

מאמרים

היבטים ל"עשיית עושר"

מאת

פרופ' גד טדסקי

ו. הזכייה. א. מהי זכייה. ב. הזמן המכריע לקיום הזכייה. ו. המזכה. ג. מוצא הזכייה וחסינות המזכה. ד. דרכי הזכייה וזיהוי המזכה. ו. זכייה על-פי זכות או שלא על-פי זכות. ה. זכייה שלא על-פי זכות וזכייה שלא על-פי דין. ו. קיום זכות לזכות כלפי המזכה. ז. חובת המזכה ללא זכות הזוכה. ח. "זכות שבדין" והחייב הטבעי. ט. זכייה בזכות על-פי זכות או שלא על-פי זכות. י. על המדיניות הגלומה בסייג הגדון. יא. חוק עשיית העושר וההפרדים המיוחדים. יב. יחס החוק להסדרים הקודמים לו. יג. הכלל הפרשני "דין כללי אינו מבטל דין מיוחד". יד. לאקוונות והסדרים שליליים במקורות הקודמים לחוק. יו. "בין סקילה לכאריבדיס". יז. הדגמת הבעיות המיוחדות. יח. המשך ההדגמה. יט. דינים אנגליים שנקלטו.

ו. הזכייה

א. מהי זכייה

מלבד יתר ההשגות¹ שיש להשיג על שם החוק², עצם "עשיית עושר" היא גדר צרה מדי לתחום הוראותיו למעשה, אם נבין ביטוי זה לפי לשון בני האדם. אמנם הכינוי "עשיית עושר" הוא נכון בהצביעו על כך, שתחולת החוק כרוכה בשינוי שיתחולל במצבו, המשפטי או העובדתי, של אדם³, ושמדובר בשינוי מצבו לטובה. אך אין זאת אומרת כי בהכרח שינוי זה לטובה יתבטא ב"עשיית עושר", כלומר בהגדלת רכשו של הזוכה.

מושג ה"נכס" הוא מושג רחב בתחיקה הישראלית, בהקיפו לא רק בעלות על דברים חומריים, מקרקעין ומיטלטלין, אלא גם זכויות אחרות, הנוגעות לדברים אלה וגם שאינן נוגעות להם. אך בסעיף 1 על "נכס" הוסיפו גם "שירות או טובת הנאה אחרת" ועל-ידי כך הרחיבו עוד יותר, ובהרבה, את היקף ה"זכייה" שאליה מתייחס החוק.

נראה "זכייה" בכל רכישה של זכות (לרבות החזקה, פטור, הגנה, העלאה בדרגה של משכון או משכנתה, וכמו כן ציפייה לרכישת זכות), הפקת הנאה מנכסי הזולת או

1 עליהם עמדנו במקום אחר: "המקיים את חיוב הזולת וזכותו להשבה", משפטים י (תשמ"מ) 35, 17.

2 חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית העושר, או: החוק). סעיפי חוק שנוכיר ללא ציון נוסף הם סעיפים לחוק זה.

3 מכאן שתדירות תחולתו של החוק תלויה במהירות ובתכיפות שתהיה למעשה למחזור הנכסים והשירותים בחברה, לפי הדינים ולפי מעשי בני האדם ועובדות אחרות.

משירותיו, שחרור מחוב או מחובה⁴ או נטל, מניעת נזק⁵, העלאת שוויים של הנכסים הקיימים או קידום אחר לאינטרסים הכלכליים של הזוכה (למשל, כתוצאה מפעולה המכוונת להקל את עסקי היצוא, כשנמנה הנתבע עם היצואנים הנוגעים בדבר). נוכל לומר שבכל זכייה יש משום התעשרות הזוכה רק אם נראה כהתעשרות אף זכייה שממנה לא תנבע כ"משקע" שום הגדלת רכוש (ואף לא חסכון הוצאות או מניעת נזק אחר) כשזו מתבטאת בהנאתו⁶ או ביתרונו האישי האחר של הזוכה. הנאת הזוכה מצפייה בהצגה, הצלת חייו מסכנה פתאומית, ניתוח וטיפול רפואי בכלל, חינוך שניתן לו, כל הזכויות האלה עשויות לשמש דוגמאות הכוללות מקרים שבהם הזוכה, לולא הזכייה הגדונה, לא היה יוזם או מסכים לקבל זכייה דומה ממקום אחר בתמורה מצדו.

אין הגדלת הרכוש העכשווי גם כשמגלים לבעליה זכות שללא ידיעתם כבר נרכשה להם או שביכולתם לרכשה. אמנם עשויה לפעמים עובדת הגילוי (והוא הדין גם באחדים מהמקרים שהזכרנו קודם) לאפשר להם ניצול זכות שללא הגילוי לא היה מתחולל ועל-ידי כך הגדלת הרכוש בעתיד, וכבר עכשיו להעלות את שווי. בין כה וכה אין לכפור ב"שירות" וב"טובת הנאה" הכרוכים בגילוי או בעזרה לגילוי⁷.

יחד עם זאת, יש מקרים שבהם, לפי הנסיבות, "שירות" מסוים אינו ראוי אפילו להיקרא שירות על-פי סעיף 1, משום שאינו מתאים למצב: למשל, חרישת אדמה שלפי יעודה החרישה אינה מועילה לה או אפילו מזיקה; טיפול תרופתי מסוים שהוא מתאים למחלה שאין ה"זוכה" סובל ממנה.

ייתכן לראות זכייה של א', שבאה אליו מאת ב', ביצירת מראית עין שלפיה מייחסים לא' יתרון משפטי על חשבון ב'. למשל, כאשר במרשם בפנקסי המקרקעין נפלה טעות לטובת א' — ולרעת ב' — שלפיה ייחסו לא' זכות שאין לו או לא רשמו נטל הרובץ על מקרקעיו⁸ (מצב העשוי, בין היתר, להקל על א' בקבלת אשראי).

משום אופייה האובייקטיבי, אפשרית זכייה אף אם גרם לה מעשה אסור; ותיכון תביעת התעשרות לא רק כשהמעשה האסור היה מעשה של אדם שלישי (כמו במקרה שהבאנו עכשיו, שבו נפלה טעות בפנקסי המקרקעין, אם גרמה לה רשלנות הפקידים; ראה גם להלן, ס' טז) אלא גם אם היה זה מעשה של המזכה התובע. למשל, בניח כי חוק מן החוקים אוסר שאדם החסר את הכישורים והרישיון הדרושים יעסוק במשלח-יד מסוים וכי א', הגמצא במצב זה, נתן שירותים באותו המקצוע לב' (ללא חוזה ביניהם). הוא זכאי לפי דין ההתעשרות — ובלבד שבין עיצומי האיסור הנ"ל אין גם שלילת כל שכר.

4 לפירעון חוב הזולת מוקדש סעיף 4 לחוק. ספק אם הכוונה גם לחובה לא כספית: על שאלה זו עמדנו במאמר הנ"ל (לעיל, הערה 1) 28–29.

5 השווה, בפסיקה הצרפתית, פסק דין המקבל תביעת בעל בית מבעל הבית הסמוך בשל הנזק שהראשון סבל בקשר לכיבוי שריפה שפרצה בבית הסמוך (אצל Goré, *L'enrichissement au dépens d'autrui*, Paris, 1949, 58).

6 למסקנה הפוכה לפי המשפט הגרמני (אך בהסתייגות ממנה מבחינת המשפט הרצוי) ראה: Staudinger, *Kommentar z. BGB* (11. ed.) II, § 812, p. 2755 והאזכורים שם.

7 ראה דוגמאות לכך להלן, ס' טז.

8 דעה מקובלת בגרמניה: ראה שטאורינגר (לעיל, הערה 6) 2758; Enneccerus-Lehmann, *Schuldverhältnisse* (15. Bearb., 1958) § 221, p. 879.

בסיכום נראה לנו כי הביטוי הכוללני לצורות הזכייה השונות אינו "עשיית עושר" אלא יתרון לעומת מצבו הקודם של הזוכה.

חוב ההשבה הוא חיוב על פי דין, המבוסס על קיום זכייה מבחינה אובייקטיבית. החוק הישראלי דוחה את הרעיון שלא ייתכן חיוב להשבה אלא אם כן אפשר לבססו על רצון הזוכה; ולפיכך דוחה הוא את ה"הסכמה מכללא" (במשמעות הסכמה פיקטיבית) ואת ה"כעין חוזה" כיסוד לתביעה הנדונה. משום כך קיימות זכייה וחובת השבה גם כשגורם לזכייה מאורע הטבע (ראה להלן, ס' ג); וכאשר מדובר במעשה של אדם שאינו הזוכה עצמו, אין חוק עשיית העושר דורש שיעשה לפי בקשת הזוכה או בהסכמתו.⁹ טיבה המשתנה של הזכייה קובע אם לקיומה דרושה פעולה של הזוכה, הסכמתו, מודעותו, או אם מתחוללת היא מכוח הדין בלבד. במקרה אחרון זה, למשל, לא סגי בנסיבות כגון חוסר עניין בזכייה מצד הזוכה, אי הסכמתו לה, או ידיעתו עליה, סיבה סבירה שהיתה לו להתנגד לה או התנגדותו המוצהרת, כדי לשלול את קיומה¹⁰; אך, אם אין מקום להשבת הזכייה בעין, נסיבות אלו עשויות לבוא בחשבון (יחד עם האפשרות שהיתה לזוכה לנצל את הזכייה ניצול כלשהו) כדי להכריע אם יש לפטור את הזוכה מתשלום שוויה, כולו או מקצתו.¹¹

לפי החוק, הערכת הזכייה היא הערכתה האובייקטיבית של הזכייה היחידה הנדונה (הנכס, השירות וכו'): זכות המזכה היא לקבל את נשוא הזכייה עצמו או את שוויו — ולא דווקא את הסכום (העשוי להיות גדול יותר או קטן יותר) שלפיו הוגדל רכוש הזוכה או הופחת רכוש המזכה, באותם מקרים שנתחוללו למעשה הגדלה והפחתה כאלה. אם ניתן להשיב את הזכייה בעין, נקים את ההשבה אף כשמדובר בנכס חסר כל ערך: למשל, נכס שאין בו תועלת לפי מצבו ולפי מקום הימצאו, שעה שהוצאות ההובלה, התיקון או הפירוק עולות על התמורה הצפויה. אבל, אם אין להשיבה בעין, תיחשב כזכייה רק זו שניתן להעריכה בכסף. במובן זה אפשר לומר על הזכייה שהיא מעשירה את הזוכה — על אף השיקולים דלעיל.

אפשר שעובדה אחת תביא לפלוני גם תועלת וגם נזק. למשל: פתיחת כביש על יד מקרקעין מצד אחד תקל את התחבורה משם ולשם ומצד אחר תגרום הפרעה בשל רעש התעבורה. במקרים כאלה קיימת זכייה רק אם ובמידה שהרווח לא ייצא בהפסדו. אישור למסקנה זו נמצא בשיקול שהתחשבות השוואתית ביתרון ובחסרון נעשית בלי משים גם במקרים שלכאורה אינם שייכים למקרים הנ"ל. שוויו של נכס מסוים תלוי בתועלת הצפויה ממנו אך גם במסים ובהוצאות אחרות שהוא גורם לבעליו.

ב. הזמן המכריע לקיום הזכייה

מסקנת הדיון אם קיימת זכייה אם לאו עשויה להשתנות לפי הזמן שמתייחסים אליו לשם קביעת קיומה.

9 בניגוד למסורת המשפט האנגלי. ראה: Goff & Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed., 1978) 16.

10 בניגוד לכלל המקובל גם בריסטייטמנט האמריקני (*Restatement of Restitution*, § 2, Comment at p. 16).

11 אשר להתנגדות בפועל או בכוח של הזוכה, זהו ההסדר הכללי, אשר לעומתו חל שינוי, לכאן ולכאן, במקרים מיוחדים על-פי הסעיפים 4 ו-5.

מנוסח סעיף 1 למדים אנו כי דרוש ומספיק שהזוכה קיבל את הזכייה, כלומר שהיתרון התקיים אז¹² — אם אף אחר כך יחלוף יעבור. בהבדל מארצות אחרות, בישראל זכות ההשבה של המזכה אינה מניחה קיום ההתעשרות (דהיינו, ביתר דיוק, קיום היתרון) בזמן התביעה.

נמצא שהמזכה זכאי עקרונית אף אם, לפי עובדות מאוחרות לזכייה, בסופו של דבר התקיימה הזכייה לכאורה בלבד; או אם, לפי עובדות אלו, ברי לנו עכשיו כי, לולא הזכייה הנדונה, היה זוכה הזוכה בזכייה אחרת, שווה או אפילו רבה יותר. משום העיתוי הנ"ל להערכתה, קיימת זכייה גם במקרה של הצלה שלא הצליחה ("ירד להציל ולא הציל" בלשון השולחן ערוך), לעומת הכלל האנגלי המקובל בקשר להצלה הימית: *no cure no pay*¹³. אם ניסיון ההצלה היה סביר בזמן שנערך, נאמר כי האדם שניסו להציל את חייו או רכוש שלו קיבל אז שירות שבעדו מגיע למציל שכר ראוי, אף אם הניסיון לא הוכתר בהצלחה. והוא הדין אם מנתח ניתח (ללא חוזה) את פלוני בתנאים שעשו את התערבותו סבירה — אף אם לא הצליח אחר כך הניתוח. אמנם, סעיף 2 מאפשר לבית המשפט להתחשב בעובדות ובידיעות המאוחרות לזכייה כדי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה החלה עליו עקרונית. אך השיקול כשלעצמו שבסופו של דבר לא הפיק הזוכה תועלת מן הזכייה לא נראה מספיק "לעשות את ההשבה בלתי צודקת" (ראה להלן, בס' ג), אם לפי הנסיבות אין לתת שום דופי במזכה עצמו.

