

הפקת טובת הנאה שאין לכפור בה כתוצאה מהתערבות הזולת

עיון משווה בסוגיית 'היורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות'

ארני ווינריב*

א. מבוא; ב. אמות המידה לשיפוי; ג. 'טובת הנאה שאין לכפור בה'
(Uncontrovertible Benefit); ד. נפילתה ועלייתה של דוקטרינת
'טובת הנאה שאין לכפור בה'; ה. שתי משמעויות למושג 'טובת
הנאה שאין לכפור בה'; ו. סיכום.

א. מבוא

בתלמוד הבבלי מסופר על אדם שנכנס לשדהו של אדם אחר, ושתל שם עצים
בלא רשותו. בעקבות המקרה התעוררה השאלה: האם, על-פי המשפט העברי,
אחראי הבעלים לעלייה בערך רכושו, למרות שהשתילה נעשתה ללא הזמנתו?
המקרה הובא להכרעה בפני האמורא רב. השתלשלות הסיפור מובאת בתלמוד:

דההוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה: זיל שום ליה. אמר ליה: לא בעינא.
אמר ליה: זיל שום ליה, וידו על התחונה. אמר ליה: לא בעינא. לסוף
חזייה דגדרה וקא מנטר לה. אמר ליה: גלית אדעתך דניחא לך – זיל
שום ליה וידו על העליונה.¹

* המאמר הוצג בסדנה למשפט עברי בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. תודות
למשתתפי הסמינר על ההערות וההתייחסות למאמר. גרסה קודמת של המאמר פורסמה כ:
Ernest J. Weinrib, *Planting Another's Field: Unrequested Improvements Under
Jewish Law*, in UNDERSTANDING UNJUST ENRICHMENT 221-246 (Jason W.
Neyers, Mitchell McInnes and Stephen P. A. Pitel eds., 2004). תרגום ועריכת
המאמר: יונתן בן-דוד ואריה אדרעי.

1 בבלי, בבא מציעא קא, ע"א. תרגום: אדם אחד בא לפני רב [=וטען שחברו נטע אילנות
בשדהו], אמר לו [=רב] 'לך והערך' [=כמה מגיע לו], אמר לו [=בעל השדה לרב]: איני

מקרה עתיק זה מאגד בתוכו מספר מרכיבים, ואלה מוכרים למשפטן בן זמננו הלומד דיני עשיית עושר ולא במשפט. מחד גיסא ניצב המשביח, הדורש שיפוי עבור הרווח שהתקבל מן העצים ששתל, למרות שרווח זה הופק ללא בקשת הבעלים. מאידך גיסא ניצב בעל השדה, החוזר וטוען כי אין הוא מעוניין כלל ברווח זה (טיעון המטרים את הרעיון המודרני של תת הערכה סובייקטיבית).² רב, בבואו להכריע בוויכוח, קבע מספר אמות מידה אפשריות לתשלום. אולם רק כאשר התברר מהתנהגות הבעלים כי הינו שבע רצון מן העצים הנטועים, פסק רב באופן נחרץ וחד משמעי שעל הבעלים לשלם. ברקע הדיון נמצא המתח המוכר בין חירותו של הבעלים לקבוע מה ייעשה ברכושו ובין מניעת השבחת הרכושו והתעשרות על חשבון המשביח.

אופן הטיפול של רב במקרה נטיעת העצים מייצג את אחת מאבני היסוד בגישת המשפט העברי כלפי השבחה שלא מדעת. במאמר זה ארצה לבחון את השפעת מקרה זה על הדיון התלמודי בסוגיית השבחה שלא מדעת, את הקשרו לעולם החוקים שבתוכו התרחש ואת השפעת הפרשנויות השונות שהוצעו לו על המשפט העברי. בנוסף ארצה לדון, באופן כללי יותר וברמה המושגית, באפשרויות המתייחסות לסוגיית השבחה שלא מדעת והמשתקפות מסיפור זה ומן הדוקטרינות הקשורות בו.³

את עיקר תשומת הלב אפנה ליחסי הגומלין שבין שני גורמים. מהצד האחד, תביעתו של המשביח לפיצוי על הרווח שהעניק לבעלים, ומהצד השני, חוסר מחויבות הבעלים לשלם עבור השבחה שאינו חפץ בה. במבט ראשון, עמדתו של כל אחד מהצדדים נראית משכנעת, לפחות מנקודת מבטו. מחד, המשביח השקיע עבודה וכסף במתן רווח לבעלים, רווח ממנו הבעלים ממשך ליהנות. לכן, מנקודת מבטו של המשביח, ניתן לומר כי הבעלים התעשר על חשבוננו וכי לכן הוא מחויב לפצות את המשביח. מאידך, הבעלים לא נתן את

רוצה [=באילנות הללו], אמר לו: 'לך והערך, וידו על התחוננה', אמר לו [=בעל השדה לרב]: איני רוצה [=באילנות הללו]. לבסוף ראה רב שהוא גדר אותם ושמר עליהם, אמר לו: גילית דעתך שנוח לך בהם, לך שלם לו, וידו על העליונה.

PETER BIRKS, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION 109-116 (1985). 2

לניתוח המקרה מזווית כלכלית, בטענה שהמשפט העברי פועל משיקולי יעילות, ראו: AARON LEVINE, FREE ENTERPRISE AND JEWISH LAW: ASPECTS OF JEWISH BUSINESS ETHICS 78-83 (1980). ראו גם: איתמר ורהפטיג, "היורד לשדו חברו שלא ברשות" שנתון המשפט העברי יג 65 (תשנ"ו).

הסכמתו לעניין ההשבחה. לכן, מנקודת מבטו של הבעלים, ניתן לפוטרו מכל מחויבות כלפי ההשבחה שנעשתה. במקרה שהובא בפני רב, טענתו החוזרת של הבעלים כי אינו מעוניין בעצים מבטאת נקודה זו היטב.

שיטות מתוחכמות של משפט פרטי מיישבות בין נקודות מבט חד-צדדיות כאלה באמצעות פנייה אל יחסי הגומלין המשותפים לשתי העמדות. משום שהאחריות של נתבע מסוים היא תמיד כלפי תובע מסוים, לא יכולה העמדה המשפטית כלפי צד אחד להידון במנותק מן הצד האחר. נקודת מבט יחידה בוויכוח אינה יכולה להגדיר באופן בלעדי את מערכת היחסים במלואה, ולפיכך אף אחד מן הצדדים אינו זכאי לבלעדיות של נקודת מבטו. נתינת עדיפות חוקית לנקודת מבט אחת על ידי העדפת אחד הצדדים בוויכוח משמעותה שיעבוד של הצד השני באופן לא הוגן. בהתאם לכך, מטרתו של המשפט היא לפתח דוקטרינה משפטית אשר תשקף את אופייה היחסי של האחריות.

התיאור המוקדם ביותר של תפיסת אחריות יחסית זו מצוי בדבריו של אריסטו על עקרון הצדק המתקן.⁴ אריסטו ציין שכאשר סכסוך משפטי הנוגע למשפט הפרטי מוכרע בבית הדין, השופט, בהעניקו תרופה לתובע, מתקן חוסר צדק שנעשה. תרופה זו פועלת בו זמנית על שני הצדדים, משום שהיא מתקנת את העוול שנגרם לתובע על ידי הנתבע. מכאן הסיק אריסטו שפעילות במסגרת המשפט הפרטי משקפת תפיסה ייחודית של צדק. על פי תפיסה זו יש להתייחס לצדדים באופן הדדי, אל צד אחד כגורם העוול שנעשה, ואל הצד השני כסובל ממנו. תפיסה זו עומדת ביסוד המשפט הפרטי ומפעילה אותו. רק מתוך תפיסה זו של הדדיות יכולה התרופה להוות תגובה הולמת לחוסר הצדק שאותו בא החוק לתקן.

עקרון הצדק המתקן הינו רעיון תיאורטי המסביר את מידת ההוגנות והעקביות של מערכות היחסים במשפט הפרטי. הוא אינו מושג הנדרש באופן מפורש ליצירת דוקטרינה משפטית. אולם, מערכת מתוחכמת של משפט פרטי שואפת לטפל באופן עקבי במקרים של חוסר צדק ולשפוט באופן הוגן את

4 אריסטו אתיקה מהדורת ניקומכוס ספר חמישי פרק ד 118 (מהדורה עברית בתרגום יוסף ג. ליבס, שוקן, תשמ"ה). על צדק מתקן ראו: ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 56-83 (1995); Ernest Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 349 (2002).

שני הצדדים. לכן בל נתמה אם עקרון הצדק המתקן עוזר להבהיר את הדוקטרינה המשפטית של שיטת משפט נתונה.

עקרון הצדק המתקן מהווה גם מסגרת לבחינה משווה של דוקטרינה משפטית אל מול מערכות משפטיות שונות. מומחים למשפט משווה חלוקים בשאלה האם יש להתמקד בדמיון בין מערכות משפט שונות או בשוני ביניהן.⁵ עקרון הצדק המתקן מאפשר הכלה הן של הדמיון והן של השוני שבין מערכות המשפט. מהצד הרומה, הוא מדגיש את קיומה של הדדיות בבסיס יחסי הגומלין של הצדדים. בכך מתאפשרת הבנה לעומק של מאפייני הדוקטרינה המשפטית, ככל שהיא הוגנת ועקבית. מהצד השונה, הוא מכיר במגוון הדרכים בהן מערכות משפטיות שונות בונות ומממשות מערכות יחסי גומלין הדדיות.⁶ כרעיון תיאורטי, עקרון הצדק המתקן מסייע לנו להכווין את עצמנו בתוך המרחב הרעיוני של דוקטרינה משפטית עקבית והוגנת. בכך הוא מתריע על קיומם של שיקולים כאלה שאינם הולמים מערכת יחסי גומלין של משפט פרטי, משום שהם מובנים באופן כזה שאינם מתאים לעקרון ההדדיות שבמשפט הפרטי. אולם עקרון הצדק המתקן אינו מהווה תחליף לתפקידן של מערכות המשפט בפיתוח הדוקטרינות המובנות לאורו. כך מתאפשר למומחים למשפט משווה לבחון את הדרכים השונות בהן מערכות משפטיות שונות מיישמות, במסגרת הדוקטרינה המשפטית שלהן, את הדרישות הנובעות ממסגרת מושגית משותפת.

ניתן להבחין במסגרת הרעיונית של הצדק המתקן מתוך התייחסותו של המשפט המקובל לאחריות בתחום עשיית עושר ולא במשפט.⁷ המשפט המקובל מחייב אדם ש'התעשר על חשבוננו של אדם אחר באופן בלתי הוגן',⁸ בשיפוי חברו. ההתאמה ההדדית הנובעת מניסוח זה פועלת בשני שלבים. השלב הראשון מגדיר את העסקה כהתעשרות שבאה על חשבוננו של מישהו

Daniel Visser, *Unjustified Enrichment in Comparative Perspective*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW (Matthias Reimann and Reinhold Zimmermann ed., 2007). 5

WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW, *supra* n. 4, 222-229. 6

Ernest J. Weinrib, *The Normative Structure of Unjust Enrichment*, in STRUCTURE AND JUSTIFICATION IN PRIVATE LAW – ESSAYS FOR PETER BIRKS (Charles E. F. Rickett and Ross B. Grantham eds., 2008). 7

RESTATEMENT OF RESTITUTION (1937) s. 1. 8

אחר. השלב השני, המיוצג על ידי המינוח 'בלתי הוגן', מתייחס לשיקולים המחייבים שיפוי על אותה התעשרות. שני השלבים מגלמים את ההתאמה ההדרגתית באופן הבא:

בשלב הראשון, הדרישה היא כי התעשרותו של הנתבע תהייה על חשבוננו של התובע. דרישה זו קושרת את הצדדים זה לזה באמצעות הגדרת העסקה כהעברת ערך מן התובע לנתבע. מושג ההעברה מאפשר אפיון מיקומם של הצדדים ביחס לערך שהועבר: הצד האחד בעמדה של מעביר הערך, והצד האחר בעמדה של האדם אליו מועבר הערך, ובכך הוא קושר ביניהם קשר הדדי. האחריות מבטלת את ההעברה באמצעות חיובו של הנתבע להשיב את הערך לתובע. ההעברה תוחמת את מערכת היחסים המשפטית בין שני הצדדים. היא עושה זאת על ידי כינון קשר של ערך המועבר והמתקבל בין הצדדים.

הדרישה של העברת הערך היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, ליצירת אחריות. לכן, בשלב שני יש לבחון האם החזקתו של הערך בידי האדם אליו מועבר הערך הינה בלתי-הוגנת. ההתייחסות כאן איננה למושג אי-צדק באופן כללי, אלא לאי-צדק ספציפי הנובע מהעברה של ערך מסוים, כלומר, למידת הרצון וההסכמה בה הועבר והתקבל הערך הנדון. בתחום עשיית עושר ולא במשפט, הצדק או העדר הצדק הוא תוצאה של בחינת יחסם של הצדדים לעובדה שההעברה נעשתה ללא תמורה. בהתאם לכך, בבואנו לקבוע האם העברה היא בלתי הוגנת, עלינו להתייחס לשתי שאלות הקשורות למידת ההוגנות של ההעברה. השאלה הראשונה היא האם המעביר התכוון להעניק את הערך ללא כל תמורה. אם אכן המעביר התכוון לתת במתנה הרי שבעצם ההעברה הושג צדק. לא ניתן לדרוש השבת הערך בתואנה שערך זה ניתן שלא כהוגן ושהוא מוחזק ברשותו של האחר שלא בצדק, כיון שהערך הועבר לידי האחר מרצונו של המעביר. לעומת זאת, אם המעביר לא התכוון לתת את הערך ללא תמורה, מתעוררת שאלה נוספת: האם האדם אליו הועבר הערך קיבל אותו שלא כמתנת חינם? תשובה חיובית לשאלה זו משמעה שיש לשלם על הערך, משום שהאדם שקיבל את הערך אינו יכול להרוויח ללא תמורה מן הערך שאותו קיבל ככזה המחייב תמורה. מכאן שהחקירה לגבי מידת הצדק שבהתעשרות מתמקדת בבדיקת עמדת הצדדים בשאלה מה הועבר שלא מתוך כוונה שיהיה מתנת חינם.

