבה, אולם כאן בא לידי ביטוי נושא עיוני, הנובע מהבדלי הגישות ביסוד החיוב.

[73] תוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה לא צריכא.

[74] מהרש"ל על התוספות שם; נחלת דוד לבבא קמא כ ע"א; שער המלך, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ט; תכמת שלמה, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

[75] ראה לעיל, ליד ציון הערה 19.

[76] ראה לעיל, ליד ציון הערה 20.

[77] ראה רש"י, סנהדרין נז ע"א, ד"ה צערא בשעתא מי ליח ליה?

[78] מרדכי, בבא קמא, פרק כיצד הרגל, סימן יז.

[79] כיוון שהוא מנוע מלהשכירו (ראה מרדכי, שם).

[80] כתובות ל ע"ב.

לאחר שנתחב אוכל זה לתוך גרונו על ידי אדם שלישי[81], ולא יכול היה להוציאו מגרונו אלא "על ידי הדחק". בדוגמה זו מחישו החכמים את אפשרות ההפרדה בין שעת החסרון לשעת ההנאה, שהרי לפני שבלע הזוכה את האוכל, ככר נפסד האוכל, "שאם היה מחזיר, היתה נמאסת ולא שווה כלום"[82]. התלמוד קובע, שהבולע חייב לשלם לבעל האוכל את מה שנהנה באכילתו. במלים אחרות, גם אם ההנאה אינה הגורם לחסרונו של המזכה, הזוכה חייב בתשלום עבור הנאתו. כאמור, הדעות חלוקות בדבר המסקנה המשפטית שיש להסיק מדין זה:

א. התוספות[82] מסבירים, שהזוכה חייב בתשלום הנאתו, אף על פי שקדם לו חסרון המזכה: "הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה". הסברו של בעל "מחנה אפרים"[83] בדברי התוספות הוא, שכלל זה חל על כל הנהנה מחסרונו של חברו, גם אם החסרון קדם בהרבה להנאתו של הזוכה, וגם אם לא גרם הזוכה לחסרון, לא בשעת הזכייה ולא קודם לה.

לשיטה זו, דעת התוספות סותרת את קביעת המרדכי[84], בעניין היהודי שברח מעירו, ולקח השר את ביתו, והשאילו ליהודי אחר (שהזכרנו לעיל), שכתב המרדכי שם: "ופסק הרב רב שמואל, שלא יתן לו, דהאי ביתא לא קיימא לאגרא [=שבית זה אינו עומד להשכרה], שאם יצא היהודי מן הבית, השר ישאילנו לעובד כוכבים, ונמצא זה נהנה וזה אינו חסר". "מחנה אפרים" קובע, שהתוספות היו מחייבים את הדייר לשלם ליהודי שברח. אמנם החסרון (אי יכלתו של הבורח להשכיר את ביתו) היה תוצאת פעולתו של אדם שלישי — השר — והחסרון קדם בהרבה להנאת הזוכה, אולם הזוכה חייב בתשלום הנאתו למזכה, כיוון שנהנה מחסרונו.

ב. לפי הסבר אחר בדברי התוספות, הזוכה חייב בתשלום הנאתו גם כשקדם לה חסרון המזכה, אף אם לא גרם הזוכה לחסרון, בתנאי ששעת ההנאה צמודה לשעת החסרון[85].

לשיטה זו, דעת התוספות אינה סותרת את קביעת המרדכי. המרדכי פוטר את הדייר מתשלום לבורח, שהרי "החסרון היה מכבר, וההנאה בא[ה] לו אחר זמן רב"[86]. התוספות

[81] ראה דברינו על סעיף 1(ב), ושם נתבאר, שלדעת פוסקים אחדים, יש להבחין בין זכייה ביזמת גורם שלישי לזכייה שבה המזכה גורם לעצמו חסרון מתוך כוונה לזכות את הזוכה. במקרה האחרון, הזוכה יהיה חייב בתשלום בכל מקרה שחטר המזכה, משום שיזמתו של המזכה יוצרת זיקה בין הזכייה להפסד. ראה סעיף 1(ב), הערה 72, שגם לשיטות הקובעות שהזוכה מיזמתו של גורם שלישי פטור מתשלומי הנאה למזכה, אין הדין כן בהנאת אכילה.

[82] תוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה הא איתהניח.

[83] מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן יג.

[84] מרדכי, שם; מסקנת "מחנה אפרים" קשה, שהרי המרדכי, שם, סימן טז, מביא את דעת התוספות בלא לערער עליה.

[85] שער משפט, סימן עב, ס"ק לא, בדעת התוספות והמרדכי. יש לציין, שגם לשיטה זו, הרואה את הצמידות הכרונולוגית כגורם המכריע המקשר בין החסרון לבין הזכייה, היה מקום לחייב את הדייר בתשלום, במקרה המובא במרדכי, משום שניתן לראות בנזק של בעל הבית, שנאלץ לברוח מפני השר, נזק מתמשך, וגם בשעה שנהנה חברו, השר מזיקו, כשאינו מאפשר לו להשכיר את ביתו. ראה: מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן יג, בהסבר השיטות החולקות על דברי התוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה הא איתהניח.

[86] שער משפט, סימן עב, ס"ק לט.

nevo.co.il

חייבו את האדם שבלע אוכל של חברו, שנתחב לתוך גרונו על ידי אדם שלישי, מכיוון "דזה הוי כבת אחת"[87].

החסרון וההנאה נחשבים כבאים "בבת אחת" רק אם היו צמודים לגמרי. גם הפרש של שניות אחדות בין החסרון להנאה פוטר את הזוכה מתשלום[88]. אך אם ההנאה והחסרון באים "בבת אחת", הזוכה חייב בתשלום הנאתו, גם אם לא גרם לחסרון[89].

ג. הסבר אחר בדברי התוספות גורס, שהזוכה חייב בתשלום הנאתו, כשקדם החסרון של המזכה להנאתו, גם אם שעת ההנאה אינה צמודה לחסרון, ובלבד שהזוכה הוא זה שחיסר את המזכה[90]. אם חסרונו של המזכה נבע ממקור אחר, אף על פי ששעת החסרון צמודה לשעת ההנאה – הזוכה פטור מכל תשלום[91]. התוספות חייבו את הבולע, מכיוון שגרונו הוא שהפסיד את האוכלין (אמנם באונס), ואף קודם שעת הנאתו. המרדכי קבע, שהדייר שדר בביתו של חברו הנמלט, פטור משום שלא הדייר גרם לחסרונו של בעל הבית, כי אם השר.

ד. לפי דעה אחרת הזוכה פטור מלשלם כל זמן שלא נגרם החסרון בשעת הנאתו של הזוכה, אלא קודם לכן. הזוכה פטור מתשלום גם אם הוא הגורם לחסרון, וגם אם החסרון וההנאה באו בסמוך זה לזה[92].

אפשר אם כן לסכם את ארבע השיטות שבשאלת חסרון שקדם לזכייה כך: לפי הדעה הראשונה, הזוכה חייב תמיד בין אירעה זכייתו בסמוך לחסרון ובין אם לאו, וכן בין הוא גרם את החסרון ובין אם לאו. הדעה הרביעית שהזכרנו נוקטת עמדה הפוכה לחלוטין. לפי דעה זו הזוכה פטור תמיד, כל זמן שלא נגרם החסרון בשעת הנאתו. דברים אלו אמורים גם אם הוא גרם את החסרון, ואף אם באו החסרון וההנאה בסמוך זה לזה. בין שתי הדעות הקיצוניות הללו יש עוד שתי דעות ביניים: האחת גורסת, שאם הזוכה הוא שחיסר בפועל את נכסי המזכה, הרי הוא חייב כלפי המזכה, בין אם זכייתו סמוכה לחסרון ובין אם לאו. לפי הדעה האחרת, הגורם הקובע הוא גורם הסמיכות בין החסרון וההנאה. אם ההנאה סמוכה לחסרון, הזוכה חייב, בין גרם את החסרון ובין לא גרמו. לעומת זאת, אם נהנה הזוכה לאחר החסרון, הרי הוא פטור, אף אם גרם את החסרון.

---

87 שו"ת בית שלמה, חו"מ, סימן קכב. ובסוף דבריו הוא אומר: "כעין סברת הריצב"א שבתוספות כתובות הנ"ל" (הכוונה לתוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה), שכן הריצב"א קובע, שרגע התחיבה ורגע הבליעה נידונים כ"בת אחת", לעניין "קים ליה בדרבה מינה", אך לא לעניין "זה נהנה וזה לא חסר".

88 התחלת הבליעה וסוף הבליעה נידונים כבת אחת; הכנסת האוכל לפיו של הבולע וסוף בליעתו אינם נידונים כבת אחת (שיטה מקובצת לכתובות ל ע"ב, ד"ה אי דמצי לאהדורה, בפירוש הריצב"א; הריצב"א בתוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה).

89 שער משפט, סימן עב, ס"ק לט.

90 אף על פי שמבחינה משפטית הוא אינו אחראי לחסרון זה.

91 מרחשת, חלק ב, סימן לה, פרק ד, ס"ק ח. ועיין דברינו על סעיף 1(ב) פרק שלישי, עמ' 47-48, המבססים את ההבחנה בין זכייה ביזמת המזכה לבין זכייה ביזמת גורם שלישי על היסוד המונח בדברי המרחשת. ראה שם, הערה 70.

92 ר"י בתוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה; הדעה הראשונה בתוספות, שם, ד"ה לא צריכא; לשיטה זו, אם הבולע היה מחזיר את האוכלין מבית הבליעה, היו שווים משהו. לכאורה תפטור שיטה זו את הדייר בתקדים הנזכר במרדכי, אך עיין לעיל, הערה 85, כדברי "מתנה אפרים".

פוסקים רבים[93], ראשונים ואחרונים, קובעים שהזוכה חייב בתשלום הנאתו, גם אם נבעה מחסרון שקדם להנאה.

את עמדתו של השולחן ערוך בסוגיה זו ניתן להסיק מדבריו בהלכות הלוואה[94]: "ראובן שהיה לו משכון ביד עכו"ם המלוה בריבית, ושמעון הוצרך למעות, וביקש מראובן שירשהו ללוות ממנו [מהגוי] על אותו משכון, ועשה כן, ונשרף המשכון ביד עכו"ם, פטור שמעון מלשלם לראובן דמי המשכון". מקור דבריו הוא תשובת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג[95], המסביר שראובן אינו זכאי לפיצוי – וזאת למרות טענתו שנהנה שמעון מחסרונו (שרפת המשכון), שהרי עכשיו הוא (שמעון) פטור מלהחזיר את ההלוואה – משום ש"מאי איכפת ליה לראובן? ושמעון משמיא הוא דרחים עליה [=מה אכפת לו לראובן? מן השמים ריחמו על שמעון]". שמעון פטור, משום "דבלאו הכי היה לו [לראובן] היזק זה", וההנאה לא גרמה להפסד נוסף.

פוסקים אחדים[96] מסיקים מדברים אלה, שהשולחן ערוך קובע הלכה כשיטה הרביעית, והזוכה פטור מתשלום על כל הנאה, גם כשהיא כרוכה בחסרון המזכה, כל עוד לא גרמה ההנאה עצמה לחסרון בשעת ההנאה. אולם, ניתן לפרש את דברי השולחן ערוך כתואמים את שיטת הפוסקים המחייבים את הזוכה שנהנה מחסרון שקדם להנאתו, אם הוא עצמו גרם לחסרון (שיטה ג). כאן שמעון פטור, מכיוון שלא הוא גרם לשרפת המשכון.

ב. חסרון בנכס שאינו מקור הזכייה

במסגרת סוגיית הקשר שבין הזכייה לחסרון, נשאלת השאלה: האם אין הזוכה מתחייב אלא כשיש חסרון בנכס שהוא משתמש בו, או שמא יתחייב אף כשאין חסרון באותו נכס, אלא שנגרם למזכה חסרון מצד אחר?

כך, למשל, אחד הפוסקים[97] דן בעניין של אדם שהעתיק ספר של צַבע וגנב ממנו את סודות המקצוע, וגרם נזק לבעל הספר, לא בספר עצמו (שהרי לא נגע בו), אלא שמעתה הוא – המעתיק – מתחרה במלאכתו. פוסק זה קובע עקרונית, שגם כשחסרון המזכה אינו בנכס שנבעה ממנו הזכייה לזוכה, אלא בנכס אחר, הזוכה חייב בתשלום הנאתו למזכה, ומשום כך מחייב את המעתיק בשווי זכייתו – ערך המידע שגנב. את מסקנתו הוא מבסס על עיון בדברי השולחן ערוך[98], שקבע שאם מחה המזכה כנגד הזוכה קודם הנאתו, הזוכה חייב בתשלום, גם אם לא חסר המזכה בזכייתו של הזוכה. הוא טוען, שגם אם חסרונו של המזכה אינו בנכס שנבעה ממנו ההנאה למזכה, יש להניח שהמזכה היה מוחה נגד זכייה חינם מנכסיו, כשהיא כרוכה בחסרונו במקום אחר.

---

[93] רש"י, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה; תוספות הרא"ש, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה; ריצב"א בתוספות, שם, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה; קצות החושן, סימן רמו, ס"ק ב; נתיבות המשפט, סימן רמו, ס"ק ה; מרחשת, חלק ב, סימן לה, פרק ח, ס"ק ב.

[94] שולחן ערוך, חו"מ, סימן עב, סעיף מד.

[95] מובא במרדכי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שעא. ראה דברינו על סעיף 4, הערה 84, לגבי פירעון הלוואה לנושה שאינו יהודי.

[96] שער משפט, סימן עב, ס"ק לט; שו"ת בית שלמה, חו"מ, סימן קכב.

[97] שו"ת עמודי א"ש, דף סו ע"ב; וראה בעניין זה: נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער ראשון, פרק עשירי, עמ' 32.

[98] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז.

פוסק זה מתבסס על הדעה הרואה במחילת המזכה את היסוד לפטור, כשזכיית הזוכה אינה כרוכה בחסרון המזכה[99]. עקרונית יש מקום לאימוץ מסקנה זו גם על ידי השיטות הפוטרות את הזוכה מחובת השבה שלא מטעמי מחילה[100]. אולם לפי הטעם השני, שראינו לעיל[101], שהפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" מיוסד על דיני גזלה (ב"זה לא חסר", אין גזלה), נראה שיש לחייב את הזוכה בתשלום רק כשאכל את "פירותיו"[102] של המזכה, והרי אפשר לראות את הזוכה כמי שאכל את פירותיו של המזכה רק באחד משני התנאים: (1) חסרונו של המזכה הוא בנכס שנבעה ממנו הזכייה; (2) הזוכה התחרה בחברו ופגע בהכנסותיו[103], כגון בדוגמת הצבע שראינו לעיל. אולם אם חסרונו של המזכה אינו בנכס שנבעה ממנו ההנאה, וכן הזוכה אינו צובר רווחים שהמזכה היה יכול להשיגם לולא הזכייה, לא אכל הזוכה את "פירות" המזכה, ולכן הזוכה יהיה פטור מתשלום הנאתו[104]. ניתן על פי זה להבין, מדוע הרמ"א, כשקבע שמי "שהוציא בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו, פטור מכל תשלום"[105], לא הגביל את דבריו למקרה בו "לא הוצרכו הבעלים לשכור על ידי זה דירה"[106]: גם אם נאלץ הבעלים לשכור דירה חלופית, אין חסרון בנכס שנובעת ממנו זכייתו של הפולש.

פרק שישי

חסרון הקטן מהזכייה — "רשאי לפטור... כולה או מקצתה"

א. הכלל: משלם הכול

מה דינה של זכייה שערכה עולה על שיעור חסרונו של המזכה? האם יש בזה כדי להחשיב את הזכייה כולה לזכייה הכרוכה בחסרונו של המזכה (זה נהנה וזה חסר), ולחייב את הנהנה על כל הנאתו, או שמא יתחייב רק בשיעור החסרון[107]? דיון בסוגיה זו יוביל אותנו בעיקר לקביעת גדרים ובחנים בשאלה: מתי לפטור את הזוכה ממקצת

[99] ואולם, ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 56, שפסקו של השולחן ערוך מוקשה, וחלקו עליו כמה מן האחרונים. כמו כן, ראה לעיל, פרק רביעי, עמ' 62, שלדעת הרמ"א, מחאה כשלעצמה אינה מחייבת את המזכה בתשלום. לאור האמור, העיקרון הגורף שקבע בעל "עמודי א"ש" תלוי על בלימה.

[100] ראה: כאר הגולה, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו, אות ד, המחייב את הדייר בתשלום דמי שכירות בגין החסרון שגרם, כשאילץ את הבעלים לשכור דירה חלופית, דהיינו שהחסרון היה במקום אחר. אין לנמק קביעה זו בטעם "מחאה", שהרי אם לא נאלץ לשכור דירה אחרת, פטור הפולש מתשלום, אף שוודאי אין כאן הנחת מחילה.

[101] לעיל, ליד ציון הערה 15.

[102] לשון הרא"ה, בנימוקי יוסף לבבא קמא כ ע"א, ח ע"ב בדפי הרי"ף.

[103] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן כד; ושו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קנז, דנים בזכייה הכרוכה בחסרון זה.

[104] עיין לעיל, הערה 69.

[105] רמ"א, חו"מ, סימן שטג, סעיף ו. ועיין לעיל, הערה 69.

[106] לשון ערוך השולחן, חו"מ, סימן שסא, סעיף י. ערוך השולחן עצמו, מגביל את קביעת הרמ"א רק למקרה שלא נאלצו הבעלים לשכור דירה חלופית. ראה לעיל, ליד ציון הערה 68.

[107] עניין זה נידון בהרחבה מהיבט אחר בדיוננו לסעיף 1(א), פרק שני, עמ' 14, עיין שם.

nevo.co.il

חובת ההשבה? אכן, אחד המקרים שראוי לכאורה להחיל בהם פטור זה, הוא כשזכייתו של הזוכה עולה על חסרונו של המזכה[108]. בפרק זה יתברר, שהכלל המקובל הוא, שגם אם החסרון קטן מערך הזכייה, על הזוכה לשלם עבור מלוא הנאתו, ואולם לכלל זה חריגים חשובים, שיידונו אף הם בהמשך הפרק.

המקור לדיון בבעיה זו הוא בסוגיה התלמודית[109], העוסקת ב"זה נהנה וזה לא חסר". התלמוד מביא משנה[110] הדנה בבית משותף, היינו שהבית שייך לאחד והעלייה לאחר, ונהרס הבניין כולו. המשנה קובעת, שאם בעל הבית מסרב לבנות את הבית, בעל העלייה בונה את הבית עד לתקרה התחתונה, ויושב בבית עד שיתן לו בעל הבית את הוצאות הבנייה. ר' יהודה אינו מסכים להלכה זו, ואומר: "אף זה דר בחצר חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר". כלומר, מדברי ר' יהודה אנו שומעים, שבאופן זה בעל העלייה חייב לשלם דמי שכירות לבעל הבית, אף על פי שבעל הבית אינו חסר, שהרי בלאו הכי לא רצה לבנות את הבית. ומכאן מבקשת הגמרא להוכיח, שזה נהנה וזה לא חסר – חייב. אך הגמרא דוחה את ההוכחה בקבעה: "שאני התם [=שם המצב שונה], משום שחרוריתא דאשייתא", ופירש רש"י: "שמשחיר לו הכתלים, הלכך חסר הוא, אבל בית ישן – לא". כלומר, שבשביל החסרון של השחרת הכתלים, בעל העלייה חייב לשלם לבעל הבית, ואם כן מקרה זה אינו בחינת "זה נהנה וזה לא חסר" אלא "זה נהנה וזה חסר", ומשום כך חייב בתשלום.

שיטת הרמ"ה[111] בהבנת הסוגיה היא, שהזוכה פטור מכל תשלום שהוא יותר מגובה חסרונו של המזכה, והוא יחויב לפצות את בעל הבית רק עבור הנזק של השחרת הכתלים. במלים אחרות, דעתו היא, שכשהחסרון קטן מהזכייה, הזוכה אינו צריך לשלם למזכה סכום העולה על אותו חסרון[112]. יש הקובעים[113], שדעת הרמב"ם[114] כדעת הרמ"ה. דעה אחת[115], המסכימה בעיקרון לקביעת הרמ"ה, מחייבת בכל זאת בדרך כלל את הזוכה בתשלום בגובה זכייתו, גם כשסכום זה גדול מחסרונו של המזכה. הטעם לכך הוא: "כיון שעשה איסור, קנסוהו רבנן לשלם הכל, כדי שלא יהא חוטא נשכר". במקרה המובא בגמרא הזוכה לא היה "חוטא", שכן נאלץ להתגורר בביתו של בעל הבית, בגלל סירובו של זה להקים את ביתו, ולכן שם לא נתחייב אלא בפיצוי הנזק שגרם, דהיינו השחרת הכתלים.

[108] ב' ליפשיץ במאמרו, "'זה נהנה וזה לא חסר' – זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?", הפרקליט לז (תשמ"ז) 203, מטיל ספק בדבר. הוא אומר, שלכאורה ברגע שיש למזכה תסרון, ואפילו חסרון קטן, אין מקום להחיל את סעיף 2, שהרי הסעיף מדבר בשזכייתו של הזוכה אינה כרוכה בחסרונו של המזכה, והרי כאן הוא חסר, אף על פי שחסר רק מעט. אך כנגד זה יש לומר, שניתן לפטור את הזוכה על פי הנאמר בסיפא של הסעיף, המדבר על "נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".

[109] בבא קמא כ ע"ב.

[110] משנה, בבא מציעא י, ג.

[111] הרמ"ה, המובא בנימוקי יוסף לבבא קמא, ט ע"א בדפי הרי"ף; ובבית יוסף, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז; וראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק כ, לדעתו הרשב"א סובר כרמ"ה.

[112] על שיטת הרמ"ה, ראה דברינו בסעיף 1(א), הערה 59; וראה לעיל, הערה 14.

[113] נודע ביהודה, מהדורא תנייאנא, חו"מ, סימן כד; לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן טו; סימוכין לדעתם, ראה בתשובת הרמב"ם, מהדורת בלאו, סימן תמד. לעומתם, המגיד משנה, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ט, קובע שהרמב"ם אינו חולק על דעת הראשונים, המוזכרים להלן, הערה 116.

[114] רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ט.

[115] עיניים למשפט, בבא בתרא ד ע"ב, ציונים א־ד, המסביר את קריית ספר, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג.

nevo.co.il

ואולם, שלא כרמ"ה, הבינו רוב הראשונים[116], שכוונת הסוגיה היא, שעל הזוכה יהיה לשלם את כל ערך הנאתו, ולא רק את החסרון המועט שגרם. דעה זו אף נפסקה להלכה על ידי השולחן ערוך[117], וזה לשונו: "יש אומרים, דכשאין החצר עומד לשכר – דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר – אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה בית חדש, וזה חסרו כמה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, על ידו מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה".

הלכה זו מובנת על פי כל הטעמים שמנינו לעיל. הדבר פשוט אם מניחים שהפטור בזה נהנה וזה לא חסר מבוסס על מחילת המזכה, או על העובדה שתביעת המזכה, כשאינו חסר, אינה מוסרית, ועל כן הדין כופה על המזכה לוותר ("כופין על מידת סדום"). ברגע שנגרם חסרון למזכה, ואפילו חסרון מועט, בטל טעם הפטור, וממילא מתחייב הזוכה בתשלום הנאתו[118].

לפי הדעות האחרות, שהזכרנו לעיל, היה מקום לכאורה לפטור את הזוכה מכל תשלום שהוא יותר מחסרונו של המזכה. לדעות אלו, טעם הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" הוא, שבלא חסרונו של המזכה אין יסוד לחיוב. רק הנאה הכרוכה בהפסד המזכה – דהיינו הנאה שנבעה מכך שעבר חסרונו של המזכה לידי הזוכה – מוגדרת כהלוואה או כפירות המזכה, שאכלם הזוכה. על פי אותו היגיון, צריך היה להסיק לכאורה, שדין הנאתו של הזוכה כדין הלוואה, כדין פירות המזכה, רק עד הסכום שחסר למזכה, בדומה להלוואה או לפירות[119].

אולם נראה, שההסבר העיוני לפסק השולחן ערוך, על פי דעות אלה, הוא, שאם נבעה הנאתו של הזוכה מחסרונו של המזכה, יש לראות בהנאתו כולה הלוואה או פירות של המזכה: חסרונו של המזכה תפח בידי הזוכה, והפך בשבילו להנאה גדולה יותר, שהיא עכשיו כהלוואה, או כפירות המזכה בידי הזוכה, ומכאן לחובת התשלום עבור מלוא הנאתו[120].

הכלל שהזוכה חייב בתשלום כל הנאתו אף כשהיא גדולה מחסרון המזכה, אינו חל בכל אופני הזכייה. להלן נדון באלו אופני זכייה מחייבים את הזוכה בתשלום הנאה הגדול מחסרון המזכה, ובאלו עליו לשלם למזכה רק את חסרונו.

[116] תוספות, בבא קמא כא ע"א, ד"ה ויהבי; תוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה לא צריכא; רא"ש, בבא קמא, פרק ב, סוף סימן ו; חידושי הרשב"א, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה שאני; נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב, ט ע"א בדפי הרי"ף, בשם הריטב"א; חידושי הר"ן, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ומהא, בשם הרשב"א; ועיין ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק כ, שלדעתו הרשב"א תולק על ראשונים אלה.

[117] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז.

[118] שער המלך, הלכות גזלה, פרק ג, הלכה ט, המכסס את הפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" על הנחת מחילה, מסביר שהזוכה חייב בתשלום מלוא הנאתו, אפילו אם חסר המזכה חסרון מועט, מכיוון שאם חסר המזכה, יש להניח שהוא מתנגד לזכייתו של הזוכה, ו"וכיון דמילתא דקפידא היא, כי דר חייב לשלם... דלא אמרינן ליה: שלם הך פורתא דחסריה, וליפטר באידך, דמאן יהיב ליה זכותא למידר בשל חברו? [=כיון שהמזכה מקפיד, הזוכה חייב לשלם את הנאתו, ואין אומרים לו לשלם את הסכום המועט של החסרון בלבד, שהרי מי נתן לו זכות ליהנות מנכסי חברו?]".

[119] אפשר כמובן לטעון, שהשולחן ערוך אימץ את השיטה, שלפיה מעיקר הדין הזוכה היה צריך לשלם עבור החסרון בלבד, אלא שקנסו אותו חכמים, "כדי שלא יהא חוטא נשכר"; ראה לעיל, הערה 115. אך מסחבר יותר לומר, שהשולחן ערוך מחייב את הזוכה, מעיקר הדין, בתשלום בגובה זכייתו, גם כשזה גבוה מחסרונו של המזכה.

[120] לעניין זה בהרחבה, ראה בדיוננו על סעיף 1(א), הערה 75; והשווה להלן, הערה 138.

ב. סייג: זכייה שבאה ביזמת המזכה

החוק קובע, בסעיף 1(ב), שהזוכה חייב בהשבה גם אם באה זכייתו ביזמת המזכה, כלומר מי שזיכה את חברו בלי שנתבקש לעשות כן, זכאי להשבה. הטור[121], שעמדתו בסוגייתנו מתאימה לעמדת השולחן ערוך, קובע במקום אחר[122] את ההלכה, שאם שדהו של אחד מוקף בשדות חברו, והקים בעל השדות המקיפים גדרות מסביב לשדותיו, ועל ידי זה הקיף גם את השדה הפנימי בגדרות, בעל השדה הפנימי חייב לשלם למקים "שיעור היקפא יתירתא דגרם פנימי לחיצון", כלומר "כפי מה שגרם לו היקף יתירה"[123] (מדברים אלה עולה, שהמשפט העברי מתחייס למקרה זה כאל מקרה של "זה נהנה וזה חסר". קיום שדה המוקף בין שדותיו של המקיף היא שמגדילה את היקף שדותיו של המקיף, ומשום כך יש לראותו כגורם לחסרון אצל המקיף[124]).

פוסקים אחדים[125] מוסיפים, שדעת הטור היא, שגובה התשלום למקיף הוא כגובה חסרונו בלבד – דהיינו אורך הגדר שהוסיף המקיף בגלל קיום השדה המוקף – אף שהנאתו של המוקף גדולה יותר. דין זה סותר לכאורה את הכלל שראינו קודם, שגם אם חסרונו של המזכה מועט, על הזוכה לשלם עבור מלוא הנאתו. אולם כאמור סתירה זו אינה אלא סתירה לכאורה.

לעיל[126] ראינו, שניתן להסביר את חובת הזוכה לשלם למזכה את שווי זכייתו גם כשהוא גדול יותר מחסרונו של המזכה, אם מניחים שהפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר" מבוסס על מחילת המזכה; המזכה אינו מוחל, אם נגרם לו חסרון ואפילו חסרון מועט. על פי שיטה זו, מובן מדוע חובת הזוכה לשלם למזכה עבור זכייה שבאה מפעולת המזכה שפעל לטובת עצמו[127], מוגבלת לפיצוי עבור חסרונו בלבד: כיוון שפעל המזכה לטובת עצמו בלי להיוועץ בזוכה, והנאת הזוכה היא תוצאה הכרחית מפעולתו, מוכח שאינו

[121] טור חו"מ, סימן שסג, סעיף ז.

[122] טור חו"מ, סימן קנח, סעיף טז.

[123] הרמ"א, חו"מ, סימן קנח, סעיף ו; עיין נחלת דוד, בבא בתרא ד ע"ב; ראה דברינו על סעיף 1(ב), פרק שלישי, עמ' 47, שם ראינו, שאם הזוכה טוען, שאינו נהנה מהזכייה, הוא יהיה חייב בתשלום, רק אם נראה לבית הדין שאין ממש בטענתו. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קנח, סעיף ו, "כמו שיראו הדיינים". וראה בהרחבה דברי נתיבות המשפט, סימן קנח, ס"ק ח, המסביר מדוע המוקף אינו יכול לדרוש מהמקיף שיסלק את הגדר, אף על פי שחלק מן הגדר מוקמת על קרקע המוקף.

[124] השווה לעיל, הערה 44.

[125] הב"ח, חו"מ, סימן קנח, סעיף יד; ש"ך, חו"מ, סימן קנח, ס"ק ד; נתיבות המשפט, סימן קנח, ס"ק ו; שער המלך, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ט, בדעת הטור והרמ"א; נחלת דוד לבבא קמא כ ע"ב, בדעת הטור. שער המלך ונחלת דוד מסבירים כך את הטור, משום שהטור מצטט את דברי הרמ"ה לעניין חישוב התשלום שחייב הניקף למקיף; כפי שציינו בטקסט, שיטת הרמ"ה בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר" היא, שכל זוכה פטור מתשלום הגבוה מחסרונו של המזכה. אולם לפי דעתו של נחלת דוד עצמו, כל עוד הניקף נהנה מהגדר, עליו להשתתף בהוצאות מדיני שכנים (ראה לעיל, הערה 45). לפי שיטה זו, נראה ברור, שגם הרמ"ה יחייב את הניקף בתשלום הגבוה מהתשלום המוטל על כל זוכה אחר. הבחנה זו מוכרחת גם לפירוש בעל נתיבות המשפט, סימן קנח, ס"ק ח; ועיין במלחמות ה' לרמב"ן, בבא בתרא ד ע"ב (כ ע"ב בדפי הרי"ף).

[126] בפרקנו, עמ' 70.

[127] בלא כוונה להועיל לזוכה, ראה עבודתנו על סעיף 1(ב), בסוגיית המזכה מיזמתו. אם פעל המזכה לתועלת הזוכה ובכוונה לגבות ממנו תשלום, הוא אינו מוכן לוותר על תשלום מלא כפי ערך השוק, ראה שם. וראה בהערה הבאה.

nevo.co.il

מתנגד לעצם הנאתו של הזוכה, ולכן הוא זכאי לפיצוי רק כעד החסרון, שהנאת הזוכה גורמת לו[128]. די בטעם זה להסביר מדוע חובת הזוכה לשלם למזכה מוגבלת לפיצוי עבור חסרונו בלבד, גם לאותן השיטות הקובעות שבזכייה ביזמת הזוכה יש לראות בהנאה כולה הלוואה או פירות של המזכה. בזכייה ביזמת מזכה שפעל לטובת עצמו בלא תיאום עם הזוכה, מניחים שמחל המזכה על השתתפות הזוכה בהוצאות שהיו הכרחיות לתועלת המזכה.

כמו כן, על פי אותה דעה[129], המחייבת את הזוכה בתשלום בגובה זכייתו, גם כשסכום זה גדול יותר מחסרונו של המזכה רק, משום קנס, שקנסוהו חכמים, אם המזכה הוא שיזם את הזכייה אין הצדקה לקנוס את הזוכה[130].

לעומת הפוסקים[131] הקובעים שבעל השדה הפנימי אינו חייב בתשלום הגבוה מחסרונו של המגדר – דהיינו אורך הגדר שהוסיף המקיף בגלל קיום השדה המוקף – פוסקים אחרים[132] סוברים, שעל מקרה זה חל הכלל שראינו בקטע הקודם, ולפיכך בעל השדה הפנימי חייב להשתתף בהוצאות הגידור יחסית להנאתו[133].

הסיבה לכך שלכל הדעות מחייבים את הזוכה בהשתתפות בהוצאותיו של המזכה בלבד, ואינם מחייבים אותו בתשלום הנאתו מהזכייה, היא משום שעיקר כוונתו של המזכה הייתה לתועלת עצמית[134].

[128] אמנם המשפט העברי מחייב בעל מקרקעין לשלם את ערכם המלא של מחוברים שהוקמו במקרקעין שלו, אם נוח לו בהקמתם (שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א), אלא ששם פעל המקים לתועלת בעל המקרקעין מתוך כוונה לגבות ממנו תשלום, ולכן הוא זכאי לתשלום מלא, גם אם היו הוצאותיו נמוכות מתשלום זה. לא כן הדבר במגדר, שלא פעל לתועלת בעל השדה הפנימי בכוונה לגבות תשלום עבור הגדר, אלא הקים את הגדר לתועלת עצמו, וההנאה שהגיעה לבעל השדה הפנימי היא רק תוצאה משנית. משום כך, פוטרים את בעל השדה הפנימי מכל תשלום שהוא יותר מההוצאות שניתוספו למגדר בגין השדה הפנימי. ראה על כך בהרחבה, בדיוננו על סעיף 1(ב).

[129] ראה לעיל, ליד ציון הערה 115.

[130] הסבר נוסף לכך שהזוכה אינו משלם יותר מחסרונו של המזכה, כשהזכייה באה ביזמת המזכה, יש במרחשת, חלק ב, סימן לב, פרק ב, ס"ק ז"ח, ופרק ד, ס"ק ט. לדעתו, הזוכה חייב בתשלום מלוא ערך הנאתו, אף שחסרונו של המזכה נמוך מערך ההנאה, רק אם הזוכה חייב לשלם עבור חסרון זה מכוח דיני נזיקין. גם אם חובתו של הזוכה בתשלום הנזק היא "בדיני שמים" בלבד, ובית הדין אינו רשאי לגבות את תשלום הנזק מנכסיו של הזוכה. הזוכה חייב בתשלום מלוא ערך הנאתו, אפילו אם תשלום זה גבוה מסכום הנזק שנגרם למזכה. אך אם אי אפשר להגדיר את הזוכה כמזיק, וערך זכייתו גבוה מחסרונו של המזכה, הוא יהיה חייב רק בתשלום בגובה חסרונו של המזכה. לכן כשיזם המזכה את הזכייה, הזוכה חייב בתשלום הוצאותיו בלבד, שהרי אין להגדירו כמזיק, אפילו לא ב"דיני שמים". והוא הדין לזכייה שבאה לו לזוכה עקב נזק שגרם למזכה מתוך אונס. ראה לעיל, הערה 58.

[131] ראה רשימת הפוסקים, שהובאה בתחילת הערה 125.

[132] סמ"ע, חו"מ, סימן קנח, ס"ק יט; חידושי חתם סופר לבבא בתרא ד ע"ב, ד"ה מגלגלין; תורת חיים לבבא קמא כ ע"ב, ד"ה את; נחלת דוד לבבא בתרא ד ע"ב, לעניין ההלכה. ליישוב שיטת הרמ"ה על פי שיטה זו, ראה לעיל, הערה 125.

[133] הסמ"ע, חו"מ, סימן קנח, ס"ק יט. נתיבות המשפט, שם, ס"ק ו, מנסה להסביר את דברי הסמ"ע על פי העיקרון המקובל על הפוסקים המוזכרים בהערה 125, כלומר, לא ישלם יותר מחסרונו של המזכה, אך הוא מסיק, ש"בפריסה לא משמע כן".

[134] עיין דברינו על סעיף 1(ב), פרק שני, עמ' 41; וכן דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, להלן עמ' 176; עיין גם: נתיבות המשפט, סימן קנח, ס"ק ו, לעניין זכותו של הזוכה לתבוע את סילוק הגדר.

ג. סייג: זכייה שהיה יכול הזוכה להשיגה חינם

הגבלה נוספת לכלל המחייב את הזוכה לשלם את מלוא ערך ההנאה, גם כשהוא גדול מערך חסרונו של המזכה היא, שאם הזוכה יכול להשיג הנאה זו חינם, הוא פטור מתשלום העולה על חסרונו של המזכה[135].

התלמוד[136] מגדיר אדם שזכה בהנאה שהיה יכול להשיגה חינם לולא הזכייה כ"לא נהנה". כשחסרון המזכה שווה בערכו לשווי זכייתו של הזוכה, גם אדם ש"לא נהנה" חייב בתשלום ערך הנאתו למזכה[137]. אולם, כשחסרון המזכה קטן מזכייתו של הזוכה, ומבחינה משפטית הזוכה מוגדר כ"לא נהנה", הזוכה פטור מתשלומי הנאה, וחייב רק בתשלום החסרון[138].

[135] הדעה הראשונה כרמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף ז; ביאור הגר"א, שם, ס"ק כא; נחלת דוד לבבא קמא כ ע"א.

[136] בבא קמא כ ע"א. וראה רבנו חננאל ורש"י, שם.

[137] לדוגמה, מי שדר בדירה העומדת להשכרה בלא רשות הבעלים, כשיכול היה לדור בדירה דומה חינם, חייב לפצות את הבעלים עבור הנזק שנגרם להם, כשלא יכלו להשכיר את הדירה במשך אותה תקופה. אכן, דעת רוב הראשונים היא ש"זה לא נהנה וזה חסר" – חייב. ראה דיוננו על סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 14.

[138] נחלת דוד, בבא קמא, שם; ועיין ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק כא. נראה שגם לפי הגר"א, המבסס את חובת ההשבה על דיני גזל, כ"זה לא נהנה וזה חסר מעט", השבת חסרונו של המזכה מוציאה את הזוכה מכלל גזלן. מכיוון שלא נהנה הזוכה, נמדד "שווי פירותיו" של המזכה כחסרונו בלבד. אם נהנה הזוכה, נקבע "שווי פירותיו" של המזכה כערך הנאתו של הזוכה, מכיוון שחפח החסרון המועט של המזכה להנאה גדולה יותר אצל הזוכה. לעניין זה בהרחבה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 120, וכן בדיוננו על סעיף 1(א), הערה 75.

nevo.co.il

סעיף 2, חלק ב

נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת; זכייה בטעות בנכס המזכה, שאבד עד שעת התביעה

פטור מהשבה

2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

התוכן

פרק ראשון: הכלל: פטור מהשבה 77

פרק שני: חריגים שהזוכה חייב בהם בהשבה 80

א. מבוא 80

ב. התחליף לממון המזכה עומד בעינו ברשות הזוכה 81

ג. הזוכה הזיק את נכס המזכה (שלא מתוך אונס גמור) 82

ד. הזוכה התחייב באחריות הזכייה 84

ה. הזוכה נהנה מהזכייה 85

nevo.co.il

פרק ראשון

הכלל: פטור מהשבה

החוק קובע, שבית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה אם "ראה נסיבות... העושות את ההשבה בלתי צודקת"[1]. סעיף זה התפרש כעומד להגנתו של מי שזכה בטעות בזכייה מן המזכה, ובשעת התביעה הזכייה כבר אינה ברשותו, משום שבחשבו בטעות שהיא שלו, קלקל אותה או העביר אותה לאחר. תביעת ההשבה במקרה זה שוב אינה צודקת, משום שהרע הזוכה את מצבו[2].

פרידמן[3] מציין, שסעיף זה מבוסס במידה רבה על פסק דינו של השופט זוסמן בע"א 827/76, ישראל נ' בנק הפועלים[4]. בפסק דין זה מצטט השופט זוסמן את הריסטיטמנט האמריקני הקובע: "זכותו של אדם להשבה בגין טובת הנאה שקיבל תבוטל או תופחת, אם אחרי קבלת טובת ההנאה הנסיבות השתנו באופן שיהא זה בלתי צודק לדרוש מהאחר השבה מלאה"[5] (מכאן ואילך: שינוי נסיבות). פרידמן[6], בנמקו את הפטור, כותב שמכיוון שהתביעה בגין עשיית עושר מושתתת על "הלכות היושר והצדק הטבעי... זכאי הנתבע להשתית את הגנתו על אותו עיקרון עצמו".

במשפט העברי, שיקולי הצדק שפרידמן מדבר עליהם, כבר התגבשו במערכת כללים משפטיים מוגדרים. כך, בניגוד לעמדה שמציג פרידמן, ולפיה מקור החיוב בהשבה הוא ה"צדק הטבעי", ראינו שבמשפט העברי חיובו של הזוכה להשיב נכס שקיבל בטעות מחברו, מבוסס על הטענה המשפטית של "ממוני גבך [=ממוני אצלך]"[7]. כלומר, החיוב מבוסס על העובדה, שבעלותו של המזכה בנכס לא נפגמה עקב החזקת הנכס בידי הזוכה. אותו נימוק משפטי עצמו מחייב את המסקנה, שאם בשעת התביעה הנכס כבר אינו ברשות הזוכה, אין המזכה יכול לבסס את תביעתו על טענת "ממוני גבך", וממילא הזוכה פטור מהשבה[8].

1 לשון סעיף 2.

2 ראה: פרידמן, סעיף 734. וראה מאמרו המקיף של מ' מזוז, "'נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת' — סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979", משפטים י (תש"ם) 487 (מכאן ואילך: מזוז), עמ' 514-511; וראה גם: צ' ענבר, "שינוי מצב לרעה כהגנה מפני חביעת השבה", הפרקליט לד (תשמ"ב) 236.

3 פרידמן, סעיף 21.

4 ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153.

5 סעיף 142(2) לריסטיטמנט; מובא אצל מזוז, עמ' 512, ליד הערה 123.

6 פרידמן, סעיף 731. וראה גם: מזוז, עמ' 516.

7 ברכת שמואל לבבא בתרא, סימן ז; ובלשון הרשב"א: "ממונו של זה... בידו" (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן יג); ראה דברינו על סעיף 1(א).

8 אמנם גישת המשפט העברי היא, שהטעם לפטור במקרה זה הוא משפטי, אך אין בכך סתירה לדברי החוק על "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת". השיקולים המשפטיים העומדים לפני מי שדן בחובת ההשבה על פי המשפט העברי — האם נהנה הזוכה הנאה חושית מזכייתו? האם עומד בעינו, ברשות הזוכה,

מכאן, שבשעת התביעה, על בית המשפט לקבוע, אם נותרה הזכייה בעין אם לאו. כשערבב הזוכה את נכסי הזכייה בנכסים זהים משלו, ועד שעת התביעה אבדו או נגנבו מקצת מן הנכסים המעורבבים, מניחים שנכסי הזכייה בנכסים שנותרו הם באותו יחס שהיו בתערובת המקורית[9]. אולם, אם הנסיבות אינן מאפשרות קביעה זו, כגון שנגנב או אבד רק פריט אחד מתוך התערובת[10], או כשהזכייה שנתערבבה הייתה רק נכס אחד, לא ניתן לחייב את הזוכה על בסיס טענת המזכה: "ממוני גבך", משום שמול טענה זו של המזכה עומדת תשובת הזוכה: "דילמא [=אולי] שלך נאבד"[11]. שונה הדבר, אם הוציא הזוכה חלק מהנכסים המעורבבים מתוך התערובת לשימושו. בהוצאת הנכסים מהתערובת, בירר הזוכה את חלקו מתוכה[12], ולכן אם לא הוציא יותר מכמות הנכסים שהיו לו קודם שנתערבבו, נותרו נכסי המזכה בעין. גם אם הוציא מהתערובת יותר ממה שהיה לו קודם שנתערבבו, העודף הוא מנכסי המזכה. סוגיה זו ידועה כסוגית העקיבה (tracing).

תחליף לממון המזכה? האם הזוכה אחראי לאבדן הזכייה? – תואמים את שיקולי ה"צדק", "על פי הכללים העיקריים שהתפתחו בארצות הברית בסוגיה זו" (לשונו של מזוז בהערה 124), אף על פי שההכרעה של המשפט העברי בשיקולים אלה שונה מזו של המשפט האמריקני. מזוז כותב, ששיקולי הצדק שהנחו את הדנים בסוגיה זו בשיטות משפט שונות יסודם ב"ארגומנט הקניני...[ה]עומד מאחורי הקלעים" (מזוז, הערה 76, ועיין שם, ליד ציוני הערות 74–76). מה שמוגדר בשיטות אלו כשיקולים של צדק, מוגדר במשפט העברי כשיקולים הקשורים לזכות הקניינית של המזכה בנכסיו, כלומר הצדק התמסד במערכת הכללים המשפטיים. המחוקק שבחר לנקוט בלשון של "צדק", השאיר את יצירת הכללים המפורטים והממוסדים יותר לבתי המשפט, שיכולים להיעזר במשפט העברי לצורך זה.

[9] חידושי הרמב"ן לבבא מציעא קטז ע"ב, ד"ה מתניתין; תרומת הדשן, סימן שיד; שולחן ערוך ורמ"א, חו"מ, סימן רצב, סעיף י.

[10] דוגמתו של מתנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כו.

[11] רמ"א, חו"מ, סימן רצב, סעיף י; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כו.

[12] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, סעיף יא. כש"נסתפק" השומר מהתערובת, דינו כמי שאכל את הפירות שלו בלבד. קביעה זו מבוססת על הנימוק המובא בתרומת הדשן, סימן שיד, ובסמ"ע, חו"מ, סימן רצב, ס"ק ל, ש"אם לא היה נפסד כלום מהם [כלומר כשכל התערובת קיימת]... לא קפדי אינשי כלל, שיבא לידם את שלהם". ומכאן שאם אחד נוטל חלק מהתערובת, הוא נוטל את חלקו. אמנם השולחן ערוך דן במי שהוציא פריט מהתערובת, והיה ער באותה שעה לכך, שהמיטלטלין שלו היו מעורבבים עם מיטלטלי חברו, אך הדין אינו שונה, גם כאשר זוכה מושך פריט מתוך התערובת בחשבו בטעות שהתערובת כולה שלו. בכעין זה דן הנימוקי יוסף לבבא מציעא מ ע"א (כב ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה מי ידע דמחיל. מדובר באדם שירש נכסים, והיה סבור בטעות, שהוא היורש היחיד. הוא מכר חלק מהנכסים, ובכסף שקיבל תמורתם, השביח קרקעות, שקיבל בירושה. לאחר מכן, התברר שיש יורש נוסף התובע את חלקו בירושה. ההלכה מחייבת את השני לשלם לראשון עבור השבחת המקרקעין שלו. הכסף שהשקיע הראשון להשבחת המקרקעין הוא כולו שלו: "כיון דלא ידע שהיה לו אח, כנֵדאי על דעת עצמו עשה, ואומדן דעתא הוה, אע"פ שלא פירש, הוה ליה כאילו אמר בבית דין: ראו מה שהניח לי אבא, שאם השביח, השביח לעצמו". פרידמן דן בשאלת העקיבה אחר ממון שהתערבב, בסעיפים 697–705 בספרו. לפתרון הדומה לזה של המשפט העברי, ראה דכריו ליד ציונים 122–123. יש לציין שפרידמן, על סמך סעיף 4 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, קובע אמנם, שהבעלות בממון המעורבב "היא לכאורה משותפת, וחלקם של הצדדים נקבע באופן יחסי לסכום של כל אחד מהם שהוכנס לקרן" (סעיף 701); אך הוא ער לאפשרות, שהשותפות היא מוגבלת, והוא כותב: "הסעיף איננו מחייחס לאפשרויות המורכבות של משיכת כספים מקרן מעורבת כזו, הפקדות נוספות באותה קרן וכו'" (הערה 119). שאלה זו חשובה לגבי העקיבה בקרן מעורבבת, אם לא נידחק למטפיזיקה ולפיקציות המאפשרות לשופט לפסוק לפי תחושת הצדק שלו, מבלי לענן את פסק דינו בשיקולים משפטיים קבועים (ראה פרידמן, סעיף 697, והערה 101; וסעיף 701, עמ' 657). המשפט העברי אינו רואה בממון המעורבב ממון משותף לכל דבר, וזאת על פי הכלל: "ממונא לא בטיל" (ביצה לח ע"ב).

יש לציין, שההגנה המבוססת על הטיעון המשפטי של הזוכה, שהזכייה לא נותרה ברשותו, תקפה אך ורק בזכייה שהיא נכס בעין, או הנאה שיש עמה רווח, ולא בטובת הנאה אחרת שאין עמה רווח, שכן הבסיס המשפטי לחובת התשלום עבור הנאות שאין עמהן רווח אינו "ממוני גבך"[13]. על חיובו של הזוכה בזכייה שאין עמה רווח, שנעלמה עד שעת התביעה, דננו לעיל, בסעיף 1(א)[14], ואת המסקנות העולות מדיון זה, נזכיר להלן[15].

כמו כן, מאחר שהפטור, שאנו מדברים עליו, נוהג כאמור כאשר תביעת המזכה מבוססת על טענת "ממוני גבך", דהיינו כאשר התביעה היא קניינית, יש לשים לב, שייתכן שתביעת המזכה תהיה מבוססת על חובת פירעון הלוואה, דהיינו תביעה אובליגאטורית, ולא על תביעה קניינית. במקרה זה, לא יהיה מקום לפטור את הזוכה בטענה שהזכייה לא נותרה ברשותו. לדוגמה, אדם שמכר סחורה לחברו בתום לב, וקיבל תמורתה כסף, ולאחר מכן התברר שהמקח בטל, יהיה חייב בהשבת הכסף לקונה, גם אם אבד הכסף עד שעת התביעה, שלא באשמתו. זאת, משום שהכסף היה בידו כהלוואה; הצדדים התקשרו בעסקת המכר על דעת כן, שאם יתבטל המכר, ישיב המוכר לקונה את כספו[16]. נראה, שהוא הדין בכל מקרה של זכייה בכסף שקיבל הזוכה בטעות, ממי שהיה רשאי להעביר לו אותו, וזאת אם הזוכה היה ער לעובדה, שהכסף מועבר אליו. בכל מקרה כגון זה, אין מקום לדבר על פטור בגין שינוי נסיבות.

מכאן, שיש לראות בזוכה כמחזיק את כסף המזכה בעין רק במקרים מיוחדים: אם קיבל הזוכה את הכסף בלא ידיעתו; או שקיבל את הכסף ביודעין, אלא שקיבלו ממי שלא היה רשאי להעבירו אליו. דוגמה לכך יכול לשמש פסק הדין שהוזכר לעיל[17], שם דן בית המשפט בעניין אדם שקיבל מעטפה סגורה ובה סכום כסף הגדול מהסכום שהיה אמור להיות בה, והעבירה לאדם שלישי מבלי לפתוח אותה. על פי הכללים שראינו, אין במקרה זה מקום לתביעה אובליגאטורית, משום שהזוכה קיבל את הכסף בלא ידיעתו. האדם השלישי קיבל את הכסף ממי שלא היה רשאי להעבירו אליו. התביעה בנסיבות אלו מבוססת על טענת "ממוני גבך".

לסיכום: זכה אדם בממון חברו, ועד שעת התביעה ממון זה כבר אינו ברשותו, בית המשפט צריך לברר, אם חובת ההשבה שחלה על הזוכה, לפני שנעלמה הזכייה, הייתה מבוססת על טענת "ממוני גבך" או על חובת פירעון הלוואה. אם הזכייה שהגיעה בטעות לידי הזוכה באה בתורת הלוואה, לא תתבסס התביעה להשבה על טענת "ממוני גבך", אלא על חובת הפירעון. לכן, תחול חובה זו על הזוכה, גם אם הזכייה כבר אינה ברשותו, והוא לא ייהנה מהגנת "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת". אם הזכייה שבאה לידי הזוכה

[13] ראה בעניין זה דברינו על סעיף 1(א), פרק רביעי, עמ' 21. מעניין שמזוז (עמ' 511-512), בהביאו דוגמאות ל"שינוי נסיבות", מסתפק בדוגמאות שבהן הזוכה התזיק בעין בנכסי המזכה.

[14] דברינו על סעיף 1(א), במסגרת הדיון בשאלת הזמן המכריע לקיום הזכייה, פרק רביעי, עמ' 22.

[15] ראה להלן, פרק שני, עמ' 85.

[16] רמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף כג; תוספות, בבא קמא מו ע"ב, ד"ה ה"ג; רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן לא. בניגוד לדעתו של רב חנינא בירושלמי, שם, פרק ב, סוף הלכה ח; ראה מתנה אפרים, הלכות גזלה, סימן כג, הכותב שאם התכוון המוכר להונות את הקונה, הכסף שקיבל גזול; ועיין רא"ש, כתובות, פרק ד, סימן יו, ונימוקי יוסף לבבא קמא, ב ע"א בדפי הרי"ף.

[17] ראה לעיל, הערה 4.

nevo.co.il

לא הייתה כהלוואה בידו, תביעת המזכה להשבתה מבוססת על טענת "ממוני גבך", ולכן אם נעלמה עד שעת התביעה, הזוכה יהיה פטור מלהשיבה.

אולם, גם לעיקרון זה, לפיו עילת התביעה להשבה בזכייה שהיא נכס בעין נעלמת עם יציאת הנכס מרשות הזוכה, יש חריגים אשר נדון בהם להלן. כבר עתה נציין, שאין מקום לדון בסוגיה זו אלא רק כאשר מדובר בזכייה ביזמתו הלא מכוונת של הזוכה, או בזכייה שבאה לו לזוכה ביזמת המזכה או ביזמת גורם שלישי. זוכה שנטל את נכס המזכה מיזמתו, בידעו שהנכס שייך למזכה, יהיה חייב בתשלום תמורתו תמיד, גם אם נעלם הנכס עד שעת התביעה, שכן הוא גזלן, ובתור גזלן הוא אחראי לכל מה שעלול לקרות לחפץ, ואפילו אם קרה הדבר באונס גמור[18].

פרק שני

חריגים שהזוכה חייב בהם בהשבה

א. מבוא

אם בשעת התביעה, נכס המזכה כבר אינו ברשות הזוכה, הזוכה פטור מכל תשלום, אלא אם כן התקיים אחד מן התנאים האלה:

א. נכס המזכה הוחלף בנכס אחר, והתחליף נמצא ברשות הזוכה. במקרה זה רואים כאילו הנכס עדיין בעין[19].

ב. הזוכה הזיק לזכייה בידיים, כשהיה עליו לברר קודם פעולתו אם הנכס אכן שלו. במלים אחרות, אפשר להטיל עליו אחריות בנזיקין[20].

ג. הזוכה קיבל על עצמו אחריות על הנכס. במלים אחרות, אפשר להטיל עליו אחריות מכוח דיני השומרים[21].

ד. הזוכה נהנה מהנכס קודם היעלמו, או בשעת היעלמו[22].

נדון עתה בהרחבה בחריגים שהצגנו, בהם הזוכה חייב בתשלום בעד נכס שקיבל בטעות, אף על פי שהנכס כבר אינו ברשותו בעת התביעה. כפי שנראה להלן, אחד המקורות לדיון בשאלה זו מצוי בדיני מכר. כאשר אחד הצדדים בעסקת מכר מבטל את העסקה, מתעוררת שאלת ההשבה של הנכסים, שכבר הועברו בגין העסקה. החזקת הנכס, על אף ביטול העסקה, יש בה משום "עשיית עושר ולא במשפט" וחובה להשיבם, בין על פי המשפט העברי ובין על פי החוק[23]. השאלה היא כאמור, האם חובה זו קיימת, גם לאחר שהנכס כבר אינו ברשות הקונה־הזוכה?

[18] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שנט, סעיף ה. והשווה הערה 16. אם עמד הנכס להשכרה, והזוכה לקח אותו בכוונה לחת לבעלים שכרו, ראה רמ"א, ונושאי הכלים, חו"מ, סימן שח, סעיף ז.

[19] ראה להלן, בפרקנו, עמ' 81.

[20] ראה להלן, בפרקנו, עמ' 82.

[21] ראה להלן, בפרקנו, עמ' 84.

[22] ראה להלן, בפרקנו, עמ' 85.

[23] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 21, 31; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 9, 18(ב); וראה דברינו על סעיף 1(א), הערה 4.

ב. התחליף לממון המזכה עומד בעינו ברשות הזוכה

אם הוחלף נכס המזכה, שנעלם מרשות הזוכה עד שעת התביעה, בנכס אחר, והתחליף נמצא ברשותו של הזוכה, הזוכה חייב בהשבת התחליף, מדין "ממוני גבך", משום שהתחליף נחשב גם הוא לממנו של המזכה ביד הזוכה[24]. סוגיה זו ידועה במשפט הישראלי כסוגית העקיבה (tracing).

מזכה שהעביר ממון לזוכה בטעות בלא ידיעתו[25], כגון מי שהיה סבור שהוא חייב לחברו כסף, והכניס את הכסף לארנק חברו בלא ידיעת חברו, והזוכה קנה בכסף זה סחורה בלי לשים לב שיש בארנקו כסף שאינו שלו. אם ניתן להוכיח, שהכסף שבידי המוכר הוא הכסף שקיבל הזוכה בטעות, יוחזר הכסף למזכה, והסחורה תוחזר למוכר[26]. כאשר לא ניתן להוכיח, שהסחורה שקנה הזוכה אכן נקנתה בכסף שקיבל בטעות, אך הזוכה מודה שכך היה, מכיוון שאין בהודאתו כדי לחייב את המוכר, תועבר הסחורה – שהיא תחליף הממון – למזכה, מטעם "ממוני גבך", בין אם הסחורה שווה פחות מהכסף[27] ובין אם היא שווה יותר[28].

ערבב הזוכה את כסף המזכה בכסף משלו, וקנה סחורה בכסף המעורבב, אם הוציא את כל הכסף עבור הסחורה, הסחורה שייכת לזוכה ולמזכה במשותף, לפי חלקם היחסי בתערובת. אם הוציא הזוכה מקצת הכסף בלבד, סכום השווה לכסף שהיה לו לפני הערבוב (או פחות ממנו), הסחורה שרכש בו שייכת לו בלבד. כל כסף שהוציא מעבר למה שהיה לו לפני שנתערבבו הכספים, שייך למזכה, ולכן יש לו חלק בסחורה שנרכשה[29].

[24] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמט, סעיף א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמט, סעיף א, לעניין גנבת אישה; ועיין חידושי ר' עקיבא איגר על השולחן ערוך, שם; חלקת מחוקק, סימן צא, ס"ק ט; בית שמואל, סימן צא, ס"ק י, המבחין בין הלוואה לבין נכס בעין של הזולת; שו"ת צמח צדק, סימן קיז, הכותב: "דמה דאתי מחמת סחורה, דינו שוה לסחורה עצמה"; ב"ח, חו"מ, סימן צו, סעיף כג; אור שמח, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה כ, הכותב: "דמה לי אם התמורה נשאר תחת ידו, או גוף הדבר איתו תחת ידו". והשווה לדברי פרידמן, סעיף 696.

[25] ראה לעיל, ליד ציון הערה 16.

[26] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שנו, סעיף י. המוכר אינו חייב להחזיר את הכסף עד שיקבל תזרה את הסחורה. זאת, מכיוון שתיקנו "תקנת השוק" גם בכסף, ראה: שער משפט, סימן קצ, ס"ק א. ועיין נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד, הכותב שכוונת המוכר היא להעביר את הבעלות בנכס למי שהכסף שלו, לכן לא רכש הזוכה את הנכס, גם אם נטל אותו בכוונה לזכות בו.

[27] פתחי תשובה, חו"מ, סימן רכז, ס"ק ו.

[28] נתיבות המשפט, סימן שנו, ס"ק ד. ועיין נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד, הכותב שלעניין זה, לא ביטלו חכמים קניין כסף לרכישת מיטלטלין.

[29] ראה לעיל, ליד ציון הערות 8-11. אין להשוות בין האמור בטקסט לבין מקרה שהפקיד אדם כסף בחשבון בנק של חברו בטעות, והוציא חברו כסף מחשבון זה לרכוש סחורה. במקרה האחרון בעל החשבון אינו מחזיק בחשבונו תערובת של כסף שלו וכסף של המפקיד. הבנק, סבור בטעות, שהלה עליו חובה אובליגאטורית כלפי בעל החשבון, הגדול ממה שהבנק חייב לו באמת. הבנק שכחוצאה מטעות זו אפשר לבעל החשבון למשוך סכום הגדול יותר ממה שהיה יכול למשוך אילו ידע הבנק את האמת, הלווה לו את העודף בטעות, וחלה עליו חובה אובליגאטורית להחזירו. מכאן שאין למפקיד או לבנק חלק בסחורה שרכש בעל החשבון בכסף שמשך. המפקיד מצדו, רשאי לתבוע את הבנק בטענת "ממוני גבך". לעניין זה השווה את גישת המשפט האנגלי ב: Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd. 1 CH [1981], 105. וראה דברי פרידמן, סעיף 697, ליד ציון הערות 102 ו-103, ש"הכירו דיני היושר באפשרות עקיבה בצורה רחבה ביותר", ואת בהסתמך על מושג בעלות "מטאפיזי".

nevo.co.il

ג. הזוכה הזיק את נכס המזכה (שלא מתוך אונס גמור)

כפי שכבר הזכרנו[30], זוכה שהזיק את נכס המזכה פטור רק אם פעל בתום לב[31] ומתוך "אונס גמור"[32], כלומר, שלא היה ביכולתו לברר שהנכסים שהוא מחזיק בהם אינם שלו, או שלא היה עליו לברר זאת[33], והיה מותר לו להניח שהם שלו.

התלמוד[34] דן במקרה שבו פעלו המזכה והזוכה כשורה, ואף על פי כן נגרם נזק לרכוש המזכה. מדובר ביורשים שסברו בטעות, שפרה שהייתה ברשותו של המוריש הייתה גם בבעלותו, אך למעשה הייתה שאולה אצלו מחברו. כתוצאה מטעותם, סברו היורשים, שהפרה שלהם, והזיקו לה. נקבע, שהם פטורים מכל תשלום, אף שאין לתלות פטור זה בפשיעה או באשם מצד המשאיל. היורשים פטורים, מכיוון ש"אין עליהם לדקדק כלל"[35], והם נידונים כאנוסים.

גם אם אפשר לתקן את הנזק שנגרם בתום לב וב"אונס גמור" על ידי הזוכה, הטרחה וההוצאות להחזרת הזכייה חלות על המזכה. לכן, אדם שקנה סחורה מחברו, וביטל המוכר את המקח, לאחר שהקונה עצמו מכר את הסחורה לאדם שלישי, גם אם התברר למפרע, שעל פי הדין, מכר הקונה סחורה שאינה שלו, הרי אם המוכר מבקש להשיב את הסחורה, עליו לטרוח כדי להשיבה מהאדם השלישי. הקונה פטור מכל תשלום, מכיוון שפעל מתוך "אונס גמור", בהניחו בתום לב, שהסחורה שלו[36].

כמו כן, אם הוליך קונה סחורה שקנה למקום רחוק, ולאחר מכן גילה בה פגם, שלא היה צריך לחשוש לו, ובגלל אותו פגם ביטל את המכר, הוצאות החזרת הסחורה למקומה יחולו על המוכר (המזכה) ולא על הקונה (הזוכה)[37].

אם המזכה אינו יכול להחזיר את נכסיו לעצמו, ובכוחו של הזוכה להחזיר את הנכסים למזכה בלא הוצאות ובלא הפסדים, מצווה עליו לעשות זאת, שכן יש בזה משום "השבת

[30] לעיל, בפרקנו, עמ' 80.

[31] כלומר, הזוכה חשב שהוא מחזיק נכס שלו. ראה: פתחי תשובה, חו"מ, סימן רכז, ס"ק ו, בשם שו"ת רשמי שאלה, הדן במקח שהתבטל ביזמת המוכר. אם הגיעו אל הלוקח שמועות, שהמקח בטל, אין הוא נחשב עוד פועל בתום לב. עיין: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות הטור, אות י.

[32] לשון קצות החושן, סימן עב, ס"ק לה.

[33] לוקח שהזיק לנכס שרכש, ולאחר מכן התבטל המקח, יהיה פטור מתשלום הנזק, גם אם קודם שהזיק לו יכול היה לגלות את הפגם שהיווה את הסיבה לביטול המקח, כל עוד הזיק לנכס בהיזק ש"דרכו לעשותו". הלוקח חייב לברר שהמקח קיים, רק אם הוא מתכונן להזיק לנכס היזק שאין "דרכו לעשותו" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יג); ראה הסברו של נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ה.

[34] כתובות לד ע"ב.

