

בעד הרחבתה של חובת ההשבה

מאת
אריאל פורת*

תקציר

לעיתים אדם פועל לקידום האינטרסים שלו תוך יצירת השפעות על אחרים בלא הסכמתם. השפעות אלה יכולות להיות שליליות (החצנות שליליות), כלומר שהוא גורם נזק לאחרים, ויכולות להיות חיוביות (החצנות חיוביות), כלומר שהוא יוצר טובות-הנאה לאחרים. מן הבחינה הכלכלית יש לכאורה טעם בכך שיוצר הנזקים או טובות-ההנאה יפנים אותם. הפנמת נזקים וטובות-הנאה מבטיחה לכאורה שהפעילות שבה מדובר תהיה יעילה. בפועל, עמדת המשפט כלפי נזקים שונה לחלוטין מעמדתו כלפי טובות-הנאה. בעוד יוצרי נזקים (או יוצרי נזקים עוולתיים) נדרשים לעיתים קרובות לשאת בהם וכך להפנים אותם, יוצרי טובות-הנאה אינם זכאים לתשלום בגין טובות-ההנאה שהם יוצרים, אלא במקרים חריגים.

המאמר בוחן באופן ביקורתי סיבות אפשריות לעמדה שונה זו של המשפט כלפי נזקים וכלפי טובות-הנאה, ומציע הסבר משלו לכך. לאחר-מכן המאמר ממשיך ומציע לשנות את הכלל הנוהג ולהכיר בחובה רחבה של השבה, שעל-פיה, בהתקיים תנאים מסוימים, נהנים יהיו חייבים לפצות את המיטיבים בגין טובות-ההנאה שבה זכו, וזאת אף-על-פי שזו ניתנה מרצון ומבלי שהתבקשה.

א. מבוא

ב. מקרה טובת-ההנאה לעומת מקרה הנזק

1. "טובות-הנאה שלא התבקשו" על-פי המשפט הנוהג
2. כללי האחריות בדיני נזיקין

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט פרטי ע"ש אלן פוהר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לאריה אדרעי, דוד אנוך, אורן בר-גיל, אהוד גוטל, דיוד גילה, זוהר גושן, עופר גרוסקופף, חנוך דגן, שי וזנר, אדם חופרי, אבי טבה, דורון טייכמן, ברק מדינה, יורם מרגליות, תמנע פורת, רונן פרי, רועי קרייטנר ויוסף רו על הערותיהם החשובות. כן אני מודה לעמרי ידלין, סול לבמור, עוזי סגל, אריק פוזנר וגדעון פרחומובסקי על שיחות פוריות. לבסוף, אני מודה לאריק ברנאייזן על עזרתו החשובה במחקר וכן לחברי מערכת עיוני משפט יונתן בן-שושן, אירית ברודסקי, רותם לבנון ואדיר ונונו על הערות מפורטות ומעמיקות שזכיתי לקבל מהם.

3. סיבות אפשריות לאי־הכרה בחובה רחבה של השבה
 - (א) פגיעה באוטונומיה של הנהנים
 - (ב) פגיעה בשווקים
 - (ג) הערכות־יתר של טובת־ההנאה ואי־יעילות ex post
 - (ד) עלויות הוכחה וגבייה
 - (ה) הערכות־יתר והערכות־חסר של טובת־ההנאה ואי־יעילות ex ante
 - (ו) תפקידה של הרשות הציבורית
4. טובת־הנאה הכרוכה בגרם נזק
5. פיצוי לעומת השבה: כוח וטו וסחטנות לעומת טפילות
 - (א) מקרי נזק שבהם לניזוקים יש זכאות לא להיפגע לעומת מקרי טובת־הנאה
 - (ב) מקרי נזק שבהם למזיקים יש זכאות להזיק לעומת מקרי טובת־הנאה
- ג. היקף החובה הרחבה של ההשבה
 1. הוצאות עסקה
 2. סיכון הערכת־היתר של טובת־ההנאה ודרכים להקטנתו
 3. עלויות הוכחה וגבייה
 4. מנגנון השוק
 5. הרשות הציבורית
 - (א) מידע
 - (ב) החצנות שליליות
 - (ג) מימון
6. היש מקום לתנאי שמירת הקיים ולתנאי האינטרס העצמי?
- ד. סיכום ומסקנות

א. מבוא

לעיתים אדם פועל לקידום האינטרסים שלו תוך יצירת השפעות על אחרים בלא הסכמתם. השפעות אלה יכולות להיות שליליות (החצנות שליליות), כלומר שהוא גורם נזק לאחרים, ויכולות להיות חיוביות (החצנות חיוביות), כלומר שהוא יוצר טובת־הנאה לאחרים. מן הבחינה הכלכלית יש לכאורה טעם בכך שיוצר הנזקים או טובת־ההנאה יפנים אותם. הפנמת נזקים וטובות־הנאה מבטיחה לכאורה שהפעילות שבה מדובר תהיה יעילה. בפועל, עמדת המשפט כלפי נזקים שונה לחלוטין מעמדתו כלפי טובות־הנאה. בעוד יוצרי נזקים (או יוצרי נזקים עוולתיים) גדרשים לעיתים קרובות לשאת בהם וכך להפנים אותם, יוצרי טובות־הנאה אינם זכאים לתשלום בגין טובות־ההנאה שהם יוצרים, אלא במקרים חריגים. במרכז מאמר זה תוצג הטענה כי עמדת המשפט אינה מוצדקת ומחייבת שינוי. מוצע להכיר בחובה רחבה של השבה, שעל־פיה, בהתקיים תנאים מסוימים, נהנים יהיו חייבים לפצות את המיטיבים בגין טובת־ההנאה שבה זכו, וזאת אף־על־פי שזו ניתנה

מרצון ומבלי שהתבקשה (להלן: טובת־הנאה שלא התבקשה). הדוגמה הבאה (שתכונה להלן "דוגמה 1" או "דוגמת הבנייה") תמחיש את הבעיה שבה עוסק המאמר.

דוגמה 1: בניית מבנה – נניח שראובן (המיטיב) רוצה להקים על מקרקעיו מבנה בעלות של 15. התועלת הצפויה לראובן מן המבנה היא 10, אך בני־אדם הגרים בקרבת מקום (הנהנים) צפויים אף הם לזכות בטובת־הנאה של 10. ראובן יכול לנסות להתקשר בחוזה עם הנהנים ולגבות מהם תשלום בעבור טובת־ההנאה שיזכו בה מהקמת המבנה. אם יצליח ראובן לגבות מן הנהנים סכום הגבוה מ־5, יהיה לו תמריץ להקים את המבנה. אולם ייתכן שעלויות העסקה שבין ראובן לבין הנהנים יהיו גבוהות, ועל־כן לא יצליח ראובן להגיע להסכמה כלשהי איתם. בין היתר יש להניח כי רבים מבין הנהנים ינסו להיות "טפילים" על השקעתם של ראובן ושל הנהנים האחרים שיסכימו לשלם לו בגין טובת־הנאתם. זאת, מתוך מחשבה שאם יוקם המבנה, הם יוכלו ליהנות ממנו אף אם לא ישלמו דבר. אם לא יצליח ראובן לגבות מן הנהנים סכום הגבוה מ־5, לא יוקם המבנה, אף שהדבר היה תורם לרווחתם של כל הנוגעים בדבר, כמו־גם לרווחת החברתית הכוללת. תוצאה בלתי־יעילה זו הייתה נמנעת אילו עמדה לראובן עילת תביעה נגד הנהנים בגובה טובת־ההנאה שבה זכו – או למעשה בכל סכום הגבוה מ־5 – אף אם לא הגיע איתם לכלל הסכמה על כך. המשפט הנוהג אינו מכיר בעילת תביעה כזו. דיני עשיית עושר ולא במשפט מאפשרים אומנם למיטיב לתבוע מן הנהנה, במצבים מוגדרים, את טובת־ההנאה שזכה בה, אך אינם מכירים בחובה רחבה של השבה בגין טובת־הנאה שנוצרו באופן רצוני על־ידי המיטיבים בלא הסכמתם של הנהנים. בכך המשפט מסרב להכיר בעיקרון של הפנמת טובת־הנאה, ומונע במקרים רבים השגת יעילות כלכלית.

בתחום דיני הנוזיקין מתעוררת בעיה דומה, הזוכה בפתרון שונה לחלוטין. מזיק אשר מפיק תועלת של 10 מפעילותו המזיקה אך יוצר נזקים עולתיים שתוחלתם 5 יורשה להמשיך בפעילותו מבלי לקבל מראש את הסכמתם של הנוזקים, אך יחויב לשאת בנזקה.¹ במקרי נזק, אם כן, בדומה למקרי טובת־הנאה, המשפט מאפשר למוזיקים להשפיע באופן חד־צדדי על אינטרסים של אחרים, אך להבדיל ממקרי טובת־ההנאה, המשפט משלב הרשאה זו עם עיקרון של הפנמת נזקים (או נזקים עולתיים), וכך מקדם יעילות כלכלית. לכאורה, גישה כלכלית אחידה הייתה מרשה למוזיקים ולמיטיבים ליצור באופן חד־צדדי השפעות על אחרים, תוך חיובם להפנים את הנזקים או את טובת־ההנאה. השאלה

1 נדמה שהאמור בטקסט אופייני למשטר משפטי של אחריות מוגברת, ולא למשטר משפטי של רשלנות. זאת, מכיוון שבמשטר משפטי של רשלנות, כאשר עלות מניעת הנזק היא 10 ותוחלתו היא 5, אי־מניעה אינה מהווה רשלנות (על־פי התפיסה הכלכלית). ועל־כן המזיק לא יחוב בנזק, אם ייגרם. אלא שגם במשטר משפטי של רשלנות מוטלת לא אחת אחריות על המזיק, אף שמניעה מוחלטת של נזקים "רשלניים" אפשרית רק בעלות הגבוהה בהרבה מתוחלת הנזק. כך, למשל, הדרך היחידה להימנע לחלוטין מסיכון של גרם נזקים רשלניים בנהיגה ברכב היא להימנע מפעילות זו לחלוטין, אך נראה שטיעון מעין זה לא ישכנע בית־משפט הפועל במשטר משפטי של רשלנות להימנע מלהטיל אחריות על הנוהג הרשלן. ראו ביתר פירוט להלן תת־פרק 2.

המתבקשת היא מדוע גישת המשפט שונה ביחס לשני סוגי המקרים. למרבה הפלא, שאלה זו נידונה אך מעט בספרות המשפטית.² גישה שאינה כלכלית עשויה לא למצוא עניין רב בהשוואה בין מקרי טובת-ההנאה לבין מקרי הנוק, מתוך הנחה שמלכתחילה אין כל דמיון ביניהם.³ הגישה הכלכלית, לעומת זאת, עשויה להתקשות במתן תשובה משכנעת לשאלה זו.

בפרק ב של המאמר אעמת בין עמדתו של המשפט הנוהג כלפי מקרי נזק לבין עמדתו כלפי מקרי טובת-ההנאה. לאחר הצגה קצרה של הדין, אבחן כמה תשובות לשאלה מדוע יחסו של המשפט שונה לשני סוגי המקרים, ואראה כי רוב התשובות אינן משכנעות. בחלק זה של המאמר אף אעלה את השאלה מדוע יחסו של המשפט לטובת-ההנאה שונה כאשר הן נוצרות לא אגב גרם נזק וכאשר הן נוצרות אגב גרם נזק. מסתבר כי בעוד במקרה הראשון המיטיב אינו זכאי לתשלום בגין טובת-ההנאה שיצר, דווקא במקרה השני המעוול זכאי בדרך-כלל להפחתת הפיצויים שבהם הוא חב בשיעור טובת-ההנאה שנוצרה אצל הניזוק.

בסופו של פרק ב אציע הסבר משלי ליחסו השונה של המשפט למקרי הנוק ולמקרי טובת-ההנאה. ראשית, אראה כי בהינתן יצירתם של סיכונים על-ידי המזיקים, ובהינתן הוצאות עסקה גבוהות ביניהם לבין הניזוקים, הפנמת נזקים (או נזקים עולתיים) על-ידי המזיקים היא חיונית ביותר, שכן בלעדיה לא יהיו למזיקים תמריצים כלשהם ליוסות את פעילותם יוצרת הנוזקים. חשש דומה אינו קיים במקרי טובת-ההנאה. שנית, אראה כי החידה העיקרית אינה, אם כן, מדוע גישת המשפט לנזקים שונה מגישתו לטובת-ההנאה, אלא מדוע, מלכתחילה, המשפט מתיר למזיקים לכפות עסקות על ניזוקים על-ידי חשיפתם לסיכונים ותשלום פיצוי להם במקרה של גרם נזק, אף שיש לניזוקים זכאות לא להיפגע, אך אינו מתיר למיטיבים לכפות עסקות על הנהנים על-ידי יצירת טובת-ההנאה בעבורם וגביית תשלום בהתאם. הפתרון שאציע לחידה זו הוא שמקרי הנוק מעוררים בעיה שאינה קיימת במקרי טובת-ההנאה. בעיה זו באה לידי ביטוי באותם מקרי נזק שבהם לניזוקים יש זכאות לא להיפגע. אילו במקרים אלה לא היו המזיקים רשאים, כדבר שבשגרה, ליצור סיכונים באופן חד-צדדי כלפי הניזוקים בלא הסכמתם, במשולב עם חובת פיצוי במקרה של גרם נזק, אזי לכל אחד מן הניזוקים היה כוח וטו על הפעילות המזיקה. כתוצאה מקיומו של כוח זה, ובעיקר בשל בעיית הסחטנות שהוא יוצר, פעילויות מועילות רבות היו משותקות. מקרי טובת-ההנאה אינם מעוררים בעיה כזו: לאיש מן הנהנים אין כוח וטו על הפעילות

2 לדיון מאיר-עייני, אשר מסביר ומצדיק את המצב הקיים, ראו: Saul Levmore, *Explaining Restitution*, 71 VA. L. REV. 65 (1985).

3 לטענה כי הפן השלילי של חופש החוזים מחייב שמקבל טובת-ההנאה שלא התבקשה לא יהיה חייב לשלם בגינה, ראו: Daniel Friedmann, *Unjust Enrichment, Pursuance of Self-Interest, and the Limits of Free Riding*, 36 LOY. L. A. L. REV. 831 (2003); Scott Hershovitz, *Two Models of Tort (and Takings)*, 92 VA. L. REV. 1147 (2006). לטענת הרשובין, יש אסימטריה מוסרית בין מקרי הנוק לבין מקרי טובת-ההנאה, ואך סביר הוא שהמוסדות המיועדים לתיקון הנוזקים שבני-אדם גורמים זה לזה יהיו תובעניים יותר מן המוסדות המיועדים להשבת טובת-ההנאה שבני-אדם יוצרים זה לזה.

המועילה של המיטיב. אומנם, כאשר לנהנים אין חובה לשלם למיטיב בגין טובת-ההנאה שבהן זכו, תתעורר לעיתים קרובות בעיה של טפילות, וטובת-הנאה רבות לא ייווצרו. דוגמה 1 ממחישה סיכון זה. אלא שבעיה זו של טפילות אינה שקולה לבעיה החמורה יותר של כוח הווטו, אשר באה לידי ביטוי במקרי נזק בלבד.