II. המזכה

ג. מוצא הזכייה וחסרון המזכה

הזכייה, שהחוק עוסק בה, אינה כל זכייה שהיא, כאילו צרה עין המחוקק בזכייה כשלעצמה, אלא אך ורק זכייה שהשיג הזוכה מאת "מזכה". אם לא קיימת זיקה בין הזכייה ובין "מזכה", אין להעלות על הדעת שיחול דין ההשבה. השאלה היא מתי יש לראות זיקה מספקת שתצדיק את דין ההשבה, זיקה שהחוק שלנו מציין באומרו שהזכייה באה לזוכה מאדם אחר (המזכה).

במקרים הטיפוסיים מהווה זכייה כזאת הפחתה לרכוש המזכה לעומת מצבו הקודם או לכל הפחות לעומת המצב שבו היה נמצא אחר כך לולא הזכייה. בשני המקרים גורמת הזכייה נזק ממון למזכה, בגדר חסרון כס או בגדר מניעת רווח. אבל, כפי שלא כל זכייה היא העשרת הזוכה, כן ישנה האפשרות שלא רוששה הזכייה את המזכה.¹⁴

12 לפיכך אין אנו מסכימים לדעה שלפיה אין משמעות כלשהי לשימוש החוק בנוסח "מי שקיבל" במקום "מי שמחזיק" (כך סבור מ' מזוז, "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" משפטים י (תשמ"מ) 487, 530 בהערה 220) — מלבד השיקול כי לשון "מחזיק" לא היתה מתאימה ביחס לשירותים וגם ביחס לטובות הנאה מסוימות.

13 ראה 316–318 (7th ed., London, 1980) *Chorley & Giles, Shipping Law*.

14 השווה דברי מזוז (לעיל, הערה 12) 505.

ייתכן שעלתה למזכה עלות לא כספית, בחוסר ההנאה שהיה מפיק מנכסיו, בעבודה, במאמץ, באי-נוחות. כאן קיים גם כן נזק, אף אם אינו נזק ממון. אך אין המקרים האלה ממצים את כל המקרים האפשריים על-פי ההסדר שבחוק. היתרון שקיבל הזוכה אפשר שלא יגרום לזולת שום נזק, הואיל ומדובר בשירות שהמזכה נתן לזוכה, וברי לנו כי, אילו לא נתן לו, לא היה נותן במקום זאת שירותים בתמורה למישהו אחר ולא היה מנצל באופן מועיל שונה את זמנו ואת כוחו. או שמדובר בהנאה שהפיק הזוכה מנכסי המזכה, שעה שלפי טיב הנכס ולפי הנסיבות לא מנעה הפקת ההנאה הזאת מן המזכה הנאה עצמית או ניצול רוחני.

אין הזכייה כרוכה בחסרון המזכה גם במקרים כגון המקרה הבא. א' מקים במגרשו בניין מפואר ועל ידו מתקין גינה נאה. המראה מהנה את ב', בעל המקרעין הסמוכים, והוא גורם אף להגדלת שוויים. אין לשלול שקיימת זכייה של ב' שנתקבלה מאת א', אף-על-פי שהיא רק תוצאת עקיפין בלתי מכוונת מתועלתו העצמית של א' ואין לזקוף לה שום חלק מן ההוצאות שהוציא א'.

מכל שכן קיימת הזכייה כשהוציא המזכה הוצאות בקשר לנכס משותף לו ולאחרים או הגן באופן אחר על אינטרסים משותפים לו ולזולת. למשל, בהקמת סכר המגן על מקרקעיו אך, למעשה, גם על מקרקעי השכנים. אין הזכייה מוגבלת רק למקרה שלמזכה היתה כוונה או מודעות שמפעולתו תנבע זכייה לזולת, או שהיתה לו ידיעה שקיים פלוני (אשר זכה למעשה בזכייה מסוימת כתוצאה מפעולתו שהוא אמר לעשותה למען עצמו). הזכייה היא דבר אויביקטיבי וכן מוצאת מאת מזכה מסוים.

לא בכל המקרים שהבאנו לעיל נוכל לומר שזכיית הזוכה נעשתה על חשבוו המזכה, לפי נוסח מסוים שהוא שגור בפי מחוקקים ומשפטנים (למשל, בגרמניה) בענייננו — אם נבין "על חשבון המזכה" במובן של עלות כלשהי שנגרמה לו בשל הזכייה. אך נחטא לדקדוקי המושגים אם נוזה את מבחן החוק הישראלי עם מבחנים אחרים, אף כאשר השוני הוא יחסי בלבד.

כדי לשפוט אם קיימת זכייה המתקבלת לזוכה מאת פלוני (המזכה), לא הנוק שנגרם או שלא נגרם למזכה הוא המכריע בעיני החוק הישראלי אלא דבר מוצאה של זכיית הזוכה. הרעיון הוא כי, כיוון שהיתרון שבו זכה הזוכה נתקבל מאת המזכה, כלומר נבע ממשאבים השייכים (בפועל או בכוח) למזכה, עצם היתרון מגיע לו, ולכן ראויה עקרונית הזכייה לשוב אליו, בעין או בתחליף כספי — ובלבד שלפי נסיבות הפרשה, בהעדר החסרון של המזכה לא יראה בית המשפט צידוק לאי ההשבה (כפי שרשאי הוא לראות צידוק זה גם בשיקולים אחרים).

ד. דרכי הזכייה וזיהוי המזכה

כיוון שלפי סעיף 1 לחוק לובשת הזכייה צורות שונות ומשונות, והגורמים אותה גם כן שונים (הזוכה, המזכה, אדם שלישי, פעולת הטבע), אין דרך אחת למעבר בין המשאבים שברשות המזכה ובין זכיית הזוכה. מצד אחד לא נדרש מעבר משאבים במישרין בין השניים, ובמיוחד, במקרה של זכייה בזכות, לא נדרשת העברת הזכות מן המזכה לזוכה. מצד אחר, עד לזמן הזכייה צריכה להתקיים זיקת המשאבים למזכה, כך שעדיין אפשר יהיה לומר כי זכייה זו נתקבלה מאת המזכה, כלומר שמוצאה

הוא תמיד מן המזכה. אין זה מכריע מי עשה את הפעולה (אם מדובר בפעולה) הגורמת לזכייה, או של מי, מבחינה משפטית, היו המשאבים שזכה בהם הזוכה. לדוגמה, אם יורש מוותר על ירושתו לטובת א' וא' זוכה בה (סעיף 6(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה—1965), מבחינה משפטית-פורמלית לא היתה זכות א' שייכת קודם למוותר (שהוא נחשב כאילו לא ירש מעולם) אך המוותר הוא המזכה, כיוון שמדובר במשאבים שעמדו לרשותו אף אם לא רכשם למעשה. המשאבים האלה היו אפוא שלו מבחינה עניינית-כלכלית. לעומת זאת, אף לפי הקריטריון הנדון, אין לדבר על שייכות נכס לפלוני כאשר שייך הנכס למישהו אחר. ולכן, אם גזלו נכס מבעליו וא' יזכה בהנאתו (בנסיבות הצפויות בסעיף 1 לחוק), מזכה ייחשב בעל הנכס ולא הגזלן. בסיכום, מכרעת השייכות (מבחינה כלכלית-חומרית ולא דווקא מבחינה משפטית-פורמלית) של המשאבים שאיפשרו את הזכייה. בלשון כללית עוד יותר: ייחשב כמזכה זה אשר הודות למשאביו או לעבודתו נתאפשרה הזכייה.

גם כאשר הגורם לזכייה אינו הטבע או הזוכה עצמו, אפשר שאין הודות בינו ובין ה"מזכה".

גורם לזכייה עשויים להיות גם רשות ציבורית או אדם המכהן בתפקיד רשמי. הבאנו לעיל את דוגמת הטעות שנפלה במרשם מקרקעין. דוגמאות אחרות עשויות להיות טעות של מנהל עיזבון המקדמת יורש על חשבון יורשים אחרים או את היורשים על חשבון נושי העיזבון, או להיפך; או טעות של לשכת ההוצאה לפועל, שלפיה מכרו נכס של א' במקום נכס של ב', החייב.

מחמת שנאתו האישית לא', כלא אותו ב' כליאת-שווא. היעדרות א' מביאה רווח לג', מתחרהו העסקי. הגורם לזכייה בטובת הנאתו של ג' הוא ב' אך המזכה הוא א' (ראה גם להלן, ס' טז).

אם א' מוסר לב' נכסים — או מעביר לו זכויות — של ג', המזכה הוא ג', כיוון שערב הזכייה היו משאבים אלו של ג' ולא של א'. כמו כן, אם ג' מעסיק את א' בפעולה משפטית למען היצואנים והיא מקדמת גם את עניין ב', בהיותו יצואן, המזכה הוא ג' ולא א'.¹⁵

כאשר מוותר א' על זיקת הנאה שיש לו על מקרקעי ב' ולפיכך משתחרר ב' מן הנטל שרבץ על קניינו, יש משום זכייה ב' מאת א'. אמנם אין לומר כי ב' מקבל בהעברה את זכותו של א', אלא שהוא מקבל ממנו "טובת הנאה" (כלשון סעיף 1) המתבטאת בגרימת תוצאה משפטית לתועלתו, שחרור בעלותו מן הנטל. בדומה, כאשר מוותר נושה אחד על המשכון או המשכנתה שלו וכתוצאה מכך זכות הבטוחה של נושה שני עולה בדרגתה; או כאשר א' מוותר על ירושה מסוימת וכתוצאה מן הוויתור זוכה בה ב'. לא רק במקרה שנעשה הוויתור לטובתו אך גם כאשר היה הוויתור סתם ויתור, הזכייה של אדם מסוים היא, בנסיבות, תוצאה הכרחית מן הוויתור הנדון, ומשום כך, לפי דעתנו, היא זכייה מאת המוותר. כמובן, בשני המקרים גם יחד לא יהיה מקום להשבה בכל פעם שבין המוותר ובין הזוכה היה הסכם תקף שלפיו יזכה הזוכה חינום. אמנם במסגרת המשפט הגרמני שוללים את הזכייה במקרים כמקרים הנ"ל, כיוון

15 על עבודות השבחה שהומין השוכר מקבלן ועל תביעת הקבלן מן המשכיר, ראה להלן, ס' טז.

שהויתור לא נעשה לטובת אדם מסוים¹⁶. אבל, כאשר הזכייה היא תוצאה ממעשה המזכה, אין החוק הישראלי דורש שמעשהו יהיה מכוון לזיכויו דווקא — כפי שאינו דורש שהזכייה תבוא ממעשה שעשה המזכה או אדם אחר מטעמו.

דומה למקרים הנ"ל גם המקרה שפלוגי מוותר על בעלותו במקרקעין — אם ויתור זה אפשרי במשפטנו — כיוון שתזכה בהם המדינה (לפי חוק נכסי המדינה, תשי"א—1951). לעומת זאת, אם א' מוותר על בעלותו במיטלטלין ואחר כך זוכה בהם ב' בתור תופס מן ההפקר, אין לדבר עוד על זכיית ב' שנתקבלה מאת א', כיוון שמן ההפקר עשוי היה ליהנות כל אדם שיתפוס ראשון; בשעת הזכייה אינה קיימת עוד זיקת א' לקניינו, ולכן לא ייחשב א' כ"מזכה".

אם לאחר צו ירושה או צו קיום צוואה חייב מחייבי העיזבון משלם את חובו לזה (א') שהוכרז יורש ואחר כך מבוטל הצו ומכריזים על ירושת מישוהו אחר (ב'), יצטרך א' להשיב את אשר קיבל לב' (ולא לחייב ששילם), כיוון שהמזכה הוא ב'. בדומה לכך, אם אחרי המחאת חיוב מאת א' לב', פרע החייב לא' ולפי סעיף 2 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, משחרר תשלום זה את החייב, על א' להשיב את הפירעון לב' (ורק כשאין הפירעון הנ"ל של החייב משחרר אותו, ישיבו א' לחייב עצמו).

יש לשלול את הרציפות הדרושה לייחוס התעשרות א' לב' בתור מזכה אם הלווה א' כסף לג' ובכסף זה השתמש ג' כדי לתת מתנה לב', אף אם לא יכול ב' להשיג השבה מג', לא ניתן לו לתבוע את א' בתביעת התעשרות. כמו כן לא יוכל ב' לקבל מאומה מא' בטענה שבסכום שהלווה לו השתמש א' לעריכת עסק שהביא לו רווח רב, שבו מבקש הוא (ב') להשתתף.

ו. זכייה על-פי זכות או שלא על-פי זכות

ה. זכייה שלא על-פי זכות וזכייה שלא על-פי דין

הזכייה המחייבת השבה היא זאת שנתקבלה "שלא על פי זכות שבדין" (סעיף 1). על-פי סייג זה, ועל-פי הנאמר לעיל, במקום "עשיית עושר ולא במשפט" יש לומר "יתרון (או זכייה) שלא על-פי זכות" — שהוא נוסח מתאים לדיני החוק יותר מאשר שמו. אפשר להוסיף הערה אחרת. לפי הכינוי "עשיית עושר ולא במשפט" ולפי כינויים אחרים דומים (כגון "התעשרות בלתי מוצדקת"), היה נראה כאילו לזכות ההשבה שני יסודות מכוננים: יתרון הווכה וחוסר צידוק לו. אך לא כן הדבר. לפי דינינו מחייבת להשבה הזכייה כשלעצמה, בתור עובדה מכוננת — כל עוד אין מולה גסיבה מונעת. התוצאה מכך היא שהעניין המעסיק את המחוקק ואת הפרשן אינו לקבוע מה הם מקרי ההתעשרות-ללא-צידוק, המחייבים השבה, אלא, להיפך, מה הם מקרי הזכייה-בצידוק, שבהם פטור הווכה מכל השבה.