עד כה עסקנו בעשיית עושר ולא במשפט מנקודת מבט מופשטת יחסית שנגעה בהעברה, בקבלה ובכוונה שנלוותה להם: כוונה לתרומה או כוונה לתמורה. מושגים אלה מרכיבים את הטיפול בשאלת האחריות בנושא עשיית עושר ולא במשפט. מכיוון שמושגים אלה מבטאים את עקרון ההדדיות בנושא זה, הם מציינים את בסיס האחריות שעליו הצבענו כהמחשה של עקרון הצדק המתקן. בשל כך, הם מבטאים את עקרון הצדק המתקן כמסגרת התיאורטית אשר על פיה ניתן לדון בעשיית עושר.

אולם, כמערכת המתפקדת בפועל, על חוק עשיית עושר ולא במשפט להציג את הבסיס הזה באופן ספציפי ומוחשי יותר. מה נחשב כהעברת ערך? על בסיס מה עלינו לקבוע את כוונתו של מעביר הערך? באלו נסיבות עלינו לייחס לאדם שאליו הועבר הערך את קבלת הערך? מערכות משפט שונות מתייחסות לשאלות אלו בצורות שונות. מכאן ייתכן שהמשפט המקובל והמשפט העברי יתייחסו לנושא השבחה שלא מדעת באופן שונה. אולם, למרות חוסר קיומו של קשר היסטורי בין מערכות המשפט הללו, ייתכן ששתיהן יחלקו ביניהן בסיס דומה במהותו שיתיישב עם עקרון הצדק המתקן. דמיון כזה ישקף, לכל היותר, את שאיפת שתי המערכות להוגנות ולעקביות בבניית מערכות המשפט הפרטי שלהן.

בעיסוקן בסוגיית השבחה שלא מדעת מתייחס המשפט העברי בתשומת לב רבה לקבלת ההתעשרות. אכן, כפי שארצה להראות, ההתפתחות שחלה במשפט העברי ביחסו להשבחה שלא מדעת מקבילה להתפתחויות שחלו בו בהתייחסותו למושג הקבלה. באופן כללי ניתן לומר כי אדם הבקי במשפט המקובל ימצא בשני נושאים אלה, כפי שהם נתפסים במשפט העברי, צדדי דמיון רבים. המשפט המקובל משתמש בשתי משמעויות של קבלה: על-פי האחת, ניתן לייחס קבלה של רווח לאדם כלשהו מכיוון שהמקבל פעל בדרך כלשהי המביעה קבלה (למשל, הסכמה בשתיקה). על-פי האחרת, בהינתן תוכניותיו ופעילויותיו של המקבל, אין סיבה להניח כי לא ירצה ברווח (במקרה של טובת הנאה שאין לכפור בה). מקבילות לשתי המשמעויות הללו ניתן למצוא במשפט העברי. לדוגמה, במקרה נטיעת העצים הנזכר לעיל, הקמת הגדר והשמירה פורשו על ידי רב כמעשים המעידים על קבלה. זאת למרות שהבעלים הכחיש כי הוא חפץ בעצים. יתר על כן, הדיון התלמודי יצר

קונספציות שונות וחדשות של מושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה'.
הקונספציות הללו הן נושא המאמר.

המאמר בנוי באופן הבא: לאחר הקדמה זו, החלק השני מציג את אמות המידה השונות לשיפוי ('ידו על העליונה' ו'ידו על התחתונה'). אמות מידה אלו נקבעות על פי הפרשנויות השונות שניתנו למקרה של רב, מקרה המובא בתלמוד. אמות מידה אלו קשורות בהתאמתה של הקרקע לפעולותיו של המשביח. לאחר מכן, כפי שמתווה החלק השלישי, מושג ההתאמה של הקרקע מהווה את הבסיס של המשפט העברי לדיון במה שייקרא מאוחר יותר במשפט המקובל 'טובת הנאה שאין לכפור בה' (Uncontrovertible Benefit). הרעיון המרכזי הוא שניתן לחייב את הבעלים של שדה המתאים לגידול עצים לשלם עבורם על פי אמת המידה הגבוהה, כיוון שלא ייתכן כי בעל השדה יתנגד להבאת שדהו לידי מיצויו האופטימאלי. קבלת רעיון זה מותנית בהעמדת המקרה של רב במצב בו השדה אינו מתאים לגידול עצים. חלקו הרביעי של המאמר מתאר את דחיית אפשרות הפירוש המוצעת בחלק השלישי. הפירוש נדחה לטובת נקודת מוצא הגורסת שלבעלים שמורה הזכות לדחות את ההשבחה ללא קשר למצבו של השדה. אף על פי כן, במקביל לדחיית הפירוש, הועלה בסיס אחר לפירוש המושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה'. הפרשנים האחרונים שאבו מבסיס זה שתי תפיסות שונות של התנאים, ועל פי שתיהן הבעלים אינו יכול להתנגד להשבחה. תפיסות אלה מתוארות בחלק החמישי. לבסוף, בחלק השישי מוצעות מספר אבחנות משוות בנושא גישת המשפט העברי לנושא ההשבחה שלא מדעת.

ב. אמות המידה לשיפוי

המקרה של רב אותו ראינו לעיל מובא כחלק מסוגיה תלמודית קצרה העוסקת בדיני השבחה שלא מדעת. הסוגיה דנה בשני מקרים בהם המשביח הביא רווח לבעלים מבלי לקבל את רשותו. במקרה הראשון, המשביח נטע עצים בשדה השייך לאדם אחר, והתלמוד דן בגובה התשלום שעל הבעלים לשלם עבור ההשבחה. במקרה השני, המשביח תיקן מבנה רעוע השייך לאדם אחר, והתלמוד דן בזכותו של המשביח לקחת חזרה את חומרי הבניה. המקרה של רב מופיע בחלקו האחרון של הדיון במקרה הראשון.

מסקנת התלמוד במקרה הראשון היא כי אמת המידה לשיפוי בגין ההשבחה תלויה בשאלה האם מדובר ב'שדה העשויה ליטע'.⁹ המשביח זכאי לשיפוי על פי אמת מידה גבוהה כאשר מדובר ב'שדה העשויה ליטע', כלומר בשדה שגידול עצים בו הוא רווחי יותר מאשר גידול היבול שהיה בו קודם לפעולת המשביח. רב קבע שתי דרגות של שיפוי המשביח והגדיר אותן כמושגים 'ידו על העליונה' ו'ידו על התחתונה'.¹⁰ במהלך הדורות נחלקו הפרשנים השונים לגבי המשמעות המדויקת של מושגים אלו.

הפרשנות הרווחת בימי הביניים הייתה כזו:¹¹ הנוהג המקובל היה שאדם שהועסק בנטיעת עצים בשדהו של אדם אחר קיבל בתמורה לעבודתו חלק מסוים מתפוקת השדה שנכעה מעבודתו; גובה החלק היה תלוי במנהגים מקומיים. כאשר אדם נטע עצים שלא מדעת הבעלים, נקבע שיש לשלם לו עבור עבודתו במקרה שהשדה התאים לנטיעת עצים, וזאת אף על פי שכרו שהנוטע לא הועסק על ידי הבעלים. תשלומו יהיה הגבוה מבין השניים: הוצאותיו על העבודה, או חלקו בתפוקת השדה, כמקובל במקרה של אדם שהועסק בנטיעה. כלל זה ביטא את היות ידו של המשביח על העליונה.

כלל זה, האמור בשדה המתאים לנטיעת עצים, נקבע משום שבאמצעות נטיעת העצים הובא השדה לידי מיצויו האופטימאלי. ניתן לומר שהמשביח עשה את מה שבכל מקרה היה בעל השדה עושה, ולפיכך ניתן להתייחס לעבודתו של המשביח כאילו נעשתה מרצון הבעלים. על מנת לחשב את

9 בבלי, בבא מציעא קא, ע"א.

10 שם.

11 רש"י, בבא מציעא קא, ע"א, ד"ה 'גילית אדעתך דניחא לך'; רמב"ן, מלחמות ה' על בבא מציעא קא, ע"א; רא"ש, בבא מציעא פרק ח, יב. עמדה זו הובאה גם על ידי הרשב"א, אף שחלק עליה, ראו: חידושי הרשב"א על בבא מציעא קא, ע"א (מובא להלן בהערה 18). הרב יהושע בן אלכסנדר הכהן פלק, ספר מאירת עיניים, סמ"ע על שו"ע חו"מ, סימן שעה, סעיף ז, סיכם תפיסה זו באופן הבא: "שמין לו וידו על העליונה: ודע דלדעת רש"י והרא"ש בכל מקום שידו על העליונה, אם השבח יותר על ההוצאה – נוטל בשבח כשאר שתלי העיר, ואם ההוצאה יתירה על השבח – נוטל כל ההוצאה אף-על-פי דלא נהנה כלום". מחלוקות רבות עלו בנוגע לגישה זו ולגישות הדומות לה. ההבדל שבין תפיסות אלו ובין תפיסת מיעוט הפרשנים המוצגת להלן בהערה 20, היא שתפיסות אלו מערבות השוואה בין הוצאות המשביח ובין ההשבחה שבאה בעקבות עבודתו. למיון ולהשוואה בין העמדות השונות ראו: אנציקלופדיה תלמודית, כרך כג, ערך 'היורד לנכסי חברו שלא מדעתו', פרק ב, עמ' תכא (תשנ"ז).

השיפוי שהמשיבית זכאי לו 'אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה'.¹² מניחים כי בעל השדה היה רוצה להקצות למשיבית את חלקו בתפוקת השדה כפי שמקובל במקומם. יתרה מכך, אם הוצאותיו של המשיבית עלו על חלקו הצפוי בתפוקת השדה, על בעל השדה לשפותו בסכום הוצאותיו, שאם לא כן השדה לא היה מגיע כלל למצב של שדה נטוע, מכיוון שהמשיבית לא היה מוכן לעבוד במחיר הפסד.¹³ מכאן, שאם מייחסים לבעל השדה רצון להשבחת שדהו, המשיבית יהיה זכאי לגבוה מבין השניים: תפוקת השדה בעקבות נטיעת העצים, או הוצאותיו על העבודה.

אם השדה אינו מתאים לנטיעת עצים, הדין הוא שונה. למרות שבעל השדה הרוויח, העצים אינם מהווים שימוש אופטימאלי בשדה, ולפיכך לא ניתן להתייחס לבעל השדה כאל מי שמעוניין בעצים. כל שנשאר הוא הרווח עצמו, המוערך על-פי הסכום הקטן מבין השניים: הוצאותיו של המשיבית על השבחת השדה או השבחת השדה בפועל. מחד גיסא, אכן הערך המועבר מן המשיבית לבעל השדה הוא ערך המאמצים שהושקעו בהשבחת השדה. אך מאידך גיסא, לא הוצאותיו של המשיבית הן שהעשירו את בעל השדה, אלא תרומתו של המשיבית לתפוקת השדה בפועל. לו יכול היה המשיבית לדרוש שיפוי גם עבור הוצאות הגבוהות מן התפוקה אליה הגיע השדה בעקבות עבודתו, משמעות הדבר הייתה שהוא רושש את בעל השדה, ולא העשירו. לפיכך, הערכת התפוקה מן השדה כתוצאה מעבודתו של המשיבית מהווה מחסום עליון בחישוב הרווח בו זכה בעל השדה. אכן, הפירוש הקלאסי לכך שידו של המשיבית 'על התחתונה' הוא "אם השבח יתר על ההוצאה – יש לו הוצאה; ואם הוצאה יתרה על השבח – אין לו אלא שבח".¹⁴

הערכת ההשבחה באמצעות מבחן העלייה בתפוקה אינה רלוונטית בנכסים שאינם חקלאיים, כגון מבנים. במקרים אלו נעשה אומדן ההשוואה בין הוצאות המשיבית על העבודה ובין הערכת ההשבחה שבאה בעקבות עבודתו של המשיבית באופן שונה מעט. משיבית שידו הייתה על התחתונה

12 דברי האמורא שמואל בכבלי, בבא מציעא קא, ע"א.

13 הסמ"ע על שו"ע חו"מ (לעיל הערה 11), מציינ לגבי קביעתו של רב כי ידו של המשיבית על העליונה: "אמרינן: אילו לא נטעה – היה הוא בעצמו [הבעלים] נטעה והוציא עליה הוצאה כזו".

14 רש"י, בבא מציעא קא, ע"א, ד"ה ידו על התחתונה.

