

חנוך דגן

דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם*

א. הויכוח על מעמדו של המשפט העברי

הקהילה המשפטית בישראל חלוקה זה שנים רבות בשאלת המעמד הנורמטיבי שיש ליתן למשפט העברי במשפטנו הנוהג. נקודת ציון חשובה לחלוקה היא הכנתה של החקיקה האורחית החדשה, "פרויקט העצמאות" של המשפט הישראלי, אשר שאבה כללים ועקרונות (בין היתר) מהמשפט העברי. נקודת ציון נוספת היא חקיקתו של חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 אשר מפנה ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" כמקור משפטי פורמלי שיווי בשיטתנו. ורק לאחרונה, עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים, נתחדשה המחלוקת והפעם סביב הפנייה בהם לערכי מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית".

בשאלה זו, של ייצוג המורשת המשפטית של העם היהודי במערכת המשפטית של מדינת ישראל, נתייצבו שני מתנות. שופטים ואנשי אקדמיה חובשי כיפה רואים בדרך כלל אפשרות זו בברכה ורבים מהם רואים לעצמם שליחות לקדם משימה זו.¹ מרבית הקהילה המשפטית – ובפרט רוב המשפטנים החילוניים – מתנגדת, ומנסה למוער עד כמה שניתן את ה"פרצות" שדרךן הורשה כבר המשפט העברי "לספסף" הלכות למשפטנו. מרביתם ממשיכים להעדיף את הפנייה למשפט האנגלי (שאותו ירשנו עם העצמאות) ולמשפט האמריקני (שממנו מושפע משפטנו יותר ויותר בעשור האחרון) כמקורות להשוואה ולהשראה.² ליותר לציין, שכיום ידם של האחרונים, המעדיפים להמעיט ולא להרבות משפט עברי, על העליונה.³

* תחתיו נתונה למיכל אלברטסון-דוידוביץ', לדפנה ברק-ארו, לרון חריס, לברכהו ליפשיץ, למני מאוטנר, לפרץ סגל וללאון שלף, שקראו סיוטות קודמות של המאמר והעירו הערות חשובות. כמו כן אני מודה לקרן המחוק של אוניברסיטת תל-אביב על עזרתה במימון המחקר. ראש הראשון הוא הפרופ' מנחם אלון, שהיה שופט בית המשפט העליון המשנה לגשיאוי. ראו: מ' אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים תשמ"ח, חלק רביעי.

2 נקודת ציון (סימבולית) חשובה במעבר מהשפעה אנגלית להשפעה אמריקנית היא ד"ר 29/84, 30 קוסטי נ' בנק י.ל. פריכטובנו בע"מ ואח', פ"ד לה (4) 505. לירידת השפעתו של המשפט האנגלי ועליות השפעתו של המשפט האמריקני ראו: י' שחר ואחרים, נהוגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים, משפטים, כו' (תשנ"ו), עמ' 119, 157-159.

3 ראו במיוחד: ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח', פ"ד לה (2) 785; בג"צ 1635/90

64001

כל מי שסבור, כמוני, שלמשפט יש השפעה מעצבת על חיינו החברתיים והתי-
 בותיים,⁴ חייב להכיר בחשיבותו של הויכוח ובהשלכותיו על המישורים הכלליים
 הבאים: עד כמה ניתן ועד כמה רצוי להחיות בחברה הישראלית המודרנית כללים
 משפטיים אשר עשויים להיראות לנו כשייכים להיסטוריה (אם כי עודם נוהגים בקרב
 שומרי תורה)⁵ ומאיך גיסא, הניתן כלל לטעון לרציפות תרבותית של עם ישראל ללא
 מידה כלשהי של רציפות משפטית?⁶ והאם העמדות שאנשי המשפט נוקטים בשאלה
 שלפנינו אינן גזרות, מוהר מירי חורף מירי, מההשתייכות החברתית של המציגים
 אותן?⁷

שאלות אלה חשובות בעיני ואין לי ספק שלא נאמרה בהקשר אליהן המילה האחרונה.
 ויחד עם זאת איני סבור שהדיון במעמדו של המשפט העברי יכול להתמצות רק בהן.
 במאמר זה אני מבקש לפתוח חזית נוספת בסוגיה מרכזית זו של המשפט הישראלי;
 להסיט את הויכוח על מעמדו של המשפט העברי למוקד אחר: להראות ששיטת המשפט
 המתחרות על השפעה בשיטתנו אינן רק שייכות למורשות משפטיות שונות, אלא גם
 מייצגות – ועל כן מעצבות – ערכים חברתיים מהותיים שונים.⁸ אעשה זאת תוך שימוש
 בסוגיה אחת, אשר בהקשר אליה יכול המשפט הישראלי לפנות ל"אופציית המשפט
 העברי" מזה או ל"אופציה האנגלו-אמריקנית" מזה. לימוד סוגיה זו יפתח, כך אני

1/ ר' צבי צוק, 'ראש המשלה ואח', פ"ד מה (1), 749, 860-858. לניחוח מידת ההיקשות למשפט
 העברי בפסיקה ראו: מ' דויטש, 'המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט', מחקר משפטי, 1
 (תשמ"ח), עמ' 7-37.
 2/ דיון ראשוני בפונקציה המעצבת של המשפט ראו: ח' דגן, 'הפועל לשמירת עניין הוולן',
 משפטיים, כד (תשנ"ה), עמ' 463, 480-484.
 3/ על קשיי הנגישות (של המשפטן החילוני) למקורות המשפט העברי, החשש מאי-התאמה של
 שיטת משפט זו למציאות המודרנית, והקושי ב"הבלאתה" עם המשפט הישראלי ששורשיו
 אנגליים ראו: מ' חשן, 'מורשת ישראל ומשפט המדינה', זכויות אדם בישראל, 7, גביון
 (עורכה), ירושלים תשמ"ב, עמ' 47-83.
 4/ להגשת הפן התרבותי-לאומי של הפנייה למשפט העברי ראו, למשל: א' קירשנבאום, 'זרק
 יסודות המשפט – מציאות וציפיות', עיוני משפט, יא (תשמ"ז), עמ' 117, 124-126. אך ראו:
 פ' שיפמן, 'המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט', שנתון המשפט העברי, יג (תשמ"ו), עמ' 371,
 377. ליעונו הכבד לעבר, שהיא אחד ממאפייני המשפט, ביחוד המשפט חלק מעולם התרבות
 שלנו, המטיל עלינו כבד חובה לשימורו, ראו: A. Kronman, 'Precedent and Tradition',
 99, p. 1029, Yale Law Journal, (1990).
 5/ על הקשר שבין היחס הכללי לדת במדינה והחשש מכל בניעה, "אפילו בעקפין, להשפעות
 תלויות בלתי רצויות", לבין היחס החשדני למורשת ישראל בשפיה: ראו: ל' שלף, 'בין משפט
 פלילי לבין משפט עברי – לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל', פלילים, ג (תשנ"ג), עמ'
 142-141, 102.
 6/ הערכים החברתיים המתחרים על הכבדה, שבהם אני עוסק, אינם בהכרח חופפים לחומי
 המחלוקת המסורתית שבין חילוניים ודתיים בחברה הישראלית.

מקווה, צוהר לבירורן של ההשלכות החברתיות החבות של דחיקת הנרטיב היהודי
 לשולי שיטתנו המשפטית ושל ההעזפה הברורה של המשפט הישראלי לינוק השראה
 מעבר אחר, זה של המערב הליברלי.⁹
 הסוגיה שבה אתמקד מכונה "זה נהנה זה לא חסר", והחלופות הן – חייב או פטור:
 המשפט העברי פוטר את הנהנה, המשפט האנגלו-אמריקני מחייב. בעמודים הבאים
 אנסה להראות שתשובות כלליות אלה תואמות אתוסיס סוציו-אקונומיים מתגנשים.
 אטען גם שפרטי הדוקטרינה של המשפט העברי, שבה מתמקד מאמר זה, תואמים את
 הניואנסים הדקים יותר של האתוס החברתי של היהדות.¹⁰

המיתאם שבין האתוס המערבי לבין הדוקטרינה שלו ובין ההשקפה היהודית על אדם
 חברה לבין האופן שבו עיצב המשפט העברי את כלליו המשפטיים מחייב אותנו,
 לטענתי, למקד את הדיון המשפטי, קרי: את הבחירה בין ההיסטוריות המתחרות על
 מעמדן בשיטתנו, בבחירה הערכית שבין השקפות עולם מתחרות אלו. הבחירה בין חייב
 ופטור בשאלה שהצגתי מחייבת הכרעה בין המורשת הליברלית המערבית לבין המורשת
 היהודית קהילתית שמציעה היהדות.

זאת ועוד: אני סבור שהצגתו של מיתאם כזה מחזקת את הנחת העבודה שלי:
 לבחירת מקורות ההשוואה וההשראה הדוקטרינריים של המשפט, לקביעה איזו מורשת
 משפטית אנו ממשיכים, עשויות להיות השלכות על אופי החברה שאנו בונים. לפיכך
 אני סבור, שהכרעה כזו מחייבת את הצדדים למאבק על מעמדו של המשפט העברי
 בשיטתנו לבחון את עמדותיהם תוך התייחסות מפורטת ומושכלת לדיוקנה של החברה
 העתידית שאנו מבקשים לעצב.

איני מתכוון לנקוט כאן עמדה בבחירה חשובה זו; מטרתי צנועה יותר. נראה לי
 להצגה של בית המשפט העליון כמבצר זיקתה הערכית של מדינת ישראל למערב הליברלי ראו:
 מ' מאוסנר, 'ידידת הפרמליזם ועליות הערכים במשפט הישראלי', תל-אביב תשנ"ג.
 9/ דוק: הקשר בין אתוס לבין דוקטרינה, שעליו אני מצביע, אינו בהכרח סיבתי; איני סוקן,
 למשל, שהאתוס החברתי של היהדות הוא הגורם שהביא להתגבשות הדיון באופן שהתגבש.
 לצרכים המעניינים אותי די להראות שקיים קשר מסוג חלש יותר; שקיימת התאמה גבוהה יחסית
 בין אתוס לבין דין. (לא נובע מכך שהתאמה זו היא מקרית: תמי המשפט העברי – או שופטי
 המשפט האנגלו-אמריקני – פועלים במסגרת של תרבות מסוימת, הכוללת הנותן טבעיות
 מסוימת באשר לראוי ולשאינו ראוי ביחסים אדם חברי, ומסגרת זו מכתיבה להם (במשמעות) את
 הפתרונות הדוקטרינריים.) במילים אחרות: מטרותיו של הניתוח המוצע כאן אינה לברר מה היו
 מניעי הפוסקים לפסיקתם, אלא לספק כלים המקשרים בין לערכים. כלים אלה נדרשים, לדעתי,
 לכל מי שנמצא בצומת דרכים של בחירה בין קולות מתחרים, ומעוניין לחזור מנעד הוראות
 הדיון על מנת שבחירתו תונע מהערכים שבבסיסן. מסיבה זו אין לי קושי עם טענה המצביעה
 על הסבר מתחרה לדוקטרינה או עם טענה החולקת על קיום קשר של גרימה בין האתוס לבין
 הדיון.