בסייג הנ"ל שבסעיף 1 אסור לנו להפוך, לשם קיצור, את "שלא על פי זכות שבדין" ל"שלא על פי דין" או "שלא כדין". בתור "זכייה שנתקבלה שלא על פי דין" (או "שלא

16 ראה: Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", in: *Festschrift* E. Rabel, I (1954) 333, 378 sq.; Staudinger (*supra*, n. 6) 2746.

כדין" יש להבין זכייה שנתקבלה בעוול, ועליה תחולנה "הוראות מיוחדות" אחרות (סעיף 6א) ולא חוק עשיית העושר.

ביטוי שבו השתמשו אחדים¹⁷ אינו דווקא "זכייה שלא על פי דין" אלא "התעשרות שלא כדין" ואפשר שינסו לתרץ שימוש זה בשיקול שאין שני הביטויים האלה היינו הך: גם בהיות הזכייה כשלעצמה על פי דין, כלומר מותרת, אפשר שהמשפט יראה בתוצאתה, ביתרון שזכה בו הזוכה, אי-איוון שיש לחסלו. אך, גם כשמדובר בזכייה בנכות (להבדיל מזכייה חומרית), אין המשפט מונע מראש את אי-האיוון או מחסל אותו בדיעבד על-ידי ביטול — כפי שהיה אפשרי במקרה זה וכפי שהיה מקום לצפות אילו ראה בזכייה משום דבר אסור. המשפט מגביל את תגובתו במתן זכייה נגדית (תביעת השבה) למזכה: דבר המזכיר לנו את מעשה אחשוורוש שאחרי מתן הצו המרשה לגויים לקטול את היהודים, לא מצא לתיקון המצב דרך אחרת אלא להוציא צו נוסף, המתיר קטל נגדי. אך, בהבדל ממלך פרס, אין המחוקק בימינו מפקפק ביכולתו לבטל את הנעשה, ולבטלו אף ex tunc (מני אז), אם רצונו בכך. חזקה עליו שהיה נזקק לתגובה שונה מזו שנקט, אילו ראה מקום לה.

זכייה שאינה על-פי זכות היא זאת שאינה תלויה אך ורק ברצונו החופשי של הזוכה עצמו, כיוון שהיא דורשת פעולה (משפטית או חומרית) של המזכה, ושהמזכה חופשי בעיני המשפט לעשותה או לא לעשותה; או אף כאשר אמנם אינה דורשת כל השתתפות מצד המזכה, ובכל זאת רשאי המזכה למנעה על-ידי התנגדותו — כגון ההתניינות שבכוח תובענה להפסיק את מירוצה, וכגון זיקה מכוח שנים שבעל המקרקעין רשאי להתנגד לרכישתה¹⁸.

ו. קיום זכות לזוכה וכלפי המזכה

כדי לשלול את הזכות להשבה, צריכה לכאורה זכות הזוכה להתקיים כלפי המזכה ולא רק כלפי מישהו אחר. מדוע תינטל ממזכה זכותו להשבה על סמך השיקול שמשהו אחר היה חייב לספק את הזכייה שלמעשה קיבל הזוכה מן המזכה?

ואולם נושה שקיבל את המגיע לו מאדם שאינו חייבו — אף-על-פי שלא היתה לו זכות כלפי המקיים, נחשב כמקבל את הקיום על-פי זכות ואינו חב השבה. מסקנה זו היא תוצאה מהדין שבסעיף 40 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973¹⁹: כיוון שהקיום מצד הלא-חייב משחרר את החייב, אין הדעת סובלת שלמקיים תהיה זכות השבה, כך שהנושה יהיה קירח מכאן ומכאן (זכות ההשבה של המקיים — אם ישנה — תהא כלפי החייב, ולא כלפי הנושה). על-פי שיקול זה, אין הדין הנדון מוגבל למסגרת סעיף 4 לחוק עשיית העושר²⁰ — אם תיחשב מסגרת זו צרה יותר ממסגרת סעיף 40

17 ראה: השופט ברק בע"א 760/77 בן-עמי נ' בנק לאומי, פ"ד לג(3) 567, 577; מזוז (לעיל, הערה 12) 490.

18 סעיף 94(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.

19 "חייב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב, וזולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב לקיימו אישית".

20 "מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפי, 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".

הנ"ל, לפי הדעה שסעיף 4 מתייחס רק לחוב כספי ולא לסוגי החיוב האחרים שסעיף 40 נוגע להם.

כאשר חל ההסדר הנ"ל, לגבי הנושה נחשב החייב כמקיים ולכן כמזכה — אך אין הנושה חב לו השבה כיוון שכלפיו עומדת לו זכותו כנושה.

במה דברים אמורים? במקרה שהמקיים יברר לנושה שברצונו לקיים את חיוב החייב²¹, אם לא כך הדבר, יעמוד עוד העיקרון שלפיו זכות הזוכה צריכה להיות קיימת כלפי המזכה דווקא. לדוגמה: לפי חוזה שעשה עם חנות מכולת אחת מקבל א' כל בוקר בקבוק חלב שמגניחים על מפתן דירתו. באחד הבקרים גילה שכנו ב', שגם הוא קשור עם אותה חנות מכולת בחוזה מקביל, שגם אצלו וגם אצל א' חסר הבקבוק. הוא ניגש למכולת אחרת, קונה שני בקבוקים, ואחד מאלה הוא שם על הסף לפתח דירתו של א'. אין לראות בזה קיום לחיוב המכולת החייבת; ומשום כך יחוב א' השבה לב' לפי חוק עשיית העושר.

ז. חובת המזכה ללא זכות הזוכה

כאמור, נשללת ההשבה מן המזכה כאשר הוא היה חייב לספק לזוכה את הזכייה הנדונה והזוכה היה זכאי לקבלה ממנו. גם במסגרת סעיף 5, הנאמר בסעיף 5(א) "בלי שהיה חייב [המזכה] לכך" נכלל מסתמא בעצם ההוראה הכללית שבסעיף 1.

אילו היה חייב המזכה כלפי אדם אחר, לא סגי בכך כדי לייחס זכות לזוכה ולכן כדי להחיל את הסייג הנכלל בסעיף 1 — אף אם החובה הנדונה לא היתה קיימת למען הזוכה. למשל, אם הסכימו א' וב' שב' יספק משהו לג', אך אין בכוונתם לזכות את ג' בזכות כלפי ב' (ראה סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973), לא נאמר שמשום חובת ב' כלפי א' תישלל זכות א' להשבה מג' אם סיפק לו ב' את המוטל עליו לפי החוזה הנ"ל.

במקרים מרובים מטילים חוקים פליליים ואדמיניסטרטיביים חובות המכוונות להועיל לאנשים מסוימים — כשאין בכוונתם לזכות את המוטבים בזכות כלפי המחויב; או שספק אם זו היתה כוונתם. ואולם נשאלת השאלה אם הזכות שאינה נובעת מהחוקים האלה במישורין אין לראותה כקיימת מכוח הוראת סעיף 63 לפקודת הגזיקין הקובעת את העוולה ששמה הפרת חובה חקוקה. שאלה זו מתעוררת, למשל, אגב החובה להשבת אבידה, אגב החובה להציל חיי אדם וחובות אחרות רבות.

כיוון שאין הדעת סובלת שתחקים עוולה שלפיה זכאי פלוני לתבוע פיצויים אם אין מכירים בזכותו שבכוח עוולה זו להפרה, מסקנתנו היא כי, כאשר קיימים התנאים הנקובים בסעיף 63, הזכות מוכרת מכללא. אמנם, בקשר לעניין הנדון כאן, עשוי להתעורר הספק שהכרה זו צריכה להישאר מוגבלת למסגרת הגזיקין ולא לחרוג ממנה למסגרת עשיית העושר. אך ספק זה ראוי להידחות, בסופו של דבר. כל עוד לא יכפה עליו המחוקק דרך אחרת, ינהג הפרשן לפי התיגיון והסבירות, ואין זה הגיוני וסביר, למשל, כי פועל הזכאי שהמעביד יגדר מכונה מסוכנת — והזכאי לקבל פיצויים במקרה שיפר המעסיק את חובתו — יחוב לו השבה על-פי סעיף 1 לחוק עשיית העושר כאשר יקיים הלה את חובתו, בשל "טובת ההנאה" שנתקבלה ממנו.

21. על כך עמדנו במאמר הנ"ל (לעיל, הערה 1) 20.

אדרבא, נראה לנו כי מכותו של סעיף 63 לפקודת הגזיקין להפעיל את הסייג שבסעיף 1 לחוק עשיית העושר גם במקרים אחרים שבהם לא תמיד יש מקום לתרופת הגזיקין הנדונה.

כידוע, נוטה הפסיקה הישראלית לנוקט פרשנות מצמצמת בדבר "הפרת חובה חקוקה" בכללה ובמיוחד כשמדובר בחובה המוטלת על רשות ציבורית²². מלבד המקרים שבהם מפרשים חוק המטיל עליה תפקיד כמעניק סמכות בלבד, נוהגים בדרך כלל לראות את חובתה כחובה מסויגת, משולבת בשיקול דעת. אם מרחיקים לכת עד כדי ייחוס שיקול דעת בדבר ביצוע פעולה מסוימת או אי ביצועה, כי אז שוללים על-ידי כך כל חובה — ולכן כל זכות של האדם הנפגע. אבל, אם אין מגיעים עד כדי תוצאה זו, נראה לנו כי אפילו חובה מסויגת מספקת כדי למלא את התנאי שבסייג סעיף 1 הג"ל. כאשר קיימה למעשה הרשות את חובתה, מרצונה הטוב, היא הראתה בזה שלא היה מקום לכל פטור לטובתה. לפיכך אין זה מסתבר כי, כאשר זכה האזרח בקבלת שירות, לפי חובה (אפילו מסויגת) המוטלת על עירייה, יחייבו את האזרח הזוכה להשבה לטובתה — אף אם, אילו לא קיימה, היו נוהרים מלחייבה בפעיונים בגין הפרה של החובה החקוקה המוטלת עליה, עקרונית.

אפילו סברנו שלא היתה לאזרח "זכות שבדין" כהילכתה, תמיד היינו דוחים את תביעת ההשבה שתתבע הרשות, כיוון שהיינו רואים כאן מקום ליישום סעיף 2.

ח. "זכות שבדין" והחיוב הטבעי

בביטוי "על פי זכות שבדין" הוסיף החוק על "זכות" את "שבדין" כדי לציין שמדובר בזכות על-פי מובנה המשפטי של המלה, ועל-פי המשפט הפוזיטיבי.

זאת במשפטנו היא גם הזכות אחרי התיישנותה²³: לפי דינינו אין ההתיישנות מבטלת את הזכות (ואף לא את התביעה, כיוון שהיא מספקת רק הגנה לעומתה).

"זכות" המבוססת על שיקולי צדק או על תודעת החברה בלבד לא תיכנס במסגרת סעיף 1, ואולם ראויה היא לבוא בחשבון לפי סעיף 2, בתור עילה לפטור את הזוכה מחיובו להשבה, הנקבע עקרונית בהוראת הסעיף הראשון.

ייתכן, אפוא, כי הזוכה פטור כאשר בזכייה היה משום קיום ל"חיוב טבעי" — לפי הביטוי השגור בפי המשפטנים ביבשת אירופה (לאו דווקא במובן שהיה לו במשפט הרומאי, שממנו הוא נובע) — או ל"חובה מוסרית" או חובה "לפי הצדק הטבעי" וכיוצא בביטויים האלה, השגורים בפי המשפטנים שבארצות המשפט האנגלו-אמריקני²⁴.

22 ראה סקירה אצל ע' בר-שירה, הפרת חובה חקוקה (דיני הגזיקין, הקוללות השונות, בעריכת ג' טדסקי, ירושלים, תשל"ט) 25 ואילך.

23 ראה סעיף 2 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958.

24 השווה את דברי לורד מנספילד שבמשפט המפורסם: *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676: "This kind of equitable action to recover back money [...] lies only for money which, *ex aequo et bono*, the defendant ought to refund: it does not lie for money paid to the plaintiff, which is claimed of him as payable in point of honour and honesty, although it could not have been recovered from him by any cause of law; as in payment of a debt barred

ביישום חוק עשיית העושר מתקבל על הדעת פטור כאשר מקיים אדם חוזה בטל משום חוסר צורה, או שהוא מקיים חוזה משחק, הגרלה והימור²⁵ או כאשר, אחרי פשיטת רגל, יפרע החייב לנושה את יתרת חובו. והוא הדין אם פרע יורש לנושי העיזבון חובות המוריש מעבר לשווי העיזבון, כדי לכבד את זכר המוריש ואת שמו הטוב (כך שאם מדובר בילדי המוריש אפשר לראות בזה כיבוד אב ואם). גם הורים אמידים העוזרים לילדיהם הבגירים בהשגת דירה ובהוצאות אחרות המאפשרות להם כינון משפחה עשויים להיחשב כמקיימים חובה שתודעת החברה מטילה עליהם. ולפיכך יש לפטור את הזוכה מהשבה, אף אם פעל המזכה מתוך הדעה המוטעית שהוא מחויב על-פי דין.