מן ההשוואה בין מקרה הנזק לבין מקרה טובת-ההנאה, מצד אחד, וכן מן ההשוואה בין הטבה שאינה אגב גרם נזק לבין הטבה אגב גרם נזק, מצד אחר, יפותח בפרק ג של המאמר הטענות כי יש להכיר בחובה רחבה של השבה, שעל-פיה על הנהנים לפצות את המיטיבים בגין טובת-ההנאה שנוצרה כלפיהם באופן רצוני, אף כאשר לא נתנו את הסכמתם ליצירת טובת-ההנאה או לתשלום בגינה. הכרה בעיקרון זה תהיה מוצדקת באותם מקרים שבהם מנגנון השוק, הרשות הציבורית או הצדדים עצמם אינם יכולים לייצר את טובת-ההנאה שבה מדובר; כאשר ייצור טובת ההנאה אינו כרוך בגרם נזקים משמעותיים; כאשר החשש להערכת-יתר של טובת-ההנאה הוא קטן; ובתנאי שהקשיים בהוכחת טובת-ההנאה ובגבייתה מן הנהנים השונים לא יהיו כאלה שיהפכו את ההכרה בחובת ההשבה לבלתי-יעילה. על-מנת להפחית את סיכון הערכת-היתר, שיעור ההשבה יהיה הנמוך מבין השניים: טובת-ההנאה הבלתי-שנויה במחלוקת שבה זכה הנהנה או חלקו היחסי בייצורה של טובת-ההנאה.

פרק ג ישרטט את היקפה של החובה הרחבה של ההשבה, ידון במנגנונים להפחתת הסיכון שהנהנים ייאלצו לשלם יותר מכפי שווייה של טובת-ההנאה שקיבלו, אך יותיר גם שאלות יישומיות רבות פתוחות לדיון עתידי. בין היתר יידונו בפרק זה המקרים הטיפוסיים שבהם מומלץ להחיל את החובה הרחבה של ההשבה. נוסף על דוגמה 1 (הבנייה) יידונו מקרים שבהם פעל המיטיב להפסיק הפרעה למקרקעיו ולמקרקעי שכניו, מקרים שבהם פעל המיטיב מול רשויות התכנון והבנייה ובכך אפשר ניצול יעיל יותר של המקרקעין שלו ושל אחרים, ואף מקרים שבהם פעל המיטיב כדי להגביר את בטיחותו האישית ובטיחות רכושו, ואגב כך הגביר גם את בטיחותם של שכניו.

אם יכיר המשפט בחובה רחבה של השבה, כמוצע במאמר זה, תתרחב במידה משמעותית חובת ההשבה בגין טובת-הנאה שלא התבקשו המוכרת במשפט הנוהג. בעוד המשפט הנוהג מכיר בחובת השבה כזו רק (או כמעט רק) כאשר המיטיב פעל לשמירת אינטרסים קיימים ולהגנתם, החובה הרחבה של ההשבה חלה אף על יצירת אינטרסים חדשים. בעוד המשפט הנוהג מכיר בחובת השבה בגין טובת-הנאה שלא התבקשו רק (או כמעט רק) כאשר קיימים יחסים קודמים או קרבת אינטרסים כלשהי בין הצדדים, החובה הרחבה של ההשבה אינה מותנית בקיומה של קרבת אינטרסים כזו. אם תוכר חובה רחבה של השבה, יתחולל על-כן שינוי משמעותי במשפט הנוהג, כמו-גם במערך התמריצים של יוצרי טובת-הנאה.

ב. מקרה טובת-ההנאה לעומת מקרה הנזק

1. "טובת-הנאה שלא התבקשו" על-פי המשפט הנוהג

כאשר המיטיב נתן מרצון טובת-הנאה לנהנה וזו התבקשה על-ידי, החוזה שבין הצדדים

הוא שקובע בדרך-כלל את מערך הזכויות והחובות שביניהם.⁴ כאשר הנהנה רכש טובת-הנאה בדרך של התנהגות עוולתית, ואשר על-כן היא לא ניתנה לנהנה מרצון, דיני עשיית עושר ולא במשפט מכירים בקטגוריות שונות של מקרים שבהם חובתו של הנהנה להשיב את טובת-ההנאה שבה זכה.⁵ לעומת זאת, כאשר טובת-הנאה ניתנה לנהנה מרצון אך מבלי שהנהנה ביקש אותה, המשפט אינו מכיר בחובת השבה כלשהי, והנהנה רשאי להחזיק בטובת-ההנאה שקיבל אף שלא שילם בגינה.⁶ לעיקרון זה, אשר מאמר זה מציע לשנותו על-ידי הכרה בחובת החבה של השבה, יש כמה חריגים. בשורות הבאות יוצגו חריגים אלה.

קטגוריה אחת של חריגים כוללת מקרים שבהם פעל המיטיב לשם הצלת חייו, בריאותו או רכושו של הנהנה, בנסיבות שבהן לא היה אפשר להשיג את הסכמתו של האחרון בעוד מועד. אדם המציל אדם אחר הטובע בים ומוציא הוצאות לשם כך, ורופא המטפל באדם חסר הכרה ומציל את חייו, הינן דוגמות טיפוסיות למקרים הנכללים בקטגוריה זו.⁷

קטגוריה שנייה של חריגים כוללת מצבים שבהם אדם מקיים חוב אשר הוא וזולתו חייבים בו יחדיו. במצב זה מקיים החיוב (המיטיב) זכאי להיפרע מן החייב האחר (הנהנה) בגין חלקו היחסי של האחרון בחיוב המשותף, גם אם לא קיבל את הסכמתו לביצוע החיוב. המיטיב והנהנה עשויים (אך לא חייבים) להיות זרים זה לזה, כגון שני מעוולים שפעלו בנפרד ואשר עוולתו של כל אחד מהם מהווה גורם בלעדיו אין לאותו נזק.⁸ מקרים הקרובים

- 4 אך לעיתים לא נוצר חוזה או שהחוזה אינו תקף, שאו עשויות לקום חובות השבה. דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 643-725 (מהדורה שנייה, 1998). כן ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §§ 31-37 (Tentative Draft No. 4, 2004); GEORGE E. PALMER, LAW OF RESTITUTION 2-8 (1978); DAN D. DOBBS, LAW OF REMEDIES: DAMAGES, EQUITY, RESTITUTION 856-857 (2d ed. 1993).
- 5 פרידמן, שם, בעמ' 341-617. כן ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §§ 2, 13, 14 (Tentative Draft No. 1, 2000). עוד ראו PALMER, לעיל ה"ש 4, פרק 2; DOBBS, לעיל ה"ש 4, ס' 5.18, 6.1, 9.3.
- 6 מקרה כגון זה מכונה גם "התערבות המונעת על-ידי אינטרס עצמי" (self-interested intervention). ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 (Tentative Draft No. 2, 2002).
- 7 פרידמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 140-187. כן ראו PALMER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 374-377; DOBBS, לעיל ה"ש 4, בעמ' 374; RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §§ 20-21 (Tentative Draft No. 2, 2002). לתמיכה בהרחבת חובת השבה במקרי הצלה ראו: HANOCH DAGAN, *In Defense of the Good Samaritan*, 97 MICH. L. REV. 1152 (1999).
- 8 פרידמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 305-384; RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 25 (Tentative Draft No. 2, 2002); HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION 126-127 (2004). ראו גם PALMER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 400-402; LEVMORE, לעיל ה"ש 2, בעמ' 100.

לקטגוריה זו הם מקרי התחלוף ביושר (equitable subrogation), שבהם צד אחד מבצע חיוב כלפי צד שלישי, ובעקבות הביצוע פוקע חיובו העצמאי של אחר כלפי הצד השלישי.⁹ קטגוריה שלישית של חריגים כוללת מקרים של תשלום או הענקת טובת-הנאה עקב טעות (או פגם אחר ברצון) בתום-לב. אף כאן, בכפוף להגנת שינוי מצב לרעה של הנהגה, המיטיב זכאי להשבת טובת-ההנאה.¹⁰

קטגוריה רביעית כוללת מצבים שבהם אדם פועל לשמירה או להגנה על אינטרס המשותף לו ולאחר, ואגב כך מיטיב עם האחר, מבלי שניתנה הסכמתו לכך מלכתחילה. בקטגוריה זו נכללים מקרים של בעלים במשותף בנכס ושל דיירים בבית משותף. כך, אם אדם מוציא הוצאות לשם שימור נכס שנמצא בבעלות משותפת שלו ואחר, הוא יהיה זכאי לשיפוי מן האחר בגין חלקו היחסי בהוצאות, אף אם זה האחרון סירב מלכתחילה לסייע בשימור הנכס או לשאת בעלויותיו.¹¹

לבסוף, קטגוריה חמישית, המוכרת במשפט האמריקאי, כוללת מקרים שבהם אדם ניהל משפט (עורך-דין או צד מעוניין) שבסופו נוצרה קרן כספית שגם אחרים נהנים ממנה (common fund). אותו אדם זכאי במקרים אלה לתבוע מן האחרים תשלום בגין חלקם היחסי בהוצאות המשפט.¹² כך, למשל, יורש המגיש תביעה שבעקבותיה גדל סך כספי

9 פרידמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 260-304; RESTATEMENT OF THE LAW (THIRD) RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 26 (Tentative Draft No. 2, 2002). ראו גם Dobbs, לעיל ה"ש 4, ס' 4.3(4).

10 פרידמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 808-1056; RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §§ 9-10 (Tentative Draft No. 1, 2000). ראו גם Dobbs, לעיל ה"ש 4, פרק 11; PALMER, לעיל ה"ש 4, פרק 11. ניתן לטעון כי קטגוריה זו אינה עוסקת מלכתחילה במקרים של טובת-הנאה שניתנה מרצון, שכן רצון המיטיב היה פגום. ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 cmnt. b (Tentative Draft No. 2, 2002). ראו גם ס' 23 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), שעל-פיו הקמת מחוברים על מקרקעין לא-מוסדרים על-ידי מי שאינו הבעלים אך שסבר בתום-לב כי הוא הבעלים עשויה, בהתקיים תנאים מסוימים, להקנות למקים את הזכות לרכוש את המקרקעין.

11 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 24 (Tentative Draft No. 2, 2002). ראו גם PALMER, לעיל ה"ש 4, ס' 10.7(c); DAGAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 126-125; Levmore, לעיל ה"ש 2, בעמ' 100-101.

12 John P. Dawson, *Lawyers and Involuntary Clients: Attorney Fees from Funds*, 87 HARV. L. REV. 1597 (1974) (Dawson, *Attorney Fees* - להלן); John P. Dawson, *Lawyers and Involuntary Clients in Public Interest Litigation*, 88 HARV. L. REV. 849 (1975). ראו גם Levmore, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95-99. על-פי RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 cmnt. b (Tentative Draft No. 2, 2002), השבה תתקיים במקרים שבהם טובת-ההנאה שלא התבקשה היא כספית.

העיון זכאי לתבוע חלק מהוצאות המשפט שבהן נשא מיורשים אחרים שנהנו אף הם מהגדלת סך זה.¹³

קטגוריה נוספת של חריגים, שאותה אציין אך בקצרה, עניינה במקרים שבהם המיטיב, מבלי שהוטלה עליו חובה לעשות זאת, ביצע את חיובו של הנהנה, בלא הסכמתו, לטובתו של צד שלישי או לשם קידומו של אינטרס חברתי.¹⁴ בסוג זה של מקרים המניע להתרתה של תביעת ההשבה הוא קידום האינטרסים של הצד השלישי או של החברה, להבדיל מקידום האינטרסים של המיטיב או של הנהנה, ועל-כן הם רלוונטיים פחות למאמר זה.

בחזית הקטגוריות השונות של המקרים שבהם דיני עשיית עושר ולא במשפט מכירים בעילת תביעה בגין טובת-הנאה שלא התבקשו מלמדת כי ברוב המקרים נדרשים התנאים הבאים (ההכרחיים, אך לא תמיד המספיקים) על-מנת שלמיטיב תהיה עילת תביעה נגד הנהנה:

א. השגת הסכמתו של הנהנה מלכתחילה ליצירת טובת-הנאה ולתשלום בגינה הייתה בלתי-אפשרית או קשה.

ב. פעולת המיטיב נועדה לקדם אינטרס עצמי שלו, ויצירת טובת-הנאה לנהנה הייתה אגבית לכך (להוציא הקטגוריה הראשונה, שבה המניע של המיטיב הוא אלטרואיסטי).

ג. פעולת המיטיב נועדה להגן או לשמור על אינטרס קיים, להבדיל מיצירת אינטרס חדש.

תנאי נוסף שמוזכר לעיתים בפסיקה ובספרות הוא שצריכה להתקיים "קרבה" של אינטרסים בין הצדדים הנוגעים בדבר.¹⁵ בשורות הבאות אעמוד על מהותם של שלושת התנאים הראשונים, ואומר מילים אחדות על התנאי הנוסף.

13 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 30 (Tentative Draft No. 4, 2004). ראו גם PALMER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 420-421. למקרה שבו שכרו יורשים את שירותיו של עורך-דין, אשר ייצג אותם בהצלחה והגדיל את שווי העיזבון, אך תביעתם להשבה נגד הנהנים האחרים נדחתה, ראו: Feick v. Fleener, 653 F.2d 69 (2d Cir. 1981). מוסד התובענה הייצוגית, וזכותו של יוזם התובענה לתשלום מיוחד בגין מאמציו, נועדו לפתור, בין היתר, בעיות של הוצאות עסקה בין התובעים השונים. במקרים אחרים גילו בתי-המשפט בארצות-הברית נכונות לפסוק שכר לתובע אשר פעל למען אינטרס ציבורי, וכן הכירו בזכותו של תובע לשיפוי בגין הוצאות המשפט מנהנים אשר הפיקו טובת-הנאה מהצלחת תביעתו. ראו בהקשר זה גם להלן ה"ש 101 והטקסט הסמוך לה. בתחום דיני החברות, תובע בתביעה נגזרת יהיה זכאי בדרך-כלל לשיפוי מן החברה בגין הוצאות ההתדיינות שלו, כך שבפקיפין יישאו בהוצאות אלה בעלי המניות, אשר עשויים ליהנות מפירות התביעה. ראו ס' 199-201 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

14 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 22 (Tentative Draft No. 2, 2002). ראו גם PALMER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 405-406.

15 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 30 cmnt. d: ראו: Friedmann, לעיל ה"ש 3, בעמ' 856-858.