[35] טבעת החושן, סימן רלב, על נתיבות המשפט, ס"ק ה; עיין בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ד, לעניין חובתם של היתומים שירשו נכסים מאביהם. אם מדיני שומרים רואים את האב כפושע, שחייבה אותו רשלנותו בתשלום למפקיד, ייתכן שיצטרכו היתומים לשלם מתוך הנכסים שירשו. אמנם היתומים לא קיבלו על עצמם אחריות שמירה, אך יש מקום לומר, שהם יורשים יחד עם כל הנכסים גם את חובות אביהם. ראה בעניין זה: מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ב; נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ה.

[36] שו"ת רשמי שאלה, סימן נז, מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רכז, ס"ק ו.

[37] נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק י, קובע שהשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כא, מחייב, בדומה לסעיף יג, רק בנתגלה מום שיכול היה לגלותו קודם. אם היה ידוע למוכר בשעת המקח, שיוליך הלוקח את הסחורה למקום רחוק, הוצאות ההשבה חלות על המוכר, גם אם הלוקח היה יכול לגלות את הפגם קודם, אילו בירר. וראה לעיל, הערה 33.

אבדה". אם הזוכה מסרב לקיים מצווה זו, בית הדין כופים אותו להחזירו, ש"כלל גדול בכל התורה לכל האומר שיבטל מצוות עשה, שכופין אותו בית דין, אם יש כוח בידם, עד שיקיימנו"[38].

מהאמור לעיל עולה, שהחלטתו של השופט זוסמן בפרשת ישראל נ' בנק הפועלים[39], אינה תואמת את גישת המשפט העברי. במקרה ההוא מסר הבנק למערער בטעות 7000 ל"י יותר מהמגיע לו, והמערער טען שהעביר את הכספים לאדם שלישי בתום לב וב"אונס גמור". השופט זוסמן דחה את טענת המערער, שהייתה מבוססת על "שינוי נסיבות", באמרו ש"הגנה כזו תעמוד לנתבע רק אם הראה, כי עשה מאמץ סביר להשבת הזכייה, ומאמץ זה נכשל"[40]. כאמור, על פי המשפט העברי, על הבנק לדאוג ולטרוח להשבת כספיו, כלומר, על הבנק, ולא על המערער, לתבוע את הצד השלישי ישירות[41].

לעומת המקרים שראינו עד כה, בהם פעל הזוכה בתום לב וב"אונס גמור", נדון להלן בשתי דוגמאות, שבהן נהגו המזכה והזוכה ברשלנות, וזו הביאה להפסדם של נכסי המזכה ברשותו של הזוכה. במקרים אלה הזוכה חייב, מכיוון שלא פעל מתוך אונס גמור.

א. אדם קנה סחורה, ולאחר שגרם לה נזק, בגלל שימוש לא מקובל בסחורה, מצא בה פגם, המאפשר לו לבטל את המקח למפרע. ההלכה במקרה זה היא, שישא הקונה באחריות לנזק שגרם[42], משום שקודם שישתמש בה בדרך שאינה מקובלת, ויפגע בשלמותה של הסחורה, עליו לברר, שהמקח קיים[43]. אמנם, המוזיק לא העלה בדעתו שהמקח בטל, לא רק משום שלא בדק את הסחורה לראות אם היא פגומה, אלא גם משום שהמוכר לא הודיע לו על כך[44], אולם מכיוון שהזוכה אינו במצב של "אונס גמור", שהרי היה יכול לבדוק, והיה צריך לבדוק לפני שהזיק, הוא חייב בתשלום מלא למוכר. אשמתו התורמת של הניזוק אינה עילה להמעיט מחובת המזיק.

ב. רש"י, באחת מתשובותיו[45], דן בדוגמה דומה, שהאשמה מוטלת בה על שני הצדדים. אדם הזיק לנכסים שקיבל במתנה מחברו, שזכה בהם מבעליהם הראשון באסמכתא (זכייה

[38] כתובות פו ע"א; חולין קלב ע"ב; ספר החינוך, מצווה ו.

[39] ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153, 157-159. וראה מזוז, עמ' 513-514, לעניין שינוי לא הפיך.

[40] והשווה סעיף 21 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שם נקבע, שמי שהקים מחוברים במקרקעין של חברו, וחברו אינו רוצה בהם, חייב לסלק את המחוברים מהמקרקעין. השופט זוסמן, בפסק דינו, חייב את הזוכה (המקביל לבעל המקרקעין) לטרוח בהשבת הזכייה שלא הועילה לו (המקבילה למחוברים שבעל המקרקעין אינו מעוניין בהם). ראה: פרידמן, סעיף 739, המבקר מנימוק דומה את פסק הדין בפרשת ישראל נ' בנק הפועלים.

[41] ואם רק למערער הייתה אפשרות או זכות להחזרת הכספים מהאדם השלישי, יהיה עליו להשיבם תמורת החזר הוצאותיו ופיצוי על הפסד השתכרות מהבנק.

[42] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יג.

[43] טבעת החושן, סימן רלב, על נתיבות המשפט, ס"ק ה.

[44] נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ה, כותב שהזוכה חייב מדיני נזיקין. לעומתו, דברי משפט, סימן רלב, סעיף יג, מחייב את הזוכה מדין שומר שפשע בשמירתו. וראה להלן, בפרקנו, עמ' 84. הסבר אפשרי לשיטת נתיבות המשפט הוא, שלדעתו החובה לוודא שאין פגם בנכס, ושהמקח קיים, אינה באחריותו של הזוכה בתפקידו כשומר. אולם כשהוא צריך לברר, והוא יכול לברר אם המקח קיים ולא עשה כן, ולאחר מכן הזיק לנכס, יהיה חייב בתשלום מדיני נזיקין, גם אם לא קיבל על עצמו אחריות שמירה.

[45] מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן עב, סעיף ד.

nevo.co.il

שאינה בת-תוקף בעיני המשפט העברי)[46]. מכיוון שנותן המתנה לא היה בעלים בנכסים, אין תוקף למתנה שנתן למזיק, ועל כן מקבל המתנה לא הזיק לנכסים שלו, כפי שחשב, כי אם לנכסי אדם אחר. רש"י מחייב את מקבל המתנה בתשלום מלא לבעל הנכסים.

האחרונים[47] מסבירים, שרש"י מחייב את המקבל בתשלום, מכיוון שידע שקיבל את הנכסים ממי שזכה בהם באסמכתא. למרות העובדה שגם הבעלים, גם נותן המתנה, וגם המקבל היו סבורים שאסמכתא תקפה, המקבל חייב בתשלום, והוא אינו יכול לטעון, שהזיק לו נותן המתנה, והכשיל אותו, כשהודיע לו שמכרם הבעלים, משום ש"איהו דאפסיד אנפשיה, דלא גמיר דיני אסמכתא, ואבדו בידים [=המקבל גרם הפסד לעצמו, כשלא למד דיני אסמכתא, והזיק לנכסים]"[48]. במלים אחרות: לא מאזן האשמה הוא הקובע, אלא קיום אשם כלשהו מצד הזוכה הוא הקובע[49].

ד. הזוכה התחייב באחריות הזכייה

מי שקנה סחורה, ולאחר מכן ביטל את המקח בהוכיחו שהיה זה "מקח טעות", נושא בכל זאת באחריות על הסחורה, כשומר חינם[50] או כשומר שכר[51], עד שתוחזר לבעליה. לכן, קונה המבטל עסקת מכר, חייב לשלם עבור נזק שנגרם לסחורה בפשיעתו[52,53],

[46] ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך אסמכתא (ב), כרך כ, עמ' קת־קטו.

[47] קצות החושן, סימן עב, ס"ק לה; נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יב.

[48] ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק יח.

[49] השווה לדברי מזוז, עמ' 512־513, הכותב שמאזן האשם הוא הקובע. המחבר בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח, פוסק: "המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה, ואבד המקח מחמת אותו המום, הרי זה מחזיר את הדמים. כיצד? המוכר לחברו שור שאין לו טוחנות [פירוש: שיניים] והניחו הלוקח עם הבקר שלו, והיה מניח המאכל לפני כולם ואוכלים, ולא היה יודע שזה אינו אוכל, עד שמת ברעב, הרי מתזיר לו את הנבילה, ויחזיר את הדמים". אמנם הלוקח, מתוך אחריותו כשומר (עיין להלן, הערות 50, 51), היה חייב לשים לב לכך, שהשור הולך למות מרעב (ב"ח, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו; דרישה, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רלב, ס"ק כו), אך מכיוון שגם אם היה שם לב לכך, לא היה חייב אלא להודיע למוכר שלשור אין שיניים, וההנחה היא, שהמוכר כבר נתן דעתו לעובדה זו, הוא פטור, שכן אין הוא אשם כלל במותו של השור. וכדברי הגמרא: "מאן קא טעין? מריה דתורא. איבעי ליה לאודועי. מאי מודעינן ליה? מידע ידע דמקח טעות הוי [=מי תובע? המוכר. הוא טוען שהלוקח היה צריך להודיע לו. מה היה צריך להודיע לו? הרי ידע שהמקח הוא מקח טעות]" (בבא מציעא מב ע"ב).

[50] תוספות, בבא מציעא מב ע"ב, ד"ה הכא; ריטב"א, שם, ד"ה משתבע; מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יב; מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן כה. ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רלב, ס"ק כו, בפירוש הרמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח.

[51] הראב"ד, המובא בראש, בבא מציעא, פרק ג, סימן כד. ראה: נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ו; חידושי ר' עקיבא איגר, לחושן משפט, סימן רלב, סעיף יח; דרישה, חו"מ, סימן רלב, ס"ק טו, בפירוש שיטת הרמב"ם.

[52] אם דינו כשומר חינם, יהיה חייב רק אם פשע. אם דינו כשומר שכר, יהיה חייב אם לא קיים את חובות השמירה המוטלות על שומר שכר.

[53] אין לראות במי שהתרשל בשמירת הנכס שקנה – כל עוד לא בירר שהמקח קיים – וכתוצאה מכך ניזוק הנכס, מי שפעל ב"אונס גמור". אמנם מי ששוחט פרה שרכש, ולאחר מכן מגלה בה מום, דינו כמי שפעל ב"אונס גמור", מכיוון שלא היה חייב לבדוק את הפרה לפני שהזיקה תוך שימוש מקובל. אולם, לעומתו מי שלא סגר את דלתות הרפת לפניה, וברחה והוזקה, חייב, שהרי חרג מהשימוש המקובל, בהשאירו את דלת הרפת פתוחה.

אף על פי שאירע הנזק לפני הביטול, ואף אם לא הזיק לה בידיים. לכן, "המוכר לחברו שור שאין לו טוחנות (פירוש: שיניים), והניח הלוקח עם הבקר שלו, והיה מניח המאכל לפני כולם ואוכלים, ולא היה יודע שזה אינו אוכל, עד שמת כרעב... אם היה המוכר סרסור (פירוש: קונה ומוכר בהמות בשוק, ביום שקונה, מוכר), שלוקח מזה ומוכר לזה, ואינו משהה המקח עמו, ולא ידע במום זה... יפטר [המוכר מהחזר דמי המקח ללוקח], מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו, ולהחזירו לו קודם שימות"[54]. הלוקח, מתוך אחריותו כשומר, היה חייב לשים לב למצבו של השור. כתוצאה מרשלנותו, לא הודיע למוכר, שהשור הולך למות מרעב, והמוכר לא הספיק לשחטו קודם שמת, לכן לא יזכה הלוקח להחזר כספו[56,55].

ה. הזוכה נהנה מהזכייה

מי שקיבל נכס חברו בטעות, ואבד הנכס עד שעת התביעה, פטור מהשבה מדין "ממוני גבך". אולם, בדברינו על סעיף 1(א)[57] ראינו, שחיובו של זוכה לשלם עבור זכייה שאין עמה רווח, אינו מיוסד על הטענה "ממוני גבך". לכן, אם הספיק הזוכה ליהנות מנכס זה[58], הנאה הכרוכה בהפסד חברו, יהיה חייב בתשלום[59]. בנושא זכייה שאין עמה רווח, שנעלמה

[54] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכות ט־יא; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח. לעומתם, תוספות, בבא מציעא מב ע"ב, ד"ה הכא, מגדירים את הלוקח שומר חינם, ואינם רואים כפשיעה את העובדה שלא בדק את השור "בפני עצמו". לדעה זו מסכימים הרא"ש (בתשובה, כלל קב, סימן ח) והטור (טור חו"מ, סימן רלב, סעיף טו), וכך פוסק הרמ"א (חו"מ, סימן רלב, סעיף יח).

[55] ב"ח ודרישה, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רלב, ס"ק כו.

[56] פוסקים אחדים (ש"ך, יורה דעה, סימן קעז, ס"ק ס; ב"ח, יורה דעה, סימן קעז, בקונטרס אחרון; שער משפט, סימן עב, ס"ק לא; חושן אהרן, סימן עב, סעיף לג, בדעת רש"י; מתנה אפרים, הלכות גזלה, סימן ז), רואים את הזוכה כאחראי לזכייה שקיבל גם במקרה אחר: כשקיבל הזוכה את נכסיו של המוכה מאדם שלישי, שלא היה רשאי למסרם לו, והתכוון הזוכה לרכוש בעלות בנכסים אלה – כגון מי שקיבל נכס במתנה מגנב – הוא יהיה חייב לשלם עבור כל נזק שאירע לנכס, כאילו הוא עצמו גנבו. הסיבה לכך היא, שהוא שווה לגזלן בשני דברים עיקריים: הוא התכוון לרכוש בעלות בנכס שלא היה שלו בלא אישור הבעלים האמיתיים; כל ההנאה היא שלו (רש"י, סנהדרין עב ע"א, ד"ה אבל לענין, "משום דלא גרע גזלן משואל, דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי, אם נאנס") לכן, לפי שיטה זו, בדומה לגנב, גם הוא חייב עבור נזק שמקורו באונס (היורשים, בעניין שנידון בכתובות לד ע"ב, לא התכוונו לקנות את הפרה, משום שחשבו שהיא שלהם). דעה זו מנוגדת לקביעתם של פוסקים רבים, שמי שקיבל בתום לב את נכסיו של המזכה, בחשבו שיש לו זכות לרכוש בהם בעלות, לא יתחייב באחריותם. פוסקים אלה הם: הרא"ש, בתשובה, כלל צג, סימן ב; טור, חו"מ, סימן עב, סעיף כז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן עב, סעיף לג; קצות החושן, סימן עב, ס"ק לה; נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יב; פרישה, יורה דעה, סימן קעז, ס"ק מא; ט"ז, יורה דעה, סימן קעז, ס"ק לח; חוות דעת, סימן קעז, ס"ק כז.

[57] ראה דברינו על סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 12, ופרק רביעי, עמ' 21.

[58] הפוסקים נחלקו בדינו של מי שקיבל נכס גזול בתום לב (לפני ייאוש בעלים), ונהנה ממנו לאחר ששינה את טיבו, כגון שאכלו. דעתו של "חוות דעת", שם, היא, שהוא פטור מחשלום הנאתו לבעלים, מכיוון שעם השינוי, יצא הנכס מבעלותו של הנגזל, ונמצא שלא נהנה הזוכה מנכסו של הנגזל. לעומתו, פוסק "שער משפט", שם, שהזוכה חייב בתשלום בגובה הנאתו הסובייקטיבית. מחלוקתם נובעת מתפיסות שונות בכללי הלכות גזלה.

[59] זאת לעומת מווז, עמ' 513, המבחין בין הנאה שיש בה משום התעשרות לבין הנאה אחרת. נתיבות המשפט, סימן רלב, ביאורים, ס"ק ה, חידושים, ס"ק יד, מתלבט בדינו של מי שקנה מקרקעין מחברו, ולאחר שהספיק להשתמש בהם, גילה מום במקרקעין, וביטל את המקח. השולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יג,

עד שעת הדיון המשפטי, עסקנו כבר בדברינו על סעיף 1[57]. בדיוננו שם הבחננו בין זכיות שונות – הנאה חושית ותועלת – ובדקנו את יסודות החיוב והפטור בכל אחת מהן. מתוך עיון זה הגענו למסקנה, שהנאה שיצאה כבר אל הפועל – הנאה חושית – חייב הזוכה בתשלום עבורה, גם כשנעלמה עד שעת התביעה. לעומת זאת, בהנאה בכוח, שעדיין לא יצאה אל הפועל – תועלת – הזוכה פטור מתשלום תמורתה, אם נעלמה לפני פסיקת בית המשפט.

פוסק שלוקת שהזיק לנכס שרכש, ולאחר מכן התבטל המקח, יהיה פטור מתשלום הנזק, גם אם קודם שהזיק לו יכול היה לגלות את הפגם שהיווה את העילה לביטול המקח. זאת אם הזיק לנכס בדבר ש"דרכו לעשותו" (ראה לעיל, הערה 33). התלבטותו של נתיבות המשפט היא, אם במקרה זה, כשהלוקח יכול היה לגלות את המום, יהיה חייב בתשלום מלוא שווי הזכייה גם מעבר להנאתו הסובייקטיבית, כשנהנה מהנכס תוך שימוש מקובל. מלשון השולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף טו, מדייק "נתיבות המשפט", שיש להבחין בין זכייה לנזק, והלוקח (הזוכה) שנהנה מבלי לבדוק אם הנכס שלו, חייב בתשלום מלוא שווי זכייתו בכל מקרה שהבדיקה הייתה מגלה את המום במקח (אולם, בסוף דבריו, משאיר "נתיבות המשפט" את השאלה בצריך עיון). יש לציין, שאם מחוך בדיקת הנכס, הזוכה לא היה יכול לגלות שהנכס אינו שלו, ברור שהוא פטור מכל תשלום מעבר להנאתו הסובייקטיבית. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ד.

nevo.co.il

סעיף 3

ניכוי הוצאות

ניכוי הוצאות

3. הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא — ניכוי הוצאות או חלוקת רווחים 89

פרק שני: חלוקת רווחים בין הגורמים ליצירתם — "ממה שעליו להשיב" 90

א. גישת החוק: הכרה בעקרון חלוקת הרווחים 90

ב. גישת המשפט העברי: הבחנה בין גורם ישיר ליצירת הרווח לבין גורם אחר 91

פרק שלישי: סיכום 95

מבוא — ניכוי הוצאות או חלוקת רווחים

סעיף 3 מאפשר לזוכה לנכות מן הזכייה שעליו להשיב למזכה את הוצאותיו או השקעותיו שהוציא באופן סביר להשגתה.

באיזה סוג זכייה עוסק הסעיף? במקרים שהזוכה נהנה מנכסי המזכה הנאה שאין עמה רווח, הזוכה חייב בתשלום בגובה שווי זכייתו, ואין הצדקה לאפשר לו לנכות את ההוצאות שהוציא להשגת הזכייה. כך, למשל, אדם שהחנה את רכבו במגרש חנייה של חברו[1], חייב בתשלום הנאתו[2], ואין מקום לנכות מתשלום זה את ההוצאות שהוציא כדי להגיע לחנייה. הזוכה חייב בתשלום ההוצאה שהיה צריך להוציא כדי לשכור מקום לחנייה במגרש[3], ואין זה מן ההיגיון שיושפע סכום זה משיקולים אחרים, כגון: מרחק המקום שהגיעה ממנו המכונית, או צריכת הדלק של המכונית.

ברור, אם כן, שהסעיף עוסק בזוכה שהודות לתרומתו (הוצאותיו והשקעותיו), הפיק רווחים מנכסי המזכה. הסעיף קובע, שכאשר הזוכה חייב להשיב למזכה את הרווחים — כהוראת סעיף 1(א) — יכול לנכות מהם את הוצאותיו והשקעותיו.

הדבר תמוה, שראה המחוקק צורך לקבוע הסדר מיוחד למקרה זה, שהרי סוף סוף יש לראות את הזוכה, המעביר למזכה את הרווחים שהפיק מנכסיו, כ"מזכה". הרווחים מנכסיו של המזכה הופקו רק בסיועו של הזוכה; ובהעבירו את הרווחים למזכה, זיכה הזוכה את המזכה בסיוע זה בלי שהייתה למזכה זכות שבדין לתבוע את הסיוע האמור. כלומר, כשהטיל החוק, על הזוכה חובה להעביר את הרווחים למזכה, הפך את המזכה לזוכה ואת הזוכה למזכה, והרי זכויותיו של מזכה כבר נקבעו בסעיף 1(ב)[4]. אמנם

[1] שר המשפטים השתמש בדוגמה זו בעת הצגת החוק, וראה: דברי הכנסת 83 (תשל"ח), עמ' 3917; וראה: טדסקי, "היבטים לעשיית עושר", משפטים יא (תשמ"א) 385, בעמ' 407, ליד הערה 55.

[2] מדובר בשזכייה זו כרוכה בחסרונו של בעל המגרש — המזכה.

[3] השווה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

[4] עיין דברינו על סעיף 1(ב), פרק שני, עמ' 37. בית הלורדים (Boardman v. Phipps (1967) 2 A.C. 46; (1966) 3 ALL E.R. 721) קבע בשנת 1966, שיש לפצות את הזוכה בעד הוצאותיו ופעולותיו שהשקיע ליצירת רווחים מנכסי המזכה. תשלום זה הוא בגובה "שכר הראוי". הזוכה לא חויב להעביר את כל הרווחים למזכה; אלא היה רשאי לנכות את שכר הראוי עבור פעולתו מסכום הרווחים שהיה עליו להעביר למזכה. קביעה זו שונה מהעיקרון שהנחה את בתי המשפט עד אותה עת, שהזוכה אינו זכאי לקבל פיצוי עבור השקעותיו; ראה לדוגמה, Regal (Hastings) v. Gulliver (1942) ALL E.R. 378. במהדורה הראשונה של ספרו: דיני עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 245, מסכיר פרידמן את החלטת בית הלורדים כך: "מבחינה עקרונית נראה שזכותו של התובע מחייחסת לרווח נקי, היינו לאחר ניכוי הוצאות. אין זה מתקבל על הדעת לחייב את הנתבע בהשבת הפדיון (ברוטו) מבלי לזכותו עבור ההוצאות שהוציא להשגת אותו פדיון... לא קיים עיקרון משפטי המזכה את התובע בפדיון של הנתבע, זכותו של התובע היא לריווח, וריווח אינו והה בהכרח לפדיון". לכאורה, הסבר זה סותר את אחת מאבני הפינה של שיטת המשפט האנגלי בסוגיה זו — הכלל השולל מ"המתנדב" כל זכות לקבל

nevo.co.il

סעיף 1 קובע, שעקרונית זכותו של המזכה לקבל את מלוא שווי הזכייה שזיכה בה את הזוכה, ואילו סעיף 3 שלפנינו, קובע שלא יקבל המזכה אלא רק החזר הוצאותיו. אולם, ראינו בדברינו על סעיף 1(ב), שכאשר לא פעל המזכה לתועלת הזוכה, אכן אינו זכאי ליותר מהחזר הוצאותיו; והרי המזכה, שסעיף 3 עוסק בו, פעל לתועלת עצמו ולא לתועלת חברו[5].

אולם, מלשון הסעיף: "ממה שעליו להשיב", עולה שיש שהזוכה אינו חייב להשיב את כל הרווחים, והוא זכאי לחלק מהם. במלים אחרות, יש שהזוכה שסייע למזכה ליצור רווחים מנכסיו, נחשב בעקבות סיוע זה לשותף ביצירת הרווחים. במקרים אלה, הזוכה אינו חייב להחזיר את הרווחים למזכה במלואם, שהרי חלקם שייכים לו, ולא "באו לו מאדם אחר", כלשון סעיף 1[6].

המחוקק לא ביקש להסדיר עניין זה, והוא הבליע אותו בלשון הסעיף כדבר המובן מאליו. הוא מתעלם מהשאלה: איזו תרומה מזכה את הזוכה בשותפות ברווחים שנוצרו, ואיזו תרומה אינה מזכה אותו בשותפות ברווחים (ותמורתה הוא מקבל רק את החזר הוצאותיו). המחוקק עובר בשתיקה על שאלה משפטית נכבדה זו.

נמצא אפוא, שמצד אחד קביעתו המפורשת של הסעיף מיותרת, ומצד שני הקביעה המשתמעת מדבריו לוקה בחסר. משום כך, יוקדשו דברינו על סעיף 3 לבדיקת השאלה המשפטית: איזו תרומה מזכה אדם בשותפות ברווחים שנוצרו מנכסי חברו?

פרק שני

חלוקת רווחים בין הגורמים ליצירתם — "ממה שעליו להשיב"

א. גישת החוק: הכרה בעקרון חלוקת הרווחים

החוק מאפשר לזוכה לנכות את הוצאותיו הסבירות "ממה שעליו להשיב"; ומה עליו להשיב? על פי סעיף 1(א): "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין... טובת הנאה מאדם אחר... חייב להשיב למזכה את הזכיה". אם תרם הזוכה ליצירת הרווחים, אין מקום לראות את הרווחים בשלמותם כבאים לו מאדם אחר, וממילא אותו חלק מהרווחים שלא בא לו "מאדם אחר", אלא מתרומתו שלו, אינו נכלל ב"מה שעליו להשיב".

דוגמה מובהקת לנסיבות המחייבות חלוקת רווחים יש בפסיקה האמריקאית[7]. בית המשפט בארה"ב דן בעניין אדם שגילה במקרקעין שהיו בבעלותו פתח שהוביל למערה,

פיצוי בעד פעולותיו (פרידמן, סעיף 22); הוא גם סותר את דברי עצמו, שה"מתנדב" זכאי לפיצוי רק אם פעל מתוך טעות, או לשמירת עניינו של הזולת (שם, סעיף 152).

[5] ראה להלן בסיכום, סמוך לציון הערה 35.

[6] פרידמן, סעיף 389, מונה ארבע אפשרויות של הסדר בסוגיה זו: הזוכה חייב לשלם למזכה את מחיר השוק לשימוש בנכסיו; הזוכה חייב להעביר את רווחיו למזכה במלואם; הזוכה חייב להעביר את רווחיו למזכה לאחר ניכוי "שכר ראוי (לפי קריטריון א או קריטריון דומה) עבור טירחתו בהשגת הרווח"; השתתפות שני הצדדים ברווחים שהופקו. פרידמן אינו מונה את הפתרון הקבוע בחוק, שהוא העברת הרווחים למזכה לאחר ניכוי הוצאותיו של הזוכה בלבד (הכוללות אמנם את שכר טרחתו כפועל, אך בכל מקרה הן נמוכות מה"שכר הראוי", שהוא המחיר שהיה נאלץ לשלם, אילו הזמין את הזכייה אצל קבלן).

[7] Edward v. Lee's Adm'r 265 KY 418; 96 S.W. 2D 1028 (1936).

nevo.co.il

שהשתרעה בחלקה מתחת למקרקעין של שכנו. המגלה פָּתַח במקום אתר תיירות, והפיק רווחים מסיורים שארגן במערה, לרבות בשטח שבמקרקעין של השני. בית המשפט חייב את הראשון להעביר חלק יחסי מרווחיו לשני.

העיקרון לחלוקת הרווחים בין הגורמים ליצירתם קיים במפורש בחוק המיטלטלין[8]. אם נתערבבו מיטלטלין של שני בעלים, והתערובת שווה יותר משווים של המיטלטלין לפני שנתערבבו, הבעלים שותפים במיטלטלין המעורבבים, ומשתתפים גם ברווחים שנוצרו[9]. כמו כן, אם השביח אחד את מיטלטלי חברו בעבודתו, נעשה שותף במיטלטלין, ובעל המיטלטלין והמשביח משתתפים בתוספת למחיר המיטלטלין[10].

אמנם חוק המיטלטלין קובע, שאם תרומתו של אחד מהצדדים עיקר, ותרומתו של השני טפל, הבעלים של המיטלטלין העיקריים (או המשביח, אם יש להשבחתו משקל מכריע במיטלטלין המושבחים) רכש את הבעלות במיטלטלין המעורבבים או המושבחים, ועליו לשלם לשני את "הסכום שזכה בו ברכישת המיטלטלין הטפלים"[11], אך קביעה זו היא רק דוגמה נוספת לעקרון חלוקת הרווחים בין הגורמים ליצירתם. בעל המיטלטלין הטפלים אינו זוכה רק בערך המיטלטלין שלו שמלפני הערבוב, אלא גם ברווחים שנוצרו בגין המיטלטלין שלו[12].

מתוך הדוגמאות הנזכרות לעיל, ומלשון הסעיף: "ממה שעליו להשיב", עולה, שהמחוקק מכיר בעובדה, שיש שהזוכה והמזכה מתחלקים ברווחים. אך מהוראת הסעיף, שזוכה שהוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה, זכאי להחזר הוצאותיו בלבד, עולה שלא כל השקעה מזכה את המשקיע בשותפות ברווחים שנוצרו בעקבות השקעתו. קשה לענות על השאלה: מתי, ולפי אילו מבחנים נחשבת תרומת אחד הצדדים כמזכה אותו בחלוקת הרווחים? נעבור עתה לניתוח גישת המשפט העברי בעניין זה, ונגלה שיש בו תשובה לשאלות אלה.

ב. גישת המשפט העברי: הבחנה בין גורם ישיר ליצירת הרווח לבין גורם אחר

גישת המשפט העברי לעניין חלוקת הרווחים בין הגורמים ליצירתם אינה מופיעה כמשנה סדורה, אך היא עולה מתוך המקורות השונים העוסקים בשאלה זו. מקורות אלה מצויים הן בתלמוד עצמו והן בספרות השאלות והתשובות.

אחד הפוסקים[13] דן בעניין אדם שלמד את סודות המקצוע מחברו הצַבָּע כשקרא בספרו בלא אישורו. בעזרת הידיעות שרכש, התחיל הזוכה להתחרות בחברו, וקיבל עבודות צבעות

[8] חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיפים 4-6.

[9] חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 4(א).

[10] חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 6.

[11] חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 4(ב).

[12] כוונת החוק היא לחייב את בעל המיטלטלין העיקריים בתשלום בגובה שוויו של חלקו של בעל המיטלטלין הטפלים במיטלטלין המעורבבים לפי סעיף 4(א). כך, למשל, אם שווי המיטלטלין העיקריים הוא סכום פלוני, ושווים של המיטלטלין הטפלים פחות ממנו, אך שווים של המיטלטלין המעורבבים עולה על שני הסכומים, בעל המיטלטלין העיקריים חייב בתשלום ערך המיטלטלין הטפלים בתוספת חלקו היחסי של בעל המיטלטלין הטפלים ברווח. הוא אינו חייב בתשלום מלוא ההפרש בין שווים של המיטלטלין המעורבבים לבין שווים של המיטלטלין העיקריים. דין זה קבוע בלשון החוק, המחייב את הרוכש בסכום שזכה בו "ברכישת המיטלטלין" ולא "בעירבוב המיטלטלין".

[13] שו"ת עמודי א"ש, סו ע"ב.

שהרוויח מהן רווחים נאים. פוסק אחר, ר' יחזקאל לנדא[14], עוסק בתביעה נגד בעל בית דפוס שהדפיס ספר משניות בסדר דפוס, שאת מחיר סידורו שילם אחד מלקוחותיו, והלקוח תובע אותו בגין כך. פוסקים אלה מחייבים את הזוכים – הצָבָע גונב המידע ובעל בית הדפוס – בתשלום הסכום שהיו צריכים להוציא לרכישת התרומה שקיבלו, ושבאמצעותה יצרו רווחים: במקרה הראשון, הידע בצבעות; ובמקרה השני, סידור מערכות הדפוס. ואולם, אף אחד מהם אינו מעלה את האפשרות, שישתף הזוכה את המזכה ברווחיו, וזאת כנראה משום שברור להם, שבמקרים אלה אין מקום לחלוקת רווחים[15].

לעומת מקרים אלה, שהצדדים אינם משתתפים ברווחים שנוצרו, מצאנו מקרים אחרים בהם הזוכה והמזכה משתתפים ברווחים. בתלמוד[16] מובא מקרה של אדם שנתן לחברו כסף, ושלח אותו לקנות סחורה. המוכר מכר לשליח סחורה בכמות גדולה יותר מהכמות שהייתה מגיעה לו לפי מחירי השוק, והתכוון לזכות כתוספת רק את השליח. רוב הפוסקים[17] מחייבים את השליח לשתף את השולח בתוספת, מכיוון שתוספת זו נוצרה מ"רגלו של זה" ומ"מעותיו של זה"[18], ו"הואיל ובאתה לו לשליח הנאה על ידי בעל הבית, חולק עמו"[19].

דוגמה נוספת לחלוקת הרווחים, אפשר למצוא בהלכה הקובעת, שאדם הבונה בית במקרקעין של חברו, ומשכירו לאחר, חייב לשתף את בעל הקרקע בשכר הדירה שהוא מקבל עבור השכרת הבית[20], ואין הוא יכול להסתפק בתשלום עבור שכירת הקרקע מהבעלים[21].

השאלה הנשאלת בעקבות הנאמר במקורות השונים שהובאו לעיל היא: לפי איזו אמת מידה משפטית נקבע מתי הגורמים השונים ביצירת רווחים משתתפים באותם רווחים, ומתי לא? לנוחות הדיון, נכנה גורמים אלה ראובן ושמעון.

עיון במקורות הללו מעלה, שהעיקרון הוא, שראובן חייב לשתף את שמעון ברווחים,

---

[14] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חושן משפט, סימן כד.

[15] ואמנם כך אפשר להסיק גם מדברי התלמוד. התלמוד (בבא קמא צז ע"א) קובע, שאם חטף אדם את עבדו של חברו, בשעה שהעבד ישב בטל, והעסיק אותו בשלו, החוטף פטור מתשלום שכירות עבור העבד, משום ש"זה נהנה וזה לא חסר". אילו החוטף היה חייב לשתף את בעליו של העבד ברווחים שנוצרו ממלאכתו, לא היה מקום לפטור אותו מתשלום זה בגין "זה נהנה וזה לא חסר". זאת משום שפטור זה אינו חל על זכייה שיש עמה רווח, כפי שראינו בדברינו על סעיף 2, חלק ראשון (ליד ציון הערה 7). מכיוון שהחוטף אינו חייב לשתף את בעל העבד ברווחיו, וחייב רק בתשלום הנאתו – השימוש בעבד – הוא פטור מכל תשלום, אם הנאתו אינה כרוכה בהפסדו של בעל העבד, המזכה. להסבר אחר, ראה: חלקת יואב, חו"מ, סימן ט.

[16] כתובות צח ע"ב.

[17] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו; נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק יא, בשם "רוב הפוסקים".

[18] ירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח (כו ע"א בדפוס וילנא).

[19] מרחשת, חלק ב, סימן לה.

[20] חידושי ר' עקיבא איגר, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז. הוא מתבסס על הכלל: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?" (בבא מציעא לה ע"ב). ראה להלן, הערה 24.

[21] דוגמה שלישית למקרה שהגורמים לרווחים משתתפים ברווחים, יש בסוגיית בבא קמא מז ע"א, אף על פי שאינה שייכת ישירות לעשיית עושר ולא במשפט. שור של אדם נגח פרה מעוברת של חברו, והעובר נמצא בבעלותו של אדם שלישי, והפילה הפרה כתוצאה מנגיחת השור. בעל השור משלם תשלומי נזיקין לבעל העובר בגין הנזק שנגרם לעובר, ותשלומי נזיקין בגין הנזק שנגרם לפרה לבעל הפרה. פרה הרה שווה יותר מפרה רגילה גם משום נפחה המוגדל (ערוך השולחן, חו"מ, סימן שצט, סעיף ו). המשפט העברי קובע, שתשלומי הנזיקין, בגין הנזק שנגרם לפרה בכך שנפחה קטן, מתחלקים בין בעל הפרה לבעל העובר (שולחן ערוך, חו"מ, סימן שצט, סעיף ה). אף "שעצם הדבר שנשתבח הוא של בעל הפרה, אלא כיון שהוולד הועיל בשבח של הפרה, חולקין ביניהם, בעל הפרה ובעל הוולד" (מרחשת, חלק ב, סימן לה).

אם שמעון, בשעת יצירת הרווחים, הוא הבעלים של גורם ישיר ליצירתם[22]. על פי עיקרון זה יובן, שהשליח שהרוויח עקב שליחותו, חייב לשתף את השולח ברווחים, שהרי השליחות – המורכבת מ"רגלו של זה" ו"מעותיו של זה" – היא הגורם הישיר לרווח. אין לראות את רגלו של השליח כגורם ישיר יחיד ליצירת הרווח, שכן תרם גם השולח, באמצעות מעותיו, באופן ישיר ליצירתן, ומשום כך, בעל המעות והשליח משתתפים בו. למרות שהתוספת ניתנה לשליח בלבד, "מעותיו של זה גרמו עצם השבח"[23].

גם אם תרומתו של שמעון אינה גורם ישיר ליצירת הרווחים, אך תרומה זו שינתה את נכסיו של ראובן שינוי פיזי מהותי, שאִפשר את הפקת הרווחים, משתתף שמעון ברווחים שהופקו. במלים אחרות, אם שינה שמעון את הגורם הישיר לרווחים שינוי מהותי, הניכר בגוף הנכס, הוא זכאי להשתתף ברווחים שהופקו, גם אם תרומתו אינה גורם ישיר לרווח[24]. ההסבר לכך הוא, שבשנותו את הגורם הישיר לרווח שינוי פיזי מהותי, הפך שמעון לשותף בגורם עצמו[25], ומכאן זכותו לחלק מהרווחים המופקים מאותו גורם.

מקורות שונים בתלמוד דנים בקביעת גדרי שינוי "מהותי", המקנה לשמעון זכות בעלות בנכס המשופר. לדוגמה, התלמוד[26] מסתפק אם צביעת חומר גלם, בלא צורך במומחיות, מקנה לבעל הצבע זכות בעלות בחומר הגלם המשופר. סוגיה אחרת[27] דנה בשאלה: האם מי שנשרפו עציו בעת אפיית עיסה נחשב לשותף בלחם שנאפה? והיא קובעת, "שיש שכח עצים בפת", כלומר, בעל העצים שותף בלחם שנאפה.

אם שמעון (או נכסיו) לא היה גורם ישיר ליצירת הרווחים, ותרומתו לא הקנתה לו זכות בעלות בגורם הישיר לרווח, הוא אינו משתתף ברווחים, והוא זכאי לתמורה בגובה התשלום שראובן היה צריך לשלם, אילו היה רוכש את הזכייה בשוק (או בגובה הוצאותיו של שמעון לפי הכללים שפרטנו בסעיף 1(ב)). במקרה זה, זכייתו של ראובן משמעון אינה הרווחים שזכה בהם, אלא ההנאה שקיבל ממנו בהכשרת נכסיו להפיק את הרווחים. דוגמה לתרומה זאת יש במקרה של הצַבָּע, שראינו לעיל[28]: הזכייה שקיבל הצַבָּע, כשגנב מידע מחברו, לא הייתה גורם ישיר ליצירת רווחיו, והידע שרכש, רק שיפר את יכולתו להרוויח, ולכן, עליו לשלם עבור הידע שגנב, אך אינו חייב לשתף את בעל הידע ברווחיו[29]. הוא הדין במקרה שדן

[22] חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ה, מבחין בין "גרם כזה" – כלומר גורם שולי – שאינו מזכה את הגורם בחלק מהרווח, לבין גורם אחר.
במקרים רבים של זכייה ביזמת המזכה, רוכש הזוכה תמורת תשלום הנאתו או החזר הוצאותיו של המזכה בעלות בזכייה, עוד לפני שהוא משתמש בה ליצירת רווחים, ראה להלן, הערה 24. בזכייה בנכס בעין ביזמת הזוכה או ביזמת גורם שלישי, הנכס נשאר בבעלות המזכה עד שהוא מסכים להעביר את הבעלות לזוכה, ועד אז הוא זכאי לחלקו ברווחים. ראה לעיל, עמ' 47, ליד ציוני הערות 63־67.

[23] מרחשת, חלק ב, סימן לה; החזון איש, שם, רואה בבעל המעות "גרם כזה" – כלומר גורם שולי – שזוכה לחלק מן הרווח מכוח תקנת חכמים, ולא מעיקר הדין.

[24] זאת אם לא רכש הזוכה בעלות בנכס המושבח משעת הזכייה. ראה דברינו על סעיף 1(ב), פרק שני, עמ' 38, וכן דברינו על חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 21(א), להלן עמ' 168. הן בדברינו על סעיף 1(ב), והן בדברינו על חוק המקרקעין, הדיון מתרכז בשאלת המחיר שעל הזוכה לשלם לרכישת הזכייה, ולא על חלוקת הרווחים שנוצרו ממנה טרם רכישתה.

[25] ראה דברינו על סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 10, בדוגמה הראשונה שם.

[26] בבא קמא קא ע"א. יש לציין שמדובר בזכייה ביזמת גורם שלישי.

[29] אם מדובר בידע בלעדי, שבלעדיו אין אפשרות להפיק רווחים אלו, כגון נוסחת תרופה, הדין יהיה שונה, משום ששם יש לראות את הרווח כבא באופן ישיר מהמידע עצמו, ועל כן הרווח שייך לבעל המידע. כל קביעה אחרת היתה נוגדת את הכלל: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?"

nevo.co.il

בו ר' יחזקאל לנדא[30]: בעל בית הדפוס אינו חייב לשתף את לקוחו ברווחיו, אף על פי שלקוחו הוא ששילם עבור סדר הדפוס, משום שהגורם הישיר לרווח, במקרה זה, הוא מכירת הספרים על ידי בעל בית הדפוס, ולא הסדר. הבעלות בסדר אינה מקנה לו זכות בעלות בספרים שהודפסו על ידו, כשם שבעלות במברג אינה מקנה זכות קניינית במכונית שמתקנים אותה בעזרתו[31].

פרידמן[32] כותב, שאם "פלוני פיתח עסק מסויים, [ו]בא אלמוני ולמד מן הנסיון של פלוני, והקים באותה סביבה עסק דומה, ובכך פחתו עסקיו של פלוני", אלמוני פטור מכל תשלום. לדברי פרידמן, הסיבה היא: "שהאינטרס בקיום תחרות... גובר על האינטרס של פלוני בקיום מונופול". אולם, לפי הכללים שראינו בפרק זה, אין צורך להיזקק לשיקולים זרים. הידע שרכש אלמוני מניסיונו של פלוני, אינו גורם ישיר ליצירת רווחיו, ואינו מזכה את פלוני בהשתתפות ברווחיו של אלמוני. אלמוני חייב בתשלום ערך השוק של הידע שרכש. מכיוון שכל מי שרוצה, יכול לרכוש את הידע שרכש אלמוני בלא תשלום באותו אופן שרכש אותו אלמוני, מחיר השוק של הידע הוא אפס, ואלמוני פטור מתשלום כלשהוא. אילו רכש אלמוני ידע חסוי, שיש לו מחיר בשוק, היה עליו לשלם עבורו למרות "האינטרס בקיום תחרות"[33].

[30] לעיל, ליד ציון הערה 14.

[31] זהו הדין רק אם תוכן ההדפסה אינו מיוחד, כגון הדפסת משניות, שם אין בסדר אלא עניין טכני של צירוף אותיות באופן ידוע; אבל אילו הדפיס בעל הדפוס את החידושים של לקוחו ומכר אותם, היה חל העיקרון: "כיצד הלה עושה סחורה בפרחו של חבירו?".

[32] במאמרו "העיקרון הכללי בעשיית עושר ולא במשפט" (חלק שני), עיוני משפט ח (תשמ"א) 254, בעמ' 255, וכן בספרו, סעיף 54. במקום אחר (סעיף 272), דן פרידמן באדם שהקים בית קולנוע ליד קיוסק, וגרם להעלאת ערכו של הקיוסק ולהגדלת רווחיו השוטפים. הוא מסיק, שבעל הקיוסק אינו חייב בתשלום לבעל בית הקולנוע, משום שהנאתו אינה כרוכה בחסרון. אך ייתכן, שקיום הקיוסק גרם להוצאות נוספות להקמת הקולנוע, כגון שהקיוסק עומד כך, שבעל הקולנוע נאלץ להגביה את הקולנוע כדי שיבלוט. האם בעל הקולנוע יהיה זכאי לפיצוי בטענת "את גרמת לי היקפא יתירא"? (בבא קמא כ ע"ב; וראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, ליד ציון הערה 123) וודאי שלא. מכיוון שבהקמת הקולנוע לא השתנה הקיוסק שינוי פיזי, תביעת בעל הקולנוע אינה להשתתפות ברווחיו של הקיוסק, אלא לשווי הזכייה במחירי השוק, כלומר הסכום שבעלי קיוסקים מוכנים לשלם, כדי שיוקמו כתי קולנוע לידם. סכום זה, כמובן, הוא אפס. וראה דיוננו לעיל, על סעיף 1(א), ליד ציון הערות 35, 36.

[33] הבחנה דומה להבחנה בין גורם ישיר לגורם אחר, העולה מתוך עיון במשפט האנגלי, נעלמה מעיני פרידמן. ב־Phillips v. Homfray CH.D. 439 (1883) 24, דן בית המשפט באדם שהגיע למכרה שלו בדרכי גישה תת־קרקעיות, שהיו מתחת לאדמתו של אדם אחר. תביעתו של התובע לתשלום עבור שימוש בדרכים שבבעלותו נדחתה מן הטעם, שלא היה לתובע אלא רק חסכון הוצאות. השופטים קבעו, שאין לחייב את בעל המכרה מטעם חוזה מכללא, מכיוון שלא התכוון להתחייב לבעל הדרכים. פרידמן, בסעיף 285, מתעלם גם כאן מההבחנה בין זכייה שבה המזכה והזוכה שותפים לרווחים לבין זכייה אחרת, וכותב שקביעה זו מגוגדת לעיקרון שקבע בית המשפט האמריקאי ב Edward v. Lee's Adm'r (לעיל, הערה 7). אולם, לפי ההבחנה שבמשפט העברי, מכיוון שאין לראות בבעל הדרכים שותף לרווחיו של בעל המכרה, וזכייתו של בעל המכרה אינה כרוכה בהפסד חבורו, הוא פטור מכל תשלום לבעל הדרכים. ועיין לעיל, הערה 15.

nevo.co.il

פרק שלישי

סיכום

העולה מן האמור לעיל הוא, שמשנוצרו רווחים כתוצאה מצירופם של שני גורמים, אם שניהם נחשבים לגורמים ישירים לרווח, הם שותפים בו. לעומת זאת, אם הגורם האחד אינו נחשב לגורם ישיר, והוא רק הכשיר את השני ליצור את הרווחים, הוא אינו זכאי לחלק מהרווחים, זולת אם נשתנה בפעולתו הגורם הישיר לרווח פיזית ומהותית, **דבר המקנה לו חלק בגורם הישיר עצמו**[34].

הקביעה אם יש לפנינו גורם ישיר ליצירת הרווח אם לאו, אינה פשוטה, ולעתים יצטרך בית המשפט להכריע בשאלה זו על פי שיקול דעתו בהתאם לנסיבות המיוחדות של המקרה.

על פי הסעיף, זוכה שתרומתו אינה מזכה אותו בהשתתפות ברווחים שנוצרו, זכאי להחזר הוצאותיו בלבד. בדברינו על סעיף 1(ב) ראינו, שהחוק קובע, שאין לשלול מהמזכה[35] תשלום עבור מלוא שווי הזכייה, רק משום שהוא עצמו יזם אותה, אך ראינו גם, שברוב המקרים, הן על פי החוק והן על פי המשפט העברי, אכן המזכה ביזמתו אינו מקבל אלא את החזר הוצאותיו בלבד. על פי זה, מובנת הוראת הסעיף שבפנינו, שהזוכה, החייב להעביר את כל הרווחים שהפיק למזכה, אינו רשאי לנכות מהם אלא רק את הוצאותיו[36].

[34] סייג נוסף הוא, שהגורם הישיר לא עבר לבעלותו הבלעדית של אדם אחר עוד בטרם נוצרו הרווחים. ראה לעיל, עמ' 93, הערות 22, 24.

[35] ראה לעיל, פרק ראשון, עמ' 89, שם הראנו, שהזוכה הנזכר בסעיף 3, הוא בעצם גם "מזכה".

[36] ראה לעיל, ליד ציון הערה 5.

nevo.co.il

סעיף 4

דין הפורע חוב הזולת

דין הפורע חוב הזולת

4. מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כדי מה שנתן לפרעון החוב.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 99

פרק שני: הנימוק המשפטי לכלל — "הפורע... אינו זכאי להשבה" 101

א. מבוא 101

ב. הזוכה לא קיבל הנאה של ממש 102

ג. הזוכה היה מצליח להיפטר מהחוב 104

פרק שלישי: הגדרת החוב — "חובו של אדם אחר" 106

א. מבוא 106

ב. החובות שהכלל חל עליהם 106

ג. החובות שהכלל אינו חל עליהם 107

1. חוב הנובע מעסקת מכר 107

2. חוב שאין לדחות את קיומו 107

פרק רביעי: הזוכה — "של אדם אחר" 108

פרק חמישי: חריגים לכלל — "אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד" 108

א. מבוא 108

ב. המזכה פרע את החוב להגנת אינטרס אישי 109

ג. "פורע חובו של חברו" — כטענת הגנה 110

ד. חוסר סבירות במחילת המלווה 111

ה. הזוכה גילה שברצונו לפרוע את החוב 112

פרק שישי: הגבלת גובה ההשבה — "כדי מה שנתן לפרעון החוב" 113

nevo.co.il

מבוא

סעיף 1 לחוק קובע את חובתו של הזוכה "שלא על פי זכות שבדין" להשיב למזכה את הזכייה או את שוויה. סעיף קטן (ב) של סעיף 1 מוסיף, שהזוכה חייב בהשבת הזכייה או שוויה, גם אם המזכה הוא שיזם את הזכייה. סעיפים 4-5 עוסקים בזכויותיו של המזכה להשבה במקרים מיוחדים של זכייה ביזמת המזכה, והם: הפורע חוב הזולת; והפועל לשמירת עניין של הזולת.

המשפט העברי, ובעקבותיו החוק בסעיף 5, קובעים עקרונית, שהמזכה שהציל את רכושו של הזולת מהפסד, זכאי להשבת הוצאותיו. ואולם, שניהם ממעטים בזכותו של הפורע חובו של אחר להשבה, אף על פי שלכאורה הציל גם הוא את חברו מהפסד.

סעיף 4 קובע עקרונית: "מי שפרע חובו של אדם אחר... אינו זכאי להשבה", אלא אם יתקיימו תנאים מסוימים, וזה לעומת העיקרון הנזכר בסעיף 1, שהמזכה את חברו ב"נכס שרות או טובת הנאה אחרת", זכאי להשבה, כל עוד אין "נסיבות הערשות את ההשבה בלתי צודקת"[1]. יצוין, שבהצעת החוק[2], נקודת המוצא בסעיף זה הייתה כבסעיף 1, היינו לחייב עקרונית את הלווה־הזוכה בתשלום, עם סמכות לפטור אותו מן התשלום כאשר הנסיבות עושות את הפיצוי לא צודק[3]; החוק התקבל בצורתו הנוכחית מתוך רצון להתאימו לעקרונות המשפט העברי[4]. השאלה העולה מאליה היא, כמובן, מה ההצדקה להבחנה בין הפורע לבין המציל? כדי לעמוד על ההבדל בין הפורע לבין המציל (או כל מי שמזכה ביזמתו), נדון תחילה בגימוק המשפטי לכלל השולל את זכות ההשבה מהפורע חובו של הזולת מבלי שנתבקש לכך. לאחר מכן, נבדוק את היקפו של הכלל, דהיינו על איזה חובות הוא חל, ולבסוף נדון בחריגיו השונים.

נציג תחילה את המקורות העיקריים בתלמוד, העוסקים בשאלת הפורע חובו של חברו. המקור הראשון הוא משנה במסכת כתובות[5], העוסקת במי שפרנס את אשת חברו, וזה

[1] סעיף 2.

[2] הצעת חוק עשייה עושר ולא במשפט, הצעות חוק התשל"ח, עמ' 267, סעיף 4.

[3] אילו היה מתקבל נוסח זה, הסעיף היה מיותר, שכן לא היה שוני בין דינו של הפורע חובו של חברו לדינו של כל מזכה אחר.

[4] ראה: דברי הכנסת 84 (תשל"ט), עמ' 152-153, מובא אצל נ' רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, ירושלים תשמ"ט, עמ' 872-873. בסעיף 1(ב), החוק קובע, שאין הבדל בין זכייה ביזמת הזוכה לבין זכייה ביזמת המזכה, ובשניהם זכאי המזכה להשבה. ש' גינוסר, במאמרו "מי מפחד מהמתנדב", משפטים ז (תשל"ו) 72, סעיף 9, שפורסם לפני קבלת החוק, מציע הסדר הפוך. לדעתו, יש מקום לחייב את הלווה בהשבה לפורע, אף שבזכיות אחרות ביזמת המזכה יש לפטור את הזוכה מתשלום. פרידמן, סעיף 171, מסכים לגישתו של גינוסר, למרות המגמה ההפוכה בחוק. ראה פרידמן, סעיף 24 וסעיף 176, ודברינו על סעיף 1(ב).

[5] משנה, כתובות יג, ב.

nevo.co.il

לשונה: "מי שהלך למדינת הים, ועמד אחד ופירנס את אשתו. חנן אומר: איבד את מעותיו. נחלקו עליו בני כוהנים גדולים ואמרו: ישבע כמה הוציא ויטול. אמר רבי דוסא בן הרכינס: כדבריהם; אמר רבי יוחנן בן זכאי: יפה אמר חנן. הניח מעותיו על קרן הצבי".

המקור השני העוסק בסוגיית הפורע חובו של חברו נמצא במסכת נדרים[6], והוא אינו דן בשאלה זו ישירות, דהיינו במסגרת הדין האזרחי, אלא בעקיפין, בקשר לשאלת המודר הנאה מחברו, שהיא סוגיה בדיני נדרים. על פי ההלכה, אדם יכול לאסור על עצמו לקבל הנאה כלשהיא מחברו, והוא נקרא מודר הנאה מחברו. המשנה באה ללמדנו במודר הנאה מחברו, אלו דברים מותר לחברו לעשות לו, שאין בהם משום הנאה האסורה על המודר. וזה לשון המשנה: "המודר הנאה מחבירו... פורע את חובו", ופירוש המשנה הוא, שאם אסר ראובן על עצמו לקבל הנאה משמעון, מותר בכל זאת לשמעון לפרוע את חובו של ראובן, והדבר אינו מוגדר כהנאה שקיבל ראובן משמעון.

מתוך שני המקורות הנזכרים לעיל, נקבע להלכה, שהפורע חובו של חברו, הניח מעותיו על קרן הצבי, ואינו זכאי להשבת הוצאותיו: מן המקור הראשון למדנו, שהפורע אינו זכאי להשבה; ומן המקור השני למדנו, שמי שפרעו לו את חובו אינו נחשב לנהנה.

ואולם, יש מי שצמצם את משמעות שני המקורות הללו למפרנס את אשת חברו. דעת יחיד זו מובאת בתוספות[7] בזה הלשון: "ורבינו תם מפרש דאיירי [=שמדובר] דוקא במזונות אשתו, ומשום הכי [=משום כך] פטור, דאין הדבר ברור, שהיה מתחייב זה הבעל מזונות, שמא היה יכול להפטר, שהאשה עצמה היתה מצמצמת, אם לא היתה מוצאה מי שממציא לה מעות... אבל גבי שטר חוב, אפילו חנן מודה, דלא איבד מעותיו, דהנאה גמורה היא, הואיל ולא היה יכול להיפטר בשום ענין". אם כן, לדעת רבנו תם, העיקרון הוא, שהפורע חובו של חברו זכאי להשבה כמו כל מזכה אחר, ומפרנס את אשת חברו הוא יוצא מן הכלל[8]. דעת יחיד זו לא התקבלה להלכה[9].

---

[6] משנה, נדרים ד, ב.

[7] תוספות, כתובות קח ע"א, ד"ה הא.

[8] סעיף 16(ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, קובע ש"מי שנתן מזונות שלא היה חייב בהם... רשאי לדרוש החזרתם... ממי שהיה חייב בהם ובמידה שהיה חייב בהם". סעיף זה הוא "הסדר מיוחד" (ג' טדסקי, "המקיים את חיוב הזולת, וזכותו להשבה", משפטים י (תש"ם) 17, ליד הערה 30), שנקבע כחריג, ו"ההסבר הסביר לעמדה זו הוא, שהאינטרס הנידון חיוני לנצרך וגם לחברה כולה ולמדינה". לעומת דעתו של רבנו תם, הקובע שזכויותיו של מי שפרנס את אשת חברו פחותות משל פורע חובו, החוק נותן עדיפות דווקא למי שפרנס את אשת חברו.

[9] אומנם הטור חו"מ, סימן קכח, סעיף א, והסמ"ע, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ג, פוסקים כדעת רבנו תם, אבל דעת רבנו תם אינה מוזכרת, אף לא כדעת יחיד, בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קכח. כמו כן, הש"ך, שם, ס"ק ה, מכריע כנגד דעה זו, וכותב: "יותר משלושים פוסקים" חולקים על רבנו תם, "ואם כן, פשיטא דהחולק בטל בשלושים". הש"ך גם דוחה את הראיות שמביא הסמ"ע לשיטת רבנו תם. חשיבותה של השיטה להלכה מצטמצמת לפורע שתפס את המשכון מהמלווה. ראה להלן, הערה 87.

פרק שני

הנימוק המשפטי לכלל — "הפורע... אינו זכאי להשבה"

א. מבוא

בדברינו על סעיף 1(א)[10] ראינו טעמים שונים לחיוב הזוכה בהשבה. הבחנו שם בין שני סוגים של זכייה: זכייה שיש עמה רווח; זכייה שאין עמה רווח, וראינו שלכל סוג של זכייה יש נימוק משפטי מיוחד, המחייב את הזוכה בה בהשבה.

מי שקיבל זכייה שיש עמה רווח, דינו כמחזיק את נכסי המזכה בעין, וחייב בהשבתה מכוח טענת "ממוני גבך [=ממוני אצלך]". גם מי שזכה בחיסכון ודאי, דינו כמי שקיבל זכייה שהיא רווח. סייג להגדרת הזכייה כרווח הוא, שאם עלה שווי נכסיו של הזוכה בעקבות פעולת המזכה, אך נכסיו של הזוכה לא נשתנו שינוי פיזי, או מהותי, הזכייה אינה מוגדרת כזכייה שהיא רווח.

מי שקיבל זכייה שאין עמה רווח, כגון מי שהשתמש בנכסי חברו, אינו מוגדר כמי שזכה בחיסכון ודאי, משום שהוא יכול לטעון: "הייתי מתענה". אולם, אף על פי כן, הוא חייב לשלם למזכה שווי זכייתו מטעמים אחרים, שפורטו בסעיף 1(א).

על פי העקרונות שראינו בסעיף 1(א), ושסקרנו לעיל, ניתן היה לכאורה לחייב את הלווה־הזוכה בפיצוי ל"מי שפרע חובו", מכמה טעמים:

א. השבחת נכסים — ניתן היה לראות בפירעון החוב השבחת נכסיו של הזוכה, שעם הפירעון בטל השעבוד שרבץ עליהם[11].

ב. זכייה שאין עמה רווח — גם אם לא נראה בפרעון החוב משום השבחת נכסי הזוכה, עדיין הוא נהנה מפירעון החוב, שנפטר מהחיוב האישי שהיה ממשיך לרבוץ עליו לולא הפירעון.

ג. חיסכון ודאי — בעקבות הפירעון זכה הזוכה בחיסכון ודאי, שכן לולא פעולתו של המזכה, הזוכה היה נאלץ לפרוע את החוב בעצמו. כאן לא תתקבל טענת הזוכה "הייתי מתענה"[12], משום שאין הדבר תלוי בו, אלא במלווה, והמלווה יכול לכוף אותו לפרוע את חובו.

אולם, על אף כל הנימוקים הללו, המשפט העברי שולל עקרונית פיצוי למי שפרע חובו של אדם אחר. התלמוד רואה במי שפרע את חובו של חברו "מבריח ארי"[13]. כלומר, התלמוד מדמה את הפורע למי שהבריח ארי, שאיים מרחוק על צאן חברו. וכפי שהמבריח ארי אינו זכאי להחזר הוצאותיו[14], כך גם הפורע.

בעלי התוספות[15] מגדירים "מבריח ארי" כל מי שנתקיימו בו שני דברים: פעל מדעת עצמו; לא הציל את חברו מהפסד, אלא רק מצער או מדאגה. להלן נבדוק את השאלה: מדוע

[10] דברינו על סעיף 1(א), פרק שני, עמ' 37.

[11] ראה: נתיבות המשפט, סימן קה, ס"ק ו; שם, סימן קכח, ס"ק ה, בטעמו של רבנו חם.

[12] תוספות, חולין קלא ע"א, ד"ה שאני; קצות החושן, סימן רמו, ס"ק ב; נתיבות המשפט, סימן רמו, ס"ק ה.

[13] נדרים לג ע"א.

[14] בבא קמא נח ע"א.

[15] תוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ.

nevo.co.il

הפורע חוב הזולת מוגדר כמבריח ארי? ונבין מדוע הנימוקים שראינו לעיל, אין בהם כדי לחייב את הזוכה בפיצויו של הפורע־המזכה.

ב. הזוכה לא קיבל הנאה של ממש

שלילת טענת השבחת נכסים וכוייה שאין עמה רווח

התלמוד הירושלמי[16] קובע, שמי שפרע את חובו של חברו, אינו זכאי לתשלום, מכיוון ש"לא נכנס לידו כלום". המאירי[17] מסביר את דעת הירושלמי, ואומר: "ודאי טעם הדבר, מפני שאין זו קרויה הגעת הנאה מראובן לשמעון, אלא הברחת ארי מעליו, רוצה לומר מניעת היזק... ואע"פ שמכל מקום גורם לו הנאה... אף זו גרמא בעלמא הוא, וזהו שפירשו הטעם בתלמוד המערב [=התלמוד הירושלמי]: 'מפני שלא נכנס לידו כלום', והוא גם כן מה שאמרו בגמרא: 'אלמא אברוחי ארי בעלמא הוא', כלומר מניעת היזק בלבד, ואינה קרויה הנאה".

בדברים אלה, המאירי שולל את תביעת הפורע, המבוססת על הטענה שהשביח את נכסי הזוכה, וכן את הטענה שבביטול החיוב האישי שרבץ על הזוכה, זיכה אותו, על כל פנים, בהנאה שאין עמה רווח. לדבריו, אין כאן אלא רק הברחת ארי – הסרת דאגה – ומבחינת הדין אין זו הנאה. אמנם, ייתכן שתצמח לזוכה הנאה כתוצאה מביטול החיוב האישי, אך פעולתו של הפורע לא זיכתה את הזוכה באופן ישיר, אלא רק בביטול חיובו: הוא הרחיק גורם, הדומה לארי מאיים, שסיכן מרחוק את שלום נכסי הזוכה. שעבוד נכסיו של הלווה מקביל לארי העומד במרחק מה מהעדר, הוא אינו גורע מבעלותו של הלווה על נכסיו. כך עולה מדבריהם של מפרשי התלמוד: "אין למלוה חלק בגוף הדבר [המשועבד לו]", ולכן "לא נתווסף כלום בגוף הנכסים"[18]; "בפורע חובו אין שבחו ניכר והרי הלווה הזה עומד בנכסיו כמו עכשיו"[19].

מי שפרע את חובו של חברו, לא השביח את נכסיו, ולא זיכה אותו בהנאה מעבר להברחת גורם מאיים – הברחת ארי. לעומתו, מי שהציל את רכוש חברו מהפסד, זכאי להשבת הוצאותיו, מכיוון שהציל את הרכוש, לא רק מארי שעומד מרחוק, אלא מסכנה ממשית וישירה, שהיה נתון בה[20]. מאחר שניתן היה להציל את הרכוש רק "על ידי הדחק"[21], ובלא פעולה זו, שלו או של אחר, קיים לוודאי שרכושו של הזוכה היה אבוד[22], "בזה הוא [הזוכה] כאין לו, ונתן לו [המזכה] דבר חדש"[23]. במקרה זה, המזכה דומה,

[16] ירושלמי, כתובות, פרק יג, הלכה ב (סא ע"א, ברפוס ווילנא); ירושלמי, נדרים, פרק ד, הלכה ב (יא ע"א, ברפוס ווילנא).

[17] מאירי, נדרים, פרק ד, משנה ב.

[18] חידושי הרי"ם לכתובות קז ע"ב.

[19] הריטב"א לכתובות קח ע"א, ד"ה שם.

[20] המאירי לבבא קמא נח ע"א, מסביר את שיטת התוספות: "כל שמציל לגמרי אינו קרוי מבריח ארי. ואין הברחת ארי אלא כל שמציל מפחד, בהפסד קודם שיבא, ופורע חובו של חברו אינו הצלה ממש, שהרי אמרו בתלמוד המערב: 'מפייס הוינא ליה ומחל'".

[21] **בבא קמא קטו ע"ב; נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק א; ט"ז, חו"מ, סימן רסד, על סעיף ד, ד"ה אע"פ שהאמת אתו.**

[22] כלשון החזון איש, יורה דעה, סימן קמד, סעיף ב: "אי לא החזירה, היתה אבודה ממנו".

[23] דיכרות משה, בבא מציעא, סימן כח; חידושי הרי"ם, לכתובות קז ע"ב. עיין: נדרים לג ע"ב; שם לד ע"א; שם מא

כהגדרתו של הרמב"ן: "לפועל שעשה מלאכה בשל חברו שלא מדעתו, דאמרינן: נוטל מבעל הבית מה שנהנה"[24].