שבעידן זה של נכונות המשפט להעמיד הלכות מורששות לבחינה מחודשת¹¹ יש חשיבות מכרעת – לפחות בתחום הסיציו-אקונומי שבו אני עוסק – שהמשפט הישראלי יוכל אכן לבחור. אך כמו בכל פרקטיקה אנושית, גם במשפט לא כל טיעון ולא כל אפשרות פרשנית הם לגיטימיים. הקהילה המשפטית מגדירה לחבריה מהן החלופות שמתוכנן רשאים הם לבחור.¹² כאשר השיח המשפטי המרכזי כולל רק מקור השראיה אחד, זה של התרבות המערבית (ודוברי המשפט העברי נדחקים בו לשוליים כ"משוה אחרי"), אין למעצבי המשפט הישראלי בחירה של ממש; בהתערך אלטרנטיבה אמיתית למשפט שמציע לנו המערב – המשפט שולט בנו ולא אנו בו. רק אם נפנים לשיח המשפטי המרכזי טקסט נגדי, רק אם נכלול בו גם דוקטרינה התואמת אתם שונה מספיק מזה אפשויותו; שאכן אנו מעצבים חברה ולא משכפלים מודל קיים. בהקשר התרבותי של מדינת ישראל אני מכיר רק שיטת משפט אחת עשירה, מורכבת ומוכרת דיה שיכולה לשמש בתפקיד זה: המשפט העברי.¹³ לכן, חשוב בעיני להפוך את המשפט העברי לאופציה פרשנית לגיטימית ושווה ערך, שכל שחקן במשפט הישראלי חייב לפחות להכיר. לימוד המשפט העברי על ידי המשפטן הישראלי החילוני יאפשר לו לעמת בין חלופות, לבחון אפשרויות שונות (לעתים ממש סותרות) לעיצוב יחסי אדם וחברו. לימוד המשפט העברי אינו צריך להיתפס לפיכך כפרויקט של כפייה דתית אלא כפרויקט משחזר; פרויקט שמעמיד אלטרנטיבה אמיתית מול הפנייה מערבה, גם אם בסופו של יום נבחר בערכי המערב, אך הפעם מתוך מודעות למשמעות שהם נושאים בחובם.

ב. התשתית האידיאולוגית שבבסיס דיני עשיית עושר

המקרה, שאת הטיפול המשפטי בו אני מבקש לבחון, הוא פשוט. א' נושל אינטרס של ב' ביחס למשאב¹⁴ כלשהו שלו, מבלי שקיבל ממנו הסכמה, מפורשת או משתמעת. הוא

11 ראו דעת הרוב בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 555; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589.
 12 יש הסוענים, שהגבלה זו של הקהילה הפרשנית נעשית באמצעות קביעת נורמות מחייבות; אחרים סוענים, שהגבלה זו של הקהילה הפרשנית נעשית באמצעות קביעת נורמות מחייבות; בפרקטיקה שבה הם משתתפים. ראו: Stanford, 'Doing What Comes Naturally', *Objectivity and Interpretation*, Stanford, p. 739; S. Fish, 'Fish v. Fiss', *O. Fiss, 'Conventionalism', Southern Law Review*, 58 (1985), p. 177.
 13 ראו ברומה: ב' ליפשיץ, 'המשפט הישראלי המשפט העברי – זיקה וצמצאות', משפטים, יט (תש"ן), עמ' 859, 869-869.
 14 'משאב' משמש אצלי כמונח כולל לכלל האיוסטרס שבהם דנים דיני עשיית עושר (על פי

דיני עשיית עושר: בין יהוות לליברליזם

מפיק באמצעות אינטרס זה רווח. ב' (ה"מוכה") תובע את א' (ה"חוכה") ומבקש סעד כספי כנגד ריווח א', שהופקו לטענתו "שלא על פי זכות שבדין". א' אינו מציג כל טענת הגנה פוזיטיבית, אך מתרים כנגד זכותו של ב' לרווחים, אשר עולים בהרבה על הנוקים שנגרמו לו מהנטילה ואפילו על שווי השוק של המשאב (או שווי השימוש בו בתקופת הנטילה).¹⁵

במקום אחד אני עומד בהרחבה על מיגוון הספדים הכספיים שביט משפט יכול לפסוק במקרה כזה, ועל הקשר שבין בחירה זו של המשפט לבין האתוס הסיציו-אקונומי של החברה שבגדה הוא פועל,¹⁶ ואיני יכול לחזור כאן על פרטי הניתוח. אך לענייננו אין בכך צורך. על מנת לחשוף את הקשר שבין דיני עשיית עושר לבין תפיסת יסוד של צדק חלוקתי די בהתייחסות קצרה לשלושה ספרים כספיים מרכזיים – "דמי נזק", "שווי שוק" ו"רווח" – ולערכים החלוקתיים שאותם הם באים לשרת.

1. הסעדים הכספיים

המונח "דמי נזק" מתייחס לערך הפגיעה שנגרמה למוכה עקב הנטילה (אלי, כמור, צריך להיות הסעד הכספי מוגבל לטענת הנתבע-החוכה במקרה שאותו אנו בתחנים). ביתר דיוק, נזק – כמשמעו לעניין מאמר זה – קורה כשהנטילה פגיעה במצבו הכספי של המוכה, כלומר כשהיא הורידה את שווי המשאב שבחזקתו או הסיטה (או מנעה) קבלת רווחים מצדדים שלישיים, אשר לולא התערבות הנוטל היה המוכה משיג. כך, דמי נזק כוללים "רווחים שאבדו", אך אינם כוללים את הנזק ההיפותטי שבעצם הנטילה, הפלישה או ההפרה של האינטרס של המוכה במשאב הנדון. ודוק: נזק אינו היפותטי אם הוכה היה יכול ומעוניין להשתמש בנכס למטרות מניבות רווחים. במקרה כזה, אִי-תשלום מצד החוכה ייכלל בגדר הקטגוריה של "רווחים שאבדו". רק אם במועדים הדלונטיים לא היה המוכה מסוגל או שלא היה מעוניין להפיק מהמשאב רווח, נגדיר את עצם הנטילה כנזק היפותטי, ונאמר שסעד של דמי נזק לא יתיימר לכסות אותו.

החוק; נכנס, שירות או סוכת הגאה אחריה", קרי: כל אמצעי להפקת יתרונות כלכליים או לסיפוק צרכים או מימוש רצונות. משאב יכול להיות מה שמוגדר במסגרת ענפי משפט אחרים כקניין מוחשי (מקרקעין או משלילי) או ערשילאי (זכויות יצרים, סימני מסחר, פטנטים); הוא יכול להתייחס לאינטרס של אדם בעצמו או במאפיינים מסוימים שלו (כמו אברי גופו או שמו הטוב); הוא יכול גם להתייחס לאינטרס שיש לאדם בסדר מסחר, יחסים חזיים (עם צדדים אחרים מהנוטל), ואפילו ציפיות הודמנויות.
 15 הוגמא המובהקת בעולם המשפט האנגלו-אמריקני למקרה זה היא פסק הדין הנודע בעניין Edwards v. Lee, 96 S.W.2d 1028 (Ky. 1936).
 16 ראו: H. Dagan, *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values*, Cambridge 1997

מנגד, "רוח" – הסעד שאותו תובע המזכה – מתייחס לכלל התקבולים שהופיק הזוכה מהשימוש שעשה באינטרס שנשל בניכוי הוצאות שהוציא בהפקתם.¹⁷ רוח שונה, כמובן, מדמי נזק בכך שהוא מתמקד בהתעשרותו של הזוכה (ב"שווי הזכיה") ולא בניוק של המזכה.

כמו "רווח" גם "שווי השוק" של האינטרס שנישל או של השימוש בו מכונן למדוד את "שווי הזכיה" של הנתבע. אך סעד כספי זה אינו מודד את שווי הזכיה על פי מה שקרה במקרה הספציפי, אלא על פי השוק. שווי שוק הוא המחיר שהיה משתלם עבור המשאב (או השימוש העתידי בו) בעסקה רצונית בין צדדים אנונימיים, תמי לב, ומיועדים, זהו המחיר שנסגר בשוק החופשי בעסקאות דומות.

2. הערכים המתחרים
הבחירה בין הספיים הכספיים השונים שהצגתי (וכמה אחרים, שהדין בהם חורג מעניינינו) אינה בחירה טכנית, כפי שהדבר עשוי להיראות במבט ראשון. נהפוך הוא: הבחירה המשפטית של סעד כספי מגלמת הכרעה ערכית בין השקפות עולם מתחרות; בין תפיסות שונות באשר ליחס שבין אדם לחברו.

קביעת הסעד של רוח כסעד הנוהג בשיטה מקנה לבעלים של משאבים שליטה על משאביהם. הסיבה לכך היא, שסעד כזה מרתיע נוטלים בכוח מלעוף את שולחן המשא ומתן, מליטול חד צדדי את אינטרס הנובע מבעלי להשיג קודם לכן את הסכמתו לכך. זאת באשר קביעתו של הדין, שהזכאות לכל ריווחי הנטילה נתונה לזוכה, והפכת את התערבותם של נוטלים כאמור במשאביו לחסרת כל טעם מבחינתם. במילים אחרות: לו היה הזוכה יודע, עובר לנטילה, שזו תהא הוצאתה – לא היה טורח ליטול, שכן פסיקה סעד של רוח הופכת כל נטילה כזו לבלתי כדאית. כך מרתיע סעד של רוח נוטלים בכוח, ונותן תוקף לשליטת מזכים בכוח במשאביהם.

הגנה כזו על שליטתם של אנשים במשאבים שלהם מבטיחה שבעליו של כל משאב יהיה בעל המילה האחרונה באשר לקורות אותו, שהסכמתו תהיה תנאי הכרחי להעברה תקפה של המשאב (או לשימוש לגיטימי בו). כך מבטא כלל משפטי המזכה תובעים בריווחי הנוטלים מהם את השאיפה להבטיח לבני אדם את חרותם השלילית, משמע את האפשרות של כל אחד מהם להיות אדון לעצמו בתחום הכפוף לשליטתו ואת החופש שלו מופני התערבותם של אחרים. ערך זה של חרות שלילית מייצג פן חשוב בהבנתנו את מושג החופש, ומקובל לומר – לפחות לפי התיאוריה הליברלית – שתחום מינימלי של חרות שלילית הוא תנאי הכרחי להתפתחות עצמיתו ויחודו כבני אדם נפרדים;

17 רשותו של זוכה 'לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה' מעוגנת בסעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

בני אדם המסוגלים לבחור באופן אוטונומי מטרות ואמצעים ולהיות אחראים לבחירתו זו. מערכת משפטית המחייבת לערך של חרות שלילית כערך הבלעדי שעל המדינה לקדם – קרי: שיטת משפט ליברלרציאנית – תעמוד, לפיכך, על אימוצו הרחב בשיטה של כלל של רוח, שכן רק כלל כזה מותח גבול קשיח סביב בני אדם ומגן עליהם זה מפני התערבותו של זה במידה המרבית.

מנגד, בחירה בסעד של שווי שוק לא תספק את הליברטריאן, שכן אין היא מבטיחה את שליטת הזוכה במשאב,¹⁸ ולפיכך היא חותרת תחת האידיאל הליברלרציאני של היות כל אדם הופסק האחרון בענייניו. אך הבחירה בסעד של שווי שוק – היינו: השבת הסטטוס קוו הכלכלי על כנו – מבוססת על אידיאל אינדיווידואלי אחר: הגנה על האינטרסים החומריים של בני אדם, על רוחתם הכלכלית.¹⁹ הערך שמוצא האינדיווידואליזם בשמירת הרווחה הכלכלית של הפרט הוא כמעט מובן מאליו. רוחתו הכלכלית של כל אחד מאיתנו מגלמת את האמצעים שבעזרתם הוא מגשים את רצונותיו ומממש את מה שהוא מבין כאושר. כל גריעה שלא על דעתי מרווחתי הכלכלית פוגעת באפשרות שלי להגשים את רצונותי ומהווה מכשול בדרך לאושר שלי. כלל המשיב למזכה את שווי השוק של המשאב שנישל ממנו (או של השימוש בו בתקופת הנטילה) בא לרפא תוצאות אלה.

שני הכללים שבהם דנית עד כאן מתמקדים בהגנה על ענייניו של המזכה. החלופה השלישית העומדת לרשות בית משפט במקרה שבו עוסק מאמר זה – זו המגבילה את המזכה לדמי נזק – שונה מהם ומצריכה (לפחות בתרבות המשפטית המערבית המודרנית) הסבר נרחב יותר. חלופה זו מתמקדת (גם) באינטרסים של בני אדם אחרים בקהילה (המשפטית) של המזכה. משטר משפטי המאמץ חלופה זו גוגס בבסיבות מסוימות בנכונותיהם של בני אדם בקנייניהם ויצר מאגר משותף שממנו זכאים בני

18 הסיבה לכך היא, שרווח הנוטל עשוי לעלות על שווי השוק, ועל כן נוטל בכוח, שצופה שימוש ריווחי במיוחד עלול להעדיף שלא להתדיין כלל עם המזכה, לקחת, ולשלם בדיעבד.