קיבל את הערך הפחות מבין השניים: הוצאותיו על העבודה או עליית ערך הנכס.¹⁵ לעומתו, משביח שידו הייתה על העליונה היה זכאי לסכום הכסף שבעל הנכס היה מוכן לשלם עבור העבודה, גם אם סכום זה עלה על העלייה בערך הנכס שחלה בעקבות העבודה. ההבדל בין אמות המידה השונות לשיפוי המשביח הוא קיומו של גבול עליון לשיפוי עבור משביח שידו על התחתונה, גבול שנקבע על פי הערכת ההשבחה. לעומתו, משביח שידו הייתה על העליונה היה זכאי לשיפוי השווה להוצאותיו ללא הגבלה.¹⁶

הניגוד בין המצב בו ידו של המשביח 'על העליונה' ובין המצב בו ידו על התחתונה נובע מהבדל בעיקרון המנחה את אופן הערכת השיפוי. כאשר ידו של המשביח על העליונה השומה היא מעין-חוזית. מכיוון שהמשביח הביא את הקרקע לידי מיצוי אופטימאלי אנו מתייחסים לפעולתו כאל קיום רצון הבעלים. לכן, השומה מבוססת על הערכת התשלום שבעל הקרקע היה מסכים לשלם עבור ההשבחה שבה הוא חפץ. בניגוד לכך, כאשר ידו של המשביח על התחתונה השומה נערכת בתורת שיפוי. רצונו של בעל השדה כלפי העצים איננו מחוור. אמנם הוא מרוויח מקיום העצים בשדה, אך נטיעת העצים אינה מהווה מיצוי אופטימאלי של השדה. הנקודה החשובה במצב זה היא ערך הרווח שהועבר לבעל השדה כתוצאה מעבודתו של המשביח, ולא הסכום שבעל השדה היה מוכן לשלם עבור ביצוע העבודה.

חלק מפרשני ימי הביניים ראו בפירוש המקובל ל'ידו על העליונה' פירוש שאיננו מתקבל, ללא קשר לשאלה מה היה גבוה יותר, הוצאות המשביח או החלק המקובל מתוך ההשבחה בתפוקת השדה בעקבות עבודתו.¹⁷ על פי העמדה המקובלת, אם החלק המגיע למשביח מתוך תפוקת השדה שבאה בעקבות עבודתו גדול מהוצאותיו, יש להתייחס אליו כאל אדם שהועסק בתשלום בנטיעת העצים, ולשפותו בהתאם. אולם, טוענים המתנגדים, בכך אנו מתייחסים לעבודתו של המשביח שנעשתה בלא הסכמה כאילו נעשתה בהסכמה. יתירה מכך, משביח שקיבל יותר מהוצאותיו, בעצם קיבל סכום

15 כלל דומה מוזכר על ידי המשפטן הרומאי צלוזוס, בטיפולו בנושא השבחה בהיסח הדעת, ראו: JUSTINIAN, DIGEST 6.1.38 (Celsus).

16 רי"ף, ספר ההלכות על בבא מציעא קא, ע"א; נימוקי יוסף על הרי"ף, שם.

17 הרז"ה, המאור הגדול על הרי"ף, על בבא מציעא קא, ע"א; חידושי הרשב"א על בבא מציעא קא, ע"א; ראו עוד: ר' יוסף קארו, בית יוסף, חו"מ, סימן שעה, סעיף ג.

הגבוה מן הרווח שהעביר לבעל השדה.¹⁸ מצד שני, טוענים המתנגדים, קביעת התשלום למשביח על פי הוצאותיו, אף אם אלו עלו על החלק המגיע לו על פי המקובל מתוך התוספת בתנובת השדה בעקבות עבודתו, משמעותה חיוב של בעל השדה לשלם יותר ממה שהרוויח בעקבות העבודה. לכן ניתן לשלם למשביח, על פי שיטה זו, לכל היותר את הוצאותיו עד לגובה שוויו של החלק מתוך העלייה בתפוקת השדה שנגרמה בעקבות עבודתו. הוצאות החורגות מהערכה זו דינן כהפסד שהסב המשביח לעצמו.¹⁹ במילים אחרות, השיפוי שנקבע למשביח על פי התפיסה המקובלת נעשה על פי אמת מידה של חוזה, למרות שזה אינו קיים. בנוסף, שיטה זו כשלה בהערכת הרווח לבעלים, למרות שרווח זה הוא הבסיס לטענת המשביח.

בגלל קשיים אלו בפירוש המקובל, הציעו אותם פרשנים ראייה אחרת לאמות המידה השונות 'ידו על העליונה' ו'ידו על התחתונה'. על פי גישה זו השאלה החשובה אינה ההשוואה בין ההוצאות ובין ההערכה של ההשבחה שהושגה, אלא הדרכים השונות בהן ניתן להעריך את הוצאותיו של המשביח.

ופירוש 'ידו על העליונה': כמעולה שבשכירות, כאדם שאומר לחברו: בנה לי קרקע זה או נטע לי שדה זה, שלא אצטרך אני לטרוח בה, דהא ודאי מהני ליה הנאה מעליה. ופירוש 'ידו על התחתונה': בפחות שבשכירות כמה שמזלזלין הפועלים הפחותים.²⁰

אנו משערים כי בעל שדה, שעבורו נטיעת העצים מהווה שימוש אופטימאלי בשדה, ירצה בביצוע העבודה כראוי. לצורך כך הוא יהיה מוכן להעסיק קבלן מוכשר יותר ולשלם עבור העבודה על פי אמת מידה גבוהה. הרווח של הבעלים מתבטא בכך שהוא אינו צריך להיות מעורב במהלך העבודה. בפרט

18 כפי שציין הרשב"א, חידושי הרשב"א על בבא מציעא קא, ע"א (לעיל הערה 11): "[על פי התפיסה המקובלת] היינו שנותן [=הבעלים] לו כשתלי העיר ומשמע אפילו יתר על ההוצאה, והוא מן התימה היאך יתן לו זה יתר על מה שהנהנו?" סביר להניח כי תפיסתו של הרשב"א היא שדרישת המשביח לשיפוי עבור עבודתו יכולה לכלול רק תשלום המכמת את עבודתו ומאמציו, ולא דרישה לחלק מן העלייה בתפוקת השדה שחלה בעקבות עבודתו. תפוקת השדה שייכת לבעלים, אלא אם כן הוא מחליט מדעתו לחלוק אותה עם אדם אחר.

19 הרז"ה, המאור הגדול על הרי"ף (לעיל הערה 17).

20 שם.

אין הוא צריך לדאוג לפועלים המתאימים לכל שלב בעבודה.²¹ בניגוד לכך, בעל שדה שעבורו נטיעת העצים אינה מהווה שימוש אופטימאלי בשדה יסתפק בביצוע העבודה במחיר מינימאלי ובשימוש בכוח עבודה זול. הרווח שלו הוא בכך שכעת יש ברשותו שדה נטוע שלא היה לו לפני כן. לכן, על פי גישה זו, רווח הבעלים משתנה על פי סוג השדה שיש ברשותו. בשני סוגי השדות, ניתוח המצב מתמקד במידת התעשרות הבעלים והמשגת השיפוי היא במושגים של השבה.

כעת ניתן להבין את המקרה של רב בהקשר לסוגיה התלמודית בה הוא מובא. המקרה מובא על מנת להציג את עמדתו של רב בנוגע לשיפוי המשביח. מעט לפני המקרה מובאת בתלמוד מחלוקת בין רב ובין בר הפלוגתא שלו, שמואל, הנוגעת לנטיעת עצים שלא ברשות הבעלים. רב גרס כי ידו של המשביח 'על התחתונה'. שמואל, לעומתו, גרס כי יש לשלם למשביח את סכום הכסף שבעל השדה היה מוכן לשלם עבור נטיעת העצים. בהמשך הסוגיה מובאת דעה הסוברת כי רב ושמואל אינם חלוקים, אלא שדבריהם מתייחסים למקרים שונים. דברי רב מתייחסים לשדה שאינו מתאים לנטיעה, ואילו דברי שמואל מתייחסים לשדה המתאים לנטיעה. מתוך המקרה שהובא לפני רב, הגמרא מסיקה שהוא אכן אינו חולק על שמואל. כזכור, במקרה שהובא לפניו, רב משתמש בשתי אמות מידה לשיפוי המשביח: 'ידו על התחתונה' – עמדה שיוחסה על ידי התלמוד לרב, ו'ידו על העליונה' – עמדה השקולה לעמדה שיוחסה לשמואל. בבואו לשפוט את המקרה, רב מתערב בו שלוש פעמים. תחילה הוא קובע כי יש לשפות את המשביח, אך אינו קובע את אמת המידה לשיפוי. תגובת הבעלים לכך היא כי אין הוא מעוניין בהשבחה כלל. לאחר מכן, רב קובע כי יינתן למשביח שיפוי כאשר 'ידו על התחתונה', שיפוי המתאים לשדה שאינו מיועד לנטיעה. בעקבות הקביעה של רב, חוזר הבעלים על טענתו כי אינו חפץ בעצים. לבסוף, כאשר בעל השדה בונה גדר ושומר על העצים בתוך שדהו, רב מסיק שמעשיו של בעל השדה מעידים כי, למרות טענותיו, הוא אכן חפץ בעצים. בהתאם לכך

21 כפי שציין הריטב"א בבואו לפרש את דברי הרז"ה, בעל המאור: "אומדים כמה אדם רוצה ליתן למי שיקבל על עצמו מלאכה אחת לעשותה ולא יצטרכו בעלים לטרוח בה להכניס ולהוציא פועלים, כי בודאי אדם נותן בכך הוצאה מרווחת בעין יפה" (חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא, ע"א).

קובע רב כי על בעל השדה לשפות את המשביח כשידו של המשביח 'על העליונה', שיפוי המתאים לשדה המיועד לנטיעה.

ג. 'טובת הנאה שאין לכפור בה' (Uncontrovertible Benefit)

ייחודיותו של מקרה זה, של שדה המיועד לנטיעה, מזכירה את האופן בו תופס המשפט המקובל את מושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה'. רווח שאין לכפור בו מוגדר כרווח שלא היה נדחה על ידי הבעלים גם לו יכול היה לעשות כן קודם לפעולת ההשבחה.²² סוג הנכס שהושבח, וכן השימוש הרצוי או האופטימאלי בו, הם הקובעים האם הרווח שהתקבל נחשב כרווח שאין לכפור בו.²³ במשפט העברי מידת התאמת השדה לנטיעת עצים מהווה פרדיגמה לשימוש האופטימאלי של השדה. האופן בו נעשה שימוש אופטימאלי בשדה מהווה כעת אמת מידה לשיפוי המשביח כשידו על העליונה'.

ברם, הקבלה בין הדיון התלמודי בהתאמת השדה לנטיעת עצים ובין מידת היות הרווח שהתקבל 'טובת הנאה שאין לכפור בה' במשפט המקובל לוקה במידה של שטחיות. המושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה' שבמשפט המקובל נוגע לאחריות הבעלים לשפות בגין השבחה שנעשתה שלא מדעתו. בניגוד לכך, דיוננו בנושא סוג השדה לא התמקד באחריות הבעלים, אלא בקביעת אמת המידה לשיפוי המשביח. הקריטריונים 'ידו על העליונה' ו'ידו על התחתונה' מתפקדים כבררות מחדל גרידא בקביעת גובה שיפוי המשביח. השאלה האם יחויב הבעלים בתשלום או לא היא שאלה נפרדת.

במשפט העברי עולה שאלת 'השבחה שלא מדעת' בסוגיה תלמודית קצרה העוסקת בנושא זה. הסוגיה מציגה שתי דילמות. הראשונה נוגעת לשיפויי אדם שנטע עצים בשדה של אחר, מבלי שקיבל את רשות הבעלים. השנייה נוגעת לשאלה האם מותר לאדם ששיפץ מבנה רעוע השייך לאדם אחר מבלי

Regional Municipality of Peel v. Her Majesty the Queen in Right of 22
Canada, 98 D.L.R. 4th 140 (1993).

"on the assumption that he Corona had acquired the Williams property, 23
it would of necessity have had to develop the mine." LAC Minerals v.
International Corona Resources, 61 D.L.R. 4th 14 (1989).

לקבל את רשותו לקחת בחזרה את חומרי הבניה. תשובת התלמוד היא כי אדם יכול לקחת בחזרה את החומרים שהשקיע בתיקון המבנה, אולם אינו רשאי לקחת בחזרה את העצים שנטע בשדה.²⁴ יש שני נימוקים לכך. הראשון, הנוגע רק לאדמת ארץ ישראל, קובע כי עקירת העצים פוגעת במצוות יישוב הארץ. על פי הנימוק השני, העצים ניזונים מהקרקע באמצעות שורשיהם, ולכן עקירתם תחליש את הקרקע של בעל השדה. אך מה הדין כאשר הבעלים הוא שתובע לעקור את העצים או להסיר את החומרים? האם יכול בעל הנכס לתבוע מן המשביח לקחת את חומריו, ובכך לדחות את ההשבחה? הסוגיה התלמודית אינה דנה במקרה זה במפורש.

בהעדר התייחסות מפורשת של התלמוד, ניסו פרשני התלמוד לבדוק מה הן השלכות המקרה של רב על שאלה זו. תשומת לבם הופנתה לשתי נקודות חשובות הנובעות מן המקרה. ראשית, רב אמר לבעלים "זיל שום ליה וידו על התחתונה".²⁵ העמדתו של המשביח על ידי רב במעמד של 'ידו על התחתונה' מעידה כי השדה המדובר לא התאים לנטיעת עצים. שנית, כאשר בעל השדה סרב לשפות את המשביח בטענה חוזרת ונשנית כי איננו חפץ בעצים, רב לא כפה עליו את התשלום. זאת עד אשר בעל השדה חשף את רצונו האמיתי בבניית הגדר ובשמירה על העצים. מחוסר יכולתו של רב לכפות על בעל השדה את הציות להוראתו, הסיקו הפרשנים כי במקרה זה רשאי היה בעל השדה לסרב להשבחה, זאת כל עוד התנהגותו בפועל לא סתרה את התנגדותו המילולית לנטיעת העצים.