שיטה אחרת אינה מבחינה בין הצלת רכוש לבין פידעון חוב על פי טיב הזכייה שזכה בה הזוכה. בשני המקרים הזוכה לא קיבל הנאה ישירה מהמזכה, שכן לא זכה בדבר חדש אלא בהשבת רכושו, והמשיב "מונע רק מאחרים ליטלו"[25]. על פי זה, היה מקום לכאורה להגדיר גם את המציל כמבריח ארי ולשלול ממנו פיצוי. אולם, לפי שיטה זו, אף על פי שלא זיכה המציל את הבעלים בהנאה ישירה, הוא אינו מוגדר כמבריח ארי מטעם אחר, והוא, שמי שהציל את חברו מהפסד ממון, פעל על פי חובה המוטלת עליו: "והוא מכלל השבת אבידה, דמחויב כל אדם להציל את חברו מן ההפסד. משום הכי [=משום כך] המציל את חברו מן ההפסד, לא הוי כפורע חובו שלא מדעתו; כיון דמחויב הוא להציל, הוי כפורע מדעת, דדעת שכינה איכא [=יש]"[26]. המציל פעל על פי מצוות התורה, ולכן אינו נקרא מבריח ארי.

לעומתו, הפורע פעל לטובת חברו בלי שהיה חייב לעשות כן על פי דין תורה, ולכן הוא לא קיים מצוות השבת אבדה, כש"הציל" את חברו מחוב המוטל עליו על פי

ע"ב, בסוגיית מודר הנאה, האם מותר לו להשיב אבדה? וברי"ן שם, ד"ה אלא, הכותב שהמשיב לא מסר שום דבר מנכסיו לבעל האבדה, אך בכל זאת זיכה אותו ברכוש שהיה הולך לאיבוד. אך מכיוון ש"מצוה קעביד" בפעולתו, אין רואים בה "הנאה", האסורה על הבעלים מכוח הנדר. ר' עקיבא איגר, בגיליון הש"ס לנדרים מא ע"ב, מקשה על הר"ן, מן העובדה שמי שמשיב את אבדתו של מי שמודר הנאה ממנו "לא מיקרי מהנהו", משום "שאינו משביח להאבידה עצמה", ואין צורך להיזקק לטעם של "מצוה קעביד" להתיר לו להשיב את האבדה. נראה שהר"ן רואה בהשבת אבדה הנאה ישירה לבעלים, וזאת לעומת פירעון חובו, שיש בו משום הברחת ארי בלבד, ועיין חידושי ר' עקיבא איגר, יורה דעה, סימן רכא, סעיף ג, המסביר את דברי השולחן ערוך על פי הר"ן, כלומר שמותר לאדם להשיב אבדה למי שמודר הנאה ממנו, מכיוון ש"מצוה קעביד". החזון איש, יורה דעה, סימן קמד, סעיף ג, אף תמה על דברי ר' עקיבא איגר בגיליון הש"ס: "ואינו מובן, דהא מחזיר אבידה נמי, אי לא החזירה, היתה אבודה ממנו, ועל ידו הוא מתעשר בחפץ שהחזירו, ומיהו אין הנידון משום שגורם לו ריבוי נכסים, אלא הנידון הוא במה שמטרית לטובתו, והטורח הוא דבר של שיווי, ומהנהו בזה, וההיתר של השבת אבידה הוא, משום דכיון דטורח זה מצוה הוא, שחייבתו תורה, איהו במצוה קטרח, וחבירו ממילא מתהני". כסברה זו, הרואה בהשבת אבדה הנאה ישירה, מסיק הרמב"ן בחידושיו לבבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין: "ולי נראה, דשכר פעולה, ממונא דמטי לידיה דבעל אבידה היא, דמי לפועל שעשה מלאכה בשל חברו שלא מדעתו, דאמרינן... נוטל מבעל הבית מה שנהנה. אבל פורע חובו של חברו וכיוצא בהם, דלא מטי לידיה דבעל הבית אלא מחילת חובו של זה וסילוק נזקו ממנו, מבריח ארי מנכסי חברו הוא. ואף על גב דאית ליה פסידא, פטור". המאירי למשנת נדרים ד, ב, כותב לשיטה זו: "לא אמרו כאן אברוחי ארי בעלמא, אלא שהוא מצילו מיראה ומבעתותא [=פחד] בעלמא, אבל הברחת ארי, במעשה גמור להצלת ממונו, אסור. עד שנראה לי מדעתם, שהמדיר שראה צאנו של מודר בפי הזאב, אסור להצילה, אע"פ שאינה אלא מניעת הזק, ולא יראה כן". על פי הגישה שראינו בר"ן ובחזון איש, סיבת ההיתר היא, שבפעולתו המציל מקיים מצווה, ולכן הוא פועל בגלל המצווה ולא לטובת בעל הצאן.

[24] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין.

[25] גיליון הש"ס, נדרים מא ע"ב, ד"ה בהר"נ ד"ה אלא רפואת.

[26] לשון נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג, וראה עוד: ההסבר הראשון המובא ברמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין; וכן ראה דעת "יש מתרצים" במאירי, בבא קמא נח ע"א: "צד מצוה איכא, ואינו קרוי מבריח ארי". כשיטה זו מסיקים התוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ, הקובעים שאם מחה בעל הרכוש, המציל אינו זכאי לפיצוי כלשהו אף לא בשכרו, זאת לעומת כל אדם אחר המזכה מיזמתו. גם הסמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ד, פוסק כדעה זו. לעומתם נפסק, כ"נתיבות המשפט", שמשיב אבדה (שיש לו הפסד בפעולתו), זכאי על פי דין לקבל שכר, מתוך השוואה למזכה מיזמתו. ועיין להלן, בדברינו לסעיף 5(ג).

nevo.co.il

דין (וכמו כן לא סיכם דבר עם הזוכה בעניין החזר הוצאותיו). מכיוון שפעל מדעתו, "אמדוהו רבנן דעתיה, דמסתמא לשם מצוה קעביד"[27], ופעולתו לא נועדה לשם קבלת פיצוי. הרמב"ן[28] מנסח זאת כך: "כיון דמדעתא דנפשיה עביד, אחולי אחיל גבי היאך [=מכיוון שפעל מדעת עצמו, ויתר על פיצוי מהזוכה]". גם אם גילה הפורע את דעתו, שהוא פעל "אדעתיה שיפרענו"[29], לדעת הפוסקים[30], אינו זכאי להשבת הוצאותיו. מעשיו של הפורע מוכיחים, שעשה כן שלא על מנת לקבל פיצוי: "מי הכריח לזה לפרוע שלא מדעת הלוה? היה לו להמתין עד שיגוש המלוה את הלוה, ואז יפרע מדעת הלוה, ויתנה עם הלוה שיחזור ויפרע לו, ומדלא עשה כן, מתנה בעלמא דיהיב ליה [=נותן לו סתם מתנה]"[31].

שתי השיטות שראינו, בדבר ההבחנה הקיימת בין המציל – משיב האבדה – לבין הפורע חובו של אחר, מובנות היטב לאור הגדרת מבריח ארי, שהזכרנו לעיל מתוך דברי התוספות. על פי הגדרה זו, מבריח ארי הוא מי שנתקיימו בו שני תנאים: פעל מדעת עצמו; לא הציל את חברו מהפסד ישיר, אלא רק מצער או דאגה. השיטה הראשונה קובעת, שהמשיב אבדה מציל ישירות את חברו מהפסד. לעומתו, הפורע חובו של אחר, רק מונע הפסד בעקיפין, ועל כן אין לראותו אלא כמציל את חברו מצער ודאגה. השיטה השנייה רואה במציל כאילו הוא פועל על דעת התורה – משיב אבדה – ולא על דעת עצמו. לעומתו, הפורע חוב הזולת, פועל על דעת עצמו בלבד.

לפי שתי השיטות, אין לשלול פיצוי מהמזכה, אלא אם כן מתקיימים בו שני המרכיבים להגדרת מבריח ארי. כאמור, שני המרכיבים גם יחד מתקיימים במי שפרע חוב הזולת, ומכאן שלילת זכותו להשבה.

ג. הזוכה היה מצליח להיפטר מהחוב

שלילת טענת חיסכון

ראינו למעלה, שמי שפרע את חובו של חברו, לא השביח את נכסיו, ולכן אינו זכאי להשבה. הוא אף לא זיכה את הלווה בהנאה אחרת, שהיה בה כדי לחייב אותו בתשלום. אך עדיין יש להסביר, מדוע לא נחייב את הלווה בהשבה בגין החיסכון הוודאי שנגרם לו בעקבות פירעון חובו? הרי ראינו לעיל, שדין חיסכון ודאי כדין ממון המזכה ביד הזוכה.

[27] ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ח. הכוונה למעשה טוב בעלמא, בניגוד לקיום מצווה ממש.

[28] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין.

[29] לשון גידולי תרומה, שער סח, חלק ב, שנג ע"א, הדן במי שפרנס את אשת חברו.

[30] גידולי תרומה, שער סח, חלק ב, שנג ע"א; שו"ת חוות יאיר, סימן קלד: "דלא מצינו שום פוסק דאומר, שאם גילה דעתו דאינו זנה חינם, דצריך בעלה לשלם"; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קכח, הגהות בית יוסף, אות טו. ועיין: שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יז.

[31] פני יהושע, בבא קמא נח ע"א, ד"ה בתוספות; "פני יהושע" סבור, שהתוספות אינם מסכימים לדעתו, אך בעל נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג, מסביר את אחד ההסברים בתוספות באופן זה, כלומר הפורע חובו פעל "מדעתו", ולעומתו פעל המשיב אבדה "מדעת שכינה". כיוון שהפורע פעל "מדעתו", הוא מבריח ארי, כהגדרת התלמוד, ומחל על כל פיצוי אפשרי.

nevo.co.il

לדעת אחדים מן הראשונים[32], הפורע אינו זכאי לפיצוי תמורת החיסכון שגרם לזוכה, מכיוון שגם לעניין החיסכון, דינו כדין מבריח ארי, משום שפעל על דעת עצמו, והחיסכון לא הגיע ישירות מהפורע, אלא נוצר בעקבות ביטול החיוב האישי שרבץ עליו. גם אם יוכח, שבלא פעולת הפורע, הלווה היה נאלץ לפרוע את החוב במלואו בעצמו, הפורע אינו זכאי לפיצוי, מכיוון שגם לעניין החיסכון דינו כמבריח ארי.

אך מקובל על רוב הפוסקים[33], שהנימוק לפטור הוא, שמי שפרע את חובו של חברו, לא זיכה אותו בחיסכון ודאי, שכן ייתכן, שהלווה היה מפייס את המלווה, עד שהיה מוותר לו על חובו[34]. הרמב"ם[35] מנמק את דין הפורע חובו בדרך זו: "הפורע חובו של חברו שלא מדעתו, אפילו היה החוב על המשכון, אין הלוה חייב כלום, והרי אבד זה הנותן את מעותיו, שמא היה הלוה מפייס את המלוה, ומוחל לו".

הראשונים הכירו, שטעם זה הוא אמתלה בעלמא, משום שעל פי רוב, הסבירות למחילת ההלוואה נמוכה מאד. לטענת הלווה, שהמלווה היה מוחל את חובו לולא הפירעון, יש ערך רק משום, שכפי שהוסבר לעיל, לא זיכה הפורע את הלווה בהנאה במישרין, ולא השביח את נכסיו. מאחר שתביעתו של הפורע מבוססת על חיסכון, מתקבלת כל טענה לדחיית התביעה. בדומה לזה, ראינו בדברינו על סעיף 1(א)[36], שטענתו של הזוכה: "הייתי מתענה"[37], מתקבלת לפטור אותו מתשלום בגין חיסכון. וכך מפרש הריטב"א: "לא סוף דבר מן הטעם ההוא בלבד, אלא עיקר טעם, משום שאין שבחו ניכר"[38].

ואולם, לעומת טענת "הייתי מתענה", התלויה ברצונו של הזוכה עצמו, הטענה שהמלווה היה מוחל לו את החוב, מבוססת על רצונו של המלווה, ולא על רצונו של הזוכה. לכן, על אף העובדה, שהפורע תובע את הלווה רק בגין חיסכון, טעם זה פוטר את הלווה מתשלום רק בצירוף שיקול נוסף: "אותו טעם... אינה טענה עיקרית, אלא זו עונשו של עושה שלא

[32] ר"ן, נדרים לג ע"ב, ד"ה ולענין הלכה. ראה: שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יז, שכותב שהתוספות (בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ), בהסברם הראשון, והרשב"א (בחידושיו על נדרים לג ע"ב), נוקטים כשיטה זו.

[33] סברת רבנן החולקים על חנן, בירושלמי, כתובות, פרק יג, הלכה ב (סא ע"א, בדפוס ווילנא), ובנדרים, פרק ד, הלכה ב (יא ע"א, בדפוס ווילנא); תוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ; הרא"ש, בבא קמא, פרק ו, סימן ו; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כו, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכח, סעיף א.

[34] דעתו של הב"ח, חו"מ, סימן קכח, סעיף א, היא שגם כאשר הדרך היחידה שעמדה בפני הלווה להימנע מפירעון החוב למלווה הייתה ביצוע עברה, הוא רשאי לטעון, שהיה פוטר את עצמו בעברה זו לולי פעולת המזכה. לכן, גם כשאין מתקבלת טענת הלווה, שהיה מפייס את המלווה (כגון בעל חוב דוחק לשיטות ראשונים אחדים המוזכרות בש"ך, להלן, הערה 79), אם המלווה אינו מחזיק בשטר חוב, והייתה ללווה אפשרות לשקר ולהכחיש את קיומו של החיוב, הוא יהיה פטור מחוכת ההשבה לפורע. שני פוסקים אחרים מעלים סברה דומה בדיני שומרים (תרומת הדשן, חלק השו"ת, סימן שו; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ד, סימן יח, הדנים בסוגיית בבא קמא מ ע"ב): "ואם תאמר, אסור לי לעשות כהאי גוונא, מאי איכפת לך? בבא [=בעולם הבא] תדאג נשמתי על זה" (תרומת הדשן, שם). אחד מפוסקים אלה (ים של שלמה, שם) כותב, שמותר לנתבע לטעון טענה זו רק אם יש לו "תרעומת על השני... שפעל שלא כדין... וכהאי גוונא בכל טצדקי [=תואנה] דיכול למעביד ולמטעין, בין לפטור עצמו בין לחייב חברו, שפיר דמי" (יש לציין, שלדעת הרמב"ן, גם מי שפרע את חוב חברו מוגדר כמי ש"עשה שלא ברשות"). כנגד דעות אלו פוסק התומים, סימן יב, ס"ק ה, שאדם אינו יכול לפטור את עצמו בטענה שהיה עובר עברה.

[35] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כו, הלכה ו.

[36] דברינו על סעיף 1(א), ליד ציון הערה 32.

[37] תוספות, חולין קלא ע"א, ד"ה שאני.

[38] הריטב"א, כתובות קח ע"א, ד"ה שם.

ברשות, שתהא ידו על התחתונה, דמי אמר לו שיפרע?"[39], ואומר הרמב"ן[40]: "עילה מצאו, שלא לחייבו לזה, מפני שעשה שלא ברשות"[41].

לעומת הפורע, המציל פועל ברשות, ולכן הוא זכאי לתשלום. הלווה פטור, משום "דתלינן לקולא [מכריעים לטובתו את הספק, שאולי היה מצליח לפייס את המלווה]"[42], ובטענה חלשה, דוחים את תביעתו של הפורע לפיצוי בגין חיסכון. המציל זכאי לפיצוי בתביעה מקבילה, משום שפעל על פי מצוות התורה, מצוות השבת אבדה, ולכן לא "תלינן לקולא".

לפי פוסקים אלה, נמצא שכשאי אפשר להאשים את הפורע "שעשה שלא ברשות, דמי אמר לו שיפרע"[43], אין לחפש עילה[44] לשלול ממנו את הפיצוי. מכאן, שאם פעל הפורע מתוך אילוץ מוצדק, הוא יזכה בהשבה. לקביעה זו השלכות חשובות, והן תיבדקנה בהמשך, בפרק הדן בחריגים של כלל זה. אך לפני כן נעמוד על היקפו של הכלל השולל מהפורע זכות להשבה, כלומר, נבדוק על אלו סוגי חובות הוא חל.

פרק שלישי

הגדרת החוב — "חובו של אדם אחר"

א. מבוא

עד כה הצגנו את הנימוקים שניתנו לכלל השולל זכות השבה מהפורע חובו של הזולת כלי שנתבקש לכך. נימוקים אלה התייחסו למקרה הטיפוסי של פריעת חוב שמקורו בהלוואה. נשאלת השאלה: האם עיקרון זה חל גם לגבי חובות אחרים שמקורם אינו בהלוואה? כגון הפורע חובו של חברו שמקורו בדיני נזיקין או בעסקת מכר, או המשלם מזונות לאשת חברו, או המקיים חיוב חוקי אחר המוטל על חברו, כאשר קיום החיוב כרוך בהוצאות. קיצורו של דבר, האם יש דין אחד לכל סוגי החיובים שבסוגייתנו? בפרק זה נראה, שהתשובה לשאלה זו היא שלילית.

ב. החובות שהכלל חל עליהם

כפי שהובהר לעיל[45], הפורע חובו של חברו, אינו זכאי להשבה, משום שדינו כמבריח ארי, כלומר הוא פעל מדעת עצמו, ו"לא יהיב ליה בידיים ממש"[46].

[39] שו"ת מהרי"ט, סימן קכד.

[40] ספר התרומות, שער סז, מוכא בבית יוסף, חו"מ, סימן קה, סעיף ח.

[41] השולחן ערוך, חו"מ, סימן קכח, סעיף ב, קובע שגם מי שתפס המלווה את נכסיו כפירעון לחוב שאדם שלישי חייב לו, אינו זכאי לפיצוי מהלווה. המהרי"ט סימן קכד, מסביר שאילו היה זכאי לפיצוי, "כל אדם שיש לו תביעה על חברו, יניח בעל חוב [הלווה], שיודע שימסור עצמו על ממונו, וילך להתגרות באחרים. ואם חוזרים הם על זה [הלווה], ונפרעין ממנו, לא ימסרו עצמן עליו".

[42] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין.

[43] שו"ת מהרי"ט, סימן קכד.

[44] רמב"ן, בספר תרומות, שער סז, מוכא בבית יוסף, חו"מ, סימן קה, סעיף ח.

[45] ראה לעיל, ליד ציון הערות 13-15.

[46] ראה לעיל, ליד ציון הערות 16-17.

nevo.co.il

דין זה יחול – כפוף לסייגים שנראה להלן – על כל מי שקיים את חיוביו של חברו, הנובעים מחוקי המדינה או מתקנות של אגודות שהוא משתייך אליהן. אי קיום חיובים אלה כרוך אמנם בסאנקציות נגד האדם החייב לקיימם, אולם אי קיום החיוב אינו גורע מבעלותו על נכסיו, וקיומו של החיוב אינו מוסיף לזכויותיו על נכסים אלה. לכן, ההנאה שהגיעה לו ממי שקיים את החיוב במקומו היא הברחת ארי, אך לא קיבל הנאה של ממש. חובת מזונות של בעל כלפי אשתו גם היא נכללת באותה מסגרת, מאותה סיבה[47], והוא הדין במי ששילם תשלומי נזיקין, שהיו מוטלים על חברו.

ג. החובות שהכלל אינו חל עליהם

1. חוב הנובע מעסקת מכר

לעומת החובות המוגדרים בפסקה הקודמת, שהכלל הפוטר את הזוכה מתשלום לפורע חל עליהם, זוכה יהיה חייב למי שקיים את חיובו שנבע מהתקשרות מסחרית, שבה התשלום מהווה תמורה לנכס שקיבל מחברו[48]. במקרה זה, זכה הזוכה בנכס רק עם קיום החיוב. לולא קיום החיוב, המקח היה מתבטל למפרע, והזוכה היה חייב להשיב את הנכס שקיבל[49]. לכן, הזוכה יהיה חייב בתשלום למזכה בגובה הנאתו, שהרי קיבל לידיו הנאה של ממש – הנכס. במלים אחרות, העיקרון אינו חל על חוב הנובע מעסקת מכר, משום שתשלום החוב מהווה תנאי לקיום העסקה, וקיום העסקה אינו הנאה עקיפה, אלא הנאה ישירה.

2. חוב שאין לדחות את קיומו

כמו כן, מי שקיים את חיובו של חברו, יהיה זכאי להשבה[50], אם לא ניתן היה לזוכה לדחות את קיום החיוב בלי להיות מוגדר כ"פושע"[51]. לדוגמה, מי שהוציא הוצאות לקבורת אשתו של חברו, זכאי להשבה[52]. הבעל מחויב כלפי אשתו לשאת בהוצאות קבורתה, ולאחר מיתתה אין מי שיכול למחול לו על קיום התחייבות זו[53]. כמו כן, לא מתקבלת טענתו, שעד שבית הדין היה מכריח אותו לקבור אותה על חשבונו, ייתכן שהיה מוצא אחרים, שהיו קוברים אותה חינם[54], מפני "שלא תתבזה אשתו מתה מוטלת, עד שיזדקקו בית דין לדבר"[55].

---

47 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע, סעיף ח.

48 השווה ג' טדסקי, "המקיים את חיוב הזולת, וזכותו להשבה" (לעיל, הערה 8).

49 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצ, סעיפים ו"-יז; נתיבות המשפט, סימן קצ, ביאורים ס"ק ז, חידושים ס"ק יד.

50 לעניין גובה ההשבה, ראה להלן, בדברינו על סעיף 5(א), הערה 54.

51 דוגמה למי שנקרא "פושע" באי מילוי חיובו, יש בשולחן ערוך, חו"מ, סימן תי, סעיף כח. עיין: בית יוסף, חושן משפט, סימן שפ, סעיף ז, בסוף דבריו. דוגמה אחרת ראה בדברינו על סעיף 5(א), שם כתבנו, שאם הוציא המזכה הוצאות להצלת הזוכה מביזיון כזה, שהזוכה היה חייב על פי דין להוציא הוצאות כדי להינצל ממנו, יהיה המזכה זכאי להחזר הוצאותיו.

52 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פט, סעיף ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יד, הלכה כד.

53 חכמת שלמה, אבן העזר, סימן פט.

54 וזאת אף על פי שפוטרים את הלווה מפיצוי לפורע, גם כשבעל החוב דוחק, על יסוד סברה מקבילה. ראה: תוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ; ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ו; חכמת שלמה, אבן העזר, סימן פט; שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יז.

55 מגיד משנה לרמב"ם, הלכות אישות, פרק יד, הלכה כד.

nevo.co.il

מטעם זה, יש לזכות בפיצוי על הוצאותיו את מי שהרחיק מטרד לציבור, שנגרם על ידי חברו, ושעל פי כללי הנזיקין, חברו חייב להסירו בלא דיחוי[51]. במקרה זה, לא תתקבל טענתו של הזוכה, שראינו לעיל, שהיה ממתין בהרחקת המכשול, עד שהיה מוצא אחרים, שירחיקו אותו חינם[56].

פרק רביעי

הזוכה — "של אדם אחר"

הפורע את חובו של שותפו, כאשר החוב נובע מענייני העסק המשותף, זכאי לקבל משותפו את מה שהוציא לפירעון החוב[57], וזאת אף אם "לא היה חייב לכך כלפיו"[58], על פי דין. הסיבה לכך היא, ש"דרך שותפים לפרוע בשביל חבריהם, וחוזרים ונפרעים מהם"[59]. כששותף מקבל הלוואה "אדעתא דדרך שותפין קיבלו"[60], כאילו התנה מראש, שאם יפרע חברו עבורו, ישיב לו את הוצאותיו. כאן אי אפשר לטעון נגד המזכה: "מי אמר לו שיפרע?"[61], שהרי פעל כמקובל בין שותפים.

פרק חמישי

חריגים לכלל — "אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד"

א. מבוא

על פי החוק, הפורע חובו של אדם אחר אינו זכאי להשבה "אלא אם כן לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפרעון". מלשון החוק משתמע, שברוב המקרים יש סיבה סבירה לזוכה להתנגד לפעולת הפורע, ורק במקרים מיוחדים, שאין לו סיבה להתנגד, יקבל הפורע פיצוי עבור הוצאותיו.

[56] יש לציין עוד מקרה נוסף, שהכלל אינו חל עליו, והוא כאשר דין הפורע הוא כדין מציל (משיב אבדה). אדם ששילם במקום חברו תשלום תמורת החזרת נכסיו, שעוקלו שלא כדין, כשלא היה ביכולת הזוכה להוציאם בדין, זכאי לפיצוי. קביעה זו נובעת מהשוואה בין מי שפדה את רכוש חברו לבין משיב אבדה. כפי שראינו, משיב אבדה זכאי לפיצוי, מכיוון שאינו מבריח ארי; יש הסוברים, שמשום שלא פעל מדעת עצמו אלא מדעת התורה, ויש הסוברים, משום שנתן לזוכה הנאה של ממש. נימוקים אלה נכונים גם לגבי מי שפדה את רכושו של חברו מיד אנס.

[57] תומים, חושן משפט, סימן עו, ס"ק ד; נתיבות המשפט, סימן עו, ס"ק ג; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן עו, ס"ק יב; מרדכי, כתובות, פרק עשירי, סימן רלז. הוכחתו של התומים היא מבבא קמא קיג ע"ב; אך עיין ברא"ש, בבא קמא, פרק י, סימן יג, המפרש את הסוגיה באופן שונה. נראה שהרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכה יב, מפרש את הסוגיה כרא"ש, וראה במגיד משנה, שם.

[58] סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

[59] תומים, שם.

[60] תומים, שם.

[61] ראה לעיל, הערה 39.

גישה עקרונית זו תואמת את עמדת המשפט העברי. כפי שראינו לעיל, המשפט העברי גורס, שהמתערב בענייני חברו, מבלי שנתבקש לכך ומבלי לזכות אותו אלא בעקיפין, אינו זכאי לתשלום. התערבותו של הפורע בענייני אחרים, שוללת ממנו תשלום עבור ההנאה העקיפה שגרם. זאת ועוד, מקבלים כל עילה לדחות את טענתו לפיצוי בגין החיסכון שהביא לזוכה: "זה עונשו של עושה שלא ברשות... מי הכריח לזה לפרוע?"[61].

חריגים לכלל זה הם מקרים שיש בהם סיבה סבירה להתערבותו של הפורע. חריגים נוספים, לפי מספר פוסקים, ובנסיבות מיוחדות, הם מקרים שבהם החיסכון לזוכה אינו ניתן להכחשה, אפילו בעילה דחוקה.

ב. המזכה פרע את החוב להגנת אינטרס אישי

כפי שראינו לעיל, הלווה פטור מחובת השבה לפורע שפעל מדעת עצמו, והמוגדר כמבריח ארי. הוא "עשה שלא ברשות"[62] ו"זו עונשו של עושה שלא ברשות, שתהא ידו על התחתונה, דמי אמר לו שיפרע?"[61]. אם הייתה למזכה סיבה סבירה לפרוע את החוב של הזוכה, משום שהגן על אינטרס חוקי של עצמו, יזכה בהשבה, שהרי אין להעלות נגדו את הטענה: "מי אמר לו שיפרע?". במקרה זה, חסר אחד המרכיבים להגדרתו כמבריח ארי.

עיקרון זה מתבטא בדיני ערב. הראשונים דנים בזכותו של ערב להשבה, אם פרע את החוב, לפני שנתחייב לכך. הרא"ש[63] הראב"ד[64] ובעל "ספר התרומות"[65] מחייבים את הלווה־הזוכה בהשבה "כיון דאית ליה [=יש לו לערב] שיעבוד עליה, לא הוי מדעתו"[66]. כלומר, העובדה שהיה עלול להיגרם הפסד למזכה מהמשך קיום החוב, מזכה אותו בהשבה, והוא אינו נחשב כמבריח ארי, שעשה שלא ברשות[67].

העיקרון שמי שפרע את חובו של חברו מתוך אינטרס חוקי, אינו מוגדר כמבריח ארי, מנחה את בעל "לחם משנה" בספר תשובותיו, שו"ת "לחם רב". הוא פוסק, שהמזכה "איבד מעותיו כשפרע חוב חברו, שאין לו בו שייכות כלל, אבל כשיש לו שייכות בגוויה [=בו], אפשר דכולהו רבוותא [=כל החכמים] מודו, דלא אבד מעותיו"[68].

---

[62] ראה לעיל, הערה 32.

[63] שו"ת הרא"ש, כלל עג, סימן ט, מובאת בבית יוסף, חו"מ, סימן עז, סעיף ט (שם מצוין ככלל עד, סימן ה).

[64] ראב"ד, הלכות מלווה ולווה, פרק כו, הלכה ו.

[65] ספר התרומות, שער מד, מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן עז, סעיף ב.

[66] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קל, ס"ק ו; ועיין שם, פ"ק ה; ב"ח, חו"מ, סימן קל, סעיף ב.

[67] אמנם הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כו, הלכה ו, פוסק שהערב אינו זכאי לתשלום, אלא אם פרע לאחר שנתחייב לפרוע על פי דין, אך ייתכן, שלדעתו אין בשעבוד שחל על נכסי הערב צידוק מספיק להתערבותו שלא ברשות. זאת, משום שהוא מדבר במקרה שסוכם במפורש בינו לבין הלווה, שיהיה רק ערב ולא ערב־קבלן. השולחן ערוך, חו"מ, סימן קל, סעיף ב, מביא את שתי הדעות בלא הכרעה. ראה: ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק ה.

[68] שו"ת לחם רב, סימן סא. דעה אחת מרחיקת לכת יותר, מובאת בתלמוד הירושלמי, כתובות, פרק ד, הלכה ו (כו ע"ב, בדפוס ווילנא), היא שלמרות ההלכה, שמי שפרנס את אשת חברו, אינו זכאי לתשלום, מכיוון שהבעל רשאי לטעון, שאשתו הייתה דוחקת את עצמה, ומתפרנסת בלא סיוע אחרים, הרי אם פרנס אותה אביה בהיעדר הבעל, הוא זכאי להחזר תשלום. הסיבה לכך היא, משום "שלא היה לו להניח בתו יושבת עגומה בלא פרנסה" (פני משה, שם, ד"ה הא האב; והשווה: מרדכי, כתובות, פרק יג, סימן שיא). מי שפרנס את אשת חברו, "עשה שלא ברשות", וכאילו מחל על תשלום, שהרי היה צריך לחכות, עד שיסכם עם הבעל על גובה הפיצוי המגיע לו. לעומת זאת, אין לראות בפעולת האב מחילה, והעובדה שפעל בלא סיכום עם הבעל,

יש לציין, שעל פי זה, אדם שהשכיר את ביתו, אך לא שילם את חובותיו הקודמים לחברת החשמל או לעירייה, השוכר זכאי לפיצוי, אם שילם את החוב במקומו. במקרה זה, השוכר־הפורע פעל מתוך אינטרס חוקי למנוע ניתוק השירותים האלה על ידי הרשויות[69].

ג. "פורע חובו של חברו" — כטענת הגנה

במבוא לסעיף זה ראינו, שגם רבנו תם, המחייב את הלווה בתשלום למי שפרע את חובו, פוטר את הבעל מתשלום למי שפרנס את אשתו. אולם אם המפרנס חייב כסף לבעל, גם רבנו תם מסכים, ש"מנכין לו מחובו"[70], "דדוקא משלו אמרינן: הניח מעותיו על קרן הצבי"[71]. במלים אחרות, הטענות שמעלה הפורע אינן משמשות עילה טובה לתביעה, אך כוחן יפה כהגנה בפני תביעת הזוכה.

הנימוקים לחריג זה עולים מתוך הטעמים שניתנו לעיל לכלל השולל מהפורע פיצוי. נימוק אחד הוא ש"עילה מצאו שלא לחייבו"[72], והיא שהזוכה היה מפייס את המלווה עד שהיה מוחל לו את חובו. ה"בית יוסף" כותב: "טענה זו מספקת לפטור, אבל לא לחיוב"[73]. כלומר, עילה זו כוחה יפה לפטור את הזוכה מתשלום פיצוי למזכה, אך אין היא מספיקה לשלול מהמזכה את הזכות לקזז את הפירעון מתוך חובו לזוכה, ולחייב אותו במלוא תשלום חובו.

על פי עיקרון זה, שומר פיקדון שנענה לתביעת בעל חובו של המפקיד למסור לו את הפיקדון לפירעון החוב, פטור מתשלום למפקיד. מסירת הפיקדון אינה פשיעה, "ואפילו אם היה שומר שכר, אינו מתחייב בכך, לפי שאומר למפקיד: אילו החזרתיה לך, היה [בעל החוב] גובה ממך, או משאר נכסיך"[74]. טענת המפקיד־הלווה, שהיה מפייס את המלווה, אינה מחייבת את השומר בתשלום, משום "שטענה זו מספקת לפטור, אבל לא לחיוב"[73].

הנימוק השני לשלילת פיצוי מן הפורע חוב הוא, שהפורע נידון כמבריח ארי, שפעל על דעת עצמו, ומשום כך "אמדוהו רבנן דעתיה, דמסתמא לשם מצוה קעביד, ודעתו לפוטרו"[75],

נובעת מדאגתו לבתו. אולם אין ההלכה כדעה זו (ראה רמ"א, אבן העזר, סימן ע, סעיף ח). נראה שהטעם הוא, שמכיוון שהאישה יכולה להצטמצם ולהתפרנס ממעשה ידיה, אין לאב הצדקה להתערב ולצפות לפיצוי מהבעל מבלי לסכם איתו על כך. אך עיין שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן כ, בדינו של מי שפרנס אישה שוטה, שנטשה בעלה, אולם עיין בהבחנה שהבחין בין אביה ואחיה לבין "איש נכרי".

[69] גם בלא טענה זו, הדייר זוכה לפיצוי; המשכיר התחייב להשכיר בית המחובר לחשמל ולמים, לכן הוא חייב לשלם את חובות המים והחשמל (ולמנוע את ניתוקם), וחיובו זה הוא כלפי הדייר, ולא רק כלפי חברת החשמל והעירייה. תביעת פיצוי מהמשכיר היא תביעת הסכום, שהתחייב המשכיר להוציא לטובת הדייר. כך עולה מתוך השוואה לדברי מקור חיים, סימן תלז, ס"ק י, בדין מי ששכר בית לפני הפסח, ונמצא שאינו בדוק.

[70] רמ"א, אבן העזר, סימן ע, סעיף ח.

[71] חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן ע, ס"ק ל; בית שמואל, אבן העזר, סימן ע, ס"ק כז; ביאור הגר"א, אבן העזר, סימן ע, ס"ק לה.

[72] דברי הרמב"ן, המובאים בספר התרומות. ראה לעיל, הערה 40.

[73] בית יוסף, חר"מ, סימן קה, סעיף ח.

[74] טור חר"מ, סימן קה, סעיף ח.

[75] ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ח. וראה לעיל, הערה 31.

כלומר חכמים קבעו, שהתכוון הפורע לפעול בהתנדבות מתוך ויתור על פיצוי כלשהו. אם הפורע עצמו היה חייב כסף לזוכה, או שהחזיק בנכסי הזוכה בשעת הפירעון, אי אפשר לומר, שהתערב מדעת עצמו בעניין לא לו, שהרי אם הזוכה־הלווה לא היה פורע את חובו למלווה, המלווה יכול לתבוע את הפורע ישירות. משום כך, מעמדו הוא כמעמד הערב[76], ו"מסתמא אין דעתו לפטרו, ולא הוי מבריח ארי"[75].

ד. חוסר סבירות במחילת המלווה

דעת השולחן ערוך[77] והרמ"א[78] היא, שגם "אם היה המלוה דוחקו לפרוע", הלווה אינו חייב לשלם למי שפרע את חובו. לעומתם, הש"ך[79] מציין, שישנם הרבה מן הראשונים, המחייבים אותו לשלם לפורע. דעת הראשונים הללו היא, שבכגון זה, אין מקום לטענת הלווה, שהיה מפייס את המלווה, עד שהיה מוחל לו את חובו[80]. הש"ך מסיק, שלאור דעות מנוגדות אלו, ההלכה במקרה זה מוטלת בספק. לדעתו, התוצאה המעשית מכך היא, שאף על פי שאין מחייבים את הלווה בתשלום – משום הכרעת השולחן ערוך והרמ"א – הרי אם תפס המזכה מרכוש הלווה כפיצוי להוצאותיו, אין מחייבים אותו להשיבו ללווה, זאת בהסתמך על הכרעתם של הראשונים האחרים.

התומים[81] דוחה את מסקנת הש"ך וקובע, שההלכה היא על פי הנאמר בשולחן ערוך. לדעתו, גם אם תפס המזכה ממונו של הלווה כתמורה להוצאותיו, מחייבים אותו בהשבת הממון ללווה. הלווה פטור מתשלום למזכה, גם "אם היה המלוה דוחקו לפרוע", משום "שלא נכנס לידו כלום... דאין מגיע דבר הנאה בעין... לידו... והוא רק ויתור בעלמא [של המלווה על שעבודו]".

גם הנצי"ב, בשו"ת "משיב דבר"[82], דוחה את קביעת הש"ך, אך שלא כ"תומים", הוא שואל, לשיטת השולחן ערוך, מדוע אין הלווה חייב לשלם בגין מה שחסך לו? והוא משיב: "מיהו הטעם לא כמו שכתב התומים, שהרי מפורש ברמב"ם הטעם, דפורע חובו, אין צריך לשלם משום פיוס"; אלא הטעם הוא, שגם אם האפשרות לפייס את המלווה רחוקה, טענה זו פוטרת את הלווה מתשלום. טענת הלווה, שהמלווה היה מוחל לו על חובו, כוללת גם את הטענה "שהייתי מוצא אוהבים, שהיו פורעים עבורי"[83], ולכן גם "אם היה המלוה דוחקו לפרוע", אין לחייבו בתשלום למזכה[84].

[76] ראה: נחיבות המשפט, סימן פו, ס"ק ג.

[77] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכח, סעיף א.

[78] הרמ"א, שם.

[79] ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ג; גידולי תרומה, מובא בש"ך, שם; ועיין: חכמת שלמה, אבן העזר, סימן פט.

[80] עיין: ירושלמי, כתובות, פרק יג, הלכה ב (סח ע"ב, בדפוס ווילנא), ונדרים, פרק ד, הלכה ב (יג ע"ב, בדפוס ווילנא), להשוואה בין מקרה זה לחיוב הבאת קרבנות, שם לא שייכת מחילה. ועיין: שיורי קרבן, כתובות, פרק יג, הלכה ב.

[81] תומים, סימן קכח, ס"ק א.

[82] שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יז.

[83] ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ד, בדעת השולחן ערוך.

[84] לאור כל האמור, דבריו של בעל ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכח, סעיף א, מתמיהים. "ערוך השולחן" גורס, שהפורע אינו זכאי להשבה רק "כשהלווה לחרן במצבו [הכלכלי], דבר זה יכול להיות שהיה מתחנן לפני המלוה, והיה מוחל לו... אבל כשהלוה טוב במצבו, אנן סהדי [=אנו עדים], שהמלוה לא היה מוחל לו". בעל "ערוך

nevo.co.il

ה. הזוכה גילה שברצונו לפרוע את החוב

דעת אחד הפוסקים[85] היא, שאם מתברר ממעשיו של הלווה, שבפועל התכוון לפרוע את החוב בעצמו, הרי מי שפרע את חובו במקומו זכאי להשבה. "בגילוי דעת לחוד סגי [=מספיק], דצריך לשלם להפורע חובו, דניחא ליה בתשלומין". ממעשיו של הלווה מתברר, שאכן זכה בחיסכון, ואין מקום לטענה, שהיה מפייס את המלווה, עד שהיה מוחל לו את החוב.

לעומתו, יש מי שפוסק[86], שאם לא ידע הפורע, שפעל הלווה בעצמו להחזרת ההלוואה, הוא אינו זכאי להשבה, אף כשמתברר שאכן התכוון הלווה לפרוע את החוב, וזאת מכיוון שהפורע פעל כמבריח ארי, ו"אמדו חכמים דעתו, דכשעת פירעון אכוין [=התכוון] למתנה". ואם כן "מה מעלה ומה מוריד" פעולת הלווה, המעידה על כוונתו לפרוע את החוב בעצמו? הפורע מחל על תשלום, כשפעל בלא תיאום עם הלווה[87].

השולחן" אינו מביא שום מקור לקביעתו זו, והוא מקדים את דבריו במלים "נראה לי".
יש לומר נגד קביעתו, שכל הפוסקים האחרונים מסכימים, שאין לחייב את הלווה בתשלום לפורע, גם כשלחץ המלווה על הלווה לפרוע את חובו (גם אלו הדוגלים בשיטת הש"ך, מזכים את הפורע בהשבה רק אם תפס רכוש של הלווה). פוסקים רבים מסיקים, שהלווה פטור מלהשיב למזכה, גם אם המלווה אינו יהודי, אף שיש סברה, שמי שאינו יהודי, לא ימחול את החוב; השולחן ערוך, הרמ"א ונושאי הכלים של השולחן ערוך, דנים במקרים ספציפיים, כגון: בעל חוב דוחק, בעל חוב שאינו יהודי, פורע שהחזיק בנכסי הלווה בשעת הפירעון, ועוד, ואף אחד מהם לא חשב, שראוי לצמצם את הדין, הקובע שמי שפרע חובו של חברו, אינו זכאי לתשלום, ללווה חסר אמצעים. דעתו של ערוך השולחן מנוגדת אפוא לגישתם של כל הראשונים והאחרונים, הקובעים שמי שפרע את חובו של חברו, אינו זכאי לתשלום. דעתו קרובה לשיטת רבנו תם. לעומתו דעת הפוסקים היא, שיש לקבל כל טענה של הלווה לפטור אותו מהשבה, גם אם היא רחוקה.

[85] שו"ת דברי חיים, חו"מ, חלק ב, סימן יא.

[86] רוב דגן, הלכות הלוואות, סימן ג, ד"ה ועוד; מהסמ"ע, חו"מ, סימן קל, ס"ק ו, משתמע כדבריו. הסמ"ע מבחין בין שיטת רבנו תם לשיטת ההלכה בלווה שפרע למלווה בטעות, לאחר שפרע הפורע את החוב בלא ידיעתו, אף על פי שמוכח, שהתכוון הלווה לפרוע את החוב, והוא אינו קובע, שבמקרה זה הלווה חייב לפצות את הפורע.

[87] לסיום דברינו בעניין החריגים, יש לציין עוד חריג אחד לכלל: אם החזיק המלווה במשכון, ומסר אותו למי שפרע את החוב תמורת הפירעון, הפורע זכאי להשבה הוצאותיו תמורת החזרת המשכון ללווה (ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ה; אורים, סימן קכח, ס"ק א). חיוב ההשבה במקרה זה נוצר מצירוף גורמים אחדים. כפי שציינו לעיל במבוא, שיטתו של רבנו תם היא, שמי שפרע את חובו של חברו, זכאי להשבה בכל מקרה, פרט למזונות. שיטה זו לא התקבלה להלכה, אפילו בתור ספק, בגלל ריבוי הפוסקים שדחו אותה.
ואולם כשהמזכה מחזיק במשכון, המצב המשפטי שונה. התלמוד הבבלי וחלק גדול מן הפוסקים לא דנו במפורש בעניין הפורע שפדה את משכונו של הלווה. לכן, אף על פי שהירושלמי (כתובות, פרק יג, הלכה ב, סא ע"ב בדפוס ווילנא; נדרים, פרק ד, הלכה ב, יא ע"א בדפוס ווילנא), הרמב"ם (הלכות מלווה ולווה, פרק כו, הלכה ו) והשולחן ערוך (חו"מ, סימן קכח, סעיף א) פוסקים, שגם במקרה זה אין הפורע זכאי לתשלום, אין מוציאים ממון מן המוחזק מספק, ולכן אם עדיין לא החזיר המזכה את המשכון ללווה, הוא זכאי לתשלום. אך אם החזיר את המשכון ללווה, הוא אינו זכאי לתשלום. את החריג הזה ציינו בהערה בלבד, משום שהוא אינו אלא חריג מדומה. הוא אינו נובע מעיקרון מהותי בדין פורע חובר, כי אם מצירוף עקרונות הלכתיים כלליים בדיני טוען ונטען.

nevo.co.il

פרק שישי

הגבלת גובה ההשבה — "כדי מה שנתן לפרעון החוב"

הטעיף קובע, שגם כשהמזכה זכאי לפיצוי, הפיצוי יהיה בגובה הסכום ששולם לסילוק החוב, גם כשסכום זה נמוך מהסכום שהלווה היה חייב להוציא לפירעון חובו. במלים אחרות, הוא זכאי רק לפיצוי על הוצאותיו, גם אם סכום זה נמוך מהנאתו של הזוכה. הסדר זה תואם עקרונית את המשפט העברי.

כאשר הפורע זכאי להשבה, מכיוון שהייתה לו סיבה סבירה להתערב, גם אז גובה התשלום יהיה בגובה הוצאותיו, אף על פי שאין לראותו כמשיב אבדה. הסיבה לכך היא, משום ש"עיקר כוונתו לצרכו... ולא היתה כוונתו להשביח לחברו"[88]. נראה שגם הלווה, החייב בהשבה לשותפו שפרע את חובו, חייב כפיצוי בעד הוצאותיו בלבד[89].

ראינו לעיל, ששומר פיקדון הפורע מכיסו את חובו של מי שהפקיד אצלו את הפיקדון, זכאי להתגונן בטענת הפירעון, ולקזז ממה שעליו להשיב למפקיד את מה שהוציא עבורו. גם במקרה זה, הפורע זכאי לקיזוז הוצאותיו בלבד, אך כל תביעה מעבר להוצאות אלו נחשבת לתכיעה לחייב את הזוכה ולא לפטור את עצמו, ולגבי סכום זה מתקבלת טענת הזוכה, שהיה מפייס את המלווה לוותר על התשלום.

לעומת החריגים האמורים, לפי הדעה המזכה את הפורע בתשלום, כשגילה הזוכה שברצונו לפרוע את החוב, גובה התשלום יהיה בגובה שווי הזכייה, כדין כל זכייה ביזמת המזכה[90].

קיצורו של דבר, הכלל במשפט העברי הוא, שמי שפרע חובו של חברו, אינו זכאי להשבה. כאמור, במקרים חריגים, הפורע זכאי להשבה, ועל פי רוב יהיה תשלום זה בגובה הוצאותיו בלבד. אפשר אם כן לסכם ולומר, שגישתו של החוק בסוגיה זו תואמת בהחלט את המשפט העברי.

[88] נתיבות המשפט, סימן קסד, ס"ק יא. עיין דברינו על סעיף 1(ב) בהרחבה.

[89] מלשון ה"חומים" (לעיל, הערה 81) נראה, ש"נפרעין מהם" רק את הסכום שהוציא, וכן נראה, שיש להשוות בין מקרה זה לבין מי שפרע מתוך אינטרס חוקי.

[90] ראה דברינו לסעיף 1(ב).

nevo.co.il

סעיף 5(א)

דין הפועל לשמירת עניין הזולת

דין הפועל לשמירת עניין הזולת

5. (א) מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות בקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין.

התוכן

פרק ראשון: מבוא — פעולה לשמירת עניין הזולת — מצווה 117

פרק שני: "תום לב" ו"סבירות" 118

א. מבוא 118

ב. גדרה של סכנה שמצווה לשמור את הזולת ממנה — "מי שעשה... בסבירות" 121

1. שמירת נפשות — "פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו" 121
2. שמירת בריאות — "בריאותו" 123
3. שמירת רכוש — "רכושו" 124
4. שמירת כבוד — "כבודו" 124

פרק שלישי: שכר עבור קיום מצווה 125

א. העיקרון: אין קבלת שכר 125

ב. חריגים 126

ג. קבלת שכר כתמורה לפעולת הכנה לקיום מצווה 128

פרק רביעי: פיצוי על הוצאות ונזקים — "חייב הזוכה לשפותו" 129

א. מבוא 129

ב. פעולה שהועילה 129

1. שמירת רכוש 129
2. שמירת נפשות 134

nevo.co.il

ג. פעולה שלא הועילה 136
ד. סבירות ההוצאות — "לשפותו על הוצאותיו הסבירות" 138
פרק חמישי: מציל שהציל תוך כדי פעולה להצלת ערכיו שלו — "של אדם אחר" 139

מבוא: פעולה לשמירת עניין הזולת — מצווה

החוק קבע בסעיף 1(ב), שהזוכה חייב בהשבת הזכייה, או בהשבת שוויה, גם אם המזכה הוא שיזם את הזכייה. סעיף 4 וסעיף 5 דנים בזכייה ביזמת המזכה, שחלים עליה כללים מיוחדים, השונים מאלו שפורטו בסעיף 1. סעיף 5 מסדיר את חובת התשלום של זוכה, שניצלו ערכיו הודות למזכה-המציל. ההסדר הקבוע בסעיף שונה מזה שבסוף סעיף 1 בעניינים אלו:

א. הסעיף מחייב את הזוכה לפצות את המזכה־המציל בעד נזקי רכוש שנגרמו לו עקב פעולתו (בנוסף לשיפוי על ההוצאות), וזאת גם כשנזקים אלה לא היו הכרחיים מטבעה של הפעולה, ואילו אחר היה מציל, לא היה ניזוק. פיצוי כזה אינו נזכר בסעיף 1 כלל.

ב. הזוכה חייב בתשלום הוצאות ונזקי רכוש בלבד. הוא אינו חייב בתשלום שווי הזכייה שזכה בה, כבסעיף 1, ואפילו לא בתשלום השקעותיו של המזכה (בתוספת להוצאותיו), כבסעיף 3. כלומר, לפי סעיף 5, המזכה אינו זוכה אפילו בשכר טרחתו כפועל שכיר, אלא רק בהוצאותיו.

ג. לבסוף, הסעיף אינו מתנה את הזכות לקבלת פיצוי בהצלחת פעולת ההצלה, דהיינו, גם כשבפועל לא זיכה המציל את הזוכה בזכייה כלשהי, הוא זכאי לפיצוי.

ההבדלים שמנינו לעיל, מקורם במשפט העברי. מי שפעל לשמירת עניין הזולת זוכה להסדר מיוחד, משום שהוא פעל במצוות התורה, דהיינו מוטלת הייתה עליו החובה הדתית־החברתית לפעול כפי שפעל. מקורה של מצווה זו מצוי בתורה בחומש דברים: "לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם, השב תשיבם לאחיך" (דברים כב, א)[1]. מזכה שפעל לשמירת חייו של הזוכה, נוסף למצוות השבת אבדה, קיים גם מצוות "לא תעמד על דם רעך" (ויקרא יט, טו)[2]. בפרקים הבאים נראה, שאדם אינו חייב להציל את רכוש חברו, אם פעולת ההצלה תסב לו נזקים. התלמוד דורש מהפסוק: "אפס כי לא יהיה בך אביון" (דברים טו, ד), "שלך קודם לשל כל אדם"[3]. ברם, על אף שלא היה חייב להציל, אם בכל זאת הציל, יש בפעולתו משום קיום מצוות השבת אבדה[4].

העובדה שפעולת ההצלה מוגדרת כמצווה, משפיעה על הפיצוי המגיע למציל, בשלושה דברים:

[1] וראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנט, סעיף א.

[2] סנהדרין עג ע"א.

[3] בבא מציעא לג ע"א.

[4] ראה: נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג. וזאת אם פעל מבלי שניתן היה לתאם מראש את פעולת ההצלה עם הזוכה; דברי משפט, סימן רסד, סעיף ה; חידושי ר' עקיבא איגר, יורה דעה, סימן רכא, סעיף ג.

nevo.co.il

סעיף 5(א): דין הפועל לשמירת עניין הזולת

א. המזכה אינו זכאי לשכר פעולתו, "כי כלל כל המצוות צריכין להיות בחינם"[5]. כלומר, המזכה לא יקבל תמורה עבור הטרחה שהשקיע בשמירת עניין הזולת[6].

ב. עקרונית המזכה זכאי לפיצוי על הנזקים וההפסדים שנגרמו לו כתוצאה מפעולתו[7], ולא רק להחזר ההוצאות הכרוכות בפעולת ההצלה; התורה אינה דורשת שתיעשה הצלת הניצול על חשבון רכושו של המציל[8].

ג. פיצוי זה אינו מותנה בהצלחת הפעולה[9].

ההסדר הקבוע לגבי הפועל לשמירת עניין הזולת, שונה מחד גיסא, מדינו של מי שזיכה את חברו בזכייה עקב פעולה שאין בה משום קיום מצווה, שהוא זוכה לתמורה על פי הכללים שנקבעו בדברינו על סעיף 1(ב); ומאידך גיסא, שונה דינו גם מדינו של מי שרק הרחיק איום מענייני חברו, שפעולתו אינה מוגדרת כהצלה וכקיום מצווה. דינו של האחרון הוא כמבריח ארי[10], והוא אינו זוכה לתמורה על עבודתו, או לפיצוי על נזקיו. במקרה זה, ההנאה שמקבל הזוכה כתוצאה מהסרת האיום, נידונה כזכייה בעקיפין, ואינה מחייבת את הזוכה בתשלום.

בפרק הבא, במסגרת דיוננו על דרישת הסבירות, נברר מתי המזכה מוגדר כמציל שקיים מצווה – ומשום כך הוא זכאי לפיצוי על הוצאותיו ונזקיו – ומתי הוא מוגדר כמבריח ארי. לאחר מכן נברר את גדרו והיקפו של האיסור לקבל תמורה עבור פעולה שהיא מצווה. לבסוף נעמוד על גובה הפיצוי, המגיע למי שפעל לשמירת עניין הזולת.

פרק שני

"תום לב" ו"סבירות"

א. מבוא

החוק מזכה את המציל בהחזר הוצאותיו ובפיצוי בעד נזקיו, ובלבד שפעל "בתום לב ובסבירות". דרישה זו של "סבירות" – הכלולה בסעיף 5(א), שאינו מבחין בין הצלת חיים להצלת רכוש – אינה מקבילה לסבירות התנגדותו של הזוכה, הנידונה בסעיף 5(ג), שם מבחין המחוקק בין הצלת חיים להצלת רכוש. זאת, למרות ההשלכות החשובות שיש לדברי החוק, בסעיף 5(ג), על הבנת דרישת הסבירות שבסעיף 5(א), כפי שנראה אותן בהמשך. כמו כן,

[5] אורים, סימן לד, ס"ק לט.

[6] לעומת הכללים שנקבעו למוכה ביזמתו, שאינו מוגדר כמציל, עיין דברינו על סעיף 1(ב).

[7] פורע חובו של חברו אינו זכאי לפיצוי כלשהו, מכיוון שאינו מקיים מצווה, ראה דברינו על סעיף 4.

[8] ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין; חידושי הרשב"א, בבא מציעא לא ע"ב, ד"ה כפועל; נתיבות המשפט, סימן קכה, ס"ק ג. מציל רכוש זכאי לפיצוי על הפסדיו, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג, וסימן רסה, סעיף א. מציל חיים גם הוא זכאי לפיצוי, ראה: טור חו"מ, סימן תכו, סעיף א; רמ"א, יורה דעה, סימן רנב, סעיף יב; רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, סעיף ב – שם נפסק, שרופא זכאי לשכר בטלה, אם אינו זכאי לשכר פעולתו (בדרך כלל, רופא זכאי לשכר פעולה; וראה להלן, פרק שלישי, עמ' 126).

[9] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

[10] בבא קמא נח ע"א; נדרים לג ע"א. ראה דברינו לסעיף 4.

המונח "סבירות", הבא ברישא של סעיף 5(א), אינו מכוון לגובה ההוצאות שהוציא המציל, מאחר שסבירות ההוצאות נידונה בהמשך הסעיף בנפרד, ושם נקבע, שהמציל אינו זכאי לשיפוי מעבר ל"הוצאותיו הסבירות". אם כן, למה מתכוון החוק בהגבילו את חובת השיפוי אך ורק למי שפעל "בסבירות"? לליבון שאלה זו נפנה למשפט העברי.

המשפט העברי רואה בפעולת המציל פעולה לא סבירה, ושולל ממנו פיצוי, בכל אחת מנסיבות אלו:

א. חוסר סבירות בהערכת הסכנה. חוסר הסבירות שבפעולה הוא, שהסכנה שהיה נתון בה הזוכה, או רכושו, לא הצדיקה את התערבות המציל. דוגמה קיצונית היא: מי שהוציא את חברו ממטוס לפני ההמראה, אינו זכאי לפיצוי על שהציל אותו מהסיכון הכרוך בטיסה. להלן[11] נרחיב על היבט זה של דרישת הסבירות.

ב. חוסר סבירות להצלחת פעולת ההצלה. לפעולת ההצלה לא היה סיכוי סביר להצליח, ואכן היא לא הועילה. המשפט העברי מחייב את הזוכה, בתנאים מסוימים, בתשלום למי שפעל לשמירת ערכיו, גם אם פעולה זו לא הועילה. אך "נראה שאין כן רק כשבשעה שירד להציל היתה על פי אומדנא הצלה קרובה, עד שהיה מוטל מצד מצוות השבת אבידה לירד להציל על ידי הוצאות"[12]. כלומר, המציל לא יזכה לפיצוי עבור פעולה לא סבירה, שלא הועילה. כאן יש להעיר, שאם לא היה לפעולת ההצלה סיכוי סביר להצליח, אך למרות ההסתברות הנמוכה להצלחתה, הצליחה לשמור על ערכי הזוכה, יזכה המציל לאותו פיצוי שהיה זכאי לו אילו היו סיכויי הצלחת פעולתו סבירים. הנימוק לכך הוא, שאמנם המציל אינו חייב להתערב מדיני השבת אבדה, כשסיכויי הצלחתו הם קלושים, דבר שלכאורה שולל ממנו את הזכות לפיצויים, אך אם הצליחה התערבותו, נמצא שבפועל השיב אבדה, וקיים מצווה, והוא זכאי לפיצוי בהתאם[13].

ג. המציל לא נועץ בזוכה לפני פעולת ההצלה. להלן[14] נראה, שהמציל לא יפוצה על נזקיו (מעבר לשכר פעולה שהיה מקבל, אילו היה מוגדר כמזכה רגיל[15]) אף על פי שהועילה פעולתו, אם עמדה לפניו אפשרות להיוועץ בזוכה קודם פעולתו, מבלי לפגוע בסיכויי הצלחתה, אך הוא לא עשה כן. במקרה זה, הוא מקבל תשלום בשווי הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה עד גובה שכר פעולתו[16], בדומה לפיצוי המגיע למזכה ביזמתו, על פי סעיף 1. פיזיותו של מציל שפעל בלא סיכום עם הזוכה, אף על פי שהיה חייב לעשות כן, פוגעת בסבירות פעולתו, ובמונחים של המשפט העברי, באפשרות להגדיר את המציל כמי שפעל "על דעת שכינה", בקיימו את מצוות השבת אבדה[17].

כלל זה חל הן על מי שפעל לשמירת רכוש חברו והן על מי שפעל לשמירת חיי חברו, אלא שיש הבדל אחד בין שניהם: המציל את רכוש חברו חייב להיוועץ תחילה בזוכה,

[11] בפרקנו, עמ' 121.

[12] כסף הקדשים, סימן רסד, על דברי הסמ"ע שם, ס"ק יב.

[13] בדומה למי שהציל ממון חברו, כשהצלה זו כרוכה בהפסד רכושו, אף על פי שהיה פטור מכך.

[14] בהמשך פרק זה, ובפרק רביעי, עמ' 129.

[15] אם שכר פעולתו, שהוא זכאי לו על פי סעיף 1(ב), גבוה מנזקיו, אין לראות באי התייעצות משום חוסר סבירות. ראה להלן, ליד ציון הערה 127.

[16] ההסבר כאן הוא לשיטת הרמב"ן לבבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין, ולפוסקים ההולכים בעקבותיו, ראה להלן, פרק רביעי, עמ' 129.

[17] ולכן דין המציל במקרה זה כדין מזכה ביזמתו, הנזכר בסעיף 1, שאינו מקיים מצווה בפעולתו.

nevo.co.il

כדי לוודא שהלה מעוניין בהתערבות להצלת ממונו, ושהתערבותו נחוצה בנסיבות העניין (שהרי ייתכן לדוגמה, שאדם אחר כבר עוסק בהצלה). לכן, על המציל רכוש להיוועץ תחילה בזוכה קודם פעולתו, גם אם ברור שהוא היחיד המסוגל להשיב לזוכה את רכושו[18] (וזאת, כפי שנראה[19], כל זמן שיש סיכוי כלשהו, שגם בלא התערבות מבחוץ, לא יאבד הזוכה את רכושו[20]). לעומתו, מי שפעל לשמירת חייו של חברו, חייב להיוועץ בו קודם פעולתו רק כדי לוודא, שהתערבותו נחוצה להשגת ההצלה, דהיינו שחברו אינו יכול לשמור על חייו בדרך אחרת (לדוגמה, הוא אינו יכול להעסיק אחרים, שיפעלו להצלתו[21]). הבדל זה, בין מי שפעל לשמירת חיי חברו לבין מי שפעל לשמירת רכושו, נובע מן העובדה, שאין מצווה להציל את רכושו של מי שאינו מעוניין בפעולת ההצלה, ומעדיף לסמוך על הסיכוי הקלוש, שיינצל רכושו גם בלא התערבות מבחוץ[22]. לעומת זאת, מצווה לפעול להצלת היי אדם, אף אם הוא מוכן להסתכן ולסמוך על סיכויו להינצל בלא עזרת הזולת[23].

עיקרון זה של המשפט העברי מונח ביסוד סעיף 5(ג), השולל פיצוי ממציל רכוש, אם הייתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד להצלה, ומחייב את הזוכה בפיצוי למציל חיים, גם אם הייתה לו סיבה סבירה להתנגד להצלה. בדברים אלה, מגדיר סעיף 5(ג) את חובתו של המציל להיוועץ בזוכה קודם פעולתו. הסעיף מבחין בין מציל חיים, שאינו חייב לברר אם הזוכה מעוניין בעצם הפעולה, וגם בלא בירור זה פעולתו מוגדרת כסבירה, לבין המציל רכוש, שסבירות פעולתו מותנית בהתייעצות מוקדמת עם הזוכה, כשהדבר אפשרי. אמור מעתה, סעיף 5(ג) מפרט ומגדיר את חובתו של המציל להיוועץ בזוכה, הכלולה כבר בסעיף 5(א).

כאמור, כשהמציל היה חייב להיוועץ בזוכה, אך לא עשה כן, גם מי שפעל לשמירת חייו של הזולת, לא יזכה לפיצוי הגדול מהנאתו הסובייקטיבית של הזוכה (עד גובה שכר פעולתו במחיר השוק[24]), שהוא התשלום הקבוע בסעיף 1 למזכה־ביזמתו, שלא קיים מצווה בפעולתו.

מציל חיים שלא נועץ בזוכה קודם פעולתו, יהיה זכאי לפיצוי מלא, אם יתברר למפרע, שמבחינה אובייקטיבית לא הייתה לזוכה דרך אחרת להינצל. אין לשלול מהמציל פיצוי מלא רק משום שלא נהג בסבירות, כשלא התייעץ כנדרש, כל זמן שמבחינה אובייקטיבית, ענתה פעולתו על דרישת הסבירות[25]. מאידך גיסא, המציל יזכה לפיצוי זה, גם אם יוכח

[18] מכיוון שעמדה לפניו אפשרות להיוועץ בזוכה, ולא עשה כן, אין דינו כ"משיב אבדה" אלא כ"מבריח ארי", ראה: נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג.

[19] להלן, בפרקנו, עמ' 124, נדון בדינו של מי שהציל רכוש, שבלא הצלתו היה הולך לאיבוד בוודאי.

[20] בבא קמא קטו ע"ב; רמ"א, חו"מ, סימן רסה, סעיף ה; ט"ז, חו"מ, סימן רסד, על סעיף ד, ד"ה אע"פ שהאמת אתו; נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק א.

[21] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד, בדין פדיון משביי.

[22] נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג.

[23] תשובת מהר"ם ברי ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, חלק ד, סימן לט. ראה דברינו על סעיף 5(ג).

[24] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד, ופירושו של נתיבות המשפט, שם, סימן רסד, ס"ק ד וס"ק ה.

[25] בדומה למי שפעל כשלא היו לו סיכויים רציניים להציל, אך הצליח להציל, ראה לעיל, ליד ציון הערה 13.

אובייקטיבית, שהזוכה היה יכול להציל את חייו בדרך אחרת, בלא התערבות המציל, אם ההמתנה להיוועץ בזוכה לפני פעולה מסכנת את הצלחתה[26]. נמצא שפעולת המציל חיים[27] תוגדר כסבירה, אם היא עומדת באחד משני המבחנים: המבחן הסובייקטיבי, או המבחן האובייקטיבי.

נאמר לסיכום, שיש בדרישת הסבירות שלושה היבטים: סבירות הערכת הסכנה; סבירות הסיכויים להצלחת פעולת ההצלה; חובת ההתייעצות מראש. נדגיש, שיש הבדל בין שלוש דרישות הסבירות שהזכרנו: בהיעדר הדרישה הראשונה, דהיינו, כשהערכת הסכנה לא הייתה סבירה, אין פיצוי כלל; בהיעדר הדרישה השנייה, דהיינו כשלא הייתה סבירות, שתועיל פעולת ההצלה, אם לא הועילה הפעולה אין פיצוי, אך אם הועילה ניתן להגדירה כסבירה מבחינה אובייקטיבית, ויש פיצוי; בהיעדר הדרישה השלישית, דהיינו, כשלא נועץ המציל בזוכה, הפיצוי אינו על פי סעיף 5, אלא על פי סעיף 1 לחוק[28].