העדר האפשרות להשיג הסכמה הוא תנאי מרכזי בכל קטגוריות המקרים שפורטו לעיל. בקטגוריה הראשונה (הצלה) קבלת הסכמה אינה אפשרית עקב מצב הדחק שאליו נקלעו הצדדים. בקטגוריה השלישית (טעות או פגם אחר ברצון), מעצם הגדרת המצבים הנכללים בגדרה, ניכר כי לא היה אפשר להסדיר הסכמת את דבר יצירתה של טובת-ההנאה ואת התשלום בגינה. בקטגוריות הרביעית (הגנה על אינטרס משותף) והחמישית (קרן משותפת) אי-היכולת להשיג הסכמה עלולה לנבוע מכך שבהעדר עילת תביעה למיטיב, היו הנהנים בכוח מסרבים לשאת בעלויות יצירתה של טובת-ההנאה, מתוך מחשבה שיוכלו להיות טפילים, דהיינו, ליהנות מפירותיה של הפעולה המיטיבה אף אם לא נשאו בעלויותיה. סירובם לשאת בעלויות הוא אם כן סירוב אסטרטגי, ואין הוא משקף העדפה אמיתית שלהם. הם יסרבו לשאת בעלויות ייצורה של טובת-ההנאה גם כאשר התועלת הצפויה להם ממנה גדולה מן העלויות שהם נדרשים לשאת בהן.¹⁶

ביסוד הקטגוריה השנייה (קיום חיוב משותף ותחלוף ביושר) עומד לכאורה רציונל שאינו קשור לקושי בהשגת הסכמה. בקטגוריה זו, החייב שקיים את החיוב קיים חובה משפטית המוטלת עליו מכוח הדין. זכותו לחזור אל החייב האחר נועדה בראש ובראשונה למנוע מצב שבו הנושה יוכל לבחור על-פי שרירות-ליבו מי מבין החייבים יישא בנטל הסופי של קיום החיוב. עם זאת, אף בקטגוריה זו של מקרים הקושי להשיג הסכמה ממלא תפקיד. לכאורה, ניתן לדמיין כלל משפטי שלפיו רק אם החייב שקיים את החיוב השיג את הסכמתו של החייב האחר לכך, הוא יוכל לחזור אליו בתביעת השתתפות. אלא שאילו כך היה הכלל המשפטי, היה החייב האחר עלול לא להסכים לקיום החיוב מסיבות אסטרטגיות, גם כאשר לשני החייבים יש אינטרס בקיום החיוב. אי-ההסכמה האסטרטגית הייתה מונעת על-ידי ידיעתו של החייב האחר כי החייב הראשון ייאלץ לקיים את החיוב ולא להסתכן בהפרת הדין, והייתה נעשית על-מנת לסחוט ממנו. זכות החזרה הנתונה לחייב שקיים את החיוב כלפי החייב האחר נועדה אם כן, בין היתר, להקדים פני אפשרות זו ולמנוע סחיטה של הראשון על-ידי האחרון, אשר עלולה במקרים רבים אף לסכל את קיום החיוב. לתנאי זה, של אי-יכולת להשיג הסכמה, יש רציונל ברור. הוא נועד למנוע מצב שבו ייצור טובת-הנאה שלא התבקשו יחליף עסקות רצוניות כאשר אלה האחרונות אפשריות. כל עוד ניתן להניח שאילו הייתה ההטבה כדאית לנהנה היו הצדדים יכולים להגיע לידי הסכמה באשר ליצירתה, דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם נכנסים לפעולה, ומותרים למיטיב את דרך העסקה הרצונית כדרך היחידה הפתוחה לפניו להיטיב עם הנהנה ולזכות בתשלום.

התנאי השני – האינטרס העצמי של המיטיב והאגביות של טובת-ההנאה לנהנה – מתקיים בכל קטגוריות המקרים שתוארו, להוציא זו הראשונה (הצלה). בכולן המשפט מתיר לאדם לקדם אינטרס עצמי שלו ולגבות תשלום מנהנים אחרים שזכו אגב כך בטובת-הנאה, אף אם לא נתנו את הסכמתם מראש. ההיתר לגבות תשלום הוא שמאפשר הגנה על

16 הסבר נוסף, המתאים לסוג מסוים של מקרים, הוא שחובת ההשבה נועדה לחסוך את הזמן והמאמצים להשיג הסכמה של הנהנים על כל הוצאה והוצאה כאשר אלה קטנות למדי, אף אם אין כל בעיית טפילות.

האינטרס של המיטיב, שכן בלעדיו לא היה אפשר לקיים הגנה זו בעלות סבירה. מכלל ההן שתנאי זה משמיע נלמד אף הלאו: המיטיב לא יזכה בתשלום אם המניע להגנת האינטרס של הנהגה היה אך ורק לזכות בתשלום ממנו בגין טובת-ההנאה או אף אם פעל ממניעים אלטרואיסטיים (מקרי ההצלה מהווים חריג לכך). במילים אחרות, המיטיב חייב להיות גם אחד הנהנים מן הפעילות המיטיבה. כך, אם אדם פעל לתחזוקת רכושו של הזולת, הוא לא יהיה זכאי לתשלום בגין פעולה זו, כל עוד הוא עצמו אינו אחד הבעלים המשותפים בנכס (הקטגוריה הרביעית).

התנאי השלישי עניינו בשמירת הקיים, להבדיל מיצירת חדש. דייר בבית משותף (הקטגוריה הרביעית) לא יזכה בתשלום משאר הדיירים אם ישביח את הנכס, להבדיל משימורו, אם כי הדין עשוי להכיר בחריגים מסוימים לכלל זה, ולעיתים קו הגבול אינו חד וברור.¹⁷ באופן דומה, מיטיב שפעל להגדלת שווי רכושו של הנהגה, להבדיל מהצלתו, לא יזכה בתשלום בעבור פעולתו זו (הקטגוריה הראשונה). אף הקטגוריה החמישית אינה מהווה חריג: הקרן שנוצרה בסוף ההליכים שנקט המיטיב מכילה כספים אשר הנהנים היו זכאים להם מלכתחילה – כך ניתן לפרש סוג זה של מקרים – והמיטיב אך גרם למימוש הזכות ולהגנה עליה, ולא ליצירתה.¹⁸ התנאי השלישי אינו רלוונטי לקטגוריה השנייה (טעות ופגמים ברצון) בשל אופייה המיוחד.

תכליתם של התנאים השני והשלישי מובנת מאליה פחות מזו של התנאי הראשון. ניכר כי שני התנאים מצמצמים במידה ניכרת את קשת המצבים שבהם אדם יכול לפעול בדרך המיטיבה עם הזולת ולגבות ממנו תשלום על כך. התנאי השני – האינטרס העצמי של המיטיב – מבטיח שלא תיווצר פרקטיקה רחבה של יצירת טובת-הנאה שלא התבקשו כמנגנון חלופי למנגנון השוק. בהמשך המאמר תוסבר הבעייתיות שיש בפרקטיקה רחבה כזו.¹⁹ התנאי השלישי – שמירה והגנה על הקיים – משקף את ההעדפה של דיני עשיית עושר ולא במשפט לשמירת הסטטוס-קוו על עקרון הגדלתה של התועלת החברתית. בהמשך המאמר אבקר תנאי זה ואציע לזנוח אותו.²⁰ בשלב זה די לומר כי לא תמיד ברור אם התנאי השלישי מתמקד בהגנה ובשמירה על הקיים אצל המיטיב או אצל הנהגה.²¹ מעניין שברוב

17 ראו רע"א 7112/93 צודלר ואח' נ' ש' יוסף ואח', פ"ד מח(5) 550 (1994). באותו מקרה נהרס בית ונדרשה הקמתו מחדש על-ידי בעל הדירות לפי ס' 60 לחוק המקרקעין. השופט חשין קובע, בין היתר, כי "הביטוי 'להקים את הבית מחדש' אינו כובל אותנו בשלשלאות אל מסגרתו המדויקת של הבית המקורי – אבן תחת אבן, חלון תחת חלון, דלת תחת דלת – אלא מחזיק הוא בציקלוננו גם בית שאינו בן-דמותו המדויקת של הבית ההרוס". שם, בעמ' 560.

18 לדעה כי ההבחנה בין יצירת קרן לבין שמירתה היא דקה מאוד ראו Friedmann, לעיל ה"ש 3, בעמ' 860.

19 ראו להלן ס' ב(ה) למאמר.

20 ראו להלן תת-פרק 6.

21 ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 (Tentative); Draft No. 2, 2002, ראו גם Friedmann, לעיל ה"ש 3, בעמ' 846-850; PALMER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 362-363. כן ראו את הדיון להלן בתת-פרק 6.

המקרים הנכללים בקטגוריות שתוארו לעיל, פעולות המיטיב הגנו ושמרו על הקיים הן אצל המיטיב והן אצל הנהנה.

התנאי הנוסף המוזכר לעיתים בספרות ובפסיקה עניינו בקרבת האינטרסים שבין הצדדים הנוגעים בדבר.²² תנאי זה מתקיים לכאורה בחלק ממקרי הקטגוריה השנייה (קיום חיוב משותף), במקרי הקטגוריה הרביעית (הגנה על אינטרס משותף) ובחלק ממקרי הקטגוריה החמישית (קרן משותפת). אלא שהביטוי "קרבת אינטרסים" הוא עמום, וספק אם יש בו כדי לסייע בהבנת הקשיים שבהטלתה של חובת השבה. ניתן למצוא היגיון מסוים בתנאי הקרבה אם "קרבת האינטרסים" משמעה יחס חוזי (או דומה לו) בין הצדדים. זאת, מכיוון שאם כך הדבר, אזי ניתן לראות בחובת ההשבה בררת-מחדל שהצדדים היו יכולים, אילו רצו, להימנע מתחולתה. תפיסה כזו של תנאי הקרבה מקטינה את הפגיעה באוטונומיה של הנהנים שחובת ההשבה מוטלת עליהם.²³

מכל מקום, חובת ההשבה המוצעת במאמר זה אינה נזקקת לתנאי הקרבה. אדרבה, ברוב המצבים הנידונים במאמר אין אפשרות לקשירת חווה בין המיטיב לבין הנהנים, ובשל כך מוצדק להחיל על הנהנים חובת השבה.

2. כללי האחריות בדיני נזיקין

להבדיל מדיני עשיית עושר ולא במשפט, המאפשרים גביית תשלום בגין יצירת טובת-הנאה שלא התבקשה אך במשורה, דיני הנזיקין מאפשרים לאדם, כדבר שבשגרה, לגרום נזק לזולת בלי הסכמתו, תוך נשיאה בנזקיו. התוצאה היא שהמזיק רשאי לעיתים קרובות לכפות על הניזוק עסקות לא-רצוניות ("היחשף לסיכון וקבל פיצוי במקרה של פגיעה"), ואילו המיטיב אינו רשאי לעשות כן עם הנהנה ("קבל טובת-הנאה ושלם בגינה").

המאמר הקלסי של קלברזי ומלמד מסייע להבין מדוע המשפט מתיר למזיקים לכפות עסקות על הניזוקים.²⁴ על-פי המאמר, הגנה על זכות שהוקצתה לאדם נעשית באמצעות כלל קנייני או באמצעות כלל אחריות.²⁵ הגנה באמצעות כלל קנייני משמעה שאיש אינו רשאי לפגוע בזכות בלעדי הסכמתו של בעליה. הגנה באמצעות כלל אחריות משמעה שניתן לפגוע בזכות, אך בעליה זכאי לפיצוי מן הפוגע בגין הנזק שנגרם לו עקב הפגיעה בזכות. השיקול המרכזי בבחירה בין כלל קנייני לבין כלל אחריות הוא גובהן של הוצאות העסקה הכרוכות במכירת הזכות: כאשר הוצאות העסקה גבוהות, יהיה כלל אחריות עדיף במקרים רבים על כלל קנייני, ואילו כאשר הוצאות העסקה נמוכות, יועדף בדרך-כלל כלל

22 לעיל ה"ש 15.

23 ראו להלן ס' ב(א) למאמר.

24 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972)

25 דרך שלישית להגן על זכאות היא באמצעות כלל של אי-עבירות, שעל-פיו הבעלים של הזכות אינו יכול להעבירה לאחר. שם.

קנייני.²⁶ בחירת המשפט בכלל אחריות אינו אלא מתן היתר למזיק לכפות עסקה על ניזוק שיש לו זכות מהותית לא להיפגע.

מדוע הוצאות עסקה גבוהות מהוות הצדקה להכרה בכלל אחריות ולמתן היתר למזיק בדרך זו לכפות עסקה על הניזוק? על-פי התיאורמה של Coase, בהעדר הוצאות עסקה, תושג התוצאה היעילה מבחינה כלכלית בלא תלות בתוכנו של הכלל המשפטי.²⁷ כך, אם הניזוק זכאי לא להיפגע אך התועלת למזיק מן הפעילות המזיקה עולה על נזקיו של הניזוק, יגיעו הצדדים כך או אחרת להסכם שיתיר את הפעילות המזיקה. אולם כאשר הוצאות העסקה גבוהות, קיים סיכון שהצדדים לא יגיעו להסכם כזה. לפיכך, אם זכאותו של הניזוק מוגנת על-ידי כלל קנייני, ייתכן שלא תושג התוצאה היעילה. כלל אחריות, לעומת זאת, עשוי להוות פתרון יעיל. כלל זה מותיר בידי המזיק את הבחירה אם לגרום נזקים ולפצות את הניזוקים או להימנע מן הפעילות המזיקה מלכתחילה. מאחר שהמזיק מפנים הן את טובות-ההנאה של הפעילות המזיקה והן את הוצאותיה, בחירתו תהיה יעילה.

ניתן להשקיף על דיני הניזוקין, במיוחד על אלה המסדירים את האחריות הניזוקית בגין תאונות, כמורכבים בעיקרם מכללי אחריות. אומנם, במקרים רבים מותר לאדם ליצור סיכונים כלפי הזולת מבלי שתוטל עליו אחריות אף אם גרם נזק. כך, דיני הרשלנות מותירים את הניזוק בלתי-מפוצה בכל מקרה שבו הנזק אינו תוצאה של רשלנות של המזיק. אך החשוב לענייננו הוא שבמקרים רבים יצירת הסיכון מותרת, אך אם הסיכון יתממש לכלל נזק, תוטל על המזיק חובה לשאת בו. כך, במשטר משפטי של אחריות מוגברת, הנוהג ברכב רשאי ליצור סיכונים מבלי שהוא נדרש להשיג את הסכמתם של קורבנותיו האפשריים, אך הוא חייב לפצותם במקרה שגרם להם נזק. נראה שלניזוקים יש זכאות לא להיפגע, אך זכאותם מוגנת על-ידי כלל אחריות. אילו הוגנה זכאותם על-ידי כלל קנייני, לעולם לא היו הנהגים רשאים לנהוג ברכב, שכן עקב הוצאות העסקה הגבוהות הם לא היו מצליחים להגיע להסכמה כלשהי עם קורבנותיהם. אחריות בגין רשלנות היא מקרה מורכב יותר. ניתן לסבור שעל-פי דיני הרשלנות מוקנית לניזוק זכות לא להיפגע עקב רשלנותו של הזולת, אך זכות זו מוגנת על-ידי כלל אחריות, ולא על-ידי כלל קנייני. דרך הסתכלות אחרת תבחין בין כלל אחריות שביסודו הרשאה לזולת ליצור סיכון לנזק בצד תשלום פיצוי לניזוק לבין כלל פיצוי המהווה תרופה לפגיעה בזכות המוגנת על-ידי כלל קנייני. על-פי דרך הסתכלות זו, דיני הרשלנות קובעים כללי פיצוי, ולא כללי אחריות.²⁸ העדר ההגנה הקניינית על זכותו של אדם שנחשף לרשלנותו של אחר נובעת, על-פי דרך הסתכלות זו, ממגבלות מעשיות, ולא מתפיסה שפגיעה בו מותרת בצד תשלום פיצוי. כך או אחרת, החשוב לענייננו הוא שבמקרים רבים המשפט מקנה לאדם את הכוח

26 החיסרון העיקרי של כללי אחריות הוא הסיכון של הערכת-חסר והערכת-יתר הכרוך בהפעלתם. ראו להלן ס' ב(ג) למאמר.