לאחר העמדת המקרה של רב בשדה שאינו מתאים לנטיעת עצים ועם הקביעה כי במקרה כזה אין חיוב לשיפוי המשביח, פנו הפרשנים לפרש את שלבי המקרה השונים באופן הבא.²⁶ תחילה, כשהובא המקרה בפני רב, הוא לא ידע האם מדובר בשדה המתאים לנטיעת עצים או בשדה שאינו מתאים לכך. בהתאם לכך, קבע רב כי יש לשום את השיפוי, מבלי שציין האם ידו של המשביח על העליונה או על התחתונה. בעקבות טענת בעל השדה כי אינו חפץ בעצים, הסיק רב כי בעל השדה אינו מוכן לשלם על פי אמת מידה

24 בבלי, בבא מציעא קא, ע"ב.

25 בבלי, בבא מציעא קא, ע"א (לעיל הערה 1).

26 חידושי הרמב"ן על בבא מציעא קא, ע"א; חידושי הרשב"א שם (לעיל הערה 11); נימוקי יוסף על הרי"ף (לעיל הערה 16); חידושי הריטב"א בפירוש הרו"ה (לעיל הערה 21).

גבוהה מכיוון שהשדה אינו מתאים לנטיעת עצים. לכן קבע רב כי אמת המידה לשיפוי המשביח תיקבע כבמקרה של שדה שאינו מיועד לנטיעת עצים, דהיינו, ידו של המשביח על התחטונה. לאחר שבעל השדה הצהיר פעם נוספת כי אינו רוצה את העצים, הסיק רב כי בעל השדה דורש באופן מרומז את עקירתם. מכך שרב לא הגיב לאי נכונותו של בעל השדה לשפות את המשביח, הסיקו הפרשנים כי בעליו של שדה שאינו מתאים לנטיעת עצים רשאי לדרוש מן המשביח את הסרת ההשבחה. לאחר מכן, בכך שהקים גדר סביב השדה ובכך ששמר על העצים, גילה בעל השדה את דעתו שהוא חפץ בהשבחה. ביטוי זה לרצונו של בעל השדה אפשר להגדיר את השדה מחדש כשדה המתאים לנטיעה. בעקבות הגדרה מחודשת זו קבע רב כי על בעל השדה לשפות את המשביח על פי אמת המידה הגבוהה.

על פי פרשנות זו, בשדה שאינו מתאים לנטיעת עצים רשאי בעליו לדרוח את השבחת השדה. אף על פי שמבחינה אובייקטיבית הרוויח מנטיעה זו, זכותו של בעל השדה לקבוע שאינו מעוניין בהשבחה בעינה עומדת.

ניתן לבחון את הדברים גם מן הכיוון ההפוך. על פי פרשנות זו, הדגש במקרה של רב הוא על כך שהשדה לא היה מתאים לנטיעה. לו היה השדה מיועד לנטיעה, לא יכול היה בעליו לדרוש את עקירת העצים, והיה עליו לשלם עבורם על פי אמת המידה הגבוהה. כשם שכאשר התברר על פי פעולותיו של בעל השדה שהוא מעוניין בעצים פסק רב כי עליו לשפות את המשביח וכי ידו של המשביח על העליונה, כך בכל מקרה שהשדה נועד לנטיעה יזכה המשביח בתשלום בגין העצים שנטע וידו תהיה על העליונה.

ראוי להדגיש כי על פי פרשנות זו עמדת המשפט העברי הינה קיצונית ביחס לעמדת המשפט המקובל. במשפט המקובל אמנם קיימים מקרים בהם חויב הבעלים לשלם לאדם שהשביח את רכושו בלא שהוא ביקש זאת, אך במקרים אלו מדובר רק כאשר המשביח פעל בטעות, בסוברו שהוא משביח את רכושו שלו.²⁷ לעומת המשפט המקובל, עמדת המשפט העברי, על פי הפרשנות האמורה למקרה של רב, קובעת כי חובת שיפוי המשביח קיימת גם

Greenwood v. Bennett [1973] Q.B. 195; Gidney v. Shank [1995] 5 27 W.W.R. 385 (Man. QB), reversed [1996] 2 W.W.R. 383 (Man. CA); Paul Matthews, *Freedom, Unrequested Improvements, and Lord Denning*, 40(2) C.L.J. 340, (1981).

כאשר המשביח נטע את העצים מתוך ידיעה ששדה זה שייך לאדם אחר, ובלבד שהשדה היה מתאים לנטיעה. במקרה של רב לא נעשתה טעות בהכרת הבעלות על השדה או כל טעות מסוג אחר.²⁸

הניגוד הזה שבין המשפט העברי ובין המשפט המקובל משקף נקודות מוצא שונות בגישתן של מערכות משפט אלה כלפי המתנדב. המשפט המקובל רואה באדם המשביח את רכוש חברו מתוך ידיעה שמדובר ברכוש חברו כעושה זאת בתורת מתנה ומתוך התנדבות גרידא. ציפיותו של המשביח לתמורה מציינת אך ורק את העובדה שבהעניקו את המתנה לבעלים לקח את הסיכון שהמשביח ישלם עבורה. המשפט המקובל אינו רואה כל סיבה להשיב את המתנה, או לגלגל את האחריות על הבעלים, על ידי הענקת שיפוי למשביח.²⁹ נקודת המוצא של המשביח צריכה להיות שרק בעל הנכס רשאי לקבוע את אופן השימוש בנכסיו. לכן אנו מניחים כי המשביח מודע לכך שפעולת ההשבחה שביצע אינה יכולה לחייב את הבעלים בתשלום כלשהו. לפיכך מתייחס המשפט המקובל להשבחה כאל מתן צדקה, ותו לא. אולם, ההנחה כי הפעולה נעשתה ממניע התנדבותי אינה ממשיכה להיות תקפה אם ההשבחה נעשתה מתוך טעותו של המשביח, שחשב כאילו הנכס שהושבח שייך לו. במצב זה, הדיון מתמקד בשאלה האם בכך שנתייחס לבעלים כאל מי שמעוניין ברווח, וכתוצאה מכך נחייבו לשפות את המשביח, אין משום הפרה של חירותו של בעל הנכס כלפי השימוש בנכסיו. בהתייחסות אל ההשבחה כאל 'טובת הנאה שאין לכפור בה' – זאת בכפוף לסוג הנכס, לשימוש הדרוש או האופטימאלי בו, או לתוכניותיו של המשביח לגבי הנכס – אנו מניחים כי לבעלים יש את כל הסיבות לקבל את ההשבחה, ולפיכך היא אינה סותרת את חירותו.³⁰

28 יתרה מזאת, האחריות תופסת גם במקום בו המשפט העברי אינו רואה כל בעיה בהסרת ההשבחה מן הנכס שהושבח. לפחות במקרה של הבונה, התלמוד בעצמו מציין כי ניתן להפריד בין חומרי הבניין ובין המבנה המשופץ. אף על פי כן, אם המבנה המשופץ מתאים להשבחה שבוצעה בו, החוק מחייב את הבעלים לשפות את המשביח עבור שיקום זה. השווה להצעתו של ריצ'רד סוטון, לפיה הבעלים מתחייב בשיפוי המשביח עבור ההשבחה אם יכול היה לדרוש את הסרתה; Richard Sutton, *What Should be Done for Mistaken Improvers?*, in *ESSAYS ON RESTITUTION* 252-4 (Paul Finn ed., Sydney, Law Book Co., 1996).

29 Birks, *AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION*, *supra* note 2, at 101-103; GRAHAM VIRGO, *THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION* 39-40 (1999).

המשפט העברי, לעומת זאת, אינו מניח כי אדם המשביח את רכוש חברו שלא מדעתו, ומתוך ידיעה שהרכוש הוא של חברו, עושה זאת בכוונת התנדבות או מתוך רצון להעניק מתנה: "ולא אמרינן שכיוון שירד לתוכו סתם, לא נתכוון זה אלא למתנה".³¹ העיקרון המנחה את הטיפול בהשבחה שלא מדעת הוא: "וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא ציוויתין. אלא צריך ליתן לו שכרו".³² הנחת היסוד היא כי המשביח פעל על מנת לקבל תשלום.³³ כוונה זו של המשביח מהווה שיקול כבד-משקל על פי המשפט העברי. פעולת המשביח בנכס הראוי להשבחה, אף שנעשתה מתוך ידיעה שהנכס אינו שלו, מהווה בסיס מוצק לתביעתו כלפי הבעלים, ואין מתייחסים למשביח כאל מתנדב או כאל אדם המתערב בעניינים לא לו. תפיסה זו נגזרת מן הפרשנות שהוצגה לעיל למקרה של רב.

בהקשר זה, הן מערכת המשפט העברי והן מערכת המשפט המקובל משקפות גישה אינדיבידואליסטית, אולם מושג זה מובן ומומשג באופן שונה בכל אחת מן המערכות האלה.³⁴ מושג האינדיבידואליזם בא לידי ביטוי במשפט המקובל בדיני הקניין ובדוקטרינה המשפטית-החברתית הבאה לידי ביטוי בדיני הקניין. משום שאנו מניחים כי המשביח מודע לכך שבעל הנכס בלבד רשאי לערוך שינויים בנכסיו, אנו מייחסים לו כוונה להעניק מתנה לבעל הנכס, ולפיכך קובעים כי אינו זכאי לשיפוי. במשפט העברי, לעומת זאת, מושג האינדיבידואליזם בא לידי ביטוי בכך שהוא מייחס לפעולת המשביח כוונה לא אלטרואיסטית. בהעדר הוכחה לכוונה אלטרואיסטית, מתייחס

30 לרוב, המושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה' מובן כשלילת האפשרות ל'פירות סובייקטיבי' על ידי הנתבע, ובכך מועבר מוקד הדיון לעצם קיומה של ההשבחה; ראו: Birks, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION, *supra* note 2. הדיון שלי כאן שונה מהבנה זו. הסבר לכך מופיע ב: Weinrib, *The Normative Structure of Unjust Enrichment*, *supra* note 7.

31 חידושי הרשב"א לנדרים, לג, ע"א.

32 הגהות הרמ"א על שו"ע, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד.

33 רמב"ן, מלחמות ה' על בבא בתרא, ד, ע"ב.

34 להשוואה מעוררת עניין בין המשפט העברי ובין המשפט האמריקאי, בהקשר שיפויי אחר, ראו: HANOCH DAGAN, UNJUST ENRICHMENT: A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES 50-70, 109-129. (1997).

המשפט העברי אל המשביח כאל אדם הרוצה לקדם את טובתו הפרטית. מנקודת מבטו של המשפט המקובל ישנה סתירה פנימית המובנית בגישת המשפט העברי. בעוד שבמשפט המקובל ידיעתו של המשביח כי מדובר ברכושו של אדם אחר מחלישה את טיעונו, במשפט העברי ידיעה זו מחזקת אותו. דרישת המשביח לשיפוי על פי אמת מידה גבוהה תקפה רק במקום בו פעל על מנת להשביח את הקרקע של אדם אחר, משום שרק כאשר כוונת המשביח הייתה לקבל שכר עבור עבודתו ניתן לשלם לו על פי הכלל "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה"³⁵. בהתאם לכך, אם המשביח סבר בטעות כי הוא משביח את השדה שלו, ניתן לשפוטו על פי אמת המידה הנמוכה בלבד, אפילו בשדה המתאים לנטיעה.³⁶

מושג המתנדב במשמעות שהותוותה לו במשפט המקובל אינו קיים במשפט העברי. בכך חושף המשפט העברי את הבעלים של שדה המתאים להשבחה לאפשרות לפיה ניתן לחייבו לשלם עבור השבחת שדהו שנעשתה בידי אדם אחר. לכאורה נראה שהמשפט העברי מגלה כאן אדישות כלפי פגיעה בחירותו של בעל השדה. כיצד ניתן להצדיק פגיעה זו? שאלה זו לא הועלתה במפורש על ידי פרשני התלמוד שעסקו במקרה של רב. עבורם, סמכותו של התלמוד היוותה הצדקה מספקת לכך. על כל פנים, אציין כאן שלוש אבחנות חשובות הנוגעות לעניין זה.

ראשית, הנחת היסוד הייתה כי בהינתן שדה המתאים לנטיעת עצים, הרי שפעולת המשביח מתאימה לרצון בעל השדה. "אבל היורד לדעת [=בידיעה שהשדה אינה שלו], דעתו הוא שהבעלים מתרצים בכך"³⁷. מאידך, אם התרה בעל הנכס בפני המשביח כי אינו רוצה בעבודתו, הרי שבעל הנכס פטור מכל אחריות לתשלום עבור ההשבחה. הרשב"א קבע שהלכה זו נקבעה על מנת "שלא יהא כל אחד מכריח לחברו לנטוע ולבנות"³⁸. הבעלים יכולים להגן על חירותם על ידי אזהרת המשביח כי אינם חפצים בהשבחתו.

35 דברי האמורא שמואל בבבלי (לעיל הערה 12).

36 ראו: חידושי הרמב"ן על בבא מציעא, ע"א; שו"ת הריב"ש, תקטו. כלל זה דומה לכלל במשפט הרומי שקבע שאם אני משביח רכוש של אחר בחושי שהוא רכושי, אין לי "because I did not intend to actio negotiorum gestorum in rem alterius obligate anyone to me" (Digest 10.3.14.1).

37 שו"ת הריב"ש, שם.

38 שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן נד.