לאחר שסקרנו את ההיבטים השונים של דרישת הסבירות, בהקשר לסעיף זה, נרחיב להלן את הדיבור על ההיבט הראשון שהצענו למושג זה, ונדון בשאלה: מהו גדרה של סכנה, שסביר להתערב בגללה? כפי שנראה, לצורך דיון זה, נצטרך להבחין בין הצלת חיים, הצלת רכוש, והצלת כבוד, שכן מבחן הסבירות בהערכת הסכנה משתנה בהתאם לחשיבותו של הערך העומד בסכנה.

ב. גדרה של סכנה שמצווה לשמור את הזולת ממנה — "מי שעשה.... בסבירות"

1. שמירת נפשות — "פעולה לשמירה על חייו, שלימות גופו"

הסעיף מחייב את הזוכה לפצות את "מי שעשה... בסבירות" פעולה לשמירת ענייניו. מזכה שפעל שלא בסבירות, כגון שהסכנה שהסתכן הזוכה לא הצדיקה את התערבותו, לא יזכה לתמורה כלשהי, שכן הוא יהיה רק כמבריח ארי[29].

בתלמוד מובאת רשימה של מצבי סכנה, שחייב אדם להציל את חברו מהם: "מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר, או חיה גוררתו, או לסטין באין עליו, שהוא חייב להצילו? תלמוד לומר: 'לא תעמוד על דם רעך'"[30]. מצווה זו מחייבת אדם להציל את חיי מי ששרוי בסכנה[31], גם אם אין וראות שימות, אם לא יתערב להצילו. כל זמן שיש סיכוי, ואפילו סיכוי קטן, שיביא מצב הסכנה למותו של הזולת[32], מוטלת

[26] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלו, סעיף ח; ש"ך, חו"מ, סימן רלו, ס"ק ד.

[27] בהצלת רכוש, אם לא נועץ המציל בזוכה, אף על פי שניתן היה לעשות כן מבלי לסכן את ההצלה, פעולתו תוגדר כלא סבירה. וראה לעיל, בפרקנו, עמ' 119, אות ג, ולהלן, עמ' 124.

[28] עיין לעיל, ליד ציון הערה 27 ובהערה 27, שיש להבחין בעניין זה בין הצלת חיים להצלת רכוש. ועיין לעיל, הערה 16.

[29] ראה לעיל, הערה 10.

[30] ברייתא, סנהדרין עג ע"א.

[31] סכנת נפשות כוללת גם הצלה "רוחנית". כלומר, אדם חייב להציל את חברו היהודי העומד בסכנת המרת דתו. לעניין זה, ראה: מרדכי, בבא קמא, פרק ו, סימן נט, בשם מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג; שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן רד; שו"ת בית יעקב, סימן קמח. וראה דברינו על סעיף 5(ג), בנוגע לשמירת בריאות הגוף ושלימותו.

[32] לעניין סכנה בריאותית, שאינה כרוכה בסכנת נפשות, ראה להלן, בפרקנו, עמ' 123.

על האדם חובה לפעול להצלתו, משום ש"לא תלינן בספק נפשות [=אין מקילים בספק נפשות]"[33], ו"מצווה לטרוח בו אף על הספק"[34].

אולם אין להסיק מכאן, שכל מי שפעל לשמירת חייו של הזולת נחשב בהכרח כמי שפעל בסבירות. יש שני סייגים לדבר:

א. אין חובה להציל אדם ממצב של סכנה, שנהוג להסתכן בה במהלך החיים. הרב א"י אונטרמן, שהיה רבה הראשי של מדינת ישראל, מבטא עיקרון זה: "הרי בכל חלל העולם ישנם דברים שיכולים לגרום סכנת נפש, ואין להחמיר על עצמנו להימנע מכל אלה... מותר ללכת במדבר ולפרוש בים, וכן לידה בכלל סכנה היא, ומכל מקום אין איסור... והכל משום שכך מנהגו של עולם לעשות"[35]. לא זו אף זו, אדם רשאי להסתכן לצורך פרנסתו: "מפני מה עלה זה בכבש ונתלה באילן ומסר את עצמו למיתה? לא על שכרו?!"[36]. לכן מותר לעבוד במקצוע שיש בו סכנה מסוימת, כגון צידת חיות, או משחקי ספורט שיש בהם סכנה מסוימת[37], והמציל את הזולת מ"סכנות" אלה, אינו מקיים מצווה (במונחי החוק, הוא פועל שלא בסבירות).

ב. אין חובה להציל אדם ממצב שאינו מסוכן, אלא שאם יתוסף גורם חדש, הוא יכול להתפתח למצב מסוכן, זאת כל זמן שעל פי רוב לא יתפתח מצב הסכנה. הרב אונטרמן מסכם[38]: "אם בשעה זו אין לפנינו דבר שיכול לסכן את החיים, אלא שחוששים שמא יתחדש איזה דבר שיגרום סכנה, אז אין חוששין לספק רחוק, כיון שברוב המקרים לא יארע כך... כי אם נחשוב על אפשרויות של התפתחות וגלגולי מסיבות, אין לדבר סוף". ההבחנה בין מצב מסוכן לבין מצב שעלול להתפתח למצב מסוכן, מחייבת את בית הדין להכריע בכל מקרה הבא לפניו בשאלה: האם המצב שניצל ממנו הזוכה כָּלַל את כל המרכיבים שצירופם סיכן את חייו? או שמא, היה חסר אחד ממרכיבים אלה? אם יוכרע, שהמצב היה מסוכן, המציל זכאי לפיצוי (כפוף לסייג הראשון), כדין כל מי שקיים חיוב המוטל עליו בפעולת ההצלה, זאת גם אם הסיכון עצמו היה קטן. אם יוכרע שהמצב לא כלל את כל המרכיבים שצירופם סיכן את חיי הזוכה, כלומר "אם כל החשש הוא על דבר שיתחדש אחר כך"[39], המציל זכאי לפיצוי רק אם ההסתברות לצירוף הגורם החדש היא גבוהה.

[33] תשובת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, חלק ד, תשובה לט.

[34] חידושי הר"ן, סנהדרין עג ע"א, ד"ה גמרא.

[35] הרב א"י אונטרמן, שבט מיהודה, ירושלים תשמ"ד, בענייני פיקוח נפשות, פרק יט, עמ' נ; שמירת הנפש וגדריה; וראה שמירת שבת כהלכתה, ספר ראשון, פרק לב, הערה ב. הרב משה דב וולנר כותב במאמרו: "בוכויות וסמכויות הרופא", התורה והמדינה ז-ח (תשט"ו-תשי"ז), עמ' רצז: "כל מה שמחללים עליו את השבת, הוי בכלל: לא תעמוד על דם רעך".

[36] בבא מציעא קיב ע"א. עיין משפט כהן, סימן קמג, עמ' שו, הכותב: "אין הכונה במקום סכנה גמורה או ספק קרוב, שהוא איסור גדול שיכנס בזה בשביל פרנסה", וראה איגרות הראיה, חלק ג, איגרת תתנב.

[37] נודע ביהודה, מהדורא תנייא, יורה דעה, סימן י; איגרות משה, חו"מ, סימן קד.

[38] שבט מיהודה, מצוות פיקוח נפש וגדריה, פרק ה, עמ' ע, "מושג פקוח נפש הוא לפי מצב ההווה". גם פוסקים אחרים מבחינים הבחנה זו, ראה: תשובות ר' עקיבא איגר, פסקים, סימן ס; שו"ת בנין ציון, חלק א, סימן קלד: "אע"ג דכלל בידנו, דאין לך דבר עומד בפני פיקוח נפש, ואין הולכין בפקוח נפש אחר הרוב, זה דוקא ביש ודאי סכנת נפש לפנינו, כגון בנפל עליו הגל, דאז חוששין אפילו למיעוטא דמיעוטא, אבל [אם] בשעתה, אין כאן פיקוח נפש, רק יש לחוש לסכנה הבאה, בזה אזלינן בתר רובא". "בנין ציון" מתיר לנסוע בים או במדבר מסיבה זו.

[39] שבט מיהודה, שם, ובפרק ב, עמ' סה: "איך להתנהג, כשאין כמות הרפואה מספיקה לריפוי שלם?".

מדברי התלמוד[40] והשולחן ערוך[41] למדנו, שאם גורם המסכן את האדם, רודף אחריו, מצווה להצילו ממנו, גם אם עדיין לא תפסו. חובה על האדם להציל את חברו מחיות רעות או משודדים הרודפים אחריו, גם אם לא תפסוהו[42]. מצבו בשעה זו, מוגדר כמצב מסוכן, ולא כמצב שעלול להתפתח למצב מסוכן, אם ייתפס. מכיוון שכבר התחילה הפעולה העלולה להביא למותו, והאיום על חייו יוסר רק עם הפסקת הפעולה, הוא מוגדר כמי שכבר נמצא בסכנה, ולכן חובה להצילו, גם אם יש לו סיכויים רבים להינצל בלי פעולת ההצלה. מסיבה זו נראה, שחייב אדם להציל תינוק הזוחל לעבר כביש סואן, שכן המצב המסוכן כבר קיים, ויש להצילו, גם אם יש סיכויים רבים שיעצור בעצמו, לפני שיגיע לכביש[43].

כאמור, הנרדף כבר מצוי בסכנה, גם אם עדיין לא נתפס; כמו כן, בנסיבות הפוכות, כשאדם שבוי ביד מתנקשים העלולים להרגו, מצבו מוגדר כמסוכן, גם אם עדיין לא פעלו להוציאו להורג. מי שמצילו אינו מבריח ארי, אלא מציל מתחת יד הארי[44].

2. שמירת בריאות — "בריאותו"

אדם שהציל את חברו מ"מיחוש בעלמא שאינו מסוכן... הניח מעותיו על קרן הצבי"[45], ומכאן שהוא אינו נחשב כמי שפעל בסבירות. אדם שהציל את חברו מסכנת אבדן אבר, דינו כמי שהציל את חייו, מכיוון שסכנה זו כרוכה תמיד בסכנת חיים[46]. נראה שאדם שהציל את חברו מסכנה בריאותית, שהיא גדולה מסתם כאבים, אך לא היה בה סכנת חיים, דינו כמי שהציל את רכושו[47], למעט מקרים שנדון בהם להלן בסעיף 5(ג)[48], שבהם אסור לזוכה לסגף את עצמו, כשהוא מסרב לקבל טיפול רפואי מסיבת חיסכון.

[40] סנהדרין עג ע"א; קידושין ח ע"ב.

[41] שולחן ערוך, חו"מ, סימן תכו, סעיף א.

[42] השולחן ערוך, שם, מונה בין המצבים שמצווה אדם להציל מהם את חברו: "שמע עכו"ם או מוסרים מחשבים עליו רעה, או טומנים לו פח". השולחן ערוך פוסק, שהיודע על מזימה כזאת, חייב להודיע על כך לקרבן המיועד מדין "לא תעמוד על דם רעך". מכאן, שיזכה לפיצוי, אם הוציא הוצאות כדי להודיעו. אולם, נראה שחיוב זה חל עליו רק אם השותפים למזימה מוחזקים לבצע אותה, או שמעשיהם מוכחת כוונתם לבצע את מזימתם. לכן, נקט השולחן ערוך לשון "עכו"ם או מוסרים", וראה: רמ"א, חו"מ, סימן שפח, סעיף ח; ש"ך, חו"מ, סימן שפח, ס"ק נד; חפץ חיים, הלכות איסורי רכילות, כלל ט, סעיף ג; באר מים חיים, ס"ק יב; והגה"ה שם, על ס"ק ט. בהיעדר התנאים הללו, נראה שמן הראוי להודיע לקרבן המיועד, אך אין בכך משום קיום מצוות "לא תעמוד על דם רעך".

[43] השווה לדברי הרב שלמה זלמן אויערבך, המובאים בשמירת שבת כהלכתה, ספר ראשון, פרק לב, הערה ב, המבחין בין חולה שמצבו הולך ורע, המוגדר כמי שנמצא בסכנת חיים, אף על פי שאין נשקפת לו סכנה מידית, לבין חולה שאין שינוי במצבו. ניתן היה להבחין בין תינוק הזוחל, לבין השודדים והחיות, הרודפים במכוון אחרי קרבנם, וברור שלולא הצלת המזכה לא יפסיקו לרדפו, עד שישיגו את מבוקשם. זאת, לעומת מקרה התינוק, שם לא ברור, שהוא מתכוון להגיע לכביש. אך מקרה התינוק דומה למקרה החולי המתעצם המוגדר, באמור לעיל, כמצב של סכנת חיים, שם פועלים התיידקים בלא כוונה (בדומה לתינוק), וייתכן שתסתיים הפעולה מעצמה.

[44] לשון נתיבות המשפט, סימן רלו, ס"ק ז, הדן בהצלת רכוש; תשובת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, חלק ד, סימן לט; רמ"א, יורה דעה, סימן רנב, סעיף יב.

[45] שו"ת רד"ם, חלק ב, חושן משפט, סימן ד.

[46] שו"ת ציץ אליעזר, כרך ח, סימן טו.

[47] ראה להלן, בפרקנו, עמ' 124.

[48] פרק רביעי, עמ' 155.

nevo.co.il

3. שמירת רכוש — "רכושו"

בשונה מהמבחן הנוהג בהצלת נפשות, המבחן בהצלת רכוש הוא, שהמציל מקיים מצווה, רק אם בלא התערבות אדם אחר, סיכוייו של הזוכה לשמור על רכושו היו קלושים מאד, ובלשון התלמוד: "כשיכול להציל על ידי הדחק"[49]. במלים אחרות, המציל נחשב כמי שפעל בסבירות, רק כשיש הסתברות גבוהה לפגיעה ברכוש הזוכה. אבל, אם גם בלא פעולת ההצלה היה סיכוי, שלא "על ידי הדחק", לשמור שלא יינזק הרכוש, המציל מוגדר כ"מבריח ארי", ואינו זכאי לפיצוי[50]. יצוין, שאם לא היה סיכוי כלשהו לבעלים להציל את רכושו מסכנת אבדן גמור (ואפילו לא על ידי הדחק) בלא פעולת הצלה, הרכוש מוגדר כהפקר, וכל הקודם — זוכה בו[51].

4. שמירת כבוד — "כבודו"

מי ששמר על כבוד חברו, יהיה זכאי לפיצוי, רק אם הצילו מביזיון המוגדר כ"פגם משפחה"[52], כלומר ממצב מביש העלול להכתים את שמה הטוב של משפחתו[53]. אמנם, מי שהציל את חברו מבושה, עשה פעולה מוסרית[54], ובתלמוד[55] מסופר על גדולי חכמי ישראל, שהכניסו

[49] ככא קמא קטו ע"ב; ט"ז, חו"מ, סימן רסד, על סעיף ד, ד"ה אע"פ שהאמת אתו; נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק א; ערוך השולחן, סימן רסד, סעיף ד.

[50] תוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה אי נמי, ועיין לעיל, הערה 49. כפי שנראה בהמשך דברינו, יש שיטה הגורסת, שכל השבת אבדה והצלה צריכה להיות מוגדרת כ"הברחת ארי", לולא העובדה שהמשיב מקיים מצווה, שכן, כפי שכותב ר' עקיבא איגר, בגיליון הש"ס לנדרים מא ע"ב: "בהשבת אבידה אינו משביח [המשיב] לאבידה עצמה, אלא דמונע לאחרים ליטלו". אך בכל זאת, גם לשיטה זו, שאינה רואה בהצלת ממונו או בהשבת אבדתו תוספת לרכושו של הזוכה, יש הבחנה בין הצלת רכוש שקרוב לוודאי היה ניזוק לבין הצלת רכוש אחר, ורק במקרה הראשון יש לראות במציל מקיים מצווה. הפורע חובו של חברו אינו זכאי לפיצוי, אף אם ניתן לראות בהרחקת המלווה הצלה מהפסד ודאי, משום שאין מצווה להציל אדם מחוב שקיבל על עצמו על פי דין. ראה בהרחבה, בדיוננו על סעיף 4.

[51] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה. הרמ"א כותב שם: "ויש אומרים: אפילו לא נשפך הדבש עדיין, רק נשבר הכד כל כך, שהיה נשפך אם לא הציל זה, הוי הפקר". נשאלת השאלה: מדוע יהא הפקר? הרי המציל עצמו מצווה בהצלתו. אכן, דעתו של הנימוקי יוסף (בבא קמא קטו ע"ב, מב ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה כרוך עליה) היא, שאם אין למציל הפסד בהצלת רכוש חברו, כך שהוא מחויב על פי מצוות התורה להציל, אין לראות בדבש הפקר, גם אם בלא הצלתו היה נפסד הדבש בוודאות. נראה שכן היא דעתם של הרא"ש ורבנו גרשום מאור הגולה (שיטה מקובצת, בבא קמא קטו ע"ב), הקובעים שגם כשהבעלים אינו יכול לשמור על הרכוש בלא פעולת המציל, אין המציל זוכה בכל הדבש, ומקבל פיצוי רק על הפסדו. לעומתם, דעתו של הרמ"א, הקובע שזוכה המציל בכל הדבש הנשפך, היא, שאם בלא כל התערבות, בלא כל ספק, הרכוש היה הולך לאיבוד, לא חלה מצווה על המזכה להצילו. לדעתו, הגדרת הרכוש כהפקר קודמת לקביעת חיוב ההצלה, ומרגע שהנכס נחשב להפקר, לא תיתכן לגביו מצוות הצלה. האמור בטקסט הוא על פי שיטת הרמ"א, הפוסק כפירוש רש"י בסוגיה זו (בבא קמא קטו ע"ב, ד"ה בעקל) ובהכרעת המגיד משנה (הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ה).

[52] תשובת מהר"ם ברי' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, חלק ד, סימן לט.

[53] בשו"ת חוות יאיר, סימן קלט, מוגדרת השארת אדם, שהרצא להורג תלוי על הגרדום, כביזיון למשפחה. אולם הוא ביזיון גם לכל היהודים באזור, ולכן הם משתתפים בהוצאות, אף על פי שהקרובים משלמים יותר. אם הקדימו אחרים ושילמו גם את חלקם של הקרובים, ייתכן שאינם זכאים לפיצוי — עיין פתחי תשובה, יורה דעה, סימן רנב, ס"ק ח. הש"ך, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ה, בעקבות ים של שלמה לבבא קמא, פרק ו, סימן טו, פוסק ש"אם ברח ותפס השר ספריו, ופראו [אדם] אחד, צריך לשלם לו כל מה שנתן עבורם משום בזיון הספרים".

[54] מאירי, סנהדרין יא ע"א.

[55] סנהדרין יא ע"א.

nevo.co.il

את עצמם למצבים מביכים, כדי להציל את זולתם מבושה[56]. אך אין הזוכה חייב בתשלום למי שהצילו מבושה, מכיוון שפעולתו אינה מוגדרת כהנאה ישירה לזוכה[57].

כאמור, הדין שונה במי שהציל את חברו מביזיון שיש עמו "פגם משפחה". במקרים אלה, הזוכה עצמו חייב על פי דין לפעול מידית ולהוציא הוצאות להינצל מביזיון זה[58]. המציל מקיים בפעולתו חיוב של חברו, שאינו סובל דיחוי, ולכן הוא זכאי לפיצוי מלא[59]. לדוגמה, הפודה שבוי שמתעללים בו בשבי, זכאי לפיצוי, גם אם השבוי אינו בסכנת נפשות, משום שמצבו של השבוי מוגדר כ"פגם משפחה"[60]. הקביעה, מה מוגדר כביזיון, שאדם מחויב להציל את עצמו ממנו, עשויה להצטמצם או להתרחב, לפי הזמן והמקום.

פרק שלישי

שכר עבור קיום מצווה

א. העיקרון: אין קבלת שכר

המשנה במסכת בכורות[61] קובעת: "הנוטל שכרו לדון – דיניו בטלים; להעיד – עדותיו בטלים". התלמוד מסביר, שדין זה נלמד מדברי משה רבנו: "ראה למדתי אתכם חוקים ומשפטים, כאשר צִוַּנִי ה' אלקי" (דברים ד, ה), ודרשו חז"ל[62]: "מה אני בחינם, אף אתם בחינם". כלומר, משה מודיע "צִוַּנִי ללמד בחינם"[63], ואין לתבוע שכר בעד קיום מצוות תלמוד תורה.

העיקרון שאסור לקבל שכר מהזוכה עבור קיום מצווה, אינו מצומצם למצוות לימוד תורה, אלא: "הרואה אבידה, חייב להחזיר בחינם"[64]. כמו כן, בעיקרון, "הרופא, אסור ליטול שכר החכמה והלימוד"[65], משום "מה אני בחינם, אף אתם בחינם"[66]. הגאון מווילנא[67] מסביר: "כל שמצווה, אסור ליטול שכר על זה", ופוסק אחר[68] אומר: "כלל כל המצוות צריכין להיות בחינם".

[56] בהקשר זה נעיר, שראוי למסור אינפורמאציה לאחר, להצילו ממי שמתכוון לביישו, ואין בכך משום לשון הרע, ראה: חפץ חיים, הלכות איסור רכילות, כלל ט, סעיף ג.

[57] תלמידי רבנו יונה, בשיטה מקובצת לכתובות קח ע"א, ד"ה הא קא משתרשי ליה; הפלאה לכתובות קח ע"א, ד"ה תוספות בד"ה הא מני חנן היא.

[58] קידושין יח ע"א.

[59] ראה רבורינו על סעיף 4. לכאורה, במקרה זה, יוכה בנוסף לפיצוי על הוצאותיו גם לשכר טרחה, מכיוון שתביעת המזכה, יסודה בקיום חיובו של הזוכה, שלא סבל דיחוי, ולא בקיום מצוות השבת אבדה.

[60] תשובת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, חלק ד, סימן לט. ראה: שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנב, סעיף יב; ביאור הגר"א, שם, ס"ק יז.

[61] משנה, בכורות ד, ו.

[62] בכורות כט ע"א.

[63] ר"ן, נדרים לז ע"א, ד"ה וכתיב, על פי הגהת הרש"ש. התוספות, נדרים לז ע"א, ד"ה הא, מסבירים: "מסתמא משה לא נטל שכר מישראל, שעשיר היה".

[64] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסה, סעיף א; ביאור הגר"א, שם, ס"ק א.

[65] שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, סעיף ב.

[66] ט"ז, יורה דעה, סימן שלו, ס"ק ב.

[67] ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן שלו, ס"ק ז.

[68] אורים, סימן לד, ס"ק לט. לפירוש אחר, ראה: אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ג.

nevo.co.il

סעיף 5(א): דין הפועל לשמירת עניין הזולת

על פי הסבר אחד, מכיוון שהמזכה חייב לקיים את המצווה, אין רואים את פעולתו כזכייה שזיכה בה את הזוכה, אלא כפעולה שיצא ידי חובתו באמצעותה, ולכן המזכה אינו רשאי לתבוע שכר תמורת פעולתו[69].

ב. חריגים

על אף העיקרון, שאסור למזכה לקבל שכר מהזוכה כתמורה לפעולת ההצלה, הוא יקבל תמורה במקרים האלה:

א. כשיש תקנת חכמים, המזכה אותו בשכר. בהתאם למצב החברתי במקומות שונים ובזמנים שונים, תיקנו חכמים, שהמשיב אבדה[70], או רופא[71] וכדומה, זכאים לשכר עבור פעולתם, וזאת במטרה לעודד פעולות הצלה: "כשראו בית דין שרוב בני אדם מתעצלים מלהטריח מאד בהשבת אבידה... יש כוח ביד חכמים לתקן, שיתנו למשיב שכר טרחתו בהשבה"[72].

ב. מזכה המתפרנס מפעולות מצווה. מזכה שעיסוקו הוא בתחום קיום המצווה, כגון רופא[73], רשאי לתבוע שכר, ממי שזוכה מפעולתו[74].

ג. מזכה המציל אגב עיסוק במקצועו (שאינו מקצוע של מצווה). מי שמתפרנס מפעולה מסוימת, שאינה פעולת מצווה, זכאי לתשלום שכרו, גם אם הוא מציל תוך כדי

[69] ר"ן, נדרים מא ע"ב, ד"ה אלא, וראה גיליון הש"ס שם; ר"ן, נדרים לה ע"ב, ד"ה הא קמהני ליה; ר' עובדיה מכרטנורא, משנה נדרים ד, ב, ד"ה ומחזיר לו אבדתו; פירוש המשניות לרמב"ם, נדרים ד, ב; ש"ך, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק כב; אבן האזל, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ג.

[70] פירוש המשניות לרמב"ם, נדרים ד, ב; רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ז, הלכה א.

[71] שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רכא, סעיף ד. ראה: משנה ברורה, סימן שו, ס"ק כד.

[72] לשון תפארת ישראל, בפירושו למשנת נדרים ד, ב, אות יא. יש מקום לדון בשאלה: האם מי שמקבל שכר עבור השבת אבדה קיים את המצווה? או שמא, מכיוון שהוא מקבל שכר מבעל האבדה, בעל האבדה השיב לעצמו את אבדתו, והמשיב פעל כשכירו? עיין מחלוקת לבוש, עטרת זהב (סימן רכא, סעיף ד), וש"ך (יורה דעה, סימן רכא, ס"ק יט), לגבי דינו של מי שמקבל שכר בעד ביקור חולים. הלבוש (שם) והש"ך (שם, ס"ק כא) סוברים, שהרופא מקיים מצווה בעבודתו, גם אם הוא מקבל שכר. הרמב"ם בפירוש המשניות, נדרים ד, ב כותב: "שבזה המנהג יצא מדין התורה, וכאילו החזירה מצד שיקבל ממנו [תשלום], ונמצא שזה, שנשבע שלא יהנהו, מהנה אותו מצד הדבר שהחזיר לו". מכאן, שהמשיב אבדה בשכר, אינו מקיים מצווה. ייתכן, ש"תפארת ישראל", המסביר שהתקנה באה, משום שבלעדיה "עברו על לאו דלא תוכל להתעלם", ואינו מזכיר מצוות עשה של השבת אבדה, רומז לעובדה, שלאחר התקנה המשיב אינו מקיים מצוות עשה להשיב אבדה.

[73] או מלמד תורה.

[74] תוספות, בכורות כט ע"א, ד"ה מה; רא"ש, בכורות, פרק ד, סימן ה, מכיוון ש"אי אפשר למות ברעב"; טור, יורה דעה, סימן רמו; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמו, סעיף ה. וראה שו"ת איגרות משה, יורה דעה, סימן קלח, הכותב: "שהשכר הוא על פעולת הלמוד". גם כאן מתעוררת השאלה: האם המזכה תמורת שכר, מקיים מצווה? הרמ"א (בדרכי משה, יורה דעה, סימן רמב, ס"ק טז, ובהגהותיו על השולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמב, סעיף לד) קובע, בעקבות ספר חסידים, שאבדת רבו קודמת לאבדת-אביו, "אם למד עמו כחינם, אבל אם אביו שכר לו רב, אביו קודם לכל דבר". אין לדייק מכאן, שהרב לא קיים מצווה, ורק האב קיים מצוות תלמוד תורה (וראה: שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמה, סעיף ד, הקובע שהאב מקיים מצווה "ושננתם לבניך", כשהוא שוכר מלמד), שהרי ייתכן, ששניהם שותפים למצווה. ועיין: איגרות משה, יורה דעה, חלק ג, סימן סט. בדומה לרופא, שחלה עליו מצווה מיוחדת לרפא, והוא מקיים מצווה זו, גם אם הוא מרפא בשכר (עיין לעיל, הערה 72), חלה על כל חכם מצווה ללמד (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמה, סעיף ב).

nevo.co.il

עיסוק במקצועו[75]. לדוגמה, בעל מעבורת זכאי לשכר מכל מי שעובר את הנהר במעבורתו. לכן, אם אחד הנוסעים הוא אדם הבורח מפני מי שמבקש להרגו, הוא חייב לשלם את שכר הנסיעה במעבורת, ככל נוסע אחר.

ד. המציל פועל בשליחות אדם אחר שגילה את האדם, או את הרכוש, העומד בסכנה. במקרה זה השולח מקיים את מצוות ההשבה[76], והמציל בפועל זכאי לתשלום ממנו. כך, למשל, נקבעה הלכה[77]: "השבת אבידה היא מוטלת על המוצאה לבדו". לפיכך,

[75] סמ"ע, חו"מ, סימן רסד, ס"ק יט. מלשון הסמ"ע, האומר: "אינו מן הדין שיהיה זה עדיף משום צורך הצלת ממונו או גופו", נראה שמותר לבעל המעבורת לתבוע את שכרו, אפילו אם לא הסכים עליו מראש עם הזוכה. אולם הרמב"ן (בספרו "תורת האדם", סוף שער המיחוש) משווה את דינו של בעל המעבורת לדינו של רופא – כשאינו רשאי לתבוע מראש שכר – ושניהם זכאים לשכר רק משום שהזוכה התחייב לכך.
המאירי, בפירושו לדברי התלמוד: "אבל מיטרח ומיגר אגורי, אימא לא? קמ"ל" (סנהדרין עג ע"א), כותב, שאדם חייב להציל את חיי זולתו, "אף על ידי אחרים, והוא שישכור שכירים ופועלים ובקיאים באותן הדברים להצילו... אין לזה לימנע בכך". מכאן, ש"שכירים ופועלים ובקיאים באותן דברים" זכאים לשכר פעולתם, גם אם מצילים חיים בפעולותיהם, כהסברו של הסמ"ע. לפירוש זה, נראה שאדם אחר, שפרנסתו אינה בדברים אלה, היה חייב לתרום למאמץ ההצלה בלא לקבל שכר עבור טרחתו.
אמנם בהסבר שלנו לחריג הרביעי, המבוסס על דברי ה"לבוש" (ראה להלן), כתבנו שהמציל זכאי לפיצוי, גם אם הוא אינו פועל כמסגרת עיסוקו, אם החעק מרחוק לסייע למזעיק בהצלת אדם שלישי. אך ה"לבוש" מקבל את הבחנת הרמב"ן (בספרו "תורת האדם") בין מצווה המוטלת על כל העולם – כגון רפואה – לבין מצווה המוטלת על המוזמן בלבד – כגון השבת אבדה – הבחנה שהמאירי מפקפק בקיומה (יבמות קו ע"א). מכיוון שהטור, הרמ"א והלבוש (יורה דעה, סימן שלו) פוסקים כולם כרמב"ן, החריג הרביעי מובא בטקסט כדין מוסכם.

[76] שולחן ערוך הרב, חו"מ, הלכות מציאה ופיקדון, סעיף לב.

[77] לבוש, עטרת זהב, סימן שלו, סעיף ג. אולם רופא הנזעק למקום, לא יזכה בתשלום מסיבה זו (אולם יזכה בדרך כלל לתשלום מאחת משתי הסיבות הראשונות שציינו בפנים), וזאת משום שחלה על הרופא מצווה מיוחדת לרפאות, גם אם לא "מצא" את החולה בעצמו. ה"לבוש" אומר, שלעומת "שאר השבת אבידה המוטלת על המוצאה לבדו, מצוַת השבה זו [של הרופא] מוטלת אכולי עלמא [=על כל העולם] – כל מי שהוא יודע רפואות". הרופא דומה בעניין זה למלמד תורה, שאינו זכאי לשכר, גם אם הוא פועל בשליחות האב, וזאת משום שחלה עליו מצווה ללמד את בן חברו תורה חינם (וראה לעיל, הערה 74).
הרב מ"ד וולנר במאמרו "בזכויות וסמכויות הרופא", התורה והמדינה ז-ח (תשט"ו-תשי"ז), עמ' רצז, דן בחובת אדם להציל את חברו מסכנת חיים, כשהוא לא גילה את הסכנה בעצמו, אלא הוזעק על ידי אחר: "נלע"ד הא דמסקינן דמחוייב למיטרח ולמיגר אגורי, היינו באופן שמיירי התם הברייתא – ברואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו, היינו שנזדמן לו ענין זה של הצלת נפשות... ובזה אתי שפיר הא דמסיק שם הגמרא הנ"ל דהוה אמינא, הני מילי בנפשיה, אבל מיטרח ומיגר אגורי, אימא לא, קמ"ל. דלכאורה קשה: איך שייך הא דמיגר אגורי, הלא אכולי עלמא חלה מצווה זו, דלא תעמוד על דם רעך, וכולי עלמא חייבים להציל מי שהוא בסכנה... אלא ודאי דאין המצווה מוטל(ת) אלא למי שנזדמן לו, ואין אחרים מחוייבים ללכת לעזור לו... ושפיר להם לקבל כסף בעד שהם הולכים עמו להציל את זה שבסכנה".
ממסקנה זו – "אין המצווה מוטלת אלא למי שנזדמן לו" – הרב וולנר מגיע לקביעה רבת משמעות לגבי זכותו של רופא לשבות ולא לרפא חולה המאושפז במוסד שהוא עובד בו: "נמצא, חולה הבא למרפאה של אחד המוסדות לרפואה שהוא רשום כחבר שם, החוב מוטל על אותו מוסד וחבריו לרפאותו, למיטרח ולמיגר אגורא, כפי שזה יעלה להם, ואין החוב מוטל על הרופא, דמצווה מוטלת אכולי עלמא, דהיינו על המוסד שהוא שייך שמה, ופנה אליהם".
הרב ש' ישראלי, בהערות העורך, שם, חולק על יסוד דבריו של הרב וולנר: "זה ודאי לא מסתבר. מה בכך שלא ראו זאת? על כל פנים עכשיו שהם יודעים, למה לא יחוייבו?... לא ידעתי במה הדבר תלוי בפנייתו של החולה? וכי רק זה שאליו פנה הטובע בבקשת עזרה חייב בכך, ולא כל היודע?".
לנו נראה, שגם אם נקבל את דבריו של הרב וולנר, וזאת בהסתמך על קביעת הלבוש, ש"השבת אבדה מוטלת על מוצאה בלבד", ניתן להסיק מכך רק שני דברים לעניין הצלת נפשות: המצווה מוטלת עליו,

nevo.co.il

סעיף 5(א): דין הפועל לשמירת עניין הזולת

אם המוצא אינו מציל בעצמו, אלא מזעיק אחר לעזרתו, השני זכאי לקבל ממנו שכר טרחתו[78].

ג. קבלת שכר כתמורה לפעולת הכנה לקיום מצווה

הכלל שאין לקבל שכר בעד קיום מצווה, שולל ממזכה שכר פעולה בעד מעשה הצלה שהיה בו משום קיום מצווה. נדון כעת במקרים שבהם נקט המזכה פעולות שאינן פעולות הצלה, אך הן נועדו לאפשר את ההצלה. השולחן ערוך[79] פוסק: "רופא אסור ליטול שכר החכמה והלימוד, אבל שכר הטורח... מותר". שכר טרחתו של הרופא הוא שכר בעד פעולותיו, שהיו הכנה לפעולת ההצלה עצמה. על עיקרון זה של השולחן ערוך נחלקו הדעות:

והוא חייב להעסיק פועלים בדבר; המסייעים למוצא, רשאים לקבל ממנו שכר, ואין בכך משום שכר מצווה. אולם אם יסרבו לסייע תמורת שכרם, וכתוצאה מכך נמנע מהראשון להשיב את האבדה, תחול עליהם מצווה להשיב את האבדה חינם, משום שהם מוגדרים במצב זה כ"מוצאים". הסיבה לפטור אדם שהוזעק למקום הסכנה מהצלת חברו היא, שמצוות "לא תעמוד על דם רעך" מחייבת את המוצא לשכור פועלים לסייע לו בהצלה, כשיש צורך בכך. אם המוצא ממלא את חיובו, ומקיים את המצווה, המוזעק פועל כשלוחו. אך אם יסרב לסייע למוצא תמורת השכר המוצע, יהיה חייב להציל מכוח מצווה "לא תעמוד על דם רעך", שהוא חייב בה. בהצלת רכוש, אמנם המוצא אינו חייב לשכור פועלים לסייע לו, אך אם הוא מחליט לעשות כן, הוא מקיים מצוות השבת אבדה, והמסייעים לו זכאים לשכר טרחתם. אם אינו מוכן לשלם, או אם הם אינם מסכימים לעבוד תמורת השכר המוצע, תחול עליהם המצווה להציל רכוש זולתם בלא לקבל שכר פעולה.

מקרה מקביל נידון בהלכות מילה. הרמ"א, יורה דעה, סימן רסא, סעיף א, כותב: "האב שאינו יודע למול, ויש כאן מוהל שאינו רוצה למול בחינם רק בשכר, יש לבית דין לגעור במוהל זה, כי אין זה דרכן של זרע אברהם... ואם עומד במרדו, ואין יד האיש משגת לתת לו שכרו, הוי כמי שאין לו אב, שבית דין חייבים למולו, ולכן בית דין כופין אותו, מאחר שאין אחר שימול". מכאן, שאם האב יכול לתת לו את שכרו, עליו לשלם לו שכר זה. מכיוון שהמוהל פועל בשליחות האב, לא חל עליו האיסור לקבל שכר עבור קיום מצווה, ותביעתו לשכר פוגעת באמות המוסר, ותו לא. אשר לגובה השכר, נראה שכופין את האב לשלם למוהל שכר מקובל, עיין: רמ"א, יורה דעה, סימן רמה, סעיף ד. אולם אם האב אינו יכול לשלם למוהל, המצווה עוברת מהאב אליו: "כי מוטלת עליו, שמצווים כל ישראל [למול את התינוק], ואין אחר [שמסוגל למול], ובמצות עשה כופים" (ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן רסא, ס"ק ז).

הרב וולנר כותב, ששביתת רופאים אינה אסורה על פי ההלכה, משום שהרופא אינו מצווה לרפאות, והחובה חלה רק על קופת החולים. זאת בניגוד לפסק הדין של הרבנים הראשיים (המובא באסיא ה (תשמ"ו) עמ' 33), ולקביעתו של הרב שלמה גורן, הקובע, "שעיקר האחריות" לבריאות הציבור היא של הממשלה, ובכל זאת אסור לרופאים לשבות "מכיון שיכול כל אחד במקום עבודתו להציל חיים" (שביתת הרופאים בהלכה, הרב שלמה גורן, אסיא ה (תשמ"ו), עמ' 41). דברינו תומכים במסקנה זו, מכיוון שגם אם החובה הראשונית לרפאות חלה על המוסד הרפואי, ומכאן שעל בית הדין לחייב את המוסד לשלם לרופא שכר הוגן (על פי מה שכתבנו בחריג 2), אם אין בית דין עושה כן, והמוסד מתעלם מאחריותו, תחול האחריות על הרופא לרפאות, ואסור לו לשבות, אך מותר לו לתבוע שכר מהחולה, בהתאם למה שראינו לעיל (בחריג 2).

הרב וולנר לא הבחין במאמרו בין רופא לבין כל מציל אחר. אולם בראש הערה זו ראינו, שה"לבוש" מבחין **הבחנה זו. על פי הבחנת ה"לבוש", ברור שהרופא מצווה לרפאות בכל מקרה שהוזעק לרפאות, וגם אם** המזעיק מקיים מצוות "לא תעמוד על דם רעך" בהזעקת הרופא, הרופא מצדו מקיים מצווה, כשהוא מטפל בחולה.

[78] **בנסיבות אלו ייתכן, שעדיף לו, מבחינה כספית, לפעול מתוך קיום מצווה, ולא כשליח מי שהוזעק אותו, משום** שבתור מקיים מצווה הוא זכאי לפיצוי על נזקיו, וכשליח הוא זכאי לשכר בלבד.

[79] שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, סעיף ג.

יש אומרים[80], שהמזכה זכאי לשכר בעד פעולות שאינן מ"עיקר המצווה"[81]. הרופא נוטל שכר טרחת ההליכה לביתו של החולה, משום שההליכה אינה מעיקר מצוות ההצלה.

לעומתם, יש הסוברים[82], שהמציל אינו זכאי לשכר אפילו בעד פעולות שאינן עיקר המצווה, אם הן הכרחיות לצורך ההצלה. לשיטה זו, הרופא זכאי לשכר טרחתו, רק אם "החולה יכול לבוא לבית הרופא, ומותר אז לרופא לקבל שכר טירחתו במה שבא לבית החולה"[83].

פרק רביעי

פיצוי על הוצאות ונזקים — "חייב הזוכה לשפותו"

א. מבוא

החוק מחייב את הזוכה לשפות את המזכה על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי. כמו כן, בית המשפט יכול לחייב את הזוכה לפצות את המזכה עבור נזקי רכוש שנגרמו לו עקב פעולת ההצלה, "אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין". החוק אינו מפרט את שיקולי הצדק המנחים את בית המשפט בבואו לקבוע פיצוי נזקי המציל. המשפט העברי רואה בהצלחת פעולת ההצלה מבחן חשוב לקביעת סכום הפיצוי. לכן, יתפצל דיוננו להלן לשני חלקים: תחילה נדון בשאלת הפיצוי המגיע למציל כשהועילה פעולתו, ואחר כך נדון בשאלת הפיצוי עבור פעולה שלא הועילה.

ב. פעולה שהועילה

1. שמירת רכוש

לעניין גובה הפיצוי המגיע למציל רכוש, הזכרנו[84] שהמשפט העברי מבחין בין מזכה שנאלץ לפעול בלא סיכום עם הזוכה — הנחשב מקיים מצווה בהצלתו[85] — והוא זכאי להחזר הוצאותיו ולפיצוי על נזקיו הצפויים[86], לבין מזכה שפעל בלא סיכום עם הזוכה, על אף העובדה שיכול היה לסכם אתו. מזכה זה, אפשר שלא יפוצה על נזקיו, ויכול להיות,

[80] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יז.

[81] רש"י, בכורות כט ע"א, ד"ה ושכר מילוי המים; הריטב"א, קידושין נח ע"ב, ד"ה אמר אביי; ט"ז, חו"מ, סימן לד, סעיף יח, ד"ה שכר לילך ולראות.

[82] מהר"ד שמחה הכהן, מוכא במחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יז; פירושו של מחנה אפרים ברש"י, קידושין נח ע"ב, ד"ה בשכר הבאה.

[83] לשון הרב ז"נ גולדברג, במאמרו: "בחיובי גמילות חסד", יד רא"ם, קובץ לזכר אליעזר מאיר ליפשיץ הי"ד, ירושלים תשל"ה, 97, בעמ' 108.

[84] לעיל, ליד ציוני הערות 14-28.

[85] נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג, על יסוד דברי הרמב"ן לבבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין, ודברי הרשב"א לבבא מציעא לא ע"ב, ד"ה כפועל.

[86] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג.

שפיצויו יהיה קטן יותר[87]. נפתח אפוא את הדיון במציל שנאלץ לפעול בלא סיכום עם הזוכה.

כפי שראינו לעיל[88], על פי דין תורה, אין המזכה חייב להפסיד כדי להציל את רכוש חברו. אולם, אם בכל זאת הציל, יש בפעולתו "משום השבת אבדה". זאת, כאמור, בתנאי שבנסיבות העניין, היה נאלץ לפעול, לפני שהגיע להסכם עם הבעלים. במקרה זה, אם בחר להציל, הוא זכאי לא רק להחזר מלוא ההוצאות שהוציא, אלא גם לפיצוי על הנזקים שהיה אפשר לצפותם מראש. המזכה פעל על פי מצוות התורה להשיב אבדה, ולכן אין לראות בו מתערב בענייני חברו שלא כדין[89]. מכיוון שלא חייבה אותו התורה לשאת בהפסדים הכרוכים בפעולתו, הוא זכאי גם לפיצוי על נזקיו הצפויים[90].

הפיצוי על הנזקים מוגבל לנזקים הצפויים מראש, משום שגם אם היה הזוכה במקום בשעת ההצלה, המציל לא היה יכול להתנות את פעולתו אלא בקבלת פיצוי ממנו על נזקיו הצפויים[91]. על פי כללי מצוות השבת אבדה, אין למציל להתנות את פעולת ההצלה בפיצוי גם עבור הפסד שאינו מוכח, ולסרב להציל אם לא יתחייב הבעלים לפצותו עליו. ונאמר, על סירוב מטעם זה שהוא "דקדוקי עניות"[92]. גם כשהבעלים אינם נוכחים במקום ההצלה בעת ההצלה, והמציל נאלץ לפעול מבלי סיכום מראש, המשפט העברי קובע: "אף על פי שלא התנה, כאילו התנה דמי"[93], ולפי זה, המציל זוכה בפיצוי שהיה זוכה בו, אילו התנה במפורש, כלומר, הוא מפוצה רק על נזקים שהיו צפויים מראש[94].

כל שכר עבור פעולתו, מעבר לפיצוי על נזקיו והוצאותיו, מוגדר כשכר בעד פעולת מצווה, משום שמכיוון שקבלת הפיצוי מובטחת לו, המציל נחשב כמי שאין לו הפסד בפעולתו[95].

יצוין, שגם אם יתברר, לאחר שהציל את רכוש חברו, שהזוכה היה יכול להציל את הרכוש בפחות הוצאות, יזכה להחזר הוצאותיו במלואן[96], משום שפעל ברשות, על דעת התורה. אולם, בכל מקרה, לא יזכה לפיצוי הגדול יותר משווי הערך שהציל, שאם לא כן, אין זו הצלה, כי אם הטלת חיוב[97].

[87] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג וסעיף ה.

[88] ליד ציון הערה 3.

[89] זאת לעומת פורע חובו של חברו. ראה דברינו על סעיף 4.

[90] ראה לעיל, הערה 85.

[91] נזקים אלה נקראים במקורות "אבידה דמוכח", ראה: רש"י, בבא מציעא לג ע"א, ד"ה כל המקיים בעצמו כך; טור חו"מ, סימן רסד, סעיף א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף א. והשווה להלן, בדיוננו על סעיף 5(ב), ליד ציון הערה 5.

[92] פרישה, חו"מ, סימן רסד, ס"ק א; סמ"ע, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ג.

[93] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג.

[94] תרומת הדשן, חלק השו"ת, סימן שטז, כותב שמי שלקח את סוס חברו בלא ידיעתו לצורך הצלת רכושו, ומת הסוס באונס, פטור מתשלום. הרמ"א, חו"מ, סימן שח, סעיף ז, מביא את דברי תרומת הדשן להלכה. קביעה זו מובנת על פי הסברנו כאן, שהמציל זכאי לפיצוי עבור נזקים צפויים בלבד. ראה דברינו על סעיף 5(ב).

[95] רמ"א, חו"מ, סימן רסה, סעיף א; סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ג.

[96] ש"ך, חו"מ, סימן רלו, ס"ק ד; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ו, סימן יד. אך נראה שהפרישה, חו"מ, סימן רלו, ס"ק ה, חולק ופוטר את הזוכה מכל תשלום הגבוה ממה שהיה נאלץ להוציא להצלת רכושו בלא עזרת המציל. ייתכן שלדעה זו, העובדה שפעל המציל ברשות, מוציאה אותו רק מגדר "מבריח ארי". וראה: אולם המשפט, סימן רלו, סעיף ח.

הערכת הפיצוי על הפסד השתכרות

אחד ממרכיבי נזקיו של המציל הוא הפסד ההשתכרות שנגרם לו כתוצאה מפעולת ההצלה. ברם, הערכת הפיצוי המגיע למציל בראש נזק זה שנויה במחלוקת. מעיקר הדין, זוכה המציל לפיצוי בגובה "שכר בטלתו"[98], שהוא השכר, שעל פי אומדן, אדם במקצועו מוכן לקבלו ולשבת בטל במקום לקבל שכר מלא ולעמול במלאכתו[99]. פיצוי זה אינו מלוא השכר שהיה מקבל, אילו המשיך במלאכתו, משום שכשעסק בהצלת רכושו של חברו, חסך מעצמו את היגיעה הכרוכה במלאכתו שלו[100].

דעת הרמב"ם[101], השולחן ערוך[102], והש"ך[103] היא, שלא יזכה המציל לפיצוי הגבוה מהמגיע לו מעיקר הדין. לעומת זאת, שיטת הרא"ש[104], ובעקבותיו הולכים הטור[105] והרמ"א[106], היא: "כיון שלא חייבתו תורה להניח שלו ולהתעסק בהשבה", יזכה המציל בתמורה שהיא הסכום שאדם העוסק במקצועו היה "רוצה ליקח להתבטל [ממלאכתו] ולעסוק בהשבתה"[105]. כלומר, נוסף לשכר בטלה, המגיע לו מעיקר הדין, הוא זכאי, מכוח תקנת חכמים[106], לקבלת שכר בעד פעולתו, ובלבד שסך כל התשלומים לא יעלה על הפסד ההשתכרות שנגרם לו[107]. קבלת תשלום בגובה השכר שהיה מקבל, אילו המשיך במלאכתו, מונעת ממנו הפסד, וכל תשלום מעבר לסכום זה, מהווה תשלום עבור קיום מצווה.

לפי דעה זו, תיקנו חכמים תוספת לפיצוי המגיע למציל על פי דין, מכיוון שהנזק האמיתי שבהפסד השתכרות הוא סובייקטיבי, ואף על פי, שעל פי דין, המציל אינו זכאי לתבוע יותר מ"שכר בטלה", לעתים נזקו הסובייקטיבי גדול יותר[108]. אילו היו הבעלים מציעים לו מראש את מלוא משכורתו תמורת ההצלה, המציל היה חייב, על פי כללי מצוות השבת אבדה, לעזוב את עבודתו ולהציל את רכוש חברו[109]. אולם, אם היו הבעלים מציעים לו מראש רק "שכר בטלה", לא היה חייב, על פי כללי מצוות השבת אבדה, לנטוש את עבודתו ולהציל את רכוש חברו. שכר הבטלה, המובטח לו, לא היה מכסה את כל הפסדיו – אף על פי שבפועל לא היה טורח במלאכתו – משום שהייתה מתקבלת טענתו "דלא ניחא ליה [=שאינו רוצה] במנוחה אלא בטירחה ובהרבות שכר כדי מלאכתו"[110]; כל זמן שלא מובטח לו פיצוי בגובה משכורתו, הוא נמצא מפסיד כתוצאה מהצלת רכוש חברו.

97 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלו, סעיף ח.

98 כפסק השולחן ערוך, חו"מ, סימן רסה, סעיף א.

99 סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ב.

100 סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ו.

101 רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ד.

102 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסה, סעיף א.

103 ש"ך, חו"מ, סימן רסה, ס"ק א. לדברי הש"ך, שכר בטלה נקבע "בשעה שהמלאכה מועטת והפועלים בטלים, ואותה שעה משתכרים בזול".

104 רא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן כד; שם, סימן כח.

105 טור חו"מ, סימן רסה, סעיף ב.

106 רמ"א, חו"מ, סימן רסה, סעיף א.

107 רמ"א, חו"מ, סימן רסה, סעיף א; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ד.

108 סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ח.

109 סמ"ע, חו"מ, סימן רסד, ס"ק יח; סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ה.

110 סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ח.

nevo.co.il

אם נטש המזכה את מלאכתו, והציל את רכוש חברו, מבלי שהיה יכול להגיע להסכם מראש עם הזוכה על גובה פיצויו, נוצר מצב, שעל פי עיקר הדין, לא יוכל לתבוע פיצוי יותר מ"שכר בטלה", למרות העובדה, שייתכן שבפועל היו הפסדיו גדולים יותר[108]. לכן, כדי לעודד קיום מצוות השבת אבדה גם בהיעדר אפשרות להגיע להסכם מוקדם עם הזוכה: "חכמים תיקנו ליטול שכר על השבת אבידה, כדי שיניח אדם מלאכתו, וישיב אבידה"[111]. עד כאן לעניין הערכת הפיצוי על הפסד השתכרות, ולעניין דינו של מציל שלא היה יכול להגיע לסיכום מראש עם הזוכה, דהיינו במציל שפעל בסבירות[112].

נעבור עתה לדון בזכויותיו של המציל, כשיכול היה להגיע לסיכום עם הזוכה, ולא עשה כן[113]. כפי שיבואר, זכויותיו של מציל זה, שפעל לכאורה[114] שלא בסבירות, מצומצמות יותר. מזכה שהציל את נכסי הזוכה מבלי להיוועץ בו תחילה, אף על פי שנכח הזוכה במקום בשעת ההצלה, לא יפוצה על מלוא הפסדיו, כלומר על הוצאות ונזקים שנגרמו לו (יותר משכר טרחתו[115] והוצאותיו ההכרחיות[116], ראה להלן), וזאת משתי סיבות[117]: רואים את המציל כמי שמחל על הפיצוי, שהרי אם רצה בו, יכול היה להתנות על כך; מתקבלת טענת הזוכה, שהיה מוצא אדם אחר, שהיה מציל את רכושו בלא לגרום נזק לרכוש.

נימוקים אלה לשלילת הפיצוי מקבילים לנימוקים לשלילת פיצוי ממי שפרע את חובו של הזולת[118]. היסוד בשתי ההלכות דומה: המזכה התערב בענייני הזולת בלא שנצטווה לעשות כן, "דאינו חייב[119] רק כשלא היה הבעלים בשעת המעשה, אבל אם היה הבעלים בשעת המעשה, פטור"[120]. אולם, אין להסיק מכאן, שהמציל לא יקבל פיצוי כלל[121].

קביעה זו מוסכמת על הכול, אך הטעם להלכה זו שנוי במחלוקת. דעתו של הסמ"ע[122] היא, שאף על פי ש"מן הדין לא היה לו לזה [לזוכה] ליתן שום דבר... מכיון שיכול בעל האבידה...

[111] רא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן כח.

[112] ראה דברינו לעיל, פרק שני, עמ' 119, אות ג.

[113] ראה נתיבות המשפט, חידושים, סימן רסד, ס"ק ד.

[114] ראה להלן, ליד ציון הערה 127.

[115] אמנם ראינו לעיל בהקדמה, שהמציל אינו זכאי לשכר טרחה, מכיוון שאין לקבל שכר עבור קיום מצווה, אך מציל שפעל שלא בסבירות, שלא התייעץ לפני שפעל, זכאי לשכר טרחתו (ובלבד שלא יעלה תשלום זה על גובה נזקיו), מטעמים שיפורטו להלן.

[116] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג; שם, סעיף ה.

[117] סמ"ע, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ז.

[118] עיין דברינו על סעיף 4, שם הזוכה פטור מתשלום לפורע, מכיוון שהפורע נחשב למוחל על פיצוי (ש"ך, חו"מ, סימן קכח, ס"ק ח), ומשום שמתקבלת טענת הלווה, שהמלווה היה מוחל לו על חובו, או שהיה מוצא חברים, שהיו פורעים לו חינם.

[119] הכוונה אינה לחיוב ממש, אלא לקיום מצווה. נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג, כותב, שגם אם לא נכחו הבעלים, ומובטח לו פיצוי, מי שאינו מציל אינו "פושע", והוא אינו עובר על איסור "לא תוכל להתעלם".

[120] נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג. המזכה אינו זכאי לפיצוי על מלוא הפסדיו כשהם יותר משכר פעולתו, גם אם הסיכוי, שהיה הזוכה מוצא אדם אחר להציל את הרכוש תמורת שכר פעולתו, הוא קלוש. קביעה זו עולה מתוך ההשוואה לפורע חובו של חברו, ראה דיוננו על סעיף 4.

[121] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג.

[122] סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ד; בדבריו אלה הולך הסמ"ע בעקבות התוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ.

לומר: אם לא ירדת מעצמך להציל, אני הייתי יורד להציל... אלא ש... אמדו דעת הבריות, דמסתמא ניחא ליה לבעל האבידה [=מן הסתם רצוי לבעל האבדה], שכל מי שיקדים להציל ממונו בכזה [=בנסיבות אלה], יתנו לו שכר". כלומר, מעיקר הדין מציל שלא קיים מצווה בפעולתו – כגון שלא התייעץ עם הזוכה למרות שהיה יכול לעשות כן – אינו זכאי לפיצוי, בדומה לפורע חובו של חברו. אולם, למעשה יזכה המציל לפיצוי מכוח אומד הדעת, כעין חוזה מכללא.

לעומת שיטה זו, דעת נתיבות המשפט[123], המבוססת על דברי הרמב"ן[124], שהמציל זכאי לשכר פעולתו על פי דין (ולא רק מכוח אומדן) ככל מזכה שיזם זכייה כשלא היה מצווה בה. הוא אינו זכאי לפיצוי עבור הנזקים שנגרמו לו, מכיון שפעל על דעת עצמו, ולא קיים מצווה בפעולתו. אולם, שלא כפורע חובו של הזולת, שזיכה את הזוכה רק בעקיפין, ועל כן אינו זוכה לפיצוי כלשהו, המציל זיכה את הזוכה בהנאה ישירה, ועל כן הוא זכאי לקבל שכר ראוי בעד פעולתו, כדין כל מזכה, שאין בהתערבותו משום קיום מצווה. שכר זה, כפי שראינו בדברינו על סעיף 1(ב), מורכב משכר טרחתו ומהוצאותיו ההכרחיות של המזכה.

על אף ההבדלים בנימוקיהם של הסמ"ע ונתיבות המשפט, הם מגיעים למסקנה דומה באשר לגובה הפיצוי שיזכה בו המציל[125]. דעתו של הסמ"ע[126] היא, שעל פי אומד דעת הבריות, חייב הזוכה לשלם למציל את הסכום הקטן מבין השניים: פיצוי על הפסדיו, כלומר הוצאות הכרחיות ונזקים; שכר פעולתו, כלומר הוצאות הכרחיות ושכר טרחה. יש לשים לב, שבכל מקרה, יזכה המציל להחזר הוצאותיו ההכרחיות, מכיוון שתשלום זה הוא מרכיב הן של הפיצוי על הפסדיו והן של שכר פעולתו. גם נתיבות המשפט, הקובע שהמציל זכאי לשכר פעולתו ככל מזכה אחר, אינו מחייב את הזוכה בתשלום במלואו, אם הוא גבוה מהפסדי המציל[127]. אם שכר פעולתו של המציל – הפיצוי המגיע לו על פי סעיף 1(ב) – גבוה מהפסדיו, אין בעובדה שפעל בלא להתייעץ עם הזוכה, כדי לקבוע שלא קיים מצווה בפעולתו (במונחי החוק: שפעל שלא בסבירות), ולא רבצה עליו חובה להתייעץ עם הזוכה קודם פעולתו ולסכם את תנאי פיצויו, שהרי גם בלא הסכם, המציל זכאי בנסיבות כאלה לכל הפחות לפיצוי מלא על נזקיו. הסכמת הזוכה אינה דרושה אלא כשהמציל מבקש להבטיח, שאם יעלו נזקיו על שכר פעולתו, יפצה אותו הזוכה על מלוא הנזקים. נמצא, שכשנזקיו אינם עולים על שכר פעולתו, קיים המציל מצוות השבת אבדה, והוא זכאי לפיצוי מלא על הפסדיו, ותו לא.

[123] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג; נתיבות המשפט, סימן רסה, ס"ק א. ליישוב דבריו כאן עם לשונו בסימן קכח, ס"ק ג, ראה דברינו על סעיף 5(ג), הערה 17. חזון איש, יורה דעה, סימן קמד, ס"ק ג, מצדד בשיטה זו.

[124] רמב"ן לכבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין. הר"ן לנדרים מא ע"ב, ד"ה אלא, כותב כשיטת הרמב"ן. וראה גיליון הש"ס לנדרים מא ע"ב, המשיג על הר"ן, ומפרש את הסוגיה כדעת הסמ"ע והתוספות. ועיין דברינו על סעיף 4, הערה 23.

[125] יש הבדל ביניהם, אם מחה הזוכה קודם ההצלה. ראה דברינו על סעיף 5(ג).

[126] סמ"ע, תר"מ, סימן רסה, ס"ק ד.

[127] השולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג וסעיף ה, כותב: "אין לו אלא שכר הראוי לו", כלומר המציל זכאי לשכרו, רק כששכרו פחות מנזקיו.

סעיף 5(א): דין הפועל לשמירת עניין הזולת

אולם הרמב"ן[128] ונתיבות המשפט[129], שלא כסמ"ע[130], סוברים שיש אופנים, שהמציל זכאי בהם לפיצוי על הפסדיו גם מעבר לשכר פעולתו, על אף שלא הסכים על כך מראש עם הזוכה. לדעתם, אם נגרם למציל הפסד השתכרות, שכפי שראינו לעיל, שיעורו הוא "שכר בטלה"[131], פיצוי המציל יהיה בגובה שכר בטלתו, אף אם הוא גדול יותר משכר פעולתו. התשלום למזכה מעבר לשכר פעולתו, המגיע לו על פי דין, הוא מכוח תקנת חכמים. על אף העובדה שהיה יכול להסכים מראש עם הזוכה, ולא עשה כן, פעולת ההצלה עצמה היא חיובית, ו"חכמים לא רצו להפסידו כולי האי [=עד כדי כך]". חכמים תיקנו תקנה זו רק במזכה שנגרם לו הפסד השתכרות, אבל אם נגרם לו הפסד אחר, שאינו הפסד השתכרות, והוא נדיר יותר, לא ראו חכמים סיבה לתקן תקנה לקביעת פיצוי מוגדל למציל.

נציין, שלכל הדעות, מציל שהיה יכול להיוועץ בזוכה, ולא עשה כן, לא יקבל תשלום הגבוה מהנאתו הסובייקטיבית של הזוכה. כלומר, אם יוכל הזוכה להוכיח, שרכושו היה ניצול גם בלא התערבותו של המציל ובפחות הוצאות, לא ישלם למציל יותר מההוצאות שחסך לו[132].

2. שמירת נפשות

אדם מצווה להציל את חיי חברו. מצווה זו, שלא כבהצלת רכוש, כוללת חובה להוציא הוצאות לביצוע מעשה ההצלה. החובה להוציא הוצאות מוטלת בראש ובראשונה על הניצול עצמו, ומשום כך הוא חייב לשפות את המציל על הוצאותיו[133]. **המציל את רכוש חברו, זכאי לפיצוי, מכיוון שלא היה מצווה להוציא הוצאות כדי להציל; לעומתו,** המציל את חיי חברו, זכאי לפיצוי, מכיוון שמתנאי המצווה הוא, שיזכה לפיצוי על הוצאותיו.

יש הפוסקים[134], שאם בשעת ההצלה אין לניצול כסף לשפות את המציל, הוא פטור מכל תשלום, גם אם התעשר אחר כך. קביעה זו מבוססת על דברי הרא"ש[135]: "אין אדם מחוייב להציל נפש חברו בממונו, היכא דאית ליה ממונא לניצול [=כאשר יש לניצול ממון]". פוסקים אלה מסיקים מדברי הרא"ש, שאם אין לניצול ממון בשעת ההצלה, מחויב

[128] דברי הרמב"ן, מובאים בנימוקי יוסף לבבא קמא קטו ע"ב. מב ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה ואם אמר לו וכו' חייב ליתן לו.

[129] נתיבות המשפט, סימן רסה, ס"ק א.

[130] סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ד.

[131] גם לשיטת הרא"ש, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 104, שהמציל שפעל בלא יכולת לסכם עם הזוכה מראש, זכאי מכוח תקנת חכמים, לפיצוי גדול יותר משכר בטלה, כאן שהייתה לו אפשרות לסכם עם הבעלים, ולא סיכם, לא יקבל יותר משכר בטלה.

[132] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד; נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ה.

[133] רא"ש, סנהדרין, פרק ח, סימן ב; טור חו"מ, סימן תכו, סעיף א; רמ"א, יורה דעה, סימן רנב, סעיף יב; רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד. נראה שאף השולחן ערוך סובר כן, שהרי ביורה דעה, סימן שלו, סעיף ב, המחבר מתיר לרופא לתבוע שכר בטלה, שהוא פיצוי על הפסדיו. מדבריו נראה, שהרופא זכאי לפיצוי זה, גם כשהציל חיים.

[134] שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן רד; מחנה אפרים, הלכות עבדים, סימן ג.

[135] הרא"ש, סנהדרין, פרק ח, סימן ב.

המציל "להציל נפש חברו בממונו", כלומר על חשבונו. דעתו של אחד הפוסקים[136] שפסקו כן היא, שגם אם היה לניצול כסף בשעת ההצלה, אך הצילו המציל מתוך מחשבה מוטעית, שאין לו כסף, הזוכה פטור מכל תשלום, מכיוון שפעל המציל "לשם מצווה", היינו בלי לצפות לקבלת תמורה.

לעומת זאת, קבע פוסק אחר[137]: ש"אף אם אין לו לניצול ממון בעת ההצלה, חל עליו חוב לשלם, כשתמצא ידו". לפי דעה זו, המציל אינו מצווה לשאת בנטל ההוצאות בשום מקרה, ואף שעליו להוציא הוצאות להצלת חברו, הניצול חייב לפצותו. גישה זו תואמת את דבריהם של כמה מן הראשונים[138].

ראינו לעיל[139], שהמציל נפשות אינו צריך להיוועץ בניצול כדי לברר אם פעולתו רצויה, שכן הצלתו של אדם היא דבר רצוי תמיד, גם אם הניצול מתנגד לה; אולם, עליו להיוועץ בניצול, כדי לברר אם פעולתו נחוצה, או שמא יש לניצול דרך אחרת להימלט מהסכנה. מבחינה זו, זכויותיו של מי שהציל את חיי הזולת עדיפות מזכויות מציל רכוש הזולת, בכך שהוא זכאי לפיצוי מלא, גם אם היה יכול לתאם עם הניצול את פעולת ההצלה ולא עשה כן. המהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג דן בעניין מי שפדה את חברו משבי הגויים ואומר: "מה היה צריך [המזכה] להודיעו [לזוכה]? הא אפילו היה עומד וצווח: 'אל תפדוני', אין שומעין לו, ופודין אותו בעל כרחו משלו [=על חשבונו]"[140].