27 Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960)

28 לטיעון זה ראו: Jules L. Coleman & Jody Kraus, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 YALE L.J. 1335 (1986); Benjamin C. Zipursky, *Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts*, 51 VAND. L. REV. 1, 55–70 (1998)

להזיק, ומחייב אותו לשאת בנזק. כך גם בשיטה משפטית המבוססת על רשלנות. בשיטה אחרונה זו המשפט "מרשה" למזיקים - דה־פקטו, גם אם לא דה־יורה - להיות רשלנים כלפי אחרים מבלי לקבל את הסכמתם. בתחומים רבים הרשאה ליצור סיכונים כלפי הזולת משמעה בפועל הרשאה ליצור סיכונים רשלניים, מכיוון שבתחומים רבים הרשלנות בלתי־נמנעת. נהיגה ברכב היא דוגמה טיפוסית לכך: מחקרים מלמדים שכל נהג מתרשל מדי זמן, ושהדבר אינו ניתן למניעה מוחלטת. לפיכך שיטה משפטית אשר מבססת את אחריותם של נוהגים על רשלנות, אך מרשה להם לנהוג ברכביהם מבלי להשיג את הסכמתם של אלה העלולים להינזק על־ידיהם, מכירה בכך שניזוקים ייפגעו מסיכונים רשלניים בלי הסכמתם. שיטה משפטית כזו מאפשרת למזיק לכפות עסקה על אלה שעלולים להיפגע. אך זהו הכרח בל יגונה. ההסבר הכלכלי לכך הוא שאילו נדרש המזיק לקבל את הסכמתם של כל קורבנותיו האפשריים להכפפתם לסיכון של פגיעה, פעילויות מועילות רבות לא היו מתקיימות אפילו יום אחד! הוצאות העסקה הגבוהות הן שמצדיקות משטר משפטי שבו יוצר הסיכון מחליט על־פי שיקול־דעתו הבלעדי אם ליצור את הסיכון ולשאת בעלויותיו, להימנע ממנו או להקטינו. כך אף מושגת יעילות כלכלית.²⁹

היגיון דומה חל לכאורה על מקרי טובת־ההנאה: הוצאות עסקה גבוהות מונעות יצירתן של טובות־הנאה. הטלת חובה על הנהגה לשלם למיטיב בגין טובת־ההנאה שבה זכה הייתה עשויה לפתור את הבעיה. כבמקרה הנוזקי אף במקרה טובת־ההנאה, כלל אחריות היה מוביל לכפיית עסקה של צד אחד על הצד האחר ולהשגת יעילות כלכלית. אלא שדיני עשיית עושר ולא במשפט אינם הולכים בדרך זו. בהמשך חלק זה יידונו סיבות שונות לגישה השונה של המשפט למקרי הנוק ולמקרי טובת־ההנאה.

3. סיבות אפשריות לאי־הכרה בחובה רחבה של השבה

(א) פגיעה באוטונומיה של הנהנים

סיבה אפשרית לאי־הכרה בחובה רחבה של השבה היא שחובה כזו תפגע באוטונומיה של הנהנים, שכן הם יידרשו על־פיה לשלם בעבור טובת־הנאה שאותה לא ביקשו. היא פוגעת בזכותו של אדם שאחרים לא יתערבו בענייניו (the right to be left alone). ממילא, הכרה בחובה כזו סותרת לכאורה את עקרון חופש החוזים, שכן היא כופה על אדם חליפין שאינם מרצון.³⁰

אין להתכחש לכך שהטלת חובה רחבה של השבה, כמוצע במאמר זה, עלולה לפגוע באוטונומיה של הנהנים. אלא שבמקרים שבהם מוצע להחיל את חובת ההשבה, הפגיעה באוטונומיה לא תהיה רבה, ולעיתים אף תימנע כליל.

ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 102–106 (3d ed. 2000); RICHARD 29
A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW § 3.10 (6th ed. 2003)

RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 cmnt. b (Tentative 30
Draft No. 2, 2002). ראו גם Friedmann, לעיל ה"ש 3, בעמ' 846–847.

ראשית, חובת ההשבה המוצעת במאמר זה חלה רק כאשר סיכון הערכת-היתר של טובת-ההנאה הוא קטן, ורק במצבים שבהם עסקה רצונית בין הצדדים או ייצור של טובת-ההנאה באמצעות מנגנון השוק או בדרך אחרת אינם אפשריים.³¹ כאשר תנאים אלה מתקיימים, הטלת חובה של השבה תעלה בדרך-כלל בקנה אחד עם רצונם הממשי של הצדדים, שכן בלעדיה הם יהיו שרויים במצב שבו היו מעדיפים לא להיות, ואשר ממנו הם אינם יכולים לצאת. הפגיעה האפשרית באוטונומיה שלהם אינה נעלמת אומנם, אך היא קטנה, מצד אחד, ומועילה לרבים מהם, מצד אחר. כדי להבין טוב יותר עניין אחרון זה, ניתן לתאר מצב שבו טובת-ההנאה לנהנים היא כולה כספית. במצב כזה, אילו נדרש הנהנה להעביר חלק מטובת-ההנאה למיטיב, קשה לראות כיצד הייתה האוטונומיה שלו נפגעת, שהרי ברור כי כפיית טובת-ההנאה שיפרה את מצבו באופן שאינו יכול להיות שנוי במחלוקת, וברור לחלוטין שזה בדיוק מה שכל אחד מן הנהנים היה רוצה שיקרה. באופן דומה, כאשר חובת ההשבה מוחלת על פירמות מסחריות או עסקים, כוחו של טיעון האוטונומיה חלש יותר מאשר במקרה שבו היא מוחלת על פרטים. במקרה של פירמה מסחרית או עסק יש מקום לשער שערכה האובייקטיבי של טובת-ההנאה זהה – או לפחות קרוב מאוד – לערכה הסובייקטיבי בעיני מקבלה, ועל-כן חיוב הנהנים בתשלום בגין טובת-ההנאה לא יגרם להם כל נזק.

שנית, השוואה בין מקרי הנזק לבין מקרי טובת-ההנאה מלמדת שטיעון האוטונומיה לבדו אינו יכול להסביר את אי-ההכרה בחובה הרחבה של ההשבה. דיני הנויקין, בהתירם (בפועל) למוזיקים לכפות עסקה על ניוזקים שיש להם זכאות לא להיפגע, מגבילים את האוטונומיה של הניזוקים במידה משמעותית בהרבה מכפי שעושה זאת החובה הרחבה של ההשבה. דיני הנויקין מאפשרים למוזיקים לגרום נזקי גוף ורכוש, ואף מוות, תוך שהם מטיילים חובת פיצוי על המוזיקים בעקבות גרם הנוזקים. הפיצויים שהמוזיקים נדרשים לשאת בהם נמדדים לפי אמות-מידה אובייקטיביות, ולא על-פי הערכים שהניזוקים נותנים – או נתנו – לפגיעה בהם. הפגיעה באוטונומיה של הולך-רגל, שהיה זכאי לא להיפגע עקב רשלנותו של נוהג ברכב, שאיבד את ידו עקב פגיעה רשלנית ואשר מפוצה כעת בסכום כסף הנמדד לפי אמות-מידה אובייקטיביות, רבה לאין שיעור מזו שנגרמה לאדם שזכה בטובת-הנאה שאותה לא ביקש ואשר נדרש כעת לשלם בעבורה סכום כסף.

שלישית, הגבלה של האוטונומיה של הפרט המתבטאת בחיובו לשלם בגין טובת-ההנאה שאותן לא ביקש היא חזון נפרץ. רשויות ציבוריות, והמדינה בראשן, מייצרות טובת-ההנאה לציבור השכם והערב, וגובות תשלום בעבור כך מכל התושבים. ניתן להשקיף על ההכרה בחובה הרחבה של ההשבה כמעין הפרטה של הכוח השלטוני לייצר מוצרים ציבוריים³² ולגבות תשלום בגינם. טיעון נגדי הוא שזו בדיוק הפררוגטיבה של הרשות, וכי מתן היתר לגופים פרטיים ליצור טובת-הנאה לאחרים ולגבות תשלום בעבור כך היא פגיעה בעקרונות דמוקרטיים. בטיעון נגדי זה אעסוק בהמשך המאמר.³³

31 ראו להלן תת-פרקים 11, 12 ו-13.

32 ראו להלן ס' 13(1) ותת-פרק 5.

33 ראו להלן ס' 13(1) למאמר.

רביעית, כפי שיובהר בהמשך הדברים,³⁴ במקרים רבים שבהם נוצרת אצל הפרט טובת-הנאה שאינה כספית, מוצע להתיר לו לבחור בין תשלום מידי בגין טובת-ההנאה לבין תשלום בעת מימוש הרווחים ממנה. אף בכך יש כדי להמעט מן הפגיעה באוטונומיה של הנהנה, שכן חובת ההשבה אינה מחייבת אותו לשלם במוזמן בעבור טובת-הנאה שאינה כספית ואשר לא בהכרח רצה בה, אלא מאפשרת לו לשלם בעבורה רק כאשר היא נהפכת לטובת-הנאה כספית.

לסיכום, הכרה בחובה הרחבה של השבה מיועדת להגדיל את הרווחה התברתית ולאפשר לבני-אדם לצאת ממצב עניינים שאין הם רוצים להיות בו. התוויה זהירה של גבולות החובה תבטיח שהפגיעה האפשרית באוטונומיה של הנהנים תהיה קטנה.

(ב) פגיעה בשווקים

סיבה אפשרית נוספת לאי-הכרה בחובה רחבה של השבה היא שקיומה ייתר עסקות שוק בין מוכר מרצון לבין קונה מרצון: במקום שבני-אדם ימכרו טובין ושירותים איש לרעהו בעסקות שוק, הם יכפו את הטובין או השירותים על הנהנים ויגבו תשלום בהתאם. הדבר יביא לידי כך שבמקרים מסוימים ייווצרו עסקות לא-יעילות,³⁵ וכן שמשאבים לא יוקצו בצורה יעילה כפי שהם מוקצים באמצעות מנגנון השוק.³⁶ אכן, מטעמים אלה חובת ההשבה המוצעת במאמר זה מוגבלת למצבים שבהם עסקות שוק בין המיטיב וספקים אחרים של טובת-ההנאה לבין הנהנים אינן אפשריות עקב הוצאות עסקה גבוהות. כאשר אלה פני הדברים, החשש שחובת ההשבה הכללית תחליף עסקות שוק אינו קיים עוד.³⁷

וריאציה אפשרית לטיעון שהכרה בחובה רחבה של השבה עלולה לייתר עסקות שוק היא שקיומה של חובה כזו יספק תמריץ שלילי לפתח שווקים מלכתחילה, מקום שפיתוח כזה אפשרי, עקב קיומה של דרך חלופית למכור טובין ושירותים. התנגדות זו יש בה ממש, ועקרון ההשבה שאציע יבקש למנוע סיכון זה. בין היתר, פסיקת תשלום נמוך במידה ניכרת משווייה של טובת-ההנאה שקיבל הנהנה, כגון בגובה ההוצאות הסבירות של המיטיב, תותיר תמריץ חזק דיו למיטיב להעדיף עסקות שוק על יצירת טובת-הנאה מבלי להשיג את הסכמת הנהנה מלכתחילה.³⁸

(ג) הערכות-יתר של טובת-ההנאה ואי-יעילות *ex post*

חשש משמעותי מפני הכרה בחובה רחבה של השבה נובע מאי-היעילות שעלולה להיגרם

34 ראו להלן תת-פרק ג2.

35 Posner, לעיל ה"ש 29, בעמ' 136.

36 Levmore, לעיל ה"ש 2, בעמ' 79-82.

37 ראו להלן תת-פרק ג1.

38 ראו להלן תת-פרק ג2. ייתכן שהכרה בחובת השבה עשויה לתרום בעתיד לפיתוחם של שווקים לייצורה של טובת-ההנאה אשר כיום אינם קיימים. התפתחותם של שווקים כאלה עשויה לייתר בסופו של דבר את חובת ההשבה. עניין זה מחייב עיון נוסף.

עקב הערכת-יתר של טובת-ההנאה שבהן זכו הנהנים.³⁹ חשש זה עומד בעינו אף אם אין חלופה של עסקת שוק. נחזור לדוגמה שבה נפתח המאמר: ראובן מעוניין להקים על מקרקעיו מבנה בעלות של 15, שממנו יפיק טובת-הנאה של 10. שכניו צפויים אף הם להפיק מן המבנה טובת-הנאה של 10. הוצאות העסקה גבוהות, ועל-כן רק אם תוכר זכותו של ראובן להקים את המבנה ולגבות משכניו סכום הגבוה מ-5 בגין טובת-ההנאה שרכשו עקב כך, וזאת אף בלעדי הסכמתם, יוקם המבנה לרווחת כולם. אך כאן בדיוק טמון הקושי: הנחת הדוגמה היא שטובת-ההנאה של השכנים ניתנת למדידה, וכי ניתן להסיק בביטחון שגובהה הוא 10. בפועל ייתכן שרבים מן השכנים לא יפיקו טובת-הנאה מן המבנה, ואף אם יפיקו ממנו טובת-הנאה, שיעורה יהיה נמוך מ-10, ואולי אף נמוך מ-5.⁴⁰

בעיה נוספת של הערכת-יתר קשורה ל"אובדן הזדמנויות". נניח שאחד השכנים בדוגמה 1 היה יכול ליצור את טובת-ההנאה – או טובת-הנאה חלופית – בעלות נמוכה יותר. לחלופין, נניח שהוא היה יכול ליצור באותה עלות טובת-הנאה שהייתה מועדפת על-ידי הנהנים השונים, ואשר אילו יוצרה, הייתה מייתרת את טובת-ההנאה שיוצרה בפועל. מצבים כאלה מעלים את החשש שהכרה בחובה רחבה של השבה תגרום לכך שלמרות האפשרויות העדיפות, ייצר ראובן את טובת-ההנאה, ולא תושג התוצאה הרצויה מן הבחינה הכלכלית. *בעיה שלישית* הנוגעת בהערכת-יתר היא *בעיית הנזילות*, ועניינה במועד שבו הנהנים נדרשים לשלם בגין טובת-ההנאה שבה זכו. גם אם יש דרך מדויקת להעריך את גובהה של טובת-ההנאה שקיבל כל שכן בדוגמה 1, רבים מן השכנים יוכלו לטעון, ובצדק, כי הטלת חובת השבה מחייבת אותם להשקיע כספים בשיפור מקרקעיהם, בשעה שהיו מעדיפים לעשות שימוש אחר במשאביהם המוגבלים.

בעיית הערכת-יתר אינה מהווה סיבה משכנעת לא להכיר כלל בחובה רחבה של השבה, אם כי אין ספק שהיא צריכה להשפיע על עיצובה של חובה זו. ראשית, אי-דיוק בפסיקת פיצויים במקרי נזק אינו מהווה בדרך-כלל טעם לא להכיר בכללי אחריות, ואין זה ברור מדוע עמדת המשפט צריכה להיות שונה בעניין זה ביחס למקרי טובת-הנאה. בדיני נזיקין המזיק נושא בנזקי הנזוק, ואלה מוערכים על-פי אמות-מידה אובייקטיביות. קיים חשש שבמקרים רבים הפיצויים שישולמו לנזוק לא יסקפו כראוי את נזקו, ויהיו נמוכים מדי או גבוהים מדי. הסיבה לכך היא שלעיתים קרובות השווי שהנזוק מייחס לנכסיו, לחייו ולבריאותו שונה מזה שהמשפט מייחס להם. פיצויים נמוכים מאלה הנדרשים על-מנת לכסות את מלוא הנזק עלולים להביא לידי כך שרמת הסיכונים שייצור המזיק תהיה גבוהה מרמת הסיכונים היעילה, ואילו פיצויים גבוהים מן הנדרש עלולים להוביל לתוצאה ההפוכה.⁴¹ במקרי הנזק, להבדיל ממקרי טובת-ההנאה, החשש מהערכת-חסר הוא המטריד יותר בשעה שמשווים את הכלל המשפטי הנוהג (כלל אחריות), שעל-פיו המזיק רשאי לגרום נזקים ולשלם בגינם, לכלל אחר (כלל קנייני), שלפיו אסור לו לעשות כן

39 Levmore, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69-72; DAGAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 139-148.