ט. זכייה בזכות על-פי זכות או שלא על-פי זכות

יצאנו עד כה מן ההנחה כי זכייה, שנתקבלה שלא על-פי זכות, עשויה לחול על זכויות ועל טובות הנאה אחרות כאחת. כאן אולי יראה מישהו קושי: האומנם תיתכן זכייה בזכות שלא על-פי זכות? כיוון שזכייה בזכות מתחוללת כאשר מתקיימים התנאים שקבע הדין לרכישת הזכות הנדונה, האם אין לומר שזכייה בזכות לעולם מתחוללת בזכות? לפי לשון בני האדם אכן נאמר כי לפלוני יש הזכות לזכות בזכות מסוימת לכשיתקיימו התנאים הנ"ל. אך זוהי צורת דיבור בלבד שעל-ידה אין אנו מוסיפים מאומה על הקביעה שקיום התנאים הנ"ל גורם לרכישת הזכות הנדונה; ואין לשון זו מציינת שום יחס זכות-חובה, כלומר שום זכות (לפי מובנו הטכני של המונח) לרכישת הזכות הנדונה מאת האדם הנפגע מרכישה זו. כאשר א' משלם בטעות לב', זוכה ב' בתשלום, אף על-פי שלא היתה לו הזכות לקבלו.

ברי לנו כי בסעיף 1 מתייחסים ל"זכות" לפי המובן הטכני הזה, ואין בכוונת ההוראה להוציא ממסגרתה זכייה בזכויות ולהעמיד את התלת ההסדר הנדון בה רק על זכייה בטובות הנאה שונות מזכויות. ה"נכס" שמדובר בו בהוראה הוא בראש ובראשונה בעלות על נכס, מלבד זכויות אחרות הנוגעות לו. רכישה של זכויות נחשבת תמיד המקרה המצוי ביותר הבא בחשבון במוסד ההתעשרות הבלתי מוצדקת (כגון קבלת תשלום ששילם המשלם בטעות, לפי הדוגמה הנ"ל; אף אם עכשיו בישראל לא חל על עניין זה חוק עשיית העושר²⁶).

זכייה בזכות על סמך זכות מוקדמת לרכישתה עשויה להיות הן רכישה מסורית והן רכישה מקורית. דוגמאות לסוגי הזכייה האלה הן רכישת הקונה לאחר שנכרת חוזה מכירה אובליגטורי, זכייה בנכס שהופקע לפי דיני ההפקעה, זכיית המדינה בשטח שבו נמצאו עתיקות.

לעומת זאת, זכייה ללא זכות לכך היא, למשל, הזכייה בירושה. החוק אוסר על

by the statute of limitations, or contracted during his infancy, or to the extent of principal and legal interest upon an usurious contract, or, for money fairly lost at play [...]. (Restatement of the Law of) (Restitution, 1937, § 61).

25 ראה סעיף 32(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

26 ראה להלן, ס' טז.

הסכם המקנה זכות ירושה בטרם מת המוריש²⁷, ולפיכך כל ירושה נרכשת ללא זכות מוקדמת לרשת. דוגמאות מעטות אחרות מתוך הרבות האפשריות הן זכיית הבעלות שבה זוכה מוצא אבידה (או בעל המקום שבו נמצאה) אם לא תבעו הבעלים את האבידה תוך ארבעה חודשים; הזכייה בהגנה הגובעת מהתיישנות; הזכייה בזיקת הנאה מכוח שנים²⁸.

י. על המדיניות הגלומה בסייג הנדון

הכלל שלפיו אין מקום להשבה כאשר נעשתה הזכייה על-פי זכות עשוי להיראות דבר מובן מאליה²⁹. למעשה, הוא כזה בשללו השבה בעין אך לא בשללו גם השבה בצורתה כהשבת שווייה של הזכייה; כלומר בשללו כל תמורה או שיפוי מן המזכה. כאשר הדין או עסקה קבעו שלפלוני יש זכות לקבל זכייה מסוימת מאת אלמוני, אין להעלות על הדעת שכל חוק הדין בעשיית עושר יבטל זכות זו, שכן אין זה עניינו. אך שאלה אחרת היא זאת הנוגעת להשבה או לתמורה שנקבעו או שלא נקבעו בנוגע להקניית הזכות הנדונה. אפשר כי במקורות שמחוץ לחוק עשיית העושר נקבעה השבה או תמורה, בנוסח דומה לנוסח המאומץ בחוק עשיית העושר או בנוסח שונה. אפשר שנקבעה, במפורש או מכללא, עמדה שלילית בעניין זה. בשני המקרים האלה, אפילו לא היה קיים הסייג הנדון בסעיף 1, קיום ה־status quo היה גובע מסעיף 6. אך אפשר גם כי, בקבעם את הזכות הנ"ל של פלוני, לא התכוונו החוקים (או עסקאות כדון) לקבוע מאומה בשאלה אם לזוכה מגיעה הזכות הנדונה חגיגה או שמא מגיעה ממנו תמורה למזכה; ובמקרה זה לא היתה מגיעה בסעיף 6 לתחולת חוק ההתעשרות.

למשל, כאשר המדינה מפקיעה נכס או טובת הנאה מסוימים מבעליהם, קבע בית המשפט העליון כי, על אף שתיקת החוק בדבר השיפוי, אין להניח על נקלה שברצון המחוקק לשלול שיפוי זה³⁰; כלומר שבדרך כלל אין להניח כי שתיקת החוק שקולה כנגד הסדר שלילי בעניין השיפוי. אם כך הדבר, היה מתקבל על הדעת שחוק עשיית העושר יקבע מצדו את התמורה המגיעה לבעלים. אבל סעיף 1 שולל את זאת, היות שהזכייה הגיעה על-פי זכות שבדין, אם מגיע לבעלים שיפוי, הוא מגיע ממקור אחר ולא מחוק עשיית העושר.

דוגמה אחרת. נניח שלפי פירושה הנכון אין פקודת הנזיקין נוגעת למעשים שנעשו במצב של צורך אף כאשר, לולא נסיבה זו, היו נחשבים כפוגעים בקניין הכולל³¹; ושמכך יש להסיק כי לאדם הנמצא במצב של הצורך ישנה הזכות להצלת חייו הנתונים בסכנה (ואולי גם נכסיו, בנסיבות אחדות). כיוון שלפי הנחה זו לא יגיע לבעלים כל פיצוי בשל נזיקין, היה סביר שחוק עשיית העושר יקבע מצדו את חובת השיפוי. אך, גם כאן, לא יחול החוק (לרבות סעיף 5(ב) שבו) בשל הזכות שהנחנו את קיומה. בדומה לכך, אם נניח כי לעומת החובה שמטילה תקנה 146 לתקנות התעבורה,

27 סעיף 8(א) לחוק הירושה, תשכ"ה—1965.

28 סעיף 94(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.

29 ראה מזוז (לעיל, הערה 12) 502 בהערה 82.

30 ראה בג"צ 150/69 רייך נ' מנהל אגף העתיקות, פ"ד כד(1) 204.

31 על הבעיה לפי משפטנו הנוהג ראה: טדסקי, ברק אנגלרד וחשין, תורת הנזיקין הכללית

(מהדורה שנייה, תשל"ז) § 162 ואילך, עמ' 259 ואילך.

תשכ"א—1961, עומדת זכות של הנפגע בתאונת דרכים לעזרה של בוחג העובר במקום (להלן, ס' טז), עלינו להסיק כי לפי חוק עשיית העושר לא יגיע מאומה לנוהג המגיש עזרה. אך למה לא יקבל שכר ראוי על-פי עקרונות אותו החוק? כל עוד היה קיים סעיף 3 לחוק לתיקון דיני הניזקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד—1964 (שחוק עשיית העושר, סעיף 7, ביטל אותו), מושיט העזרה היה יכול להיפרע אף אם לא אדם שלישי גרם לתאונה אלא הניזוק עצמו, באי-זהירותו; ולפי סעיף 4 לחוק ההוא אין נפקא מינה אם פעל המיטיב לפי חובה שבדין או בהתנדבות.

עוד דוגמה, אם לפי סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, חוזה בין א' לב' מזכה את א' בזכות כלפי ב', כל פעם שאין הסכם מתנה תקף בין א' ובין ג' (וגם אין ג' זכאי כלפי א' מאיזו עילה אחרת), לא היה צריך ג' להיות פטור מהשבה לא' — אילו לא היה קיים הסייג הנדון שבסעיף 1 הנ"ל. מכאן יוצאת הפליה בלתי סבירה לעומת חוזה שלפיו גם כן יעשה ב' פעולה למען ג' אך שבו אין א' וב' זוכים את ג' בזכות כלפי ב'.³²

גם בהקניית מעמד של דייר מוגן יש משום ייחוס זכות על חשבון הזולת — ייחוס זכויות לדייר על חשבון בעל הבית. אבל כאן אין ספק כי רצון המחוקק הוא שזכות הדייר תירכש לו חינם; חיוב שיוטל עליו לשפות את בעל הבית היה נוטל מהגנת החוק את טעמה. אם מבקשים לשפות את בעלי הבתים על הנטל שמטילים עליהם לטובת הדיירים, אין דרך אחרת מאשר להעמיס על המדינה את הפרש הסכום שבין שכר הדירה לפי תנאי השוק ובין השכר שמשלם הדייר (כפי שהחלו לעשות בארצות אחרות, כגון צרפת ושווייץ).

דומה למקרה הנ"ל המקרה שחיקוק יהיה מכוון להיטיב עם קבוצת אנשים, למשל חיילים משוחררים או עולים חדשים, בעיסוקם — בקבעו להם תנאי עדיפות לעומת מתחרים, הקלות בהשגת הרישיון הדרוש, וכיוצא באלה הטבות. אילו הטלנו על המועדפים-הזוכים חובת השבה למתחרים — ה"מזכים", היינו שמים לאל את מדיניות החיקוק הנדון.

גם בעניין האינפלציה אין להעלות על הדעת תביעת התעשרות של המפסידים, בתור מזכים, מאת הזוכים — אפילו אפשר היה לזהותם — כי תביעה כזאת היתה מנגחת את המדיניות הכלכלית המתבטאת בגרימת האינפלציה.

הנוסח "שלא על פי זכות שבדין" שבסעיף 1 אינו הנוסח המקובל בשיטות משפט אחרות המחייבות גם הן דין התעשרות כללי. מצינו אותו רק אצל סופר צרפתי אחד,³³ ולידיעתנו נשאר גם בצרפת גירסת יחיד. יתרונו הוא שזהו נוסח מוגדר יותר מהנוסחאות הרווחות, כגון "ללא צידוק" או "ללא יסוד מוצדק". אך גם המחוקק הישראלי הרגיש שהוא נוסח צר מדי. לעומת הכפירה המוחלטת בזכות המזכה להשבה נוכח זכות שבדין של הזוכה, לא קבע חיוב מוחלט לתביעת ההשבה במקרה ההפוך, כשאין לזוכה זכות שבדין. הקביעה העקרונית שבסעיף 1 לא תועיל הרבה למזכה אם בית המשפט יעשה שימוש בסמכות הפטור שהמחוקק נתן לו ביד רחבה בסעיף 2. כך, בסופו של דבר, יתרון המוגדרות הנ"ל נעלם לחלוטין.

32 ראה גם לעיל, ס' ז.

33 Theodoroff, *De l'enrichissement sans cause* (Toulouse, 1907) 131 sq.

iv. חוק עשיית העושר וההסדרים המיוחדים

יא. יחס החוק להסדרים הקודמים לו

ברקע המוסד הנדון, "עשיית עושר ולא במשפט", עומדת הרגשת המחוקק כי משחק הכללים, כפי שהם מעוצבים במערכת דיניו, מאפשר זכייה ללא איוון-כנגדה אף כאשר בתוצאה זו יש משום הפרה בלתי צודקת לשיווי המשקל בין שני רכושים (א), בלשון כללית יותר, בין עמדות שני בני אדם). המחוקק דוחה את הדעה שלפיה, כל עוד נשמרים הדינים, תוצאה בלתי רצויה אפשרית מפעולתם אינה מעניינו. בצדק הוא רואה אדישות כזאת כנוגדת את מגמתו האתית-חברתית המתבטאת בכל התחיקה הישראלית (למשל, בענייני תום הלב ושימוש לרעה בזכות) והאופיינית למשפט זמננו, לעומת הגישה האינדיבידואליסטית שנקטו בתקופות אחרות.

אילו נערך הקודקס הישראלי (לפחות בדיני הממונות) בנשימה אחת, כי אז היתה הברירה³⁴: (א) לעצב כל מוסד ממוסדות השיטה לפי הסדר מתאים לדאגה הנ"ל למנוע אי-איוון בלתי צודק, ולוותר על דין "עשיית עושר" כללי; (ב) להכניס דין כללי כזה ולתאם בינו ובין ההוראות המיוחדות באותו הנושא. באלטרנטיבה השנייה, חוקה על המחוקק שהיה מקיים את האחרונות רק במידה שראה טעם במקרה זה או אחר לסטייה מן הדין הכללי.