19 לכאורה די בסעד של דמי נזק על מנת להבטיח רוחה כלכלית, שהרי אם המזכה מגולמת בעבור נזק, מצבו הכלכלי, שווה לטכום הדבנסת (ושאו התנאות) שניתן להפיק ממנו (כשהוא מהווה קרי: ערכו הכלכלי, שווה לטכום הדבנסת) שניתן להפיק ממנו (כשהוא מהווה לערך נוכחי). מכאן, שאם ברצוננו להגן על רוחתו הכלכלית של החובע, הרי שאין כל הצדקה שנוציא מכלל העיסוקאות נושאות הרווחים שהנכס עשוי להניב שום עסקה שהיא, ובכלל זה לא את העיסוק הפוטנציאלי עם הנתבע. הגנה על הרווחה הכלכלית של המזכה מחייבת אם כן כי הזוכה ישיב לו (למזכה) את מה שיכול היה לקבל לולא עקב הוצאתו שלחן המשא ומתן. היינו: את שווי אובדן ההזדמנות להגיע עימו לעסקה שתניב לו רווח מהמשאב נשאו המחלוקת. אומנם אין אנו יודעים על איזה מחיר היו הצדדים מסכמים במשא ומתן כזה (שהרי הזוכה יסל את המשאב חד צדדי), ובכל זאת אנו יכולים להגיע להערכה סבירה שלו באמצעות פנייה לסעד של "שווי שוק", הוא הסכום שבו נחתכו עסקאות דומות בשוק החופשי.

אדם אחרים באותה קהילה – זרים לבעל המשאב במקרה שבו אני עוסקים – ליהנות, ובחינם. הוא עושה כן על מנת לתת תוקף לסענותיהם של אותם זרים לחלוק עם המזכה את אפשרות הנאה מהמשאב שבבעלותו.

אני מציע להתייחס לכלל כזה כאל גילוי של "אלטרואיזם ממוסד": דוקטרינה משפטית המיועדת לעודד אנשים להביא בחשבון את האינטרסים של אנשים אחרים ולדאוג להם הלכה למעשה. פילוסופים התחבטו רבות ביותו הסברים האפשריים לחשיבות שאנו מייחסים לאלטרואיזם, ואין זה המקום להרחיב בסוגיה זו. לענייננו די להזכיר שתי דעות.²⁰ דעה אחת מעגנת את הערך של אלטרואיזם ביכולתו של כל אחד מאיתנו (ואולי בצורך שלו) לבחון דברים מנקודת מבט אוניברסיטית, חסרת משוא פנים, קרי: להתנתק מהאני שלו ולראות את עצמו כאחד מבין רבים, שכולם – בדיוק כמוהו – הם בני אדם במונח העמוק ביותר של המילה. דעה אחרת מסבירה ערך זה במושגים קומוניסטיים: יש לנו צורך (קיומי) לראות עצמנו כחלק ממכלול, להשתדך לקהילה סולידרית, להיות במונח העמוק ביותר "ביחד" עם בני אדם אחרים, מכאן נטייתנו השבעית לתרום לקהילה, שהיא, על פי הגישה הקומוניסטית, חלק מאיתנו. הסברים אלה שונים מבחינות רבות;²¹ ובכל זאת יש להם מכנה משותף חשוב – אם גם לא מפתיע – אחר, קרי: ההכרה בחשיבות שאנו מייחסים (או שעלינו לייחס) לאחד.

אכן, אני רואה בכלל המגביל את סעודו של בעל קניין לדמי נזק אמצעי שמטרתו לחזק אותו פן שבנו המכיר בחשיבותם של אחרים (להלן "פן האחר של האני"). כלל כזה מנח "אני מופצל"; "אני" הקרוע בין נקודת המבט האישית שלו, העסוקה בקידום ענייניו האישיים במונחם הצר (קידום האושר העצמי שלו, כפי שהוא מתמחה בצרכיו העצמית), לבין נקודת המבט האוניברסיטית (או הקומוניסטית, בהתאם לדעה שנאמן שדבר הערך הטבעי באלטרואיזם) שלו, שהיא המקור של פעולות אלטרואיסטיות. כמוסד אלטרואיסטי, דוקטרינה המגבילה את סעדם של מוכים לדמי נזקם שואפת להשריש, לשמר ולחזק בנו את פן האחר.²²

20 את הדעות מייצגים, בהתאמה, תומס נייגל ומייקל סנדל. ראו: T. Nagel, *The Possibility of Altruism*, Princeton 1978, pp. 3, 19, 82, 88, 100, 144; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, New-York 1982, p. 143

21 "האחר" של נייגל, ה"נאו-קאנטיאן", הנו "בן אדם". בעוד שקומוניסטיאן סנדל ידבר בודאי על "בן קהילתי". נייגל מעגן את הציווי האלטרואיסטי בריבונות; תגים קומוניסטים ישו, מן הסתם, לבססה בתחושות "שבעיות". בליברל יוצא נייגל מנקודת מוצא המכירה בהיותו פרטים נפרדים זה מזה, בעוד שסנדל הקומוניסטיאן רואה בקהילה חלק מההגדרה של ה"אני", רכיב מכוון של זהות, של האופן שבו כל פרט מבין ומגדיר את עצמו.

22 יזמרה זו, שאני מייחס למשפט, לספח בנו אלטרואיזם – ולא רק לעודד התנהגויות של שמירת עניין הכולל – עשויה להיראות בעייתית: האם ניתן כלל לקדם אלטרואיזם – מושג המוגדר תוך שימת דגש על מניע הפועל דווקא, ולא (או לא רק) על עצם ההתנהגות המיטיבה – כאמצעי

הדימוי של אני מפוצל עוזר להבין את המידה המוגבלת של אלטרואיזם שכלל המגביל את סעודו של מזכה לדמי נזק בא למסד: המזכה, אחרי הכל, אינו נדרש על פיו לצאת מגדרו ולהקריב משאב ממשאביו לטובת הזוכה. המשפט רק קובע, שבנסיבות מסוימות (מוגדרות היטב) נדרש הזוכה לשלם רק על הנזק הממשי שגרם ולא על שווי השוק של המשאב שנטל או על הרווח שהפיק ממנו. הגבלה זו של האלטרואיזם, שלו נותן תוקף תוקף מוסדי, נראית סבירה לדוקטרינה משפטית המודעת לכך שהאני שלנו מפוצל, וכי בצידו של פן האחר שבו – הפן שאותו היא באה לספח – יש בנו צד נוסף, שהוא לפחות שווה ערך וכות, המזוכה בעצמו.

חשוב לעמוד על הקשר שבין דוקטרינה כזו לבין תוכניות חלוקתיות של "סיפוק צרכים חיוניים" ושל "שיוויון". אומנם לכאורה אין כל קשר כזה: כללי המשפט הפרטי, שאליה משתייך הכלל הנידון כאן, אינם רגישים למצבם הסוציאלי-אקונומי של הצדדים, ואילו תוכניות של "סיפוק צרכים חיוניים" ו"שיוויון" (לפחות כפי שאני מתייחס אליהן להלן) מתמקדות בדיוק במצבו הסוציאלי-אקונומי (ומחלש או היחסי, בהתאמה) של האדם שבו מדובר. ובכל זאת, ברצוני להצביע על קשר בין השעמים – שהוכרתי לעיל – העומדים ביסוד כלל המגביל את סעודו של מזכה לדמי נזק לבין השעמים שבבסיס תוכניות חלוקתיות המבוססות על המושגים של "סיפוק צרכים חיוניים" ושל "שיוויון". תוכניות לסיפוק צרכים חיוניים מעוגנות בעדיפות המוסרית של הספקת מינימום משאבים לכל (מוון, מקום מגורים, כבוד עצמי) על פני סיפוק רצונות אחרים של שאר בני החברה (ויש הגורסים שגם של הניקיים עצמם). קיימת מחלוקת בדבר ההצדקה לעדיפות זו. מחד גיסא, יש המדגישים שסיפוק צרכים חיוניים מבוסס על (ומשפט) רגישות בסיסית לגורלם של אחרים, דאגה לזולת, או לכל הפחות נכונות לעזרה הדדית. אחרים חולקים וסבורים שניתן להצדיק תוכניות כאלה רק על סמך מחויבותנו לחרות הפרט, ומכאן שיש לספק לנוקמים רק את המינימום הנדרש לצורך הפעלתו של רצון חופשי. להבחנה בין הצדקות אלה – שיכנוו להלן גירסאות "חזקה" ו"חלשה" של סיפוק צרכים חיוניים – חשיבות מכרעת לצורך ההגדרה של הצרכים החיוניים ושל המידה הראייה של סיפוקם.²³

הכוונה של המשפט האם התערבות המשפט אינה מדרגת התנהגויות מיטיבה כאלה – לפחות ככל שחן מונעת על ידיה – מכל סממן אלטרואיסטי? ואם כן – מה בדיוק אלטרואיסטי בדיו? האין לומר, שלא היתכן כלל תקיקה שהיא אלטרואיסטית; שתיבטו "תקיקה אלטרואיסטית" הינו דבר הדיכוי? לדיון בשאלות אלה ראו: דגן (לעיל, הערה 4), עמ' 478-484.

23 דעות הנכונות בסקט מוצגות היטב, בהתאמה, על ידי כתביהם של דיוויד ברייברוק וצ'רלס פריד. ראו: D. Braybrooke, *Meeting Needs*, Princeton 1987; C. Fried, *'Is Liberty Possible?'*, Liberty, Equality, and Law, S. McMurrin (ed.), Salt Lake City 1987, p. 89

המושג של שוויון, כפי שאני מתייחס אליו כאן, מסמן כל תוכנית חברתית המעדיפה את החלש על פני החזק; שנותנת משקל עדיף לשיפור תנאי הראשון על פני שיפור עוד יותר לאחרון. איני יכול לדון כאן באיזו שהיא רמת פירוט בתוכניות השונות המכוונות לקידומו של ערך השוויון, אשר משמשות נושא למחלוקות – פילוסופיות ופוליטיות – מהמשכות (ואולי אינסופיות). ובכל זאת ראוי לציין מכנה משותף חשוב של לפחות שתיים מבין התוכניות השוויוניות הבלוטות ביותר בפילוסופיה הפוליטית המודרנית. הן עקרון ההבדל של ג'ון רולס והן תוכנית הביטוח ההיפותטי של רונלד דבורקין מבוססים על התפיסה שיתרונות מסוימים (לא מעטים) שיש לנו, בין אם הם חברתיים או כלכליים ובין אם טבעיים, הינם שרירותיים מנקודת מבט מוסרית.²⁴ תפיסה כזו נראית מפתיעה. הרי לכל אחד מאיתנו כשרונות, נכסים, יכולות, ומאפיינים – חברתיים וטבעיים כאחד – שהם ייחודיים לו. מנקודת מבטו של כל פרט ופרט לא רק שאין אלה מאפיינים שאינם בלתי רלוונטיים מבחינה מוסרית, אלא – נהפוך הוא – אלה הם המרכיבים שעושים אותנו למי שאנו; מאפיינים אלה הם חלק בלתי נפרד מעצמנו, מהאופן שבו אנו מגדירים את זהותנו. לפיכך ניתן לדעת להסביר את הכוח שבקריאה לשוויון רק אם אנו מכירים בנקודת המבט האובייקטיבית, המאיצה בכל אחד מאיתנו לראות עצמו כאחד מיני רבים, ולפיכך להכיר בשרירותיות העובדה, שיתרון זה או אחר שבנידוי נמצא אומנם בחוקמו.

3. דיני עשיית עושר וצדק חלוקתי

בשלב זה ברצוני להציג את הטענה בדבר קיום תשתית אידיאולוגית עמוקה בבסיס דיני עשיית עושר באופן פורמלי יותר. לשם כך אסען, שיש לדוקטרינה הנידונה כאן מרכיב חלוקתי חשוב. ליתר דיוק אסען, שמועיל לבחון אותה כ"תוכנית (או תבנית) חלוקתית", ושקיים מיתאם חשוב בין תוכנית חלוקתית זו לבין האתוס הנורמטיבי הרחב יותר של החברה שבה מדובר.