שנית, מספר פרשנים ביססו את החיוב בדרגה גבוהה של שיפוי (ידו על העליונה) על מושג ההסכמה שבשתיקה. "ויש לומר דכיוון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו, ודאי ניחא להו במאי דעבד, וכאילו מדעתם דמי".³⁹ משילוב של הסבר זה לחיוב בשיפוי בדרגה גבוהה עם אי יכולתו של בעל הנכס לדחות את ההשבחה עולה תפיסה דומה לזו של דוקטרינת הקבלה הרצונית (free acceptance) במשפט המקובל.⁴⁰ מחד גיסא, המשפט העברי מניח כי פעולת המשביח אינה נעשית כמתנת חינם, אלא מתוך ציפייה לקבלת תמורה. מאידך גיסא, בעל הנכס, המודע לציפיית המשביח, ואף על פי כן אינו מוחה ואינו מונע ממנו את עשיית העבודה, אינו יכול להתייחס להשבחה, לאחר מעשה, כבלתי רצויה, במיוחד כאשר השבחה זו עולה בקנה אחד עם השימוש האופטימאלי בנכס. ניתן לראות בתפיסה זו של מושג ההסכמה שבשתיקה הרחבת כוחו של בעל הנכס לדחות משביחים פוטנציאליים. כיוון שביכולתו של בעל הנכס להתנגד לפעולת ההשבחה בכל רגע נתון במהלך העבודה, לכן חוסר הבעת התנגדות מתפרש כקבלה רצונית של ההשבחה.⁴¹ שלישית, כיוון שמושג האחריות אינו מתמצה רק במצבים בהם "ידעו הבעלים ושתקו",⁴² יש להניח יסודות לבסיס רחב יותר של הבנת האחריות.

39 חידושי הריטב"א בפירוש הרז"ה (לעיל הערה 21); נימוקי יוסף (לעיל הערה 16); השו"ת גם לנימוקי יוסף על בבא בתרא ד, ע"ב; רא"ש על בבא בתרא ז, ע"א. לתפיסה שונה של שתיקת הבעלים, ראו: שלום אלבק דיני הממונות בתלמוד 193 (תשל"ו). אלבק מציע כי השתיקה משמשת כהסכמה במבט לאחור של הבעלים ברגע שזה התוודע לקיומה של ההשבחה. תפיסה זו רומזת למשמעות של דחיית ההשבחה לאחר שזו הושלמה, שנוכרה לעיל. נראה שתפיסה זו איננה עולה בקנה אחד עם תפיסתם של הריטב"א והנימוקי יוסף, הגורסים כי ניתן לחייב את הבעלים בקבלת ההשבחה אם השדה מתאים לנטיעת עצים.

40 Birks, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION, *supra* note 2, at 277-279; Birks, 'In Defence of Free Acceptance, in ESSAYS IN THE LAW OF RESTITUTION 105 (Andrew Burrows ed., 1991).

41 כמה מאות שנים לאחר הפוסקים המוזכרים לעיל בהערה 39, ומבלי להתייחס לדבריהם, קבע המהרי"ט, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קו, כי הבעלים אינו יכול להביא על עצמו אחריות כלפי השבחה שלא מדעת' רק באמצעות שתיקתו כאשר ידע על קיום ההשבחה. מהרי"ט טען כי שתיקה, בניגוד לבניית גדר ושמירה, אינה משקפת בוודאות את שביעות רצונו של הבעלים מההשבחה.

42 חידושי הריטב"א בפירוש הרז"ה (לעיל הערה 21); נימוקי יוסף (לעיל הערה 16); נימוקי יוסף על בבא בתרא (לעיל הערה 39); רא"ש על בבא בתרא (לעיל הערה 39); שלום אלבק דיני הממונות בתלמוד (לעיל הערה 39).

נראה שהמושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה' שבמשפט המקובל מתאים להוות בסיס להגדרת האחריות במשפט העברי. בהינתן שהאחריות מותנית בהיות השדה מתאים לנטיעת עצים, אנו מניחים שאין לבעל השדה כל סיבה לדחות את ההשבחה. בהביאו את השדה למצבו האופטימאלי, עשה המשביח את מה שהבעלים היה רוצה, ולפיכך אין הוא יכול להתנער מפעולת ההשבחה כשזו נעשתה על ידי אדם אחר. ראוי לציין שאין מדובר בשיפור כללי בלבד במצבו של בעל השדה. לו היה זה המצב, הרי שבעל השדה היה אחראי להשבחה שנעשתה בשדהו גם במקום שהשדה אינו מיועד לנטיעת עצים. הבסיס אשר על פיו אנו מניחים את רצונו של בעל השדה בהשבחה נובע מכך שהשדה מיועד לנטיעה. עושרו של אדם מורכב מנכסים שונים ובעלי מאפיינים ייחודיים. הבחנה זו שבין נכסים שונים בעלי ייעוד ואופי שונים מאפשרת לייחס לבעלים את הנסיבות בהן יאפשר השבחה של כל נכס ונכס. מכאן נובע כי אף שלא ניתן להכליל ולומר שיש לשפות את המשביח בכל מקרה (למשל במקרים שהנכס הושבח באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תוכניות הבעלים לשימוש ברכושו), עדיין ניתן לחייב את הבעלים במקום שניתן לייחס לו קבלה של ההשבחה מכיוון שהיא עולה בקנה אחד עם השימוש האופטימאלי בנכס. המשפט מניח שאין לבעל הנכס כל סיבה לדחות השבחה המתאימה לסוג הנכס שלו. על פי תפיסה זו, סוג הנכס הוא אשר מעיד על השימוש שבעל הנכס מעוניין בו ועל המחיר שהוא מוכן לשלם עבור שימוש זה. בכך מיושב לכאורה המתח הקיים בין חירותו של בעל הנכס ובין זכותו של המשביח לקבל שיפוי עבור פעולתו.

דוגמה להנמקה מסוג זה מופיעה בתשובה של המהרי"ט, חכם שחי בראשית המאה ה-17.⁴³ המשיב מתייחס לעמדתו של פוסק קדום יותר, המבחין בין שדה העשוי להינטע ובין בית הראוי לשיקום, וקובע שניתן לחייב בעלים של שדה המתאים לנטיעה, אך לא ניתן לחייב את הבעלים של מבנה רעוע ('חורבה עשויה לבנות') בשיפוי המשביח.⁴⁴ המהרי"ט סבור שסברת בעל הנימוקי יוסף על הרי"ף מסורבלת,⁴⁵ וכי ניתן להציע פירוש פשוט יותר להבדל התלמודי בין מבנה רעוע ובין שדה:

43 שו"ת מהרי"ט (לעיל הערה 41).

44 נימוקי יוסף, (לעיל הערה 16).

45 הסברה 'המסורבלת' המופיעה בנימוקי יוסף (לעיל הערה 16) מתבססת על שלושה

ולפי דרכנו למדנו שאף המפרשים שחלקו בשדה העשויה ליטע דאין שומעין לו שיאמר טול נטיעותיך, אפשר להם שיודו בבית אע"פ שעשויה ליבנות דשומעין לו. וטעמא דמילתא דבשדה העשויה ליטע מידע ידיע דשדה אילן חשיב טפי משדה לבן [=שיודע הוא ששדה אילן הוא בעל ערך יותר משדה חיטה] וסתם שדה אילן ליטע קאי [=לנטיעה עומד], וכיון שהשביחו בעי למיתב ליה ההוא טופיינא [=עליו להשיב לו את התוספת], אבל חצרות ובתים, אף על פי שעשויות להבנות, מכל מקום לא כל אדם עשוי לבזבו נכסיו ולהתעסק בבניינים שממסכנות [=מרושות] את בעליהן, וכדאמרי' בהנושא 'שפיץ ולא תבני'.⁴⁶

ההבדל בין השבחת שדה ובין השבחת מבנה הוא שהרווח המתקבל מהשבחת שדה הוא ברור וחד משמעי, ואין כאן צד של פגיעה ממונית בבעל השדה. לעומת זאת, מבנה שהושבח דורש התעסקות מתמדת של בעל הבית, הכרוכה בהוצאת ממון ובהשקעת זמן. ייתכן כי בעל הבית כלל אינו רוצה בהתעסקות זו. לכן ניתן לראות בכל מקרה של שדה העשוי להינטע את ההשבחה כרצויה, מה שאין כן במבנה.

לסיכום, הפירוש הראשון שהובא למקרה של רב גרס כי בעל השדה יכול לדחות את ההשבחה רק כאשר השדה אינו מתאים לנטיעה. המקרה של רב

שיקולים. על פי השיקול הראשון, משמעות המקרה של רב היא כי בעלים של שדה המתאים לנטיעת עצים אינו רשאי לסרב להשבחה, ואילו בעלים של שדה שאינו מתאים לנטיעה רשאי לסרב לה. השיקול השני הוא קביעתו המפורשת של התלמוד בבבא מציעא קא, ע"ב, כי המשביח יכול לקחת בחזרה את חומריו במקרה של מבנה, אך לא במקרה של שדה. על פי השיקול השלישי תפיסתם של פרשני התלמוד המוקדמים בבבל הייתה שקיימת הדדיות בין המשביח ובין הבעלים. הדדיות זו באה לידי ביטוי בכך שהבעלים רשאי לדרוש את הסרת החומרים בכל מצב בו המשביח רשאי להסירם. מכאן הסיק הנימוקי יוסף כי מהשיקול הראשון נובע כי דיון התלמוד באפשרות להסרת חומריו של המשביח מתייחס רק לנכסים המתאימים להשבחה (מאחר ואנו יודעים מן המקרה של רב כי בעלים של נכסים שאינם מתאימים להשבחה יכול לדרוש את הסרת חומרי המשביח). מעבר לכך, הסיק הנימוקי יוסף מהשיקולים הנוספים כי הבעלים רשאי לדרוש את הסרת ההשבחה רק במקרה של מבנה מתאים להשבחה, ולא במקרה של שדה המתאים להשבחה. בפרט מן השיקול הראשון נובע כי האפשרות להסיר את חומריו של המשביח מתייחסת למבנים המתאימים לבנייה מחודשת, ולא לשדות המתאימים לנטיעת עצים.

46 ההתייחסות היא לדברי הבבלי, יבמות סג, ע"א: "אמר רב פפא: [...] טום ולא תשפיץ, שפוץ ולא תיבני, שכל העוסק בבנין מתמסכן".

עסק בשדה מסוג זה, ולכן יכול היה בעל השדה לדחות את ההשבחה ולפטור את עצמו לגמרי משיפוי המשביח, גם לאחר קביעתו של רב כי עליו לשלם על פי אמת המידה הנמוכה. לו היה שדה זה מיועד לנטיעה היה בעל השדה מחוייב בשיפוי המשביח. באחריות זו של בעל השדה ניתן לראות מקבילה של המשפט העברי למושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה' כפי שהוא מופיע במשפט המקובל.

ד. נפילתה ועלייתה של דוקטרינת 'טובת הנאה שאין לכפור בה'

הפירוש האמור למקרה של רב מתיימר לפשר בין דרישת המשביח לשיפוי ובין חירותו של הבעלים לבחור את השימוש בנכסיו. אולם, למעשה, דוקטרינת השימוש האופטימאלי בשדה מהווה לכל היותר תחליף גס לייצוג רצון הבעלים. ניתן בנקל לדמיין מקרים בהם נטיעת עצים בשדה תבואה מגדילה אמנם את עושרו של בעל השדה, אך למרות זאת פוגעת בחירותו. ייתכן כי התנהלותו ואורח חייו של בעל השדה מתאימים לשדה חיטה, אף שבכך אין השדה מגיע למצב של ניצול מקסימאלי. למשל: בעל השדה רוצה להאכיל את עצמו ואת בני משפחתו בתבואה שגידל במו ידיו, או שבעל השדה מבין בגידול תבואה אך אינו מבין בגידול עצים, או שבעל השדה אינו יכול להרשות לעצמו מבחינה כלכלית את גידול העצים.⁴⁷ לכן ייתכן כי שימוש מסוים בשדה יתאים לתכונותיו או לתכונותיו הספציפיות של בעל הבית, אף אם שימוש זה אינו מהווה מיצוי אופטימאלי של השדה. תוכניות ספציפיות אלו יופרעו בעקבות כפיית השבחה, שנעשתה על ידי אדם זר, על בעל השדה, אם הבעלים לא יוכל לדחות את ההשבחה: "דאם לא כן נמצא כל אדם כופה את חברו לעשות שדה גינה וחצר בתים".⁴⁸

במאה ה-14 הציע הרא"ש לפרש את המקרה של רב באופן העוקף בעייתיות זאת.⁴⁹ כפי שראינו, הפירוש המקובל עד זמנו של הרא"ש היה שהמקרה של

47 דוגמאות אלה נלקחו מדבריו של ר' אברהם קרליץ, חזון איש, חושן משפט, בבא בתרא ב, ג.

48 שו"ת מהרי"ט (לעיל הערה 41); ראו גם: ר' יוסף קארו, בית יוסף (לעיל הערה 17, ציטוט תלמיד הרשב"א).

49 פסקי הרא"ש על בבא מציעא, פרק ח, כב.

רב עוסק בשדה שאינו מתאים לנטיעה. פרשנות זו התבססה על כך שרב הורה על שיפוי המשביח על פי אמת מידה נמוכה. בנוסף, מתוך חוסר יכולתו של רב לכפות את תשלום השיפוי על הבעלים, לאחר שזה חזר וטען כי אינו מעוניין בעצים, נלמד כי לא ניתן לחייב בעל שדה שאינו מתאים לנטיעה בשיפוי המשביח. הרא"ש סבר שפרשנות זאת שניתנה למקרה של רב הינה מוטעית.