הכלל המחייב הוא: "דלא תלינן בספק נפשות"[140]; והמציל חייב לפעול בזריזות, ואינו צריך לקבל את הסכמת השבוי, משום שהוא חייב לפדות את השבוי, גם אם הלה מעדיף להסתכן, ומסרב לקבל את עזרתו.

אולם, אם המציל היה יכול להיוועץ תחילה בזוכה, כדי לברר אם פעולתו נחוצה לשם ההצלה, ולא עשה כן, והזוכה יכול להוכיח, שהייתה לו אפשרות להינצל בלא עזרת המציל, לא יקבל המציל פיצוי הגבוה מהנאתו של הזוכה[141]. זאת, אם על פי נסיבות העניין, הזוכה לא היה מסתכן בהמתנה להצלה האלטרנאטיבית. לדוגמה, מי שפדה שבוי בלי לקבל את הסכמתו, אף על פי שהיה יכול לעשות כן, ולאחר מכן הוכח, שהזוכה היה פורץ ויוצא ממאסרו בלא עזרת המציל: "חייב ליתן לו כפי מה שנהנה לפי ראות בית דין"[141], דהיינו "שמין כמה אדם רוצה ליתן שלא יהיה צריך להשתמש באלימות"[142].

מצבו המשפטי של המציל את חיי הזולת, טוב ממצב המציל את רכושו גם מבחינה אחרת, שהניצול חייב לפצותו מיד. אם הניצול מעלה טענות כדי לפטור את עצמו מתשלום מסיבות שאינן קשורות לעצם חובת הפיצוי, כגון שהמציל חייב לו כסף, והוא רוצה לקזז

[136] מחנה אפרים, הלכות עבדים, סימן ג.

[137] הגהות אמרי ברוך (השמטות), חו"מ, סימן תכו, על סמ"ע, שם, ס"ק א.

[139] ליד ציון הערות 18־23.

[140] תשובת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהודרת בלאך, חלק ד, סימן לט; ים של שלמה לבבא קמא, פרק ו, סימן טו, מדגיש שהשבוי מחזיר לו את כל הוצאותיו.

[141] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד. בעניין זה, השווה דינו לדינו של מציל רכוש, לעיל, עמ' 129.

[142] נתיבות המשפט, סימן רסד, חידושים, ס"ק י. אם השבוי היה יכול לברוח בכוחות עצמו בקלות, לא יזכה המציל בפיצוי כלשהו, משום שהוא מוגדר כמבריח ארי, ראה: ט"ז, חו"מ, סימן רסד, על סעיף ד, ד"ה אע"פ שהאמת אתו.

את החוב מן הפיצוי, הניצול חייב לפצותו מיד, ואם יש לו טענה אחרת נגדו, עליו לתבעו לדין בנפרד, "דבלא זה, אין אדם פודה את חברו"[143].

עתה נדון בזכויות המציל, כשלא הועילה פעולתו, ונראה, שבמקרה זה, אין הבדל בין הצלת חיים להצלת רכוש.

ג. פעולה שלא הועילה

החוק אינו מתנה את הפיצוי למציל בהצלחת פעולת ההצלה, אם פעל ב"תום לב ובסבירות". אולם אין להסיק מכאן, שמי שלא הועילה פעולתו, יזכה לפיצוי זהה לפיצוי שמקבל מי שהועילה פעולתו. המחוקק קבע, ש"אם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות העניין", והבחין בין הוצאות המציל לנזקיו: המציל זכאי להחזר הוצאותיו תמיד, ואילו הפיצוי על נזקיו נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. דא עקא, המחוקק לא פירט את השיקולים המנחים את בית המשפט בבואו להכריע, אם יקבל המציל פיצוי על נזקיו בנוסף להחזר הוצאות אם לאו. מכיוון שההבחנה בין הוצאות לנזקים מקורה במשפט העברי, הקובע שמציל שפעל בסבירות יזכה תמיד להחזר הוצאותיו, ואילו פיצויו על נזקיו תלוי בהצלחת הפעולה, נראה שמבחן זה צריך להנחות גם את בית המשפט. הבחנה זו מבוססת על העיקרון, שמציל שפועל בסבירות, ראוי שיובטח לו החזר הוצאותיו ההכרחיות (היינו ההוצאות שהיה נאלץ להוציא להצלת ערכי הזולת), גם אם לא הצליח במשימתו, כדברי אחד הפוסקים: "הרי הרוויח מה שהלך זה, שלא היה צריך ליתן שכר למצילין אחרים, משום הכי [=משום כך] צריך ליתן לו שכרו"[144]. כלומר, על אף העובדה שלא הצליח להציל, ונמצא שלא קיים מצוות השבת אבדה, מאחר שמניחים שהזוכה היה מעוניין בפעולת ההצלה, נמצא שזיכה המציל את הזוכה בפעולת ההצלה, ששוויה הוא השכר הראוי עבור פעולה זו. וכבר ראינו, ששכר זה כולל את הוצאותיו ההכרחיות של המציל ואת שכר טרחתו[145]. פוסק אחר[146] מסביר את העיקרון באופן שונה קצת: "לענין שכר טורחו,

[143] רמ"א, יורה דעה, סימן רנב, סעיף יב.

[144] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג. בשו"ת חבצלת השרון, חלק ב, חו"מ, סימן כד, צוין שמקור דברי "נתיבות המשפט" הוא בתשובת מהר"ם מפאדוואה, סימן סד. המהר"ם מפאדוואה מבחין בתשובתו בין פעל אדם להציל את חמור חברו משיטפון הנהר, והחמור עלה מאליו, לבין הוציא אדם הוצאות להשיג צו שהיה משחרר את חברו מן השבי, ויצא חברו בלא עזרת הצו, בעזרת "הא־ל יחברך ובחכמתו". לדבריו, בעל החמור "נהנה, מיהו [=על כל פניס], כדי שכרו, דהא היה צריך לשכור אחר, אם לא ירד זה, דלא ידע דיעלה ממילא". לעומתו, השכוי לא היה שוכר אחר להצילו, משום שסמך על "חכמתו".

[145] הפוסקים נחלקו כהגדרת "שכר הראוי", שזוכה בו מציל, שפעולתו לא הועילה. יש הסוברים, שהוא כולל את כל ההוצאות ההכרחיות, שהיה מוציא אדם אחר לצורך אותה הפעולה (שו"ת חבצלת השרון, חלק ב, חו"מ, סימן כד; שו"ת תפארת צבי, סימן לב; כסף הקדשים, חו"מ, סימן רסד, על סמ"ע, ס"ק יב. כשיטה זו עולה מהשוואה בין השימוש במונח זה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג, לבין השימוש בו בסעיף ד, ועל פי הסבר הסמ"ע, ס"ק ז). שיטה זו מתיישבת עם הנימוק של "נתיבות המשפט" ועם דברי פני יהושע, בבא קמא קטז ע"א, ד"ה שם, המסביר שהתכוון הבעלים לשלם עבור טרחתו של המציל, גם אם לא יצליח, ש"אילו הכניס עצמו בזה הספק, היה צריך לטרוח", כלומר, הוא חייב לשלם כל מה שהיה נאלץ אדם אחר לטרוח או להוציא. לעומתם, דעת אחד האחרונים היא, שהוא זכאי רק לשכר טרחתו, אך לא להחזר הוצאותיו (שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן כה, אות כט). הוא מביא הוכחה לדבריו מחשובת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן רד, שפסק שמי שניסה לפדות את חברו השבוי בידי מי שמשפיע עליו להמיר דתו, ולא הצליח להצילו, זכאי רק לשכר

ודאי נתכוון לתת״, גם אם לא יציל, וכעין חוזה מכללא. לעומת זאת, **פיצוי על נזקים הוא תשלום החורג מהתשלום המגיע למזכה רגיל, והוא מיוחד למי שקיים מצווה בפעולתו.** לכן, אם נמצא, שלא קיים המציל מצווה בפעולת ההצלה, מכיוון שלא הועילה פעולתו, הוא לא יזכה לפיצוי על נזקיו.

המציל זכאי לשכרו הראוי, רק אם פעל בסבירות, כגון שנועץ מראש עם מי שפעל לטובתו, או שלא הייתה לו אפשרות לסכם אתו מראש, שיציל[147]. לעיל[148] ראינו, שגם אם הייתה למציל אפשרות לסכם מראש עם הזוכה, אך לא עשה כן, הוא זכאי בכל זאת ל״שכר ראוי״, אם הועילה פעולתו. אולם, אם הייתה אפשרות לסכם עם הזוכה, אך לא עשה כן, ולא הועילה פעולתו, הוא אינו זכאי לפיצוי, ואפילו לא ל״שכר ראוי״[149].

קביעה זו יסודה בטעמים השונים שראינו בעניין התשלום שמקבל המציל עבור פעולה שהועילה, גם כשהיה יכול לסכם מראש עם הזוכה, אך לא עשה כן. ״נתיבות המשפט״ – המנמק את הדין ההוא מתוך השוואה בין מציל שפעל ב״לא סבירות״ (שלא התייעץ) לבין מזכה רגיל – כותב, שמתוך אותה השוואה עולה, שאם לא הועילה פעולתו אינו זכאי לתשלום: ״כשלא התנה, ואין לו רק דין יורד לנכסי חבירו שלא ברשות, דאין לו רק הוצאה שיעור שבח, וכשלא השביח, אינו נוטל כלל״[150]. כלומר, אם לא התייעץ, דינו ככל מזכה ביזמתו, שהוא זכאי לפיצוי, רק אם זיכה את הזוכה. כיוון שפעל בחוסר סבירות, כשלא נועץ מראש עם הזוכה, אין לראות בפעולתו הלא סבירה זכייה שזיכה בה את הזוכה. רק אם היה מצליח, היה מקום לראות בפירות הצלחתו משום זכייה. לעומת זאת, מי שפעל בצורה סבירה, כפי שראינו לעיל, אף אם לא הצליח, רואים בפעולתו כשלעצמה משום זכייה. לדעת הסמ״ע[151], שגם אם הועיל המציל בפעולתו הלא סבירה הוא זוכה לשכר פעולתו רק מכוח חוזה מכללא, ברור שאם לא הועיל, לא יזכה לפיצוי כלל.

לאחר שסקרנו את הכללים החלים על פעולה שלא הועילה, נותרה שאלה אחת והיא: **מהי הגדרת פעולה שלא הועילה? ודאי שפעולת המציל תיחשב כפעולה שלא הועילה,** אם הייתה מטרת הפעולה לשמור על חייו או על רכושו של הזולת, אך הם אבדו. אולם, הרבה מן הפוסקים[152] מגדירים כפעולה שלא הועילה, גם פעולת המציל להצלת חייו או רכושו של הזוכה, אלא שלבסוף ניצלו הללו בלא קשר לפעולתו של המציל.

טרחתו ולא להחזר הוצאותיו. אולם ייתכן, שיש להבחין בין הנירון אצל המהרשד״ם לבין מקרה רגיל של הצלה שלא הועילה. מכיוון שהמהרשד״ם דן במקרה סחיטה, לא ניתן לקבוע סכום שאדם חייב להוציאו בכורח הנסיבות האובייקטיביות. אך גם במקרה הנדון ב״ציץ אליעזר״, מי שהזמין רופא בתשלום, ולא הועיל לחולה, ייתכן לפעמים, שגם החולקים על העיקרון שקבע ״ציץ אליעזר״, יסכימו שהחולה רשאי לפטור את עצמו מתשלום, בטענה שאדם אחר היה מזעיק רופא טוב יותר, ואותו רופא היה מועיל בפחות הוצאות.

[146] פני יהושע לבבא קמא קטז ע״א, ד״ה שם.

[147] רמ״א, חו״מ, סימן רסד, סעיף ד; סמ״ע, חו״מ, סימן רסד, ס״ק יב; ש״ך, חו״מ, סימן רסד, ס״ק ד.

[148] בפרקנו, עמ׳ 129.

[149] רמ״א, חו״מ, סימן רסד, סעיף ד.

[150] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס״ק ג.

[151] סמ״ע, חו״מ, סימן רסה, ס״ק ה.

[152] רמ״ך מסקרסטה, מובא בשיטה מקובצת לבבא קמא קטז ע״א; הר״ר יהונתן, בשיטה מקובצת שם, בדעת הירושלמי; רמ״א, חו״מ, סימן רסד, סעיף ד; נתיבות המשפט, סימן רסד, ס״ק ג; פני משה על הירושלמי, בבא קמא, פרק י, הלכה ב.

nevo.co.il

לעומתם, פוסקים אחרים[153] קובעים, שבמקרה זה, אם המציל לא היה יכול לסכם מראש עם הזוכה על פיצויו, הפעולה מוגדרת כפעולה שהועילה. במלים אחרות, גובה פיצויו יהיה כגובה פיצויו של מי שהועילה פעולתו, "הואיל ועל ידו הפסידו, וזה הרויח את שלו [כלומר: רכושו ניצל]"[154].

המשפט העברי מגדיר פעולת הצלה שהושלמה כמתוכנן כפעולה שלא הועילה, רק אם הייתה מטרת הפעולה "סתם להציל"[155], כלומר לשמור על ערכי הזוכה, והפעולה לא הצליחה לשמור על ערכים אלה. אך כשהשלים המציל משימה מסוימת, שהייתה שלב אחד הכרחי בתהליך הצלת הזוכה, פעולתו נידונה כפעולה שהועילה, גם אם בסופו של דבר, בעקבות המשך פעולות ההצלה, לא ניצלו הזוכה או רכושו. זאת משום שמניחים שהזוכה רצה בפעולה זו. לדוגמה, אם חלה אדם, ונסע חברו למקום רחוק להזעיק רופא לטפל בו, ועד שהגיע הרופא, הבריא החולה באופן לא צפוי, החולה חייב לפצות את חברו, כדין מי שהביא תועלת בפעולתו, משום שמניחים, שרצה החולה, שיזעיק חברו את הרופא[156], ופעולה ספציפית זו הושלמה בהצלחה.

ד. סבירות ההוצאות — "לשפותו על הוצאותיו הסבירות"

בבואנו לדון בשאלת סבירות ההוצאות, אנחנו חייבים להבחין, על פי הדיון בפרקים הקודמים, בין פעולת הצלה שהיה בה משום קיום מצווה לבין פעולת הצלה אחרת.

בפעולות הצלה שיש בהן משום קיום מצווה, זכאי המציל לפיצוי על נזקיו ולהחזר הוצאותיו הסבירות, מן הסיבה שראינו לעיל[157], שהתורה מחייבת את הזוכה בשיפוי, כדי שלא יפסיד המציל בפעולתו. כאן, מבחן הסבירות לקביעת ההוצאות אינו קשור להוצאות שהיו נאלצים מצילים אחרים להוציא לצורך אותה הצלה, ואם המציל הזה אינו יכול להציל בפחות הוצאות, הוא זכאי להחזר כל ההוצאותיו. כפי שראינו לעיל, אם פעל המציל ביזמתו, בלא סיכום עם הזוכה, יש בפעולתו משום קיום מצווה, רק אם סיכום זה לא היה אפשרי בנסיבות העניין, כלומר שהמציל היה חייב לפעול בזריזות להציל את ערכי הזולת. לכן, גם אם היו ניצולים הערכים האלה על ידי אחרים בפחות הוצאות, הוא זכאי להחזר

[153] פירוש רבנו חננאל, מובא בשיטה מקובצת לבבא קמא קטז ע"א; מאירי, בבא קמא קטז ע"א; סמ"ע, חו"מ, סימן רסד, ס"ק יב. הסמ"ע כותב על מקרה ש"התנה עמו, ועלה מאליו". גם רבנו חננאל והמאירי כותבים על מקרה ש"התנה" המציל מראש עם הזוכה, שבלא התנייה לא יזכה המציל בפיצוי על הפסדיו, גם אם הועילה פעולתו. אולם ראה לעיל, ליד ציון הערה 147, שכשהמציל אינו יכול להגיע מראש לסיכום עם הזוכה, דינו יהיה כמי שהתנה עמו.

[154] לשון רבנו חננאל, בשיטה מקובצת לבבא קמא קטז ע"א.

[155] בבא קמא קטז ע"א; שיטה מקובצת לבבא קמא קטז ע"א, ד"ה וזו; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה; שו"ת חבצלת השרון, חלק ב, חו"מ, סימן כד. עיין תשובות הרא"ש, כלל סה, סימן ב. ציץ אליעזר, חלק י, סימן כה, אות כט, התעלם מהבחנה זו. הרמ"א בתשובותיו, סימן פו, כותב שאם ניסה המציל להציל פעמים אחדות בלא תועלת, והציל רק בניסיונו האחרון, דינם של ניסיונות ההצלה הראשונים כדין פעולות שלא הועילו.

[156] אין להבחין לעניין זה בין הצלת רכוש להצלת נפשות: התלמוד, בבא קמא קטז ע"א-ע"ב, משווה בין סוגי ההצלה לעניין זה. אמנם התשובה בשו"ת חבצלת השרון, שם, דנה בפיקוח נפש: "דכאן הוי כמו לא היו הבעלים שם, וכהתנה רמי, כיון דברשות עשה, והיה זריז ונשכר בפיקוח נפש". אך הדין יהיה זהה בכל מקום שנאלץ המציל לפעול בלא דיחוי.

[157] לעיל, ליד ציוני הערות 7 ו־8.

nevo.co.il

מלא של הוצאותיו, שהרי חייבה אותו המצווה לפעול, מבלי לברר אם יש אפשרויות אחרות להצלת הערכים. נמצא, שמבחן הסבירות במקרה זה הוא מבחן סובייקטיבי, האם לא הוציא המציל יותר משהיה חייב להוציא בנסיבות העניין?

לעומתו, מי שלא קיים מצווה בפעולתו, כגון שפעל בלא סיכום עם הזוכה, אף על פי שהיה אפשר לעשות כן, זכאי לשכר ראוי (הוצאות ושכר טרחה) או לפיצוי על הפסדיו (הוצאות ונזקים) לפי הנמוך יותר. כפי שראינו[158], כל אחד מתשלומים אלה כולל את "הוצאותיו הסבירות" של המציל. המציל זכאי לשיפוי, אף על פי שלא קיים מצווה, וזאת על פי אחד משני הטעמים האלה[159]: הוא זכאי לתשלום ככל מזכה ביזמתו (כדעת "נתיבות המשפט"); מניחים שהזוכה מוכן לשלם סכום זה עבור הצלת ערכיו, מעין חוזה מכללא (כדעת הסמ"ע).

אף ראינו לעיל[160], שבמקרה זה, המציל אינו זכאי לתשלום מעבר להנאתו הסובייקטיבית של הזוכה. הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה מפעולת המציל מוגדרת כסכום שהיה נאלץ להוציא, אילו לא פעל המציל. מכאן יוצא, שבשום פנים לא יחויב הזוכה בתשלום הגבוה מהסכום שהיה דורש מציל רגיל תמורת פעולת ההצלה. בנוסף לזה, אין להניח, שיש ביניהם חוזה מכללא לשלם סכום גבוה יותר. אמור מעתה, שבמקרה זה, יוגדרו הוצאות המציל כסבירות, רק אם נתקיימו בהן שני תנאים: הן אינן עולות על ההוצאות של אדם סביר שהיה יכול להציל; הן היו הכרחיות לפעולתו שלו.

נסכם ונאמר, שאם קיים המציל מצווה בפעולתו, מבחן סבירות הוצאותיו הוא סובייקטיבי, כלומר, הוא תלוי בשאלה: האם היו ההוצאות הכרחיות לפעולתו שלו? אם לא קיים מצווה, מבחן סבירות הוצאותיו הוא גם מבחן אובייקטיבי, והוא תלוי בשאלה: האם היו הוצאותיו הכרחיות לכל פעולת הצלה, בין שלו בין של אדם אחר.

פרק חמישי

מציל שהציל תוך כדי פעולה להצלת ערכיו שלו — "של אדם אחר"

אם פעל המציל להצלת רכושו, וכתוצאה מפעולתו ניצל גם רכושו של אחר, מבלי שהתכוון המציל להצילו, כגון שלא ידע, שיינצל רכוש האחר[161], כגון שכיבה שרפה שסיכנה את ביתו, ובכך הציל גם רכוש חברו שהונח בבית ללא ידיעתו, נקבע, ש"אם נראה לבית דין שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו [בשביל הזוכה], דאפילו בשבילו [בשביל המציל] לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר"[162]. אולם, אם התכוון המציל להציל גם את רכוש הזוכה, על הזוכה להשתתף בהוצאות הצלתו, גם אם "לא הוצרך [המציל] להרבות בהוצאות כשבילו"[162].

[158] לעיל, ליד ציון הערה 126.

[159] לעיל, ליד ציוני הערות 122-124.

[160] לעיל, ליד ציוני הערות 132-141.

[161] ראה: שו"ת בני אהרון, סימן טז (מצוין בחידושי ר' עקיבא איגר, חושן משפט, סימן רסד).

[162] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

nevo.co.il

סעיף 5(א): דין הפועל לשמירת עניין הזולת

על אף העובדה, ש"זה [הזוכה] נהנה וזה [המציל] לא חסר", הזוכה חייב בתשלום, משום שהמציל היה זכאי לדרוש מראש, קודם שהתחיל בפעולתו, שישתתף הזוכה בהוצאות, "כיון דאי אפשר להציל בלי הוצאות, ממילא כל אחד יכול לכוף את חברו ליתן... שכן הדין בכל מקום שהדבר צריך לשניהם, ואי אפשר לאחד לתקן הדבר מבלי [לתקן את של] חברו, שכופין זה את זה"[163]. לעומת זאת, בזכייה שאינה הצלה, שדננו בה בדברינו לסעיף 2[164], המזכה לא היה יכול לכוף מראש את הזוכה להשתתף בהוצאות הזכייה.

[163] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ו. מכאן שניתן לחייב את הזוכה להשתתף רק בהוצאות שהיו הכרחיות להצלה ולא בהפסדים המיוחדים שהיו למציל. אם פעל אחד ממוסדות הציבור להצלת ענייני הציבור, וניצול הזוכה כחלק מן הציבור, הזוכה חייב להשתתף בהוצאות, ראה: שכות יעקב, חלק א, סימן קנח; פתחי תשובה, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ג.

[164] ראה דברינו על סעיף 2, חלק ראשון, הערה 125.

nevo.co.il

סעיף 5(ב)

דין מי ששימשו נכסיו לשמירת עניין הזולת

דין הפתעל לשמירת עניין הזולת

5. (ב) לענין החיוב בפיצויים לפי סעיף קטן (א) דין מי שנכסיו שימשו לשמירת הערכים האמורים כדין מי שעשה פעולה לשמירתם.

nevo.co.il

החוק קובע: "דין מי שנכסיו שימשו לשמירת הערכים האמורים כדין מי שעשה פעולה לשמירתם". הרמ"א[1] פוסק, שמי שלקח את רכוש חברו בלא ידיעתו "להציל את שלו... לא הוי גזלן, דתנאי בית דין הוא". כלומר, "כל שפגע בו היזק פתאום, רשות בידו ליקח כליו של חבירו ולהציל את שלו, ונותן לחברו שכר הכלי"[2]. שכר זה הוא פיצוי על מניעת רווח מבעל הכלי, שנמנע ממנו להשכירו, ולכן אם לא עמד הכלי להשכרה, לא יקבל שכר עבור השימוש בו, שהרי "זה נהנה וזה לא חסר – פטור". בכך מקביל דין מי ששימשו נכסיו לשמירת עניין הזולת לדינו של מי שעשה פעולה לשמירתו, שניהם זוכים לפיצוי על נזקים צפויים – "אבדה דמוכח" – והוצאות שנגרמו להם עקב ההצלה[3].

אם התקלקל הרכוש שלא כצפוי, מחמת השימוש בו, אף על פי ששימוש זה היה סביר ומקובל, או שהתקלקל באונס, כלומר מחמת כוח עליון, בעל הרכוש אינו זכאי לפיצוי בעד נזקים אלה[4]. הסיבה לכך היא, שהזוכה נטל את רכוש חברו בהיתר, והתכוון לשלם לו עבור השימוש, ולכן, על פי דיני שומרים, החלים עליו, דינו כשוכר, הפטור מתשלום לבעלים עבור נזקים שנגרמו שלא באשמתו. כמו כן, מכיוון שהנזק לא היה צפוי, הוא אינו חייב לפצות את המציל כתמורה להצלת ערכיו[5]. על קביעה זו חולקים "מחנה אפרים"[6] ו"קצות החושן"[7]. לדעתם, זוכה שביזמתו נטל את נכס המציל בלא רשותו, חייב בתשלום עבור נזק שנגרם מחמת שימושו בנכס, גם אם הנזק לא היה צפוי מראש[8].

1 רמ"א, חו"מ, סימן שח, סעיף ז. אמנם, הרמ"א בחו"מ, סימן רסד, סעיף ה, מביא דעת פוסקים, שגם אם הזוכה מודיע על נכונותו לפצות את המציל על כל נזקיו והוצאותיו, המציל רשאי לסרב להציל. אך כל זמן שאין התנגדות מפורשת של המציל, כגון ששימשו נכסיו להצלה בלא ידיעתו, ההנחה היא, שהוא יסכים להציל תמורת פיצוי מלא על נזקיו והוצאותיו; ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שח, ס"ק יד. להסבר נוסף, ראה: אולם משפט, סימן רעד.

2 סמ"ע, חו"מ, סימן שח, ס"ק יד. כאן מדובר בשלקיחת הכלים כרוכה בהפסד לבעל הרכוש, שאם לא כן, כפי שכתבנו בפנים, הזוכה פטור מדין "זה נהנה וזה לא חסר" (ראה דכרינו על סעיף 2). הפסד זה כולל מניעת רווח, שהיה זוכה בו בעל הרכוש בהשכרתו, אלמלא נטלו האחר.

3 ראה דברינו לסעיף 5(א).

4 רמ"א, חו"מ, סימן שח, סעיף ז, על פי פירושו של נתיבות המשפט, סימן שח, ס"ק ה. תרומת הדשן, חלק השו"ת, סימן שטז, על פי הבנת מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן יז.

5 ראה דברינו על סעיף 5(א), ליד ציוני הערות 91-95.

6 מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן יז.

7 קצות החושן, סימן שח, ס"ק ג. וראה שם, שהוא מפרש כך את דעת הרמ"א ותרומת הדשן.

8 אולם, הם מודים שהזוכה פטור מתשלום, אם ניזוק רכוש המזכה מחמת כוח עליון. ראה: מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן טו; קצות החושן, שם. על ההבחנה בין נזק מחמת שימוש לנזק מחמת כוח עליון, ראה: נתיבות המשפט, סימן שח, ס"ק ד.

nevo.co.il

"מחנה אפרים" מסביר, שאם נפטור את הזוכה מלשלם עבור הנזק שנגרם למציל לצורך "הצלתו", "נמצא זה מציל ממונו בממון חברו". הוא משווה את דינו של זוכה שנטל את רכוש המציל לצורך הצלתו, לדינו של מי שתפס רכוש שעמד להשכרה, בלא סיכום עם הבעלים, מתוך כוונה לשלם את דמי השכירות עבורו[9]. בשני המקרים חייב התופס לשלם עבור כל נזק שנגרם כתוצאה משימושו בנכס. כלומר, דעתם היא, שהעובדה שפעל הזוכה לפי "תנאי בית דין", אינה מעניקה לו מעמד של שוכר ברשות, כשיש בכך משום גרימת הפסד למציל. לשיטה זו, דינו של "מי שנכסיו שימשו" לשמירת עניין הזולת, הזכאי לפיצוי על כל נזקיו (למעט נזקים הנגרמים מחמת כוח עליון), שונה מדינו של "מי שעשה פעולה" לשמירת עניין הזולת, הזכאי לפיצוי על נזקיו הצפויים בלבד.

מקור המחלוקת בין הפוסקים בעניין זה הוא תשובתו של "תרומת הדשן"[10] בעניין "ראובן היה לו סוס בביתו, ויצא לשוק, ובא שמעון לביתו של ראובן, ולקח הסוס לרכוב עליו מהר... שאם לא ירכוב עתה יהא בוודאי נפסד, ושום סוס אחר לא נמצא לו. אמרה אשת ראובן לשמעון: אל תיקח הסוס כלל, כי בעלי גם כן צריך לרכוב עליו מיד עבור עסק אחד... אמר שמעון: אפרע לראובן... [את מה שיפסיד מן] העסק שלו, אם יהא נפסד, ואקח הסוס. וכן לקח אותו על מנת לפרוע גם כן שכרו, כי הסוס עומד להשכיר לכל. ונאנס [הסוס] בדרך". והוא מסיים בשאלה: "חייב לשלם שמעון דמי הסוס לראובן, או לאו?".

"תרומת הדשן" מסיק: "ברשות לקח שמעון בשכר, והוי ליה [=והוא נהיה] שוכר, שפטור באונסין". מקביעתו של "תרומת הדשן", שהזוכה הוא שוכר, מסיק "מחנה אפרים", שהוא פוטר אותו מתשלום, גם אם מתה הבהמה מחמת השימוש בה, וכן מסיק "נתיבות המשפט" להלכה. כפי שראינו, "מחנה אפרים" חולק על קביעה זו, ואומר: "נהי [=אמנם] דיש לו רשות ליטלה ולהציל את שלו, ולא חשוב [=נחשב] גזלן, מכל מקום... שורת הדין נותן, שיטול וישלם לחברו כל מה שמפסידו". זאת, "אם נאנסה בדרך, מחמת מלאכתו".

הבחנה נוספת בין מי שהציל את עניין הזולת בפעולתו לבין מי ששימשו נכסיו להצלה היא, שבמקרה האחרון, שאנו דנים בו, השאלה: האם שימושו של הזוכה ברכוש המציל הביא או לא הביא להצלתו? אינה רלוואנטית. העובדה שהזוכה הוא היוזם את השימוש בנכסי חברו היא המכריעה, שכן נפסק, כפי שראינו בסעיף 1(א), שבזכייה ביזמתו של הזוכה, העיקרון הוא, ש"זה לא נהנה וזה חסר – חייב" בתשלום למזכה בשווי הזכייה, שהוא המחיר שהיה נאלץ לשלם מראש עבור השימוש בנכסים אלה. מכאן שיפוצה המציל על נזקיו הצפויים, גם אם לא הועיל השימוש בנכסים[11].

[9] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה. בנתיבות המשפט, סימן שח, ס"ק ה, דוחה את ההשוואה.

[10] תרומת הדשן, חלק השו"ת, סימן שטז.

[11] הבחנה נוספת בין מי שעשה פעולה להצלת חברו לבין מי ששימשו נכסיו להצלתו, עולה מתוך הספרו של הרב ז"נ גולדברג במאמרו: "בחיובי גמילות חסד", יד רא"ם (ראה לעיל, סעיף 5(א), הערה 83), עמ' 104-106. הרב גולדברג כותב, שהראב"ד, המובא בשיטה מקובצת לבבא קמא קיז ע"ב, מבחין בין הצלת חיים ביזמת המציל, שהמציל אינו זכאי לפיצוי עבורה, לבין הצלה שלא ביזמת המציל, אך תוך שימוש בנכסיו, שהמציל זכאי לפיצוי עבורה. אולם הבחנה זו אינה מובאת להלכה, והמציל חייו של חברו זכאי לפיצוי גם אם הציל ביזמתו, דוגמת רופא הזכאי לפיצוי (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, סעיף ב), וכן הפודה שבוי העומד בסכנת נפשות (רמ"א, יורה דעה, סימן רנב, סעיף יב).

nevo.co.il

סעיף 5(ב): דין מי ששימשו נכסיו לשמירת עניין הזולת

שונה הדבר כששימשו נכסי המציל להצלת הזוכה, שלא מתוך יזמתו המכוונת של הזוכה[12], כגון "בהמה שהוחלקה... ונפלה לגינה, ונחבטה על גבי פירות וירקות"[13]. במקרה זה אין לחייב את הזוכה, אלא אם כן ניצלו ערכיו. דין זה מקביל למה שראינו בדיוננו על סעיף 1(א), שבזכייה שלא ביזמתו המכוונת של הזוכה אין הזוכה משלם יותר מהנאתו הסובייקטיבית. לכן, אם בלא יזמת הזוכה נשמר רכושו תוך הזקת רכושו של המציל, באופן שאין הזוכה חייב בתשלומי נזיקין, וכאי המציל לתשלום מהזוכה בגובה הנאתו בלבד, גם אם הפסדו של המציל גדול יותר. לכן, בדוגמה שציינו לעיל, בעל הבהמה "משלם מה שנהנית... שהרי מצאה מקום רך, ולא נתרסקו איבריה"[13].

דעת הרמב"ם[14] והשולחן ערוך[13] היא, שבדומה להצלה ביזמת המציל[15], לא יהיה בעל הנכסים זכאי לפיצוי, אם הצילו נכסיו את הזוכה (שלא ביזמתו של הזוכה) מצער, מאבדן כבוד, או מנזק שאינו ודאי[16]. לעומתם, שיטה אחת[17] מסכימה עם קביעת הרמב"ם והשולחן ערוך בנוגע להצלה מצער או אבדן כבוד, אך מחייבת את הזוכה בתשלום הנאתו למציל, שרכושו הציל אותו מנזק שאינו ודאי.

---

[12] לדינו של מי ששימשו נכסיו להצלת הזוכה ביזמת צד שלישי, ראה דברינו על סעיף 1(ב), ליד ציון הערה 70.

[13] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שצד, סעיף א.

[14] רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ג, הלכה יא.

[15] ראה דברינו על סעיף 5(א), פרק שני, עמ' 121.

[16] לעומת דעה זו, תוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ, מסיקים שהזוכה חייב בתשלום למציל, גם אם הצילו אותו נכסיו רק מדאגה או מפחד. הם מגיעים למסקנה זו מתוך דברי הסוגיה שם. המשנה, בבא קמא ו, ב, קובעת: "נפלה [בהמה] לגינה ונהנית, משלמת מה שנהנית". התלמוד שם, דף נח ע"א, מסביר: "אימא מבריה ארי מנכסי חברו הוא, ומה שנהנית נמי לא משלם? קמ"ל". התלמוד ממשיך ומסביר, שבעל הגינה אינו מוגדר כמבריח ארי, מכיוון ש"מבריח ארי מנכסי חברו מדעתו הוא, האי לאו מדעתו; אי נמי, מבריח ארי מנכסי חברו לית ליה פסידא, האי אית ליה פסידא". מדברים אלו מסיקים התוספות, שאילו הציל בעל הגינה "מדעתו", כלומר ביזמתו, את בהמת חברו מחבטה, לא היה זכאי לפיצוי, ואולם קשה, שהרי במעשה זה היה משום השבת אבדה, ומשיב אבדה זכאי לפיצוי, אלא מכאן שהצלת הבהמה היתה מצער כלבד, ובכל זאת נקבע שבעל הגינה זכאי לפיצוי.

ייתכן שהרמב"ם והשולחן ערוך, המזכים את בעל הגינה בפיצוי, רק אם הציל את הזוכה מהפסד, ולא מצער, מפרשים את הסוגיה (בבא קמא נח ע"א) כפירושו של הראב"ד (מובא בשיטה מקובצת בבא קמא נז ע"ב, ד"ה קמ"ל), או כפירושו של נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג (המיוסד על דברי הרמב"ן לבבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין, ועל דברי הרשב"א לבבא מציעא לא ע"ב, ד"ה כפועל), שהצלה ביזמת המציל שיש בה משום מצווה, מוגדרת כהצלה ש"לא מדעתו".

[17] ים של שלמה, בבא קמא, פרק ו, סימן יג; ש"ך, חו"מ, סימן שצד, ס"ק א. ים של שלמה מנסה ליישב כדרך זו את דברי הטור (חו"מ, סימן שצד, סעיף א) הפוסק כרמב"ם, שבעל הפרה חייב בתשלום לבעל הגינה רק אם ניצול מריסוק אבריה, הסותרים לכאורה את דברי הרא"ש (בבא קמא, פרק ו, סימן ו), הפוסק כדעת התוספות שהבאנו בהערה הקודמת. לדברי "ים של שלמה", אם ניצלה הבהמה רק מצער, בעליה פטור מכל תשלום, אבל אם נצלה מנזק שאינו ודאי, הוא זכאי לתשלום. הבחנה זו תמוהה לאור דברי התוספות (בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ) ודברי הרא"ש (בבא קמא, פרק ו, סימן ו) המשווים בין השניים.

סעיף 5(ג)

התנגדות הזוכה לשמירת ענייניו

דין הפועל לשמירת ענין הזולת

5. (ג) אין חובת שיפוי או פיצוי לפי סעיף זה על זוכה שהתנגד לפעולה או לשימוש בנכסים או לשיעור ההוצאות או שהיתה לו סיבה סבירה להתנגד להם, זולת אם הפעולה או השימוש בנכסים היו לשמירה על חייו, שלמות גופו או בריאותו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 149

פרק שני: התנגדות לשמירת רכוש 150

א. זוכה שהתנגד 150

ב. זוכה שהייתה לו סיבה סבירה להתנגד 153

פרק שלישי: התנגדות לשמירת חיים 154

פרק רביעי: התנגדות לשמירת בריאות 155

פרק חמישי: סיכום בעניין המזכה ביזמתו שבסעיפים 4 ו־5 156

nevo.co.il

מבוא

סעיף 5(א) שולל פיצוי ממציל שפעל שלא בסבירות, וזאת בלי להבחין בין מי שפעל להצלת רכושו של חברו לבין מי שפעל להצלת חייו. סעיף 5(ג) קובע, שמי שהציל את חייו של הזולת, זכאי לפיצוי, גם אם התנגד הניצול להצלתו, או "שהיתה לו סיבה סבירה להתנגד". מכאן, שמי שפועל להצלת חייו של הזולת, פועל "בסבירות", למרות התנגדותו של הניצול, ואף על פי שהייתה לו "סיבה סבירה" להתנגדות. במלים אחרות, אין סיבה סבירה היכולה לעשות את עצם פעולת הצלת החיים לבלתי סבירה. לולא דברי הסעיף, ניתן היה, על פי שיקולים הזרים למורשת ישראל, לשלול פיצוי ממציל זה, בהסתמך על דברי סעיף 5(א). המחוקק לא רצה להשאיר מקום לספק בדבר אימוץ גישת המשפט העברי, הרואה בהצלת חיים פעולה סבירה, בלא קשר לרצונו של הניצול לחיות או למות[1]. לא כן בהצלת רכוש; סעיף 5(ג) פוטר את הזוכה מ"חובת שיפוי או פיצוי לפי סעיף זה", אם התנגד לפעולתו של המזכה, או "שהיתה לו סיבה סבירה להתנגד".

המחוקק, שקבע בסעיף 1(ב): "אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה, או בדרך אחרת", וחייב את הזוכה בהשבה מלאה למזכה ביזמתו, לא הוסיף בסעיף 1 הסתייגות מקבילה לזו שבסעיף 5(ג). סעיף 5(ג) מדגיש, שהוא בא לצמצם רק את חובת השיפוי "לפי סעיף זה", ומכאן שחובת השיפוי לפי סעיף 1(ב) אינה מתבטלת כתוצאה מהתנגדות הזוכה[2].

בדברינו לסעיף 5(א)[3] מנינו שלושה הבדלים, הקיימים הן במשפט העברי והן בחוק, בין חובת השיפוי למציל לבין חובת השיפוי לאדם אחר המזכה ביזמתו. הבדלים אלה הם: המציל זכאי לפיצוי על כל הוצאותיו ונזקיו הצפויים, גם אם לא היו הכרחיים מטבע ההצלה, וייתכן שאדם אחר שהיה מציל, לא היה נאלץ להוציא הוצאות אלו או להינזק בצורה זו; המציל אינו זכאי לתשלום הגבוה מההוצאות שהוציא, ומהנזקים שנגרמו לו; המציל זכאי לפיצוי, גם אם לא הועילה פעולתו.

סעיף 5(ג), הפוטר את הזוכה שהתנגד לפעולת ההצלה מחובת פיצוי לפי סעיף 5(א), תואם את המשפט העברי, הקובע שהכללים המיוחדים המחייבים את הזוכה בתשלום למי שמציל את רכושו, חלים רק כשיש בפעולת ההצלה משום קיום מצוות השבת אבדה.

[1] ראה דברינו על סעיף 5(א), ליד ציוני הערות 18–23.

[2] אמנם בסעיף 2 הותר לבית המשפט לפטור את הזוכה מחובת השיפוי על פי סעיף 1, אם "ההשבה בלתי צודקת", אך מכיוון שהסעיף אינו מציין במפורש את התנגדותו של הזוכה כסיבה לחייב את בית המשפט לפטור (כפי שמצוין בסעיף 5(ג), לגבי חובת השיפוי שבסעיף 5(א)), מוכח שהפטור שבסעיף 5(ג) מצטמצם לחובת השיפוי שבסעיף 5(א). כל זה שלא כדברי פרידמן, סעיף 36, ובמאמרו: "העיקרון הכללי בעשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט ח (תשמ"א) 254, ליד ציון הערות 193–194.

[3] פרק ראשון, עמ' 117.

nevo.co.il

אם התנגד הזוכה לפעולה, או שהייתה לו סיבה סבירה להתנגד, אין בפעולת המציל משום מצוות השבת אבדה, ולכן לא יחולו עליו הכללים האמורים.

סעיף 5(ג) אינו מבטל אלא את חובת השיפוי הקבועה בסעיף 5(א). גם בכך תואם החוק את אחת הגישות במשפט העברי[4]. בסיכום דברינו על סעיף 1[5], ראינו שהמשפט העברי מחייב כל מי שנהנה מפעולת חברו לפצות את חברו, אף אם לא היה יוזם לכתחילה את הזכייה. גם אם מחה הזוכה בפני המזכה קודם פעולתו, הוא חייב בתשלום הנאתו[6]. להלן נדון בשתי הגישות לשאלת תחולת כללים אלה על מציל שפעל בניגוד לרצונו של הזוכה.

סעיף 5(ג) אינו מבטל את חובת הזוכה לפצות את המציל שפעל להצלת חייו, שלמות גופו, או בריאותו[7], גם כשהתנגד לפעולה זו. גם כאן אימץ החוק את עקרון המשפט העברי, שמצווה על אדם להציל את חיי חברו, למרות התנגדותו של חברו להצלה זו[8].

סעיף 5 בנוי אפוא כולו על עקרונות המשפט העברי, וניתן לפרשו רק מתוך הזדקקות למשפט העברי.

פרק שני

התנגדות לשמירת רכוש

א. זוכה שהתנגד[9]

סעיף 5(ג) פוטר זוכה, שהתנגד לפעולת ההצלה, מחובת השיפוי לפי סעיף 5(א). כאמור קביעה זו תואמת את המשפט העברי, המחיל על המציל כללים השונים מן הכללים החלים על מזכה אחר, רק כאשר יש בפעולתו מצוות השבת אבדה.

[4] רמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין; נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג; נתיבות המשפט, סימן רסה, ס"ק א.

[5] **הסיכום נמצא כסוף דברינו על סעיף 1(ב), עמ' 48.**

[6] **חזון איש, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו.** החזון איש תמה על דברי הרמב"ן, **בבא בתרא ד ע"ב, ד"ה מתניתין. ברם, יש** להעיר על תמיהתו, כי הרמב"ן אינו פוטר מתשלום את הזוכה שהתנגד להקמת מחוברים. מחאתו, לדברי הרמב"ן, מאפשרת לו **לתבוע** את סילוק המחוברים גם בשדה העשויה ליטע. אם הוא אינו דורש את סילוקם, ודאי שגם לדעת הרמב"ן הוא יצטרך לשלם. הרשב"א בתשובותיו, חלק ד, סימן נד, כותב כדעת הרמב"ן, שמחאה יש בה כדי להקנות לבעל המקרקעין זכות לתבוע סילוק המחוברים, אך אם גילה שנהנה מקיומם, חייב בתשלום.

[7] על פי המשפט העברי, יש לצמצם קביעה זו ולהחילה רק בהצלה מסכנה בריאותית, שהזוכה היה חייב להציל **את עצמו ממנו בהוצאה זו, ראה להלן, פרק רביעי, עמ' 155. יש לציין, שהחוק שולל פיצוי על פי סעיף** 5(א), ממי שהגן על כבוד חברו על אף מחאתו. בכך סוטה הסעיף מקביעת המשפט העברי, לפיה במקרים שבהם זכאי מי שהגן על כבוד חברו לפיצוי, הוא זכאי לפיצוי זה גם אם מחה הזוכה. ראה דברינו על סעיף 5(א), הערות 58-60.

[8] עיין שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן לט, ולהלן פרק שלישי, עמ' 154. יש לציין, שסעיף 5(א) מחייב את הזוכה בתשלום למציל, וגם אם פעל להצלת חייו, רק אם הייתה פעולתו "בתום לב ובסבירות". וראה דברינו על סעיף 5(א), ליד ציוני הערות 18-23.

[9] **ההבדל המעשי בין זוכה שהתנגד לזוכה שהייתה לו סיבה סבירה להתנגד הוא, שבמקרה הראשון המציל ער** להתנגדותו של הזוכה, ובמקרה השני ההתנגדות אינה ידועה לו. אם לא מחה הזוכה לפני המציל, אך התנגדותו ידועה לו, דינו כמי שהתנגד הזוכה לפניו.

התוספות[10] פוטרים זוכה, שהתנגד להצלת רכושו, מכל פיצוי למזכה. מציל זה אינו זכאי אפילו לשכר ראוי לפעולתו, וזאת גם אם הנזקים וההוצאות שהוציא גדולים משכר זה. מהו הנימוק לדין זה? הרי סוף סוף זיכה המציל את המזכה בהנאה מסוימת. לדעת התוספות, אין בפעולת הצלה משום הגעת הנאה לידי הזוכה. אולם עובדה זו לבדה אין בה די כדי להגדיר את המציל כ"מבריח ארי"; מזכה שלא זיכה את הזוכה בהנאה ישירה, מוגדר כ"מבריח ארי", ושוללים ממנו כל פיצוי, רק אם פעל "מדעתו"[11]. זאת הסיבה, לדוגמה, להלכה שהפורע חובו של חברו אינו זכאי לכל תשלום, משום שפעל מדעתו. לעומתו, המציל רכוש חברו, לא פעל מדעתו, אלא פעל על דעת התורה. לדעת התוספות, זהו ההבדל היחיד בין פורע חובו של חברו, שאינו זכאי לפיצוי, לבין מציל רכוש חברו; האחרון מקיים מצוות השבת אבדה, ומסיבה זו בלבד הוא אינו נחשב כ"מבריח ארי"[12]. מהאמור לעיל עולה, שכאשר המציל אינו מקיים מצוות השבת אבדה בפעולתו, אין לראות בהצלת הרכוש זכייה המחייבת את הזוכה בתשלום למזכה. הרכוש לא יצא מבעלותו של הזוכה, והזוכה היה "יכול להציל על ידי הדחק"[10]. הנימוקים שנקבע על פיהם, שהפורע חובו של חברו אינו זכאי לפיצוי, שוללים פיצוי גם מהמציל שהתנגד הזוכה לפעולתו. כשלא התנגד הזוכה, מניחים ש"ניחא ליה, שכל מי שיציל יטול שכר... כיון שאין יכול להציל אלא על ידי הדחק"[10]. על יסוד הנחה זו נקבע, שגם אם נכח הבעלים בשעת ההצלה, והמציל לא סיכם אתו מראש על פיצויו, יש בכל זאת בפעולת המציל משום קיום מצווה, ולכן הוא יזכה לשכר פעולתו עד גובה הפסדיו (הוצאותיו ונזקיו).

לדעת בעלי התוספות[10], הנחה זו קיימת "כל זמן שלא ימחה בידו", כלומר שלא התנגד לפעולת ההצלה; אך אם התנגד, לא יזכה המציל אף לשכר ראוי. גישה זו עומדת ביסוד תשובתו של אחד הפוסקים[13], הפוטר זוכה מפיצוי למציל עבור הוצאה, "שהתרה שלא יוציא", וביסוד דבריו של פוסק שני[14], הקובע שאם מדובר בנסיבות שהזוכה לא היה חייב על פי דין להסכים להצלה, אם מחה, אין הוא חייב לשלם. הסמ"ע[15] מפרש את השולחן ערוך על פי שיטת התוספות.

לעומת שיטת התוספות, הרמב"ן[16] סובר, שיש בפעולת ההצלה משום הגעת הנאה לידי הזוכה, וכך כותב הרמב"ן: "ולי נראה, דשכר פעולה – ממונא דמטי לידיה דבעל

[10] תוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ, בסוף הדיבור.

[11] בבא קמא נח ע"א.

[12] בבא קמא נח ע"א, וראה דברינו על סעיף 4, ליד ציון הערה 25. ראה: הפירוש הראשון, שמביא הרמב"ן בחידושיו לבבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין; וחידושי הרשב"א לבבא מציעא לא ע"ב, ד"ה כפועל.

[13] שו"ת דברי ריבות, סימן רצב.

[14] שו"ת בית יעקב, סימן קמח, המובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ד.

[15] סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ד. וזה לשון הסמ"ע: "מן הדין לא היה לו לזה ליתן שום דבר, כיון דבעל האבידה היה שם, ולא התנה עמו, יכול בעל האבידה להחנצל ולומר: 'אם לא ירדת מעצמך להציל, אני הייתי יורד להציל חמור שלי'; אלא שחז"ל אמרו דעת הבריות, דמסתמא ניחא ליה [=נוח לו] לבעל האבידה, שכל מי שיקדים להציל ממונו בכזה, יתנו לו שכר".

[16] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין. כשיטת הרמב"ן מסביר הר"ן בנדרים מא ע"ב, ד"ה אלא. וראה: גיליון הש"ס לנדרים מא ע"ב, הכותב כדברי התוספות. וראה: חזון איש, יורה דעה, סימן קמד, ס"ק ג, התומך ברעת הר"ן.

אבידה היא [=הוא הנאה ישירה שזכה בה בעל האבדה], דמי [=דומה] לפועל שעשה מלאכה בשל חברו שלא מדעתו, דאמרינן... נוטל מבעל הבית מה שנהנה. אבל פורע חובו של חברו וכיוצא בהם, דלא מטי לידיה דבעל הבית, אלא מחילת חובו של זה וסילוק נזקו ממנו, מבריח ארי מנכסי חברו הוא... פטור". "נתיבות המשפט"[17], שלא כסמ"ע, קובע הלכה כשיטת הרמב"ן: אם המציל היה יכול להסכים מראש עם הזוכה, ולא עשה כן, אין בפעולתו משום קיום מצווה "ואין לו רק [=אלא] דין יורד לנכסי חברו שלא ברשות, דאין לו רק הוצאה שיעור שבח"[18], כלומר זכותו לפיצוי היא כזכותו של כל מזכה ביזמתו. לשיטה זו, גם אם התנגד הזוכה לפעולת ההצלה, יזכה המציל בשכר פעולתו ככל מזכה אחר[19]. תשלום זה כולל גם פיצוי על כל ההוצאות שהיה נאלץ להוציא מציל אחר[20]. זאת, בדומה לכל מזכה ביזמתו, הזכאי לפיצוי גם אם מחה הזוכה, כל זמן שנהנה **מפעולתו**[21]. **שיטה זו, נתקבלה על ידי אחד הפוסקים**[22], **שחייב בתשובתו זוכה שהתנגד** לפעולת הצלה בתשלום שכר טרחתו של המציל: "היכא דהוי ודאי הנאה [=במקום שיש הנאה ודאית] לא איכפת לן [=לנו] במה שגילה הנהנה דעתו, שאינו רוצה לשלם לו", וגם בנסיבות אלו חייב לשלם למציל את שכרו. פוסק אחר[23] כותב: "דאפילו היה אחד [מוחה] בפירוש בחברו שלא להוציא עבורו" כספים לפדות אותו מן השבי, אף על פי שלא היה בסכנת נפשות, "אין להציל עצמו בממון חברו, אם לא שבאמת לא ניחא ולא איכפת ליה [=לא נוח לו ולא איכפת לו]".

לכל הדעות, לא יפוצה מזכה על הוצאותיו, ולא יזכה לשכר כלשהו עבור פעולה שלא הועילה, כשהתנגד הזוכה מראש לפעולה. כפי שראינו לעיל[24], גם אם לא התנגד, אך נכח בשעת ההצלה, ולא הסכים מראש לפצות את המזכה על פעולתו, לא יחויב בתשלום. המציל יכול היה לסכם אתו על כך מראש, ומשלא עשה כן, הוא נחשב כמי שוויתר על פיצוי, אם לא יצליח במשימתו.

[17] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג; נתיבות המשפט, סימן רסה, ס"ק א. מלשונו של נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג: "המציל את חברו מן ההפסד, לא הוי כפורע חובו... כיון שמחוייב הוא להציל... דעת שכינה איכא", נראה לכאורה, שהוא מפרש את ההבדל בין פורע חוב לבין מציל כשיטת התוספות. ההסבר הוא ש"נתיבות המשפט" זקוק לשני הטעמים: המציל זכאי לשכר פעולתו ככל מזכה ביזמתו, משום שהוא שונה מפורע חוב, שלא זיכה ישירות את הזוכה; המציל זכאי לפיצוי על נזקיו מעבר לשכר פעולתו, מכיוון שפעל על "דעת שכינה".

[18] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג.

[19] זאת ועוד: לשיטת הרמב"ן נראה, שייתכן שמציל שפעל על אף התנגדות הזוכה, יקבל פיצוי גבוה יותר ממציל שפעל מתוך הנחת הסכמה, בתנאים מסוימים. בדברינו על סעיף 5(א), ראינו שמי שמציל נכסי חברו, ואינו מסב לו נזק או הפסד, אינו זכאי לפיצוי עבור טרחתו. זאת, משום שהאדם אינו רשאי לתבוע שכר בעד קיום מצווה. אך אם פעל תוך התנגדות הזוכה, כך שלא קיים מצווה בפעולתו, נראה שלדעת הרמב"ן, יוכל לתבוע שכרו, בדומה לאדם אחר המזכה ביזמתו.

[20] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ד. זאת, לעומת מציל הזכאי להשבת הנזקים המיוחדים לו.

[21] ראה לעיל, הערה 6.

[22] תשובת פרי תבואה, סימן נח. דבריו מובאים בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ג.

[23] שו"ת יד אליהו, סימן עד.

[24] **בדברינו על סעיף 5(א)**, פרק רביעי, עמ' 136.

ב. זוכה שהייתה לו סיבה סבירה להתנגד[25]

סעיף 5(ג) פוטר את הזוכה מתשלום למציל רכושו, אם הייתה לו סיבה סבירה להתנגד לפעולת ההצלה. בתחילת הדיון על סעיף 5(א) ראינו, שסעיף 5(ג) מגדיר את דרישת הסבירות שבסעיף 5(א). אך, הייתכן שהחוק יגדיר פעולת הצלה כבלתי סבירה, וישלול מהמציל כל פיצוי, גם כשלא ידע, ולא יכול היה לדעת, שהייתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפעולתו? ניתן להניח, שהמחוקק לא התכוון לשלול פיצוי ממציל שפעל להצלת רכוש חברו, אלא שעה שהיה עליו לדעת, שיש לזוכה "סיבה סבירה להתנגד" לפעולתו. במלים אחרות, החוק שולל פיצוי ממציל רכוש בשני תנאים: כשידע שהזוכה אינו מעוניין בהצלה; או כאשר לא נועץ בזוכה תחילה, אף על פי שנסיבות העניין אפשרו זאת. וכבר ראינו בסעיף 5(א), שמציל זה מוגדר, כמי שפעל שלא בסבירות. נשאלת השאלה: מתי חייב המציל להיוועץ בזוכה? לא ניתן לנתק את הדיון בחובה המוטלת על המציל להיוועץ בזוכה קודם פעולתו מהטיפול בשאלת כוחה של התנגדות הזוכה להצלה לשלול פיצוי מהמציל. כשהמציל זכאי לפיצוי מלא, גם אם פעל למרות התנגדותו של הזוכה, לא מוטלת עליו חובה לברר, אם הזוכה מתנגד לפעולתו.

כפי שראינו בדברינו לסעיף 5(א)[26], קביעת החוק, שהתנגדותו של הזוכה לעצם הפעולה להצלת חייו, אין בה כדי לשלול פיצוי מהמציל, פוטרת את המציל מהחובה לקבל את הסכמת הזוכה לעצם הפעולה לפני שיפעל, וגם בהיעדר הסכמה, תוגדר פעולתו כסבירה. לא כן בהצלת רכוש, שם התנגדותו של הזוכה שוללת מהמציל זכות לפיצוי, ומכאן חובתו להיוועץ בזוכה, לפני שיפעל, ומשלא עשה כן, פעל שלא בסבירות[27].

סעיף 5(ג), המבחין בין הצלת חיים להצלת רכוש, הוא המגדיר את היקפה של דרישת הסבירות שבסעיף 5(א), ועולה ממנו, שהצורך בהתייעצות מוקדמת להשגת הסכמתו של הזוכה לעצם הפעולה[28] מוגבל להצלת רכוש בלבד.

לשיטת התוספות[29] והסמ"ע[30], שראינו בפרק הקודם, אם פעל המציל בלא תיאום מוקדם עם הזוכה, אף על פי שהדבר היה אפשרי, וניתן להוכיח שהייתה לזוכה "סיבה סבירה להתנגד" לעצם פעולת המציל, לא יזכה המציל לפיצוי כלל. לשיטת הרמב"ן[31] ו"נתיבות המשפט"[32], יזכה בשכר פעולתו ככל אדם אחר המזכה ביזמתו[33]. אם לא הועילה פעולת ההצלה, לדעת הכול הוא אינו זכאי לפיצוי.

אם נאלץ המציל לפעול בלא תיאום מוקדם עם הזוכה, ולא הועילה פעולתו, יזכה לפיצוי[34], גם אם הייתה סיבה סבירה להתנגדות הזוכה לפעולתו. זאת, משום שקיים מצווה, ופעל על "דעת שכינה"[35].

[25] ראה לעיל, הערה 9.
[26] פרק שני, עמ' 118 ועמ' 121.
[27] לחריג לכלל זה, ראה דברינו על סעיף 5(א), ליד ציון הערה 127.
[28] אולם חובה עליו להיוועץ עם הזוכה קודם פעולתו, כדי לוודא שהתערבותו נחוצה להשגת ההצלה. עיין דברינו על סעיף 5(א), ליד ציון הערה 21.
[29] תוספות, בבא קמא נח ע"א, ד"ה א"נ.
[30] סמ"ע, חו"מ, סימן רסה, ס"ק ד.
[31] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ל ע"ב, ד"ה מתניתין.
[32] נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ג; נתיבות המשפט, סימן רסה, ס"ק א.
[33] עיין דברינו בפרק הקודם.
[34] על גובה הפיצוי, ראה דברינו על סעיף 5(א), פרק רביעי, עמ' 136.
[35] נתיבות המשפט, סימן קכח, ס"ק ג.

פרק שלישי

התנגדות לשמירת חיים

הסעיף מבחין בין שמירת חייו, שלמות גופו או בריאותו של הניצול לבין שמירת ערכים אחרים. סעיף 5(ג) אינו פוטר את הזוכה מפיצוי מלא למי שפעל לשמירת חייו, אף אם התנגד, או שהייתה לו סיבה סבירה להתנגדות לפעולה זו. בעיקרון החוק תואם את המשפט העברי הקובע, שאין משמעות להתנגדותו של אדם לשמירה על חייו, ובלשון מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג: "אפילו היה עומד וצווח: אל תפדוני, אין שומעין לו, ופודין אותו בעל כרחו משלו [=על חשבונו]"[36].

היסוד שאדם חייב להציל את חיי חברו, אף כשחברו מתנגד להצלה זו בטענה שהוא מעדיף למות או להסתכן, מוזכר בדברי הרדב"ז על הרמב"ם[37]: "אין נפשו של אדם קנינו, אלא קנין הקב"ה, שנאמר: 'הנפשות לי הנה' [יחזקאל יח, ד]", ובדברי בעל התניא בשולחן ערוך[38]: "אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו". מכאן שאין לאדם זכות לוותר על חייו ולהתנגד להצלתם, ולכן, המציל קיים מצווה בפעולתו, גם אם מחה הזוכה. המציל זכאי לפיצויים שנקבעו בהלכה למזכה שקיים מצווה בשמירת ערכי חברו.

אכן יש לחייב את הזוכה בתשלום גם מטעם נוסף: הזוכה היה חייב להציל את עצמו מסכנת נפשות, ובפעולתו מילא המציל את חיובו של הזוכה, חיוב שלא סבל דיחוי. על פי הכללים שראינו בדברינו על סעיף 4[39] ועל סעיף 5(א)[40], מזכה שקיים את חיובו הדחוף של חברו, זכאי לפיצוי מלא על הוצאותיו ההכרחיות, ועל הנזקים שהיו כרוכים במילוי החיוב. מטעם זה, מזכה שהציל את חיי מי שניסה להתאבד, זכאי לפיצוי, אף על פי שלדעת מספר פוסקים, אין מצווה להציל מתאבד[41].

---

[36] שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן לט. סכנת נפשות כוללת גם את מובנה הרוחני. לכן, אם אדם עומד בסכנה, שיכריחו אותו להמיר את דתו, מצילים אותו למרות מחאותיו, וגובים ממנו פיצוי בעד הפעולה. ראה: מרדכי, בבא קמא, פרק ו, סימן נט, בשם מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג; שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן רד; שו"ת בית יעקב, סימן קמח.

[37] רדב"ז, הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו.

[38] שולחן ערוך הרב, חו"מ, הלכות נזקי גוף ונפש, סעיף ד. מקורות אלה מובאים בספרו של הרב ש' זוין, לאור ההלכה, עמ' שיח בפרק: משפט שיילוק לפי ההלכה.

[39] פרק שלישי, עמ' 107.

[40] פרק שני, עמ' 124.

[41] יש פוסקים הקובעים, שאין אדם חייב להציל את חברו מסכנת נפשות שנכנס לתוכה הלה במזיד: הר"ן לכתובות סו ע"ב (כט ע"ב בדפי הרי"ף); וראה ספר המצוות לר' סעדיה גאון, מצווה כה, בביאור הר"י פרלא, שאדם "שיש לו [כסף], ואינו רוצה להתפרנס משלו, אלא משל צדקה... אין נזקקין, ואם ימות – ימות". ברוח זו כותב בעל "מנחת חינוך" (קומץ מנחה, סימן רלז): "דאם אחד מאבד עצמו לדעת, ויכול אחד להצילו, אפשר דאינו מוזהר על הלאו של 'לא תעמוד על דם רעך'". וראה ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנג, סעיף יז, החולק על הר"ן.

אמנם השולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנב, סעיף ו (על יסוד גיטין מו ע"ב) כותב, שפודים את מי שמכר את עצמו לעבדות, והוא נמצא בסכנת נפשות, אפילו אם בעבר, לאחר שפדו אותו, נהג לחזור ולמכור את עצמו. אולם אם מכר את עצמו ביודעין להריגה, עבור כסף, דעתו של ים של שלמה, גיטין, פרק ד, סימן עב, היא, שאין חייבים לפדותו, "דאם לא כן, כל אחד היה מוכר עצמו ללודאי [=קניבאלים], והיו מצווים לפדותו". ייתכן שגם פוסקים אלה מסכימים, שמצווה להציל חייו של אדם שנקלע לסכנת נפשות שלא במזיד, גם אם

nevo.co.il

התנגדותו של הזוכה היא חסרת משמעות, רק אם הוא מתנגד להוציא הוצאות הכרחיות, ומעדיף לקפח חייו או להסתכן בקיפוח חייו. אם ידוע לו, שיינצל בפחות הוצאות בלא התערבות המציל, ועל כן הוא מתנגד, הדין שונה. כפי שראינו בדברינו על סעיף 5(א)[42], גם אם פעל המציל לשמירת חייו של הזוכה, אם היה יכול להיוועץ מראש בזוכה, בלי לסכן את הצלחת פעולתו, ולא עשה כן, לא יזכה בתשלום הגבוה מהנאתו הסובייקטיבית של הזוכה. כלומר, אם יוכיח הזוכה, שהיה מסוגל להציל את חייו בפחות הוצאות בלא פעולת המציל, ישלם למציל רק את מה שהיה נאלץ להוציא בלא פעולתו[43].

פרק רביעי

התנגדות לשמירת בריאות

מדברי הפוסקים היה מקום להסיק, שאין משמעות לסירוב הזוכה לקבל עזרה, רק אם הסכנה, שהוא נתון בה, היא סכנת נפשות: "ועושין כל הצריך לפיקוח נפש כנגד רצונו של חולה... וכל אדם מוזהר על כך: 'לא תעמוד על דם רעך', ואין הדבר תלוי בדעתו של חולה, ואינו נתון ברשותו לאבד עצמו"[44]. "וכיון דאיכא סכנת נפשו לא מהני [=לא מועילה] מחאתו"[45]. אולם נראה, שאדם חייב לקבל עזרה גם ממי שרוצה להציל אותו מפגיעה בריאותית, כל עוד לא מקובל, שאנשים שרמתם הכלכלית דומה, דוחים טיפול בבעיה זו מסיבות כלכליות. מי שמציל אותו מפגיעה כזו, יזכה לפיצוי, על אף התנגדותו של הזוכה. המרדכי[46] כותב, שמי שהוא עשיר וקמצן, ואינו רוצה להוציא את כספיו למחייתו, ואחרים מאכילים אותו בעל כורחו, גובים את הפיצוי מרכושו[47]: "דבשביל המזונות לוקחין ממנו בעל כרחו... ואף על פי שהוא אוכל ושותה, אף [=אלא] שהוא מסגף את עצמו, וחייו חיי צער". דין מי שהאכיל עשיר הוא כדין מי שהציל את חברו מפגם משפחה[48]. מכיוון שעל פי דין, מוטל על הזוכה להציל את עצמו, מי שהציל אותו, זכאי לדרוש ממנו פיצוי. הפיצוי הוא בגובה הוצאותיו, אף אם הוכיח הזוכה, בסרובו לשלם בעצמו בעד האוכל, שהנאתו הסובייקטיבית קטנה יותר[49].