40 אף הערכת-חסר של טובת-ההנאה עלולה לגרום לאי-יעילות, אך נושא זה אינו נוגע בענייננו, שכן סיכון הערכת-החסר אינו שיקול נגד הכרה בחובה רחבה של השבה.

41 Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 24.

בלעדי הסכמת הניזוקים. אף-על-פי-כן, חשש זה אינו מונע את דיני הניזוקין מלהכיר בכללי אחריות.

שנית, הן במקרי נזק והן במקרי טובת-הנאה ניתן לצמצם במידה משמעותית את הסיכונים של הערכת-חסר והערכת-יתר, בהתאמה. צמצום הסיכון לניזוק במקרים של נזק מעסקה כפוייה יכול להיעשות על-ידי פסיקת פיצויים גבוהים יחסית והעדפת סיכון של פיצוי-יתר על סיכון של פיצוי-חסר. לעומת זאת, צמצום הסיכון לנהנה במקרים של טובת-הנאה מעסקה כפוייה יכול להיעשות על-ידי פסיקת תשלום נמוך יחסית והעדפת סיכון של פיצוי-חסר למיטיב על סיכון של פיצוי-יתר לו. כך, בדוגמה שבה נפתח המאמר, די בכך שהנהנים יישאו בעלות של 6, למשל, ולא בעלות של 10, על-מנת שייבנה המבנה. אף שיקולי צדק חלוקתי עשויים לתמוך בדרך זו לצמצום הסיכונים.⁴²

בתת-פרק 2ג יידונו מנגנונים שונים להפחתת הסיכון של הערכת-יתר, ובכלל זה הסיכונים הנובעים מבעיית אובדן ההזדמנויות ומבעיית הנזילות. בשלב זה די לציין כי במקרים שבהם תחול החובה הרחבה של ההשבה, שיעורה יהיה הנמוך מבין השניים: טובת-ההנאה הבלתי-שנויה במחלוקת של הנהנה או חלקו היחסי של הנהנה בייצורה של טובת-ההנאה. גם בכך יהיה כדי לצמצם למינימום את סיכון הערכת-היתר.

(ד) עלויות הוכחה וגבייה

הוכחת קיומה של טובת-הנאה וגובהה וגביית פיצויים בגינה עשויות להיות יקרות. כאשר הוצאות אלה עולות באופן טיפוסי על גובהה של טובת-ההנאה, הכדאיות בהכרה בחובת השבה מוטלת בספק.⁴³

קשיי ההוכחה והגבייה במקרי טובת-ההנאה יהיו באופן טיפוסי רבים יותר מאשר במקרי הנזק, במיוחד באותם מקרים שבהם הניזוקים או הנהנים הם רבים. זאת, מכיוון שבמקרי הנזק המידע מצוי באופן טיפוסי בידי התובעים,⁴⁴ ואילו במקרי טובת-ההנאה המידע מצוי באופן טיפוסי בידי הנתבעים. במקרי הנזק הניזוקים תובעים את המזיק. בדרך-כלל, אם כי לא תמיד, ניתן לאתר את המזיק ולהוכיח את הנזק בנקל. במקרי טובת-ההנאה, לעומת זאת, המיטיב צפוי לתבוע את הנהנים. לעיתים קרובות איתור הנהנים והוכחת טובת-ההנאה שזכו בה יהיו קשים, שהרי לנהנים – בניגוד לניזוקים – יש סיבות טובות להסתתר, להצניע את טובת-ההנאה שקיבלו ולנסות להמעיט בערכה.

יתר על כן, אף אם נניח, בניגוד לאמור לעיל, שהוכחת טובת-ההנאה והוכחת הנזק

42 ראו להלן הטקסט שבין ה"ש 81 לה"ש 82.

43 השוו טיעון זה לטיעונו של דונלד ויטמן כי ההחלטה אם לתמרץ בני-אדם ליצור טובת-הנאה בדרך של סנקציות או בדרך של סובסידיות צריכה להיות תלויה במידה רבה בהוצאות ההתדיינות שייוצרו בכל אחת מן הדרכים. ראו: Donald Wittman, *Liability for Harm or Restitution for Benefits?* 13 J. LEGAL STUD. 57 (1984).

44 השוו: STEVEN SHAVELL, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 578–581 (2004). לשיטתו של שוול, הסיבה שבגינה הניזוק הוא בעל הוכחות לפיצויים כלפי המעוול, ולא המדינה, היא שלניזוק יש מידע רב יותר מאשר למדינה באשר לנזקים.

קשות באותה מידה, תתקיים לכאורה אסימטרייה נוספת בקשיי ההוכחה והגבייה עקב מספר התביעות הרב יותר שיוגשו בגין ייצור טובת-הנאה במשטר משפטי המכיר בחובה רחבה של השבה לעומת מספר התביעות שיוגשו בגין נזק במשטר משפטי של רשלנות. במשטר משפטי של רשלנות נקודת שיווי-המשקל – בעולם אידיאלי שבו אין טעויות של המזיק או של בתי-המשפט – היא זו שבה המזיק מתנהג באופן יעיל ואינו מתרשל, ועל-כן לא מוגשות כל תביעות נגדו בגין גרם נזק.⁴⁵ לא כן במשטר משפטי המכיר בחובה רחבה של השבה: בכל מקרה שבו המיטיב מתנהג באופן יעיל ויוצר טובת-הנאה לנהנים, הוא זכאי לתבוע מהם תשלום בגין טובת-ההנאה שנוצרה אצלם.⁴⁶

ספק אם טיעונים אלה משכנעים לא להכיר בחובה רחבה של השבה. נפתח עם הטיעון השני. טיעון זה מניח כמוכח מאליו שרוב התביעות מוגשות כאשר קמה אחריות של המזיק, שכן בהעדר אחריות אין טעם בהגשת תביעה. אך למעשה, בעולם אידיאלי, שבו מיטיבים, נהנים ובתי-משפט אינם טועים, ובהינתן אכיפה מלאה של המשפט, לא יוגשו תביעות אף במקרי טובת-הנאה, ממש כבמקרי נזק. בעולם כזה לא רק שאין מחלוקת באשר לשאלה אם קמה אחריות אם לאו, אלא אף אין מחלוקת באשר לגובה הפיצוי שצד אחד צריך לשלם לצד האחר. בעולם לא-אידיאלי המצב שונה, כמוכח. בעולם לא-אידיאלי מתעוררות מחלוקות רבות סביב שאלת האחריות וסביב גובה הפיצוי. השאלה אם בעולם כזה כמות התביעות שיוגשו בעקבות הכרה בחובה רחבה של השבה היא רבה או פחותה מכמות התביעות שמוגשות מכוחם של דיני הנזיקין היא שאלה אמפירית שקשה לחזות את התשובה לה.

הטיעון הראשון משמעותי יותר. תשובה אפשרית לו היא שכל עוד מיטיבים מפגימים באופן מלא את הוצאות ההוכחה והגבייה, אין סיבה לא להותיר להם את ההחלטה אם לאכוף את החובה הרחבה של ההשבה. תשובה זו אינה משכנעת אם חלק ניכר מהוצאות ההוכחה והגבייה מוחצנות למדינה, המפעילה את מנגנוני האכיפה השונים, או אם חלק מן ההוצאות נופלות על כתפיהם של הנהנים אף כאשר התביעה נגדם נדחית. בעיה זו מחריפה במקרים שבהם טובות-ההנאה שהמיטיב יוצר הן קטנות. במקרים אלה החובה הרחבה של ההשבה תהיה מיותרת או אף מזיקה: מיותרת – שכן אם יפנימו המיטיבים את כל הוצאות ההוכחה והגבייה, הם לא יאכפו אותה; ומזיקה – שכן אם יחצינו המיטיבים חלק ניכר מהוצאות ההוכחה והגבייה, הם ייצרו טובות-הנאה אף כאשר אין הדבר רצוי מלכתחילה.

45 זו המסקנה המתבקשת מיישום נוסחת הרשלנות הכלכלית (נוסחת לרנד הנד). ראו Posner, לעיל ה"ש 29, ס' 6.1.

46 טיעון זה מועלה בהשראת טיעונו של Giuseppe Dari-Mattiacci, במאמרו *Negative Liability*, שעל-פיו תחת כלל של רשלנות די בכך (בעולם אידיאלי של העדר טעויות) שלמשפט תהיה סנקציה אחת באמתחתו – שבה יאיים על מי ששוקל להתרשל – להבטיח שבני-אדם לא יתרשלו. לא כן תחת כלל של השבה, שבו הסובסידיה ליוצר טובת-ההנאה צריכה להינתן שוב ושוב, כל אימת שנוצרת טובת-הנאה. הבחנה זו משמשת את Dari-Mattiacci על-מנת להסביר מדוע חובות ההשבה במשפט הנוהג כה נדירות. ראו: Giuseppe Dari-Mattiacci, *Negative Liability* (George Mason Law & Economics Research, Working Paper No. 03-29, 2003), available at <http://papers.ssrn.com/abstract=422961>

מכאן, כאשר יש חשש משמעותי שהוצאות אכיפתה של החובה הרחבה של ההשבה יעלו על התועלת שבה, אין זה מוצדק להכיר בה. מסקנה זו מתחזקת אם קיים חשש נוסף שחלק מהוצאות ההוכחה והגבייה יוחצנו על-ידי המיטיב למדינה או לנהנים אשר התביעות נגדם נדחו.⁴⁷

(ה) הערכות-יתר והערכות-חסר של טובת-ההנאה ואי-יעילות *ex ante*

בר-גיל ובבצ'וק מראים כי בשיטה שבה מוכרים⁴⁸ של נכסים ושירותים זכאים לתשלום מן הקונים אף בהעדר הסכמה ביניהם, תיווצר תופעה שבה מוכרי נכסים ושירותים באיכות גבוהה מכפי שהיא מוערכת על-ידי בתי-המשפט, וקונים שהערכתם לגבי שוויים של הנכסים או השירותים נמוכה מהערכתם של בתי-המשפט, ינסו להימנע מלכתחילה מפעילות במסגרת השיטה. המחברים מראים כי בסופו של דבר השיטה לא תשרוד, ומסלול העסקה הרצונית יחזור להיות המסלול האפשרי היחיד למכירת נכסים ושירותים.⁴⁹

אלא שניתוחם של בר-גיל ובבצ'וק מוגבל על-ידי המחברים מלכתחילה, ובצדק, למקרים שבהם הוצאות העסקה בין הצדדים נמוכות ואשר על-כן עסקת שוק היא אפשרית. מטעם זה הטיעון של בר-גיל ובבצ'וק אינו עומד בסתירה כלשהי לטיעון בעד הכרה בחובה רחבה של השבה, כמוצע במאמר זה, שכן תחולתה של חובה זו מותנית בכך שעסקת שוק אינה אפשרית. במצב עניינים זה אין עוד מקום לטיעון כי מבחינה השוואתית עדיף ליצור טובת-הנאה באמצעות מנגנון השוק מאשר על-ידי הכרה בחובה רחבה של השבה, שכן מנגנון השוק אינו מהווה אפשרות מציאותית.⁵⁰

זאת ועוד, לטיעון של בר-גיל ובבצ'וק יש כוח משכנע בעיקר במצבים שבהם מתקיימת תחרות בין מיטיבים. במצבים שבהם מוצע להחיל את החובה הרחבה של ההשבה, תחרות כזו אינה קיימת בדרך-כלל, בין היתר מן הטעם שעל-פי ההיקף המוצע של חובת ההשבה, המיטיב יוכל לכסות לכל-היותר את הוצאות ייצורה של טובת-ההנאה אך לא מעבר לכך. במצב עניינים זה, מוכרים אשר אין להם כל אינטרס עצמי בייצורה של טובת-ההנאה,

47 ראו להלן תת-פרק ג3.

48 השימוש בביטויים "מוכרים" ו"קונים" הוא מטפורי. למעשה, ברמת ההגדרה, אין מדובר בפעולה של מכירה או קנייה.

49 Oren Bar-Gill & Lucian A. Bebchuk, *Consent and Exchange* (National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 13267, 2007), available at www.nber.org/papers/w13267.pdf. הטיעון של בר-גיל ובבצ'וק חל אף כאשר הטעויות של הערכת-יתר והערכת-חסר שוות במשקלן ובהיקפן.

50 בר-גיל ובבצ'וק מבססים כאמור את טיעונם על כך שלבית-המשפט חסר מידע על ערכה המדויק של טובת-ההנאה שבה זכה הנהנה. אלא שכמה מן הבעיות אשר ייווצרו, לטענת בר-גיל ובבצ'וק, במשטר משפטי של השבה קיימות אף במשטר המשפטי הנוהג, שבו נדרשת הסכמתם של שני הצדדים לשם ביצוע מכירה. אלה הן הבעיות הנוצרות ב"lemons markets" בשווקים אלה, מכיוון שלקונה חסר מידע על איכות המוצר, הוא נאלץ להניח לגביו את הגרוע מכל. במקרים קיצוניים, שווקים כאלה לא ישרדו.

להוציא הרצון לזכות בתשלום מן הנהנים, לא ייצרו את טובת-ההנאה שכן הם לא יוכלו להרוויח מכך דבר. לבסוף, הטיעון של בר-גיל ובבצ'וק אינו חל על מצבים שבהם אין טעויות מדידה של טובת-ההנאה או של הוצאות ייצורן. לכן, כאשר סיכוני הטעות מזעריים, החששות שבר-גיל ובבצ'וק מעלים אינם מתקיימים.

(ו) תפקידה של הרשות הציבורית

טובת-ההנאה אשר החובה הרחבה של השבה מעודדת את ייצורן הן באופן טיפוסי מוצרים ציבוריים.⁵¹ אחד התפקידים המסורתיים של רשויות ציבוריות הוא ייצורם של מוצרים כאלה או מימון ייצורם כאשר השוק אינו יכול לעשות זאת.⁵² מכאן עולה השאלה אם ראוי להכיר בחובה רחבה של השבה, ולא להותיר את ייצורם של המוצרים הציבוריים כולם לרשות הציבורית.⁵³ יתרה מזו, גביית תשלום על-ידי פרטים בגין מוצרים ציבוריים שנוצרו על-ידיהם, ולא על-ידי הרשות, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות פעולתו של משטר דמוקרטי, שבו הגוף הנבחר או זה הממונה מטעמו, והם בלבד, רשאים להשית תשלומי-חובה על פרטים על-מנת לממן ייצורם של מוצרים ציבוריים.⁵⁴

אולם טיעון דומה ניתן להעלות אף ביחס לדיני הנויקן. כך, במקום הרתעת שוק (כפי שכינה אותה קלברוז), המחייבת שהמזיק יישא בנויק פעילותו, המדינה (או הרשות המקומית במקרים מסוימים) יכולה להסדיר התנהגויות היוצרות סיכונים בדרך ריכוזית, על-ידי רגולציה שתיאכף על הפרטים השונים. אלא שבדרך הרגולציה יש לא רק יתרונות, אלא גם חסרונות. כך, לעיתים מוזיקים עלולים להחציץ נזקים או טובת-הנאה, שאז רגולציה עשויה להיות עדיפה על הרתעת שוק, אך במקרים רבים רגולציה יעילה אינה אפשרית מסיבות פוליטיות, ובמקרים אחרים היא יקרה מאוד.⁵⁵ חשוב יותר – לעיתים קרובות למויק יש מידע רב יותר מאשר לרשות

51 מוצר ציבורי "טהור" מתאפיין באי-יכולת להדיר בני-אדם מפני צריכתו וכן בהעדר תחרות לגבי צריכתו, במובן זה שהוצאות ייצורו ומידת טובת-ההנאה שניתן להפיק ממנו אינם משתנים כאשר מספרם של הצורכים את המוצר עולה. ראו: JOSEPH E. STIGLITZ, *ECONOMICS OF THE PUBLIC SECTOR* 128–129 (3d ed. 2000). די במאפיין הראשון של המוצר הציבורי הטהור להצדיק לכאורה את ייצורו על-ידי הרשות. ראו ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר זמיר – משפט, חברה ופוליטיקה 583 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (להלן: ברק מדינה).