24 ראו: J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge 1971; R. Dworkin, 'What is a Theory of Justice? Part 2: Equality of Resources', *Philosophy and Public Affairs*, 10 (1981), p. 283

"תוכנית חלוקתית" היא כל תוכנית לחלוקתם של יתרונות או נטלים בין קבוצת אנשים על פי אמת מידה כלשהי.²⁵ קל לראות, שהדוקטרינה הנידונה כאן אכן מהווה תוכנית חלוקתית: דיני עשיית עושר צריכים לקבוע אילו נטילות חד צדדיות של משאבים ממי שמחזיקים בהם הן "בלתי צודקות" ופחיתות תיקון, ואילו נטילות הן מותרות ולגיטימיות. לגבי נטילות אסורות קובעת הדוקטרינה גם את מידת הסעד המתאימה. קביעות אלה מגדירות את היקף הטענות המוכחות בדין שיש לנו לגבי משאבים נדירים. בכך הן עולות כדי חלוקה חברתית של יתרונות ונטלים, הדינו מהוות תוכנית חלוקתית.

ההצדקה לחלוקה זו או אחרת מעוגנת בערכים שבהם נדתי בסעיף הקודם – שליטה, רוחחה כלכלית, או שיתוף – המשמשים כאמת המידה שלפיה מחלוקת הכויות לפישים המחזיקים במשאבים השונים. יתירה מזו: תשיפת קריטריוני חלוקה אלה מלמדת שהתוכנית החלוקתית שהדוקטרינה מכוננת אינה מחלקת רק טענות למשאבים ספציפיים, אלא גם "משאבים חברתיים ראשוניים" ביחס לאותם משאבים: חרות שלילית, ביטחון בשימור רוחחה כלכלית קיימת ואחריות חברתית (קרי: אחריות של כל אחד משאר בני החברה) לגורלם של אנשים.

משאבים חברתיים אלה מתנגשים, כך שבחירה באחד מהם גוררת נגיסה במשנהו: כלל המכבר את טענת הרוכה לשיתוף מתעלם (במצבים מסוימים) מהכרעתו של המוכה באשר למה שיעשה למשאב שבחזקתו, ובכך חותר תחת חרותו השלילית. יתר על כן: כאלטראויזם ממוסד – בנבדל מהתנהגות אלטראויסטית ולונטרית – כלל כזה כופה שיתוף פעולה ומאיים בכך, במובן עמוק עוד יותר, על מאמצי הפיט לחיות את חייו כראות עיניו, על פי בחירתו האוטונומית. מנגד, מתן שליטה על משאב למחזיק בו מחייב, בהגדרה, החייה של כל טענה מצד מישורו אחר לחלוף. יתר על כן; הגישה שכלל המקנה שליטה למוכה מטמיע – גישה של התמקדות בעצמך – עשויה להיתפס כמסכלת את ציפיותיהם של כל אלה המעוניינים לחיות בחברה סולידרית, המטפחת את "פן האחר" של חבריה. אכן, כל נקודת איזון על פני הרצף של שליטה-שיתוף היא בחירה, הקרבה בלתי נמנעת של ערכים מסוימים לטובת ערכים אחרים. מכאן טענתי כי בדוקטרינה הנידונה כאן טמונה תוכנית לחלוקתם של אותם משאבים חברתיים ראשוניים.

יתר על כן: ברצוני להציע – בהנחת העבודה של מאמר זה – כי קיים קשר בין

25 כך מגדיר אריסטו את המונח "צדק חלוקתי". ראו: Aristotle, *Nicomachean Ethics*, T. pp. 122-125. מכיוון שאמת המידה שלפיה נעשית החלוקה יכולה להיות כל אמת מידה – שוויון, צרכים חיוניים, תרומה חברתית וכיו"ב – אני מציע להתייחס לאותו מושג בשם "תוכנית חלוקתית", וזאת על מנת להדגיש שאין בהכרח קשר בין תוכנית חלוקתית נתונה לבין מה שנתפס על ידינו כחלוקה צודקת.

תוכנית חלוקה זו לבין האתום הנורמטיבי המנחה את החברה שבה מדובר. הצעה זו השתמעה כבר בין השיטין בדיוני בערכים המתחרים לעיל, עת קשרתי את הכלל הדוקטרינרי המקדם שליטה עם השקפת עולם ליברטריאנית ועמדתי על המיון שבין הטעמים שביסוד כלל המקדם שיתוף לבין הטעמים שבבסיס תוכניות חלוקות המבוססות על 'סיפוק צרכים חיוניים' ועל 'שיוויון'. קשרים אלה באו להציע כי ניתן לצפות שכלל השליטה אכן יופיע בתברות ליברטריאניות, ואילו הכלל המכיר בלגיטימיות טענתו של הזוכה לשיתוף יופיע בתברות המתירות יותר לתוכניות חזקות של סיפוק צרכים או לתוכניות שיוויוניות. (בדומה, ניתן ללמוד מהזיקה השנייה הנ"ל, ששיטת משפט שתבחר לאמצ' כלל של שיתוף תוסף לו סייג דוקטרינרי שיווא שאומנם הזוכה הוא נזקק או שמצבו הסוציו-אקונומי טוב פחות מזה של הזוכה.)

דוגי דעות מסוימים – אני קורא להם ליברטריאנים של המשפט הפרטי – סבורים שאין כל קשר מחויב בין האתום התברתי לבין דוקטרינות המשפט הפרטי, דוגמת זו הנדוונה כאן. הנימוק הטיפוסי שהם מביאים לכך הוא נימוק של "חלוקת עבודה" בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי.²⁶ הדגה לרווחתם של אנשים אחרים, הם טוענים, נמצאת באחריותו (הבלעדית) של השלטון המרכזי, וצריך שתיעשה במנגנונים של מיסוי וחלוקה מחדש של העושר. מנגד, כל פרט ופרט, בהשתמשו ברכושו, אינו גורש לנזק כל יחס של דאגה לזולת או התחשבות בו. להיפך, הוא רשאי לקום את ענייניו הוא בלבד. חלוקה חדה זו נעצה בניסיון לשמור את החרות (השלילית) של הפרט מזה ולקדם ערכים שיוויוניים – שלהם מטיפים, בדגיל, כותבים אלה – מזה.

אני סבור, שהבחנה חדה כזו היא בעייתית. לטענת, התוכנית החלוקתית שבבסיס דוקטרינות המשפט הפרטי אינה יכולה לעמוד בסתירה לערכים החלוקתיים שהתבררה רוצה לקדם. במילים אחרות: אני מאמין, שלא ניתן להכיל במערכת משפט אחת משפט פרטי ליברטריאני ומשפט ציבורי שיוויוני. אין ביכולתי להגן כאן באופן מספק על טענה זו. לענייננו די אם אציין כי היא מבוססת על ההשקפה, לפיה קיים יחס הדדי בין תפיסות המוסר של פרטים בתברת לבין המוסדות התברתיים, ובפרט המשפט: מצד אחד, המשפט משקף את הערכים הרווחים בתברה; מצד שני, המשפט מעצב את זהותנו, מחזיר בנו ערכים. המשפט – כמו שאר המוסדות התברתיים, בפרט המוסר הנורג – מעצב את זהותנו ומעוצב על ידינו; האינטראקציה בין הפרטים בתברה ובין המוסדות התברתיים השונים היא מתמדת ובידומת. לפיכך, למרות שמוסר תברתי ומשפט אינם זהים – ואף ספק אם קיימת נקודת זמן שבה הם יהיו כאלה – הם בני שיח בהלך מתמי: הליך שבו בני אדם – שתודעתם וערכיהם מעוצבים במידה רבה, אך לא מוחלטת, על

ידי החברה שבה הם חיים – מעצבים מוסדות חברתיים (מוסר, משפט) אשר בתורם משפיעים על התודעה העצמית של בני אדם אחרים (ושל עצמם). וחזר חלילה. אם אכן זהו – בקווים כלליים מדי – היחס שבין משפט לתברה, הרי כל ניסיון להכיל במערכת משפטית אחת ערכים חלוקתיים סותרים (דוגמת משפט פרטי ליברטריאני ומשפט ציבורי שיוויוני) נידון להכשיל את עצמו. איני טוען, שיש לקבוע בשני התחומים אותה רמה של מחויבות לאחד. אבל ככל שאנו מאמינים שהמשפט לא רק משקף את ערכינו אלא גם מעצב אותם, הרי זה נראה מלאכותי לצפות שאותו אדם שלא נדרש לתת (כמעט) כל תשומת לב לאינטרסים של רעהו בכל פעולה המושפעת מהמשפט הפרטי, קרי: בהמוני המגעים הבינאישיים שיש לו כעניין של יום ביומו עם שאר בני הקהילה שלו, ישעה לתביעותיהם של אחרים (וריס באותה מידה) – או אפילו יכיר בלגיטימיות שלתן – לתתחם מרכושו כשמגיע גובה המס (שליח המשפט הציבורי) לתבע את נגסו. לשון אחרת: אם גישותינו זה לזה הן במידה כלשהי תוצר של קביעות המשפט באשר למגעים שלנו זה עם זה – של המשפט הפרטי – הרי שלא ניתן לצפות שהגישה המתמקדת בעצמך, שמצמיח משפט פרטי ליברטריאני, תניב, כשנגיע לעיצוב משפטנו הציבורי, מדיניות שיוויונית או כזו השוקדת על סיפוקם של צרכים חיוניים (מדיניות הנשענת, במילים אחרות, על "פן האחר" של האני). התאמה מושלמת אינה נדרשת; אך הפרדה חדה פשוט אינה אפשרית.

ג. "זה נהנה והו לא חסר" – משמעות הרתיעה מן המשפט העברי

בהינתן ניתוח סכמטי זה של תשתית האידיאולוגית של דיני עשיית עושר, ניתן לפנות לטיעון העיקרי שברצוני לבסס כאן, לטענה כי לחזיה של כללי המשפט העברי ביחס למקרה המעסיק אותי כאן ולהעדרה של כללי המשפט האנגלו-אמריקני על פניהם יש משמעות חלוקתית מברעת. הסיבה לכך ברורה בשלב זה של הדברים: כללי המשפט בשיטות השונות שמתן יכול המשפט הישראלי לינוק השראה משקפים אתוסים נורמטיביים שונים. חשוב מכן: הבחירה בנייהם עשויה (או עלולה) גם להשפיע על האתוס הסוציו-אקונומי של החברה הישראלית במגזרים הרבים בהרבה מתחום הדין הנוכחי.

בפרק זה ברצוני להתמקד במשמעות הרתיעה מכללי המשפט העברי בהקשרנו על ידי דיון באופן שבו הם מגלמים אתוס סוציו-אקונומי עדין, ובעיני רבים גם אטורקטיבי מבחינה נורמטיבית.²⁷ כפי שאמנן בפרק הבא, כל מי שמעדיף את הדוקטרינה של

27 אני מודע לכך, שכל תיאור של אתוס הוא בעייתי ובפוף לאתגרים. וכל זאת נראה שניתן לזהות בכל חברה "גרעין נורמטיבי ייחודי", "אשכולי אמונה" טבעיים המגדירים את תרבותה הפוליטית. אתוס כזה יהיה, כמעט בהגדרה, כוללני וגם מדי לצרכים רבים. אך המשפט אף הוא

המשפט האנגלי-אמריקני בתחומנו על זו שמציע המשפט העברי, צריך להשוות אותו זה לאתום המתחרה לו – קרי: האתום האינדיבידואלי הנושב אלינו ממצד, ולהכיר במשמעויות החלוקתיות של הברעתו המשפטית.²⁸

1. התוכנית החלוקתית של המורשת היהודית²⁹
 היהדות מנסה לאזן בין עצמאות היחיד ורווחתו לבין התפיסה הקהילתית החזקה המצויה

פועל בהכללות ומתייחס בדיגל – לטוב ולרע – למכנה המשותף של קבוצות האוכלוסייה השונות. על כן, מרבית הקשיים שהתייבשו על האתום האחד של חברה מעלה אינם בעייתיים בהקשר הנכבד.³⁰

28 לדיון באתום הסוציו-אקונומי האמריקני ובחזית התאמתו לכללים המשפטיים החלשים על המקרה הנדון כאן ראו: דגן (לעיל, הערה 16), עמ' 51-55, 60-61, 71-108 (על מנת להסיר ספק, כדאי לציין מפורשות, שאתום זה אינו מתלבד עם האידיאל הליברטריאני, כפי שהוא מאופיין בנוף המאמר).