שני טיעונים פרשניים למקרה של רב עמדו ביסוד עמדתו של הרא"ש. ראשית, הרא"ש התייחס לכך שרב הורה פעמיים לבעלים לשפות את המשביח – בפעם הראשונה מבלי שצייין את אמת המידה המתאימה לשיפוי, ובפעם השנייה בפוסקו כי השיפוי יינתן על פי אמת המידה הנמוכה. לו היה המקרה עוסק בשדה שאינו מתאים לנטיעה, טוען הרא"ש, הרי שההוראה הראשונה של רב הייתה צריכה לקבוע שיפוי על פי אמת המידה הנמוכה, ובכך הייתה הופכת את הוראתו השנייה לחזרה חסרת משמעות על הראשונה. לפיכך, טוען הרא"ש, המקרה של רב עסק בשדה המתאים לנטיעה, ואפילו בשדה כזה הייתה שמורה לבעלים הזכות לדחות את ההשבחה. כאשר רב פסק שיפוי על פי אמת מידה נמוכה, הוא לא רמז בכך כי השדה אינו מתאים לנטיעה, אלא כל שאמר הוא: "אם יתרצה בכך [=אם הבעלים יתרצה בהשבחה] אומרים לו ליתן כך וכך".⁵⁰ במילים אחרות, על פי פירושו הרא"ש, כל שניסה רב לעשות הוא להציע פתרון שיהיה נוח לשני הצדדים. הבעלים יכול היה לקבל השבחה שהשדה ראוי לה במחיר נמוך מזה שהיה נאלץ לשלם לו היה מעסיק אדם אחר בנטיעת העצים, ואילו המשביח היה מקבל שיפוי כלשהו עבור נטיעת העצים במקום להיאלץ לעוקרם.

הנימוק הפרשני השני של הרא"ש התבסס על כך שלאחר שרב ראה כי בעל השדה בנה גדר סביב העצים ושמר עליהם, הוא חייב את האיש לשלם על פי אמת מידה גבוהה. קביעתו זו של רב הייתה בעייתית לו אכן היה מדובר בשדה שאינו מתאים לנטיעת עצים. שיפוי בגין השבחת שדה שאינו מתאים לנטיעה צריך להיות על פי אמת המידה הנמוכה, לא הגבוהה. אכן, פעולותיו של בעל השדה העידו כי בניגוד למה שהצהיר קודם, הוא רוצה בעצים. אך אם אמת המידה לשיפוי תלויה בסוג הקרקע, קשה להבין מדוע העובדה

שהתבררה כי הבעלים חפץ באמת בעצים משנה את גובה השיפוי עבורם. מאידך, אם (כפי שסבר הרא"ש) היה מדובר בשדה שהתאים לנטיעת עצים, קושי זה איננו עולה כלל.

ראייה מחודשת זו של המקרה, על פי פרשנות הרא"ש, מרחיקה ממנו כל אלמנט של אחריות כלפי 'טובת הנאה שאין לכפור בה'. העובדה כי רב לא הגיב על טענתו החוזרת ונשנית של הבעלים שאינו רוצה בהשבחה מעידה כי לא ניתן לחייב את הבעלים בקבלת ההשבחה, גם אם זו עולה בקנה אחד עם השימוש האופטימאלי בנכס. ההבדל בין אמות המידה השונות לשיפוי מתמצה בכך שהן מהוות ברירות מחדל שונות למדידת גובה השיפוי:

ובשאינ עשויה ליטע ידו על התחתונה, היינו כשבעל השדה רוצה לקיים הנטיעות בשדהו. אבל אם אינו רוצה לקיימם – אומר לו 'קח נטיעותיך ולך', אפילו בשדה העשויה ליטע. לפי שיכול לומר 'לדידי נחא לי טפי בשדה לבן' [=שדה חיטה]. [...] ולא מסתבר כלל שיתן בעל השדה לנוטע כשתלו והוא אינו חפץ בנטיעות.⁵¹

אמנם במקרה של רב, בסופו של דבר בעל השדה שילם על פי אמת המידה הגבוהה. אולם הסיבה לכך היא שמתוך מעשי הבעלים ניתן היה להסיק כי רצה את העצים, ובכך נעשה אחראי לשלם עבורם על פי ברירת המחלוקת המתאימה. אילו באמת לא היה חפץ בעצים, יכול היה בעל השדה להתעקש על כך שהמשיב יסיר אותם משדהו, וזאת למרות העובדה שהשדה מתאים לנטיעת עצים. לפיכך, על פי הרא"ש, המקרה של רב משקף עמדה המעניקה לבעלים חירות בלתי מוגבלת בקביעת השימוש בנכסיו. בפירושו של הרא"ש למקרה ניתנת חשיבות עליונה לאוטונומיה של הבעלים, ולא לסוג הקרקע. למרות שהפך לפירוש המקובל למקרה של רב, פירושו של הרא"ש לא סתם את הגולל על העיסוק בנושא 'טובת הנאה שאין לכפור בה' במשפט העברי. בד בבד עם הבאתו את הדיון בנושא 'טובת הנאה שאין לכפור בה' לסיום בהקשר לשדות, פתח הרא"ש, או פתח מחדש, את הדיון בנושא זה בהקשר לשיקום מבנים.

עקב העדר התייחסות מפורשת בתלמוד לנושא זה, חלקו פרשני התלמוד שקדמו לרא"ש לגבי זכותו של הבעלים לדחות השבחה שהתבטאה בבנייה של מבנה או בשיפוץ של מבנה קיים גם במקרה בו המבנה היה השימוש האופטימאלי בקרקע.⁵² אם אכן קיימת זכות דחייה זו, היא תתבטא בדרישת הבעלים מן המשביח להסיר את החומרים שהשקיע בבניין, ובכך ישובו שני הצדדים לעמדות המוצא שלהם קודם פעולת ההשבחה. אחת העמדות בוויכוח גרסה כי הבעלים אינו יכול לדרוש זאת, כיוון שהחומרים איבדו מערכם בעקבות שילובם בבניין. לכן דרישתו של הבעלים להסרת החומרים לא תשיב את המצב לקדמותו, אלא תפגע במשביח.⁵³

ויכוח זה עומד ברקע גישתו של הרא"ש לזכותו של בעל הנכס לסרב להשבחה. אמנם עמדתו של הרא"ש בנוגע לשדות הייתה שגם במקרה בו השדה התאים לגידול עצים יכול הבעלים לדחות את ההשבחה אם לא רצה בה. אולם קיים שוני בין שדות לבין מבנים. במקרה של עצים קבע התלמוד כי המשביח אינו רשאי להחליט להסירם, כיוון שהסרתם לאחר ששורשיהם ניוונו מן האדמה תפגע באדמת הבעלים.⁵⁴ קביעה זו של התלמוד איננה תקפה כאשר הבעלים מבקש להסיר את העצים, וזאת מכיוון שהבעלים רשאי להחליט שהוא מוכן לשלם את מחיר הפגיעה באדמתו שתיגרם על ידי עקירת העצים. גם המשביח מצידו אינו יכול להתלונן על עקירת העצים שנטע, כיוון

52 להיבט אחד של המחלוקת, ראו: דברי המהרי"ט, שו"ת מהרי"ט (לעיל הערה 41).
53 פירוש ראב"ד על הרי"ף, ספר ההלכות על בבא מציעא קא, ע"א; שיטה מקובצת על בבא מציעא קא, ע"א. הסוגיה התלמודית דנה במפורש רק במקרה בו המשביח הוא הרוצה לקחת חזרה את חומריו. היא לא התייחסה באופן מפורש לחירותו של הבעלים לדרוש את הסרת חומריו של המשביח. התלמוד קבע לגבי המשביח כי הוא יכול להסיר את חומריו במקרה של מבנה ששופץ, אך לא במקרה של שדה (לעיל בסמוך להערה 24). תפיסתם המוקדמת של הגאונים בבבל הייתה כי העיקרון המנחה את זכותו של המשביח להסיר את חומריו תקף גם כאשר לבעלים. לפיכך, על פי תפיסה מוקדמת זו, בעל מבנה רשאי לדרוש מן המשביח את הסרת חומרי הבניין שלו ששימשו להשבחה. ראב"ד ערער על תפיסה זו. המאירי מסכם מחלוקת זו באופן הבא: "אבל אם אמר בעל הקרקע 'טול עציך ואבניך' לא הוזכר דין זה בגמרא, אבל הסכימו ראשי הישיבות להשוות המדות, ומאחר שיכול הלה לומר 'עצי ואבני אני נוטל', אף הוא יכול לומר: 'טול עציך ואבניך'. ומכל מקום גדולי המפרשים חולקים בה מצד שיש כאן הפסד גדול. וביעצי ואבני אני נוטל' הואיל והוא מוחל הפסדו שומעין לו, אבל ב'טול עציך' ראוי לומר שאין שומעין אלא שיושב בו עד שיתן הוצאותיו או יתן לו כמה שנישום לו." מאירי, בית הבחירה על בבא מציעא קא, ע"א, עמ' 369.

54 ראו לעיל הערה 24.

שהוא מקבלם חזרה במצב שלם. אולם המצב מתהפך כאשר מדובר בהשבחת מבנה שנעשתה באמצעות חומרי בניין. במקרה זה, המשביח הוא שנפגע מפחת בחומריו עקב שילובם בבנייה. לכן, אם המשביח מחליט להסיר את חומריו ולקבל את ההפסד הכרוך בכך, הבעלים אינו יכול למחות על כך. הד לעניין זה ניתן למצוא בקביעת התלמוד כי המשביח רשאי להסיר את חומרי הבניין, אך לא את העצים שנטע, אך הבעלים אינו יכול לכפות הפסד על המשביח בדרישתו להסרת החומרים.

בהתאם לכך פסק הרא"ש כי אף שלא ניתן לחייב את בעל הנכס לקבל את השבחת שדהו על ידי נטיעת עצים, ניתן לחייבו לקבל השבחה של מבנהו. הרא"ש לא הסתפק בקביעה הכללית כי הבעלים אינו יכול לכפות על המשביח הפסד בדרישה להסרת חומריו מהמבנה. הוא גם ציין את התנאים בהם קביעה זו תקפה. הרא"ש הקפיד על כך שהרצון להימנע מפגיעה במשביח לא יבוא על חשבון הבעלים. לפיכך קבע הרא"ש כי לבעלים אסור להסיר את ההשבחה רק כאשר לא נגרם לו הפסד בגינה. לכן, בהתייחסו לתפיסה לפיה הבעלים גורם הפסד למשביח בתביעתו להסרת חומרי הבניין של המשביח מן המבנה המשופץ, כתב הרא"ש:

ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה ויש לו משלו, שראוי לבנות בנין כזה בלא קפוח פרנסתו, דאז [=אם הבעלים מבקש לסלק את ההשבחה] ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין [=המשביח], ואין שומעין לו.⁵⁵

על פניו נראה כי העיקרון המנחה את תפיסתו של הרא"ש הוא יותר נזיקי מאשר שיפויי. נימוקו לכך שהבעלים אינו יכול לדרוש להסיר את החומרים מבוסס על כך שהבעלים אינו יכול לכפות הפסד על המשביח ללא הצדקה ראויה לכך,⁵⁶ אך לא על זכותו של המשביח לקבל שיפוי עבור ההשבחה שהבעלים הפיק. אולם בהקשר הזה, הצד הנזיקי והצד השיפויי כרוכים זה בזה באופן הדוק. הרא"ש מגדיר מהם התנאים לשיטתו בהם הבעלים אינו

55 פסקי הרא"ש על בבא מציעא, פרק ח, כג.

56 הצגתו של הבעלים על ידי הרא"ש כמי ש'תואנה הוא מבקש' להפסיד למשביח קשורה ככל הנראה לדוקטרינת 'שימוש לרעה בזכות' ('כופין על מידת סדום') הקיימת במשפט העברי. על דוקטרינה זו ראו: AARON KIRSCHENBAUM, EQUITY IN JEWISH LAW: HALAKHIC PERSPECTIVES IN LAW, 185-252 (1991).

נפגע מההשבחה ולפיכך גם אינו יכול למחות עליה. בהתקיים תנאים אלה, זכות הבעלים לקבוע את השימוש בנכסיו איננה תקפה יותר, ולכן הוא מתחייב בשיפוי עבור ההשבחה על פי אמת המידה הגבוהה. אף שהנימוק איננו שיפוי באופן מפורש, קיים בו ממד שיפוי.

ממד שיפוי זה משקף את העיקרון המשתמע משיטת הרא"ש. על פי הרא"ש, ניתן לחייב את הבעלים לקבל את ההשבחה כאשר זו לא העמידה אותו במצב פחות טוב ביחס למצבו שלפני ההשבחה. לא סביר לתאר בעלים שמצבו הורע בעקבות ההשבחה כמי ש"תואנה הוא מבקש" כדי להפסיד למשביח. בנסיבות אלו, כל שיעשה הבעלים על-ידי הסרת החומרים הוא מניעת ההפסד שנגרם לו. במילים אחרות, רק במקרים בהם ניתן להתייחס להשבחה כאל רווח שאין לבעלים כל סיבה לדחותו ניתן תוקף להגבלה בדבר גרימת הפסד למשביח. בכך חזר המושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה', שהוצא מדיונו של הרא"ש בהקשר לנטיעת העצים, לדיון בהקשר לשיקום מבנים.

ה. שתי משמעויות למושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה'

אולם, מה נחשבת 'טובת הנאה שאין לכפור בה' על פי שיטת הרא"ש? בהינתן שלשיטתו נטיעת עצים בשדה המתאים לגידול עצים אינה מחייבת את הבעלים בהענקת שיפוי עבור ההשבחה, הרי 'טובת הנאה שאין לכפור בה' אינה תלויה עוד בשימוש האופטימאלי בקרקע. אם כך, איזה סוג של רווח משתמע מדברי הרא"ש? האחרונים הציעו שתי גישות כתשובה לשאלה – גישה מצמצמת וגישה מרחיבה.