בשעת ההצלה הוא מתנגד להצלתו. לפוסקים אלה, יזכה מי שהציל מתאבד בפיצוי גדול יותר ממי שהציל כל אדם אחר. עיין דברינו על סעיף 5(א), הערה 59.

[42] ליד ציוני הערות 18־23.

[43] רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

[44] מור וקציעה, סימן שכח, על מגן אברהם, ס"ק ו.

[45] שו"ת בית יעקב, סימן קמח.

[46] מרדכי, **בבא קמא**, פרק ו, סימן נט.

[47] המרדכי, הדן בפיצוי המגיע למציל ולא בחובתו להציל, אינו חולק על הר"ן הדן בחובה להציל (הערה 41 לעיל). אמנם המרדכי מביא ראיה לדבריו מהדעה הנזכרת בכתובות סז ע"ב: "יש לו ואינו רוצה להתפרנס, נותנין לו לשום מתנה, וחוזרין ונפרעין ממנו", אך נפסק להלכה: "אין נזקקין לו". העובדה שאין חובה להציל אינה גורעת, במקרה זה, מזכותו של המציל לפיצוי. וראה: רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה ט, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנג, סעיף י.

[48] ראה לעיל, הערה 7.

[49] ראה דברינו על סעיף 4, פרק שלישי, עמ' 107, ועל סעיף 5(א), פרק שני, עמ' 124.

nevo.co.il

היסוד לדברי המרדכי הוא, שאסור לאדם לסגף את עצמו כדי להרוויח ממון[50]. אולם אדם אינו חייב להוציא את כל כספו על כל דבר שהוא מתאווה לו, וההימנעות אינה מוגדרת כסיגוף, שאם לא כן, לא יישאר לו כסף לדברים הנחוצים לו[51]. ולא זו בלבד, אלא מותר לאדם להיות בצער לצורך פרנסתו[52]. נראה אפוא, שהמבחן, שניתן לקבוע לפיו, אם אדם חייב להוציא ממון כדי להימנע מפגיעה בריאותית אם לאו הוא: האם אדם סביר, הנמצא במצבו, היה סובל פגיעה כזו כדי להימנע מהוצאות הכרוכות ברפואתו[53].

פרק חמישי

סיכום בעניין המזכה ביזמתו שבסעיפים 4 ו־5

סעיפים 4 ו־5 דנים במקרים מיוחדים של זכייה ביזמת המזכה[54]. בעקבות המשפט העברי, ראה החוק צורך לקבוע למקרים אלה כללים התורגים מהוראת סעיף 1.

המיוחד בנושא הנידון בסעיף 4 הוא, שהפורע חובו של חברו, לא זיכה אותו אלא בעקיפין; הזוכה לא נהנה מפעולת המזכה ישירות. הכלל שקבע המשפט העברי הוא, שהפורע אינו זכאי לפיצוי[55]. הפורע מוגדר כ"מבריח ארי"[56], היינו כמי שהתערב בענייני זולתו בלא שהיה מצווה לעשות כן, ובלא לזכות את חברו בהנאה ישירה.

המיוחד בנושא הנידון בסעיף 5 הוא, שהמזכה קיים מצווה בפעולתו – מצוות השבת אבדה, או מצוות "לא תעמד על דם רעך". הכלל שקבע המשפט העברי הוא, שאם פעל המציל, בלא שהייתה לו אפשרות לסכם מראש עם הזוכה על פיצוי, הוא יזכה לפיצוי עבור כל הוצאותיו וכל נזקיו שהיו צפויים בשעת הפעולה. הוא יזכה בפיצוי זה בין הוא גבוה משווי הפעולה ובין הוא פחות משווי הפעולה. אם לא הצליחה פעולתו להציל את ערכי חברו, או שפעל בלא סיכום מוקדם עם הזוכה, אף שהדבר היה ניתן, יהיה פיצויו קטן יותר[57].

ניתן לראות בפורע חוב הזולת ובמציל שני קטבים של ציר אחד, שהמשותף להם הוא זכייה ביזמת המזכה, והמפריד ביניהם הוא צדקת התערבותו של המזכה בעניינים שאינם נוגעים לו. כפי שראינו בדברינו על סעיף 1(ב)[58], אם קיבל הזוכה זכייה מהמזכה, המשפט העברי והחוק מחייבים אותו בהשבתה למזכה, גם אם היא באה ביזמת המזכה. אולם

[50] תענית יא ע"א; בבא קמא צא ע"ב; רמב"ם, הלכות דעות, פרק ג, הלכה א; תשובות הרשב"א, חלק א, סימן תלא; שו"ת הר"י מיגאש, סימן קפו. וראה לעיל, הערה 38, דברי שולחן ערוך הרב, הכותב: "אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו".

[51] שו"ת איגרות משה, חו"מ, סימן קג.

[52] שו"ת רב פעלים, חלק ד, יורה דעה, סימן א; בתשובות הרשב"ש, סימן קע, נקבע שמצווה על אדם לפרנס את עצמו, ו"הרווחה ומזונות דבר מצוה היא".

[53] בדומה לדברינו על סעיף 5(א), שם ראינו, שמותר לאדם להסתכן בסכנה "מקובלת", לצורך מחייתו.

[54] למעט סעיף 5(ב).

[55] לחריגים, ראה דברינו על סעיף 4, פרק חמישי, עמ' 108.

[56] ראה דברינו על סעיף 4, ליד ציון הערה 12.

[57] ראה דברינו על סעיף 5(א), פרק שני, עמ' 118, ופרק רביעי, עמ' 129, ועמ' 136.

[58] פרק שני, עמ' 37.

זוכה שקיבל את הזכייה מהמזכה בעקיפין, פטור מכל תשלום, אם התערבות המזכה לא הייתה מחויבת, או לא מוצדקת (דין פורע חוב); אם הייתה מצווה להתערב לטובת הזוכה, יפוצה המזכה גם מעבר לשווי זכייתו של הזוכה (דין המציל)[59].

בסעיפים אלה, אימץ החוק את גישת המשפט העברי כמעט בשלמות. בסעיף 4 הוא מבחין בין מי שפרע חובו של הזולת לבין אדם אחר המזכה ביזמתו, בקבעו כלל: "מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה". זאת לעומת קביעתו בסעיף 1(ב), המחייבת את הזוכה בהשבת זכייתו, או בתשלום תמורתה למזכה ביזמתו: "אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה, או בדרך אחרת". מה ראה החוק להפחית מזכויותיו של הפורע להשבה לעומת אדם אחר המזכה ביזמתו? אין ספק, שמקור הסעיף הוא המשפט העברי. הסעיף מחייב את הזוכה בהשבה לפורע, רק "אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפירעון החוב". גישתו של המשפט העברי היא, שיש "סיבה סבירה להתנגד", דהיינו לסרב לפצות את הפורע, כל עוד לא פעל המזכה בפירעון זה להגנת אינטרסים שלו, שיש בהם כדי להצדיק את התערבותו.

גם בסעיף 5, הלך החוק בעקבות המשפט העברי, בזכותו את המציל בפיצוי העשוי להיות גבוה משווי זכייתו של הזוכה. אמנם החוק שונה מהמשפט העברי בשתי נקודות: הוא אינו מבחין, לעניין פיצוי המציל על נזקיו, בין פעולה שהצליחה לבין פעולה שלא הצליחה; אין הוא מבחין בין נזקים של המזכה, שהיו צפויים מראש, לבין נזקים אחרים. אך החוק, המבחין בין החזר הוצאותיו של המציל לבין פיצוי על נזקיו, ומזייב את הזוכה בתשלום האחרון רק על פי שיקול דעתו של בית המשפט, פותח פתח להחלת עקרונות המשפט העברי אף בשאלת פיצוי המציל על נזקיו.

ציינו בדברינו על סעיף 5(ג)[60], שהבחנת החוק בסעיף זה בין התנגדות להצלת רכוש לבין התנגדות להצלת נפשות מושתתת על עקרון יסוד במשפט העברי, שאין לאדם בעלות על חייו.

לשון החוק בסעיף 5(ג), הפוטרת את הזוכה שהתנגד להצלת רכושו מ"חובת שיפוי או פיצוי לפי סעיף זה", רומזת לכך שיש לחייבו בתשלום למזכה על פי כללי סעיף 1(ב). ראינו[61] ששאלה מקבילה במשפט העברי היא נושא לחילוקי דעות בין הפוסקים.

[59] ראה דברינו על סעיף 5(א), פרק רביעי, עמ' 133, וסעיף 5(ג), שציינו בהם את הבדלי השיטות בשאלה: האם המציל זכאי לפיצוי ככל מזכה ביזמתו, גם כשאינו זכאי לפיצוי מיוחד כמציל?

[60] פרק ראשון, עמ' 149.

[61] בדברינו על סעיף 5(ג), ליד ציון הערות 10־23, וכן, שם, ליד ציון הערות 29־33.

nevo.co.il

בנייה ונטיעה
במקרקעי הזולת

בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת

בירת בעל המקרקעין

21. (א) הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן — הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הבירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן — המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעים לקדמותם.

(ב) בחר בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו, עליו לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם או את שוויים בשעת השימוש בבירה לפי סעיף קטן (א), לפי הפחות יותר.

(ג) דרש בעל המקרקעין סילוק המחוברים והמקים לא סילקם תוך זמן סביר, רשאי בעל המקרקעין לסלקם על חשבון המקים.

(ד) סולקו המחוברים, יעבור מה שסולק לבעלותו של המקים; סילקם בעל המקרקעין, רשאי הוא להיפרע מהם על חשבון המגיע לו בעד הסילוק.

ביצוע הבירה

22. לא בחר בעל המקרקעין באחת הדרכים האמורות בסעיף 21(א) תוך ששה חדשים לאחר שקיבל מהמקים דרישה בכתב לבחור, יראו אותו כמי שבחר לקיים את המחוברים בידו.

זכות המקים לרכישת המקרקעין

23. (א) הוקמו המחוברים במקרקעין לא־מוסדרים, זכאי המקים לרכוש את המקרקעין במחיר שווים בלי המחוברים, בשעת תשלום המחיר, אם נתמלאו שלושה אלה:

(1) המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעים;

(2) הסכום שהשקיע המקים במחוברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעים בלי המחוברים באותה שעה;

(3) רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שוויים כדי לפצותו עליו.

(ב) ההוצאות הקשורות ברכישת המקרקעין לפי סעיף זה — לרבות כל מס, אגרה ותשלום חובה אחר המשתלמים אגב העברת מקרקעין, אך למעט תשלום המגיע בעד תקופה שלפני הקמת המחוברים — יחולו, על אף האמור בכל דין, על המקים.

(ג) זכויות המקים לפי סעיף זה עדיפות על זכויות בעל המקרקעין לפי סעיף 21.

nevo.co.il

תשלום בעד שימוש

24. בית המשפט ראשי, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין, לחייב את המקים לשלם לבעל המקרקעין שכר ראוי בעד התקופה שבה החזיק המקים במחוברים שלא כדין.

תנאי תשלום

25. בית המשפט רשאי להתיר לבעל המקרקעין לשלם למקים את השקעתו או את שווי המחוברים בשיעורים ובתנאים שיקבע בית המשפט, לרבות ריבית והבטחת התשלום; והוא הדין בסכומים המגיעים לבעל המקרקעים לפי סעיפים 23 או 24.

קיזוז

26. חובות שבעל המקרקעין והמקים חבים זה לזה לפי פרק זה ניתנים לקיזוז.

התוכן

מבוא 163

סעיף 21(א): הבררה 164

א. המקים — "הקים אדם" 164

ב. המחוברים — "מבנה או... נטיעות" 166

ג. היעדר זכות שבדין — "בלי שהיה זכאי לכך על פי דין" 167

ד. בררת הסילוק — "הברירה בידי בעל המקרקעין" 168

1. מבוא 168

2. בררת בעל המקרקעין 168

3. בררת המקים 170

ה. סיכום 173

סעיף 21(ב): התשלום 173

א. מבוא 173

1. סוגי התשלומים 173

2. העיקרון המנחה 176

ב. גובה התשלום 177

ג. סיכום 180

סעיף 21(ג): סילוק על חשבון המקים 181

סעיף 21(ד): הבעלות במחוברים שסולקו 182

סעיף 22: ביצוע הבררה 182

סעיף 23: זכות המקים לרכישת המקרקעין 183

סעיף 24: תשלום בעד שימוש 184

סעיף 25: תנאי התשלום 185

סעיף 26: קיזוז 186

nevo.co.il

מבוא

פרק ד לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, עוסק במי שבנה או נטע במקרקעי הזולת (בלשון החוק – "מקים מחוברים"), בלא שהיה זכאי לכך על פי דין, או על פי הסכם עם בעל המקרקעין.

על פי החוק, הכלל הוא, שהבררה בידי בעל המקרקעין: רצה, דורש מן המקים, שיסלק את המחוברים, ויחזיר את המקרקעין לקדמותם; רצה, מקיים את המחוברים בידו, ומשלם למקים את השקעתו (חומרים ושכר עבודה), או את שווי המחוברים, הכול לפי הפחות (סעיף 21(ב)).

במשפט העברי ידועה סוגיה זו כדין "היורד לשדה חברו ונטעה [או זרעה, או בנאה] שלא ברשות"[1]. עקרונית יש דמיון בין ההסדר על פי חוק המקרקעין ובין הלכות המשפט העברי בסוגיה זו. השאיפה בחוק היא: "לאזן במידת האפשר את זכות הבעלים על הקרקע והמחוברים בה, ואת חובת הבעלים שלא להתעשר על חשבון הזולת"[2]. איזון זה מונח גם ביסוד ההלכה במשפט העברי.

עם זאת, יש הבדל יסודי בין שתי השיטות בגישתן לנושא. הבדל זה נובע מן השוני בגישה לבעלות על המחוברים בחוק ובמשפט העברי. על פי החוק: "הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע... ואין נפקא מינה אם המחוברים ניבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר"[3]. החוק, המעניק לבעל המקרקעין את הזכות לסלק את המחוברים, עושה כן אף על פי שהמחוברים הם בבעלותו המלאה. כלומר, בעל המקרקעין רשאי לתבוע את סילוק המחוברים שלו, ממי שהקימם בלא רשותו[4]. כמו כן, אם בעל המקרקעין בוחר להשאיר את המחוברים, החוק מחייב אותו בתשלום שוויים של המחוברים בשעת השימוש בבררה או בתשלום השקעותיו של המקים בשעת הקמתם. כלומר, שעת ההקמה אינה מכריעה תמיד, זאת על אף העובדה, שעל פי החוק, שעת הרכישה היא שעת ההקמה, ולא שעת השימוש בבררה. מסתבר אפוא, שקביעת החוק נגזרת משיקולים של מדיניות משפטית – שיקולי "צדק", והרצון למנוע התערבות ברכושו של הזולת – ולא משיקולים משפטיים, שכן מבחינה משפטית, בעל המקרקעין הוא גם בעל המחוברים; ואילולי ההסדר

[1] בבא מציעא קא ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א.

[2] ע.א. 596/76, 557, בישור בע"מ נגד טאובה ואח', פ"ד לב(3) 713, בעמ' 717 ג, מפי השופט ח' כהן.

[3] סעיף 12 לחוק המקרקעין.

[4] מכאן הצורך שראה המחוקק בסעיף 21(ג), המעניק לבעל המקרקעין זכות לסלק את המחוברים על חשבון המקים. זכות זו אינה כלולה בסעיפים 17-18, שהחוק קובע בהם את זכויותיו של בעל המקרקעין לסלק הפרעה לשימושו במקרקעין. ראה בהרחבה, להלן, הערה 115.

nevo.co.il

המיוחד של הסעיף, הוא לא היה יכול לתבוע מהמקים לסלקם, והשעה המכריעה לקביעת התשלום תמורתם, הייתה תמיד שעת ההקמה.

לעומת החוק, לפי המשפט העברי, המקרקעין יכולים להיות של ראובן, והאילן הנטוע בהן או הבית הבנוי עליהן של שמעון, וכן יכול להיות, שהבית שייך לאחד, והעלייה הבנויה על גביו לאחר. בהמשך דיוננו נראה, שקביעותיו של המשפט העברי בסוגיית "היורד לשדה חברו" נגזרות משיקולים משפטיים, הנובעים מזכויות בעל המקרקעין והמקים בקרקע ובמחוברים, וכן מדיני הנזיקין.

שיקולים אלה הם המנחים את המשפט העברי בבואו להבחין בין שדה העשויה ליטע ובניין המועיל והראוי להיבנות כמנהג אותו מקום, לבין שדה שאינה עשויה ליטע ובניין שאינו מועיל וראוי, כאמור[5].

שיקולים אלה עומדים גם ברקע הבחנות נוספות, המיוסדות על בחינת כוונותיו של המקים בשעת ההקמה. דינו של מי שהתכוון לגזול את המקרקעין אינו כדין מי שפעל לטובת בעל המקרקעין, ודינו של זה אינו כדינו של מי שטעה וסבר, שהקרקע שלו, ובנה עליה, או נטעה (כגון: יורש שלא ידע בקיומו של יורש אחר; או קונה בתום לב, שהוברר למפרע, שלא קנה; או טעות במדידה, וכיו"ב). הבחנות אלו הן חשובות, הן לעניין זכות הבררה והן לקביעת התשלום שיחויב בו בעל המקרקעין, אם בחר לקיים את המחוברים.

בהמשך נפרט את השלכותיהן של הבחנות אלו, ונראה שהמשפט העברי מציג גישה עקבית, שתוכל להנחות את בתי המשפט בבואם לעסוק במלאכת הפרשנות של סעיפי החוק.

הדיון להלן מהווה פיתוח ופירוט של העקרונות שנקבעו בסוגיה זו, בדיוננו על סעיף 1(ב) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, כשעסקנו שם בזכייה ביזמת המזכה. אכן, הקמת מחוברים בקרקע הזולת, אינה אלא אופן מיוחד של "מזכה".

סעיף 21(א)

הבררה

א. המקים — "הקים אדם"

חוק המקרקעין אינו מתייחס למניעיו של המקים כלל. דין אחד לכל מקים, יהיו מניעיו אשר יהיו. לעומת זאת, המשפט העברי רואה חשיבות רבה בשאלת המניע. לדוגמה, דינו של מי שפלש לקרקע חברו, והקים עליה בניין במטרה לגזול ממנו את רכושו, שונה מדין מי שפעל לתועלת בעל המקרקעין, או מדין מי שהקים את המחוברים בחשבו בתום לב, שהקרקע שלו.

עקרונית, השאלה הבסיסית שיש לענות עליה היא: האם הייתה כוונת המקים לפעול לתועלת בעל המקרקעין, מתוך כוונה לקבל תמורה עבור פעולתו? או שמא, המקים לא

[5] בבא מציעא קא ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א.

התכוון להועיל לבעל המקרקעין כלל[6]? לשאלה זו יש חשיבות רבה לעניין זכות הבררה של המקים; כשכוונת המקים להועיל לבעל המקרקעין, הוא אינו יכול לסלק את המחוברים בלא הסכמת הבעלים. מאידך גיסא, אם לא פעל המקים לתועלת בעל המקרקעין, ולא מתוך כוונה להעביר אליו את הבעלות על המחוברים, בעל המקרקעין לא היה יכול לרכוש את הבעלות על המחוברים, ולכן, מבחינה זו, בעל המקרקעין והמקים יכולים, כל אחד, לדרוש את סילוק המחוברים[7].

במשפט העברי יש התייחסות לשישה סוגי מקימים[8], שלעניין כוונת המקים, אפשר לחלק אותם לשתי קבוצות:

א. המקים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין.

(1) המקים נטע או בנה מתוך כוונה להועיל לבעל המקרקעין[9].

(2) המקים רכש את המקרקעין, והקים עליהם את המחוברים בתום לב, ולאחר מכן התבטלה העסקה למפרע. כאן, קיימת הנחה, שהתכוון המקים, שאם תתבטל העסקה, הקמת המחוברים היא לתועלת בעל המקרקעין – המוכר[10]. הנחה זו מיוסדת על העובדה, שעל פי דיני המכר, המוכר חייב לשלם לרוכש את מלוא שווי המחוברים שיָקים, אם תתבטל העסקה. היות ומובטח פיצוי מלא למקים, ברור שכוונתו להשאיר את המחוברים לתועלת המוכר, אם תתבטל העסקה[11].

(3) המקים רכש את המקרקעין, והקים עליהם את המחוברים בתום לב, אך לאחר מכן התברר, שהמקרקעין גזולים, והוא נאלץ להשיבם לבעלים. במקרה זה, כמו במקרה הקודם, מניחים שהתכוון המקים להעביר את המחוברים לבעל המקרקעין, אם יתברר שהקרקע גזולה[12]. גם כאן, הנחה זו מיוסדת על העובדה, שעל פי דיני המכר, המוכר חייב לשלם לרוכש את מלוא שווי המחוברים שיָקים, אם יתברר שהמקרקעין גזולים. היות ולמקים מובטח פיצוי מלא, ברור שכוונתו להשאיר את המחוברים לתועלת מי שהוא בעל המקרקעין.

---

[6] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כ"ב ע"ב בדפי הרי"ף; בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג; ש"ך, חו"מ, סימן שצא, ס"ק ב: "שמתכוון להשביח"; נתיבות המשפט, סימן יז, ס"ק א; שם, סימן קה, ס"ק ו; שם, סימן קנח, ס"ק ח; שם, סימן קסד, ס"ק יא; שם, סימן רלו, ס"ק ז.

[7] בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח.

[8] לא כללנו ברשימה זו את דינו של מי שהקים מחוברים על מקרקעין משועבדים שרכש, על אף הרחבת הדיון בשאלה זו במשפט העברי (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קטו). זאת, משום שבשעת הקמת המחוברים הם הוקמו על המקרקעין של המקים, ולא במקרקעי הזולת (נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד; לעניין אפותיקי נחלקו הפוסקים. וראה: ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק כו).

[9] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה.

[10] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יד; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות הטור, אות י. שו"ת מהר"א ששון (תורת אמת), סימן קיז, מובא בנתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק טז. לדינו של מי שהקים מחוברים במקרקעין החוזרים ביובל, עיין ברמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק יא, הלכה ח.

[11] ראה להלן, הערה 12.

[12] כך ניתן להסיק מדברי נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד, הכותב שהמקים מחוברים על מקרקעין משועבדים, רשאי לסלקם, מכיוון שהמקרקעין היו שלו בשעת הקמתם. מכאן, שהמקים מחוברים על מקרקעין גזולים (וכן המקים על מקרקעין שרכש, ולאחר מכן התבטלה העסקה), אינו רשאי לסלקם, מכיוון שבשעה זו הם של הבעלים. מסקנה זו ניתן להבינה רק אם מניחים, שבמקרים אלה, המקים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין.

nevo.co.il

ב. המקים לא פעל לתועלת בעל המקרקעין[13].
(1) המקים הוא גזלן קרקעות[14].
(2) המקים הוא יורש, שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים[15].
(3) המקים טעה במדידותיו[16].

נציין כבר עתה, כי לשאלת כוונת המקים, יש חשיבות מכרעת לא רק לעניין הבררה, אלא גם לעניין גובה התשלום, במקרה של קיום המחוברים[17].

ב. המחוברים — "מבנה או... נטיעות"

החוק מתייחס לשני סוגי מחוברים, בניינים ונטיעות, אך ההסדר הקבוע בחוק אינו מבדיל ביניהם. במשפט העברי, בחינת סוגי המחוברים חשובה משום כמה טעמים ויש לה כמה פנים. כבר הזכרנו במבוא, שבמשפט העברי הבעלות על המחוברים אינה נגררת בהכרח אחר הבעלות על המקרקעין. מכאן נובע, שאפשר שגם המקים זכאי לסלק את המחוברים שלו מן המקרקעין. אולם, זכות זו אינה קיימת, אלא אם כן לא היה בהקמתם של המחוברים ובקיומם, וגם אין בסילוקם, משום נזק לבעל המקרקעין[18]. לדוגמה, נטיעות שכבר ינקו מהקרקע והכחישוה, אסור למקים לסלקן, בכל מקרה[19]. לעומת זאת, מבנים שאין להם יסודות התקועים בקרקע, ואשר סילוקם לא יגרום נזק לקרקע, דינם שונה[20]. זהו פן אחד.

הפן השני של בחינת המחוברים נוגע למידת ההתאמה בין המחוברים שהוקמו לבין המקרקעין שהוקמו עליהם המחוברים. מידת ההתאמה משפיעה גם היא על זכות הסילוק, הן

[13] דוגמה פשוטה למי שפעל שלא לתועלת בעל המקרקעין: מי שהקים מחוברים לשימושו הזמני במקרקעין של חברו. במקרה זה, המקים זכאי לסלקם, אף בלא אישור בעל המקרקעין. ראה: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח.

[14] שולחן ערוך, חו"מ, סמן שעב, סעיף ג.

[15] נתיבות המשפט, סימן רפז, ס"ק ו, כותב: "לא זכו היתומים בהאילנות והבנין, עד שיתוודע להם, וזכה להם חצרם". כך הוא מסיק מתוך השוואת דין יורש שנטע במקרקעי היתומים האחרים לדינו של בעל המקרקעין, הזוכה באבדה שנפלה לרשותו. מדבריו מוכח, שאין מניחים קיום כוונה להקנות את המחוברים בשעת הקמתם לבעל המקרקעין. דינו של היורש שטעה מוכא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז, סעיף ג. חוק המקרקעין מסדיר את הקמת המחוברים במקרקעין משותפים, בסעיפים 46-48 לחוק.

[16] רמ"א, חו"מ, סימן שס, סעיף א. להלן נראה, שדינו כדין גזלן.

[17] גם מקים, שנטע בשדה העשויה ליטע, לא יקבל יותר מהחזר הוצאותיו, אם לא התכוון להעביר את המחוברים לבעל המקרקעין תמורת תשלום מלא. ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב כדפי הרי"ף, וראה להלן, ליד ציון הערה 82.

[18] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמא.

[19] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב. הראב"ד, בהשגותיו על הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק י, הלכה ה, אוסר עקירת נטיעות בארץ ישראל, מטעם יישוב ארץ ישראל, גם אם שני הצדדים מסכימים לעקירתם. דעתו של הראב"ד לא נתקבלה להלכה, אף על פי שבטור חו"מ, סימן קעה, סעיף מג, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן קעה, סעיף כו, מובאת דעת הרא"ש (בבא מציעא, פרק ט, סימן לג), שיש בנטיעת עצים יותר יישוב ארץ ישראל מבהקמת בתים. הן בסוגיית בבא מציעא קא ע"ב, והן בדברי הראשונים, אין התייחסות לאיסור השחתת עצי פרי (דברים כ, יט); ועיין ט"ז, יורה דעה, סימן קיז, ס"ק ד, המסיק: "שכל שיש לו הנאה מרובה בהשחתה, אין כאן איסור בל תשחית". לכן, אם המקים רוצה להסיר את הנטיעות, משום שכדאי לו להסירם ולא למכרם לבעל המקרקעין בפחות משוויים, אין בהסרתם משום "בל תשחית".

[20] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו.

זו של המקים והן זו של בעל המקרקעין. נהוג לסווג את המחוברים לשלוש קבוצות, לפי מידת התאמתם למקרקעין:

א. מחוברים שאין בהקמתם משום ניצול יעיל של המקרקעין – היינו, שאינם מתאימים כלל[21].

ב. מחוברים שיש בהקמתם ניצול יעיל של המקרקעין, אלא שאינה הניצול הסביר היחיד – היינו, שיש התאמה אך היא אינה בלעדית[22].

ג. מחוברים שהקמתם היא הניצול הסביר היחיד של המקרקעין – היינו, יש התאמה מוחלטת ובלעדית[23]. לדוגמה, אם קיבל בעל מקרקעין אישור ממשלתי להקים במקרקעין בניין רק על פי תכנית מסוימת, תהיה הקמת הבניין, על פי תכנית זו, הניצול הסביר היחיד של המקרקעין.

נציין, שהבחנות אלו חשובות לא רק לעניין בררת הסילוק, אלא גם לעניין גובה התשלום שעל בעל המקרקעין לשלם למקים תמורת המחוברים, כאשר אין סילוק.

ג. היעדר זכות שבדין – "בלי שהיה זכאי לכך על פי דין"

עקרונית, גם לפי המשפט העברי, המקים מחוברים במקרקעי חברו, "בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם", אינו יכול לכפות על בעל המקרקעין את רכישת המחוברים שהקים. אולם, לפעמים רואים את המקים בלא זכות כאילו הקים במעין רשות הבעלים. לדוגמה, אדם שקנה מקרקעין מחברו, והקים עליהם מחוברים בתום לב[24], ולאחר מכן התברר, שבטלה המכירה למפרע, דינו כדין מי שהקים מחוברים במקרקעין של הזולת, ברשות בעל המקרקעין[25]. במקרה זה, בעל המקרקעין אינו זכאי לתבוע את סילוק המחוברים, מכיוון שלעניין זה, הקמתם כאילו הייתה ברשות[26]. הוא הדין גם ביורש שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים[27].

[21] ובלשון התלמוד, בבא מציעא קא ע"א: נטע "בשדה שאינה עשויה ליטע".

[22] ובלשון התלמוד, בבא מציעא קא ע"א: נטע "בשדה העשויה ליטע". מפרשי התלמוד והפוסקים קובעים, שבכגון זה, מתקבלת תביעת סילוק בעל המקרקעין, משום שלפעמים, בתום לב, הוא מעדיף ניצול פחות יעיל, "לפי שיכול לומר: לדידי ניחא לי טפי בשדה לבן". ראה: רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כב; בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף א; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק יג; נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. מכאן משמע, שהמקרה של הנוטע "בשדה העשויה ליטע", הוא מקרה שבו פעולת המקים לא הייתה הניצול הסביר היחיד של המקרקעין, ומכאן קבוצה שנייה זו.

[23] הרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג, קובע שבמקרה זה, אם יתבע בעל המקרקעין להסיר את המחוברים, "נדאי תואנה הוא מבקש", ומכאן קבוצה שלישית זו.

[24] הצורך "בתום לב" עולה מדברי כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות וטור, אות י', הקובע שיש לראות במקים מי שפעל ברשות, רק אם הוקמו המחוברים קודם שיצא קול ערעור, שהמקח בטל.

[25] ראה לעיל, ליד ציון הערה 10, שם דננו במקרה זה מההיבט של כוונת המקים. לעומת הדין כאן, יש לציין, שאם מדובר במקים שהקים מחוברים במקרקעין גזולים בטעות, אף שהמקים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין (ראה לעיל, ליד ציון הערה 12), לא רואים בו מי שפעל ברשות. ראה: ריצב"ש, המובא בשיטה מקובצת לבבא מציעא טו ע"א, ד"ה הא. כך עולה גם מלשון הסמ"ע, חו"מ, סימן שס, ס"ק ו. משום כך, במקרה מעין זה, בעל המקרקעין יהיה רשאי לתבוע את סילוק המחוברים, ראה הערה 26.

[26] בכל מקרה שאנו רואים בו את המקים כמי שפעל ברשות, אין זכות לבעל המקרקעין לתבוע את סילוק המחוברים. ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא טו ע"א, ד"ה תדע; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק א, ח ע"א בדפי הרי"ף, בשם הרמב"ן.

[27] במקרה זה דננו לעיל, ליד ציון הערה 15, מההיבט של כוונת המקים. נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב

ד. בררת הסילוק – "הברירה בידי בעל המקרקעין"

1. מבוא

לעיל ראינו, שעל פי המשפט העברי, בעל המקרקעין אינו האדם היחיד הזכאי לדרוש את סילוק המחוברים, ושלפעמים גם המקים רשאי לעשות זאת. ראינו גם, שבעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש את הסילוק תמיד, ושלפעמים הוא חייב לקיים את המחוברים. הצגנו את הגורמים השונים שיש להתחשב בהם בשאלת בררת הסילוק. גורמים אלה מסתכמים בארבע השאלות הבאות:

א. מה הייתה כוונת המקים בשעת ההקמה – האם פעל לתועלת בעל המקרקעין או לא?
ב. האם המקים נחשב כמי שפעל שלא ברשות? או שמא, הוא נחשב כמי שפעל ברשות?
ג. האם יש בהקמת המחוברים, בקיומם, או בסילוקם, משום נזק לבעל המקרקעין?
ד. מהי מידת התאמת המחוברים שהוקמו למקרקעין?

להלן נפרט את משמעותם המשפטית של גורמים אלה.

2. בררת בעל המקרקעין

בעיקרון עומדת לבעל המקרקעין זכות לרלק את המחוברים, "שאם לא כן, נמצא אדם כופה לעשות שדה וגינה חצר ובתים"[28]. אולם, כבר צוין במבוא, שלעומת החוק, המעניק בכל מקרה לבעל המקרקעין את הזכות הבלעדית לדרוש את סילוק המחוברים, במשפט העברי הדין מורכב יותר, ולפעמים בעל המקרקעין מנוע מלדרוש את סילוק המחוברים. זהו הדין כשמתקיים אחד משני התנאים האלה: הבעלות על המחוברים עברה לבעל המקרקעין עם הקמתם; המקים נחשב כמי שפעל ברשות. להלן נבאר מתי מתקיימים התנאים האמורים.

א. כאמור, בעל המקרקעין מנוע מלסלק את המחוברים, כשהמחוברים שהוקמו על אדמתו עברו לבעלותו עם הקמתם, שכן אם הוא בעל המחוברים, מאיזה נימוק ידרוש מהמקים לסלק את רכושו שלו? לאמיתו של דבר, מצב זה של רכישה אוטומאטית של המחוברים הוא נדיר, ואינו מתקיים אלא כשמתקיימים שלושת התנאים הבאים: המקים פעל לתועלת בעל המקרקעין מתוך כוונה להעביר אליו את הבעלות על המחוברים (זהו, כאמור לעיל, התנאי הראשון להעברת הבעלות מהמקים לבעל המקרקעין[29]); יש התאמה מוחלטת ובלעדית בין המחוברים שהוקמו למקרקעין; בעל המקרקעין יכול לשלם תמורת המחוברים "ללא קיפוח פרנסתו"[30].

משמעותם של שני התנאים האחרונים היא, שבעל המקרקעין היה יוזם בעצמו את הקמת המחוברים אילולי פעולת המקים, שכן המחוברים נחוצים לו, ויש לו היכולת הכספית לשלם

בדפי הרי"ף, מסביר: "כיון דאית ליה חלק בגוף הקרקע, חשבינן לזה כיורד ברשות". הסברו של המגיד משנה, הלכות נחלות, פרק ט, הלכה ד, הוא: "דשמא אם היה יודע, היה מחזיק בחלקו בלבד, ובשאר היה יורד כאריס". דינו של מקים שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים שהם קטנים, וכן דינו של מקים שידע על קיומו של יורש אחר, שלא בא ליטול את ירושתו, הוא שונה. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז.

[28] תלמידי הרשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

[29] שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח.

[30] רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג. נראה שיש לראות בחיוב בעל המקרקעין בתשלום משום "קיפוח פרנסתו", אם על פי סדר עדיפויות סביר, ייתכן שלא היה מקים מחוברים אלה, גם אם מבחינה כספית יש בידו היכולת להקימם. עיין דברינו להלן, על סעיף 22.

למקים בעדם. אם בעל המקרקעין תובע בכל זאת את סילוק המחוברים, "אז, ודאי תואנה הוא מבקש להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו"[31]. כאשר שלושת התנאים האלה מתקיימים, רואים את בעל המקרקעין כאילו ביקש להקים את המחוברים; המקים פעל לתועלת בעל המקרקעין ובכוונה להעביר את המחוברים לבעלותו[32]. התוצאה היא, שבעל המקרקעין רוכש את המחוברים מכוח מעין חוזה. אין צורך לומר, שבמקרה זה, גם המקים מנוע מלסלק את המחוברים שהקים[33].

ב. יש ובעל המקרקעין מנוע מלדרוש את סילוקם של המחוברים שהוקמו על אדמתו, אף על פי, שלא עברו המחוברים לבעלותו. זהו המצב כאשר המקים נחשב כמי שפעל ברשות.

כבר אמרנו לעיל, שדינו של המקים כדין מי שפעל ברשות בשני מקרים: המקים קנה את המקרקעין, והקים את המחוברים בתום לב, ולאחר מכן התבטלה העסקה[34]; המקים הוא יורש, שלא ידע על קיומם של יורשים נוספים בשעת הקמת המחוברים[35].

ג. "נתיבות המשפט" מגביל את זכותו של בעל המקרקעין לתבוע את סילוק המחוברים למקרים שהמקים יכול להוציא את המחוברים בעין, בלי לקלקלם בשעת הסרתם. כשאין המקים יכול לסלקם בלי לקלקלם, על בעל המקרקעין לשלם למקים בעד הקמתם[36]. לדעתו, בהקמת המחוברים, נוצרה כעין שותפות בין בעל המקרקעין לבין המקים במקרקעין ובמחוברים כאחת. בעל המקרקעין רשאי לרכוש את המחוברים, או לפרק את השותפות, כשהוא מחזיר למקים את חלקו. אפשר לפרק את השותפות בצורה זו, רק אם המקים יכול לזכות שוב במחוברים, שהם חלקו בשותפות המתפרקת.

אולם, יש לציין, שכאשר זו היא הסיבה שבגללה בעל המקרקעין אינו זכאי לתבוע את סילוק המחוברים, עומדת בפניו הבררה: לשלם למקים עבור המחוברים, או למכור את המקרקעין למקים בעל כורחו[37]. אם אין למקים כסף לרכוש את המקרקעין, הוא יכול לתבוע מבית הדין למכור את המקרקעין יחד עם המחוברים ולחלק את התמורה. באופן

[31] רא"ש, שם. ייתכן שאמרו חכמים את דעת בעל המקרקעין, וקבעו שתביעתו לסלק את המחוברים נובעת מרצונו לרכוש את המחוברים במחיר מוזל, ו"להפסיד לבעל בנין". אולם נראה, שגם אם יש לבעל המקרקעין סיבה, שלא לרכוש את המחוברים מהמקים, כגון שהוא שונאו, אין הוא זכאי לגרום הפסד למקים, כיוון שהיה רוכש מחוברים זהים ממקום אחר. השווה לדברי הנימוקי יוסף לבבא מציעא, פרק א, ח ע"א בדפי הרי"ף, ולנתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ז; וסימן שעה, ס"ק ב.

[32] סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק יד (מצוין בפנים, כתנאי ראשון).

[33] רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

[34] ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.

[35] ראה לעיל, הערה 27, פירוש נימוקי יוסף ומגיד משנה.

[36] נתיבות המשפט, סימן שו, ס"ק ז; וסימן שעה, ס"ק ב. נראה שהתשלום שישלם בעל המקרקעין במקרה זה יהיה נתון לשיקול דעת בית הדין, בדומה למה שכותב החזון איש (ראה להלן, הערה 39). אין להשוות דינו של המקים לדינו של קבלן, ששינה מהוראות מעסיקו, ש"ידו על התחתונה" (עניין זה נידון בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שו, סעיף ג). שם, מכיוון שביקש ממנו לעשות פעולה שונה בתכלית, ברור שהמעסיק לא רצה בפעולת הקבלן.

[37] לבוש עיר שושן, סימן שעה, סעיף ו, דן באופן שבעל המקרקעין אינו יכול לדרוש את סילוק המחוברים, אך אינו מפרט. נראה שאין כוונתו למקרה שגילה בעל המקרקעין, בין בדיבור בין במעשה, שרצונו לרכוש את המחוברים, שהרי במקרה זה רכש את המתוברים, ושוב אינו זכאי לתבוע את סילוקם. ראה: ערוך השולחן, סימן שעה, סעיף יד.

nevo.co.il

זה: בעל המקרקעין מקבל את ערך המקרקעין בלא המחוברים, והמקים מקבל את הנותר. רכישת המקרקעין על ידי המקים (או מכירת המקרקעין על ידי בית הדין), היא כעין סילוק המחוברים, שכן נותרים לבעל המקרקעין המקרקעין בלא המחוברים[38].

ה"חזון איש" חולק על "נתיבות המשפט", ופוסק, שבעל המקרקעין רשאי לסלק את המחוברים, גם אם אין אפשרות שיוסרו ויישארו תקינים, כפי שהיו בעת שהוקמו[39].

על פי מה שראינו לעיל, עולה שכאשר לא זכה בעל המקרקעין בבעלות על המחוברים, והמקים לא פעל במעין רשות, בעל המקרקעין זכאי לדרוש מהמקים לסלק את המחוברים. נעבור עתה לשאלת בררת המקים.

3. בררת המקים

כאמור, החוק נותן את הבררה לבעל המקרקעין בלעדית; בעל המקרקעין יקבע אם לקיים את המחוברים או לדרוש את סילוקם. אם החליט לקיימם, אין המקים רשאי לסלקם.

לעומת זאת, המשפט העברי[40] מכיר גם בזכותו של המקים לסלק את המחוברים שלא ברצון בעל המקרקעין, כל זמן שהמחוברים נמצאים בבעלותו. אולם, יש והבעלות על המחוברים עוברת לבעל המקרקעין עם הקמתם; במקרה זה מסכים המשפט העברי, שהמקים אינו רשאי לסלק את המחוברים שהקים. לזה יש להוסיף, שאם גרמו המחוברים בהקמתם – או יגרמו בסילוקם – נזק לבעל המקרקעין, גם אז לא יוכל המקים לסלק אותם, אף כשהם עדיין בבעלותו. להלן נפרט את המקרים שבהם מנוע המקים מלסלק את המחוברים:

[38] קצות החושן, סימן שו, ס"ק ו. קצות החושן מנמק על פי עיקרון זה את שיטת הראב"ד, לפיה בעל צמר זכאי למכור את הצמר לצַבָּע (שצבע אותו בלא רשותו) בעל כורחו: "הוה ליה כמו בשדה שאינו עשוי ליטע, דאומר לו: טול עציך ואבניך". יש לציין, שבעל המקרקעין זכאי אך ורק לשווי המקרקעין קודם השבחתם. חלקו של בעל המקרקעין במכלול המקרקעין והמחוברים אמנם גדול מסכום זה, שכן שווי המקרקעין המושבחים גדול משווי המקרקעין והמחוברים לחוד, ואמנם ההפרש שייך בחלקו לבעל המקרקעין (עיין: חידושי ר' עקיבא איגר, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז), אולם בעל המקרקעין רשאי לתבוע רק את ערך המקרקעין לפני הקמת המחוברים, משום שדין תביעת סילוק שונה מדין פירוק שותפות. בעל מקרקעין יכול לחייב את המקים לרכוש את המקרקעין (ראה לעיל בטקסט), ובכך עדיפה זכותו על זכות השותף. שותף המבקש לפרק את השותפות, אינו זכאי לחייב את שותפו לרכוש את חלקו בשותפות (אלא הוא מוכרח להציע לו לקנות ממנו את חלקו. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעא, סעיף ו, וסעיף יח). זכות זו עומדת לבעל המקרקעין, משום שהיא מקבילה לזכותו לתבוע את סילוק המחוברים בניגוד לרצונו של המקים, כשהדבר אפשרי. כשניתן לסלק את המחוברים באופן פיזי, חוזר המצב לקדמותו, ובעל המקרקעין נותר עם המקרקעין שלו כפי שהיו קודם הקמת המחוברים. גם כש"סילוק" המחוברים נעשה על ידי רכישת המקרקעין על ידי המקים, בעל המקרקעין אינו זוכה ליותר משווים קודם הקמת המחוברים. כלומר, תביעת הסילוק, המחייבת את המקים לרכוש את המקרקעין, מתקבלת רק משום שיש בה ויתור על כל יתרון הנובע מהקמת המחוברים – היינו, תביעה להחזיר את המצב לקדמותו.

[39] חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ו; חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו. החזון איש קובע, שאם השבית אדם את רכוש חברו באופן שאי אפשר לסלק את השבח כלל, והזוכה טוען, שאין לו הנאה סובייקטיבית ממנו, ושהיה דורש את סילוקו, אילו היה הדבר אפשרי, על בית הדין להכריע, אם אכן לא נהנה. וראה להלן, בדבריו על סעיף 25.

[40] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו. פרידמן במאמרו, "בניה במקרקעי הזולת, עקרונות פרשנות ודיני עשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט ז (תשל"ט) 711, דן במקים שמכר את זכויותיו במחוברים שהקים במקרקעין בלתי מוסדרים. במשפט העברי, אפשרות זו קיימת בכל המקרים שבהם לא רכש בעל המקרקעין את המחוברים.

nevo.co.il

א. המקים אינו רשאי לסלק את המחוברים שהקים במקרקעין של חברו, בלא אישור בעל המקרקעין לסלקם, אם הכחישו המחוברים שהקים את המקרקעין[41]. לדוגמה, אדם שנטע נטיעות, והשרישו בקרקע[42], אינו רשאי לסלקן בלא אישור בעל המקרקעין[43], ש"כבר הכחישו הנטיעות את השדה, שינקו ממנה"[44]. הלכה זו חלה על כל סוג של מחוברים שקלקלו את המקרקעין בהקמתם ובקיומם, כגון בניין שיסודותיו תקועים בקרקע[45], או מחוברים שסילוקם יגרום נזק למקרקעין[46]. לעומת זאת, אדם שהקים במקרקעין של חברו בית בלא יסודות, רשאי לסלק את הבית בלא אישור בעל המקרקעין[47].

ב. גם אם אין בהקמתם או בסילוקם של המחוברים משום נזק למקרקעין, אין המקים רשאי לסלקם, אם על פי דין רכש אותם בעל המקרקעין בהקמתם[48]; אם בעל המקרקעין הוא בעל המחוברים, מכוח איזו זכות יוכל המקים לסלקם? נבדוק, אם כן, באלו נסיבות הדין רואה את בעל המקרקעין, כאילו רכש את המחוברים בשעת הקמתם.

אם הוקמו המחוברים בכוונה להועיל לבעל המקרקעין, והקמתם הייתה הניצול הסביר היחיד של המקרקעין (ויש לבעל המקרקעין יכולת לשלם תמורת המחוברים), ראינו לעיל, שקנה בעל המקרקעין את המחוברים בעת הקמתם, ולכן המקים אינו יכול לסלקם[48] (במקרה זה גם בעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש סילוקם, כפי שראינו לעיל[49]).

המשפט העברי[50] רואה את בעל המקרקעין כאילו רכש את המחוברים בשעת הקמתם, גם אם אין במחוברים משום הניצול היחיד של המקרקעין, בהתקיים שלושת התנאים האלה: המחוברים הוקמו לתועלת בעל המקרקעין; קיימת סבירות שבעל המקרקעין מעוניין בקיום המחוברים; בגלל סוג המחוברים, אם יסכים בעל המקרקעין לקיומם, יתחייב בתשלום שוויים במחירי השוק. לכן, אם הקמת המחוברים היא ניצול יעיל של המקרקעין, ואפילו אם אינה הניצול הסביר היחיד, אין המקים רשאי לסלק את המחוברים בלא אישור בעל המקרקעין. הסיבה לכך היא, שמתקיימים כאן שלושת התנאים: המקים פעל "על דעת שיזכה חברו"[51] בבעלות המחוברים; יש אפשרות שיסכים בעל המקרקעין להשארת המחוברים, מכיוון שהם ניצול יעיל של המקרקעין; אם יסכים בעל המקרקעין להשאיר את המחוברים, המקים יזכה בתשלום מלא[52], "ואם כן, כל זמן שלא אמר: איני רוצה בו, אין הלה יכול לחזור בו, שהרי חצרו קנתה לו מיד"[53].

[41] ראה לעיל, הערות 21-22.

[42] נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ח, נח ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה משום כחשא דארעא.

[43] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב.

[44] רש"י, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה משום כחשא דארעא.

[45] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יד.

[46] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמא. עיין: סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ה.

[47] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ו.

[48] ראה בהרחבה בדברינו, לעיל, ליד ציון הערה 29. וראה: רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

[49] סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ד.

[50] תלמידי הרשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק יז; שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח; נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד. דעות אלו חולקות על דעת הרשב"א, המובאת בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

[51] תלמידי הרשב"א, שם.

[52] ראה להלן, דברינו על סעיף 21(ב).

[53] תלמידי הרשב"א, שם.

אולם, אם הקמת המחוברים אינה ניצול יעיל של המקרקעין, אין אפשרות שייחשב בעל המקרקעין כמי שרכש את המחוברים בשעת הקמתם. במקרה זה לא מתקיימים שני התנאים האחרונים, שמנינו לעיל: אין מניחים שבעל המקרקעין מעוניין בהשארת המחוברים, משום שאינם ניצול יעיל של המקרקעין; וכמו כן, גם אם יסכים בעל המקרקעין לקיימם, הוא לא יתחייב בתשלום בגובה שווים המלא של המחוברים. לכן, המקים רשאי לסלק את המחוברים, למרות הסכמת בעל המקרקעין לקיימם. אולם, אם יציע בעל המקרקעין למקים לשלם את שוויים של המחוברים בשוק, אין המקים רשאי לסלק את המחוברים, שהרי הוקמו מתוך כוונה להעבירם לבעל המקרקעין, עבור התשלום המוצע לו. במקרה זה, לא רכש בעל המקרקעין את המחוברים משעת הקמתם, כי אם משעת הסכמתו לשלם עבורם — "אם בעל הקרקע היה מקדים לו דמיו לא מצי תו למימר [=שוב אינו יכול לומר]: עצי ואבני אני נוטל, דכיון שעל דעת ליטול מבעל הקרקע בנה... כיון שנתרצה, זכתה לו חצרו, ושוב אין הלה יכול לחזור בו"[54].

נדגיש שוב, שכל האמור לעיל, נכון בתנאי שפעל המקים לתועלת בעל המקרקעין. לעומת זאת, אם הוקמו המחוברים שלא לשם תועלת בעל המקרקעין, המקים רשאי לסלקם, כל זמן שאין בסילוקם משום נזק למקרקעין.

לכן, אדם שהקים מחוברים במקרקעין שגזל[55], או יורש שלא ידע על קיומם של יורשים אחרים, והקים מתוך טעות מחוברים במקרקעין שאינם שלו בלבד[56], או מקים שטעה במדידותיו[57], רשאים לסלק את המחוברים, שהקימו בלא אישור בעל המקרקעין, וזאת אף כשיש התאמה מוחלטת בין המחוברים למקרקעין. כאמור, יוכל הסילוק להתבצע בתנאי שלא היה בקיומם ואין בסילוקם משום נזק למקרקעין.

לעומתם, המקים מחוברים במקרקעין גזולים, שרכש מהגזלן[58], או מקים שקנה את המקרקעין בתום לב, ולאחר מכן החבטלה העסקה[59], אינם זכאים לסלק את המחוברים בלא

[54] רשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; גם אם הוקמו מחוברים שאינם הניצול הרווחי ביותר של המקרקעין, מניחים שפעל המקים לתועלת בעל המקרקעין, ושלא התכוון לגזול את המקרקעין ואת הפירות. וזה לשון הריב"ש: "אין גזלן אלא המחזיק בקרקע חברו, ואומר שהיא שלו, ותולש ואוכל" (שו"ת ריב"ש, סימן תקטו). עיין: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן ח, המקשה על שיטת הרשב"א מדיני קניין; וראה: נימוקי יוסף, בבא בתרא, פרק א, ג ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה אבל למעלה מד' אמות אין מחייבין אותו. ועיין: שולחן ערוך, חו"מ, סימן צה, סעיף א; וקצות החושן, שם, ס"ק ג, לעניין רכישת בית בקניין חצר. דעת השולחן ערוך, חו"מ, סימן ר, סעיף א — שלא כדעת הרמ"א שם — היא, שחצר שאינה משתמרת לדעת הלוקח, אינה מזכה את בעל החצר במיטלטלין שהמוכר מכניס לתוכה. אולם בדיון בעניין הקמת מחוברים במקרקעי הזולת, הפוסקים אינם מבחינים בין חצר המשתמרת לדעת הלוקח לבין חצר אחרת (עיין: בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, בדעות הרשב"א ותלמידיו; ונתיבות המשפט, סימן רפז, ס"ק ו). נראה שהמחוברים מטבעם הם כשמורים, לעניין קניין חצר.

[55] דינו של הגזלן עולה מתוך דברי השולחן ערוך, חו"מ, סימן שעב, סעיף ג, כשהוא דן בזכות הפיצוי של הגזלן: ידו של הגזלן "על התחתונה", דהיינו גם אם נטע בשדה העשויה ליטע, הוא זכאי להחזר הוצאותיו בלבד, זאת על פי הכלל שנקבע ברמב"ן לבבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי, שרק מי שהקים מחוברים לתועלת בעל המקרקעין, זכאי לתשלום הגבוה מהוצאותיו. אולם, מכיוון שלא התכוון להעביר את המחוברים לבעלים, ההגבלות על הסרתם (המובאות בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז), אינן חלות עליו.

[56] ראה לעיל, הערה 15.

[57] ראה לעיל, הערה 16.

[58] ראה לעיל, ליד ציון הערה 12.

[59] ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

אישור בעל המקרקעין, שהרי, כפי שראינו לעיל, במקרים אלה המקים נחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין, מכיוון שבהסכם רכישת המקרקעין מובטח לו פיצוי מלא עליהם, אם יתברר שהמקח בטל[60].

על פי מה שראינו, עולה שתעמוד למקים זכות לסלק את המחוברים, אם יתקיימו שני התנאים הבאים כאחת: לא היה בהקמתם ובקיומם, ואין בסילוקם של המחוברים משום נזק למקרקעין[61]; לא זכה בעל המקרקעין בבעלות על המחוברים[62].

כמו שראינו לעיל, התנאי השני מתקיים תמיד, כשפעל המקים שלא לתועלת בעל המקרקעין. אבל, אם פעל לתועלתו, ההלכה תלויה בשאלת התאמת המחוברים למקרקעין, ובשאלת נכונות בעל המקרקעין לשלם תמורת המחוברים: אם יש התאמה מוחלטת ובלעדית של המחוברים למקרקעין, המקים מנוע מלסלקם; אם יש התאמה, אף על פי שאינה התאמה בלעדית, המקים אינו רשאי לסלק אלא לאחר שסירב בעל המקרקעין לשלם לו תמורה מלאה עבור הקמת המחוברים; אם אין התאמה כלל, הוא רשאי לסלק את המחוברים, אלא אם כן הציע לו בעל המקרקעין תמורה מלאה על הקמת המחוברים.

ה. סיכום

חוק המקרקעין מעניק לבעל המקרקעין זכות בלתי מוגבלת להחליט אם להשאיר את המחוברים, או לסלקם. לעומת זאת, המשפט העברי מגביל זכות זאת, והוא מתחשב במניעיו של המקים בהקמת המחוברים ובמידת התאמת המחוברים למקרקעין. החוק גם אינו מעניק כל זכות למקים. על פי המשפט העברי, יש והמקים זכאי אף הוא לסלק את המחוברים, גם כנגד רצונו של בעל המקרקעין.

המשפט העברי מעניק, במקרים מיוחדים, כוח לבעל המקרקעין לדרוש מהמקים, שירכוש את המקרקעין בעל כורחו[63]. אפשרות זו אינה קיימת בחוק.

סעיף 21(ב)

התשלום

א. מבוא

1. סוגי התשלומים

החוק קובע, שאם "בחר בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו, עליו לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם או את שוויים בשעת השימוש בבריר‍ה... לפי הפחות יותר".

[60] מחוך השוואה למקרקעין משועבדים, ועל פי הסברו של נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד. ראה לעיל, הערה 12.

[61] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף יד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמא.

[62] כפי שציינו במבוא, לעולם תנאי זה אינו מתקיים על פי חוק המקרקעין, הקובע כעיקרון בסיסי, שבעל המקרקעין זוכה במחוברים בעת הקמתם.

[63] ראה לעיל, הערה 37.

nevo.co.il

במלים אחרות, בעיקרון החוק מכיר בשני סוגי תשלום: האחד מוגדר כהשקעה שהשקיע המקים בשעת ההקמה, שהיא כוללת, כפי הנראה, את הוצאותיו ושכר עבודתו[64]; והשני הוא שוויים של המחוברים (בשעת השימוש בבררה). החוק קובע, שבעל המקרקעין יהיה חייב בסכום הפחות שבהם.

המשפט העברי מכיר אף הוא בשתי אפשרויות תשלום אלה, אולם הוא אינו מקבל את העיקרון, שבעל המקרקעין משלם תמיד את התשלום הפחות יותר. לפני שניגש לעיקרון המנחה במשפט העברי בסוגיה זו, נגדיר את אפשרויות התשלום השונות באופן יותר מדויק. הגדרות אלה יקלו עלינו את המשך הדיון.

כאמור, אחת מאפשרויות התשלום היא החזר הוצאותיו של המקים; הוצאות אלה כוללות הן את החומרים והוצאות אחרות, והן את שכר עבודתו של המקים כפועל שכיר[65], אולם "ידו [של המקים הזכאי להחזר הוצאותיו] על התחתונה"[66]. כלומר, התשלום שהוא יזכה בו, לא יעלה על עליית ערך המקרקעין, הבאה בעקבות הקמת המחוברים (להלן – עליית ערך הקרקע), שכן לא יעלה על הדעת לחייב את בעל המקרקעין לשלם יותר ממה שקיבל בפועל. לכן, אם המקים זכאי להחזר הוצאותיו מבעל המקרקעין, יהיה זה רק עד שיעור העלייה בערך המקרקעין. אם עלייה זו פחותה מהוצאות המקים, המקים זכאי לתשלום ערך העלייה בלבד[67]. תשלום זה נקרא במקורות: "הוצאות, שיעור שבח"[68].

אפשרות התשלום השנייה היא, שיחויב בעל המקרקעין לשלם את ערך ההנאה הסובייקטיבית שנגרמה לו בעקבות ההקמה. גם תשלום זה מוגבל, ובכל מקרה, לא ישלם בעל המקרקעין יותר משווי המחוברים בשוק[69]. שווי המחוברים, ובלשון המקורות "השבח"[70], הוא הסכום הפחות מבין שני אלה: מחיר קבלן, דהיינו הסכום שהיה נדרש

[64] השווה לשימוש המחוקק במונחים "השקעותיו" ו"הוצאותיו", בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. חוק זה נוקט בסעיף 3 בלשון "השקעה" ובסעיף 5 בלשון "הוצאות". בכך הקפיד המחוקק ללכת בעקבות המשפט העברי, שגם הוא מאפשר לזוכה בנסיבות של סעיף 3 לנכות את הוצאותיו ואת שכר עבודתו, ואילו בנסיבות של סעיף 5 מחייב את הניצול בפיצוי המציל על הוצאותיו בלבד, ולא על שכר טרחתו, הנחשב לשכר מצווה. **ראה דברינו על סעיף 5(א), פרק שלישי, עמ' 125.**

[65] רש"י, בבא מציעא קז ע"ב, ד"ה אם השבח; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב בדפי הרי"ף; ש"ך, חו"מ, סימן שו, ס"ק ה.

[66] בבא מציעא קא ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה. סעיף א.

[67] רש"י, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה ידו על התחתונה; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ב.

[68] ראה לדוגמה, טור חו"מ, סימן שעה, סעיף ב. להגדרת המונח "שבח", ראה להלן, הערה 70.

[69] ובלשון התלמוד: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זה לנוטעה" (בבא מציעא קא ע"א); שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א; שם, רמ"א, סעיף ד. על פי פירוש ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף ח.

[70] משנה, בבא קמא ט, ד; ק ע"ב; תוספתא, בבא קמא י, ג, וראה מנחת ביכורים על התוספתא, ד"ה ידו על העליונה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ד; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שו, סעיף ג. המלה "שבח" פירושה: כלל העלייה בערך המקרקעין, או הסכום שהיה נדרש לשלם לקבלן להקמת המחוברים, לפי הפחות יותר. בחו"מ, סימן שו, סעיף ג, כותב השולחן ערוך: "ואם ההוצאה יתירה על השבח, נותן לו את השבח בלבד", ועיין בסמ"ע, שם, ס"ק ט, שהכוונה במלה "שבח" לכלל העלייה בערך הצמר. פירוש המלה "שבח" בשולחן ערוך, סימן שעה, סעיף ד, שונה: "אם השבח יתירה על ההוצאה, נוטל השבח". הסמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ח, מסביר: "רוצה לומר, שנוטל בשבת כשאר שתלי העיר". וכן בגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק י: "כמו שכתוב שם (בבא מציעא קא ע"א), אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה". ההסבר לכך שיש למלה "שבח" שני פירושים הוא, שבעל המקרקעין חייב לשלם את הנאתו; הנאה זו היא הסכום שהיה צריך לשלם לקבלן להשגת הזכייה: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה".

לשלם בעל המקרקעין, אילו הזמין מראש את הקמת המחוברים אצל קבלן[71] (סכום זה גבוה תמיד מהוצאותיו של המקים, שכן התעריף שגובה קבלן, המתחייב לספק את המוצר כשהוא מוגמר, עולה על תעריפו של פועל שכיר, שאינו מתחייב כן[72]); עליית ערך המקרקעין[73] (שכן שווי המחוברים לבעל המקרקעין אינו עולה על הרווח שהיה לו מהקמתם. יש להניח, שלרוב, עליית ערך המקרקעין תהיה גבוהה ממחיר הקבלן).

בדרך כלל יש זהות בין הנאתו הסובייקטיבית של בעל המקרקעין לבין שוויים של המחוברים בשוק. אולם, במקרים מיוחדים, שמוכח בהם, שבעל המקרקעין היה יכול להקים מחוברים אלה בפחות משוויים בשוק, או שהנאתו הסובייקטיבית נמוכה משוויים בשוק[74], יהיה פטור מכל תשלום שהוא מעבר להנאתו הסובייקטיבית[75].

מכאן, שבעל מקרקעין החייב בתשלום שווי המחוברים, אינו חייב לשלם למקים יותר משוויים של המחוברים בשעת התשלום[76], או בשעה שנהנה מהם לראשונה, גם כששעת הזכייה היא שעת הקמת המחוברים[77]. לכן, גם אם הוקמו מחוברים שהיו הניצול הסביר היחיד של המקרקעין (שאז שעת הרכישה היא שעת ההקמה), אם נשרפו המחוברים קודם שנהנה מהם בעל המקרקעין, בעל המקרקעין פטור מכל תשלום[78]. מאידך גיסא, אם עלה שוויים של המחוברים לאחר הקמתם, בעל המקרקעין יהיה חייב בתשלום שוויים בשעת ההקמה בלבד, ולא יתחייב לשלם את שוויים בשעת התשלום.

גם אם העלייה בערך הנכסים גדולה מסכום זה, היו יכולים להשיג את הזכייה הזאת בסכום הנמוך מכלל העלייה. אולם כשהוצאותיו ההכרחיות של המזכה גדולות מכלל העלייה בערך נכסי הזוכה, ברור שהשכר שהיה הזוכה חייב לשלם לקבלן עבור הזכייה הוא גדול אף יותר מכלל העלייה בערך הנכסים. במקרה זה, זכאי המזכה לכלל העלייה בערך הנכסים בלבד, שהרי בפועל לא התעשר הזוכה ביותר מזה.

[71] ובלשון התלמוד: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן כשדה זו לנוטעה" (בבא מציעא קא ע"א); מנחת ביכורים על התוספתא, בבא קמא י, ג; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק י. ראה חידושי בתרא לבבא מציעא קא ע"א, סימן קכח וסימן קל.

[72] ראה: ש"ך, חו"מ, סימן שו, ס"ק ה.

[73] סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ב; השווה לשולחן ערוך, חו"מ, סימן שו, סעיף ג.

[74] וכגון במקרים שעסקנו בהם לעיל, בהערה 36 ובהערה 39, שמבחינה פיזית לא ניתן לסלק את המחוברים מבלי לקלקל אותם, ובית הדין מצריך, שהנאתו של בעל המקרקעין היא פתוחה ממחירם בשוק. כלומר, שמסיבות המיוחדות לו, לא היה מוכן לשלם את מחיר השוק עבור המחוברים. וראה בהערה הבאה.

[75] רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ד, על פי פירוש ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף ת. הנידון הוא הקמת מחוברים במקרקעין של אדם שמקצועו הקמת מחוברים מעין אלה. במקרה זה, מוכח שהנאתו מהקמתם נמוכה מהנאתו של אדם אחר, שלא היה יכול להקים לבדו את המחוברים. וראה לעיל, הערה 39, דברי "חזון איש".