29 היאור התוכנית החלוקתית של היהדות מבוסס על 'י פלק, ערכי משפט ויהדות: לקראת פילוסופיה של ההלכה, ירושלים תש"ם, עמ' 14, 117, 119; א' ליכטנשטיין, 'ליבדור 'כופין על מידת סודם', גזות עברית באמריקה, מ' זורי ואח' (עורכים), תל-אביב תשל"ב, עמ' 362, 380-380 M. Tamari, *With All Your Possessions: Jewish Ethics and Economic Life*, New York 1987, pp. 1-5, 36-37, 51-52, 54, 59, 210-211, 240, 242-243, 245-247, 256, 277; L. Goodman, *On Justice: An Essay in Jewish Philosophy*, New Haven 1991, pp. 6, 8, 15-16, 29, 42; Idem, 'The individual and the Community in the Normative Traditions of Judaism', *Autonomy and Judaism: The Individual and the Community in Jewish Philosophical Thought*, D. Frank (ed.), Albany 1992, pp. 69, 80, 102-105; I. Twersky, 'Some Aspects of the Jewish Attitude Toward the Welfare State', *A Treasury of Tradition*, N. Lamm & W. Wurzbarger (eds.), New York 1967, pp. 221, 228-229, 232-234; M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York 1983, pp. 75, 92; B. Cohen, 'Law and Ethics in Light of the Jewish Tradition', *Law and Tradition in Judaism*, New York 1959, pp. 182, 208, 226, 231; M. Lew, *The Humanity of Jewish Law*, London 1985, pp. 29, 109, 111, 117, 126, 130, 191; S. Spero, *Morality, Halakha and the Jewish Tradition*, New York 1983, pp. 221, 225; K. Kohler, 'The Historical Development of Jewish Charity', *Hebrew Union College and Other Addresses*, Cincinnati 1933, pp. 229, 234-236, 252; E. Frisch, *An Historical Survey of Jewish Philanthropy*, New York 1924, pp. 22, 77-80, 118; A. Levine, *Free Enterprise and Jewish Law*, New York 1980, pp. 155-157 קיימת מחלוקת מחברים באשר לקשר בין החזון החברתי של היהדות לבין שורשיה האולטימטיים. השו, למשל, את 'The Interaction of Morality and Jewish Law', *The Jewish Law Annual*, 1988, pp. 119-120, 119-120 (1988) חזרה מענייני, שכן גם אלה המדגישים את אופיה התאוצנטי של היהדות מודים בכך, שאף אם המסרה האולטימטיבית של היהדות היא שירות השם, גם רווחתם של הפרט והחברה הן מסרות חשובות – אם כי מכשיריות – של החזון החזון (ראו: אנגלר, שם, עמ' 123). מכאן

במחשבה היהודית. כמו גישות אינדיבידואליות רווחות (במצד הליברלי), היהדות מדגישה את חשיבותו של כל פרט: כל אדם נוצר בצלם, ולפיכך כל אדם מקודש באופן שווה ומיוחד; רווחתו וחירותו של הפרט עומדות בבסיס כללים הלכתיים רבים. יחד עם זאת, היהדות רואה בהשתייכותו הקהילתית של אדם מצב טבעי, ועומדת על כך שהזהות העצמית של בני אדם מוגדרת באופן חברתי. התורה, טוען לן גודמן, שואפת לכינונה של קהילה, ולא רק חברה; המסרה היא יצירת מבנה חברתי אשר יישם, הלכה למעשה, את הכלל הפנחה של "ואהבת לרעך". מכאן גישתה ההואליסטית של המורשת היהודית, המנסה למצוא נקודת איזון ראויה בין המסורות האינדיבידואליות והקומוניטריות; גישה אשר אינה מקבלת את התבנית החברתית (המערכת המודרנית) של זכויות "חוקיות", אך מוגבלות, ומעדיפה על פניה תוכנית חלוקתית של זכויות שהן רחבות יותר, אך לפיכך גם יחסיות; גישה המדגישה אתריות חברתית ועושה הדדית, ועם זאת מנסה שלא לדרוש מהפרט הקרבה עצמית בהכירה בלגיטימיות של העדיפות שכל פרט מעניק לצרכיו ולרצונותיו על פני אלה של רעהו.

עומדה חלוקתית מורכבת זו מתבטאת יפה בתפיסת הקניין של היהדות ובמסד הצדקה, וכן בקשר הייחודי שמונתות המורשת היהודית בין קניין לבין צדקה. היהדות מכירה בלגיטימיות ובחשיבות של הקניין הפרטי; אך המורשת היהודית מעולם לא קידשה את זכות הקניין ולא ראתה בה זכות טבעית או מוחלטת. נהפוך הוא: העיקרון המרכזי של הפילוסופיה היהודית הכללית הוא, שכל הקניינים שייכים לה, ושדם ניתנים לנו כנאמנים בלבד; אותו דין אשר מגן על זכויותיו של כל פרט בקניינו גם מגביל זכויות אלה ומכיר בטענותיהם של אחרים – הקהילה ופרטים אחרים – ביחס למשאבים אלה.

תפיסת הצדקה של המורשת היהודית, אשר מגלמת את "התוכנית החלוקתית היהודית" ומזוהה מרכיב מרכזי בחיים הקהילתיים היהודיים, מבוססת על הבנה זו של הקניין הפרטי: כנאמנים, על בעלי הקניין לחלוק אותו עם שאר בני הקהילה, ובפרט הנזקקים בה, שהם המוטבים של נאמנות זו. מתן צדקה במסורת היהודית אינו עניין של רחמים, חסד, נדיבות לב או מצפון אישי, אלא עניין של צדק (מכאן גם הקרבה הלשונית שבין "צדקה" לבין "צדק"). מתן צדקה הוא מילוייה של חובה משפטית; מימוש זכויותיהם של הקהילה ושל אלה מתוכה שגורלם לא שפר עליהם בקניינו של מי שיש לו.

מרכיב חשוב של מוסד הצדקה הוא קריטריון החלוקה. מייק וולצר מסביר, שנקודת המוצא של התוכנית החלוקתית היהודית קבועה בציוויה התלמודי, שיש לספק את צורכיהם של הנזקקים, וממנו גורה המורשת היהודית את הקריטריון של סיפוק צרכים

ששתי הגישות מכירות בחשיבות החזון החברתי של היהדות (כמסרה עצמאית או מכשירית), והכרה זו היא כל מה שנדרש לצורך הידון הנכבד.

חיוניים כאמת המידה החלוקתית הראויה. הבחירה של קריטריון חלוקה זה עיצבה את מוסד הצדקה, וזמנה נגזרו תנאי הזכויות לצדקה: מידת העושר וניזולתו. היא המסבירה את המאמצים העקביים של הארגונים הקהילתיים היהודיים לחסל את הקבצנות; להזק את הקשר בין צרכים לבין סיפוקם על ידי שחרור ההליך של חלוקה מחדש של משאבים מכל השיקולים הורים (לשיקול של צורך) אשר בגינם קבצנים נענים (כגון דתיותם או האופן שבו הם פונים לעושה). לבסוף, הקריטריון של סיפוק צרכים חיוניים מגדיר את משרת החזון החברתי של היהדות: מתן צדקה מיועד לספק מזון לנוקד, ולא להשוות את חלוקת המשאבים בחברה; משרתה של הצדקה היא להעמיד לאדם הנמצא במצוקה את האמצעים ליציאה ממצגל העוני, את הצרכים הבסיסיים שיאפשרו לו לשקם את חייו ולצאת לדרך חדשה. למרות שהתוכנית החלוקתית של צדקה מבוססת על הקריטריון של "צורך", בנבדל מהקריטריון האינדיווידואלי של "תרומה" (desert), שהוא הקריטריון שבסיוד תוכניות החלוקה המקובלות במערב הליברלי, אין היא תוכנית שיוויונית באופן רדיקלי. מוסד הצדקה מגלם את נסיונה של המורשת היהודית למצוא את שביב הזהב שבין המסורות האינדיווידואלית והקומוניטרית.

החובה לתת צדקה הגדרה באופן קפדני, זכתה לגיבוש מוסדי והוסדרה על ידי הקמתה של מערכת מיסוי כופה. אך כפי שמסביר יצחק טברסקי, המורשת היהודית ניסתה לשלב את התזיה של נתינה ספונטנית וחופשית עם האנטי-תזיה של תרומה כפויה, ולתפוך בכך את מתן הצדקה לפעולה שהיא אישית למרות שהיא מכומתת, אינטימית על אף היותה פורמלית, בעלת השראה גם אם היא מוסדרת בקפידה. מכאן היחס העדין שבין אחריותיהם של הפרט והקהילה לצורכיהם של הנזקקים: ציווי הצדקה מופנים לפרט, הנתפס כדמות המרכזית במוסד הצדקה, מי שמאתר נזקקים ונענה לבקשותיהם; אך בה בעת ההלכה הקצתה לקהילה תפקיד מרכזי שאין בלתו בתחום זה, בעצבה אותה כמעין מדינת רווחה בועיר אנפין; ועדיין, על פי המורשת היהודית, הפרט אינו יכול אף פעם לבודד את עצמו מהנזקקים; האחריות הקהילתית אינה פוסרת אותו מחובתו להיות מודע ורגיש לסבלם; החובה האישית לצדקה לעולם אינה נגמרת.

למרות זאת, היהדות אינה דורשת הקרבה עצמית ומודה בעדיפותו של ה"אני" על ה"אחר". לפיכך, כפופה החובה לספק את צורכיהם של נזקקים למגבלה של אמצעים, ונדיבות יתר במתן צדקה מוגבלת על ידי כלל האוסר על אדם לתת לצדקה יותר מממישית מהתכנסותו. גם היבט זה של מוסד הצדקה מעיד שוב על אופיו המורכב כתוכנית "חזקה" להספקת צרכים חיוניים; תוכנית המנסה לאתר את שביב הזהב שבין אדם אחד לבין רעהו, בין הקהילה לבין חבריה.

2. משפט עברי

ברצוני להראות כיצד תוכנית חלוקתית זו משתקפת (ואולי גם מעוצבת) בכללי המשפט

העברי, אשר מסדירים את המקרה הניזון במאמר זה. היין במקרה זה של עשיית עושה ולא במשפט העסיק את חכמי ההלכה (בפרט הראשונים), והדוקטרינה זכתה למעמד מרכזי בתורת המשפט העברי.³⁰ בעמודים הבאים אפרט את הכללים שפיתח המשפט העברי – בהתבסס על ניתוח הסוגיה התלמודית בעניין "הורר בחצר חבירו שלא מדעתו"³¹ – ואנסה לבסס את הקשר ההדוק שביןם לבין התוכנית החלוקתית של המורשת היהודית.

היין בגמרא נסב סביב השאלה האם "הורר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך?" האמוראים המתדיינים מדייקים עוד יותר בהגדרת הבעיה: השאלה המעניינת עולה במצב שבו החצר לא עמדה להשכרה, ואילו הווכה – שדרר בה – נדרש לשכירת חצר. מוה היין במקרה זה? האם התקבל טענת הווכה שלא חיטר מבצע החצר דבר (שהרי בלא הכי לא עמדה חצרו להשכרה), או שמא יעודף בעל החצר, אשר עומד על כך שדי בהנאתו של הווכה ("לולי גרת בחצרי", הוא יכול לומר לו, "היית שוכר חצר אחרת") על מנת לבסס את חבתו בדמי שכירותה לתקופת שהותו הבלתי מורשתית בה? זה נתינה זה לא חסר – חייב או פטור?