למעשה, נחקק חוק עשיית העושר כאשר כבר נהגו הוראות מיוחדות, שונות זו מזו לפי מגמותיהן וכולן קודמות לגיבוש המדיניות המשפטית המתבטאת בדין הכללי שבחוק זה. לפיכך שורת ההיגיון היתה דורשת שהמחוקק יערוך רוויזיה של ההוראות הקודמות, יאחד את הטעון איחוד³⁵ ויתאם את הטעון תיאום. דרך אפשרית אחרת היתה זו: שהמחוקק לא יעשה את המלאכה בכבודו ובעצמו אלא יטיל את התפקיד על פרשני החוק. אך במקרה זה לא היינו אומרים שתחול כאן האמרה שלפיה "גדול המעשה מן העושה". מכל מקום, גרוע עוד יותר פתרון שלישי: שיחסוך המחוקק את הטרחה הן מעצמו והן מן הפרשן ויקיים את הדברים כמות שהם. וזהו הפתרון שנקט בסעיף 6.

בתור סניגוריה על המחוקק הישראלי ייאמר כי גם בשיטות משפט אחרות שאימצו דין התעשרות כללי לא הושג המיווג המושלם שהיה רצוי להשיגו. זהו המצב לא רק כאשר את דין ההתעשרות הכללי הנהיגה הפסיקה — כמו בצרפת — אלא גם בקודיפיקציה הגרמנית מסוף המאה הקודמת והאיטלקית משנת 1942. גם שם ניכרת עוד, למעשה, ההתפתחות ההיסטורית שלפיה דין ההתעשרות בא אחרון כשהתגבשו כבר המוסדות המיוחדים, ועדיין לא נטמע יחד אתם לגוף הלכות עשוי מעור אחד.

34 בהתעלם מפתרון ביניים, כזה המאומץ במשפט האנגלי: קטגוריות מוגדרות אחדות ל"עשיית עושר".

35 את זאת עשה חוק עשיית העושר במקרה אחר: סעיף 7 ביטל את סעיף 3 לחוק לתיקון דיני הניזקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964. ביטול זה סילק את הטעות שלפיה בחוק תשכ"ד חשבו את המקרה של "רשלנות" הניזוק כראוי לדין שונה מיתר המקרים שאין בהם אחריות מישהו אחר לנזק. ראה על כך רשימתנו "המיטיב נזקי-גוף שבאו בגלל 'רשלנות' הניזוק", הפרקליט כא (תשכ"ה) 371.

דומה הדבר במקצת לזה שגרמה שכבת דינים מאוחרת המעוצבת להשלמת דינים קודמים ולתיקונם — כגון דיני הפרטור הרומאי ודיני האקוויטי האנגליים. כתוצאה מכך, בהחלט דין ההתעשרות, רבו הספקות גם במסגרת שיטות משפט אלו. בכל זאת מצער הדבר שהחמיץ החוק הישראלי את ההזדמנות לקבוע מצדו התקדמות לעומת הדוגמאות הקודמות בעניין שניתן היה למשפטנו להתגדר בו.

יב. הכלל הפרשני "דין כללי אינו מבטל דין מיוחד"

אומרים כי, בעצם, לא היה המצב שונה במשפטנו אילו נחקק חוק עשיית העושר בלי סעיף 6³⁶, לפי הכלל הפרשני שאין הוראות כלליות גוברות על הוראות מיוחדות קודמות (lex posterior generalis non derogat priori speciali)³⁷, אלה האחרונות היו תמיד ניצלות מפני ביטול או שינוי מכללא מצד החוק החדש. ברם, ספק אם הכלל הפרשני הוא ראוי להתקבל בשיטת משפטנו לפי ההחלטות שנוהגים לייחס לו.

בפרשנות החוקים עקרון העל הוא פירוש לפי אומד דעתו של המחוקק, ולכללי פרשנות אחרים יש קיום רק במידה שהם תולדה ממנו. כדי להחליט אם יהיה סביר להניח שאין הוראה כללית מאוחרת מכוונת לבטל הוראה מיוחדת קודמת, על הפרשן לעמוד על טעמיהן המסתברים ולהשוותם. לפיכך נשמור את הכלל הפרשני המסורתי כל פעם שלא ברי לנו כי ההסדר הכללי החדש הוא ביטוי להערכה חדשה הדורשת בהכרח הסתייגות המחוקק דהיום מן ההסדר המיוחד הקודם, כיוון שההערכה החדשה סותרת את טעם ההסדר הישן גם לגבי העניין המיוחד שהוסדר שם.

גנית, למשל, שלא נחקק סעיף 48 לפקודת הנזיקין (לפי סעיף 165 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969) וששימוש במקרקעין המהווה בדרך כלל מטרד לא יחייב כל פיצוי או שיפוי מאת הזוכה למוכח כאשר דרוש השימוש לטובת הציבור. אם אחר כך נחקק חוק עשיית העושר, אפילו לא בכלל בו סעיף 6, לא היינו אומרים שמפני החוק החדש נתבטל ההסדר הקודם, באין לנו שום הוכחה שברצון המחוקק להנהיג את דין ההשבה כאשר מדובר בזכייה הכרוכה בטובת הציבור.

גנית, לעומת זאת, שבעניין אחד נשללה ההשבה משום שזכיית הזוכה היא תוצאה מפעולה רצונית של המזכה. אם בהמשך הזמן בא חוק השבה כללי הפוסל את השיקול הנ"ל והדוגל בעיקרון שמגיעה השבה גם למתנדב (כאשר לא היה הסכם שונה בין הצדדים), אילו לא היה קיים בחוק הנדון כלל כזה שבסעיף 6(א) הנ"ל, אזי היה מוצדק לראות את ההסדר הכללי החדש כמבטל אף את ההסדר המיוחד הישן. שורת ההיגיון מחייבת אפוא כי שינוי המדיניות עשוי לגרור אחריו ביטול או שינוי של כללים מיוחדים קודמים, בנסיבות הנ"ל.

36 ראה מזוז (לעיל, הערה 12) 531.

37 על כלל זה, ראה במשפט האנגלי: *Blackwall Ry. v. Limehouse* (1856), 3 K. & J. 123, 128; *Barker v. Edgar*, [1898] A. C. 748, 754; *Maxwell, Interpretation of Statutes* (12th ed., 1968) 196; ובמשפט הישראלי: ע"פ 557/71 הקשטטר נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 241, 247; ה"פ (ת"א) 292/80 מוזר נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פסקים תשמ"א (א) 221, 234.

נוקשותו המיכנית של הכלל הפרשני הגדון לעיל מקובלת במשפטאות האנגלית משום השקפתה המסורתית הרואה בחוקים החרותיים "אורח לא קרוא" בעולם המשפט, ביטוי לעריצות, שאינו נתון משום כך למרות ההיגיון המשפטי. ברי לנו כי מגמה זו מקומה לא יכירנה בשיטת משפט כשלנו שכולה מבוססת על משפט חרות. אף אם ראו לנכון בעבר ללכת אחריה ללא הבחנה, קליטה זו בטעות יסודה וכדאי להיפרד ממנה. ואולם אין אחיזה לשיקולים אלה נוכח הוראה כגון סעיף 6 הנועל דלת בפני כל ביקורת הפרשן על הוראות מיוחדות קיימות.

יג. לאקונות והסדרים שליליים במקורות הקודמים לחוק

אף אם משריין סעיף 6 את ההוראות המיוחדות הקודמות מפני כל התאמה עם החוק החדש, לא נעלמת משום כך כל בעיה של תחולת החוק הגדון ביחס אליהן. אדרבא, הבעיה הפרשנית המתעוררת — כלומר הבעיה מתי יש לראות כי קיימת "הוראה מיוחדת" — קשה במשפטנו כיוון שחוק עשיית העושר הישראלי אינו מעוצב בשורת צורות שונות כמו במשפט האנגלי אלא בתור דין כללי ביותר.

אמנם הבעיה אינה קיימת כל פעם שבקשר לזכייה מסוימת, המחוללת אי איוון ביחס בין שני רכושנים, קבעו ברורות הסדר כלשהו על החזרת האיוון או על שלילתה (כלומר, זכיית הינם); בין שקבע את ההסדר הזה הדין ובין שקבעו הסכם בין זוכה למזכה (סעיף 6(א)).

שונה המצב כאשר, בפני חוסר קביעה מפורשת על החזרת שיווי המשקל בקשר לזכייה מסוימת, עלינו לתהות אם משמעות השתיקה היא הסדר שלילי, כלומר דחיית התערבותו של חוק עשיית העושר, או שמא היא אי-גקטת עמדה, פשוטה כמשמעה, כך שאין מניעה לתחולת החוק.

אם ידחה הפרשן את תחולת החוק בכל פעם שאיזה עניין היה נושא להסדר כלשהו, אף אם לאו דווקא הסדר בנוגע ל"החזרת האיוון", יהיה החוק ישים רק בעניינים הבלתי מוסדרים לגמרי. אך לדעתנו אין טעם להרחיק לכת עד כדי כך. למשל, הוראת סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, על קיום מוקדם לחוזה אינה נוגעת לשאלה אם פירעון מוקדם לחוב כספי בזמן אינפלציה אינו מהווה "זכייה" לנושה שעל-פי סעיף 1 לחוק עשיית העושר תחייב אותו לשיפוי מתאים.

לעומת זאת, אם בעיני הפרשן יהיה החוק ישים בכל עניין שבו, אגב זכייה מסוימת, לא נאמר מאומה על איוון כנגדה, עלולה תחולת החוק להתרחב עד כדי כך שנצטרך לחזור ולכתוב את ספר החוקים שלנו. יתרה מזו: הכנסת יסוד זר, בלתי צפוי בזמן קביעת ההסדר המקורי, עלולה לשנות ולסלף את משמעות כל מוסד ומוסד כפי שעיצבו בשעתו המחוקק. למשל, זכיית היורשים בירושה היא זכייה הנתפסת בנוסח סעיף 1 ולפיכך עשויה לכאורה לחייב השבה — דבר אבסורדי, מה גם שהיורשים היו צריכים להשיב השבה זו לעצמם. ועוד דוגמה. גם ברכישת זיקת הנאה מ"כוח שנים"⁸⁹ ובהתיישנות יש משום זכייה מאת מישהו אחר — ללא זכות מוקדמת לרכישה הנדונה כנגד המזכה. כבר בעבר העלו המשפטים את הדעה שברכישת מכוח שנים יש משום התעשרות בלתי מוצדקת. מבחינה מופשטת, לצורכי הדיון בעניין זה, היה דרוש

38 סעיף 94 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.

לקבוע תחילה באילו גורמים יש להתחשב לשם פתרון צודק: אם אך ורק ביחס האובייקטיבי בין שני הרכושים הנוגעים בדבר ובשמירת האיוון בינם לבין עצמם, או גם בשיקולים אחרים, כגון התנהגות הצדדים ותקנת הציבור. על כל פנים, מבחינת המשפט הפוזיטיבי, אילו היינו מקנים במקרים אלה למזכה זכות לשווי הזכיה שבה זכה הזוכה, היינו משתקים מוסדות אלה לפי ייעודם.

אילו סבר המחוקק אחרת, כי אז היתה שורת ההיגיון מחייבת אותו לשלול את תחולת ההתיישנות על עשיית העושר עצמה.

נראה לנו שיש להשיג השגה על שימוש בחוק עשיית העושר גם במקרה מקביל למקרים שהזכרנו, כלומר על הרעיון שהנושים יוכלו לתבוע תביעת התעשרות מן האדם שקיבל מן החייב מתנה או העברה אחרת, לרעתם. אמנם בארצות יבשת אירופה, שבהן מכירים בתביעה כללית של הנושים לביטול מתנות והעברות אחרות כנ"ל (היא ה"תביעה הפאוליאנית" (*actio Pauliana*) של המשפט הרומאי) יש הסבורים כי יסוד התביעה הזאת הוא בדין ההתעשרות הבלתי מוצדקת³⁹, כיוון שרכוש החייב הוא ערובת נושיו. אילו איפשר חוק עשיית העושר הישראלי את תביעת ההתעשרות הנדונה, היתה חשיבותה עולה בישראל הרבה יותר מאשר בארצות המכירות כבר בתביעה הפאוליאנית, המביאה לידי תוצאות דומות מבחינה כלכלית. אבל, לפי השיקולים דלעיל, נאמר כי ההוראות שבפקודת פשיטת הרגל, 1936, ובחוק הירושה, תשכ"ה—1965, סעיף 63, על הגנת הנושים מפני העברות החייב, המוגבלות למקרים אחדים, מהוות "הסדר שלילי" לגבי כל תחום נוסף. שיקול דומה ימנע היוקרת נושה לתביעת ההתעשרות לעקיפת המגבלות הנקבעות בסעיף 127(א) לחוק הירושה, בקשר לזכותו כלפי היורשים אחרי חלוקת העיזבון.

יד. "בין סקילה לכאריבדיס"

"אם תבקש לעקוף את מערבולת כאריבדיס סופך שתיתקל בצוק סקילה!"⁴⁰. אמרה יוונית-רומית זו עשויה להצביע על שני הסיכונים הנוגדים העומדים בדרך המחוקק ובדרך הפרשן בעניין "עשיית עושר": לרוקן את החוק מכל שימוש מועיל או לקעקע את מוסדות השיטה המשפטית המעוצבים לפי טעם מסוים ולייעוד מסוים.

המחוקק השתדל למצוא את שביל הזהב בין החתחתים שבדרכו בדרך של מיוזג פתיחות וזהירות. מצד אחד פתח לרווחה את הדלת לתביעת ההשבה בגין עשיית עושר באמצעו לו מושג "זכיה" נרחב ביותר. וכנגד זאת העמיד שורת כללים מצרים. הוא שלל את הכניסה לכל מזכה שכלפיו עומדת לזוכה זכות לזכיה הנדונה ומילא את ידי בית המשפט לפטור זוכה מחובת ההשבה כל אימת שלפי הנסיבות ידרוש זאת הצדק. על-ידי הוראת סעיף 6 שלל כל צירוף או התחרות אפשריים בין תביעת מזכה אותו העניין. לפיכך אין תביעת עשיית עושר עשויה לספק למזכה כל עודף לעומת

39 ראה: F. Schultz, *Eingriffserwerb*, 226 sqq.; Klang-Wilburg, *ABGB*, §§ 1431 sqq., p. 439; Goré, *op. cit.* (*supra*, note 5) No. 130.

