**תרומת המשפט העברי לדיני עשיית עושר**

במקרה בו אדם נהנה ממשאב חברו ללא הסכמתו, ישנם שלושה סעדים. שיטות המשפט השונות אימצו את הסעד התואם את ערכיהן האידיאולוגיים:

**רווח-** חיוב הזוכה בתשלום כל התקבולים שהפיק מהמושא, בניכוי הוצאות סבירות. כאן נמדדת התעשרותו של הזוכה ולא נזקו של המזכה. הערך המיוצג הינו **חירות, ליברטריאניזם**– הגנה מקסימלית על שליטת של הפרט בנכסיו, וחופש מהתערבות האחר. הסעד מיטבי להגנה על נכסים, מאחר ותוצאתו הופכת את נטילת נכסיו של אחר ללא כדאית באופן גורף.

**שווי שוק**-חיוב בתשלום הערך שיכול היה המזכה להשיג בשוק בעסקה חופשית תמורת הנטילה (לא הרווח בפועל). הסעד מייצג את ערך ההגנה **רווחה הכלכלית** של הפרט. בניגוד לרווח, הסעד מגן פחות על השליטה של הפרט בנכסיו, שכן תתכן נטילה כדאית לזוכה.

**דמי נזק-** חיוב בתשלום **הנזק** שנגרם בפועל למזכה עקב הנטילה, ולא שווי השוק של המשאב שנטל או על הרווח שהפיק ממנו. **לא** יינתן פיצוי על עצם הפלישה או **נזק היפותטי**- רווח פוטנציאלי שבעל הנכס היה עשוי להפיק אך לא הייתה וודאות להכנסה.  **נזק מתקיים** כשהנטילה הורידה את שווי המשאב או בשל רווחים שאבדו- כשהפלישה הסיטה קבלת רווחים מצדדים שלישיים, או אם הזוכה עצמו היה יכול ומעוניין להשתמש בנכס להפקת רווחים. **למעט** מצבים בהם לא היה מסוגל או מעוניין המזכה להפיק מנכסיו רווחים, אזי הנזק יוגדר כנזק היפותטי. הסעד מייצג ערך של **אלטרואיזם ממוסד**, זהו משטר שכופה על האינדיוואל מידה מסוימת של שיתוף בנכסיו עם קהילתו. האלטרואיזם בסעד זה לא עולה כדי הקרבה עצמית והמזכה אינו נדרש לשאת בנזק.

**התוכנית החלוקתית של המורשת היהודית** מקיימת איזון בין עצמאות לקהילתיות. מחד, היהדות מקדשת את רווחת וחירות היחיד- שכן כל אדם כשלעצמו בצלם. מנגד, היהדות רואה באדם כחלק בלתי נפרד מהקהילה, מאחר חיי הקהילה חיוניים לו. לן גודמן טוען שהתורה חותרת לכינונה של קהילה מוסרית, מעבר לחברה אזרחית, כשהכלל "ואהבת לרעך כמוך" מהווה עקרון יסודי בה. גישתה של היהדות לזכויות אינה נשענת על תבנית מערבית של זכויות חזקות אך מוגבלות, אלא על זכויות יחסיות. דואליות זו ניכרת בתפיסת הקניין היהודית- לפיה כל הקניין שייך לבורא, לכן בעל הקניין נאמן לאל בלבד, ולא בעל זכות מוחלטת בו. לכן, לבעלי הרכוש האחריות לחלוק נכסיהם עם הנזקקים בקהילה ובפרט הנזקקים. החלוקה מתבצעת דרך דיני הקניין ו**צדקה-** הנתפסת כחובה משפטית ולא כמעשה חסד. נקודת המוצא של תוכנית החלוקה הינה לאפשר סיפוק צרכים חיוניים גם לנזקקים, ולא בהשגת שוויון מוחלט. היהדות אינה דורשת הקרבה עצמית מוחלטת – החובה למתן צדקה מוגבלת לאמצעיו של הנותן, ונקבע איסור על נדיבות-יתר שתפגע בפרט.