הסוגיה התלמודית מתחבטת בשאלה קשה זו: תקדימים ממקורות תנאים, לכאן ולכאן, מועלים ונחתים; ולמרות שהתלמוד אינו מגיע להכרעה ברורה, ניכר שמרבית האמוראים מצדדים ב"עוה" שדינו של הורר בחצר חבירו שלא מדעתו – כשוה נתינה זה לא חסר – פטור.³² כלל זה, הפוסר את הנהגה שאינו מחסר ("כלל הפטור"), אומץ גם על ידי הרמב"ם וה"שולחן ערוך",³³ והוא משמש כאבן הפינה של הדקטרינת המשפט העברי בסוגייתו.

המשפט העברי העסיק את עצמו בשתי משימות מרכזיות: הגדרת הנסיבות המיוחדות שבגדרן חל כלל הפטור ולימוד העונן הדוקטרינרי שעליו הוא נשען. בפסקאות הבאות אתמקד במטלה הראשונה, שחשיבותה לחיבור זה ניכרת. אך פטור בלא כלום אי-אפשר, וכדאי גם להזכיר – לפחות לצורך הבנת התשתית הערכית של כלל הפטור

30 ראו: A. Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law*, New York 1991, pp. 231–232; B. Jackson, 'Introduction to Symposium: Unjust Enrichment', *The Jewish Law Annual*, 3 (1980), p. 6

31 בבלי, בבא קמא כ"א-כ"ב ע"א.

32 ראו: ג' רוקבר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, עמ' 20. לקראת סוף הסוגיה התלמודית מופיע קטע אשר נראה כמציע הסבר אחר לתוצאת הפטור, דהיינו הגאון של המוכה משהותו של הווכה בחצרו (ביחס למצב בו היתה ריקה); ואם כך, הרי שבהעדר הגאון כוונת הווכה חייב. עם זאת, למרות שיש המייחסים חשיבות לתיבס זה, מרבית העוסקים בסוגיה מתעלמים ממנו ומענינים את תוצאת הפטור בכך שהמוכח אינו חסר. ראו: קירשנבאום (לעיל, עמ' 30), עמ' 204 וה"ש 70–71; רוקבר, שם, עמ' 34–35.

33 ראו: רמב"ם, גולה ואבהו, פ"ג טז; שולחן ערוך, חושן משפט, סו"ס 1.

– אחד מבין העוגנים הדוקטרינריים שהוצעו לו: הכלל של "כופין על מידת סדום".³⁴ הכלל של "כופין" קובע כי אם לפלוני זכות משפטית, אשר הפרתה על ידי אלמוני אינה גורמת לו כל נזק ובה בעת מאפשרת לאלמוני להפיק רווח או למנוע הפסד, כי אז מותר (מלכתחילה) לאלמוני לנצל כך את זכותו של פלוני (חינם אין כסף), ובמקרה מתאים פלוני אף ייכפה לאפשר לו לעשות כן.³⁵ כלל זה מבוסס על עמדה בסיסית של המורשת היהודית, אשר מנגה את ניצולה לרעה של זכות הקניין; הוא מבטא את התייחסותו של הדין להתנהגות של מניעת יתרון מאדם אחר, גם בנסיבות שבהן אין בו כדי לגרוע מבעל הקניין דבר, כהתנהגות פגומה מבחינה מוסרית ולפיכך ראויה לגינוי.³⁶

הסברה כי כלל הפסור מעוגן ב"כופין", זכותה לביקורת,³⁷ אך אין צורך להכריע, או אפילו לדון, במחלוקת זו כאן. לענייננו די אם נכיר בכך, שהן הדוקטרינה של "כופין" והן כלל הפסור, המהווה את נקודת המוצא לדין הדוקטרינרי במקרים של עשיית עושה, נטועים על קרקע ערכית דומה; שניהם משקפים את העיקרון של אחריות הדדית, שעל מעמדו בפילוסופיה החלוקתית של המורשת היהודית עמדתי בסעיף הקודם. קשר זה – בין האתוס הסוציאלי-אקונומי של המורשת היהודית לבין הדוקטרינה של המשפט העברי בדיני עשיית עושה – אינו מתמצה בכלל הפסור. כפי שנראה מייד, גם כללים נוספים, אשר מסייגים את כלל הפסור ומדייקים בו, תואמים, לדעתי, את דקויות התבנית החלוקתית של המורשת היהודית.

ראש וראשון לסייגים אלה קובע, כי כלל הפסור אינו חל אם נגרם למוכה נזק כלשהו. סייג זה מעלה שתי שאלות, אשר התשובה עליהן חשובה להבנת היקפו והגישו העומדת בבסיסו: (א) מה נחשב "נזק"? אשר מביא לתחולת הסייג? וביתר דיוק: האם גם הפסד ההזדמנות לעיסקה לשימוש במשאב עם הזוכה עצמו עולה כדי נזק? (ב) איזה סעד כספי חל בנסיבות שבהן חל סייג זה? האם פולש לחצר חברו שהחיק חייה הזוכה

34 תומך חשוב בהשקפה המעגנת את כלל הפסור בכופין הוא הרב יעקב ירושע פאלק; ראו: פני ירושע, בבא קמא, כ ע"א. ראו גם, למשל: N. Solomon, 'Concepts of Zeh Neheneh... in the Analytic School', *The Jewish Law Annual*, 3 (1980), pp. 49, 55-62. עינינום הדוקטרינריים אחרים של כלל הפסור הם: ויתור משתמע, העדר זכות משפטית והעדר זכות עמידה. ראו: רקובר (לעיל, הערה 32), עמ' 21-22.

35 דיון מקיף בדוקטרינה של כופין – העוסקת בסענה לכתחילית לזכות בקניינו של אחר – חורג מענייננו. ראו: S. Shilo, 'Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights', *Israel Law Review*, 15 (1980), pp. 49-78.

36 ראו: קירשנבאום (לעיל, הערה 30), עמ' 185-186.

37 ראו, למשל: I. Haut, 'Abuse of Rights and Unjust Enrichment: A Proposed Restatement of Jewish Law', *National Jewish Law Review*, 2 (1987), pp. 31, 37, 41-42, 44, 49.

לפצות את בעל החצר על הנזק שהוא גרם לו, או שמא יחא האחרון זכאי בנסיבות כאלה להנאה שהפיק הפולש מהפרת זכותו, גם אם היא עולה על הנזק שגרם? בקרב הראשונים, שעיצבו את הדוקטרינה באשר לדר בחצר חברו, נתגבשה דעת רוב בקשר לשאלה השנייה. למרות שהיו מי שהעדיפו לצמצם במקרה כזה את חבותו של הזוכה לנזק שגרם, קבעו מרבית הראשונים כי אם הזכיה המוכה נזק כלשהו – ואפילו מועט – חייב הזוכה להשיב לו את כל הנאתו, גם אם זו עולה על מידת הנזק שגרם.³⁸ דעת רוב זו אף נפסקה להלכה על ידי השולחן ערוך.³⁹

קביעת סעד של הנאה במצבים של פולש שהחיק נראית מפתיעה על רקע הניסיון הראשוני של דוקטרינת המשפט העברי. המכירה בלגיטימיות מענתו של זר לשיתוף במשאבו של בעל הקניין. לכאורה קושי זה נפתר אם מקבלים את הסברה שכלל הפסור מעוגן ב"כופין", שכן חריג זה מתיישב עם התשתית הערכית של "כופין": מודע שבגורם נזק – קטן ככל שיהיה – עמידה על זכויות הקניין של המוכה הניזוק כבר אינה "מידת סדום".⁴⁰ אך תשובה זו אינה שלמה. הנזק הרי אינו משמש את המשפט העברי רק כהצדקה לביטול הפסור: אם זה היה כל פועלו, יכול היה המשפט העברי להכיר בחבותו של פולש שהחיק, אך להגבילה לדמי הנזק שגרם. הקביעה שישלם כמידת הנאתו עושה יותר מכך: היא מרתיעה פולשים בכוח מלבצע את פלישותיהם המזיקות.⁴¹ מה יכול, אם כן, להסביר שינוי דרמטי כזה בעמדת הדין? מודע לא להסתפק בהשבת המצב לקדמותו? מה עומד ביסוד בחירתו של הדין בנקודה של גרימת נזק ממש בנקודת המעבר מעמדה המכירה בסענת הזוכה לשיתוף לעמדה הדואגת להגן על עניינם של מוכים?

נראה לי שהתשובה לשאלות אלה תימצא, אם נזכור את האיזון העדין שמנסה האתוס היהודי להתוות בין שני צידי "האני היהודי": כאשר מאיימת הפלישה להפחית באופן ממשי את ערך נכסיו של המוכה, היא כבר חורגת מ"שיתוף כפוי" ועולה כדי "הקרבה כפויה". בנקודה זו מגיעה הניסיון האתונס היהודי ל"אני" על פני ה"אחר". לשון אחרת: הסייג נותן תוקף לעדיפות שמעניק האתונס היהודי ל"אני" על פני ה"אחר". לשון אחרת: הסייג שבו אנו דנים מנסה לשמור את ענייניו של הפרט בתוך מסגרת המנסה לקדם ערכים שיתופיים; למנוע גלישה במדרון התלול שבין תביעה (כשרה על פי המשפט העברי) לשיתוף לבין דרישה (מסוכנת מבחינת הפרט) להקרבה עצמית של ממש; לשים גבול ברור למידת החריגה המותרת לתחומי של אדם אחר.

38 לריכוז האסמכתאות ראו: י' בלס, עשיית עושה ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 68-70.

39 ראו: שולחן ערוך, תושב משפט, ססג ז.

40 ראו: פני ירושע, בבא קמא, כ ע"א. ראו: בדומה (ביחס לדעה המעגנת את כלל הפסור בויתור משתמע) ש"ת עמודי אש, טו ע"ב.

41 ראו: עניינים למשפט, בבא בתרא, ד ע"ב.

ניתוח מוצע זה מתחזק אם נעבור לשאלה הראשונה שהצגתי ונבחן את ההגדרה הדוקטרינרית ל"נוק". "נוק" כולל הן הפחתה בערך המשאב הנפלט והן מניעה של רווח צפוי. אך על מנת להיכנס לגדריה של חלופה זו (של הפסד רווחים) על התובע להוכיח שבמועד הפלישה למקרקעיו הוא יכול להשתמש במשאבו או להפיק ממנו רווחים. במילים אחרות: "נוק" המביא לחלולת הסייג הראשון לכלל הפסד אינו כולל את אובדן העיסקה (ההיפותטי) עם הוכחה בנסיבות שבין המזכה לא להכונן או לא היה יכול להשתמש בנכס. זאת באשר המשפט העברי מקבל את טענת הוכחה, שאילו ידע שהמזכה יתבע ממנו תשלום עבור הנאמן, היה מוחל עליה; ומכאן, שכל עוד קיימת אפשרות שחוכה אכן יכול היה לוותר על הנגאה – על ידי שליחתה מעצמו או הודות לגריבותם (המצופה) של שאר בני הקהילה – הרי שאובדן ההודמנות של המזכה ביחס לעיסקה עם הוכחה אינו, כשמצעמו, "נוק" המצדיק את הפיכתו של כלל הפסד. (פשיטא, שכל תוצאה אחרת היתה מורקנת את כלל הפסד היסודי מכל תוכן).⁴²

סייג שני לכלל הפסד קובע שמרגע שמזכה הביע את מחאתו, חב הפולש במלוא המי השכירות, ואת בין אם עומדה החצר להשכרה ובין אם לאו; קרי: בין אם ניוק בעליה ובין אם הוא פשוט עומד על זכויותיו הקנייניות.⁴³ על פניו, תחולת סייג זה גם במצב שבו אין המזכה נפסד כלשהו מהפגיעה בזכויותיו נראית מוקשה נוכח ההמיה הקומוניטרית שבבסיס הדוקטרינה. ואכן, היו שתקפו סייג זה וטענו שכאשר לא נגרם למשאב הנפלט כל נזק אין הצדקה לחייב את הוכחה בתשלום גם אם המזכה מוזה פוגעת התנגדות זו היא בעייתית, שכן הרחבת כלל הפסד גם למצב שבו המזכה מוזה פוגעת באופן חמור בשליטתו של המזכה במשאב, ובנגרר מכך – בחרותו: אחרים, זרים, יכולים להתעלם לחלוטין מרצונותיו (הגלויים) כאשר למה שייעשה בנכס.⁴⁵ תוצאה זו קשה למשפט העברי, המנסה ללכת על החבל הדק שמתווה המורשת היהודית בין חרות

42 לכן שגם רווחים שאבדו עולים כרי נזק בהקשר הנדון כאן ראו, לדוגמא: שו"ת נודע ביהודה, חושן משפט, כד. לבריקה הפרטנית של המשפט העברי את יכולתו וכוונתו של הבעלים לעשות שימוש במשאב ראו: הרמ"א, שסג, ו' ר"ב. לדיון נרחב, כולל התייחסות לחריגים – בעייתיים יותר (א-יבלגלות של מניעת הנאה מהמזכה בגדר "נוק") או פחות (חוקקו הראייתית שבת מוגדרים מיעדים להשכרה) – לאמור בסקסט, ראו: בלם (לעיל, הערה 38), עמ' 12-13, 63-67; רקובר (לעיל, הערה 32), עמ' 27-28, 32-34. לדיון המקביל בהקשר של "כופין" ראו: קירשנבאום (לעיל, הערה 30), עמ' 199-202, 207-211, 249-250; ליכטנשטיין (לעיל, הערה 29), עמ' 368-370; שילה (לעיל, הערה 35), עמ' 54-64.