52 Paul Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, 36 *REV. ECON. & STAT.* 387 (1954); Paul Samuelson, *Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure*, 37 *REV. ECON. & STAT.* 350 (1955); Paul Samuelson, *Aspects of Public Expenditure Theories*, 40 *REV. ECON. & STAT.* 332 (1958).

53 נראה שטיעון זה מקובל על-ידי עורכי ה-RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 cmnt. b (Tentative Draft No. 2, 2002).

54 ראו את הדיון לעיל בס' 33 (א) למאמר.

55 GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* 68–129 (1970). ראו גם POSNER, *לעיל ה"ש 29, ס' 23.2*.

לגבי התועלת והנוק הגלומים בפעילותו, והוא שיכול להחליט טוב יותר מהי נקודת האופטימום שבה על פעילותו להימצא בהתחשב בתועלותיה ובנוקיה, ואף לפעול בהתאם. אם יהויב לשאת בנוקים, ובהנחה שהוא זה אשר זוכה בכל התועלות, התנהגותו תהא יעילה.

כך גם בכל הקשור לייצור מוצרים ציבוריים. אכן, במקרים רבים הרשות הציבורית מייצרת מוצרים ציבוריים או מממנת אותם, והיא זו שיכולה לעשות זאת טוב יותר מכל אחד אחר, בין בשל עדיפותה במידע ובמומחיות ובין בשל החשש שאחרים ייצרו מוצרים ציבוריים אך יחצינו חלק מעלויות הייצור. אולם בכך אין כדי לייתר את ייצורם ומימונם של מוצרים ציבוריים אף על-ידי פרטים, באותם מקרים שבהם הרשות אינה עושה זאת, בין עקב מגבלות פוליטיות או תקציביות ובין עקב חוסר מידע ומומחיות, ובלבד שייצור זה אינו כרוך בגרם נזקים משמעותיים. מצבים אלה יידונו ביתר הרחבה להלן.⁵⁶

לבסוף, הטיעון שחובה רחבה של השבה מפרה עקרונות-יסוד של משטר דמוקרטי, באפשרה לפרטים לגבות מיסים, אינו משכנע. ראשית, טיעון זה אינו חל על מצבים שבהם המס הנגבה מן הפרט נמוך מטובת-ההנאה שבה זכה, כך שלמס אין השלכות של חלוקה מחדש של עושר. שנית, בחלק השני של המאמר יוצעו מנגנונים (רישוי והצבעה) אשר יפחיתו עוד מכוחו של הטיעון הדמוקרטי.⁵⁷

4. טובת-הנאה הכרוכה בגרם נזק

למרות העמדה הברורה של המשפט, שלפיה אין חובה רחבה של השבה, המשפט מכיר בחריג חשוב: אם מעוול גורם נזק לאחר, והפיצוי הכספי הנדרש לתיקון הנוק במלואו מעמיד את הניזוק במצב טוב מכפי שהיה עובר לביצוע העוולה, יקונו בדרך-כלל מן הפיצוי סכום כסף המבטא את שיפור המצב. חריג זה, אשר מוכר הן בתחום דיני הניזוקין והן בתחום דיני החוזים, יכונה "החריג הנויקי". השאלה הנשאלת היא מדוע, על-פי החריג הנויקי, הניזוק נדרש לשלם בגין טובת-הנאה שקיבל עקב תיקון מצבו ואשר מעולם לא ביקש אותה? מדוע המעוול זכאי ל"תשלום" על טובת-ההנאה שכפה על הניזוק, בשעה שמיטיב שאינו מעוול אינו זכאי לתשלום דומה? כפי שנראה מייד, רוב הסיבות האפשריות לאי-קיומה של חובה רחבה של השבה אינן תקפות בהקשר של החריג הנויקי.⁵⁸

56 ראו להלן תת-פרק 5.

57 ראו להלן תת-פרק 2, בטקסט שבין ה"ש 92 לה"ש 93.

58 יש מקרים שבהם אותה פעולה מזיקה לאחדים ומועילה לאחרים. במקרי הפקעות, למשל, התנהגותה של הרשות המפקיעה תהיה יעילה אם היא תפנים את הנוקים ואת התועלות גם-יחד. לטיעון זה ראו: Avraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Givings*, 111 YALE L.J. 547 (2001). במקרים אחרים פעולתו המזיקה של המעוול גורמת אומנם נזק לניזוק, אך גם מפחיתה את הסיכון שלו מגרם נזק אחר או מפחיתה את הסיכון של אחרים מגרם נזק. לטיעון שלפיו יש להפחית את הפיצויים שבהם יהויב המזיק בסוג זה של מקרים – לעיתים אף באופן משמעותי ביותר – ועל הדרך לעשות זאת, ראו: Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243 (2007).

נניה שראובן גורם נזק למכוניתו של שמעון, ונדרש פיצוי של 100 על-מנת להחליף את החלק שנפגע בחלק חדש. חלק ישן אינו ניתן להשגה. בעקבות החלפת החלק שנפגע, ערך המכונית עולה ב-20. במצב זה, לפחות על-פי הגישה הרווחת בפסיקה, הפיצוי שבו יידרש ראובן לשאת יהיה 80, ולא 100. שמעון ייאלץ "לשלם" בעבור שיפור מכוניתו, אף שלא ביקש זאת וממילא לא הסכים לכך.⁵⁹

כמה מן ההתנגדויות שנידונו בסעיפים הקודמים של פרק זה לקיומה של חובה רחבה של השבה מצדיקות לכאורה אי-הכרה אף בחריג הנוזיקי. אחת מההתנגדויות הללו עניינה בחשש מפני הערכות-יתר של טובת-ההנאה, אשר עלולות לגרום לאי-יעילות ex post.⁶⁰ בהקשר של החריג הנוזיקי חשש זה מתבטא בסיכון שהמוזיק יישא בפועל בנזקים נמוכים מאלה שגרם. כך, בדוגמת הנזק למכונית, אם הסכום שינוכה מהוצאות התיקון יהיה גבוה מטובת-ההנאה שבה זכה הניזוק – למשל, 30 במקום 20 – אזי אחריותו של המוזיק תהיה נמוכה מן הנזק שגרם, הפיצוי לניזוק יהיה פיצוי-חסר, והרתעתו של המוזיק תהיה הרתעת-חסר. אלא שעל טיעון זה ניתן להשיב כי אי-ניכוי כלשהו של טובת-ההנאה עלול לגרום לפיצוי-יתר ולהרתעת-יתר, ועל-כן ניכוי טובת-ההנאה לפי מיטב הערכתו של בית-המשפט הוא הפתרון הטוב ביותר בעולם לא-אידיאלי, שבו אין לדעת בוודאות מה גובהם של טובת-ההנאה או של הנזק שנבעו מן העוולה הנוזיקית.

מדברים אלה ניתן אף להבין מהם ההבדלים בין החריג הנוזיקי, מצד אחד, לבין המקרה הכללי של ההשבה, מצד אחר. הבדלים אלה עשויים להסביר – גם אם לא להצדיק באופן מלא – את עמדתו השונה של המשפט לחריג הנוזיקי ולמקרה הכללי של ההשבה. ראשית, במקרה של החריג הנוזיקי בית-המשפט נדרש לעסוק בהערכות נזקים מתוך הבנה שאלה עלולות להיות לא-מדויקות. משכך הדבר, עליו לנסות לדייק כמיטב יכולתו, ואין הוא יכול להתעלם מטובות-ההנאה שצמחו לניזוק בעקבות מעשה העוולה או בעקבות תיקון נזקיה. במקרה הכללי של ההשבה, לעומת זאת, בית-המשפט אינו נדרש להעריך נזקים, והעיסוק בטובות-ההנאה ככאלה אינו נתפס כנראה כחיוני בעיניו.

שנית, במקרה של החריג הנוזיקי, טיעוני שוק למיניהם המשמשים לדחיית קיומה של חובה רחבה מאוד של השבה⁶¹ אינם רלוונטיים. במיוחד, הטיעון כי המיטיב או מיטיבים- בכוח אחרים יכולים באופן רגיל להשיג מראש את הסכמתו של הנהנה לתשלום בגין טובת-ההנאה שתוענק לו אינו מתאים לחריג הנוזיקי. במקרה של החריג הנוזיקי, הנזק וטובת-ההנאה באים כרוכים זה בזה, וכפי שבאופן טיפוסי אי-אפשר להשיג את הסכמתו של הניזוק לגרם נזק לפני העמדתו בסיכון של פגיעה, כך אי-אפשר להתנות איתו שטובת-ההנאה שתיווצר אצלו בעקבות הפיצוי תינתן לו רק אם יסכים לשלם בגינה. שלישית, הטיעון בדבר קשיי ההוכחה והגבייה⁶² אינו חל על החריג הנוזיקי, בוודאי לא

59 ראו Dobbs, לעיל ה"ש 4, ס' 3.8. לניתוח השיקולים השונים בעת פסיקת פיצויים בסוג זה של מקרים ראו ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד (ז)29, 44-51 (1983).

60 ראו לעיל ס' 3(ג) למאמר.

61 ראו לעיל ס' 3(ב) ו-3(ה) למאמר.

62 ראו לעיל ס' 3(ד) למאמר.

באותה עוצמה שבה הוא חל על המקרה הכללי של ההשבה. הטעם לכך הוא שבמקרה של החרוג הנוזקי, ניכוי טובת-ההנאה מן הפיצויים של הניזוק נעשה על רקע קיומו של סכסוך משפטי – או לפחות סכסוך משפטי-בכוח – באשר לגובה הנוק שבגינה המזיק צריך לפצות את הניזוק. הוצאות ההתדיינות הנוספות הנדרשות לשם ניכוי טובת-ההנאה שנוצרה אצל הניזוק הן על-כן נמוכות.

רביעית, אחת ההתנגדויות המרכזיות לקיומה של חובה רחבה של השבה עניינה בתפקידה של הרשות הציבורית. זו האחרונה, כך נטען, מיועדת ליצור מוצרים ציבוריים ולממן את ייצורם כאשר הללו לא ייוצרו בדרך אחרת עקב בעיות של טפילות.⁶³ אך טיעון זה אינו מתאים למקרה של החרוג הנוזקי. אדרבה, הוצאות העסקה המונעות במקרה של החרוג הנוזקי קבלת הסכמה של הניזוק לשלם בגין טובת-ההנאה שבה יזכה אם ייזוק אינן מסוג הוצאות העסקה היוצרות בעיות של טפילות, וממילא הרשות הציבורית אינה יכולה למלא במקרה זה תפקיד כלשהו.

ההשוואה בין המקרה הכללי של ההשבה לבין המקרה של החרוג הנוזקי מלמדת כי אף בשיטה המסרבת להכיר בחובה רחבה של השבה יש מקום לחרוג הנוזקי. השוואה זו אף עשויה ללמד מהם השיקולים שבגינם חובה רחבה של השבה אינה קיימת כיום: אלה אותם שיקולים שנידונו לעיל אשר רלוונטיים למקרה הכללי אך לא לחרוג הנוזקי.

5. פיצוי לעומת השבה: כוח וטו וסחטנות לעומת טפילות

בהינתן יצירתם של סיכונים על-ידי מזיקים ובהינתן הוצאות העסקה הגבוהות בין מזיקים לבין ניזוקים המונעות הסכמות חוזיות ביניהם, הפנמת נזקים – או נזקים עולתיים – על-ידי המזיקים היא כורח המציאות, במיוחד כאשר רגולציה של סיכונים אינה בגדר אפשרות סבירה. זאת, מכיוון שבלעדי רגולציה והפנמה של נזקים, לא יתקיימו מגבלות כלשהן לפעילויות מזיקות, ומזיקים יהיו על-כן אדישים לחלוטין לגרם נזקים: די יהיה בטובת-הנאה קטנה שתצמח למזיקים לתמרץ אותם לגרום נזקים עצומים. מטעם זה המשפט אינו מתיר בדרך-כלל למזיקים לגרום נזקים ברשלנות מבלי שתוטל עליהם חובת פיצוי. לסיכון זה של גרם נזקים בלא מגבלות אין מקבילה במקרי טובת-הנאה. פעילויות מיטיבות רבות מתקיימות אף כאשר יוצריהן אינם מפנימים את מלוא טובת-ההנאה שהם יוצרים, שכן במקרים רבים די בטובת-ההנאה שהמיטיבים זוכים בהן לתמרץ אותם לייצר טובות-הנאה, גם אם הנהנים השונים אינם משלמים על כך דבר.

אך בכך אין כדי לענות על השאלה הבאה, שהיא כפי הנראה השאלה המרכזית לענייננו: מדוע מלכתחילה המשפט מתיר למזיקים לכפות עסקות על ניזוקים הזכאים לא להיפגע, על-ידי יצירת סיכונים כלפיהם תוך תשלום פיצוי בגין הנוזקים שנגרמים להם עקב כך, אך בה-בעת אינו מתיר למיטיבים לכפות עסקות על נהנים על-ידי יצירת טובת-הנאה וגביית תשלום בגינן? בחינת הסיבות האפשריות להעדר קיומה של חובה רחבה של השבה במשפט הנוהג, כמו-גם השוואת המקרה הכללי של ההשבה עם החרוג הנוזקי, מלמדות שאם

63 ראו לעיל ס' 3(ו) למאמר.

החוזה, השוק או הרשות הציבורית אינם יכולים לייצר את טובת־ההנאה באופן יעיל יותר, בהעדר גרם נזקים משמעותיים עקב ייצור טובת הנאה, ואם הקשיים בהוכחת טובת־ההנאה ובגבייתה מן הנהנים השונים אינם רבים מדי, אזי הן במקרה הנזק והן במקרה טובת־ההנאה כפיית עסקה על הניזוק או על הנהנה, לפי העניין, מוצדקת מטעמים של יעילות כלכלית. עתה אראה שמסקנה זו אינה מדויקת. הצורך בכלל אחריות הינו דחוף יותר במקרי נזק מאשר במקרי טובת־הנאה. טענתי תהיה שבמקרי נזק כלל אחריות פותר באופן טיפוסי בעיה של סחטנות, ואילו במקרי טובת־הנאה הוא פותר בעיה של טפילות. בעיית הסחטנות – כך אטען – מהווה מכשלה קשה יותר להשגת יעילות מאשר בעיית הטפילות.⁶⁴

נניח שלא היו קיימים כללי אחריות בדיני נזיקין. בעולם כזה היה המשפט מקצה במקרים מסוימים לניזוקים זכאות לא להיפגע, ובמקרים אחרים הוא היה מקצה למזיקים זכאות לגרום נזק בלא תשלום פיצוי, ומגן על זכאויות אלה באמצעות כללי קניין. להלן נבחן שתי אפשרויות אלה של כללי קניין במקרי נזק, תוך השוואתם למקרים המקבילים של טובת־הנאה.

(א) מקרי נזק שבהם לניזוקים יש זכאות לא להיפגע לעומת מקרי טובת־הנאה

נפתח בהשוואה בין מקרים שבהם לנהנים יש זכאות לא לשלם על טובת־הנאה שלא התבקשו לבין מקרים שבהם לניזוקים יש זכאות לא להיפגע. אנו מניחים כי זכאויות אלה מוגנות על־ידי כלל קנייני. משמעות הדבר היא שהמזיקים והמיטיבים אינם רשאים לכפות עסקה על הניזוקים והנהנים, בהתאמה.