סוגיית "**זה נהנה וזה לא חסר**"- מתארת מצב בו אדם נהנה ממשאב חברו ללא רשותו, מבלי לגרום לחברו נזק ממשי.במצב זה, **כלל הפטור** במשפט העברי מונע היווצרות חובת ההשבה לטובת המזכה בהינתן ולא מתקיימים הסייגים לכלל. דוקטרינת "**כופין עליו מידת סדום**" הינה העוגן העקרוני לכלל הפטור- על האדם לאפשר לאחרים ליהנות מזכויותיו, כאשר לא נגרם לו הפסד בשל השימוש, בעוד שהאחרים שעשויים להפיק מכך רווח או למנוע הפסד. עקרון זה נועד למנוע ניצול אנוכי של הקניין, ומאפשר אף לכפות על המזכה **שיתוף בנכסיו** .

**על אף חשיבות ערך הקהילתיות, ישנם סייגים לכלל הפטור**:

א. **נגרם למזכה נזק ממשי**, אפילו מועט. נזק ממשי- הפחתה בערך המשאב הנפלש או מניעת רווח צפוי. אובדן העסקה ההיפותטית עם הפולש- אינה נזק ממשי. בהתקיים הסייג, יחויב הזוכה בהשבה **מלאה-** לא רק על מידת הנזק אלא על כלל ההנאה.

ב. **המזכה הביע התנגדות** לשימוש הפולש. הסייג מגן על שליטת המזכה במשאב ועל חירותו, שכן לא ייתכן כי זרים יתעלמו לגמרי מרצונותיו הגלויים. בהתקיים הסייג, חב הפולש במלוא מניעת הרווח, לרבות רווח היפותטי- קרי, רווח לא ודאי.

ג. **הזוכה הפיק רווחים חיוביים ממשיים** מהמשאב, מהטעם שרווח כספי חיובי משמש כראיה לכך שהשימוש לא נעשה מתוך מצוקה, ולא חל העוגן העקרוני. בנוסף, אם **באמצעות השימוש נמנעו מהזוכה הפסדים ודאיים**- תקום חובת בהשבה, כיוון שהפסד המזכה במצב זה אינו היפותטי, אלא ממשי. תחת הסייג, חובת ההשבה קמה אפילו בלי נזק למזכה.

ד. הזוכה **הביע נכונות לשלם.** בהתקיים הסייג, יחויב הזוכה להשיב את הסכום שהתכוון לשלם. מהטעם שבמקרה זה, סביר שהשימוש אינו נבע ממצוקה.

**פרשנות בהמ"ש העליון לחובת ההשבה מכוח חוק עשיית עושר (להלן- החוק)-**

**ש.ג.מ. חניונים-** לפי השופט אור, עילת ההשבה קמה כשהנתבע "התעשר" על ידי שימוש ברכושו של אחר ללא הסכמתו, ולא בשל הנזק הנגרם לבעלים, ואף שלא נגרם נזק ממשי לתובע. זאת, בניגוד לדיני הנזיקין, שהוכחת הנזק הינה תנאי יסודי להם. סעיף 2 לחוק עשיית עושר, מסמיך את בית המשפט לפטור את הזוכה מחובת ההשבה או להפחית ממנה לפי שיקול דעתו, כאשר לא נגרם נזק כלכלי לתובע. השופט אמנם מציין כי מקור ההשראה לס' הינו המשפט העברי, אך בפועל אינו מאמץגישת כלל הפטור. הוא פועל כך, לשם יצירת נתיב עוקף לדיני הנזקין ודינים נוספים, שיאפשר תביעה כנגד התעשרות לא כדין שלא גרמה נזק לבעלים.