40 בגרסת גואלטיה דה ליל, משורר צרפתי מהמאה הי"ד: "Incidis in Scyllam, cupiens vitare Charybdim" (Gualtier de Lille, *Alexandreis*, v. 301).

מה שתיתן לו תביעה אחרת שלרשותו. יתרה מזו, לדחיית תביעה המבוססת על עשיית עושר לא דרוש במשפטנו (להבדיל משיטות משפט אחרות) שתעמוד לרשות המזכה תביעה אחרת⁴¹ ואף לא שתביעה כזאת עמדה לרשותו או, בשעת הזכייה — אלא אך ורק שעניין הזכייה האובייקטיבי, המופשט, מוסדר בהוראות מיוחדות אחרות (כך שהמזכה עלול להישאר קירח מכאן ומכאן⁴²). לפיכך אישר המחוקק בעניין הנדון את הכלל הפרשני הידוע הנדון לעיל, בגרסתו ההחלטית והנוקשה. מצד אחר, נוסחת החוק הישראלי עשויה להיות נוחה למזכה מהנוסחה הנ"ל ("תביעת התעשרות תעמוד למזכה רק כשאין לו תביעה אחרת"), אם פירוש זו האחרונה הוא כי תישלל תביעת התעשרות כאשר עומדת למזכה תביעה אחרת, כלפי הוזכה או אף כלפי מישהו אחר בלבד. במשפט הישראלי מסתבר שאין מניעה שבעת ובעונה אחת בשל אותו המאורע תעמוד לפלוני תביעת התעשרות מאת אלמוני ותביעה אחרת מאת פלמוני (ראה גם להלן, ס' טז).

בין הבעיות העומדות לפני הפרשן, חשובה וקשה במיוחד היא בעיית ה"הסדר השלילי" בקשר ל"הוראות המיוחדות". לפני חוק עשיית העושר, בכל המקרים שלא היו נוהגות הוראות מיוחדות להשבה, מן הסתם הפתרון הראוי להתקבל בעניין עשיית עושר היה פתרון שלילי, כיוון שגם במקרה של לאקונה פתרון כזה היה ההולם ביותר את רוח השיטה דאז. אך לא ימהר הפרשן משום כך לראות במצב זה "הסדר שלילי" ולכן "הוראה מיוחדת" המונעת את תחולת החוק החדש. ברי לנו כי לא היה טעם לחוקק את חוק עשיית העושר אילו בא לקיים את המצב המשפטי הקודם, פשוטו כמשמעו, ולא לתקן אותו. הגבול שהציב המחוקק לחידושו הוא בקיום "הוראות מיוחדות". אלה עשויות להיות חיוביות או שליליות בדבר "ההשבה", אך, לפי השיקול הנ"ל, נראה הוראות שליליות כנ"ל רק כאשר לפנינו גילוי כוונה ברורה, מפורשת או משתמעת מעיצוב ההסדר הנדון, שלא להרשות שינוי העלול להפר את טעם המוסד וייעודו על-ידי ניטרול היתרון שהבטיח הדין לצד מסוים.

טו. הדגמת הבעיות המיוחדות

ננסה להדגים תחולה סבירה של חוק עשיית העושר על שורת מקרים גוספים. המוצא (ואינו נוטל) אבידה ומודיע על מקום הימצאה לבעלים או למשטרה נותן שירות מועיל לבעלים ולכן מגיע לו שכר ראוי ("שווי הזכייה", לפי מינוח שבחוק עשיית העושר), מכוח סעיף 1, ולא רק שיפוי להוצאותיו, אם היו כאלה, על-פי סעיף 5. אם המוצא נוטל את האבידה, כשמדובר בהנחה שבסעיף 2(א), סיפא, לחוק השבת אבידה, תשל"ג—1973, רשאי הוא לראות את נטילתו כתפיסה המזכה אותו בבעלות. אין הוא חייב מאומה לבעלים בשל "עשיית עושר", כיוון שהמשפט תולה את רכישתו ברצונו החופשי, כלומר שזכייתו געשית על-פי זכות שבדין.

41 למשל: לא יוכל בעל חוזה להיזקק לתביעת התעשרות כאשר אין לו ראייה בכתב הדרושה להפעלת התביעה החוזית.

42 אין לומר אפוא כי במשפטנו מוצדק הטיב השיווי שהחוק מייחס לתביעת עשיית העושר בשיקול כי, כאשר עומדת למזכה תביעה אחרת כלפי הוזכה, חסרים התנאים בדבר התעשרות הראשון וחסרון השני.

אם האבידה שנטל אינה כנ"ל, חייב המוצא להשיבה לבעלים או להודיע עליה למשטרה וגם למסרה לה אם יידרש לכך. מצד אחר, בקיימו את המוטל עליו, יזכה בבעלות האבידה אם לא יתגלה בעל האבידה תוך ארבעה חודשים. רכישתו נעשית על סמך עובדה משפטית מורכבת שמרכיביה הם המציאה, מילוי החובות שהחוק מטיל על מוצא ונטל אבידה, ומרוצת הזמן ללא גילוי הבעלים. נשאלת השאלה אם בשל החובה והסיכויים האלה (המבדילים בינו ובין מוצא שאינו נוטל) אין לשלול ממנו את הזכות לשכר ראוי שלפי דעתנו מגיעה למוצא במקרה הראשון הנדון לעיל. נראה לנו כי בהפרת החובה הנ"ל יש משום הפרת חובה חקוקה — אשר קיומה מניח קיום זכות הבעלים כנגדה — ולפיכך יש מקום לשלול את זכות המוצא לשכר ראוי. אם לא נתגלה בעל האבידה תוך ארבעה חודשים, ממחר החוק הישראלי לזכות בה את המוצא, מתוך דאגה מובנת לשחרר את המשטרה מנטל השמירה ולמנוע שהנכס יישאר זמן רב ללא בעלים ידועים ומסוגלים להשתמש בו. דין זה כשלעצמו אינו מחייב הקרבה סופית של זכות הבעלים. גם אחרי זכיית המוצא אפשר לזכות את בעלי האבידה הקודמים בזכות להחזירה לעצמם או לתבוע מן הזוכה את שווי זכייתו⁴³. למעשה מוכה סעיף 5 לחוק השבת האבידה הנ"ל את הבעלים הקודמים לפדות את האבידה מן הזוכה תוך שנה לאחר הזכייה, אך רק בתשלום שוויה המלא. מהסדר זה למדים אנו כי, אף אחרי חוק עשיית העושר, אין מקום לתביעת הבעלים הקודמים בגין התעשרות הזוכה.

המגלה אוצרות טבע (כגון מתכות, נפט, מים) נותן שירות מועיל למדינה: אף אם, לפי הדין הישראלי, היו שייכים לה אוצרות אלה גם קודם, ברי לנו היתרון הנגרם לה מהתגלותם. אמנם ספק עלול להתעורר אם יש מקום כאן לתחולת חוק עשיית העושר — לאור המדיניות הגלומה בחוקים באותם העניינים, שלפיה אסור לפרט לחפש אוצרות אלה ללא רישיון. ברם, קיימת האפשרות של גילוי ללא עבירה על האיסור, ובמקרה זה היינו נוטים לפתרון חיובי.

לא כן היינו אומרים לגבי מוצא (או מגלה) עתיקה. נכון הדבר כי, מבחינה מסוימת, זכיית המדינה רבה כאן מאשר במקרה הקודם, כיוון שכאן בעלותה מתחילה עם המציאה (או הגילוי) דווקא. אבל (מלבד ההתחשבות במגמת החוק שגם כאן היא מכוונת לאיסור החיפושים ללא רישיון), קובע סעיף 4 לחוק העתיקות, תשל"ח—1978, פרס אפשרי למחזיק המוסר עתיקות למדינה, ואף אם לא נראה את הפרס הזה כשכר למציאה ולמסירה למדינה אלא יותר כגורם המכוון לאזן ולרסן את יצר הרע העלול להתרועע ממילוי חובתו, לא ייתכן להוסיף עליו גם שכר ראוי על-פי חוק עשיית העושר.

כמו כן לא היינו חושבים שלבעל השטח שבו נמצאה עתיקה מגיע שיפוי בעד זכיית המדינה במקום זה, יחד עם העתיקה שנמצאה בו (סעיף 2 לחוק הנ"ל). החוק רואה את השטח שהוא כנספח טפל לעתיקה שהיא זוכה בה. ספק-מה עשוי להתעורר אם, לפי אותו החוק, יש לנקוט פתרון שלילי כזה גם בעניין המקום שמנהל אגף העתיקות הכריז עליו שהוא "אתר עתיקות" ושכתוצאה מהכרזה זו נתון לזיקת הגאה המכבידה מאוד על זכות הבעלים.

43 בעניין זה השווה סעיף 977 לסה"ח הגרמני.

כאשר נהר סוחף אדמה מחלקה אחת לחלקה אחרת, תהיה לבעל החלקה המפסידה תביעת התעשרות מבעל החלקה המוגדלת – לפי ההנחה כי בהתאם לשינוי הנ"ל ישונה ממילא היקף בעלותם. אינו דומה למקרה זה, במשפטנו, המקרה הנקרא *specificatio*, כלומר המקרה שפלוגי הופך חומר של אלמוני לדבר (*species*) חדש; למשל, פסל המעצב פסל מחומר הזולת. אמנם אין כאן מקום להיקש מסעיף 4 לחוק המיטלטלין, תשל"א–1971. אבל, אין מקום גם לתחולת "עשיית עושר", כיוון שיחולו דיני הנויקין (גזל).

בנשירת פירות מחוץ לתחום העצים, שולל סעיף 50 לחוק המקרקעין את זכות הבעלים עליהם. עם פקיעת זכותו של בעל העצים עליהם, צומחת זכות בעלים לשכן שנשרו בתחומם. אך, אם נשרו למקום שיש לציבור גישה חופשית אליו, זכאי כל עובר ושב ליטול אותם לעצמו: סימן שבמקרה זה בנשירתם נעשים הפירות נכסים ללא בעלים ובכוח התופס הראשון לרכשם. במקרה זה ברי לנו שאין מקום לשום תביעת התעשרות מצד בעל העצים, כי, בשלב הראשון (נשירה למקום פתוח לציבור) אין זוכה ואין זכייה, ובשלב השני (תפיסה) אין זכייה הזוכה באה מאת בעל העצים כי אם היא זכייה מן ההפקר. במקרה האחר מדובר בזכייה מכוח הדין – ולא בזכייה על סמך זכות לרכוש שהוענקה לרוכש. לפיכך אמנם אפשר היה להעלות על הדעת תביעה מן השכן הזוכה. ואולם נראה כי, על אף השוני הטכני בין שני המקרים, מידת השוויון הסובסטיבי דורשת שלא תצליח כאן תביעת ההתעשרות שאינה יכולה להצליח שם.

חוץ מן המקרה המיוחד המוסדר בחוק המקרקעין (פרק ד') בדבר בנייה או נטיעה במקרקעי הזולת⁴⁴ יש להכיר בתביעת התעשרות לפי סעיפים 1 ו-5 לחוק עשיית העושר למשקיע משאבים שלו בנכסי הזולת. במקרה של שיתוף, מוסדר דבר ההוצאות בנכס המשותף בסעיף 32(ב) לחוק המקרקעין, כשמדובר בהוצאות הדרושות להחזקה תקינה ולניהול, אך חוק עשיית העושר יחול כשמדובר בהשבחה של הנכסים האלה. והוא הדין אם בבית משותף אחד הדיירים נושא בהוצאות, כגון הוצאות חימום, הנוגעות לבית המשותף כולו.

המשבית את נכס הזולת או את הנכס המגיע לזולת זכאי להשבה בין אם חשב שהנכס שלו ובין אם ידע שהוא נכס הזולת (במקרה של שוכר, למשל). תיתכן אף תביעה המבוססת לאו דווקא על השבחת מקרקעין חומרית אלא על הגדלת שוויים בגין המוניטין שרכש השוכר בעסק המסחרי שניהל בהם, אם, לפי הנסיבות, אכן הביאו המוניטין לידי הגדלה של קבע בשווי המקרקעין.

לפי הסמכויות שמעניק לה חוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965, רשאית הוועדה המקומית לשנות לרעה את מצבו של בעל מקרקעין, בהטלת חובות מסוימות עליו, בהגבלת זכותו, על-ידי "חלוקה חדישה" ועל-ידי הפקעה. משינוי זה במצבו של א' עשויה להתחולל זכייה לא רק לציבור אלא גם לפרט, בעל מקרקעין אחרים. ואולם לא נראה שיש מקום כאן לתביעת התעשרות ממנו, כיוון שברוב המקרים דואג החוק

44 לא מובן לנו כיצד יכול פרופ' פרידמן (ברשימתו "בניה במקרקעי הזולת, עקרונות פרשנות לדיני עשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט ז (תשמ"ז) 711) לראות את המקרה הזה כפוף גם לחוק עשיית העושר – למרות סעיף 6 שבחוק זה.