בעולם כזה, בשל הוצאות העסקה הגבוהות, ובמיוחד כאשר מספר הניזוקים רב, מזיקים לא יוכלו לקבל את הסכמתם של הניזוקים להיחשף לסיכונים של גרם נזק גם כאשר יעיל שכך יהיה. למעשה, בעולם כזה, רוב הפעילויות המודרניות המתקיימות כיום בחברה, כגון נהיגה או ייצור של מוצרים רבים, ישותקו לחלוטין. אומנם, לא אחת מזיקים יגרמו נזקים ויפצו את הניזוקים, גם אם מלכתחילה היו חייבים לקבל את הסכמתם לכך, אך בכך אין כדי לשנות את הטיעון: קשה לדמיין עולם שבו המשפט אינו מאפשר בפועל יצירת סיכונים ותשלום בגין הנזקים – או הנזקים העולתיים – הנגרמים עקב כך.⁶⁵

אכן, למרבה המזל, בעולם המודרני זכאויות של ניזוקים מוגנות לעיתים קרובות על־ידי כללי אחריות, ולא רק על־ידי כללי קניין. מזיקים רשאים לעיתים קרובות ליצור סיכונים, אך חייבים לשאת בנזקים – או בנזקים העולתיים – הנגרמים עקב כך. מתן היתר למזיקים לכפות עסקות על ניזוקים אשר יש להם זכאות לא להינזק, על־ידי הכפפתם לסיכונים ותשלום פיצוי במקרה של גרם נזק, היא חיונית לקיומן של פעילויות חשובות ומועילות בחברה המודרנית.

במקרי טובת־הנאה המצב שונה לחלוטין. החברה מתפקדת כיאות אף בלעדי חובה רחבה של השבה, ומוצרים ציבוריים מיוצרים כדבר שבשגרה. טיעון זה עשוי אומנם להיראות

64 להשוואה בין סחטנות לבין טפילות בהקשרים אחרים, תוך הצבעה על מצבים שבהם דווקא בעיית הטפילות היא החריפה יותר, ראו: Lloyd Cohen, *Holdouts and Free Riders*, 20 J. LEGAL STUD. 351 (1991).

65 ראו לעיל תת־פרק ב2.

חלש, שכן הוא מתמקד בעולם הקיים, ולא בזה ההיפותטי, שבו יש הכרה בחובה רחבה של השבה. חובה כזו הייתה מאפשרת קיומן של פעילויות מועילות רבות שאינן קיימות כיום. אך הטיעון בדבר החיוניות השונה של כללי אחריות במקרי נזק ובמקרי טובת-הנאה אינו רק טיעון אמפירי. הוא נסמך על הבדל תיאורטי חשוב בין הוצאות העסקה שנוצרות במקרי נזק בהעדר כלל אחריות לבין הוצאות העסקה שנוצרות במקרי טובת-הנאה בהעדר חובה רחבה של השבה.

במקרי נזק, באותם מקרים שבהם המשפט מכיר בזכאותו של הניזוק לא להינזק, הבעיה הטיפוסית שכלל אחריות בא לפתור היא בעיית כוח הווטו שיש לכל אחד מן הניזוקים על הפעילות או ההתנהגות המזיקות, ותופעת הסחטנות הנובעת ממנה. משמעותו של כוח הווטו היא שהמזיק צריך להשיג את הסכמתם של כל הניזוקים לפני שהוא חושף אותם לסיכון של נזק. במקרי טובת-הנאה, לעומת זאת, גם בהעדר חובת השבה של הנהנים, איש מהם אינו יכול להטיל וטו על הפעילות או ההתנהגות המועילות. לכל-היותר בכוחו של הנהנה לסרב לשלם בגין טובת-ההנאה שבה זכה. להלן יידונו שני מצבים שבהם יומחש ההבדל בין מקרי נזק לבין מקרי טובת-הנאה: המצב הראשון הוא זה שבו ניזוקים ונהנים אינם מתנהגים באופן אסטרטגי, והמצב השני הוא זה שבו הם מתנהגים באופן אסטרטגי. המצב הראשון רלוונטי לענייננו אם מספרם של הניזוקים או הנהנים הוא רב, ואילו המצב השני רלוונטי לענייננו גם אם מספרם אינו רב, ובלבד שהוא גדול מאחד. הנחתי היא שרוב המקרים במציאות (אם כי לא כולם) אכן מתאפיינים בכך שמזיק או מיטיב אחד, פועל מול מספר כזה או אחר של ניזוקים או נהנים.

נפתח את הדיון במצב הראשון. נניח מזיק אשר פעילותו מסכנת אלף ניזוקים שיש להם זכאות לא להיפגע ואשר זכאותם מוגנת על-ידי כלל קנייני. עוד נניח כי הפעילות המזיקה מועילה יותר משהיא מזיקה. במצב זה, מאחר שלכל ניזוק יש מעצם ההגדרה כוח וטו על הפעילות המזיקה, יהיה על המזיק להגיע לכל אחד מבין אלף הניזוקים ולקבל את הסכמתו לקיומה של הפעילות המזיקה. גם אם כל הניזוקים יביעו את העדפותיהם האמיתיות, ולא ינהגו באופן אסטרטגי, יהיה קשה מאוד למזיק להגיע לכל הניזוקים. המזיק יבין שהגעה רק לתשע מאות תשעים ותשעה מביניהם לא תספיק לו, אך עם זאת תצריך השקעת משאבים ניכרים מצידו. לפיכך, כך יש לשער, הוא יוותר על המאמץ מלכתחילה, ולא יקיים את פעילותו.

נניח עתה מצב מקביל של טובת-הנאה, שבו מיטיב אחד יוצר טובת-הנאה לאלף נהנים. עוד נניח כי התועלת בפעילות המיטיבה רבה מהוצאותיה, וכי אין הכרה בחובה רחבה של השבה. כאן, מעצם ההגדרה, לאיש מן הנהנים אין כוח וטו על הפעילות המיטיבה. ייתכן, על-כן, שאף אם יצליח המיטיב להשיג רק את הסכמתם של תשע מאות, שמונה מאות או אפילו חמש מאות מן הנהנים לשאת בהוצאותיה של הפעילות המיטיבה, די יהיה בכך לאפשר לו לבצעה (כזכור, הנחתנו היא שהנהנים אינם מתנהגים באופן אסטרטגי). בכך אין כדי ללמד שהוצאות העסקה הכרוכות בהגעה לרבים מן הנהנים ובגביית תשלום מהם אינן יכולות להיות גבוהות במידה שתמנע את קיומן של פעילויות מועילות רבות. אכן, הטענה המרכזית במאמר זה היא שסכנה זו אכן ממשית. אך למרות זאת נראה שהצורך בכלל אחריות במקרה הניזוקי רב מן הצורך המקביל בחובה רחבה של השבה במקרה טובת-ההנאה. נעבור עתה למצב השני, שבו ניזוקים ונהנים מתנהגים באופן אסטרטגי. כאן ההבדל

בין מקרה הנוק לבין מקרה טובת-ההנאה הוא משמעותי אף כאשר מספרם של הנהנים או הניזוקים קטן יחסית. נניח מזיק אשר פעילותו מסכנת חמישה ניזוקים שיש להם זכאות לא להיפגע ואשר זכאותם מוגנת על-ידי כלל קנייני. עוד נניח כי הפעילות המזיקה מועילה יותר משהיא מזיקה. מאחר שלכל ניזוק יש כוח וטו על הפעילות המזיקה, יהיה על המזיק להגיע לכל אחד מן הניזוקים ולקבל את הסכמתו לקיומה של הפעילות המזיקה. הגעה לכל הניזוקים לא תהווה בדרך-כלל בעיה, אולם השגת הסכמתם של כולם תהיה קשה הרבה יותר. קושי זה ינבע מבעיית הסחטנות (holdout). מאחר שלכל ניזוק יש כוח וטו על הפעילות או ההתנהגות המזיקות, ומאחר שהנחתנו היא שהם מתנהגים באופן אסטרטגי, לכל אחד מהם יש תמריץ לסחוט את המזיק. מאחר שלכל הניזוקים יש אותו כוח וטו ואותו תמריץ סחיטה, ימצא המזיק את עצמו מתקשה מאוד להגיע להסכמה עם כל הניזוקים, גם אם התועלת בפעילותו עולה בהרבה על נזקה. ככל שמספר הניזוקים יהיה רב יותר כן תוחמר בעיית הסחטנות.

נניח עתה מצב מקביל של טובת-הנאה, שבו מיטיב אחד יוצר טובת-הנאה לחמישה נהנים. עוד נניח כי התועלת בפעילות המיטיבה רבה מהוצאותיה, וכי אין הכרה בחובה רחבה של השבה. אף שלאיש מן הנהנים אין כוח וטו על הפעילות המיטיבה, לכל אחד מהם יש הכוח ואף התמריץ לא לשלם למיטיב, ולהיות טפיל (free-rider) על השקעתו ועל השקעתם של האחרים. מאחר שכך, נראה שאף כאן יתקשה המיטיב להגיע להסכמה עם הנהנים, ממש כבמקרה הנוק, והפעילות המועילה לא תתקיים אף אם תועלתה עולה בהרבה על הוצאותיה.

עד כאן נדמה שבעיית הסחטנות ובעיית הטפילות חמורות באותה מידה, ושתיהן מצדיקות כלל אחריות וחובה רחבה של השבה, בהתאמה. אלא שבמבט מעמיק יותר מתגלה הבדל חשוב בין מקרה הנוק לבין מקרה טובת-ההנאה. נניח לרגע שכל הניזוקים והנהנים, להוציא ניזוק אחד ונהנה אחד, לפי העניין, אינם פועלים מטעמים אסטרטגיים, אלא על-פי העדפותיהם האמיתיות. נראה שבעיית כוח הווטו של הסחטן היחיד במקרי הנוק תהיה מאיימת יותר מבעיית אי-התשלום על-ידי הטפיל היחיד במקרי טובת-ההנאה. הסחטן יוכל להטיל וטו ולמנוע את הפעילות כולה. לא כן הטפיל: אף אם אחד הנהנים לא ייאזר לשלם את הסכום הנדרש, רוב הסיכויים שטובת-ההנאה תיוצר בכל-זאת. בקצרה, בעוד במקרי נוק ניזוק אחד יכול למנוע את הפעילות המועילה מלהתקיים, במקרי טובת-הנאה אין לנהנה יחיד כוח דומה.

לכאורה ניתן להעלות את הטיעון הנגדי הבא: אם ניזוק אחד בלבד מסרב להסכים לגרם הנוק בתמורה לפיצוי שמוצע לו, תיפתר הבעיה בדרך-כלל אם יוגדל הפיצוי עד לנקודה שבה ישתכנע הניזוק להסיר את התנגדותו. מכאן שסחטנות של ניזוק אחד לא תמנע בדרך-כלל את קיומה של הפעילות, ממש כשם שטפילותו של נהנה אחד לא תמנע בדרך-כלל את ייצורה של טובת-ההנאה. אלא שיש הבדל מרכזי בין בעיית הסחטנות לבין בעיית הטפילות: הסחטן היחיד יכול באופן עקרוני להוציא את כל הרווח מן הפעילות מידי של המזיק, ואילו הטפיל היחיד יכול לכל-היותר לסרב לשלם את חלקו בייצורה של טובת-ההנאה. המזיק יהיה מוכן על-כן להשקיע הרבה יותר במשא-ומתן עם הסחטן בהשוואה לנכונותו של המיטיב להשקיע במשא-ומתן עם הטפיל. מזה האחרון, אם יתעקש יתר על המידה, אפשר פשוט להתעלם, ולוותר על השתתפותו בהוצאות ייצורה של טובת-ההנאה.

אמת, בעיית ההתנהגות האסטרטגית מדאיגה, וכאשר היא מתרחבת, הפער בין בעיית הסחטנות לבין בעיית הטפילות מבחינת חומרתן מצטמצם, ואולי אף נעלם. אלא שבפועל, פעמים רבות ניזוקים ונהנים אינם מתנהגים באופן אסטרטגי, אלא מביעים העדפות אמיתיות.⁶⁶ כאשר כך פני הדברים, בעיית הסחטנות נותרת חריפה יותר מבעיית הטפילות. מכאן שכלל אחריות חיוני יותר אם בעיית סחטנות מאיימת על השגתה של יעילות כלכלית מאשר אם בעיית טפילות יוצרת איום כזה.⁶⁷

66 לניסויים המראים כי בעיית הטפילות אינה מונעת תמיד שיתוף-פעולה ראו: Gary J. Miller, *The Impact of Economics on Contemporary Political Science*, 35 J. ECON. LITERATURE 1173, 1179–1183 (1997); John D. Ledyard, *Public Goods: A Survey of Experimental Research*, in HANDBOOK OF EXPERIMENTAL ECONOMICS 111 (John H. Kagel & Alvin E. Roth eds., 1995). לטיעון ששחקנים רציונליים ישתפו פעולה, ולא ינהגו בדרך של טפילות, ראו: ROBERT NOZICK, *THE NATURE OF RATIONALITY* 50–55 (1993). לטיעון ששחקנים חוזרים נוטים לא להיות טפילים ראו: David M. Kreps et al., *Rational Cooperation in the Finitely Repeated Prisoner's Dilemma*, 27 J. ECON. THEORY 245 (1982); Robert M. Axelrod, *The Emergence of Cooperation among Egoists*, 75 AM. POL. SCI. REV. 306 (1981). הודהות עם הקבוצה עשויה גם היא למנוע את תופעת הטפילות. ראו: Ernst Fehr & Urs Fischbacher, *Why Social Preferences Matter – The Impact of Non-Selfish Motives on Competition, Cooperation and Incentives*, 112 ECON. J. 478 (2002). דפנה לוינסון-זמיר טוענת כי הסיבה העיקרית שבגינה בני-אדם אינם מוכנים להשתתף במימון מוצרים ציבוריים אינה שאיפתם להיות טפילים, אלא אמונתם שאחרים יהיו טפילים. ראו: Daphna Lewinsohn-Zamir, *Consumer Preferences, Citizen Preferences, and the Provision of Public Goods*, 108 YALE L.J. 377 (1998).