**כהן נ' שמש**- לפי השופט מצא, מלשון ס' 2 לחוק **עולה נסיבה אחת מפורשת** למתן הפטור– חסרון המזכה, בהשראת הדין העברי בסוגיית **-"נהנה וזה אינו חסר"**. ישנן שלוש הבחנות מרכזיות בגישות המשפט העברי לדין הישראלי באשר לסוגייה: **ראשית,** בדין העברי, עצם נזקו של התובע הוא שמגבש את עילת השבה. מנגד, לפי ס' 1 לחוק, מתגבשת עילת השבה עקב התעשרות הבלתי מוצדק של הנתבע, ולא נזקו של התובע. **שנית,** מבחינה מהותית, במשפט העברי משמעות הפטור הינה אי היווצרותה של חובת השבה מלכתחילה. בדין הישראלי, ס' 2 לחוק יופעל רק לאחר הוכחת עילת ההשבה. **שלישית,** במשפט העברי, על הנתבע להוכיח רק כי זכייתו לא הייתה כרוכה בחסרונו של המזכה והעדר התקיימות הסייגים. מנגד, בדין הישראלי הפטור מהשבה איננו אוטומטי, ונתון תמיד לשק"ד בהמ"ש. במסגרת ס' 2**,** רשאי בהמ"ש אף בנסיבות אחרות בהן נגרם נזק למזכה. את הכללים המנחים למתן פטור יגבש בהמ"ש באמצעות הפעלת שיקול דעת, המבוסס על עקרונות הצדק, ומיושם באופן גמיש מול נסיבות המקרה הקונקרטי. אם כן, בדין הישראלי, מקור הפטור רחב יותר מעילת חסרון המזכה, והיקפו גמיש יותר, אך מנגד אינו מוחלט. ס' 3 קובע את זכות הנתבע להחזר הוצאות שהוציא באופן סביר להשגת הזכייה, ומעניק לזוכה זכות צרה שמימושה אינו מותנה בשק"ד בהמ"ש.

**פרשנות החוק לאור המשפט העברי-** פרשנות 'נזק' למזכה לצרכי ס'1 לא תכלול את אבדן העסקה ההיפותטית עם הפולש. "הזכות לפטור" שבס' 2תינתן בשל חסרון המזכה ובהעדר התקיימותם של ארבעת סייגי כלל הפטור. סוג הסעד ייקבע בהתאם לסייג החל, בהמ"ש יתחשב בנסיבות כגון מצוקתו של הזוכה, האם השימוש נועד לספק צרכים חיוניים, טיבה של ההתנגדות המזכה לשימוש בנכס. פרשנות זו תבטא את הגישה החלוקתית של המשפט העברי, המבקש לאזן בין שמירה על זכויות הקניין של היחיד לבין התחשבות בצורכי הזולת.

**לדעת דגן,** להכרה במעמדו הנורמטיבי של משפט העברי ועקרונותיו השלכות ערכיות שעשויות להשפיע על אופי החברה. בימינו, לאור המחלוקת התורת משפטית לגבי מעמדו הנורמטיבי של המשפט העברי, רוב הקהיליה המשפטית מעדיפה לפנות אל המשפט האנגלי, או למשפט האמריקני. לפי הכותב, קיימת דינמיקה בין משפט לחברה. המשפט **משקף** את האתוס החברתי, שכן הוא מעוצב בידי החברה באמצעות המחוקק והפסיקה. ומנגד, המשפט הציבורי והפרטי מכווין התנהגות, ו**מעצב** את ערכי החברה.לאור דינמיקה זו, דחיקת המשפט העברי לשוליים והעדפת המשפט האנגלו-אמריקאי עלולה לנווט את האתוס הסוציאלי של החברה הישראלית לכיוון ליברלי-מערבי, ולהרחיק אותו מהמורשת הקהילתית שמציעה היהדות. על המשפטן הישראלי להכיר את המשפט העברי, ולראות בו כשיטת משפט נוספת ושוות ערך להשוואה והשראה. כך, מעצבי המשפט יוכלו לבחור בין אלטרנטיבות משפטיות בעלות אתוסים נגדיים. דיני עשיית עושר מובאים כמקרה בוחן בו פרשנות החוק לאור המשפט העברי עשויה להביא לאיזון בין זכויות הפרט לאחריות קהילתית, לעומת פרשנות ברוח המשפט האנגלו-אמריקאי המעדיף את זכויות הפרט. **תרומתו של המשפט העברי** כמקור השראה משפטי נוסףעשויה לבנות בישראל זהות **משפטית וחברתית** ייחודית המשקפת גישה מאוזנת בין פרט, קהילה וגם את ערכי המורשת היהודית.

**ציון: 100**

**יפה מאוד**