הנ"ל לדרוש ממנו איזון ובמקרים אחרים, בשללו כל זכות מבעל המקרקעין המפסיד, קובע "הסדר שלילי" ולכן "הוראה מיוחדת".

כידוע, אין דיני הקניין הרוחני מתפרשים על כל היצירות הרוחניות אלא חלים רק על אלה הנכנסות בקטגוריות שהחוק מכיר בהן. מחוץ לאותן הקטגוריות נראה לנו שאין לבעול דלת בפני השימוש בתביעת התעשרות כאשר ניצל פלוני את רעיונו של אלמוני (למשל, ניצל רעיון ששמע מפי הזולת תוך כדי שיחה ביניהם). "מזכה" הוא גם אדם שהזולת מנצל את אמצאיו כאשר לא נתקבל עליה פטנט אך, מצד אחר, לא נתפרסמה ונעשתה רשות הרבים; ובלבד שבניצול הנ"ל אין משום הפרת חווה. לעומת זאת, אין להעלות על הדעת כי, אחרי המועד לפקיעת זכותם, יוכלו יורשי היוצר להיזקק לתביעת התעשרות כלפי המנצל את יצירת מורישם. מלבד הנימוק שהבאנו לעיל (ס' יג) אגב ההתיישנות, כאן יש מקום לשיקול ראדיקאלי עוד יותר: עם תום התקופה הנקבעת בחוק, כל ניצול שינצל מישהו את רעיון היוצר אינו ניצול של נכס רוחני השייך להם, כך שלתביעתם היה חסר יסוד מיסודותיה הדרושים, קיום מזכה אשר הזכייה נתקבלה ממנו.

טז. המשך ההדגמה

לפי הכלל שבסעיף 6, לא יחול חוק עשיית העושר בכל עניין הנתון להסדר אחר, למשל אם הוא כפוף לדיני החוזים. משום כך לא יחול כאשר מפגר השוכר בפינוי המושכר, כיוון שפיגורו הוא הפרת חוזה (וגם עשוי להיחשב הסגת גבול⁴⁵).⁴⁶ משום כך טעונה הסתייגות לפי המשפט הישראלי דוגמה הנסבה על קניית טבעת שמחמת טעות מכר המוכר במחיר זול משווייה ועל תחולת דין עשיית העושר לאחר שהטבעת נגנבה מן הקונה⁴⁷.

אם קבלן או פועל מבצעים עבודות השבחה בבית מושכר לפי הזמנת השוכר, לא ניתן להם לתבוע תביעת התעשרות מבעל הבית כשאינם יכולים לקבל את התשלום המגיע להם מן השוכר (ראה גם לעיל, ס' ד)⁴⁸. עניינם מוסדר ביחסם החוזי עם השוכר. תביעת התעשרות מבעל הבית עשויה להגיע לשוכר עצמו, בתור מזכה כלפי בעל הבית, אם אין עניין זה מוסדר ביחס החוזי ביניהם ואם אינו נכלל בסעיף 21 לחוק המקרקעין.

כאשר החוזה בטל, תביעת ההשבה אינה חוזית לפי מהותה⁴⁹, אך, משום שהיא

45 ראה ע"א 17/72 יעקב אליהו נ' פישר ואליעזר גרודה, פ"ד כז(1) 337. ייתכן לראות כאן גם הפרת סעיף 16 לחוק המקרקעין ולפיכך עוד הפרת חובה חקוקה לפי פקודת הנזיקין.

46 על תביעת ההתעשרות בעניין הנדון, לפי הדין הקודם, ראה ע"א 889/75 "דרימ" נ' "אגרי", פ"ד לא (2) 20, ועליו רשימתנו "פיגור בפינוי המושכר ושכר ראוי", משפטים ט (תשל"ט) 68, 75-76, ורשימת ד' פרידמן, "שכר ראוי בדין פיגור בפינוי מושכר", עיוני משפט ז (תשל"ט) 195.

47 ראה מוזו (לעיל, הערה 12) 512.

48 זוהי גם נטיית הפסיקה האיטלקית והצרפתית. ראה: L. Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento* (Napoli, 1964) 93-94. אך ראה גם שם, בעמ' 242-248.

49 ראה על כך דעותיהם השונות של השופטים בע"א 186/77 סובנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' מומי טרבלוס, פ"ד לג (1) 197.

מוסדרת בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, אין להיזקק בעניין זה לחוק עשיית העושר. יש סבורים שגם כל החוזים בין המדינה לפרט כפופים לחוק החוזים הנ"ל.⁵⁰ דעה אחרת מבחינה בין חוזים שהמדינה כורתת ככל אדם פרטי ובין חוזים אדמיניסטרטיביים שבהם מופיעה המדינה בתור שכזאת; ועל האחרונים אינה גורסת הטלת מרות המשפט האזרחי (או שאינה גורסת הטלת מרות זו במלואה). לפי סברה זו, כאשר החוזה בטל, ייתכן שדין ההשבה יהול על-פי חוק עשיית העושר.

אין מניעה לתחולתו של חוק עשיית העושר כאשר משום מה נמצאים אנו מחוץ לגבולות תחולתם של דיני החוזים או של הוראות החוזה. כך, למשל, כאשר דרש והשיג צד אחד תשלום שאינו מגיע לו מן הצד השני לפי החוזה — בהנחה שאין כאן מתנה, מחד גיסא, ואף לא עוולה, מאידך גיסא. אין המצב שונה מכל תשלום שאינו מגיע ושנעשה בין בני אדם שאינם קשורים ביניהם בשום חוזה.

הוא הדין לגבי תחולת חוק ההתעשרות ביחסי עבודה ללא חוזה בין הצדדים (או אפילו כאשר יש חוזה עבודה אבל מדובר בעבודה שביצע העובד מעבר למגיע ממנו לפי התווה או בעובד שמלבר לתפקידיו מצא והפעיל שיטות עבודה חדשות, לטובת העסק); בפעולות מתווך שללא חוזה עם הצדדים עור להם, או לאחד מהם, להתקשר⁵¹; בשמירה שמטיל חוק השומרים, תשכ"ז—1967, על מחזיק בנכסי הזולת. בעניין אחרון זה נעיר כי הקניית תביעת התעשרות לשומר על-פי-דין תהפוך אותו לשומר שכר — גם במקרה הרגיל שלולא תוצאה זו של חוק עשיית העושר לא היה השומר על-פי-דין אלא שומר חנם⁵². מסקנה זו תגרור אחריה הגברת אחריותו.

כנגד הדוגמה שהבאנו קודם בעניין העבודה מעבר למוסכם יטענו אולי כי כאן תחול הוראת סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, ולפיכך לא יחול חוק עשיית העושר, מכוח סעיף 6(א) שלו. אך פתרון זה מגיח שקיים נוהג באותו העניין (נוהג קיים בין הצדדים או נוהג מקובל בחוזים מאותו סוג). ואפילו היה קיים, ספק אם בדוגמה שהבאנו היה חל סעיף 26 הנ"ל. ליקוי החוזה בפרט הדרוש להפעלת העיסקה, מצד אחד, וחוסר הרחבתו של החוזה לעניין נוסף מלבר לעניינו, מצד אחר, אינם היינו הך. חוזה למכירת נכס א' אינו חסר פרטים וזקוק להשלמה על שום שאינו כולל גם נכס ב'. מסקנתנו היא כי שלילת תחולתו של חוק עשיית העושר שבדוגמה דלעיל, אם קיים נוהג מתאים לכך, עשויה לבוא בחשבון לפי הסייג בסעיף 6 הנוגע להסכם ולא לפי הסייג האחר שבו, הנוגע להוראות מיוחדות.

אין אנו רואים מניעה לשימוש בתביעת ההתעשרות לבעל חוזה שלא גיצל את זכותו ואיפשר לצד השני להפיק תועלת מנסיבה זו. עולה על הדעת חוזה עבודה שבו אין

50 ראה: G. Shalev, "Administrative Contracts", 14 *Isr. L. Rev.* (1979) 444; ג' שלו, "האם חייבת המדינה לכבד את התחייבויותיה החוזיות?", הפרקליט לג (תשמ"א) 215.

51 ראה גם, בפסיקה הצרפתית (Poitiers, 2.12.1907, *Dalloz*, 1908, 2, 232): גיניאלוגיסט (מומחה לייחוסין) שבזכותו גילה הנתבע שהוא זכאי לירושה מסוימת. למעשה בפרשה זו הציג התובע את שירותו לגילוי זכות הנתבע לירושה — בלי לגלות לו את העובדות שגילה כבר — והנתבע דחה הצעה זו. ואולם עצם ההצעה הגיעה את הנתבע למחקר והוא גילה בעצמו את זכותו.

52 ראה על כך ת"א (ת"א) 802/77 רייזנברג נ' "עמידר"/ פ"מ, תשמ"ב (ב) 309, 321 המצטט את רשימתנו "השומר על-פי-דין", משפטים ח (תשל"ח) 430, 439—442.

המעביד מעסיק למעשה את העובד והעובד עושה עבודה אחרת למען עצמו או למען מעביד אחר.⁵³ דוגמה נוספת היא זאת: בחוזה בין סוכנות פרסום ובין פירמה פלונית העמידה הראשונה לרשות הפירמה מקום מסוים בעיתונות שהסוכנות הבטיחה לעצמה, לצורכי לקוחותיה. אחר כך לא נזקקה הפירמה לפרסומת הגדולה, כך שהסוכנות יכלה להשתמש במקום ההוא לטובת לקוחות אחרים.⁵⁴ כמובן, מניחים אנו שבמקרים הנדונים לא היה בחוזה, לפי פירושו הנכון, כל הסדר (לרבות הסדר שלילי).

כפי שלא יחול חוק עשיית העושר כאשר המעשה הגורם לזכייה היה הפרת חוזה, הקושר זוכה ומוכה, כן לא תיתכן תביעת התעשרות שעילתה בעוולה שביצע הווכה נגד המוכה.

בדיונים לקראת חקיקת החוק הירבו להתייחס לדוגמה שהביא שר המשפטים בהצגת החוק: אדם המחנה רכב במגרש חברו ללא רשות או שקיבל אמנם רשות להחנות לשעה אחת והוא המשיך להחנות במשך חודש שלם. המשיכו להתייחס לדוגמה זו גם לאחר שנקבע נוסח החוק.⁵⁵ אך, לפי נוסח החוק (סעיף 6 על "הוראות מיוחדות"), לא יחול החוק. המעשה הוא הסגת גבול.⁵⁶ בין אם, לאחר שפקע הרישיון, חוזר בעל הרכב להחנות, ובין אם המשיך להניח את מכוניתו חונה שם מעבר למועדו הסופי של הרישיון.⁵⁷ מלבד זאת יש במעשה הפרה של סעיף 17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, ולפיכך, לדעתנו, גם הפרת חובה חקוקה; ואם היה חוזה בין הצדדים — הפרת חוזה. לפני הנהגת החוק על הפגיעה בדמות האדם,⁵⁸ לא נחשב כעוולה ניצול דמות הזולת ללא הסכמתו לשם פרסומת מסחרית.⁵⁹ אילו היה נוהג כבר אז חוק עשיית העושר, היתה פתוחה אפוא לפני בעל הדמות המנוצלת תביעת ההתעשרות. כעת תיתכן מסקנה חיובית בקשר למעשים שאינם נכללים בפקודת הנוזיקין, כגון קשר אזרחי (conspiracy) וצורת התחרות בלתי הוגנת שאינם נתפסות בהגדרת גרם הפרת חוזה ובהגדרת גניבת עין.

אם ביצע א' עוולה הפוגעת בב' והמועילה לג' — ואם אין בין ב' לג' יחס נוזיקין,⁶⁰

53 בעניין זה, לפי הדין הקודם, ראה ע"א 268/60 אבנר בן עובד נ' מדינת ישראל, פ"ע נא 153, ורשימתנו "על ההצעה לחוק חוזה עבודה, תשכ"ח—1968", משפטים ו (1957) 163, 169 (גם בכרך מפות במשפט, ירושלים, תשל"ח, 175).

54 החלטה הפוכה לפי הנסיבות בפסיקה האיטלקית: App. Bologna 27.6.1932, Mon. Trib., 1932, 632.

55 ראה מזוז (לעיל, הערה 12) 489—490, הערה 16.

56 אין משום הסגת גבול אם החונה ביקר אצל בעל המגרש. במקרה זה אמנם היתה נתפסת פעולתו בנוסח החוק, סעיף 1, אך היה מקום לפטור את הזוכה מן ההשבה (סעיף 2), כמו במקרים אחרים שבהם לפי המקובל לא תיתכן השבה משום גימוסי החברה או משום יחסי משפחה.

57 השווה ע"א 107/50 שמש נ' "מגלא", פ"ע טו 55; ע"א 64/65 עובד המנוח משה נסים משיח נ' נסים משיח, פ"ד כ (1) 126; ע"א 17/72 יעקב אליהו נ' פישר ואליעזר גרודה, פ"ד כו (1) 337.

58 חוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 5), תשל"ד—1974. במקומו בא אחר כך חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א—1981.

59 ע"א ת"א 144/55 יוסף ירין נ' צ.ד. בע"מ, פ"מ יא 202.

60 כך ייתכן על שום שג' היה שותף בעוולת א' (סעיף 12 לפקודת הנוזיקין) או משום שביצע עוולה משל עצמו (למשל, גול, בקבלו את הגזילה מידי הגולן) — כלפי א'.