[76] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות הטור, אות כ: "דלא אמרינן שמשלם את היציאה, אלא כשהיציאה קיימת". שו"ת לחם רב, סימן קנז, סב ע"ב, ד"ה ומה: "כיון דבנידון דידן אין השבת בעין, נראה לי כמו שכתבת, שאין לך לשלם כלום, דדוקא כשמחזיר לו קרקע משובח, או הדין שישלם השבח, או ההוצאה כנגד השבת, כיון שנהנה ממנו. אבל זה לא נהנה, שהרי בשעת ההחזרה אין הקרקע משובח".

[77] השווה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כה: "ואינו משלם אלא דמי מה שנהנה בלבד". ועיין: מחזה אברהם לבבא מציעא מב ע"א, שהזוכה פטור מתשלום אף שבשעת הכנסת הכשות עלה מחיר השכר. ראה דברינו על חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 1(א), פרק רביעי, לעיל עמ' 24.

[78] עיין קצות החושן, סימן קסד, ס"ק ב, בסוף דבריו, לשיטת רש"י: "דבכל זמן שאינו כופהו, ובונה משלו ונשרף, אינו צריך לשלם בעד הבית הנשרף".

nevo.co.il

מכיוון שבדרך כלל, שוויים של המחוברים וגובה הנאתו של בעל המקרקעין זהים, נשתמש בהמשך במונח שווי המחוברים כהגדרת האפשרות השנייה לתשלום[79], אף שבפועל, כאמור, התשלום שיזכה בו המקים, עשוי במקרים מיוחדים להיות פחות מזה.

2. העיקרון המנחה

לפני שניגש לשאלת התשלום המגיע למקים, אם הוחלט להשאיר את המחוברים, נדגיש, שכאשר שני הצדדים – בעל המקרקעין והמקים – רשאים כל אחד לסלק את המחוברים או לדרוש את סילוקם, בלא הסכמת הצד השני, שאלת גובה התשלום אינה מתעוררת. אכן, במקרה זה, אין צורך בקביעה משפטית בדבר גובה התמורה שבעל המקרקעין צריך לשלם בעקבות בקשת אחד הצדדים (או שניהם) לקיים את המחוברים. הצדדים יכולים לקבוע את גובה התמורה בהסכם ביניהם. אם צד אחד אינו מרוצה מהצעת חברו, יש לו הברירה לסלק את המחוברים.

מכאן, ששאלת גובה התשלום מתעוררת, כאשר אחד הצדדים אינו רשאי לסלק את המחוברים, והצד השני אינו מנצל את זכות הסילוק שבידו (אין צריך לומר, שהבעיה קיימת, כששני הצדדים מנועים מלסלק את המחוברים).

לעניין גובה התשלום, העיקרון הבסיסי הראשון הוא, שלא יקבל המקים פחות מהחזר הוצאותיו (ולא יותר מעליית ערך הקרקע, כאמור לעיל[80]). גם כשאין לבעל המקרקעין כל ברירה, והוא אינו רשאי לדרוש את סילוק המחוברים, הוא לא ייפטר בפחות מכן.

מתי יקבל המקים את שווי המחוברים, שזיכה בהם את בעל המקרקעין[81]? לשם כך צריכים להתמלא שני תנאים מצטברים: המקים התכוון להעביר לבעל המקרקעין את הבעלות על המחוברים תמורת תשלום שוויים, והוא מצפה לקבל תמורה מלאה עבור פעולתו[82]; אלמלא פעולת המקים בעל המקרקעין היה יוזם את הקמת המחוברים האלה. ואפשר לראות את בעל המקרקעין כאילו הזמין מראש את המחוברים אצל המקים[83]. רק אם יתקיימו שני התנאים האלה, יקבל המקים תשלום גבוה יותר מהוצאותיו. בהיעדר אחד מהם, הוא ייאלץ להסתפק בהחזר הוצאותיו בלבד.

אולם, הפעלת העיקרון אינה קלה. לעיל ראינו[84], שהמקים נחשב כמי שפעל מתוך כוונה להועיל לזוכה, גם אם לא הצהיר על כך לפני ההקמה, וכגון שרכש את המקרקעין, והקים עליהם את המחוברים, ולאחר מכן התבטלה העסקה. התשובה לשאלה: האם בעל המקרקעין היה יוזם את הזכייה? גם היא אינה פשוטה. להלן נראה, שלמידת התאמת

[79] בכך אנו הולכים בעקבות השולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, שנהג כך.

[80] ראה לעיל, ליד ציון הערה 67. כאמור, אנו דנים כאן במקרים שבהם הנאתו הסובייקטיבית של בעל המקרקעין זהה לשוויים. בכל מקרה, לא ישלם סכום הגבוה מהנאתו הסובייקטיבית, גם אם היא נמוכה מהוצאות המקים.

[81] מובן שאין השאלה הזאת מתעוררת, אלא כששווי המחוברים גדול יותר מהוצאות המקים, אבל אם הוא נמוך מההוצאות, ראינו שאין לחייב את בעל המקרקעין לשלם יותר ממנו.

[82] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מ ע"א, ד"ה ואי; נימוקי יוסף, בבא מציעא, כב ע"ב בדפי הרי"ף; ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק י. ועיין לעיל, הערה 6 והערה 17.

[83] הרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כב; רמ"ה בטור חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ב. המקים זכאי לתשלום כקבלן מכיוון שקיבל בעל המקרקעין מוצר מוגמר כרצונו.

[84] ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

המחוברים למקרקעין, יש חשיבות מכרעת גם לעניין זה (ולא רק לעניין בררת הסילוק). כמו כן, יש חשיבות להתנהגותו של בעל המקרקעין לאחר ההקמה.

בדיוננו להלן נשוב למקרים שסקרנו לעיל, כשבעל המקרקעין, או המקים, מנוע מלסלק את המחוברים, וננסה לברר את גובה התשלום שצריך בעל המקרקעין לשלם בכל מקרה ומקרה, על פי העיקרון המנחה שקבענו.

ב. גובה התשלום

על פי העיקרון המנחה שקבענו במבוא, נוכל להסיק את גובה התשלום בכל מקרה ומקרה.

אם פעל המקים שלא לתועלת בעל המקרקעין – לדוגמה, אם מדובר בגזלן קרקעות, או במקים שטעה במדידותיו, או שטעה בזיהוי השטח – ברור שהוא לא יקבל בשום מקרה יותר מן ההוצאות שהוציא, שכן אחד התנאים הצריכים להתמלא, כדי שיקבל המקים יותר מהוצאותיו הוא, שתהיה ההקמה לתועלת בעל המקרקעין[85].

לצורך הדיון להלן, נניח אם כן, שפעל המקים לתועלת בעל המקרקעין במטרה לגבות ממנו תשלום תמורת ההקמה. נניח גם, שהוא מנוע מלסלק את המחוברים, כגון שיש בקיומם או בסילוקם משום נזק לבעל המקרקעין. על בסיס הנחות אלה, נבדוק באלו מקרים יזכה המקים בתשלום בגובה שווי המחוברים שהקים, ובאלו מקרים ייאלץ להסתפק בהוצאותיו, אף על פי שהתכוון לגבות סכום גבוה יותר.

כאמור, אם נגיע למסקנה, שבעל המקרקעין היה יוזם בעצמו את הקמת המחוברים, הוא יצטרך לשלם למקים את שווי הנאתו, ואם לאו, הוא יפצה את המקים על הוצאותיו בלבד. השאלה היא אפוא: מתי מניחים, שבעל המקרקעין היה יוזם את הזכייה?

א. כבר ראינו לעיל[86], שאם יש התאמה מוחלטת ובלעדית בין המחוברים למקרקעין, ויש לבעל המקרקעין יכולת כספית לשלם עבור הקמת המחוברים, מניחים שהוא היה יוזם את ההקמה. מכוח הנחה זו, גם בעל המקרקעין מנוע מלסלק את המחוברים, משום שרואים אותו, כאילו שרכש אותם כבר בשעת הקמתם. במקרה זה, ברור שישלם בעל המקרקעין למקים את שווי המחוברים.

ב. אם המחוברים אינם מנצלים את המקרקעין ביעילות, אין בהסכמת בעל המקרקעין להשאיר את המחוברים משום הוכחה שהוא היה יוזם את הקמת המחוברים בעצמו. לכן, מתקבלת טענתו, שהוא לא היה יוזם את הקמת המחוברים, ולא ישלם אלא את הוצאות המקים[87].

ג. אם המחוברים מהווים ניצול יעיל ורווחי של המקרקעין, אף על פי שאינו הניצול הסביר היחיד שלהם, החלטת בעל המקרקעין, שלא לדרוש את סילוק המחוברים, משמשת הוכחה, שהיה יוזם את הזכייה, שהרי יכול לדרוש את סילוקה, והוא אינו עושה כן; ועוד, **שהמחוברים מנצלים את רכושו ביעילות וברווחיות[88]. אשר על כן, ישלם בעל המקרקעין**

[85] ראה לעיל, הערה 82.

[86] ראה לעיל, ליד ציוני הערות 30־33.

[87] רא״ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כב; טור ובית יוסף, חו״מ, סימן שעה, סעיף ב; שולחן ערוך, חו״מ, סימן שעה, סעיף ג; ערוך השולחן, חו״מ, סימן שעה, סעיף ו; חזון איש, חו״מ, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ד.

[88] בית יוסף, חו״מ, סימן שעה, סעיף ב.

למקים את שווי המחוברים, ולא רק ההוצאות[89] (נציין שבמקרה זה גם אם מדובר במחוברים שיש בקיומם או בסילוקם משום נזק לבעל המקרקעין, אם בעל המקרקעין אינו מוכן לשלם למקים את שווי המחוברים, אלא רק את הוצאותיו, הברירה ביד המקים לסלק את המחוברים שהקים. ברם, אם בעל המקרקעין מסכים לשלם למקים שווי המחוברים, וכאמור הוקמו המחוברים לתועלת בעל המקרקעין, הוא רוכש את הבעלות על המחוברים משעת הקמתם למפרע, והמקים אינו רשאי עוד לסלקם, גם אם אין בהקמתם או בסילוקם משום נזק לבעל המקרקעין)[90]. כשבעל המקרקעין חייב בתשלום שווי המחוברים, הזמן המכריע להערכת שוויים הוא שעת הזכייה בהם[91]; אבל כאן, משום שמדובר בהקמת מחוברים שהתאימו למקרקעין, שעת ההקמה היא הזמן המכריע[92].

ד. מובן, שההוכחה הטובה ביותר, שבעל המקרקעין היה יוזם בעצמו את הקמת המחוברים, אלמלא עשה כן המקים, היא, כשהוא אומר זאת בפירוש. אולם, גם אם לא הודיע, שהיה יוזם את הקמתם, אם בעל המקרקעין מזדרז להודיע, לפני שנתבע, שהוא רוצה בקיום המחוברים, או שהתנהגות בעל המקרקעין, לפני שנתבע, ולפני שסוכם עם המקים על תשלום, מעידה שהוא מעוניין בקיום המחוברים, או שלאחר שתבע מהמקים את סילוקם, התנהג בדרך המעידה על רצונו בקיום המחוברים, יש בכל אלה משום הוכחה, שהוא מוכן לשלם את שוויים, משום שנוח לו בקיומם. וזה לשון הגמרא: "לסוף חזייה דגדרה, וקא מנטר לה. אמר ליה: 'גלית אדעתיך דניחא לך, זיל שום ליה, וידו על העליונה'"[93]. כלומר, כשבעל המקרקעין מגדר ומשמר את המחוברים, רואים אותו כאילו היה יוזם בעצמו את הקמתם. השולחן ערוך[94], הפוסק להלכה, שהתנהגות כזו של בעל המקרקעין, מחייבת אותו לשלם למקים, כאילו הסכים והודה, שהיה רוצה להקים אותם, אינו מבחין בין סוגי המחוברים והתאמתם למקרקעין. מכאן, שחיוב זה חל גם, כשלא נוצלו המקרקעין בדרך היעילה ביותר[95]. דוגמה להתנהגות המעידה על הסכמה היא, שימושו האישי של בעל המקרקעין במחוברים שהוקמו, או השכרתם לאחר[96].

---

[89] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף א.

[90] ראה לעיל, ליד ציון הערה 50.

[91] ראה לעיל במבוא, עמ' 163.

[92] ראה לעיל, ליד ציון הערה 50, וליד ציוני הערות 75־78.

[93] בבא מציעא קא ע"א.

[94] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג.

[95] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג, כשיטת רש"י, בבא מציעא קא ע"א, ד"ה לא בעינא; רמ"ה בטור חו"מ, סימן שעה, סעיף ב; רמב"ן, מלחמות ה' לבבא מציעא קא ע"א, נח ע"א בדפי הרי"ף, ונימוקי יוסף, שם; כנגד דעתו של הרא"ש לבבא מציעא, פרק ח, סימן כג. ועיין פרישה, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ג, וסמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז, לפירוש מיוחד בדברי הבית יוסף; מדברי הרמב"ן במלחמות ה' משתמע קצת כפירוש הפרישה. הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ד, והש"ך, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ג, מציינים שהרא"ש והטור חולקים על הראשונים, שפסק השולחן ערוך כדעתם.

[96] הרשב"א, מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. והשווה פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, ע"א (י-ם) 5/84, פסקים תשמ"ד(ג) 432, שם נפסק, שמשנדרש המקים לעקור את נטיעותיו, ולא עשה כן, וגם הבעלים עצמם לא עקרו, אלא החלו לעבד את הפרדס, לא יהיה המקים זכאי לפיצוי כלשהוא, לא עבור הנטיעות ולא עבור הוצאותיו שהרוויחו בעל המקרקעין. פסק זה עומד בניגוד למשפט העברי, שהיה מחייב את בעל המקרקעין לשלם בעד הנטיעות, משום שהיה יכול לעקרן על חשבון המקים, ובחר להשאירן ולהשתמש בהן.

nevo.co.il

כשהראה בעל המקרקעין, שהוא מסכים לקיום המחוברים, אם על ידי התנהגות המלמדת כן, או בהסכמה מפורשת, המבטאת שהתכוון להקים מחוברים אלה גם לולא עשה כן המקים, הוא חייב בתשלום שווי המחוברים, גם אם הוא רב יותר מהוצאותיו של המקים, אף אם הקמת המחוברים לא הייתה הניצול הרווחי ביותר של המקרקעין. הדעות נחלקו לגבי זכותו של המקים לדרוש מבעל המקרקעין את הוצאותיו, כולל שכר עבודתו כפועל שכיר, כאשר הוצאות אלה גבוהות מעליית ערך המקרקעין, שהיא, במקרה זה, שווי המחוברים בשעת ההסכמה. כלומר, השאלה היא: האם יש לראות בהסכמה לאחר ההקמה כעין הזמנה מראש, שהייתה מחייבת את בעל המקרקעין בתשלום כל הוצאותיו של המקים?

דעתו של הסמ"ע היא, שהמקים זכאי להוצאות אלה, "אף על פי דלא נהנה כלום, מכל מקום, הואיל וגילה דעתו, דניחא ליה, אמרינן: אילו לא נטעה, היה הוא בעצמו נוטעה, ומוציא עליה הוצאה כזו"[97]. לעומתו, הגר"א מווילנא[98] סובר, שבעל המקרקעין פטור מתשלום שהוא גבוה מכלל העלייה בערך המקרקעין, שהיא כאמור שווי המחוברים. גילוי דעתו של בעל המקרקעין אינו יכול לחייב אותו בתשלום גבוה משווי המחוברים. יש לציין, שגם לשיטת הסמ"ע, בעל המקרקעין חייב בתשלום ההוצאות היתרות על כלל ערך ההשבחה, רק כשהן הכרחיות וקשורות בטבע המחוברים שהוקמו, שהרי נימוקו הוא, שבעל המקרקעין חייב בתשלום זה, רק משום "שהיה הוא בעצמו... מוציא עליה הוצאה כזו".

ה. שתיקת בעל המקרקעין, לאחר הקמת המחוברים, אין בה משום הסכמה לקיומם[99]. הדעות נחלקו בעניין משמעות שתיקתו של בעל המקרקעין בשעת הקמת המחוברים. דעה אחת היא[100], ששתיקתו של בעל המקרקעין בשעת הקמת המחוברים, דינה כאילו נתן אישור מראש להקמתם, וזאת כשלא נכנס המקים למקרקעין בהסכמת בעל המקרקעין כחוכר או כדייר. במקרה של מחזיק ברשות, מתפרשת השתיקה כהסכמה לקיום המחוברים לתקופת שהייתו של המקים במקרקעין. דעת פוסקים אחרים היא[101], ששתיקת בעל המקרקעין אינה מקנה למקים מעמד של "מקים ברשות". שיטה זו אינה מבחינה בין מקים שחכר את המקרקעין לבין מקים אחר, ובכל מקרה, אין לפרש את שתיקת הבעלים כהסכמה[102].

ו. אם פעל המקים בכעין רשות, הוא זכאי לתשלום בגובה שווי המחוברים. לכן, מי שבתום לב הקים מחוברים במקרקעין שרכש, ואחר כך התבטלה העסקה למפרע[103], זכאי לתשלום זה, משום שרואים אותו כמי שפעל ברשות. ברם, יצוין שדינו של מקים זה אינו שווה

[97] פרישה, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ב; סמ"ע, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ז; ראה נימוקי יוסף לבבא מציעא קא ע"א, נח ע"א בדפי הרי"ף, הגדרת "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה".

[98] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שעה, ס"ק ט; דעת הרא"ה, מובאת בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קו.

[99] ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ו (כט ע"ב, בדפוס ווילנא), על פי פירוש קרבן העדה, ופני משה; גם שמואל, המחייב שם את בעל המקרקעין להחליט מיד, דן רק בשהגיש המקים תביעה לפיצוי (לפירוש אחר בירושלמי, עיין בחידושי הרמב"ן לבבא מציעא קא ע"א); וראה: רשב"א, בבית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז; נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. למקרה שהגיש בו המקים תביעה לפיצוי, עיין להלן, בדבריו לסעיף 22.

[100] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן שעה, הגהות בית יוסף, אות ה.

[101] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קו; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שעה, סעיף א; המהרי"ט עצמו מסביר לשיטתו את דברי נימוקי יוסף לבבא בתרא ב ע"ב, ולכן שאלת בעל כנסת הגדולה אינה מובנת.

[102] השווה ע"א (חיפה) 27/85, פסקים תשמ"ו(ב) 221, בעמ' 234-235.

[103] ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

לגמרי לדינו של אדם שהקים מחוברים על פי הזמנת הבעלים. אדם שהקים מחוברים על פי הזמנת הבעלים, זכאי להחזר הוצאותיו, גם כשההוצאות גדולות משווי המחוברים שהקים[104]. מקים שרכש את המקרקעין בקניין, והחבטל הקניין לאחר מכן, אינו זכאי להחזר הוצאותיו, אם ההוצאות גדולות משווי המחוברים[105].

ז. בתחילת הדברים אמרנו, שכאשר פעל המקים שלא לתועלת בעל המקרקעין, לא יקבל ממנו יותר מהחזר הוצאותיו. גם כאשר המקים מוגדר כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין, ואף מתמלאים כל התנאים האחרים — דהיינו אף אם ברור שבעל המקרקעין היה יוזם את ההקמה — אם פעל המקים מתוך כוונה לגבות את שווי המחוברים מגורם אחר, ולא מבעל המקרקעין עצמו, אמנם יקבל פיצוי מלא, אך לא יוכל לקבל מבעל המקרקעין יותר מהוצאותיו. זהו הדין באדם שהקים מחוברים על מקרקעין גזולים, שרכש מאדם אחר. אף אם יש התאמה מוחלטת ובלעדית בין המקרקעין למחוברים, הוא לא יקבל מבעל המקרקעין תשלום בשיעור שווי המחוברים שהוקמו[106]. כוונתו של המקים הייתה לגבות את שוויים של המחוברים מהמוכר, ולא מבעל המקרקעין[107]. הוא יוכל לתבוע את הוצאותיו מהנגזל, משום שהגזלן עצמו היה זכאי לתשלום זה, אילו הוא היה מקים את המחוברים, ולכן, גם למקים, שרכש את המקרקעין ממנו, יש זכות לתבוע את החזר הוצאותיו מהנגזל[108]. את ההפרש בין שווי המחוברים לבין הוצאותיו, יגבה המקים מהמוכר[109].

ג. סיכום

לעומת החוק, הקובע תשלום אחיד לכל אדם שהקים מחוברים במקרקעין של חברו בלא רשות, מבחין המשפט העברי בכמה קטיגוריות: בין אדם שהקים את המחוברים לתועלת בעל המקרקעין לבין מקים אחר; בין מחוברים המתאימים למקרקעין לבין מחוברים אחרים; ובין הסכמה המבטאת רצון להקים מחוברים אלה גם לולא פעל המקים לבין הסכמה לקיומם רק מכיוון שכבר הוקמו. על בסיס ההבחנות הללו, קובע המשפט העברי את גובה התשלום, שבעל המקרקעין חייב לשלם למקים בכל מקרה ומקרה.

ראוי לציין את גישת חוק המקרקעין, ולפיה לא יקבל המקים תמורה מלאה בערך שווי זכייתו של בעל המקרקעין עבור הקמת המחוברים, גם כאשר בעל המקרקעין מודה, שהוא רצה בהקמתם, ונהנה מקיומם. לעומת זאת, קובע חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שהזוכה חייב בתשלום מלוא שווי זכייתו למזכה, גם כשהזכייה באה ביזמת

[104] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ד.

[105] כן נראה מדברי השולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יד: "אם השביח, נוטל שבח", שמשתמע מהם, שהמשביח זכאי לפיצוי בשווי השבחתו ולא בהחזר כל הוצאותיו. השווה לסמ"ע, חו"מ, סימן קעח, ס"ק ד. אך עיין בשו"ת מהר"א ששון (תודת אמת, סימן קיז), הדן במי שרכש מקרקעין "ובנה כרצונו, ולפי מראית העין לא השביח הקרקע באותו הבנין, אלא שהוא היה חפץ לבנותה כך". הוא מכריע, שבביטול המקח, חייב המוכר לפרוע דמי "בניינו". והשווה לעיל, בקטע שלאחר ציון הערה 96.

[106] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעג, סעיף א.

[107] ריי"ף לבבא מציעא פרק א, ח ע"ב בדפי הריי"ף; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ג, כב ע"ב בדפי הריי"ף. ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק י; נתיבות המשפט, סימן קטו, ס"ק ד.

[108] ש"ך, חו"מ, סימן קטו, ס"ק י.

[109] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעג, סעיף א.

[110] חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 1(ב).

המזכה[110]. חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, מיוסד אף הוא על גישה זו[111]. בדיוננו על חוק עשיית עושר ולא במשפט ציינו, שעדיין לא הכריע המחוקק בשאלה זו[112]. נראה, שחוסר ההכרעה נובע מן התחושה, שמצד אחד, בעיקרון אדם חייב לשלם עבור זכייתו, ומצד שני לא ראוי, שירוויח המזכה ביזמתו מן הדבר שהוא כופה על זולתו.

נימוק אחרון זה הוא היסוד לגישת המשפט האנגלי, השולל פיצוי מ"מתנדב". כפי שכתבנו בדברינו על סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, גם המשפט העברי שולל במקרים מסוימים, פיצוי ממזכה ביזמתו, משום ש"עשה שלא ברשות"[113], אולם כשהנאתו של הזוכה היא מוחשית, ואינה ניתנת להכחשה, המזכה זכאי לפיצוי. יישום עיקרון זה במקרים של הקמת מחוברים על מקרקעי הזולת הוא, שאם הוקמו המחוברים מתוך כוונה להועיל לבעל המקרקעין, ואפשר להניח שבעל מקרקעין היה מעוניין בהקמתם, מחייב המשפט העברי, בדומה לגישתם של חוק עשיית עושר ולא במשפט וחוק המיטלטלין, את בעל המקרקעין בתמורה מלאה. במקרים אחרים יזכה המקים לתשלום נמוך יותר, בדומה לגישתו של חוק המקרקעין[114]. ראוי שיאמץ בית המשפט את הבחנותיו של המשפט העברי ליישוב הסתירות הקיימות בין החוקים השונים, הדנים בסוגיה זו.

סעיף 21(ג)

סילוק על חשבון המקים

כשלא נענה המקים לדרישות בעל המקרקעין לסלק את המחוברים, תוך זמן סביר, סעיף 21(ג) מתיר לבעל המקרקעין לסלקם בעצמו על חשבון המקים.

המחוקק נאלץ לקבוע זכות זו בסעיף מיוחד, ולא להסתפק בכללים שנקבעו בסעיפים 17 ו-18 לחוק המקרקעין – המתירים לבעל מקרקעין לסלק על חשבון מסיג הגבול, כל הפרעה או כל דבר, שיש בו משום שלילת שליטתו במקרקעין[115] – משום שבמקרה של הקמת מחוברים, המחוברים עברו לבעלותו של בעל המקרקעין עם הקמתם[116], ולכן

[111] חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיפים 4-6.

[112] שם, בדברינו על סעיף 3.

[113] רמב"ן, בספר התרומות, מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קה, סעיף ח; עיין דברינו לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 4, לעניין פורע חובו של חברו.

[114] גם סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, מיוסד על הגישה שמאמץ חוק המקרקעין. ועיין דברינו שם.

[115] סעיף 17 מעניק למחזיק במקרקעין זכות לדרוש "מכל מי שאין לו זכות לכך" לסלק "כל דבר שיש בו משום הפרעה [לשימוש במקרקעין]". סעיף 18(א) קובע, שהמחזיק "רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין". הזכות "להשתמש בכוח במידה סבירה" היא זכות שניתנת לבעלים להזיק למסיג גבולו גם בסכום הגבוה יותר מהסכום שהמסיג היה חייב להוציא על פי דין. מכאן, שיש לו זכות לסלק את הדברים המפריעים על חשבון בעליהם, ואפילו למכור את חלקם כדי לממן את סילוק הנותר. וראה גם סעיף 24(2) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; וכן הגנת הצורך שבחוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 22.

[116] ראה דברינו במבוא, לעיל, עמ' 163.

אין הם שוללים את שליטתו במקרקעין. כמו כן, גם אם הם מפריעים לשימושו, הרי הם רכושו. משום כך, סעיף 21(ג) נדרש להחיל את הזכות שנקבעה בסעיפים 17 ו־18 על דינו של מי שהקים מחוברים במקרקעי הזולת.

במבוא ראינו, שלעומת החוק, במשפט העברי המקרקעין יכולים להיות של ראובן, והאילן הנטוע בהן של שמעון. לא זו אף זו: בעל המקרקעין רשאי לתבוע את סילוק המחוברים, רק אם לא עברו לבעלותו[116]. מכאן, שכללי המשפט העברי, המסדירים את זכויות בעל המקרקעין לסלק כל דבר שיש בו משום הסגת גבולו, חלים גם במקרה זה.

במחקר אחר בדקנו את גישת המשפט העברי לגבי זכות בעל מקרקעין לסלק מרשותו כל דבר הפוגע בשליטתו, או המסיג את גבולו, תוך השוואה להוראות חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, פרק ג, סימן ב (הגנת הבעלות וההחזקה), והוראות פקודת הנזיקין. שם העלינו, שהחוק בכללותו תואם את המשפט העברי, אלא שהמשפט העברי מפרט יותר ודן בהשפעתם של גורמים, כגון: כוונת מסיג הגבול, הנזק שייגרם לו בסילוק נכסיו, והיעדר האפשרות לדרוש ממסיג הגבול את סילוקו. לדיוננו כאן די לומר, שלדוב יוכל בעל המקרקעין לסלק את המחוברים על חשבון המקים, אם לא נענה המקים לפניותיו לסלקם. נותרו שאלות חשובות: לגבי המקום שמותר להעבירם אליו – האם הוא רשאי לזרקם במקום הפקר? ולגבי יכלתו לסלקם – האם מותר לו לסלקם, כשלא הצליח לדרוש את סילוקם מהמקים? לתשובות לשאלות אלו ואחרות, אנו מפנים את הקורא למחקר הנזכר לעיל.

סעיף 21(ד)

הבעלות במחוברים שסולקו

הסעיף קובע, שאם "סולקו המחוברים, יעבור מה שסולק לבעלותו של המקים". כפי שראינו לעיל[116], לפי המשפט העברי, בעל המקרקעין רשאי לסלקם, רק אם קודם סילוקם היו של המקים.

עמדת המשפט העברי לגבי הדין המובא בסוף סעיף זה הובהרה במחקרנו על סימן ב: הגנת הבעלות וההחזקה, ובמחקרנו על פקודת הנזיקין[117].

סעיף 22

ביצוע הברירה

סעיף 22 לחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, מעניק לבעל המקרקעין ארכה של שישה חודשים, לאחר שדרש ממנו המקים להחליט, אם הוא רוצה לקיים את המחוברים, או שהוא דורש את סילוקם. על פי המשפט העברי[118], מיד עם תביעת המקים לפיצוי, בית הדין יחייב את בעל המקרקעין לבחור, בלא דיחוי נוסף, אם לשלם למקים, או לדרוש את סילוק

[117] ראה דברינו על סעיף 21(ג).

[118] דעתו של האמורא שמואל המובאת בירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ו (כט ע"ב, בדפוס ווילנא).

המתוברים. אולם, כל זמן שלא נתבע, אין בשתיקתו, לאחר הקמת המחוברים, משום הסכמה לקיומם בידו, והוא רשאי לדרוש את סילוקם בלא הגבלת זמן[119].

סעיף 23

זכות המקים לרכישת המקרקעין

סעיף 23 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מעניק למקים, בנסיבות מסוימות, זכות לרכוש את המקרקעין כשהקים עליהם מחוברים, אם הוקמו המחוברים במקרקעין לא מוסדרים. אחד התנאים להענקת זכות זו למקים הוא, ש"המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין"[120].

החוק הולך בעניין זה בעקבות שיטות אחדות[121] במשפט העברי, הקובעות שיש למקים זכות לרכוש את המקרקעין אף בניגוד לרצון בעל המקרקעין, במקרים מיוחדים, כשהוקמו המחוברים בתום לב.

אדם שגזל מיטלטלין, פטור מלהשיבם בעין, אם השבה זו כרוכה בהפסד, וחייב רק **בתשלום שוויים. היסוד לפטור זה הוא "תקנת השבים", שתיקנו חכמים, כדי להקל על גזלן** המבקש לחזור בתשובה[122]. לעומתו, אדם שגזל קרקע, ו"בנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע"[123].

דעת אחד הפוסקים היא, שדינו של מי שגזל מקרקעין חמור מדינו של מי שגזל מיטלטלין, משום חומרת העברה שבגזלת מקרקעין[124]. לכן, מי שגזל מקרקעין של חברו בטעות ובתום לב, פטור מהשבתם בעין, מדין "תקנת השבים"[125]. אדם שהקים מחוברים במקרקעין של חברו מתוך טעות במדידה, כגון "שהבנאים הכניסו חצי אמה [=כעשרים וחמישה סנטימטרים] מקרקע חברו, שלא מדעתו", אינו חייב בהריסת המחוברים[126].

פוסק אחר[127] מסביר, שדין זה תלוי בשיטות שונות בעניין השבת אבדה. יש שיטות המחייבות אדם בהשבת אבדה, גם כשהשבה זו כרוכה בהפסד נכסיו, בתנאי שבעל האבדה

[119] ראה לעיל, הערה 99. אם תוך תקופה זו משתמש בעל המקרקעין במחוברים, ראה לעיל, עמ' 176-179. אם משתמש בהם המקים, ראה להלן, עמ' 184-185.

[120] **סעיף 23(א)(1).**

[121] **שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קמג; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שס, סעיף ד; שער משפט, סימן שס.**

[122] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שס, סעיף א.

[123] רמ"א, חו"מ, סימן שס, סעיף א.

[124] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קמג. לפירושים אחרים, ראה: ט"ז, חו"מ, סימן שס, סעיף א; לבוש עיר שושן, חו"מ, סימן שס, סעיף א.

[125] דעתו של הסמ"ע, חו"מ, סימן שס, ס"ק ו, היא, שהחמירו עם גזלן מקרקעין, אף על פי שגזל בטעות, משום שהיה לו לדעת, שהמקרקעין של חברו, מכיוון ש"קרקע הוא דבר קבוע ועומד". אין הדבר ברור, האם לשיטתו, כשטעותו של המקים הייתה סבירה, תיקנו חכמים "תקנת השבים" אף במקרקעין, אף שמלכתחילה תיקנו את התקנה רק במיטלטלין.

[126] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קמג. ערוך השולחן, חו"מ, סימן שס, סעיף ד, קובע ש"תקנת השבים" חלה גם על מי שבנה בניין על מקרקעין גזולים, שרכש מהגזלן בתום לב. בחו"מ, סימן שעג, לא נראה כן, שכן נקבע שם, שהמקים שרכש מקרקעין גזולים זכאי לפיצוי מלא מהגזלן.

[127] **שער משפט, סימן שס.**

מתחייב לפצות את המשיב עבור הפסדו[128]. לפי שיטות אלו, בעל המקרקעין חייב להציל את המקים מהפסד, אם המקים מתחייב לפצותו על הפסדו, ולכן, מכיוון שהפסדו של בעל המקרקעין הוא אבדן המקרקעין שהוקמו עליהם המחוברים, בעל המקרקעין חייב למסור את המקרקעין למקים תמורת פיצוי, כלומר הוא חייב למכור את המקרקעין למקים. נראה שלדעת פוסק זה, כשניתן למנוע מהמקים הפסד, אם ירכוש בעל המקרקעין את המחוברים, ואמנם בעל המקרקעין מציע לרכשם, לא יהיה המקים זכאי לרכוש את המקרקעין בניגוד לרצון הבעלים, וזאת אף אם "הסכום שהשקיע המקים במחוברים עלה, בשעת הקמתם, על שווים של המקרקעין בלי המחוברים באותה שעה"[129].

פוסקים רבים אחרים קובעים[130], שהמקים חייב לסלק את המחוברים, גם אם הוקמו בתום לב, מתוך טעות במדידה, ואינו יכול לרכוש את המקרקעין תמורת תשלום שווים, בניגוד לרצון הבעלים[131].

סעיף 24

תשלום בעד שימוש

סעיף 24 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מעניק לבית המשפט את הסמכות "לחייב את המקים לשלם לבעל המקרקעין שכר ראוי בעד התקופה, שהחזיק בה המקים במחוברים **שלא כדין**", "**אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין**". **על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט**, התשל"ט-1979, הגישה היא הפוכה, שכן הזוכה (המקים) חייב בתשלום בעד כל הנאה שקיבל מנכסיו של בעל המקרקעין, כל זמן שלא החליט בית המשפט, שאין הצדקה לתשלום זה בנסיבות האלה[132].

המשפט העברי אינו מחייב את המקים לשלם דמי שכירות בעד ההחזקה במקרקעין גרידא, אלא בעד השימוש שעשה במקרקעין, כגון שדר בבניין שהקים[133]. חוב זה קיים רק כשהמקרקעין היו מיועדים להשכרה קודם להקמת הבניין, שאם לא כן, הנאת המקים-הזוכה אינה כרוכה בחסרון בעל המקרקעין-המזכה, ועל כגון זה חל העיקרון "זה נהנה וזה לא חסר – פטור"[134], המתבטא בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

[128] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה, שלא כדעת היש חולקים, המובאים כרמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה, ובסימן רעד, סעיף א.

[129] לשון סעיף 23(א)(2). במלים אחרות, אם בעל המקרקעין מציע למקים פיצוי מלא, הרי שבניגוד להסדר הקבוע בסעיף 23, אין למקים עדיפות על בעל המקרקעין.

[130] משנה למלך, הלכות גנבה, פרק י, הלכה יא, וכן נראה גם לדעת הט"ז, חו"מ, סימן שס, סעיף א; לבוש עיר שושן, סימן שס, סעיף א, ועיין לעיל, הערה 125, לדעת הסמ"ע; שער משפט, סימן שס, בדעת היש אומרים, שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסד, סעיף ה.

[131] עיין: שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שכה, ס"ק י; שם, ס"ק ט"ו; שם, אורח חיים, סימן מד, ס"ק ד; ספר המקנה, הלכות קידושין, סימן כח, ס"ק א.

[132] חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיפים 1-2.

[133] רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

[134] רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

nevo.co.il

אם לא דר המקים בבניין שהקים, אלא השכיר אותו לאחרים, הוא יהיה חייב לשתף את בעל המקרקעין ברווחיו, גם אם המקרקעין לא היו מיועדים להשכרה[134], זאת על פי העיקרון: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?"[135].

דמי השכירות שיעביר המקים לבעל המקרקעין – הן אם השכיר את הבניין לאחרים, הן אם דר בבניין – נקבעים כחלקו של בעל המקרקעין בדמי שכירות של מכלול המקרקעין והדירה, ולא רק דמי שכירות המקרקעין. סכום זה הוא חלק דמי השכירות שהיה בעל המקרקעין מקבל, אילו הקים שותפות עם המקים להשכרת המחוברים שהקים. ברור, שסכום זה גבוה יותר משכירות המקרקעין בלא המחוברים[136].

סעיף 25

תנאי התשלום

סעיף 25 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, משאיר את קביעת תנאי התשלום של בעל המקרקעין ושל המקים לשיקול דעתו של בית המשפט.

המשפט העברי קובע, שכאשר בעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש את סילוק המחוברים, והוא חייב בתשלום למקים, אין בעל המקרקעין חייב בתשלום מיָדי למקים[137]. מכיוון שכפי שציינו לעיל, בעל המקרקעין פטור מתשלום הגבוה מהנאתו הסובייקטיבית, מוטל על בית הדין לקבוע, תוך בדיקת מצבו הכספי של בעל המקרקעין וההנאה שהוא עשוי להפיק בפועל מהקמת המחוברים, אם תשלום חד פעמי או פריסת התשלומים, תואם יותר את ההנאה הסובייקטיבית שזכה בה[138].

אולם, גם אם בית הדין מחליט, שהנאתו הסובייקטיבית של בעל המקרקעין מחייבת אותו בתשלום חד פעמי מיָדי, אין בית הדין גובה את החוב מנכסיו בעל כורחו, מכיוון שחובת התשלום באה לו בעל כורחו[139]. בעל המקרקעין רשאי לדחות את התשלום, אך הוא חייב לאפשר למקים להחזיק במחוברים ולהשתמש בהם עד שעת התשלום. דעת "נתיבות

[135] משנה, בבא מציעא ג, ב; לה ע"כ. עיין דיוננו על חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, סעיף 2, חלק ראשון. ראה בע"א 463/79, ג'בראן נ' ג'בראן, פ"ד לו(4) 403, בעמ' 409, ומשם עולה שמסקנת בית המשפט אינה תואמת לדעת המשפט העברי.

[136] חידושי ר' עקיבא איגר, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, ד"ה כל מה שנהנה, בשם הראנ"ח. אמנם, ר' עקיבא איגר מעיר על הרמ"א הדן (לפירוש של הסמ"ע, ס"ק יד) במקרה, שהוקמו בו מחוברים שהיוו את הניצול הסביר היחיד של המקרקעין, ומכאן היה מקום לתמוה: למה זכאי בעל המקרקעין לחלק מהשכירות בלבד? הרי בעל המקרקעין רכש את המחוברים בעת הקמתם. אולם, מכיוון שהשכיר המקים את הבית לאחר הקמתו, או דר בו בעצמו, מוכח שלא התכוון להעביר את הבעלות בו לבעל המקרקעין עם הקמתם; ראינו לעיל, שבהיעדר כוונה זו, הבעלות על המחוברים אינה יכולה לעבור לבעל המקרקעין. לדינו של מקים, שחבע תחילה פיצוי מבעל המקרקעין, ומשלא נענה, דר בבית שהקים, או השכירו לאחר, ראה להלן, בדברינו על סעיף 25.

[137] רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כג, בשם הראב"ד: "ישב בו, עד שיתן יציאותיו". נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג; חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ו.

[138] חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, סעיף ו.

[139] חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן כ, סעיף ו.

nevo.co.il

המשפט" היא[140], שאם בעל המקרקעין דוחה את תשלומו למקים, ועקב כך המקים משתמש במחוברים עד שעת התשלום, הוא רשאי לנכות סכום זה – שהוא ה"שכר הראוי" עבור השימוש במחוברים – מחובו למקים.

לעומת זאת, לדעת "החזון איש"[141], לא ינוכה סכום זה מחובו למקים, ונימוקו הוא, שאם בעל המקרקעין מסרב בשעת התביעה לשלם למקים את הסכום המגיע לו, הוא משעבד את המחוברים למקים, והמקים אינו חייב לשלם לבעל המקרקעין עבור ההנאה שהוא מפיק מהמחוברים, המשועבדים לו.

במקרים שאנו דנים בהם – כשבעל המקרקעין אינו רשאי לדרוש את סילוק המחוברים, וחייב בעל כורחו בתשלום שוויים – אם המקים אינו מקבל את שווי המחוברים, בתנאים המקובלים על כל הקבלנים באותו מקום, הוא יהיה זכאי לסלק את המחוברים שהקים[142]. לכן, אם בעל המקרקעין מבקש לדחות את התשלום מעבר למקובל, זכאי המקים לסלק את המחוברים.

במקרים שניתנה בהם לבעל המקרקעין הברירה לתבוע את סילוק המחוברים, אך הוא החליט לקיימם, הוא יהיה חייב בתשלום מיָדי למקים[143].

סעיף 26

קיזוז

סעיף 26 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הולך בעקבות המשפט העברי[144], וקובע: "חובות שבעל המקרקעין והמקים חבים זה לזה לפי פרק זה ניתנים לקיזוז"[145]. ראינו לעיל, שבנסיבות מסוימות, בעל המקרקעין רשאי לשלם את חובו למקים בתשלומים חלקיים, על ידי השארת המחוברים לשימושו של המקים, וקיזוז חובותיו בתשלום שכר ראוי, שחב לו המקים[146].

[140] נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג.

[141] חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו. אמנם הסוגיה בבבא קמא כ ע"ב, בהסבירה את המשנה בבבא מציעא י, ב; קטז ע"ב, קובעת: "בית לעליה משתעבד", ובדינו של המקים, "לא שייך טעם זה", כלשון החזון איש. אך "צריכים לומר, דבנין זה שבנה משתעבד לו עד שיוציא הוצאותיו ששקע [=שהשקיע] בבנין זה".

[142] כפי שראינו בדברינו על סעיף 21(א), ההנחה היא, שהמקים מציע את המחוברים לבעל המקרקעין תמורת שוויים. אם בעל המקרקעין מוכן לשלם סכום זה, רכש את המחוברים, והמקים אינו רשאי לסלקם. אולם, אין להניח, שהמקים מוכן להעביר את הבעלות במחוברים, אם בעל המקרקעין אינו מסכים לשלם לו את שוויים בתנאים המקובלים בשוק.

[143] נתיבות המשפט, סימן שעה, ס"ק ג. אין בדבריו משום סתירה לדברי הראשונים, שהרי במקרה זה, הסכים בעל המקרקעין ברצון לקיום המחוברים.

[144] רמ"א, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז: "מנכין לו מהוצאותיו". וראה: חזון איש, חו"מ, בבא בתרא, סימן ב, סעיף ו.

[145] ראה: ע"א 664/76, פ"ד לב(1), 188, בעמ' 192; ע"א 544/81, 604, פ"ד לו(3), 518, בעמ' 521-522.

[146] ראה דברינו לסעיף 25.

nevo.co.il

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

מפתח העניינים

אבדה (ראה: השבת אבדה)
אבדה דמוכח (ראה: הצלה, שיפוי על הוצאות ונזקים)
אובליגטורי (ראה: תביעה אובליגטורית)
אונס גמור 80 82 83
אחריות הזוכה להשבת הזכייה 9 82־85
איבוד עצמי לדעת (ראה: מתאבד)
אישה, שגגבה 9
אסמכתא 83
ארץ ישראל (ראה: יישוב ארץ ישראל)
את גרמת לי היקפא יתירא (ראה: חסרון המזכה)

בזיון (ראה: הצלת כבוד)
בית המשפט
סמכותו לפטור מחובת ההשבה 1 5 49 68 69 77
שיקולי צדק 1 7 9 13(56) 37 49 53 129 136 158 185
בל תשחית 166(19)
בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת (ראה: מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת)
בנק, הפקדה בטעות בחשבון בנק 81(29)
בסיס משפטי לחובת ההשבה (ראה: השבה, בסיס משפטי לחובה)
בעל מקרקעין, זכויותיו לגבי מחוברים שהוקמו במקרקעיו ללא רשותו (ראה: מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת, סילוקם)

גורמים ישירים לרווח 93־95
גזל
אישה שגזלה 9
גזילת מידע (ראה: גניבת מידע)
גולן שהשכיר נכס גזול 29 30
דר בדירת חברו שעמדה להשכרה 63
הקמת מחוברים בחום לב על מקרקעין גזולים 165 172
הקמת מחוברים על מקרקעין גזולים 166 172 177
חובת גזלן לשלם גם כשנעלם הנכס הגזול 29 80
חובת גזלן לשלם עבור הנאתו 29 62 63
כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה 28
לא תגזול 16(68)
מניעתו כנימוק לתשלומי הנאה 15 16 18 19 55 62 63 64 68 73(138)
מעין גזל 15 16
משמעותו המקורית של הביטוי "עשיית עושר ולא במשפט" 5(3)
נטל נכס חברו בטעות 33
נטל נכס חברו ללא רשותו לצורך הצלה 144
נטל נכס חברו שלא מתוך טעות 80
נימוק לחיוב הזוכה כהוצאות השבה 32 33
פולש לרשות חברו דינו כגזלן 58 62 63
פטור גזלן לשלם עבור הנאתו 28 61(53)
פרה גזולה, חריישה בה 29(138)
קבלת נכס בטעות 85(56, 58)
קטן שגזל 26
קרקע אינה נגזלת 15(68) 30 62
גניבת מידע 15(66) 67 91 93
גרמא בהנאה (ראה גם: מבריח ארי) 102 125 135 157
גרמא בנזיקין
דר בדירת חברו ומנע השכרתה 14
חיסרון המזכה המחייב תשלום 14(60) 61־63 72
מניעת הנאה 62 63
מניעת רווח 61
נימוק לפטור מהוצאות השבה 33
גרמי 63

דין נהנה (ראה גם: טובת הנאה שאין עמה רווח, בסיס משפטי לחובת התשלום בגינה) 10(36) 13
דעת שכינה איכא 103 104 117 153
דקדוקי עניות 130
דר בחצר חברו שלא מדעתו (ראה: זה נהנה...)

הוצאות, שיעור שבח (ראה גם: מזכה, החזר הוצאותיו)
הגדרת המושג 174
החזר הוצאות (ראה: הצלה, החזר הוצאות; השבת הזכייה, ניכויים מהשבה; מזכה, החזר הוצאותיו)
החלפת הזכייה בנכס אחר (ראה: עקיבה)
החרמת רכוש 11 108
הייתי מתענה (ראה: זכייה, חיסכון)

מפתח העניינים

היעדר זכות שבדין 20 21 167
הלוואה (ראה גם: פורע חובו של אדם אחר)
כסף שהתקבל בטעות 79 81
"ממוני גבך" 9(29, 31) 79 81
עקיבה 6 9(31) 81
פירעונה כנימוק לתשלומי הנאה 16-19 27 55 64 67 70
קטן שלווה 27
שינוי הנסיבות, אינו פוטר מחובת פירעון 79
הנאה (ראה גם: טובת הנאה...)
לא ישירה (ראה גם: מבריח ארי) 102 125 133 157
מניעתה דינה כחסרון 62 63
סובייקטיבית של הזוכה 14 16-20 23 41 42 44-46 50 58 62 73 85(59) 119 120 134 135 139 145 155 174-176 185
תוך גרימת נזק 14 62
הסגת גבול, שימוש בכוח לסילוקה 163 181 182
הספקת סחורה בטעות (ראה: טעות, זכייה מתוך טעות)
הפסד השתכרות 131
הפקדה בטעות בחשבון בנק 81(29)
הפקר 124
הצלה (ראה גם: הצלה מדאגה; הצלה מהמרת דת; הצלה ממיחוש בעלמא; הצלה מנזק לא ודאי; הצלה מסכנה בריאותית; הצלה מצער; הצלת חיים; הצלת כבוד; הצלת רכוש)
איום לעומת סכנה ממשית 102 118
כשאין לבעלים סיכוי להציל בעצמם 124
הציל ערכי הזולת כשפעל להצלת ערכיו שלו 139 140
וזכייה ביומת המזכה, היחס ביניהן 118 137 150 153 157 158
חובת התייעצות עם הזוכה 119-121 133 151 153 155
חסרת סיכוי להצליח 119 120
שלא הועילה 117-119 129 136-138 152
לא ביזמתו המכוונת 143-145
מקורות המצווה 117 118
מציל עצמו בממון חברו 152
משתמש בנכס חברו לשם הצלה, אחריותו 143 145
נכסים ששימשו להצלה 143-145
סבירותה
סבירות הוצאות ההצלה 138 139
סבירות הערכת הסכנה (ראה: סכנה, סבירות הערכתה)
סבירות הצלחת ההצלה 119
תנאי לשיפוי 118-121 136-139 149 153 155
ספרי קודש 124
ופריעת חובו של חברו, ההבחנה ביניהן 99 102-106 118 7(7) 130(89) 133 151 157 158
שיפוי על הוצאות ונזקים
אבדה דמוכח בלבד 129 143
הוצאות ונזקים, הבחנה ביניהם 136
הוצאות סבירות בלבד 138 139
הפסד השתכרות 131
הצלת רכוש והצלת חיים 135 136
נזקים צפויים בלבד 129 143
פעולה לא סבירה שהועילה 132-134
פעולה לא סבירה שלא הועילה 137
פעולה סבירה שהועילה 129 130 135
פעולה סבירה שלא הועילה 118 136-137
שכר ראוי 136(145)
שכר עבורה, שלילתו 119 125-129
הצלה מבזיון (ראה: הצלת כבוד)
הצלה מדאגה 101 103(23) 104 145(16)
הצלה מהמרת דת (הצלה רוחנית) 121(31) 154(36)
הצלה ממיחוש בעלמא 123
הצלה מנזק לא ודאי 145
הצלה מסכנה בריאותית
כשהזוכה מתנגד 155 156
כהצלת רכוש 123
מבחן הסבירות 123
הצלה מפגם משפחה (ראה: הצלת כבוד)
הצלה מצער 101 104 145
הצלה רוחנית (ראה: הצלה מהמרת דת)
הצלת חיים
אבדן אבר, הצלה ממנו כהצלת חיים 123
הבסיס לזכות השיפוי 134
הצלה רוחנית כהצלת חיים 121(31) 154(36)
והצלת רכוש, היחס ביניהן 119 120 135 136 138(156)
החובה להוציא הוצאות למענה 134
חובת התייעצות 120 130 135
לא תעמוד על דם רעך 117 121 123(42) 127(77) 154(41) 155 157
מבחן הסבירות 118-123
מוכן להסתכן 120 135 150 154
מתאבד 154 155
ניצול שאין לו כסף בשעת ההצלה 134 135
שיפוי, אף כשהתנגד הזוכה 119 120 149 150 154 155
שכירת פועלים להציל 127(75)
הצלת כבוד
התנגדות הזוכה 150(7) 155
חיוב הזולת שאינו סובל דיחוי 107(51)
מבחן הסבירות 124 125

מפתח העניינים

הצלת רכוש
הוצאות למענה 117 130
והצלת חיים, היחס ביניהן 119 120 135 136
138(156)
כהשבת אבדה 102־104 117 119 124
התנגדות הזוכה 103(26) 119 120 133(125) 150־
153
חובה להוציא הוצאות כשמובטח פיצוי 34(186)
46(57) 47(62) 117 130 143 144 183
חובת התייעצות 119 120 132־134 153
מבחן הסבירות 124
ומבריח ארי, היחס ביניהם (ראה: מבריח ארי)
שיפוי 103(26) 119 120 129 130־134 150־153
הקמת מחוברים במקרקעי הזולת (ראה: יורד לנכסי
חברו שלא ברשות; מחוברים שהוקמו במקרקעי
הזולת)
השבה (ראה גם: פטור מחובת השבה)
בלתי צודקת 1 5 37 49 77 79
בסיס משפטי לחובה (ראה גם: השבת הזכייה;
טובת הנאה...; נכס) 8־20 53 101
במשפט האנגלי 5 6
במשפט הישראלי 6 7
זכייה שאינה עוד ברשות הזוכה (ראה גם:
עקיבה) 80־86
הכלל המנחה 1 5 49 53
ותשלום תמורת הנאה 22 53 79
השבחת נכסי הזולת (ראה גם: ערבוב מיטלטלין) 9
10 12 32 39 40 47 91 93 101 102 170(38)
השבת אבדה (ראה גם: הצלה; הצלת רכוש)
אבדתו ואבדת חברו 117
אין לבעלים דרך אחרת להשבת האבדה 102 124
בסיס לקביעה "דעת שכינה איכא" (ראה: דעת
שכינה איכא)
הצלת רכוש בגדר השבת אבדה 102־104 117 119
124
הצלת רכוש שייתכן שהיה ניצול ממילא 124
חובה לעשותה בחינם 118
כפייה על קיום המצווה 82 83
הכרוכה בהפסד 117
מובטח לו פיצוי ואינו משיב 119(132)
כשמובטח למשיב פיצוי על הפסדיו 34(186)
46(57) 47(62) 117 130 143 144 183
ומצוות לא תעמוד על דם רעך (ראה גם: לא
תעמוד על דם רעך) 117 121 127(75, 77) 157
מקור לחובת הזוכה לשפות המציל 43 103 117
130 157
נימוק לשלילת תשלום שכר למציל 118 125־129
סבירותה כמבחן לקיום המצווה 119־121
על ידי שליח 127 128
ופריעת חוב הזולת, ההבחנה ביניהן 102־106 124
132 145(16) 157 150
השבת הזכייה (ראה גם: בית המשפט; השבה)
בלתי צודקת 1 5 37 49 77 79
הוצאות ההשבה 27 32 33 82(37)
השבה בעין והשבת תמורה 33 34
ניכויים מהשבה 1 89־95
פטור מחובת השבה (ראה: זה נהנה וזה לא חסר;
פטור מחובת השבה)
ותשלום הנאה, הבחנה ביניהם 22 53 54
השכרת נכס המזכה (ראה גם: גזל, גזלן שהשכיר
נכס גזול; שכירות) 10 11 53 58(35) 92 185
השקעת הזוכה להפקת רווחים מנכסי המזכה 1 89
91
התנגדות
להצלה (ראה: הצלה)
להקמת מחוברים (ראה: מחוברים שהוקמו
במקרקעי הזולת)
החייב לפירעון חובו (ראה: פורע חובו של חברו)
הזוכה לזכייה (ראה: זכייה בפויה)

זה לא נהנה וזה חסר (ראה גם: הנאה, סובייקטיבית
של הזוכה) 14 16־20 44 45 73 144
זה לא נהנה וזה לא חסר 56
וה נהנה וזה חסר (ראה גם: חסרון המזכה)
בסיס משפטי לחיוב 14־18
הנאה שיכול הזוכה להשיגה בחינם (ראה: הנאה,
סובייקטיבית של הזוכה; זה לא נהנה וזה לא
חסר)
חסר, הגדרתו
את גרמת לי היקפא יתירא 45(50) 59(44) 61(49)
71 94(32)
בלאי 15 63 64 69 70
חסרון המלווה בהנאת המזכה 63 64
חסרון של מה בכך 64
חסרון שנגרם ע"י גורם שלישי 48 65
מניעת הנאה 62
מניעת רווח 61
נזק, אפילו נגרם באונס 62
שתרוריתא דאשייתא 15 63 64 69 70
תחרות עיסקית 67 68
חסרון שלא נגרם ע"י הזוכה 41 42 48 64־67 71
72
חסרון שקדם לזכייה 64־67
מקיף שדותיו והקיף גם שדה אחר 71
זה נהנה וזה לא חסר 1 10(36) 11(37) 13 49(77)
69 92(15)
בסיס משפטי לפטור 54 55
הנאה, הגדרתה 14

nevo.co.il

מפתח העניינים

הנאה שהיה יכול הזוכה להשיגה בחינם (ראה: הנאה, סובייקטיבית של הזוכה; זה לא נהנה וזה לא חסר)
הנאה סובייקטיבית, הגדרה 14
בהצלה 139 143
חסרון, הגדרתו (ראה: חסרון המזכה)
חסרון המזכה נגרם על ידי גורם שלישי 48 64-67
חסרון בנכס שאינו מקור הזכייה 67 68
חסרון שקדם לזכייה 64-67
חסרון הקטן מהזכייה 68-73
חריגים לפטור
גילוי נכונות לשלם 58 59
זכייה שיש בה משום רווח 53 59
מחאת המזכה נגד הזוכה 56-58
ומעין גזלן 16(68)
ומעין לווה 16(68)
מקים מחוברים במקרקעי הזולת 184
זוכה (ראה גם: זכייה ביזמת הזוכה)
אחריותו להשבת הזכייה 9 82-85
גזלן (ראה: גזל, חובת גזלן לשלם עבור הנאתו)
גילה נכונות לשלם 58-60 112 178
שהוא גם מזכה 1 89 95(35)
התנגד לזכייה (ראה: זכייה כפויה)
יכולתו לשלם עבור הזכייה
וזכותו לדרוש סילוקה 38
וזכותו לדרוש סילוק המחוברים 168 177 185
ותנאי התשלום 185
פסול דין 26-28
תרם ליצירת רווחים מנכסי המזכה 89-95
זכויות יוצרים
רווח שהופק תוך פגיעה בהן 93(29) 94(31)
זכות בית המשפט לפטור מהשבה (ראה: בית המשפט, סמכותו לפטור מחובת ההשבה)
זכות קניינית (ראה גם: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו; ממוני גבך; משתרשי ליה; עקיבה)
בסיס לחובת השבת נכס בעין 9 19 22 53
בסיס לחובת השבת רווחים שנוצרו מנכסי המזכה 19 21 22 53
וזכות אובליגטורית 9(29)
יסוד לשיקולי צדק 77(8)
ערבוב מיטלטלין 79
פגיעה בה כיסוד למניעת התעשרות שלא כדין 6 12(50)
זכייה שאינה כרוכה בחסרון המזכה (ראה: זה נהנה וזה לא חסר)
זכייה שהוחלפה בנכס אחר (ראה: עקיבה)
זכייה ביזמת גורם שלישי (ראה גם: מזכה) 50
הוצאות ההשבה 32
הנאת אכילה, חובת תשלום עבורה 48(72)
הנאה שאין עמה רווח, פטור מתשלום 49 65(81) 66(91)
הצלה 145(12)
זכות הזוכה והמזכה לתבוע סילוק 46
זכות המזכה להשבה 37
וזכייה ביזמת הזוכה 46-48
וזכייה ביזמת המזכה 46-48 65(81) 66(91)
נכס בעין והנאה שיש עמה רווח 47
נעלמה עד שעת התביעה 80
שותפות ברווחים שנוצרו 46-48 93(22, 26)
זכייה ביזמת הזוכה (ראה גם: מזכה)
בסיס משפטי לחובת השבתה 49
הנאה שאין עמה רווח שזכה בה שלא במכוון 19 20
הנאה שאין עמה רווח שזכה בה במכוון 14-18
הנאה שיש עמה רווח 10-12
נכס בעין 9
הוצאות השבת הזכייה 32
וזכייה ביזמת המזכה 8 14 37 49 93(22)
מכוונת ולא מכוונת 14 19 33 80 144 145
משתמש בנכס חברו לשמירה על ענייניו 143-145
זכייה ביזמת המזכה (ראה גם: מזכה; מחנדב) 49 50
אינה מועילה לזוכה 44(40) 170(39)
בסיס משפטי לחובת השבתה (ראה גם: זכייה ביזמת הזוכה, בסיס משפטי לחובת השבתה) 43(39) 48
גובה ההשבה, העיקרון המנחה 41 44
הוצאות הזוכה, ניכויין 89-95
הוצאות השבת הזכייה 32
הקמת מחוברים במקרקעי הזולת — מקרה קלאסי 2 164 180 181
זוכה שהיה יזום בעצמו את הזכייה 44-46
זוכה המתנגד לזכייה (ראה: זכייה כפויה)
וזכייה ביזמת גורם שלישי 47-49 65(81)
זכייה ביזמת הזוכה 8 14 37 49 93(22)
זכות המזכה להשבה 1 2 37 44-46
חוק עשיית עושר, דגש על זכייה ביזמת המזכה 2
חסרון הקטן מהזכייה 71 72
כוונת המזכה, בחינתה 38 41 42 45-47 50 71 72 90 113 140
כללי תשלום ואפשרות סילוק 37-46
מזכה שהתכוון להרע לזוכה 41(25)
מציל שפעל בלא להתייעץ 120 133 139
מציל שפעל למרות התנגדות הזוכה 151 153 158
סילוק הזכייה
זכות הזוכה לתובעו 38 168-170
זכות המזכה לתובעו, העדרה 38 39 171-173

מפתח העניינים

ניחנת לסילוק ושאינה ניחנת לסילוק 37-39
שנעלמה עד שעת התביעה 80
סעיף 1(ב) לחוק עשייה עושר, חריגים לכלל 1 42(31) 99 117 157
פורע חובו של חברו — מקרה מיוחד 1 42(31) 99 157
שמירת ענין הזולת — מקרה מיוחד 1 42(31) 99 117 118(6) 149 157
זכייה כפויה 2 42 43 119 120 133(125) 149-156 158 168
זכייה הכרוכה בחסרון המזכה (ראה: זה נהנה וזה חסר; זה לא נהנה וזה חסר)
זכייה הכרוכה בחסרון קטן של המזכה 68-73
זכייה שנעלמה עד שעת התביעה (ראה: זמן מכריע לקיום הזכייה)
זכייה, סילוקה על פי דרישת הזוכה 34 37-39 45 49 71(123)
זכייה, שווייה (ראה: שווי הזכייה)
זכייה מתוך טעות (ראה גם: טעות)
טעות הזוכה
גובה התשלום בגינה 19 20
הוצאות ההשבה 33
וזכייה מכוונת 14 19 20
כסף שהתקבל בטעות, מתי נחשב להלווה 9(29)
משתמש בנכס חברו מתוך טעות 2
סבר בטעות שהפרה שלו ואכלה 19
עקיבה 78(12)
קבלת נכס בטעות, מתי מוגדרת כגזל 85(56, 58)
טעות המזכה
הקמת מחוברים במקרקעי הזולת (ראה גם: מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת) 165 166
התעשרות שלא כדין 2 5
כסף שהופקד בחשבון בנק בטעות 81(29)
כסף ששולם בטעות 5 8
מזכה שלא התכוון להועיל לזוכה 41 165 166
סחורה שסופקה בטעות 8 9 77
פרידמן, גישתו 44(41) 90(4)
רחץ מכונית חברו בחושבו שהיא שלו 41
זמן מכריע לקיום הזכייה 21 22
הנאה שאין עימה רווח 21-25 79 86
הנאתו הסובייקטיבית של הזוכה, מועד קביעתה 23
חסרונו של המזכה, מועד קביעתו 23
נכס בעין והנאה שיש עמה רווח 22 77-86 175
שווי הזכייה, מועד קביעתו 23
זן את חברו 12(52)
חוזה מכללא (ראה: מעין חוזה)
חוק עשיית עושר (ראה גם: סתירות בין החוקים הדנים בהשבה)
זיקת החוק למשפט העברי 1 7(25) 99 117 149 157 158
חוקים אחרים הדנים בהשבה 5(4)
מטרתו 1 2 5
מקורות ההשראה 1 7 5(3) 99 117 149 157 158
פרשנותו על פי המשפט העברי 1 2 7 8(25) 68 69 91 150
חיוב שאין לדחות את קיומו
הרחקת מטרד ציבורי 108
נימוק לפיצויים עבור הצלת מתאבד 154
נימוק לפיצויים עבור שמירת כבוד 125
פיצוי למקיימו במקום החייב 107
חיסכון
שאינו ודאי 12 13 101 105
הייתי מתענה 12 25(115) 59 101 105
ודאי כזכייה ברווח 9 11-13 24 59 101 104
ופורע חובו של חברו 104-106
חלוקת רווחים, בין הזוכה והמזכה 47 90-95 170(38)
חסרון המזכה (ראה גם: זה נהנה וזה חסר; מציל, פיצוי על נזקיו)
את גרמת לי היקפא יתירא 45(50) 59(44) 61(49) 71 94(32)
בלאי 15 63 64 69 70
היערדו כנימוק לפטור מחובת תשלום 53-55
הפסד השתכרות של מציל, הערכת הפיצוי עליו 131
זכייה ביזמת המזכה 41 42 45(50)
זמן מכריע לקביעתו 23
חסרון המלווה בהנאת המזכה 63 64
לא נגרם על ידי הזוכה 48 64-67
מניעת הנאה 62
מניעת רווח 61
נזק, אפילו נגרם באונס 62
נימוק לתשלום הזוכה 13-20 49 59
בנכס שאינו מקור הזכייה 63(69) 67 68
פחות משווה פרוטה 64
קדם לזכייה 64-67
קטן מהזכייה 86-73
הקשר בינו לבין הזכייה 64-68
שחרוריתא דאשייתא 15 63 64 69 70
של מה בכך 64
תחרות עסקית 67 68
טובת הנאה שאין עמה רווח
אכילה 48(72)