43 ראו: עמ' 368-370; חושן משפט, ססג ו; מאירת עיניים, חושן משפט, ססג טז.

44 ראו: נחלת דוד, בבא קמא, כא ע"א. ראו בדומה – בהקשר לדעת (המיעוט) שסברה ש"כופין" חל במצב של הדר בחצר חבוי – קירשנבאום (לעיל, הערה 30), עמ' 197-198, 204, 226-226-232.

45 ראו בדומה: ב' לפשיטא, "זוה נגנה חיה לא חסרי" – וכייה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה"; הפרקליס, לו (תשמ"ז), עמ' 203, 217; קירשנבאום (לעיל, הערה 30), עמ' 203.

הפרט לבין האחיות הקהילתית, ועל כן אין זה מפתיע שהמשפט העברי דחה את הפתרון הקומוניטרי הקיצוני, שאילו חותרת דעת המיעוט. על פניה העדיף הדיון לקבוע, שממאת המזכה פוטר אתו מעולו של כלל הפסד; לספק למוכה אמצעי מפלט על מנת שיוכל לשמר את שליטתו בקניינו (ובכך לתת ביטוי לחרותו השלילית). ברי, שקביעת חריג כזה, שהפעלתו עלולה לסכל את הכלל כולו, עשויה להיראות תמוהה למי שאינו מכיר בפונקציה המתחבת או המעצבת של המשפט; אך המשפט העברי מכיר בגלוי בפועלו זה,⁴⁶ ולכן אין הוא מהסס להפקיד בידי המזכה אמצעי מפלט כזה. הדיון משרד לנתניו – דרך המבנה של כלל חריג – את גישתו המוסרית, ומכבד את הכרעת הפרט כאשר להפעלתה הלכה למעשה.

כלל הפסד אינו חל במקרה נוסף, והפעם כוונתי למצב שבו מפיץ הוכחה רווחים "חזויים" מהשימוש בקניינו של המזכה, בנביל מונאה שאין עימה רווח ממשי ומוגדר. על פי סייג זה יש להבחין בין מצבים – כגון מקרהו של הדר בחצר חבוי, אשר בהקשר אליו נקבע כלל הפסד ככלל הבסיסי – שבהם נטמע היתרון בנכס הוכחה (שחסך הוצאות) באופן שלא ניתן להבחין בו ולווחו ככזה, לבין מצבים שבהם השתמש הוכחה במשאבו של המזכה כאמצעי להפקת רווחים של ממש. בסוג זה של מצבים חל סייג לכלל הפסד, והוכחה חב בהנאתו אף אם לא חזיק.⁴⁷

למעשה סייג זה עוסק בשני מקרים. הראשון הוא מקרה שבו הוכחה "עושה סחורה בפרת חבוי", קרי: מפיץ רווח של ממש מנכס שלא לו, שאז נקבע להלכה שחב הוא כמידת הנאתו.⁴⁸ במקרה השני מונע הוכחה מעצמו, בזכות השימוש הבלתי מורשה במשאבו של המזכה, הפסד או הוצאה ודאיים, אשר ככאלה הם שקולים על פי המשפט העברי לרווח של ממש.⁴⁹

אני סבור שקל לבאר את הסייג הנוכחי, על שני ענפיו, לאור האתוס של המורשת היהודית.⁵⁰ כלל המחייב מזכה שעושה סחורה בפרת חבוי תואם תוכנית חלוקתית

46 להבנת המשפט העברי את עצמו כאמצעי חיובי ראו, למשל: גודמן (לעיל, הערה 29), עמ' 35, 37; כהן (לעיל, הערה 29), עמ' 221.

47 סייג זה אינו מופיע בהקשר לסינייטנו בתלמוד או אצל הראשונים, אך קיימת אחריות דעים לגביו בקרב האחרונים ובן בקרב המלומדים בני זמננו. ראו למשל: בלם (לעיל, הערה 38), עמ' 13-10, 54-53; קירשנבאום (לעיל, הערה 30), עמ' 198-199, 232, 238; לפשיטא (לעיל, הערה 54), עמ' 216.

48 מקור הסוגיה במשנה, בבא מציעא, ג ב. לדיון מפורט במקרים הנוספים בהם אומצה דעתו של רב יוסי (שהעושה סחורה בפרת חבוי – חייב) ראו: רקובר (לעיל, הערה 32), עמ' 49-71. הכלל המופיע בטקסט אומץ כהלכה ברמב"ם, הלכות שביעות, א, ו, ובשולחן ערוך, חושן משפט, שו ה. לדיון וריכוז אסמאות ראו: בלם (לעיל, הערה 38), עמ' 11-12.

49 לוסברגים אחרים ראו: בלם (לעיל, הערה 38), עמ' 21-22, 53; סולומון (לעיל, הערה 34), עמ' 61; רקובר (לעיל, הערה 32), עמ' 46-49.

המעוגנת בקריטריון של סיפוק צרכים חיוניים. אם אומנם, כפי שאני מנסה לטעון, כלל הפטור מבוסס על ניסיון לחיל קריטריון חלוקה זה גם במשפט הפרטי, כי אז סביר לסייג כלל זה למצבים של צורך אמיתי.⁵¹ אני סבור שהסייג של רווח חיובי מהווה קירוב סביר למקרים החורגים ממצבי צורך כאלה: כאשר הווכה התעשר בפועל, מנית המשפט שאין עוד סיבה (כזו הנעוצה בצורך) שלא יחלוק רווחיו עם המוכה, שממשאבו הופק הרווח. אומנם התעשרות חיובית, כאמור, אינה ראייה ישירה לשאלת הצורך או העדרו; אך יש בה כדי ראייה נסיבתית מסוימת להעדר צורך, שהפנייה אליה מאפשרת לדון להזנעת מניירות ישיר של שאלת מצבו הכלכלי של הנתבע במסגרת הליך משפטי בני צדדים פרטיים.⁵²

דא עקא, שספק אם הסבר זה עומד גם ביחס למקרה השני שבו חל הסייג הנוכחי, זה של מניעת הפסד ודאי. העובדה שהווכה עמד בפני הפסד או הוצאה בלתי נמנעים אינה מלמדת אותנו דבר וחצי דבר אודות מצבו הכלכלי. שמע מיניה: למרות ששני המקרים קשורים זה לזה בניתוח הזקטיטרי, ביאורם התיאורטי נפרד. בנואנו להסביר את אי-תחולת כלל הפטור במקרים של מניעת הפסד ודאי, עלינו להתמקד במוכה, ולא בזוכה. במקרים שבהם לא היתה לזוכה כל ברירה אלא לשאת בהוצאות, עולה הרשאת הדון לנטילת המשאב – לו כך היתה הזקטיטריה קובעת – כדי אוכזן הודמנות אמיתית מבחינתו של המוכה (התובע). המרכיב של "העדר ברירה" הופך את ההודמנות ההיפותטית לעיסקה עם הווכה להפסד ממשי של רווח, שכן הוא סותר את החזקה, לפיה הזוכה היה מוותר על הנטילה לו ידע שיידרש לשלם בעבורה. מכאן שמתן פטור לזוכה היה עולה במקרה כזה כדי "הקרבה כפויה", ולכך – כפי שכבר ראינו – אין המשפט העברי מסכים.

ולבסוף, כלל הפטור אינו חל גם כאשר הביע הווכה נכונות לשלם עבור הנאתו.⁵³ שני הסברים מעניינים הוצעו לסייג אחרון זה.⁵⁴ ראשית, נטען שנכונות הווכה לשלם סותרת את הנחת כלל הפטור, לפיה התצר אינה עומדת להשכרה, ועל כן עולה כדי נזק לבעליה; וכפי שראינו, כאשר הזכייה מלווה בגרירת נזק למוכה – חל הסייג הראשון לכלל הפטור, והזוכה חייב. הסבר זה מרגיש את הסיבה לא-הכללתו של אוכזן ההודמנות לעיסקה עם הווכה בהגדרת "נזק", קרי: הנחתה שלו היה הווכה יודע שיידרש

51 עמותי על כך כבר דנו בקשר שבין תוכנית החלוקה שמכוננים דיני עשיית עושר לבין

האתוס הנורמטיבי המנחה את הווכה שבה מדובר. ראו לעיל עמ' 152.

52 לצורך של המשפט לחליף לעיתים את השיקולים הרלוונטיים לכלל משפט בגורמים נוספים יותר

אך כאלה שקיים סיכוי נמוך יותר שיישמו שלא כהלכה (או פשוט ינצלו לרעה) ראו: F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford 1991, § 8.3

53 ראו: שולמן ערך, חושן משפט, סג' ח.

54 ראו: חודושי ר' שמעון שקאף לבנא קמא, סימן ט' ד"ו וסימן כ' ב.

לשלם עבור זכיותו היה מוותר עליה. אך אם הווכה עצמו גילה דעתו שהוא מוכן לשלם – נסתרת החזקה, ומוכח הפסד ממשי של המוכה. במקרה כזה הנאת הווכה מבלי לשלם שקולה ל"הקרבה כפויה" (פסולה).

ההסבר השני מתמקד בווכה הפולש ולא במוכה (בעל הצדק), והוא מתבסס על הסייג השלישי, של רווחים חיוביים. מרגע שהתברר שהווכה מוכן לשלם עבור הנאתו ובפועל אין הוא משלם, המצב כבר אינו שקול להנאה שתם, אלא להפקת רווחים חיוביים. ברם, כפי שראינו, במקרה כזה אין הצדקה לכלל הפטור, שכן אין עוד להניח שהווכה אכן מצוי במצוקה. במילים אחרות: הידיעה שהווכה לא היה מוותר על הנאה לו גרש לשלם עבורה מצביעה על כך שקשיו הכספיים אינם כה תמורים במידה שתצדיק פגיעה באינטרס הקנייני של המוכה. בהעדר צורך אמיתי של ה"אחר", מוצדק שיועזף עניינו של ה"אני".

אך מדי מידת הסעד שייפסק למוכה כנגד זוכה שהביע נכונות לשלם? נפסק שלא ניתן לגבות מווכה כזה אלא כגובה הסכום שהיה מוכן לשלם.⁵⁵ בהתייחס להלכה זו נטען, כי בעוד שההסבר השני לסייג זה (שאותו ניתוחתי כ"העדר צורך") מאשר אותו, הרי שקודמו (שאליו התייחסתי כ"נזק ממשי") סותר אותו.⁵⁶ זאת כאשר אם מוכח נזק – חב הווכה, זכור, בכל ההנאה, ולא רק במידת הנזק שגרם. גיאה לי שניתן לחלוק על סברה זו. ביתר דיוק, ברצוני לטעון, שאם ההסברים האמורים נבחנים על פי ההצדקות שבבסיסם, כי אז מוצדקת ההלכה על פי שני ההסברים כאחד.