בעל ערוך השולחן, רבי יחיאל מיכל הלוי אפשטיין, נקט בגישה מצמצמת. לשיטתו, הבעלים אינו יכול לסרב להשבחה כאשר:⁵⁷

במקום שבית דין רואים שההכרח לבעל הבית לבנות במקום זה לפי מצבו ומצב העיר ובעצמו היה בונה כן, וזה שבנה בנה כהוגן באופן אשר הבעלים בעצמם לא היו בונים טוב מזה.⁵⁸

57 ר' יחיאל מיכל הלוי אפשטיין, ערוך השולחן, חושן משפט, סימן שעה, סעיפים י-טז.
58 שם, סעיף יא. במילים 'לפי מצבו' מתכוון אפשטיין לכך שהבעלים צריך להיות מסוגל

קבלת ההשבחה נכפית על הבעלים אך ורק כאשר המשביח הקדים במעשה ההשבחה את אשר הכרחי ובלתי נמנע שהבעלים בעצמו היה עושה. שיקול זה בלתי-תלוי בשימוש האופטימאלי בנכס. הבעלים רשאי לדרוש מהמשביח לסלק את העצים שננטע, גם בשדה שנטיעת עצים היא השימוש האופטימאלי בו, כיוון שתמיד קיימת האפשרות שהבעלים מעדיף גידול תבואה על פני גידול עצים בשדה.⁵⁹ עובדת התאמתו של השדה לגידול עצים אינה הופכת את העצים לחיוניים עבור הבעלים. כל עוד בעל השדה יכול להציע אפשרות סבירה לשימוש בשדה כתחליף להשבחה, ניתן לדחות את ההשבחה. לפיכך, בעל ערוך השולחן מאפשר התערבות של המשביח בחירותו של הבעלים לקבוע את השימוש בנכסיו רק כאשר התערבות זו מתאימה לפעולה שהייתה נעשית על ידי הבעלים בכל מקרה.

בעל ערוך השולחן מדגים את האבחנה בין השבחה הכרחית ובין השבחה שאינה הכרחית באמצעות תשובת הרא"ש. תשובה מאלפת זו ראויה לציטוט בשלמותה:⁶⁰

ראובן היו לו בתים, והלך מעירו ובא שמעון ודר בהם, וראה שהיה הבית רעוע ונטוי ליפול, ובנה בו והחזיקו והצילו מסכנת נפילה וסיידו וכיידו, וכשבא ראובן הוציא לשמעון מביתו כי אמר שבתחילה נכנס שלא ברשות, אם חייב ליתן לשמעון השבח? כי אילו לא בנאו היה נופל, או אם אין לו אלא הוצאה. תשובה: כיון שהיה רעוע וקרוב ליפול, אין ראובן יכול להוציאו עד שיתן לו כל יציאותיו שהוציא להחזיק הבית ולהצילו מנפילה. אבל מה שבנה שלא היה צורך לבנות, כגון שבנה חדרים וסייד וכייד, זה עשה להנאת עצמו ואין ראובן חייב לפרעם לו, אלא אומר לו: טול עצך ואבניך, ושומא זו תהיה על פי בנאין שיראו מה שהיה צריך שמעון מחמת נפילה להוציא וישימו אותו, וכשראובן נותן לשמעון זה אז

לשלם עבור ההשבחה. אם לבעלים אין אמצעים לשלם עבור ההשבחה, הוא יכול לדרוש מן המשביח לסלק את חומריו או לקנות את הנכס במחיר השווה לערכו טרם ההשבחה. במילים "ומצב העיר" מתכוון אפשטיין לכך שהבניין צריך לעמוד באמות המידה המקובלות במקום, כפי שספרי הלכה מוקדמים התייחסו לבנייה במגרש, "והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום", רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק י', הלכה ו'; ר' יוסף קארו, שו"ע, חו"מ, סימן שעה, סעיף ז.

59 ר' יחיאל מיכל הלוי אפשטיין, ערוך השולחן (לעיל הערה 57).

60 התשובה מובאת מן הטור, חושן משפט, סימן שעה.

יצא שמעון מבית ראובן. עוד שאל השואל: ילמדנו רבינו, למה לא נחשוב בנין המועיל אע"פ שאינו סכנה, ועוד כי הסיד הוא היה בבתים, ומקודם לכן ומבפנים לסיד היה הכותל מעופש ורעוע, והוצרך שמעון להרוס הסיד כדי לתקן הקיר ותקנו כמו שהיה קודם לכן ותקן שערים וחלונות וגגות הדולפין ומנעולים. תשובה: כל בנין שאינו סכנה שהבית היה יכול להתקיים ולעמוד ולהשמר מנפילת קלקול למה נחייב לבעל הבית לפרוע? יכול לומר: איני רוצה להוציא מעותי בו, כיון שהבית היה יכול להתקיים בלי אותו בנין, אם בנית להנאתך טול עצך ואבניך.

תשובה זו מציגה אבחנה ברורה בין ההכרחי לקיומו של אובייקט שהושבח לבין שיפור מצבו של האובייקט. לא ניתן לדעת בוודאות שהבעלים רוצה בשיפור מצבו של האובייקט, אף אם ההשבחה מחזירה את האובייקט למצבו לפני שהחל להחמיר. על מנת להציל את הבית מהתמוטטות היה על המשביח להסיר את הטיח, ולכן זכותו לדרוש את ההוצאות בגין עבודה זו. אך אף על פי כן אין לו זכות לדרוש כסף מבעל הבית עבור טיוח הבית מחדש, זאת משום שהבית יכול להתקיים אף בלא טיח. לפיכך רשאי הבעלים לדרוש מן המשביח הסרת הטיח, אף על פי שהדבר יגרום להפסד של המשביח כיוון שטיח שהוסר אינו ראוי לשימוש נוסף. אולם ניתן לחייב את הבעלים לשפות את המשביח עבור כל אותם היבטים בעבודת השיקום שהיו הכרחיים לשימור הבית מפני התמוטטות. הרווח מחלקים אלו מהווה 'טובת הנאה שאין לכפור בה', לפיכך יהיה זה בלתי צודק מצדו של הבעלים לנצל את העובדה שהמשביח העניק רווח זה מיוזמתו ולא להשיבו לו. כפי שמציין ערוך השולחן בבארו את התשובה: "רואין הבית דין אם דבר זה היה הבעל הבית מוכרח לעשות – שמין לו וידו על העליונה, דנהי דירד שלא ברשות מכל מקום הרי עשה לו טובה ולמה יפסיד".⁶¹ הרא"ש, וערוך השולחן בעקבותיו, סבורים כי ניתן לייחס לבעלים, בביטחון רב, את השאיפה לשימור נכסיו. לפיכך אין לבעלים סיבה לגיטימית לפגוע במשביח באמצעות חיובו להסיר את חומריו מן המבנה. הבעלים מרוויח משימור נכסיו, ולכן המשביח זכאי לשיפוי עבור ההוצאות הכרוכות בהשגת מטרה זו. מתשובה זו נובע כי במקרה של מבנים אף שהרא"ש לא איינן לגמרי את מושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה' (כפי

61 ר' יחיאל מיכל הלוי אפשטיין, ערוך השולחן, סימן שעה, יב.

שעשה במקרה נטיעת העצים), מכל מקום, הוא צמצם את הבסיס לתביעת השיפוי מצידו של המשביח לנסיבות בהן הפגיעה בחופש הבחירה של הבעלים איננה משמעותית. הבעלים משלם אך ורק עבור העבודה שהייתה נדרשת בכל מקרה על מנת להציל את המבנה מקריסה.

בניגוד לתפיסתו המצמצמת של ערוך השולחן את המושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה', עומדת תפיסתו המרחיבה של רבי אברהם קרליץ, החזון איש.⁶² על פי החזון איש, הבעלים חייב לקבל כל השבחה המעלה את ערך הנכס ולשפות את המשביח עבורה על פי אמת המידה הגבוהה, אלא אם כן יש לבעלים סיבה מהימנה לדחות את ההשבחה. את מה שהמשפט המקובל מכנה 'טובת הנאה שאין לכפור בה' מגביל ערוך השולחן רק למה שהיה הכרחי מכורח הנסיבות. החזון איש, לעומתו, מרחיב את המושג כך שיכלול את כל מה שמעלה את ערך הנכס מבלי לגרום לפגיעה אמיתית בבעלים.

תפיסתו זו של החזון איש בנוגע לנסיבות בהן הבעלים מחויב לקבל את ההשבחה עולה מהמשגה מחודשת של משמעות היות השדה מתאים לנטיעת עצים. לשיטתו, שדה אינו נחשב כמתאים לנטיעת עצים משום שגידול עצים הוא שימוש אופטימאלי בו, אלא מכיוון שערכו של שדה נטוע גבוה יותר מערכו כשדה תבואה. לפי ראייתו זו של החזון איש, ההבדל בין שדה העשויה ליטע לבין שדה שאינה עשויה ליטע מתמצה בערך אובייקטיבי כלכלי גבוה יותר של שדה נטוע. אם ההשבחה מעלה את ערך השדה, אנו מניחים כי הבעלים רוצה בהשבחה, ולכן הוא מחויב בשיפוי המשביח על פי אמת המידה הגבוהה. באופן דומה, אם הבעלים גילה דעתו כי הוא רוצה בהשבחה – כפי שקרה במקרה שהובא בפני רב כשהבעלים הקים גדר ושמר על העצים – אזי על הבעלים לשלם על פי אמת המידה הגבוהה גם במקרה בו ההשבחה לא העלתה את ערך השדה. מהות העניין היא הרווח שהפיק הבעלים, רווח זה בא לידי ביטוי או בעלייה אובייקטיבית בערך הנכס או בהתנהגות המגלה את רצון הבעלים בהשבחה, גם אם זו לא העלתה את ערך הנכס.

למושג זה, של רווח אובייקטיבי הבא לידי ביטוי בעליית ערך או בהתנהגות, הוסיף החזון איש סייג חשוב: כאשר לבעלים יש סיבה מהימנה לכך שאינו רוצה בהשבחה המעלה את ערך הנכס, הוא יכול לסרב לשלם

62 ר' אברהם קרליץ, חזון איש, חושן משפט בבא בתרא, ב, ג.

עבורה ולדרוש את הסרת החומרים ששימשו לעשייתה. השאלה אם טענתו של הבעלים במקרה כזה אכן נטענת בתום לב דורשת, על פי שיטתו של החזון איש, בחינה בכלים אובייקטיביים. החזון איש היה דוחה את ההצעה לפיה ראייה סובייקטיבית של הבעלים את ההשבחה כפיחות בערך הנכס פוטרת אותו מאחריות כלפי המשביח.⁶³ אליבא דחזון איש, המשפט העברי אינו מייחס, ומעולם לא ייחס, חשיבות לדחיית ההשבחה על ידי הבעלים על בסיסן של "סיבות פרטיות שלו".⁶⁴ חירותו של הבעלים לקבוע את השימוש בנכסיו איננה מוחלטת. היא חייבת לשקף סיבה משיעית רצון בכדי לאפשר דחיית השבחה אשר מעלה את ערך הנכס. "נראה דהכל לפי ראות עיני הדיין אם באמת לא ניחא ליה בשבחה או שאומר לדחותו".⁶⁵ החזון איש אפילו מפרש מחדש את הוויכוח שבין הרא"ש ובין פרשני התלמוד שקדמו לו לגבי חובתו של בעל שדה הראוי לנטיעה לקבל את העצים שניטעו בשדהו. על פי החזון איש, שורש הוויכוח אינו נעוץ בעקרונות משפטיים שונים אלא בעובדות שונות. קודמיו של הרא"ש, אשר גרסו כי ניתן לחייב בעלים של שדה המתאים לנטיעה בתשלום שיפוי עבור ההשבחה, התייחסו אך ורק למקרה שבו "[ש]אין לבעל השדה אמתלא וטעם מפני מה לא היה רוצה לנוטעה, ואנו רואים את תשובתו טול נטיעותך רק להכעיס את היורד, כעין 'גם לי גם לך לא יהיה' או כדחיה שלא לשלם, אבל אם הדבר אמת שאינו חפץ בנטיעותיו אלא רוצה בעקירתן דינו כשדה שאינה עשויה ליטע".⁶⁶ באופן דומה, כאשר הרא"ש קבע כי הבעלים רשאי לדחות את ההשבחה, הוא התייחס למקרה בו יש לבעלים סיבה אמיתית לכך שהוא מבכר את שדהו במצבו הלא-מושבח. בהתאם לכך רואה החזון איש בקביעתו של הרא"ש לגבי שיפוץ מבנים⁶⁷ המחשה של עקרונות אלה. כפי שהוזכר לעיל, למרות שככלל הרא"ש גורס שהבעלים רשאי לדחות השבחה שנעשתה ברכושו שלא מדעתו, ברם כאשר מדובר במבנה ששופץ ללא אישור הבעלים סובר הרא"ש שאין הבעלים רשאי לדחות את ההשבחה אם ברור שאין לו סיבה אמיתית לכך, וכי למעשה כל

BIRKS, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION, *supra* note 2. 63

ר' אברהם קרליץ, חזון איש (לעיל הערה 62), פסקה שנייה. 64

שם, בבא קמא, כב, ו. 65

שם, בבא בתרא, ב, ג. 66

פסקי הרא"ש לבבא מציעא (לעיל הערה 55). 67

שהוא מחפש היא אמתלה להסב הפסד למשביח. החזון איש מדגיש כי הרא"ש מציין שתי נסיבות המייצגות סיבות אמיתיות לחוסר רצון לקבלת המבנה המשופץ. האחת: המבנה היה כבר בשימוש לצורך מטרה אחרת על ידי הבעלים קודם ההשבחה, כך ששימוש קדום זה יכול היה לייצג את רצונותיו האוטנטיים של הבעלים בנכס. השנייה: ההשבחה פגמה באורח חייו של הבעלים. פירושו של דבר, על פי החזון איש, שהבעלים אינו יכול להרשות לעצמו לשלם עבור ההשבחה. אולם, אם למרות הנסיבות הללו עבר הבעלים להתגורר במבנה המשופץ, ניתן לראות זאת כהתנהגות הממחישה את קבלת ההשבחה על ידי הבעלים, ובכך מטילה חיוב בשיפוי על פי אמת המידה הגבוהה.⁶⁸

לסיכום, המשפט העברי מתייחס בשלושה אופנים שונים למושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה' המוכר לנו מן המשפט המקובל. האופן המוקדם ביותר הוא שניתן לחייב את הבעלים לקבל השבחה המביאה את הנכס למיזוי אופטימאלי. תפיסה זו נדחתה על ידי הרא"ש, שגרס כי ללא תלות בסוג הנכס ובשימוש האופטימאלי, לבעלים שמורה החירות להורות למשביח להסיר את ההשבחה. בהקשר לשיפוץ מבנה, סייג הרא"ש את דבריו וקבע שחירותו האמורה של הבעלים נסוגה במקום בו ברור שהוא מנצל אותה אך ורק כדי לגרום הפסד למשביח. סייג זה אפשר יצירה מחודשת של מושג 'טובת הנאה שאין לכפור בה'. צורה אחת שלבש המושג המחודש 'טובת הנאה שאין לכפור בה' הייתה תפיסה מחמירה שאסרה על הבעלים להתנגד להשבחה רק כאשר היא הכרחית (ערוך השולחן). הצורה האחרת הייתה תפיסה ליברלית יותר שעל פיה הבעלים חויב לקבל כל השבחה שהעלתה את ערך רכושו כל עוד לא הייתה לו סיבה אמיתית לדחותה (החזון איש).