מפתח העניינים

בסיס משפטי לחובת התשלום בגינה 10(36) 13-19
27 54 55 62-64 67 68 70 72(130) 73(138) 100
הנאה חושית 23 86
הנאה לעומת רווח 8-10 12 13 22 46 47 49 50
53 54 79 80 85 89
הזוכה יכול היה להשיגה בזול או בחינם (ראה גם:
זה לא נהנה...) 14 16-20 23 41 42 44-46 50
62(58) 73 85(59) 119 120 134 135 139 145 155
174-176 185
חיסכון לא ודאי (ראה לעיל: חיסכון)
חסרון גדול מהזכייה 15(63) 63
חסרון קטן מהזכייה 68-73
ביזמת גורם שלישי, פטור מחשלום 47 48 65(81)
66(91)
ביזמתו הלא מכוונת של הזוכה 19 20
ביזמת המזכה 39-46 71 72
ביזמתו המכוונת של הזוכה 14-18 68-70
נעלמה עד שעת התביעה 21-25 79 86
תועלת 23 86
טובת הנאה שיש עמה רווח (ראה גם: כיצד הלה
עושה סחורה בפרתו של חברו; ממוני גבך;
משחרשי ליה)
בסיס משפטי לחובת ההשבה 8 10-12 49
הוצאות הזוכה, ניכויין 1 89-95
זה נהנה ממנה וזה לא חסר 49(77) 53 59
זמן מכריע לקיום הזכייה 22
חלוקת רווחים עם המזכה 90-95
חיסכון ודאי דינו כרווח 11-13
ביזמת גורם שלישי 46 47
ביזמת המזכה 39 40
נעלמה עד שעת התביעה 22 77-86 175
נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת 79
ופורע חובו של חברו 101 104-106
נכס בעין (ראה גם: זכות קניינית)
ביטול השעבוד מנכסים משועבדים 101
בסיס משפטי לחובת השבתו 8 9
זמן מכריע לקיום הזכייה 22
חלוקת רווחים 93
ביזמתו הלא מכוונת של הזוכה 19
מי שהושבה לו אבדתו 102 103
נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת 79
נעלם עד שעת התביעה (ראה גם: עקיבה) 22 77-86
שינוי פיזי שהשביח את נכס הזוכה 10 47 93 94
101
טעות (ראה גם: זכייה מתוך טעות)
איבוד הזכייה מתוך טעות (ראה גם: אונס
גמור) 77 79 82
טעות במדידה (ראה: מחוברים שהוקמו במקרקעי
הזולת, טעות במדידה שגרמה לכך)
ידו על העליונה (ראה גם: מחוברים שהוקמו
במקרקעי הזולת, תשלום תמורת קיומם) 70(174)
178
ידו על התחתונה (ראה גם: מחוברים שהוקמו
במקרקעי הזולת, תשלום תמורת קיומם) 36(169)
172(55) 174
יובל 10(165)
יזם הזכייה (ראה: זכייה ביזמת...)
יורד לנכסי חברו שלא ברשות (ראה גם: מחוברים
שהוקמו במקרקעי הזולת) 137 163 164
יורש שטעה, דוגמה לאיבוד זכייה בטעות (ראה גם:
מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת) 19 80 82
יישוב ארץ ישראל 46(57) 166(19)
ירושה (ראה: יורש שטעה)
מוריש שנהג ברשלנות, דין היורשים 82(35)
אחריות המשתמש בנכס חברו לשם הצלה 143

כוונת המזכה ביזמתו (ראה: זכייה ביזמת המזכה,
כוונת המזכה, בחינתה; מחוברים שהוקמו במקרקעי
הזולת, כוונות המקים)
כוונת הזוכה 40
הקמת מחוברים 168 169 171 177-180
זכייה ביזמתו המכוונת 14
זכייה שלא ביזמתו המכוונת 19 80 145
רצונו המשוער של הזוכה בזכייה ביזמת
המזכה 42-46 49 50
כופין על מידת סדום 55 57(26 29) 62 70
כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו 11 13 21
30 53 54(9) 92(20) 93(29) 94(31) 185
כסף
ששולם בטעות 5 8
שהופקד בטעות בחשבון בנק 81(29)

לא יהא חוטא נשכר 69 70
לא תוכל להתעלם 132(119)
לא תעמוד על דם רעך
הוצאות לשם הצלה, חובה 134
הצלת חיים 117 121 157
זוכה מתנגד להצלה 154 155
וחילול שבת בפיקוח נפש 122(35)
מאבד עצמו לדעת 154(41)
קופת חולים 127(77)
רופא קופת חולים 127(77)
שומע מזימה לפגוע באחר 123(42)
שכרוהו כדי שיציל 127 128
לשון הרע 125((56)

מבריח ארי
גורם לחיסכון אצל חברו 11(44) 24(113) 105

מפתח העניינים

הגדרה 101 102 151
מציל ומבריח ארי 101־106 118 121 123 124 130(96) 135 (142)145 (16)151
פורע חובו של חברו 101־107 113 151 152 157
מדפיס, עם סדר דפוס ששילם חברו עבורו 92
מודר הנאה
השבת אבדתו 102(23)
פריעת חובו 100
מזיק (ראה: נזיקין)
מזכה
אינו יהודי 48(68)
זכייה ביזמתו (ראה: זכייה ביזמת המזכה; מתנדב)
ממון שאין לו תובעין (ראה להלן: קופה של צדקה)
קופה של צדקה 30־32
תשלומים למזכה
בגין טובת הנאה שאין עמה רווח (ראה: טובת הנאה שאין עמה רווח, גובה התשלום...)
מציל ערכי הזולת (ראה גם: הצלה, שיפוי על הוצאות ונזקים) 118
מקים מחוברים במקרקעי הזולת (ראה: מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת, תשלום תמורת קיומם)
פורע חובו של חברו כשהוא זכאי להשבה 113
מחאה, של המזכה לזכיית הזוכה (ראה גם: זה נהנה וזה לא חסר, חריגים לפטור) 56־58 63(69) 67
מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת
בעל מקרקעין שהיה יוזם בעצמו את ההקמה 168 169 176־178
הוראות החוק הישראלי לעומת המשפט העברי 163 164 166
הושכרו לאחר 53 92
התאמתם למקרקעין 166 168 172 173 176־178 180
ניצול יעיל של המקרקעין 167 171 173 177
ניצול לא יעיל של המקרקעין 167 172 173 177־179
ניצול סביר יחיד של המקרקעין 167 168 171 173 177
שדה שאינה עשויה ליטע 164 167(21) 170(38)
שדה העשויה ליטע 150(6) 164 166(17) 167(22)
התנגדות בעל המקרקעין לפני ההקמה 150(6)
התנהגות בעל המקרקעין לאחר ההקמה 177־179 183
טעות בזיהוי השטח שגרמה לכך 177
טעות במדידה שגרמה לכך 164 166 172 177 183 184
כוונות המקים 164 165 168 171 172 176 177 180 185(136)
מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת (המשך)
מכחישים את הקרקע (ראה להלן: סילוקם)
מכירת המקרקעין למקים 169 173 183
המקים
גזלן קרקעות 166 172 177
מחזיק ברשות 179
הנחשב כמי שלא פעל לתועלת בעל המקרקעין 166 172(54)
הנחשב כמי שפעל ברשות בעל המקרקעין 167־170 179
הנחשב כמי שפעל לתועלת בעל המקרקעין 165
שמכר את זכויותיו בהם 170(40)
סבר בטעות שהוא היורש היחידי של המקרקעין 166 167 169 172
סבר בתום לב שהוא בעל המקרקעין 183
רכש המקרקעין מגזלן 165 167(25) 172 180
רכש את המקרקעין ואח"כ התבטלה העסקה 165 167 169 172 176 179
במקרקעין משועבדים 165(8, 12)
סוג המחוברים 166 168
סילוקם
בעלות במחוברים שסולקו 182
ברירת בעל המקרקעין 32 42(28) 165 167־168 170
ברירת המקים 165 167־169 170־173 186
גילה בעל המקרקעין רצונו לרוכשם 169(37)
הגבלת זמן להחלטת בעל המקרקעין 182 183
הוצאות הסילוק 32 181 182
יתקלקלו עם סילוקם 169 170
לא נגרם כל נזק לבעל המקרקעין 171
מחאת בעל המקרקעין לפני ההקמה 150(6)
נגרם נזק למקרקעין בהקמתם בקיומם או בסילוקם 166 168 170־173 177 178
על חשבון המקים 181 182
על ידי מכירה 169 170
פונקציה של מידת התאמתם למקרקעין 166־168
פיצוי במקום סילוק 34
קיזוז 186
רכישת המקרקעין ע"י המקים 183 184
שוויים 172 175 177 179 180
לשימושו הזמני של המקים 166
שעת רכישת הבעלות עליהם ע"י בעל המקרקעין 16 169 171 172 175 177 178
תנאי התשלום 185 186
תשלום לבעל המקרקעין תמורת השימוש במקרקעין 184־186
תשלום תמורת קיומם 180 181
הוצאות המקים, החזרן 174 177 179
הנאה סובייקטיבית של בעל המקרקעין 174

nevo.co.il

התאמתם המחוברים למקרקעין, השלכותיה 167
173-181 185 186
התנהגות בעל המקרקעין לאחר ההקמה,
השלכותיה 178 179
זמן מכריע לקביעת גובה התשלום 175 178
מחיר קבלן 41(23) 175 180
משפט ישראלי 173 174 178(96)
העיקרון המנחה 176 177
עליית ערך הקרקע 174
שבח, הגדרתו 174 175
שווי המחוברים בשוק, הגדרה 174 175 177-179
שיעורו 174-186
מחילה
של המזכה, נימוק לפטור בזה נהנה וזה לא
חסר 55 56 59(45) 62 64 68 70 71
של המלווה, נימוק לשלילת פיצוי מהפורע חובו
של חברו 105 111
של מציל, שיכול להיוועץ בניצול ולא נועץ 132
152
של הפורע חובו של חברו, נימוק לשלול ממנו
פיצוי 104 105 109(68)
מיסים, פטור מתשלומם על חשבון הזולת 11-12
מכר
שהתבטל 80 83 84 85(59) 165 167 169 173 179
פריעת חוב חברו הנובע ממנו 107
מלמד תורה, שכרו 125 126(73) 127(77)
ממון שאין לו תובעין 30-32
ממנא לא בטיל (ראה גם: ערבוב
מיטלטלין) 78(12)
ממוני גבך, נימוק לחובת השבה 9 10 12 13 26
43(39) 44(40) 47 53 77-81 85 101
מניעת הנאה 62 63
מניעת הפסד (ראה: חיסכון; מבריח ארי)
מניעת רווח 61
מעות עניים, הנאה מהם 31
מעילה
גזבר שמעל בקופת צדקה 31
בהקדש 17(71) 55-57
מעין גזל 15 16
מעין הלוואה 16-18
מעין חוזה
במשפט האנגלי 6 26 56(22) 94(33)
נימוק לזכות המציל לפיצוי על הוצאותיו 137 139
נימוק לחובת התשלום
כשהזוכה גילה נכונות לשלם 58(35) 59
בזכייה ביזמת המזכה 44(39)
בזכייה שכרוכה בחסרונו של המזכה 17(73)
55(22)
כשהמזכה מחה נגד הזוכה 57
רכישת מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת 169
מפרנס את אשת חברו (ראה גם: פורע חובו של
חברו) 100 106 107 109(68) 110
מצווה, שכר על קיומה
איסור קבלת שכר, הכלל 125 126
חריגים לכלל
מקיים מצווה אגב עיסוק במקצועו 126 127
מתפרנס מפעולות מצווה 126
פעולת הכנה לקיום מצווה 128 129
שליח המקיים מצווה עבור שולחו 127 128
תקנת חכמים המתירה קבלת שכר 126
מצווה קעביד (ראה גם: מחילה, של הפורע חובו של
חברו, נימוק לשלול ממנו פיצוי) 103(23) 104
מציל (ראה: הצלה)
מציל עצמו בממון חברו 152
מקח טעות (ראה: מכר, שהתבטל)
מקים מחוברים במקרקעי הזולת (ראה: מחוברים
שהוקמו במקרקעי הזולת)
מקיף שדותיו והקיף גם שדה אחר (ראה: זה נהנה
וזה חסר)
מקרקעין (ראה גם: מחוברים שהוקמו במקרקעי
הזולת)
שימוש בכח לסילוק מסיג גבול 163 181 182
משכון 67 100(9) 105 112(87)
משפט אנגלי 1 5 8(25) 20 26 40 94(33)
משתרשי ליה 11 12(52) 13(54) 24(113) 25(115)
41(25) 43(39) 53
מתאבד, פיצוי למציל אותו 154 155
מתנדב 1 39 40 48(68) 89(4) 181

נזיקין
הרחקת נכסים מבעליהם 33
זוכה שהזיק לזכייה לפני שעת החביעה 82-84
ומחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת 164
מניעת הנאה 62 63
מסלק מטרד שיצר חברו 108
נהנה תוך כדי גרימת נזק שהוא פטור עליו 14 62
נזק עקיף (ראה: גרמא בנזיקין)
נזק מתוך אונס 62
פיצוי על נזק כנימוק לתשלומי הנאה 14-16 18 54
61-63 72(130)
פיצוי על נזקי המציל (ראה: הצלה, פיצוי על
הוצאות וגזקים)
תשלומי נזיקין 20 22 33 80 82-84 106
ניכויים מהשבה (ראה: השבת הזכייה, ניכויים
מהשבה)
נכס
בסיס משפטי לחובת השבתו 8 9 22
בעין, שנעלם עד שעת החביעה 22 78-86

מפתח העניינים

הגיע לזוכה ביזמת המזכה 40
הוצאות השבתו 32 33
השבחתו (ראה: השבחת נכסים)
השבתו או השבת תמורתו 33 34
זכה בו קטן ביזמת המזכה 27
חיסכון ודאי כנכס בעין 12
ממון שאין לו תובעין 32
נגנב על ידי קטן 26
רווח ממשי כנכס בעין 12 22
ושירות או טובת הנאה 10
נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת (ראה: השבת הזכייה, בלתי צודקת)

סבירות, פעולת הצלה (ראה: הצלה, סבירותה)
סדר דפוס, הדפסה באמצעות סדר דפוס ששילם אחר עבורו 92
סחורה שסופקה בטעות 8 9 77
סיגוף עצמי, איסורו 123 155 156
סילוק הזכייה (ראה: זכייה, סילוקה על פי דרישת הזוכה)
סילוק מחוברים שהוקמו שלא ברשות במקרקעי הזולת (ראה: מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת, סילוקם)
סכנה
שמותר להסתכן בה 122 156
סבירות הערכתה 118 119
בהצלת בריאות 123
בהצלת חיים 121-123
בהצלת כבוד 124 125
בהצלת רכוש 124
סתירות בין החוקים הדנים בהשבה 2 40 160 181 184

עונשין 29
עושה סחורה בנכס חברו (ראה: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו)
עקיבה 6 9(31) 22(109) 26 32 78 79 81
ערב שפרע לפני שנתחייב לכך 109 111
ערבוב מיטלטלין של בעלים שונים 40 42 43 48(67) 78 81 91
ערבוב ממון של בעלים שונים (ראה גם: עקיבה) 78 81
ערלה 47(65)

פגם משפחה (ראה: הצלת כבוד)
פולש לדירת חברו 58 62 63
פורע חובו של חברו
אינו זכאי להשבה 99-106 151
בעל חוב דוחק 107(54)
התנגדות החייב לפירעון חובו 108 109
זכותו להשבה
אילוץ מוצדק לפרוע 106 109 110
אסור היה לדחות את תשלום החוב 107 108 125 154
חוב הנובע מעסקת מכר 107
חוב ששולם תמורת פדיון נכסים שעוקלו שלא כדין 108(56)
חייב שגילה שהוא מחכוון לפרוע את החוב 60(45) 112
טענת הגנה 110
ערב שפרע לפני שנתחייב לפרוע 109 111
רצון להגן על אינטרס חוקי 109 110
שותף, פריעת חובו 108
תפס משכון מהמלווה 100(9) 112(87)
זכייה ביזמת המזכה 1 42(31) 99 157
מלווה שאינו יהודי 112(84)
מפרנס אשת חברו 99 100
מפרנס בתו במקום בעלה 109(68)
משלם תשלומי נזק במקום חברו 107
פרע בעל כורחו 106(41)
ושומר על ערכי חברו 99 123 118(7) 130(89) 133 151 157 158
שיעור הפיצוי, כשהפורע זכאי להשבה 113
פטור מחובת השבה
זכייה שאינה כרוכה בחסרון המזכה (ראה גם: זה נהנה וזה לא חסר) 54 55 61(54)
זכייה שאינה מועילה לזוכה 44(40)
זכייה לא ישירה 102
זכייה שנעלמה לפני שעת התביעה 22-25 77-80
חסרון המזכה נגרם על ידי גורם שלישי 48
חסרון המזכה קדם לזכייה 64-67
מבריח ארי (ראה: מבריח ארי)
נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת 1 5 37 49 77 79
נפרע חובו על ידי אחר 99
סמכות בית המשפט לפטור מחובת השבה 1 5 49 68 69 77
ערך נכסי הזוכה עלה בלא שנשתנו שינוי פיזי 10(36) 94(32)
פיקוח נפש, הגדרתו 122 123
פיקציות משפטיות 6 78(12) 81(29)
פסול דין (ראה: זוכה, פסול דין)
פעולה לשמירת עניין הזולת (ראה: הצלה)
פרה שאכלה תבואה ברשות הרבים 19 20
פרה שנפלה על פירות וניצלה מחבטה 62
פרנסה
התחזות למענה 156
הסתכנות למענה 122 156

מפתח העניינים

מפרנס אשת חברו 99 100
מפרנס בתו כמקום בעלה 109(68)
פעולות שיש בהן מצווה, פרנסה מהן 126
פרשנות החוק על פי המשפט העברי 1 2 7 8(25)
68 69 91 150

צדק (ראה: בית המשפט; השבת הזכייה, בלתי צודקת; שיקולי צדק)
צדק טבעי 5 6 20 21 26 28 77
צדקה (ראה: ממון שאין לו תובעין)

קבלן, ששינה מהוראות המזמין 169(36)
קובר אשת חברו 107
קופת חולים (ראה: לא תעמוד על דם רעך, קופת חולים)
קופת צדקה (ראה: ממון שאין לו תובעין)
קטן
שגגב 26 32(161)
שזכה בטובת הנאה 27 28
שזכה בנכס בעין 26 27 32(161)
שלווה 27
קיזוז חובות 110 135 186
קים ליה בדרבה מיניה 66(87)
קניין חצר 27(124) 166(15) 172(54)
קנס 15(62) 29 69 70 72
קרקע אינה נגזלת 15(66) 30 62
קרקע בחזקת בעליה עומדת 62

רווח (ראה: גורמים ישירים לרווח; חלוקת רווחים; טובת הנאה שיש עמה רווח)
רופא
פעולה שלא הועילה 136(145) 138
שביתת רופאים 127 128(77)
שכר בטלה 118(8) 134(133)
שכרו 125 127 128(77) 129
רשלנות, איבוד הזכייה כתוצאה ממנה 83 84(53) 85

שבח, קביעת שיעורו (ראה גם: מזכה, החזר הוצאותיו) 174
שביתת רופאים 127 128(77)
שדה שהוקף גדר על ידי הזולת 38 45 58
שווי הזכייה (ראה גם: מחוברים שהוקמו במקרקעי הזולת, שוויים)
הזמן המכריע לקביעתו 23
והנאתו הסובייקטיבית של הזוכה 14 62(58) 86(59)
כללי 14-18 63 89 157
שווי הזכייה קטן מחסרון המזכה 15(63) 63
שווי השוק 14
תשלום בגובה שווי הזכייה למזכה ביזמתו 41-46
שוטה (ראה: פסול דין)
שומרים
אחריות המשתמש בנכס חברו לשם הצלה 143
ווכה כשומר 9(28) 84 85
טענה שיכול היה לפטור עצמו מתשלום ע"י ביצוע עבירה 105(34)
מוריש שנהג ברשלנות, דין היורשים 82(35)
ממון שאין לו תובעין 31
נימוק לחיוב הזוכה גם אם איבד את הזכייה 22 80 83 84
שותפות
וחיוב זוכה להשתתף בהוצאות שכנו 60(45)
נוצרה בהקמת מחוברים במקרקעי הזולת בלא רשותו 169 170(38)
נוצרה בערבוב מיטלטלין 47 48
נוצרה עקב שינוי מהותי בנכס המזכה 10 93
פורע חובו של שותפו 108
ברווחים, בין הזוכה והמזכה 47 90-95 170(38)
שחרוריתא דאשייתא (ראה: חסרון המזכה, שחרוריתא דאשייתא)
שיעבוד, הסרתו מעל נכסי חברו כתוצאה מפירעון חובו 101 102 111
שיקולי צדק 21 28 55 77 78(12)
במשפט האנגלי 5 6 20 21 26
במשפט הישראלי 6 7 20 77 163
שירות, זכייה שחובה לשלם עבורה (ראה גם: זכייה) 10
שכירות
בית שהוקם במקרקעי הזולת, השכרתו 53 92
נכס גזול שהושכר, למי מחזירים את דמי השכירות 11(37) 30 53(9)
משתמש בנכס שעמד להשכרה (ראה גם: חסרון המזכה) 61 80(18) 144
שוכר בית לפני פסח ונמצא שאינו ברוק 110(69)
שוכר ששילם חובות המשכיר לרשויות 110
שכנים
חיוב זוכה להשתתף בהוצאות שכנו 60(45)
71(125) 140(163, 164)
שכר בטלה 126(74) 131 132 134(133)
שכר טרחה, מרכיב בחישוב ההוצאות 90(6) 174(64)
שכר עבור קיום מצווה (ראה: מצווה, שכר על קיומה)
שכר ראוי 89(4) 90(6)
שלא יהא חוטא נשכר 69 70
שליח
הרוויח עקב שליחותו 92 93

מפתח העניינים

קיום מצוות השבת אבדה על ידי שליח 127
קיים מצווה עבור שולחו, שכרו 127 128
שמירת בריאות (ראה: הצלה מסכנה בריאותית)
שמירת חיים (ראה: הצלת חיים)
שמירת כבוד (ראה: הצלת כבוד)
שמירת רכוש (ראה: הצלת רכוש)

תביעה אובליגטורית 9(29) 79 81(29)
תום לב
איבוד הזכייה בתום לב 82
הצלה בתום לב 118 136
הקמת מחוברים בתום לב במקרקעי הזולת 164
165 167 169 172 173 183 184
קבלת נכסי המזכה בתום לב 85(56, 58)
תואנה הוא מבקש 167(23) 169
תועלת, זכייה שאין עמה רווח 23 86
תחליף הזכייה (ראה: עקיבה)
תחרות עסקית 67 68 94
תנאי בית דין, בהצלה 143 144
תקנות חכמים (ראה גם: תנאי בית דין)
פיצוי על הפסד השתכרות 131 132 134
קטן יכול להתחייב לצורך הנאתו 27 28
שכר עבור קיום מצווה 126
תקנת השבים (ראה: תקנת השבים)
תקנת השוק (ראה: תקנת השוק)
תקנת השבים 29(138) 30 33 34 183
תקנת השוק, בכסף 81(26)
תשלום בטעות (ראה: טעות)

nevo.co.il

מפתח המקורות

מקרא

ויקרא יט, טו 117
דברים ד, ה 125
טו, ד 117
יח, ג 12
כ, יט 166
כב, א 117
ירמיהו יז, יא 5

משנה

כתובות יג, ב 99
נדרים ד, ב 100
גיטין ה, ה 33
בבא קמא ב, ב 15 24 61
ו, ב 145
ט, א 28
ט, ד 174
בבא מציעא ג, ב 11 21 30 53 185
י, ב 186
י, ג 69
בבא בתרא ב, א 60
בכורות ד, ו 125

תוספתא

בבא קמא י, ג 174

תלמוד ירושלמי

דמאי ו, ח 92
מעשר שני ב, א 93
כתובות ד, ו 109
יג, ב 102 105 111 112
נדרים ד, ב 102 105 111 112
גיטין ה, ו 179 182
קידושין ב, ח 79

תלמוד בבלי

פסחים כז, א 93
ביצה לח, ב 78
תענית יא, א 156
כתובות ל, ב 64
לד, ב 19 22 82 85
סז, ב 155
פו, א 83
צח, ב 92
נדרים לג, א 101 118
לג, ב 102
לד, א 102
מא, ב 102
גיטין מו, ב 154
נה, א 34
קידושין ח, ב 123
יח, א 125
בבא קמא יט, ב 19 20
כ, א 5 13 15 23 54 61 73
כ, ב 38 43 54 55 58 60 64 69 94 186
כא, א 54
מ, ב 105
מז, א 92
נח, א 101 118 145 151
ס, א 14
צא, ב 156
צז, א 92
ק, ב 174
קא, א 10 93
קיג, ב 108
קטו, ב 102 120 124
קטז, א 138
קטז, ב 138
בבא מציעא לג, א 117
לה, ב 11 92 185
מב, ב 11 12 24 48 84
קא, א 47 163 164 167 174 175 178
קא, ב 122 166
קטז, ב 186
בבא בתרא ה, א 41
סנהדרין יא, א 124
עג, א 117 121 123 127
חולין קל, ב 31
קלא, א 11 32 53
קלב, ב 83
בכורות כט, א 125

מפתח המקורות

ראשונים

אברבנאל, פירוש המקרא, ירמיהו יז, א 5
בית הבחירה (ראה גם: המאירי)
יבמות קו, א 127
בבא קמא נח, א 102 103
צג, א 31
קטז, א 138
סנהדרין יא, א 124
עג, א 127
חולין קל, ב 30
ס' החינוך, מצוה ו 83
ר' חננאל (ראה: ר"ח)
ס' חסידים, מובא ברמ"א, יו"ד, רמב, לד 126
טור, יו"ד, רמו 126
שלו 127
חו"מ, עב, כז 33 85
קה, ח 110
קכח, א 100
קנח, טז 71
קעה, מג 166
רלב, טו 85
רלה, יח 27
רסד, א 130
רסה, ב 131
שסג, ה 30
שסג, ו 58
שסג, ז 71
שעא, כ 29
שעא, י 15 16 55 63
שעה, ב 32 174 176 177 178
שפו, ג 61 62
שצד, א 145
תכו, א 118 134
יד רמה (ראה גם: רמ"ה), סנהדרין
לג, א, ד"ה בבא דתריסר 33
עג, א 135
ר' יהונתן, מובא בשיטה מקובצת
בבא קמא צו, ב, ד"ה כרב בהו 29
קטז, א 137
ר' יוסף קרא, פירוש המקרא, ירמיהו יז, יא 5
ר' ישעיה, מובא בשיטה מקובצת
בבא קמא כ, א, ד"ה לא צריכא 29
כא, א, ד"ה כהדיוט 56 57
המאירי (ראה גם: בית הבחירה), פירוש המשנה,
נדרים ד, ב 102 103
מגיד משנה, על הרמב"ם, אישות יד, כד 107
גזלה ואבדה ג, ט 69
ה, יב 108
יב, ה 124
מלוה ולווה כו, ט 9
טוען ונטען ה, יא 27
נחלות ט, ד 168 169
מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, שו"ת (פראג), מהד'
בלאך, חלק ד, סי' לט 120 122 123 124 125 135
150 154
מהר"ם בר' ברוך, תשובה המובאת במרדכי,
בבא קמא, פרק ו, סי' נט 121
בבא מציעא, פרק ח, סי' שעא 67
מהר"ם מפאדוואה, שו"ת, סי' סד 136
מלחמות ה' (ראה: רמב"ן)
מרדכי, כתובות, פרק י, סי' רלז 108
פרק יג, סי' שיא 109
פרק יג, סי' שיא 109
בבא קמא, פרק ב', סי' טז 62 65
סי' יז 64 65 66
פרק ו, סי' נט 121 154 155
פרק ח, סי' קא 31
בבא מציעא, פרק ח, סי' שעא 67
מובא בבית יוסף, חו"מ, שסג, ו 58
נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק א (ב, א) 79
פרק ב (ח, ב) 15 54 55 61 63 68
(ט, א) 14 63 69 70
פרק י (מב, א) 124 134
בבא מציעא, פרק א (ח, א) 167 169
פרק ג (יט, ב) 21
(כב, ב) 78 165 166 167 169 174 176 180
פרק ח (נח, א) 17 178 179
(נח, ב) 171
בבא בתרא, פרק א (ב, ב) 179
(ג, א) 172
פרק ח (סה, א) 9
מובא בבית יוסף, חו"מ, שעה, ז 11 21
מובא ברמ"א, חו"מ, שעה, ז 53
ראב"ד, השגות על הרמב"ם, גזלה ואבדה י, ה 166
מלוה ולווה כו, ו 109
ראב"ד, מובא בריא"ש, בבא מציעא,
פרק ג, סי' כד 84
פרק ח, סי' כג 185
מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא נו, ב ד"ה
קמ"ל 145
קיז, ב 144
בבא מציעא קא, א ד"ה אלא 48
רא"ה, מובא בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב (ח,
ב) 15 55 63 68
מובא בשיטה מקובצת, כתובות לד, כ 12
רא"ש, פסקים, כתובות, פרק ד, סי' יז 9 79
קידושין, פרק ב, סי' לא 79
בבא קמא, פרק ב, סי' ו 61 70

מפתח המקורות

סי׳ ח 16
פרק ו, סי׳ ו 105 145
פרק ט, סי׳ טז 48
סי׳ יז 49
פרק י, סי׳ יג 108
בבא מציעא, פרק ב, סי׳ כד 131
סי׳ כח 131 132
פרק ג, סי׳ ה 21 84
פרק ח, סי׳ כב 167 176 177
סי׳ כג 38 167 168 169 178 185
פרק ט, סי׳ לג 166
סנהדרין, פרק ח, סי׳ ב 134
בכורות, פרק ד, סי׳ ה 126
רא״ש, שו״ת, כלל סה, סי׳ ב 138
כלל עג, סי׳ ט 109
כלל צג, סי׳ ב 33 85
כלל קב, סי׳ ח 85
רא״ש, תוספות
כתובות ל, ב, ד״ה ואי דלא מצי לאהדורה 67
בבא מציעא קא, א, ד״ה ולימא 47
רא״ש, מובא בטור חו״מ, רלה, יח 27
מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קטו, ב 124
בבא מציעא צט, ב, ד״ה כהדיוט 57
רגמ״ה, מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קטו, ב 124
ר״ח, בבא קמא כ, א 73
מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז, א 138
ר״י ן׳ מגאש, שו״ת, סי׳ קפו 156
ריב״ש, שו״ת, סי׳ תקטו 16 172
ריטב״א, חידושים, כתובות קח, א, ד״ה שם 102 105
קידושין נח, ב, ד״ה אמר אביי 129
בבא מציעא לה, ב, ד״ה והשואל 21 30
מב, ב, ד״ה משחבע 84
חולין קל, ב 31
קלא, א, ד״ה אלא, ד״ה ת״ש הרי שאנסו 12
מובא בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב (ט, א) 70
רי״ף, בבא קמא, פרק ב (ט, א) 15 55
בבא מציעא, פרק א (ח, ב) 180
ריצב״א
מובא בתוספות, כתובות ל, ב, ד״ה ואי 66 67
מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא טו, א, ד״ה הא 167
רמב״ם, יד החזקה, דעות ג, א 156
אישות יד, כד 107
נדרים ז, א 126
מתנות עניים ז, ט 155
שמיטה ויובל יא, ח 165
נזקי ממון ג, יא 145
גנבה א, ח 9 26
גזלה ואבדה ב, ב 29
ג, ט 54 60 69
ה, ד 33
ה, יב 108
יב, ד 131
מכירה טז, ט״יא 85
כט, א 27
שכירות א, ו 11
מלוה ולווה כו, ו 105 109 112
טוען ונטען ה, יא 27
רמב״ם, פירוש המשניות, נדרים ד, ב 126
רמב״ם, שו״ת (מהד׳ בלאו), סי׳ תמד 69
רמב״ן, חידושים, בבא מציעא טו, א, ד״ה תדע 167
ל, ב, ד״ה מתניתין 103 104 106 118 119 129 133 145 150 151 153
מ, א, ד״ה ואי קשיא לך 41 165 166 172 176
קא, א, ד״ה וקסבר 179
קטז, ב, ד״ה מתניתין 78
בבא בתרא ד, ב, ד״ה מתניתין 150
רמב״ן, מלחמות ה׳, בבא מציעא, פרק ח (נח, א) 178
בבא בתרא, פרק א (ב, כ) 71
רמב״ן, תורת האדם, שער המיחוש 127
רמב״ן, מובא בבית יוסף, חו״מ, קה, ח 181
קצד, ג 13
מובא בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק י (מב, א), ד״ה ואם 134
בבא מציעא, פרק א (ח, א) 167
מובא בספר התרומות, שער סז 106 110
רמ״ה (ראה גם: יד רמה), מובא בטור, חו״מ, קנח, טז 71
שסג, ה 30
שעה, ב 32 176 178
מובא בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ב (ח, ב) 54
(ט, א) 14 63 69
רמ״ך מסקרסטה, מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קטז, א 137
ר״ן, חידושים, בבא מציעא קא, א, ד״ה ומהא 17 70
סנהדרין עג, א, ד״ה גמרא 122
ר״ן, על הרי״ף, כתובות, פרק ו (כט, ב) 154
חולין, פרק י (מד, ב) 30 32
ר״ן, פירושים, נדרים לג, ב, ד״ה ולעניין הלכה 105
לה, ב, ד״ה הא קמהני ליה 126
לז, א, ד״ה וכתיב 125
מא, ב, ד״ה אלא 102 126 133 151
רשב״א, חידושים, נדרים לג, ב 105
בבא קמא כ, א, ד״ה אלא 17 56

מפתח המקורות

כ, ב, ד"ה שאני 64
כ, ב, ד"ה שאני 17 70
כא, א, ד"ה כהדיוט 56
ד"ה אמר 63
ד"ה הא דאמרינן 27
בבא מציעא לא, ב, ד"ה כפועל 118 129 145 151
לה, ב 21 30
רשב"א, שו"ת, חלק א, סי' תלא 156
חלק ד, סי' יג 15 17 53 55 77
סי' נד 150
רשב"א, מובא בבית יוסף, חו"מ, שעה, ז 39 171 172 178 179
מובא ברמ"א, חו"מ, שעה, ז 53
מובא בר"ן (חידושים), בבא מציעא קא, א, ד"ה ומהא 17 70
מובא בר"ן על הריף, כתובות, פרק ד (יח, א) 9
רשב"ש, שו"ת, סי' קע 156
רש"י, כתובות ל, ב, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה 67
גיטין נה, א, ד"ה מריש 33
ד"ה בירה 34
ד"ה מפני תקנת השבים 34
קידושין נח, ב, ד"ה בשכר הבאה 129
בבא קמא כ, א, ד"ה זה לא נהנה 73
כ, ב, ד"ה שחרוריתא דאשייתא 69
קטו, ב, ד"ה בעקל 124
בבא מציעא לג, א, ד"ה כל המקיים בעצמו כך 130
מב, ב, ד"ה הא קמשתרשי ליה 24
צט, ב, ד"ה כהדיוט מדעת דמי 57
קא, א, ד"ה ידו על התחתונה 174
ד"ה לא בעינא 178
קא, ב, ד"ה משום כחשא דארעא 171
קז, ב, ד"ה אם השבח 174
סנהדרין נז, א, ד"ה צערא בשעתא מי ליח ליה 64
עב, א, ד"ה אבל לענין 85
חולין קל, ב, ד"ה ד כתיב בהו זה 12
קלא, א, ד"ה שאני התם דקא משתרשי ליה 11 53
בכורות כט, א, ד"ה ושכר מילוי המים 129
רש"י, תשובה המובאת בבית יוסף, חו"מ, עב, ד 83
שיטה מקובצת, כתובות ל, ב, ד"ה אי דמצי לאהדורה 66
קח, א, ד"ה הא קא משתרשי ליה 125
בבא קמא כ, א, ד"ה לא צריכא 29
כא, א, ד"ה כהדיוט 56 57
ד"ה והרשב"א 56
ד"ה הא 27
נז, ב, ד"ה קמ"ל 145
צו, ב, ד"ה כרב בהו 29
קטו, ב 124
קטז, א 137 138
קטז, א, ד"ה וזו 138
קיז, ב 144
בבא מציעא טו, א, ד"ה הא 167
מב, א, ד"ה משתבע 84
מב, ב 24
צט, ב, ד"ה כהדיוט 57
ר' שמתה הכהן, מובא במחנה אפרים, הל' שכירות, סי' יז 129
תוספות, כתובות ל, ב, ד"ה ואי דלא מצי לאהדורה 66 67
ד"ה לא צריכא 17 64 66 70
קז, ב, ד"ה חנן 13
קח, א, ד"ה הא 100
נדרים לז, א, ד"ה הא 125
בבא קמא כ, א, ד"ה זה 17 55 56
כ, ב, ד"ה הא איתהנית 65
ד"ה טעמא 58 59 60
כא, א, ד"ה כהדיוט 56 57
ד"ה ויהבי 17 70
מו, ב, ד"ה ה"ג 79
נח, א, ד"ה א"נ 101 103 105 107 124 132 145 151 153
קא, א, ד"ה או 10 48 49
בבא מציעא כב, א, ד"ה מר 55
לה, ב, ד"ה תחזור 21
מב, ב, ד"ה הכא 84 85
קא, ב, ד"ה בשדה 46
בבא בתרא ה, א, ד"ה אע"פ 60
חולין קלא, א, ד"ה שאני 11 12 13 25 59 101 105
בכורות כט, א, ד"ה מה 126
תוספות ישנים, כתובות ל, ב 49
תורת האדם (ראה: רמב"ן)
תלמידי הרשב"א, מובאים בבית יוסף, חו"מ, שעה, כ 43 168
שעה, ז 171 172
תלמידי רבנו יונה, מובאים בשיטה מקובצת, כתובות קח, א, ד"ה הא קא משתרשי ליה 125
ס' התרומות, שער מד 109
שער סז 106 110
ס' התרומות, מובא בבית יוסף, חו"מ קה, ח 181
תרומת הדשן, שו"ת, סי' שו 105
סי' שיד 78
סי' שטז 130 143 144

מפתח המקורות

אחרונים
אבן האזל, על הרמב"ם, גזלה ואבדה יב, ג 125 126
אבני נזר, שו"ת, או"ח, סי' מד 184
סי' שכה 184
חו"מ, סי' ח 165 166 168 171 172
אגרות משה, שו"ת, יו"ד, חלק א, סי' קלח 126
חלק ג, סי' סט 126
חו"מ, סי' נז 47
סי' פח 28
סי' קג 156
סי' קד 122
אגרות הראיה, חלק ג, איגרת תתנב 122
אולם המשפט, סי' רלו 130
סי' רעד 143
אור שמח, על הרמב"ם, נזקי ממון א, ב 14 15 17 54
ג, ב 12 24 47 81
גזלה ואבדה ג, ח 29
ג, ט 58
אורים ותומים, חו"מ, אורים, סי' לד, ס"ק לט 118 125
סי' קכח, ס"ק א 112
תומים, סי' יב, ס"ק ה 105
סי' עז, ס"ק ד 108
סי' קכח, ס"ק א 111 113
אמרי בינה, חלק ב, סי' ל 33
סי' לט 33
אמרי ברוך (ראה: הגהות אמרי ברוך)
אנציקלופדיה תלמודית, ע' אסמכתא (ב) 84
ע' הקדש 17
באר אליהו, סי' א, ס"ק כה 29
באר הגולה, חו"מ, שסג, אות ג 63
אות ד 68
באר מים חיים, על חפץ חיים (ראה: חפץ חיים)
ב"ח, על הטור, יו"ד, קעז, קונטרס אחרון 85
חו"מ, צו, כג 9 81
קכח, א 105
קל, ב 109
קנת, יד 71
רלב, טו 84 85
בית יוסף, על הטור, חו"מ, עב, ד 83
עז, ב 109
עז, ט 109
קה, ח 106 110 181
קצד, ג 13
שסג, ה 29
שסג, ו 58
שסג, ז 69
שעה, א 167
שעה, ב 41 43 168 176 177
שעה, ג 165
שעה, ז 11 21 39 165 171 172 178 179
שפ, ז 107
בירור הלכה, פסחים כו, ב, ציון ד 93
בית יעקב, שו"ת, סי' קמח 121 151 154 155
בית שלמה, שו"ת, חו"מ, סי' קכב 66 67
בית שמואל, על שו"ע אהע"ז, ל, ס"ק ט 31
ע, ס"ק כז 110
צא, ס"ק י 9 81
בני אהרן, שו"ת, סי' טז 139
בנין ציון, שו"ת, חלק א, סי' קלז 122
ברכת שמואל, בבא בתרא, סי' ז 9 15 16 17 77
גידולי תרומה, על ספר התרומות
שער לו, חלק ב 28
שער סח, חלק ב 104
גידולי תרומה, מובא בש"ך, חו"מ, קכח, ס"ק ג 111
גליון הש"ס (ראה: ר' עקיבא איגר)
הגר"א, ביאור לשו"ע, יו"ד, רנב, ס"ק יז 125
רסא, ס"ק ז 128
שלו, ס"ק ז 125
אהע"ז, ע, ס"ק לה 110
צ, ס"ק כח 9
חו"מ, עז, ס"ק יב 108
קל, ס"ק ה 109
קל, ס"ק ו 109
רלב, ס"ק כו 84 85
רסד, ס"ק יג 43
רסה, ס"ק א 125
רסה, ס"ק ד 131
שא, ס"ק ב 31
שסג, ס"ק יב 30
שסג, ס"ק יג 56
שסג, ס"ק יד 16 55 62
שסג, ס"ק טז 63
שסג, ס"ק כ 17 69 70
שסג, ס"ק כא 16 18 73
שעה, ס"ק ד 178
שעה, ס"ק ט 44 59 179
שעה, ס"ק י 174 175
שעה, ס"ק טז 27
שעה, ס"ק יז 171
שעה, ס"ק יח 30
דברות משה, בבא קמא, חלק א, סי' יב, ענף ב 55 57
בבא מציעא, סי' כח 44 102
דברי אליעזר, בבא בתרא, סי' ג 17

מפתח המקורות

דברי חיים, שו"ת, חו"מ, חלק ב, סי' יא 112
דברי מלכיאל, שו"ת, חלק ג, סי' קנז 68
דברי משפט, סי' רלב, יג 83
סי' רסד, ה 117
סי' שסג, ה 29
דברי ריבות, שו"ת, סי' רצב 151
דרישה, על הטור (ראה גם: פרישה), חו"מ, רלב,
ס"ק טו 84 85
דרכי משה, על הטור, יו"ד, רמב, ס"ק טז 126
חו"מ, שלב, ס"ק א 11 21
שסג, ס"ק ב 11 21
הגהות אמרי ברוך, השמטות, חו"מ, סי' תכו, על
סמ"ע, שם, ס"ק א 135
הלכה ברורה, פסחים כו, ב, ציון ד 93
הפלאה, כתובות קח, א, ד"ה תוספות בד"ה הא מני
חנן היא 125
חבצלת השרון, שו"ת, חלק ב, חו"מ, סי' כד 136
138
סי' כט 29
חדושי בתרא, בבא מציעא קא, א, סי' קכח 175
סי' קל 175
חוות דעת, יו"ד, קס, ס"ק י 31
קעז, ס"ק כז 33 85
חוות יאיר, שו"ת, סי' קלד 104
סי' קלט 124
סי' קצט 30 31
חושן אהרן, סי' עב, ס' לג 85
סי' שעג, ס' ו 56 57
חזון איש, יו"ד, סי' קמד, ס' ב 102
ס' ג 103 133 151
בבא קמא, סי' כ, ס' ה 29 30
סי' כב, ס' ה 93
סי' כב, ס' ו 38 169 170 175 185
בבא בתרא, סי' ב, ס' ד 177
סי' ב, ס' ו 38 41 44 150 169 170 175 185 186
חכמת שלמה (לוריא), כתובות ל, ב, ד"ה לא
צריכא 64
חכמת שלמה (קלוגר), אהע"ז, סי' פט 107 111
חו"מ, שסג, ו 64
חלקת יואב, שו"ת, חו"מ, סי' ט 10 12 24 47 92
חלקת מחוקק, על שו"ע אהע"ז, ע, ס"ק ל 110
צ, ס"ק כח 9
צא, ס"ק ט 81
צא, ס"ק י 9
חפץ חיים
הל' איסורי רכילות, כלל ט, סעיף ג 123 125
באר מים חיים, ס"ק יב 123
חת"ם סופר, חידושים, בבא בתרא ד, ב, ד"ה
מגלגלין 72
חת"ם סופר, שו"ת, חו"מ, סי' קסה 29
סי' קעח 29
טבעת החושן, סי' רלב 82 83
סי' רמז 12 15 17 55
ט"ז, על שו"ע, יו"ד, קיז, ס"ק ד 166
קעז, ס"ק לח 33 83
שלו, ס"ק ב 125
חו"מ, לד, יח 129
רסד, ד 102 120 124 135
שס, א 183 184
שסג, ה 29 30
יד אליהו, שו"ת, סי' עד 152
ר' ירוחם פרלא, על ספר המצוות לרס"ג, מצוה
כה 154
ים של שלמה, גיטין, פרק ד, סי' עב 154
בבא קמא, פרק ב, סי' טו 23 25
סי' טז 59 61
פרק ד, סי' יח 105
פרק ו, סי' יג 145
סי' יד 130
סי' טו 124 135
פרק ט, סי' כח 48 49
כנסת הגדולה, חו"מ, קכח, הגב"י, אות טו 104
רלה, הגה"ט, אות נג 27
שעה, הגב"י, אות ה 179
הגה"ט, אות י 82 165 167
אות כ 175
כסף משנה, על הרמב"ם, טוען ונטען ה, יא 28
כסף הקדשים, על שו"ע, חו"מ, סי' רסד, על סמ"ע,
ס"ק יב 119 136
לאור ההלכה (זוין), עמ' שיח 154
לבוש מרדכי, בבא קמא, סי' טו 14 15 43 54 60
69
לבוש עטרת זהב, יו"ד, רכא, ד 126
שלו 127
שלו, ג 127
לבוש עיר שושן, חו"מ, רצא, כה 24
שס, א 183 184
שעה, ו 39 169
לחם רב, שו"ת, סי' סא 109
סי' קנז 25 175
מבי"ט, שו"ת, חלק א, סי' רלז 135
חלק ב, סי' כ 110
חלק ג, סי' קמג 34 183
מגן אברהם, על שו"ע או"ח, שכח, ס"ק ו 155
שלד, ס"ק כז 48
מהרי"ט, שו"ת, חלק א (חו"מ), סי' קו 179
סי' קכד 106 108
אהע"ז, סי' כא 12 14 15

מפתח המקורות

מהר"ם, חידושים, בבא קמא כא, א, ד"ה בתוס' ד"ה בהדיוט 56
מהר"ם שיק, שו"ת, יו"ד, סי' שעה 28
מהרשד"ם, שו"ת, יו"ד, סי' רד 121 134 136 154
חו"מ, סי' רמא 166 171 173
מהרש"ל (ראה: חכמת שלמה (לוריא); ים של שלמה)
מור וקציעה, סי' שכח 155
מחזה אברהם, בבא מציעא מב, א 175
מב, ב 24
מחנה אפרים, הל' נוקי ממון, סי' ב 48-50
הל' גזלה, סי' ב 55
סי' ז 33 85
סי' י 55 56
סי' יא 63
סי' יג 65 66
סי' טו 143
סי' יז 143
סי' כג 79
הל' מכירה, דיני אונאה, סי' כה 84
הל' עבדים, סי' ג 135
הל' שומרים, סי' יב 84
סי' כו 78
הל' שאלה ופקדון, סי' ב 82
הל' שכירות, סי' יז 129
מנחת ביכורים, על התוספתא, בבא קמא י, ג 174 175
מנחת חינוך, מצוה נה 17
מקור חיים, סי' תלו, ס"ק י 110
סי' תמא, ס"ק ג 11 43
המקנה, הל' קידושין, סי' כח, ס"ק א 184
מרומי שדה, בבא קמא כ, א 17 56 58 60
מרחשת, חלק ב, סי' לב, פרק ב 72
פרק ד 72
סי' לה 92 93
פרק ב 55
פרק ד 48 66
פרק ח 67
משיב דבר, שו"ת, חלק ג, סי' יז 104 105 107 111
משנה ברורה, על שו"ע, או"ח, שו, ס"ק כד 126
משנה למלך, על הרמב"ם, גנבה ו, א 34
י, יא 184
משפט כהן, שו"ת, סי' קמג 122
נודע ביהודה, שו"ת, מהד' תניינא, יו"ד, סי' י 122
חו"מ, סי' כד 14 15 54 58 59 68 69 92 93
נחלת דוד, בבא קמא כ, א 16 18 25 55 63 64 73
כ, ב 59 60 64 71
כא, א 56 57 63
בבא בתרא ד, ב 71 72
נחלת צבי, חו"מ, סי' שא 31
נתיב חיים (ויילן), סי' שלד 48
נתיבות המשפט, יז, ס"ק א 165
כה, ס"ק א 33
עב, ס"ק יב 84 85
עב, ס"ק יג 33
עז, ס"ק ג 108
פו, ס"ק ג 111
קה, ס"ק ו 101 165
קו, ס"ק ו 43
קז, ס"ק ז 32
קטו, ס"ק ד 165 171 173 180
קכח, ס"ק ג 34 103 117 118 120 129 132 133 145 152 153
קכח, ס"ק ה 43 101
קנח, ס"ק ד 45
קנח, ס"ק ו 71 72
קנח, ס"ק ח 38 41 60 71 165
קסד, ס"ק יא 41 45 113 165
קעח, ס"ק ג 60
קפג, ס"ק ד 81
קפג, ס"ק יא 92
קצ, ס"ק ז 107
קצ, ס"ק יד 107
קצד, ס"ק ה 13
ר, פתיחה 27 31
רלב, ס"ק ה 82 83 85
רלב, ס"ק ו 84
רלב, ס"ק י 82
רלב, ס"ק יד 85
רלה, ס"ק טז 165
רלו, ס"ק ז 41 123 165
רמו, ס"ק ה 12 13 25 67 101
רסד, ס"ק א 102 120 124
רסד, ס"ק ג 104 133 136 137 150 152 153
רסד, ס"ק ד 120 132 152
רסד, ס"ק ה 120 134
רסד, ס"ק ו 45 60 140
רסד, ס"ק י 135
רסה, ס"ק א 133 134 150 152 153
רפז, ס"ק ו 27 166 172
שא, ס"ק ח 31
שו, ס"ק ז 34 38 169
שח, ס"ק ד 143
שח, ס"ק ה 82 143 144
שנו, ס"ק ד 81
שסג, ס"ק ד 29
שעה, ס"ק ב 34 38 46 169
שעה, ס"ק ג 167 178 179 185 186

סמ״ע, קכח, ס״ק ג 100
קל, ס״ק ו 112
קנח, ס״ק יט 72
קעח, ס״ק ד 180
רלה, ס״ק מג 27
רלו, ס״ק כא 11 21
רסד, ס״ק ג 130
רסד, ס״ק ז 132 136
רסד, ס״ק יב 119 136 137 138
רסד, ס״ק יח 131
רסד, ס״ק יט 127
רסה, ס״ק ב 131
רסה, ס״ק ג 130
רסה, ס״ק ד 103 132 133 134 151 153
רסה, ס״ק ה 131 137
רסה, ס״ק ו 131
רסה, ס״ק ח 131
רצב, ס״ק ל 78
שו, ס״ק ט 174
שח, ס״ק יד 143
שמא, ס״ק י 19
שס, ס״ק ו 167 183 184
שסג, ס״ק ח 29
שסג, ס״ק יג 29
שסג, ס״ק יד 56
שסג, ס״ק כ 60
שעה, ס״ק ב 174 175
שעה, ס״ק ד 39 171
שעה, ס״ק ה 171
שעה, ס״ק ז 44 174 175 178 179
שעה, ס״ק ח 174
שעה, ס״ק יג 167
שעה, ס״ק יד 38 169 185
שצא, ס״ק יב 25
שצא, ס״ק יג 20
תכו, ס״ק א 135
ר׳ עובדיה מברטנורא, פירוש המשנה, נדרים ד, ב 126
עיניים למשפט, בבא בתרא דף ד, ב, ציונים א־ד 15 18 69
עמודי א״ש, שו״ת, דף סו, ב 15 29 67 91
דף סז, ב 55
ר׳ עקיבא איגר, גליון הש״ס, נדרים מא, ב 103 124 126 133 151
ר׳ עקיבא איגר, חידושים על שו״ע, יו״ד, רכא, ג 103 117
חו״מ, רלב, יח 84
רסד 139
שמט, א 9 26 81
שעה, ז 53 92 170 185
ר׳ עקיבא איגר, שו״ת, פסקים, סי׳ ס 122
ערוך השולחן, יו״ד, סא, מט־נא 32
רגג, יז 154
חו״מ, קכח, א 111
רסד, ד 124
רסד, ה 138
שמט, א 9 26 32 81
שס, ד 183
שסא, י 68
שסג, יא 29 30
שסג, טז 57 63
שסג, כא 12
שעג 183
שעה, א 179
שעה, ו 177
שעה, ח 174 175
שעה, יד 32 39 166 169 171 173
שעה, טו 32
שצט, ו 92
פני יהושע, בבא קמא כ, א, ד״ה בתוספות 14 49 55
נח, א, ד״ה בתוספות 104
קטז, א, ד״ה שם 136 137
פני משה, על הירושלמי, מעשר שני ב, א 93
כתובות ד, ו 109
גיטין ה, ו 179
בבא קמא י, ב 137
פרי התבואה, שו״ת, סי׳ נח 152
פרישה, על הטור, (ראה גם: דרישה)
יו״ד, קעז, ס״ק מא 33 85
חו״מ, רלו, ס״ק ה 130
רסד, ס״ק א 130
שסג, ס״ק ז 58
שעה, ס״ק כ 179
שעה, ס״ק ג 178
פתחי תשובה, על שו״ע
יו״ד, רנב, ס״ק ח 124
חו״מ, רכז, ס״ק ו 81 82
רסד, ס״ק ג 140 152
רסד, ס״ק ד 151
שס, ס״ק א 34
ציץ אליעזר, שו״ת, חלק ח, סי׳ טו 123
חלק י, סי׳ כה 136 138
צמח צדק, שו״ת, סי׳ קיז 9 81
קומץ מנחה, סי׳ רלז 154
קונטרסי שיעורים (גוסטמן)
מסכתא בבא קמא, שיעור יב, אות ג 16 17
אות ד 15 25

מפתח המקורות

אות יז 44
שיעור כ 29
קצות החושן, כה, ס"ק א 33
כה, ס"ק יג 33
עב, ס"ק לה 33 82 84 85
צה, ס"ק ג 172
קז, ס"ק ו 32
קנח, ס"ק ו 43
קסד, ס"ק ב 175
ר, ס"ק א 31
רלו, ס"ק א 41
רמו, ס"ק ב 12 13 15 25 55 67 101
שו, ס"ק ו 32 39 170
שח, ס"ק ג 143
שסג, ס"ק ד 14 54
שסג, ס"ק ז 19
שצא, ס"ק ב 17 55
קרבן העדה, על הירושלמי, גיטין ה, ו 179
קרית ספר, גזלה ואבדה, פרק ג 15 29 69
ראנ"ח, מובא בחידושי ר' עקיבא איגר לשו"ע, חו"מ, שעה, ז 185
רב פעלים, שו"ת, חלק ד, יו"ד, סי' א 156
רדב"ז, על הרמב"ם, סנהדרין יח, ו 154
רד"ם, שו"ת, חלק ב, חו"מ, סי' ד 123
רוב דגן, הל' הלוואות, סי' ג 112
רי"ם, חידושים, כתובות קז, ב 102
רמ"א (ראה גם: דרכי משה), יו"ד, רמב, לד 126
רמה, ד 128
רנב, יב 118 123 134 136 144
רסא, א 128
שלו, ג 127
אהע"ז, ע, ח 110
חו"מ, קכח, א 111
קנח, ו 71
ר, א 172
רלב, יח 84 85
רלב, כג 79
רלה, כ 27
רסד, ג 129 130
רסד, ד 41 118 120 134 135 137 139 155
רסד, ה 143 184
רסה, א 130 131
רסה, ה 120 124
רעד, א 34 47 184
רצב, י 78
שא, ו 31
שח, ז 80 130 143
שנד, א 28 29
שס, א 166 183
שסג, ה 11 30
שסג, ו 57 62 68
שסג, ז 73
שסג, י 61
שעא, ב 29 30
שעה, ד 174 175
שעה, ז 38 53 169 171 184 186
שפו, ג 33
שפח, ח 123
שצא, ח 19 20
רמ"א, שו"ת, סי' פו 138
רשמי שאלה, שו"ת, סי' נז 82
רש"ש, הגהות, נדרים לז, א 125
שבות יעקב, שו"ת, חלק א, סי' קנח 140
סי' קעז 27
שבט מיהודה (אונטרמן)
בעניני פיקוח נפשות, פרק יט 122
מצוות פיקוח נפש וגדריה, פרק ב 122
פרק ה 122
שואל ומשיב, שו"ת, מהד' תליתאה, חלק ג, סי' כג 29
שולחן ערוך, יו"ד, סא, טו 31
סא, לא 31
רכא, ד 126
רמה, ב 126
רמה, ד 126
רמו, ה 126
רנב, ו 154
רנב, יב 125
רנג, י 155
שלו, ב 118 125 134 144
שלו, ג 128
אהע"ז, ע, ח 107
פט, ב 107
חו"מ, ב 29
עב, לג 33 85
עב, מד 67
צה, א 172
צו, ג 27
צו, ה 28
קטו 165
קכח 100
קכח, א 105 111 112
קכח, ב 106
קל, ב 109
קנח, ו 38 43 45 71
קסח, א 32 46 47
קעא, ו 170
קעא, יח 170

שולחן ערוך, חו״מ (המשך)
קעה, כו 166
קפג, ו 92
קצ, ר״יז 107
ר, א 172
רלב, יג 82 83 85
רלב, יד 165 180
רלב, טו 86
רלב, יח 84 85
רלב, כא 82
רלה, א 27
רלה, ז 27
רלה, טו 27
רלו, ח 121 131
רמג, טז־יח 27
רנט, א 117
רסד, א 130
רסד, ג 118 130 132 133 136
רסד, ד 43 118 136
רסד, ה 34 124 130 132 133 184
רסה, א 118 125 131
רפז 168
רפז, ג 166
רצא, כה 24 175
רצב, י 78
רצב, יא 78
שא, ו 31
שו, ג 169 174 175
שז, ה 11
שמא, ד 19 82 86
שמט, א 9 26 81
שמט, ג 26
שנד, א 28 29 30
שנו, י 81
שנט, ה 80
שס, א 33 34 183
שס, ב 34
שסב, ב 30
שסג, ג 29 61
שסג, ה 144
שסג, ו 13 17 18 19 54 55 56 60 63 89
שסג, ז 15 18 29 59 64 67 70
שסג, ח 58
שסג, ט 11 53 58
שסג, י 11
שעא, א 30 62
שעב, ג 166 172
שעג, א 180
שעג, ו 30
שעה 165 176
שעה, א 72 163 164 174 178
שעה, ב 37 39 43 166 171 173
שעה, ג 177 178
שעה, ד 174 180
שעה, ו 166 170 171
שעה, ז 38
שפו, א 33
שצא, ח 19 20 61
שצד, א 62 145
שצט, ה 92
תי, כח 107
תכו, א 123
שולחן ערוך הרב מלאדי, חו״מ,
הל׳ מציאה ופקדון, סעיף לב 127
הל׳ נזקי גוף ונפש, סעיף ד 154 156
שיורי קרבן, על הירושלמי, כתובות יג, ב 111
ש״ך, יו״ד, סא, ס״ק יז 32
סא, ס״ק יט 31
קעז, ס״ק ס 85
רכא, ס״ק יט 126
רכא, ס״ק כא 126
רכא, ס״ק כב 126
חו״מ, עב, ס״ק יח 84
עז, ס״ק ה 109
קטו, ס״ק י 176 180
קטו, ס״ק י 176 180
קטו, ס״ק כו 165
קכח, ס״ק ג 105 111
קכח, ס״ק ד 13 111
קכח, ס״ק ה 100 112
קכח, ס״ק ו 107
קכח, ס״ק ח 104 110 132
קנח, ס״ק ד 71
רלה, ס״ק ז 27
רלו, ס״ק ד 121 130
רסד, ס״ק ד 137
רסד, ס״ק ה 124
רסה, ס״ק א 131
שא, ס״ק י 31
שו, ס״ק ה 174 175
שנח, ס״ק א 55
שסג, ס״ק ח 29
שעה, ס״ק ג 178
שפח, ס״ק נד 123
שצא, ס״ק ב 41 43 48 49 165
שצד, ס״ק א 145
שלטי הגיבורים, על הרי״ף
בבא קמא, פרק ט (לג, ב) 29

מפתח המקורות

בבא מציעא, פרק ה (לו, א) 30
שמירת שבת כהלכתה, ספר ראשון, פרק לב, הערה ב 122 123
ר' שמעון שקאפ (ראה גם: שערי יושר), חידושים
בבא קמא, סי' יט, ס' ב 14
ס' ג 57
ס' יג 55
סי' כ 29
ס' א 29
בבא בתרא, סי' ד, ס' ג 43
ס' ד 59
ס' ה 48
שער המלך, על הרמב"ם, גזלה ואבדה ג, ט 64 70 71
שער משפט, סי' עב, ס"ק לא 33 65 85
ס"ק לט 65 66 67
סי' קצ, ס"ק א 81
סי' רצא, ס"ק ד 48
סי' שס 183 184
ס"ק א 34
שערי ישר (ראה גם: ר' שמעון שקאפ), שער ג, פרק כה 10 12 13 17 21 23 24 32 44 48 58 59
תורת אמת (ששון), שו"ת, סי' קיז 165 180
תורת חיים, בבא קמא כ, ב, ד"ה את 72
תפארת ישראל, על המשנה, נדרים ד, ב, אות יא 126
תפארת צבי, שו"ת, סי' לב 136

חקיקה

דברי הכנסת, כרך 83 (תשל"ח) 3917 7 89
כרך 84 (תשל"ט) 152-153 99
161 5 7
1116-1117 7
הצעת חוק יסודות המשפט, התשל"ח-1978 7
הצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ח-1978, סעיף 4 99
חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 21 5 80
סעיף 31 5 80
סעיף 56 5
סעיף 57 5
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 9 5 80
סעיף 18(ב) 5 80
חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 4 5 42 44 48 78 91 181
סעיף 4(א) 40 43 91
סעיף 4(ב) 91
סעיף 5 5 44 181
סעיף 6 5 44 181
חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, סעיף 12 163
סעיף 17 163 181 182
סעיף 18 163 181 182
סעיף 18(א) 181
סעיף 21-26 (פרק ד) 5 25 32 72 163
סעיף 21 42 44 83
סעיף 21(א) 39 41 93 164 181 186
סעיף 21(ב) 40 44 45 46 163 173
סעיף 21(ג) 163 181 182
סעיף 21(ד) 182
סעיף 22 182
סעיף 23 183 184
סעיף 23(א)(1) 183
סעיף 23(א)(2) 184
סעיף 24 184
סעיף 25 185 186
סעיף 26 186
סעיף 33 5
סעיף 46-48 166
חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, סעיף 41(א) 31
חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 22 181
חוק הערבות, התשכ"ז-1967, סעיף 9 5
סעיף 10 5
חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, סעיף 4 30
חוק השליחות, התשכ"ה-1965, סעיף 8 5
סעיף 10 5
חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, סעיף 16(ב) 100
סעיף 24(2) 181
פקודת הנזיקין (נוסח חדש) 182
סעיף 24(2) 181

פסיקה

ד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221 5 6 7
ע"א 596/76, 557 בישור בע"מ נ' טאובה ואח', פ"ד לב(3) 713 163
ע"א 257/75 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב 565 21
ע"א 463/79 ג'בראן נ' ג'בראן, פ"ד לו(4) 403 185
ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153 5 77 79 83
ע"א (חי') 27/85 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשמ"ו(ב) 221 179
ע"א (י-ם) 5/84 עזריאל בע"מ נ' ללצ'וק, פ"מ תשמ"ד(ג) 432 178
ע"א 544/81 קיהל נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ, פ"ד לו(3) 518 186
ע"א 664/76 רמט בע"מ נ' פיוניר קונקריט (ישראל) בע"מ, פ"ד לב(1) 188 186

nevo.co.il

חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979

חובת ההשבה

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן — הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן — המזכה) חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

פטור מהשבה

2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

ניכוי הוצאות

3. הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה.

דין הפורע חוב הזולת

4. מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כדי מה שנתן לפרעון החוב.

דין הפועל לשמירת ענין הזולת

5. (א) מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות בקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין.

(ב) לענין החיוב בפיצויים לפי סעיף קטן (א) דין מי שנכסיו שימשו לשמירת הערכים האמורים כדין מי שעשה פעולה לשמירתם.

(ג) אין חובת שיפוי או פיצוי לפי סעיף זה על זוכה שהתנגד לפעולה או לשימוש בנכסים או לשיעור ההוצאות או שהיתה לו סיבה סבירה להתנגד להם, זולת אם הפעולה או השימוש בנכסים היו לשמירה על חייו, שלמות גופו או בריאותו.

תחולה ושמירת תרופות

6. (א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים.

nevo.co.il

(ב) חוק זה יחול גם על המדינה.

(ג) אין בחוק זה כדי לגרוע מתרופות אחרות.

ביטול

7. סעיף 3 לחוק דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964 — בטל.