קל ליישב את הגבלת מידת החובה למידת נכונותו של הווכה לשלם (X) הוא השני ועם ההצדקה שעליה הוא נשען: גובה הסכום שהווכה היה מוכן לשלם עם ההסבר מידת התעשרותו החיובית שאותה יש לשלול ממנו על פי הסייג השלישי דלעיל. בדומה, אם גילה הווכה דעתו, שהוא מוכן לשלם X עבור הנאתו, וכל דרישת תשלום עודפת היתה גורמת לו לוותר עליה, הרי שהסכום העודף מהווה קירוב של מידת נזקקותו. לפיכך חל לגבי סכום עודף זה, ורק לגבינו, כלל הפטור. מנגד, הואיל והמשפט העברי אינו מכיר בלגיטימיות של נטילה שאינה מבוססת על צורך, אך סביר הוא שיחייב את הווכה בהשבה בגובה X.

ברם, כפי שהוכרתי, קשה יותר ליישב את הגבלת מידת החובה למידת נכונותו של הווכה לשלם עם ההסבר הראשון, של "נזק ממשי", שהרי הפעולה ישירה של הסייג הראשון (אליו מכוון הסבר זה) תביא לתוצאה של חבות בכל ההנאה. אך חשוב לזכור את ההצדקה של תוצאה זו: רצונו של המשפט העברי להתייע פולשים בכוח מכל פגיעה בזכויותיו של מן רהוא שיש בה כדי הפחתה ממשית של ערך קנייניו. והנה, המצב של

55 ראו: שו"ת נודע ביהודה, חושן משפט, כד.

56 ראו: בלם (לעיל, הערה 138), עמ' 59.

זוכה שהביע נכונות לשלם הוא, בהגדרה, מצב של העדר נזק כזה, קרי: של העדר כל ביקוש אחר – פרט לזה שבא מצידו של הזוכה – למשאב שנפגש. מכאן, ששיקול החרתועה, אשר הנחה את הדין בבחירת הסעד של השבת שווי הנאה ביחס לפלישות מזיקות, אינו רלוונטי כלל, וכל שנתגר לדין הוא לפצות את המזכה על נזקו הממשי. כאשר התבע, הנעבר הפונטציאלי היחיד של האינטרס שהופר, מביע את נכונותו לשלם סכום כלשונו עבור ההנאה, סכום זה – ולא שום "ערך אובייקטיבי" של המשאב – מייצג את הפסד הרווחים שנשלל מהמזכה עקב פלישתו של הזוכה, קרי: את הנזק של המזכה.

ד. תפקידו (האפשרי) של המשפט העברי בשיח המשפטי החדש

בחיבור זה ניסיתי להראות כיצד מיתרגמת תפיסת העולם החברתית של מורשת ישראל לאוסף מורכב, אך קוהרנטי, של כללים משפטיים.⁵⁷ נקודת המוצא של הדין – כלל הפסור – נראית קומוניטריטית; אך לימוד פרטי הדוקטרינה מלמד על רגישותם של מעצביה לאיזון העדין שמתווה האתוס היהודי בין ה"אני" לבין ה"אחר".

כך ראינו, שהדין עומד על כך ששיתוף כפוי לא יהפוך להקרבה כפויה, ועל כן מגיב בתקיפות – מחייב את השבת שווי ההנאה – לכל נזק שנגרם לענייני המזכה, כאשר "נזק" לעניין זה כולל לא רק נזק ממשי או אובדן ריווחים מעסקאות עם צדדים שלישיים שהפלישה מנעה, אלא גם את אובדן הרווח מעסקה עם הזוכה עצמו, אם אכן מוכיח המזכה שלולא ההפרה הוא היה צפוי להפיק רווח כזה, כגון עת הביע הזוכה את נכונותו לשלם, או שעמד בפני הוצאה בלתי נמנעת. יתר על כן, הדאגה לפרט אינה מסתכמת בהגנה מפני פגיעה ממשית ברווחתו הכלכלית. היא מתגלה גם בסייג של מחצת הזוכה המאפשר לו, במקרה מתאים, לתבוע (ולקבל) מחדש שליטה על קניינו. לבסוף, התבנית החלוקתית של מורשת ישראל אינה מכוונת להשוואת העושר בחברה, אלא לסיפוקם של צורכיהם החיוניים של הנוקדים. בהתאמה עומד המשפט העברי על כך, שכלל הפסור יחול רק כאשר הזוכה אכן נזקק לשימוש במשאב שאליה הוא פלש. ההטיה הקומוניטריטית אומנם קובעת חוקת נזקקות, לאמור: חוקה שאם היה

57 גם כתבים קודמים עמדו על הקשר שבין כלי הפסור (וחלל של "כופין") לבין האמפייניזם

החברתיים והכלכליים של היהדות. כך, נטען שהדוקטרינה מחדדת את המגבלות שמעמידה היהדות על הקניין הפרטי בנוגסה משליטת בעליו לטובת השרשת הדיאגה לאחר (הנזקק) הוספת מחסומים משפטיים ופסיכולוגיים בין בני אדם. בה בעת, נאמר, דוא המשפט העברי שלא לפגוע יתר על המידה בחופש הפעולה של כל פרט (בעל קניין). ראו: קירשנבאום (לעיל), הערה 30; עמ' 189, 216, 231, 233, 248, 252; ליכטנשטיין (לעיל), הערה 29; בעמ' 377-382. חיבור זה מצטרף לטענות אלה ומצבי איתן במסגרת ניתוח אנליטי רחב של דיני עשיית עושר (פרק ב) אשר מאפשר לדייק עוד יותר בהצגת הקשר שבין אתוס לבין הדוקטרינה.

הזוכה יודע שהוא עתיד להידרש לתשלום עבור השימוש היה מותר עליו. אך זוהי חזקה שניתנת לסתירה. אם בנסיבות העניין נראה שהזוכה הפיק רווחים חיוניים, או היה מוכן – ועל כן, כנראה, מסוגל – לשלם עבור הנאתו, נסתרת חוקת הנזקקות וקמה תבונה של הזוכה.

מארג נורמטיבי מורכב זה ניצב בסתירה חדה למשפט האנגלו-אמריקני. בעוד שהאחרון מתלבט בין הגנה על רווחתו הכלכלית של המזכה לבין הגנה (חזקה יותר) על שליטתו במשאבים שבבעלותו, קרי: בין הסעדים של רווח ושיווי שוק, כאשר הנטייה היא לכיזון הסעד המחמייר יותר, הרי שהשיח של המשפט העברי מתמקד בעיצובה של דוקטרינה אשר מכירה בלגיטימיות טענותיהם של זדים כלפי בעלי הקניין ומתאמצת למנוע את ההחלקה במדרון התלול אל הקוטב הקומוניטרי של "הקרבה כפויה".

נראה לי, שהתמקדות בהשקפות החברתיות שעומדות בבסיס דוקטרינות מתחרות אלה – שכל אחת מהן אפשרית לאימוץ בגרדי חזק עשיית עושר ולא במשפט – עשויה להסיט את הויכוח בענייני מעמדו של המשפט העברי בשיטתו ממיקומו הנכוח, והסטה זו ראויה בעיני. במקום להתחבט בשאלה האם התכוון המחוקק הישראלי⁵⁸ לאמץ את עיקרי המשפט העברי ביני עשיית עושר, או שמא נותר נאמן לשיטה האנגלו-אמריקנית,⁵⁹ ראוי בעיני לשאול לאיזון מערכת משפטית רציו שנוגה להשראה בהינתן התבנית החלוקתית השונות כל כך שביסוד שתי החלופות שבפנינו. אין ברצוני להביע עמדה כאן ועכשיו באשר לערכי היסוד שאליהם ראוי למשפט הישראלי לחזור.⁶⁰ אך בהינתן חשיבותה של הכרעה זו – בחירתנו אינה רק משקפת את העדפותינו כיום; יש בה גם כדי לעצב את מי שנוהיה מחר – נראה לי חשוב במיוחד, שאל מול האופציה

58 האמור בסקסט קשור, כמובן, לחשיבות הנמוכה יחסית שאני סבור שראוי לייחס במסגרת הפעילות הפרטנית ל"כונת המוחק" הוויסטרית. על כך ראו לאחורנו: ג' וולדון, 'כונת המחוקק החקיקה נטולת כוונות', עיוני משפט, עמ' 437-462. בעייתיות הפנייה לכונת המחוקק ניכרה לאחריה ובאופן מובהק במיוחד בבג"צ 3262/95 פורו נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט (3) 153, 158, 163.

59 השו: רקובר (לעיל), הערה 23, עמ' 17, עם ד' פרידמן, 'דיני עשיית עושר ולא במשפט', ירושלים תשמ"ב, עמ' 16, 703-704. לעמדות בנינים ראו: בלס (לעיל), הערה 38, עמ' 1; מ' מזוז, 'נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת', עמ' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט'1979, משפטים, י (תש"ם), עמ' 487, 508. הפסיקה נוטה ככל הנראה (גם בחתומה) לעמדה המעדיפה מחשיבות המשפט העברי. ראו: ע"א 588/87 בתן נ' משש, פ"ד מוז (5) 297, 327. אך ראו: ע"א 290/80 שג"ם תנינים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 633, 641-642. פירוש מנחם מאוסטר העריך לאחרונה כי המערכת המשפטית, ובפרט בית המשפט העליון, מנסה – בתחומים שונים של המשפט – למתן את התגלית של הירידה הסולידריות בחברה הישראלית ולהתחיל (מחדש) את ערך האלטרואיזם ביחסים שבין אדם לרעהו. ראו: מאוסטר (לעיל), הערה 9, עמ' 56-59, 131-132. ככל שדעה זו נכונה, וככל שמגמה זו אומנם תימשך, הרי שיישומה לענייני חייב פנייה למשפט העברי דווקא.

האנגלו-אמריקנית, שאליה חשוף כל כך המשפטן הישראלי, יימצא בשיח המשפטי שלנו גם סקטס נגדי, המציג דוקטרינה המושתתת על תבנית חלוקתית שונה מזו המערבית ומאפשר למשפט הישראלי בחירה של ממש.⁶¹

זהו, אם תרצו, התפקיד החשוב שאני מייחס למשפט העברי בשיח המשפטי הערבי, שהמשפט הפרטי שלנו צועד לעברו (דיני עשיית עושר, הרי, שימשו אותי כאן כמשל בלבד). אני מאמין, שמילוי תפקיד זה יגרום למשפטים החילוניים, שעליהם אני נמנה, להתעניין במשפט העברי ולפתח ראייה מורכבת – כזו שאינה מעוגנת בתדמיות כיתתיות – של מורשת ישראל.⁶² יתר על כן: אני מקווה, שמהלך כזה יסמן גישה המכבדת את הגיוון התרבותי בחברה הישראלית (ואולי גם ב"אני הישראלי"),⁶³ מעודדת קיומו של שיח בין תת-התרבויות השונות שבתורתנו, ומפיקה מכך את היתרון החשוב של שימור קיומה של בחירה חברתית אמיתית.

61 במילים אחרות: הפגמת המשפט העברי לשיח המשפטי בישראל תיצור רדיקליזציה של אפשרויות "התפתחותו הפנימית". ראו: R. Unger, 'The Critical Legal Studies Movement', *Harvard Law Review*, 96 (1983), pp. 561, 580 כי לאחרונה נסען שווה התפקיד שהמשפט העברי מתחיל למלא במשפט האמריקני. ראו: S. Stone, 'In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to The Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory', *Harvard Law Review*, 106 (1993), p. 813 על כך ראו: א' מעוז, 'מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל', הפרקליט, 6 (תשנ"א), עמ' 66-53. לביקורת נוקבת על האופן הפשטני שבו קוראים מלומדים חילוניים את עמודותיהם של המשפטים החדשים ראו: ד' סטמן, 'על ליברליזם, ולאומיות, ועל מה שאין ללמוד מפרשת קסטנבאום', עיוני משפט, כ (תשנ"ו), עמ' 239.

62 על השניות התרבותית (ואפילו הקוזמית) של ההווה הישראלית – של "מדינה יהודית דמוקרטית" – ראו: א' רחן-צב, "מדינה יהודית דמוקרטית" – אבדות רחנתית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל, עיוני משפט, יס (תשנ"ה), עמ' 479.