עשויה להתקיים אחריות של ג' בשל עשיית עושר, יחד עם אחריותו של א' בשל נזיקין. נגית, למשל, שבריונים מכריחים את פלוני לסגור את חנותו, בשל השתייכותו לעדה כל שהיא. משום סגירת חנות זו, מרוויח אלמוני (שאינו משתייך לאותה עדה), בעל חנות מתחרה. לפלוני צומחת תביעת התעשרות מאלמוני, כיוון שטובת הנאתו באה ממנו. אמנם לרשות פלוני עומדת תביעת נזיקין מן הבריונים בשל תקיפה, אך אין זו נוגעת לעניין היחסים בינו ובין אלמוני, ולכן אין מקום לסייג שבסעיף 6 הנוגע ל"הוראות מיוחדות". יחול רק הכלל שלפיו לא ייתכן שיקבל פיצוי כפול (סעיף 77 לפקודת הנזיקין).

הוא הדין במקרה שהבאנו לעיל (ס' ד) אגב הבעיה מי הוא המזכה. אם גולו נכס מבעליו וא' יזכה בהנאתו (בנסיבות הצפויות בסעיף 1 לחוק), לרשות בעל הנכס שתי תביעות: תביעת גול מהגולן ותביעת התעשרות מאת א' — תמיד באיסור פיצוי כפול בעד אותו נזק.

הוא הדין גם במקרה גוסף שהבאנו לעיל (ס' א) על טעות שנפלה בפנקסי המקרקעין: תביעת הרשלנות שתעמוד למזכה מן האדם שגרם את המרשם המוטעה אינה שוללת ממנו תביעת התעשרות מן הנוכה. כל עוד מדובר ביחסים בין מוֹזֵק לניזוק התעשרות אפשרית של הראשון על חשבון השני אינה עילה לתביעת התעשרות כיוון שאינה אלא היבט אחד של הבעיה המוסדרת בדיני הנזיקין. אך לא כן כשמדובר בהתעשרות אדם אחר, אפילו גרמה לה העוולה.

השאלה אם למציל חיי הוולת או רכוש הוולת (או המנסה להצילם) מגיע שכר ראוי בגין השירות שנתן היא שאלה שונה לעומת השאלה המתעוררת כאשר ניוזק המציל (או קיפח את חייו) במעשה ההצלה. לפיכך אין אנו רואים משום הסדר שלילי לגבי השאלה הראשונה בדינים המזכים את המציל (והתלויים בו) בתגמולים⁶¹ ובדיני הנזיקין המטילים פיצוי להם על יוצר הסכנה שמפניה ביקש המציל להציל את הוולת. ממילא כל הדינים בדבר השאלה השנייה אינם נוגעים למציל שיצא בריא ושלם — ואם עלינו להעניק לזה שכר ראוי (על-פי חוק עשיית העושר, ועל-פי סעיף 5 שבו, במיוחד), אין טעם להפלות לרעה לעומתו את המציל הניזוק.

השאלה בדבר עשיית עושר עשויה לקבל צביון אחר (א) כאשר דין מסוים קובע שכר ראוי למציל; (ב) כאשר מטיל הדין על אדם חובה להשתדל ולהציל.

במקרה הראשון מדובר בפקודת הסחורות הנטרפות ודמי הצלה, 1926⁶², סעיף 19. בגבולותיה, תדחק פקודה זו, בתור "הוראה מיוחדת", את רגלי חוק עשיית העושר.

את המקרה השני מייצגות תקנות 144 ו-146 לתקנות התעבורה, תשכ"א—1961, המטילות על נוהג רכב המעורב בתאונה שכתוצאה ממנה נפגע אדם, וגם על נוהג העובר במקום התאונה, להגיש עזרה לנפגע. לפי דעתנו, מן ההוראות האלה יש להסיק כי אי-קיום החובה הגדולה תיחשב הפרת חובה חקוקה — אשר לעומתה יש להניח זכות של הנפגע, ובכוח זכות זו כלפי הנהג יש לשלול חובת השבה. אמנם

61 ראה חוק התגמולים לנפגעים בהצלת נפש, תשכ"ה—1965, סעיפים 1; 2; חוק תגמול לחייל הנפגע בהצלת חיי הוולת, תשכ"ה—1965, סעיף 2; הכרזת תגמולים לנפגעים בהצלת נפש, תשכ"ו—1966, ק"ת תשכ"ו—1966; תקנות תגמול לחייל שנפגע בהצלת חיי הוולת, תשכ"ח—1968, ק"ת תשכ"ח, 962.

62 Wrecks and Salvage Ordinance (Drayton, *Laws of Palestine*, II, 1566)

ידוע כי בשורה ארוכה של פסקי דין שללה הפסיקה שניתן לתבוע בעילת הפרת חובה חקוקה על סמך דיגי התעבורה, ולא הבדילה בין הוראה להוראה במכלול הדינים האלה. הנימוק הוא שלפי דעת השופטים כל ההוראות הנדונות לא נועדו לטובת הנפגעים בתאונות דרכים, אבל קביעה זו נראית פסקנית מדי⁶³, ודוגמאות מובהקות לכך מוצאים אנו במקרים שהבאנו לעיל (להבדיל, למשל, מהחובה לפי סעיף 144(א)(1) לתקנות הנדונות שלא להזיז את הרכב ממקום התאונה, שמטרתה להקל על המשטרה את חקירת התאונה)⁶⁴.

גם במקרים אחרים אפשר להעלות את השאלה אם אין לאדם חובה להושיט עזרה לזקוק ואפילו להשתדל ולהציל אדם הנתון בסכנה, ואם כנגד חובה אפשרית זו אין להכיר בזכות האדם השני. נראה לנו כי סביר להגיע לפתרון חיובי בחוג המשפחה, ובמיוחד ביחס בין הורים לילדיהם הקטינים, לפי חובת ההורים לדאוג לצורכי בניהם ולנהוג לטובתם כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין (חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, סעיפים 15 ו-17).

המספק מזונות לאדם שמחסורו על משהו אחר יתבע השבה מזה האחרון (או מן הנצרך עצמו), לא על-פי חוק עשיית העושר אלא על-פי סעיף 16 לחוק לתיקון דיגי המשפחה (מזונות), תשי"ט—1959, שהוא "הוראה מיוחדת"⁶⁵. ואף כשאין מחסור א' מוטל על ב' מחייבת הוראה זו השבה מאת מקבל המזונות לספק. אבל חורגים מחוק המזונות הנ"ל — בסעיף 16 שלו — מקרים אחדים, כגון המקרה של אשה נשואה המשתתפת בתקציב המשפחה מעבר לחובתה (או שאינה חייבת כלל וכלל להשתתף בו); על מקרים אלה יחול חוק עשיית העושר.

אם שילם מוסד הביטוח הלאומי סכומים בטעות או שלא כדין, השבתם מוסדרת בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968, סעיפים 139—140⁶⁶. על השבת מסים ותשלומי חובה אחרים שאינם מגיעים לרשות שגבתה אותם, קיימות כמה "הוראות מיוחדות"⁶⁷. אך, במידה שאין תחולה להן במקרה מסוים, יחול

63 ראה ע' בר-שירה, הפרת חובה חקוקה (חובת השייכת לספר דיגי הנוזקין, העוללות השונות), תשל"ט, § 11, בעמ' 26.

64 ד"ר עדה בר-שירה העירה כאן מספר הערות: לעומת עמדתה הנ"ל בעניין תקנות התעבורה והפרת חובה חקוקה, הכירה הפסיקה בתביעה בעילת רשלנות בקשר להפרת חובות חקוקות בתקנות התעבורה (ראה ע"א 707/71 אנבריה נ' המאירי, פ"ד כו (1) 743). ויש לציין שבתביעות פליליות על הפרת התקנות הנדונות הן פורשו לא כמטילות חובות מוחלטות אלא חובות לנהוג בסבירות (ראה קדרון, דיגי תעבורה (מהדורה שלישית, תשל"ו) 347—351). לפי פירוש זה, בתביעה אזרחית, לכאורה לא יהיה יתרון לתביעה בהפרת חובה חקוקה על-פני תביעת רשלנות. ניתן לטעון שהדברים שנאמרו בפסק הדין אנבריה הנ"ל בדבר הסבירות יפים גם לעניין החובה להושיט עזרה לנפגע בתאונת דרכים. ברם ידועה הלכת המשפט האנגלי שלפיה אין מטילים "חובות זהירות" בעולות רשלנות כשמדובר בהושטת עזרה לזולת. לאור הלכה זו, בעניין חובת ההצלה ניתן לטעון שאין להרחיב את הרשלנות הסטטוטורית ללא הוראה מפורשת.

65 על הבדל מסוים בין שני ההסדרים עמדנו במקום אחר (לעיל, הערה 1) 31.

66 לפי התיקונים שהכניסו בהם חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 2), תשכ"ט—1969, וחוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 17), תשל"ה—1975.

67 ראה, למשל, פקודת מס ההכנסה [נוסח חדש], פרק שלישי; חוק מס עובד, תש"ט—1949, סעיף 28; חוק מס קניה (סחורות ושרותים), תשי"ב—1952, סעיף 27; חוק מס רכוש וקרן

חוק עשיית העושר, והוא הדין גם במקרה שהרשות השיבה למעשה מעל למגיע ממנה, כך שיהיה מקום להשבתה החלקית של ההשבה. עוד במקרה שבוטל חוק עזר המטיל אגרה בעד שירות מסוים תחול השבה על-פי חוק עשיית העושר — ובלבד שלא יהיה מקום להחלת הסייג שבסעיף 1 לחוק זה.

יז. דינים אנגליים שנקלטו

עד כה התחשבנו ב"הוראות מיוחדות" ישראליות בלבד ולא באלה שמקורן במשפט האנגלי — אף אם נקלטו בארץ בטרם נכנס לתוקפו חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980 (סעיף 2(ב) לחוק זה).

אמנם אין ספק כי הוראות המשפט האנגלי שבהן עשו שימוש בארץ בעניין ה"כעין חוזה" הן בגדר "הוראות מיוחדות", כיוון שבעניין זה אין במשפט האנגלי עקרונות כלליים אלא אך ורק הוראות מיוחדות.

לביסוס הדעה שאין עוד מקום להיזקקות לכללים האנגליים העירו כי דבר המלך במועצתו, המפנה למשפט האנגלי, לפי פקודת הפרשנות⁶⁸ אינו בגדר "חוק", ולכן לא "חוק אחר" כלשון סעיף 6 לחוק עשיית העושר⁶⁹. ואולם הגדרת החוק שבפקודת הפרשנות היא מסויגת לפי דברי סעיף 9(א) לפקודה זו, ועל סמך סייגים אלה בעניין מסוים סברו השופטים כי, בהתייחסות חוק ישראלי ל"חוק אחר", גם דבר המלך במשמע⁷⁰.

מלבד זאת, ספק גם אם הנימוק שהביאו כנ"ל תופס אחרי חוק יסודות המשפט, המאשר מצדו את המשפט האנגלי שנקלט בעבר, כך שכוחו של משפט זה נאצל עכשיו מכוח החוק הישראלי. ואף קודם נתאשר עקרונית סימן 46 לדבר המלך מכוח פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח—1948, שגם היא בגדר "חוק".

מכל מקום, השיקול שהעלו לא היה צריך להיות מכריע בעיני הטוענים עצמם, כשהם סבורים כי, אף לולא סעיף 6 הנ"ל, במשפטנו מחייב במלואו הכלל הפרשני שאין דין כללי מבטל הוראה מיוחדת. לפי סברה זו, לשם הוצאת המשפט האנגלי ממערכת דינינו בעניין הגדון, היו צריכים להגות כי סעיף 6, לא רק שלא הוסיף על הכלל הפרשני הנ"ל, כי אם גרע ממנו. אך את זאת לא טענו.

ברם יש מקום לשיקול אחר. קליטת המשפט האנגלי על-פי סימן 46 לדבר המלך מיועדת למילוי הלאקונות במשפט המקומי, ולכן מוגבלת למקרים שהלאקונות קיימות ותמשכנה להתקיים. בד בבד עם היעלם לאקונה מסוימת מפני הנהגת דין מקומי, ייסוג הכלל המשפטי הנקלט⁷¹. כאן אין להבדיל אם הכלל המקומי הוא מיוחד או כללי.

פיצויים, תשכ"ה—1965, סעיפים 56, 56א; חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג—1963, סעיפים 102, 103.

68 והוא הדין לפי חוק הפרשנות, תשמ"א—1981, שהוצא בינתיים.

69 ראה מזוז (לעיל, הערה 12) 490.

70 ראה דברי השופטים ברנזון ואגרנט בבג"צ 222/68 — המ' 15/69 חוגים לאומיים נ' שר המשפחה, פ"ד כד (2), 141, 175, 217.

71 על טיבו זה של סימן 46 עמדנו ברשימה "ביטול ס' 46 לדבה"מ וכוח פעולתו", משפטים ח (תשל"ז) 180.

משפטים יא, תשמ"א

היבטים לעשיית עושר

אם יחול על העניין הגדון, אף כלל כללי יחולל היעלם לאקונה שלמילוייה נקלט בשעתו כלל אנגלי מיוחד.
חוק יסודות המשפט, בבטלו את סימן 46 לדבר המלך, הציל מן הביטול את המשפט האנגלי הנקלט, אך מן הסתם לא התכוון לקיימו מעבר לגבולות כוחו המקוריים; ולכן לא חידש בדבר דחייתו מפני הסדר ישראלי.⁷²

72 כך, למשל, אין עוד מקום במשפטנו ל"ויתור על נזיקין" (waiver of tort) על-פי המשפט האנגלי. את הדעה הזאת כבר הבענו במאמרנו הקודם (לעיל, הערה 1) 36.