68 ר' אברהם קרליץ, חזון איש, ב, ו (לעיל הערה 62). לצורך הצגה שלמה של שיטתו של החזון איש ארצה לעמוד על מורכבות נוספת הקיימת בה. לאחר שהגדיר מחדש את מושג 'שדה העומד ליטע' במונחים של עלייה בערך הקרקע, ניצב החזון איש בפני הקושי להסביר, על פי שיטתו, את החלוקה הקיימת בתלמוד ובתפיסת המסורת המשפטית בין שדה המתאים לנטיעת עצים ובין שדה שאינו מתאים לנטיעת עצים. שהרי לשיטתו, אבן הבוחן איננו סוג השדה העומד לדיון, אלא השאלה האם הבעלים הרוויח מהשבחת שדהו, רווח הבא לידי ביטוי בעלייה בערך השדה או בהתנהגות הבעלים כלפיו. פתרונו של החזון איש לקושי זה היה כי גם כאשר הבעלים רוצה לדחות את ההשבחה, מסיבה אמיתית, ייתכן ויבחר לבסוף לא לדחותה. במצב מעין זה עובדת התאמתו של השדה לנטיעת עצים (המתבטאת לשיטתו בעליית ערך הקרקע) תקבע את גובה השיפוי שניתן למשביח. ראו: ר' אברהם קרליץ, חזון איש, ג, ד (לעיל הערה 62).

ו. סיכום

במאמר זה עקבתי אחר הקווים העיקריים בהתפתחות המשפט העברי בנושא 'השבחה שלא מדעת'. נקודת המוצא של התפתחות זו היא התמודדותו של רב, המובאת בתלמוד, עם בעל שדה שניטעו בשדהו עצים שלא מדעתו. בעקבות המקרה עלו דיונים אשר עסקו בהבדל שבין 'ידו על העליונה' ל'ידו על התחתונה'; במשמעות של השבחה המביאה את הנכס למיצוי אופטימאלי; ובתנאים הדרושים על מנת לחייב את הבעלים בקבלת השבחה.

התייחסותה של הסוגיה התלמודית למקרה של עצים שניטעו בשדהו של אדם אחר והתורה המשפטית הנובעת ממנה נראים, מנקודת מבטו של המשפט המקובל, תמוהים מכמה היבטים. העיקרי שבהם הוא שלכל אורך הסיפור התלמודי רב מנסה (ואף מצליח לבסוף) לגרום לבעל השדה לשלם עבור ההשבחה. בעיניו של המשפט המקובל נראית דאגה זו למשביח שלא במקומה. נוטע עצים בשדה, בידיעה שהשדה שייך לאדם אחר, הוא מועמד מאוד לא ראוי לקבלת שיפוי. המשפט המקובל ראה בו אדם המתערב בעניינים לא לו, או לכל היותר מתנדב גרידא. על פי המשפט המקובל, ברור שהבעלים הוא שיכול לקבוע האם לנטוע עצים בשדהו. הנחתו הבסיסית של רב, כבר בתחילת הדרך, כי צריך להעריך את השיפוי שיתן הבעלים עבור העצים, נראית לפיכך תמוהה מנקודת מבט זאת.

תמיהה שנייה שמעוררת עמדת המשפט העברי היא העדיפות שהוא נותן למשביח המודע על פני המשביח התמים, שאינו מודע. רק המשביח המודע לכך שהרכוש המושבח שייך לאדם אחר יכול לתבוע שיפוי עבור עבודתו על פי אמת המידה הגבוהה, אשר בנסיבות מסוימות תזכה את המשביח בחלקו בתפוקה ובנסיבות אחרות תאפשר לו לקבל חזרה את הוצאותיו מתוך הערך העודף של הנכס בעקבות השבחתו. קביעה זו נובעת מכך שעל פי המשפט העברי הבסיסי לשיפוי מסוג זה נקבע על פי גובה התשלום שהיה הבעלים מוכן לשלם עבור ההשבחה, מדידה מעין-חוזית המניחה מראש כי המשביח מספק שירות לבעלים, ואינו אך ורק מתערב הטועה בהבנת החירויות השמורות לבעלים.

תמיהה שלישית שמעוררת עמדת המשפט העברי היא גישתו למצבים בהם ניתן להסיר את החומרים ששימשו להשבחה (כגון: העצים במקרה של נטיעת העצים בשדה, העץ והאבן במקרה של המבנה הרעוע). עיסוקו של המשפט המקובל בנושא מתמצה בשאלתו המפורסמת של השופט ברוך פולוק "One cleans another's shoes; what can the other do but put them on?"⁶⁹ זאת משום שהוא מניח שהשבחה כרוכה ברכוש הבעלים באופן שאינו ניתן להפרדה. במשפט העברי, לעומת זאת, מבטאת אמירתו של הבעלים למשביח "טול עציך ולך" את זכותו לדחות את ההשבחה. עניין זה מבטא באופן חלקי את התפיסה שלפיה גם לאחר צירוף החומרים למבנה של הבעלים או לאדמתו, הבעלות עליהם עוברת רק לאחר שהבעלים הציע לשלם עבורם, ובכך הראה שהוא מקבל את ההשבחה.⁷⁰ בראייה מעמיקה יותר, עניין זה משקף מחויבות להשבת שני הצדדים למצב בו היו טרם ההשבחה, או לפחות מחויבות למנוע מן הבעלים דחייה לכאורה של ההשבחה, בעוד שבפועל הוא נהנה ממנה. כאשר חכמי המשפט העברי דנו ברווחים שאינם ניתנים להסרה (הדוגמה הקלאסית לכך היא צביעת צמר השייך לאדם אחר), הם אימצו גישה דומה לגישתם כלפי רווחים הניתנים להסרה: ככלל הבעלים צריך לשלם, אלא אם כן ישנה סיבה טובה להניח כי ההשבחה לא היוותה רווח עבורו.⁷¹

ייתכן כי מנקודת מבטן של מערכות משפט שאינן המשפט המקובל לא ייראו העמדות הנזכרות של המשפט העברי מתמיהות כלל. אפשרות הסרת השבחה כאשר הבעלים איננו אחראי עבורה הוזכרה על ידי המשפטן הרומי צלזוס במאה השנייה לספירה, והיא נוכחת במשפט הגרמני בן זמננו, ואף הוצעה לשימוש במשפט המקובל.⁷²

הבדלים אלו בין המשפט המקובל ובין המשפט העברי מסווים דמיון חשוב בין מערכות משפט אלו. אף ששיטות המשפט נבדלות בצעדים

69 Taylor v. Laird, 156 E.R. 1203 (1856).

70 חידושי הרשב"א על בבא מציעא קא, ע"א (לעיל הערה 11).

71 ר' יעקב לורברבאום, נתיבות המשפט על שולחן ערוך, סימן שעה; ר' אברהם קרליץ, חזון איש, ב, ו (לעיל הערה 62).

72 Dirk A. Verse, *Improvement and Enrichment: A Comparative Analysis*, 6 RESTIT. L. REV. 85, 88, 102-103 [1998].

הספציפיים אותם הן נוקטות בטיפולן בנושא 'השבחה שלא מדעת', מכל מקום, כל אחת מהן, בדרכה שלה, נענית לאותו אתגר. מערכת רציונאלית של משפט פרטי, כבואה לדון בהשבחה שלא מדעת, שואפת לפשר בין חירותו של הבעלים לקבוע את השימוש בנכסיו ובין תביעתו של המשביח שלא לאפשר לבעלים להתעשר על חשבוננו באופן בלתי הוגן. כפי שצוין בהקדמת המאמר, שאיפה זו דורשת התייחסות לשתי שאלות. הראשונה היא האם ההשבחה ניתנה כמתנה מן המשביח לבעלים. אם אכן זו מתנה, המשביח אינו יכול לטעון כי שימוש הבעלים בה הוא בלתי הוגן. במקרה בו אנו מניחים שההשבחה איננה מהווה מתנה מצדו של המשביח, מתעוררת השאלה השנייה, והיא האם ניתן, באופן סביר, לייחס לבעלים קבלה של ההשבחה. אם אכן ניתן לייחס לו קבלה, הרי שאין חוסר צדק בחיוב הבעלים לשפות את המשביח. השאלה הראשונה מכוונת אותנו לשקול האם המשביח פעל מתוך כוונה אלטרואיסטית לתרום לבעלים. השאלה השנייה מכוונת אותנו לשקול מה הם התנאים בהם השבחה שלא מדעת תעלה בקנה אחד עם האוטונומיה של הבעלים כלפי רכושו הפרטי. שתי שאלות אלו יחד מאששות את התפיסה של צדק מתקן במשפט הפרטי. זאת על ידי ההתעקשות של המשפט שהעברת הרווח מהמשביח לבעלים, הן ההענקה שלו והן הקבלה שלו, תבטא את בחירתם החופשית של שני הצדדים.

טיפולו של המשפט בשתי הסוגיות הללו, למרות היותו מבוסס על אירועים ספציפיים הקשורים לעסקה שהתבצעה, אינו מתרכז בעובדות אלא בבניית הדוקטרינה המשפטית הקשורה בהן. על מנת לעשות זאת, המערכת המשפטית אינה שואפת אך ורק לקבוע מה קרה, אלא מנסה להבין את הקטגוריות המשפטיות הרלוונטיות למקרה, ולאורן לייחס משמעות להתנהגות הצדדים המעורבים בו. ייתכן שמערכות משפט שונות הניגשות לטפל באותה סוגיה יחלקו באופן משמעותי בבניית הקטגוריות המשפטיות שלהן, או במשמעות שהן מייחסות להתנהגות הצדדים, או בהבנתן את הקשרים בין ההתנהגות ובין הקטגוריות.

עניין זה מודגם באופן דרמטי בהתייחסותם המנוגדת של המשפט העברי והמשפט המקובל לכוונת ההתנדבות המיוחסת למשביח. שתי מערכות המשפט עוסקות באותה שאלה – האם ניתן להתייחס להשבחה שנעשתה שלא מדעת הבעלים כאל מתנה במקום שהמשביח ידע שהוא משביח את

נכסיו של אדם אחר – אך מפתחות תשובות שונות. המשפט המקובל מייחס לצדדים את הידיעה כי רק הבעלים יכול לקבוע את השימוש בנכסיו. לכן, בעיני המשפט המקובל, המייחס למשביח כוונה אלטרואיסטית, לקיחת הסיכון שלא לקבל שיפוי כלולה בכך. כתוצאה מכך, התנדבות או התערבות מהווה מכשול משמעותי העומד בפני תביעתו של המשביח לשיפוי. המשפט העברי, לעומת זאת, אינו מתייחס למשביח כאל לוקח סיכון, אלא מתייחס באופן ממוקד יותר לכוונתו, או לכוונתו המשווערת, של המשביח. לפיכך, המשפט העברי מניח כי המשביח לא פעל מתוך כוונה אלטרואיסטית. כתוצאה מכך, המחסום המוצק היחידי העומד בפני הטלת אחריות על הבעלים עבור השבחה שלא מדעת במשפט העברי הוא השאלה השנייה, העוסקת בקביעת התנאים בהם, באופן סביר, ניתן לייחס לבעלים את קבלת ההשבחה.

אין זה מפתיע, אם-כן, כלל ועיקר, כי במשך יותר מאלף ושמונה מאות שנים של דיונים מתועדים בנושא השבחה שלא מדעת שכלל המשפט העברי את מגוון העמדות בנושא, עמדות שהותו במאמר זה. דיונים אלו מתמקדים בשימוש האופטימאלי של הנכס שהושבח, או בצורך בהשבחה, או במידת הכנות ותום לב שבדרישת הבעלים לדחות את ההשבחה. בניגוד לכך, המשפט המקובל נמצא בתחילת דרכו בפיתוח ובשכלול מושג ה'השבחה שלא מדעת'. זאת מכיוון שדיני ההשבה במשפט המקובל החלו להתפתח בשלב מאוחר יחסית, וכן בגלל האפקט המסנן של תפיסת ההתנדבות במשפט המקובל. אולם כעת, עם ההתעניינות ההולכת וגוברת של המשפט המקובל בדיני השבה, יכולים אנו, משפטני המשפט המקובל, להזדהות עם התובנות שבוטאו בתשובתו של המהרשד"ם, חכם בן המאה ה-16, בנוגע לסוגיית היורד לשדה חברו: "ואין לי פנאי להאריך באלו הדברים כי יש חילוקים רבים והשואל נחוץ".⁷³

73 שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן רכו.