67 לטיעון שהכוח של מפתח מקרקעין להפקיע מקרקעין – אך זאת רק לאחר ניהול משא-ומתן עם בעלי המקרקעין (שנכשל) – מונע את בעיית הסחטנות מלכתחילה, ראו: Thomas J. Miceli & Kathleen Segerson, *A Bargaining Model of Holdouts and Takings*, 9 AM. L. ECON. REV. 160 (2007). לכאורה, כלל אחריות אינו פותר את בעיית הסחטנות, אלא משנה את זהות הסחטן. כך, במקרה של מזיק וניזוק אחד, שבו הזכאות היא של הניזוק וזו מוגנת על-ידי כלל קנייני, הניזוק הוא הסחטן-בכוח (הוא יסרב להתיר את גרם הנזק אלא אם כן ישולם לו סכום גבוה בהרבה מנזקיו). אם, לעומת זאת, הגנת הניזוק תהיה של כלל אחריות, כך שיותר למזיק לגרום נזק תוך פיצוי הניזוק, ייהפך המזיק לסחטן-בכוח (הוא יסרב להפסיק את גרם הנזק אלא אם כן ישולם לו סכום גבוה בהרבה מעלות הפסקתו של גרם הנזק). אלא שלא אלה המצבים שבהם דנתי בתת-פרק זה. הנחתי היא שבמקרה הטיפוסי אין מדובר במזיק אחד מול ניזוק אחד או במיטיב אחד מול נהנה אחד, אלא במזיק אחד ומיטיב אחד מול ניזוקים ונהנים רבים. במצב עניינים זה בעיית הסחטנות חריפה כאשר קיימים כמה סחטנים-בכוח, ולא כאשר הסחטן-בכוח הוא אחד בלבד. למעשה, מקרה של סחטן-בכוח אחד לא הוגדר על-ידי מלכתחילה כמעורר בעיה של סחטנות. מטעם זה, כלל אחריות שלפיו המזיק רשאי לגרום נזקים תוך פיצוי הניזוקים מעביר אותנו ממצב שבו יש סחטנים-בכוח רבים למצב שבו

(ב) מקרי נזק שבהם למזיקים יש זכאות להזיק לעומת מקרי טובת-הנאה

מקרי נזק, על-פי טבעם, אינם משקפים דווקא בעיית כוח וטו (או סחטנות), ומקרי טובת-הנאה, על-פי טבעם, אינם משקפים דווקא בעיית טפילות. אפיון מקרי הנזק כמעוררים בעיית כוח וטו ואפיון מקרי טובת-הנאה כמעוררים בעיית טפילות נובעים מאופן הקצאת הזכויות במשפט.

בסעיף הקודם נידונו מקרים שבהם לניזוקים יש זכאות לא להיפגע וזכאות זו מוגנת על-ידי כלל קנייני, שאז לכל אחד מן הניזוקים יש כוח וטו על הפעילות המזיקה. אך נניח עתה שהזכויות מוקצות באופן שונה, כך שהמזיק רשאי ליצור סיכונים מבלי שמוטלת עליו חובה כלשהי לשאת בנזקים הנגרמים עקב כך, ושזכאותו זו מוגנת על-ידי כלל קנייני. אם הוצאות הפעילות המזיקה עולות על תועלתה, כך שהפסקת הפעילות מוצדקת מבחינה כלכלית, יתקשו הצדדים להגיע להסכם על הפסקת הפעילות, לא בגלל כוח וטו שיש לניזוקים – שכן אין להם כוח כזה – אלא דווקא בשל בעיית טפילות. כך, גם אם כל הניזוקים ירצו להפסיק את הפעילות המזיקה על-ידי תשלום סכום כסף למזיק, רבים מהם יסרבו להשתתף בעלות התשלום עקב שאיפתם להיות טפילים על השקעתם של האחרים. בעיית טפילות מתעוררת אם כן גם במקרי נזק, ולא רק במקרי טובת-הנאה.

אלא שזו "רק" בעיית טפילות, ולא בעיית כוח וטו, ובדיוק כמו במקרי טובת-הנאה, אף כאן, הנזק מבעיית הטפילות אינו שקול לנזק מבעיית כוח הווטו. חשוב יותר לענייננו הוא שהמשפט אינו מתערב כדי לפתור את בעיית הטפילות במקרי נזק, ממש כפי שהוא אינו מתערב כדי לפתור את בעיית הטפילות במקרי טובת-הנאה.⁶⁸ התעלמותו של המשפט מבעיית הטפילות היא עקבית, אם כן. אלא שלהתעלמות זו, הן במקרי נזק והן במקרי טובת-הנאה, יש מחיר. כך, בדוגמה הנידונה, המזיק עלול לגרום נזקים גם כאשר אין הדבר יעיל, שכן לא יעלה בידי הניזוקים למנוע אותו מלעשות כן. חובה רחבה של השבה תפתור את הבעיה אף במקרה זה, כפי שנראה להלן,⁶⁹ שכן ניזוק הפועל לשם מניעת נזק מעצמו ומניזוקים אחרים יהיה זכאי, בהתקיים תנאים מסוימים, לשיפוי בגין הוצאותיו מן הניזוקים האחרים אשר זכו בטובת-הנאה עקב מאמציו.

להשלמת הדיון נותר לבחון אם מקרי טובת-הנאה יוצרים מעצם טבעם בעיית טפילות

⁶⁸ יש טפילים-בכוח רבים (וסחטן-בכוח יחיד). בכך קטן הקושי להגיע להסכמה בין המזיק לבין הניזוקים. ניתוח דומה חל אף על מקרי טובת-הנאה.

כאשר המשפט מקצה את הזכות למזיקים, הוא יכול להגן על זכאות זו על-ידי כלל אחריות. לפי כלל זה, אשר הוצע על-ידי קלברוי ומלמד וכונה על-ידיהם "כלל 4", הניזוקים רשאים להפסיק את הפעילות המזיקה, אך במקרה זה עליהם לפצות את המזיק בגין הנזק שנגרם לו עקב כך. ראו Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 24. אולם כלל זה לא יסייע בפתרון הבעיה בדוגמה שלנו, שכן אף שהמזיק יהיה חייב להפסיק את הפעילות המזיקה אם הניזוקים יפצו אותו בגין נזקיו, תיווצר בין הניזוקים בעיית טפילות: לכל אחד מהם יהיה תמריץ לא להשתתף במימון הפיצויים למזיק, שכן כל אחד מהם ידע שהוא יוכל ליהנות מהפסקת הפעילות המזיקה אף מבלי לשלם על כך.

⁶⁹ ראו להלן תת-פרק 11 (הדיון בדוגמה 2).

בלבד. מסתבר שבעיית כוח הווטו (והסחטנות) עשויה להתעורר גם במקרי טובת-הנאה, באותם מקרים שבהם המשפט מחייב מיטיב לייצר טובת-הנאה לטובת נהנים, וכאשר לכל נהנה יש הזכות לכפות על המיטיב את ייצורה של טובת-ההנאה. במצב זה, אם יחפוץ המיטיב להשתחרר מן החובה לייצר את טובת-ההנאה, מכיוון שהוצאות ייצורה עולות על תועלתה, הוא ייתקל בבעיית כוח הווטו של הנהנים. לכל אחד מן הנהנים יהיה הכוח להטיל וטו על ההסכם שבין הנהנים האחרים לבין המיטיב, שלפיו האחרון פטור מייצורה של טובת-ההנאה, ועל-כן הקושי להגיע מלכתחילה להסכמה עלול להיות רב. אלא שמצבים כאלה נדירים ביותר בתחומי המשפט הפרטי.⁷⁰ אילו התקיימו, יש להניח שהמשפט היה מתיר למיטיב לא לייצר את טובת-ההנאה, תוך פיצוי הנהנים בגין טובת-ההנאה שאבדה להם, ממש כפי שהוא עושה במקרי נזק שבהם מתעוררת בעיית כוח הווטו.

ניתן עתה לסכם את ההבחנה בין מקרי הנזק לבין מקרי טובת-ההנאה, כאשר מוזק אחד או מיטיב אחד פועלים מול כמה ניזוקים או כמה נהנים, כדלקמן: במקרי נזק בעיית כוח הווטו מתעוררת כאשר הזכאות מוקצית לניזוקים, ובעיית הטפילות מתעוררת כאשר היא מוקצית למזיקים. במקרי טובת-הנאה מתעוררת באופן טיפוסי בעיית טפילות בלבד. המשפט מתיר כלל אחריות או כפיית עסקה רק כדי לפתור את בעיית כוח הווטו, אך לא כדי לפתור את בעיית הטפילות, בין שמדובר במקרי נזק ובין שמדובר במקרי טובת-הנאה. בכך יש טעם, שכן בעיית כוח הווטו חמורה יותר, ומהווה מכשול משמעותי יותר להגעה להסכם, מאשר בעיית הטפילות. עם זאת, בעיית הטפילות אינה קלת-ערך, ואף היא מונעת התקיימותן של פעילויות מועילות. חובה רחבה של השבה עשויה לפתור בעיות מעין אלה במקרי טובת-הנאה, כמו-גם במקרי נזק מסוימים. בכך עוסק חלקו הבא של המאמר, ואליו אנו באים עתה.

70 אך הם נפוצים למדי בתחומי המשפט הציבורי. לא אחת הרשות חייבת מכוח הדין לייצר טובת-הנאה למען קבוצות של בני-אדם המונות אלפי פרטים ואף יותר. לכל אחד מן הפרטים יש באופן טיפוסי הכוח לכפות על הרשות את ייצורה של טובת-ההנאה, לטובתו ולטובת יתר בני הקבוצה שאליה הוא משתייך, ובדרך-כלל לא פתוחה לפני הרשות הדרך לשלם לבני הקבוצה כסף וכך לפטור את עצמה מן החובה לייצר את טובת-ההנאה. הסבר אפשרי לכך הוא שאילו ניסתה הרשות להגיע להסכמה עם בני הקבוצה על תשלום כסף חלף ייצורה של טובת-ההנאה, היא הייתה נתקלת בבעיית סחטנות: מאחר שלכל אחד מפרטי הקבוצה יש הכוח לאכוף על הרשות את ייצורה של טובת-ההנאה, הוא עלול לנסות לסחוט אותה. למעשה, אף בלעדי בעיית סחטנות היה קשה לעיתים לרשות להגיע לכל הנהנים. פתרון שניתן לשקול ביחס לסוגים מסוימים של מצבים מעין אלה הוא שהרשות תהיה רשאית להשתחרר מחובת ייצורה של טובת-ההנאה אם תפצה את כל הפרטים הזכאים לה בגין הנזק שנגרם להם מאי-ייצורה של טובת-ההנאה (כולל פיצויי ציפייה). עניין זה חורג מתחום הדין.

ג. היקף החובה הרחבה של ההשבה

המסקנה העולה מחלקו הראשון של המאמר היא שחובה רחבה של השבה במקרי טובת-הנאה חיונית פחות להגדלתה של הרווחה החברתית מאשר כלל אחריות במקרי נזק, אך מכך אין ללמוד כי חובה רחבה של השבה אינה חיונית. אדרבה, מן הדיון בסיבות האפשריות השונות לאי-הכרה בחובה רחבה של השבה, ומן ההשוואה בין החריג הנזיקי למקרה הכללי של ההשבה, עולה המסקנה כי חובה רחבה של השבה חיונית ביותר כאשר מתקיימים התנאים הבאים:

1. הוצאות העסקה אינן מאפשרות השגת הסכמה מראש בין המיטיב לבין הנהנים על יצירתה של טובת-ההנאה כנגד תשלום בגינה.
2. סיכון הערכת-היתר של טובת-ההנאה אינו גדול באופן המעמיד בספק את יעילותו של עקרון ההשבה או באופן המאיים בצורה משמעותית על האוטונומיה של הנהנים, בכך שיחויבו לשלם בגין טובת-ההנאה שבה לא חפצו.
3. עלויות ההוכחה של טובת-ההנאה ושל גביית התשלום בגינה אינן גבוהות מדי לעומת שווייה של טובת-ההנאה.
4. טובת-ההנאה לא תיוצר על-ידי מנגנון השוק.⁷¹
5. טובת-ההנאה לא תיוצר על-ידי הרשות הציבורית.
6. ייצור טובת-ההנאה לא כרוך בגרם נזקים משמעותיים.

התקיימותם של התנאים האמורים אינה מוליכה למסקנה שהנהנה חייב בתשלום מידי ומלא בגין טובת-ההנאה שבה זכה. ראשית, התשלום שבו יהויב הנהנה שעליו תוטל חובת ההשבה יוגבל בשתי תקרות: האחת, שווייה של טובת-ההנאה הבלתי-שנויה במחלוקת שבה זכה; והשנייה, חלקו היחסי בהוצאות הסבירות שנדרשו לשם ייצורה של טובת-ההנאה. שנית, לעיתים יהיה מוצדק לדחות את התשלום עד שהנהנה יממש רווחים מטובת-ההנאה שנוצרה אצלו. במקרים מסוימים ייתכן שראוי להתנות את גביית התשלום מן הנהנים בגין טובת-ההנאה במתן היתר מראש על-ידי הרשות הציבורית, ובמקרים אחרים ייתכן שיש מקום לקיים הצבעה בין הנהנים לפני ייצורה של טובת-ההנאה, ועל-פיה לקבוע אם ראוי לחייבם בגין קבלתה. נראה שלא יהיה זה מעשי לבחון אם התנאים השונים להחלתה של חובת ההשבה מתקיימים בכל מקרה ומקרה נתון. במקום זאת, ההכרה בחובה הרחבה של ההשבה צריכה להיעשות בקטגוריות של מקרים שבהן ששת התנאים המפורטים לעיל מתקיימים בדרך-כלל. כפי שיראה הדיון בחלק זה של המאמר, המקרים המתאימים ביותר להחלתה של חובת ההשבה הם אלה שבהם שווי רכושם של הנהנים עולה עקב פעולתו של המיטיב או שהם זוכים בטובת-הנאה כספית. עם זאת, תחולתה של החובה הרחבה של ההשבה אינה מוגבלת למקרים אלה בלבד.

71 כפי שיובהר להלן בתת-פרקים 11 ו-14, תנאים 1 ו-4 אינם זהים. תנאי 1 מתמקד במיטיב ובנהנים המסוימים, ואילו תנאי 4 מתמקד בשוק. כך, ייתכן שהוצאות העסקה בין המיטיב לבין הנהנים יהיו גבוהות אך עדיין יהיה אפשר להשיג את טובת-ההנאה או טובת-הנאה דומה לה באמצעות מנגנון השוק.

נוסף על ניתוח ששת התנאים לתחולתה של חובת ההשבה, יידונו הדרכים השונות להקטין את סיכון הערכת-היתר של טובת-ההנאה. החלק האחרון בפרק זה יבחן אם יש טעם כלשהו להותיר אילו מבין התנאים לתחולתה של חובה זו במשפט הנוהג.

1. הוצאות עסקה

הוצאות העסקה הטיפוסיות למקרי ההשבה נובעות מן החשש לטפילות, קרי, החשש שנהנים יסרבו לשלם בגין טובת-ההנאה המוצעת להם משיקולים אסטרטגיים, ולא בשל העדפותיהם האמיתיות.⁷² דוגמת הבנייה הפותחת את המאמר ממחישה סוג כזה של מקרים: המיטיב בונה על מקרקעיו מבנה המועיל לו ולשכניו. השכנים עלולים לסרב להשתתף בהוצאות הבנייה עקב שאיפתם להיות טפילים על השקעתם של אחרים ולזכות בטובת-ההנאה בלא תשלום. שאיפה זו עלולה לסכל את הקמתו של המבנה מלכתחילה.⁷³ הדוגמה הבאה ממחישה סוג נוסף של מקרים שבהם טפילות עלולה למנוע ייצור יעיל של טובת-הנאה.

דוגמה 2: הפסקת הפרעה למקרקעין – שמעון יוצר הפרעה בשימוש למקרקעין של תושבי הסביבה. ראובן עושה פעולה כלשהי אשר מפסיקה את הפעילות המפריעה: הוא משלם לשמעון סכום כסף לשם כך, נוקט אמצעי מניעה כלשהו או פונה לבית-המשפט המצווה על הפסקתה של הפעילות המפריעה. מאמציו המוצלחים של ראובן מביאים לידי העלאת שוויים של המקרקעין בסביבה. הנזק שנגרם לשמעון מהפסקת הפעילות המפריעה הוא זניח. האם ראובן זכאי לתשלום כלשהו משכניו בגין מאמציו?⁷⁴

בהנחה שהוצאותיו של ראובן גבוהות מן התועלת האישית שלו מהפסקתה של הפעילות המפריעה, בלי זכאות לתשלום מן השכנים הוא לא יפעל מלכתחילה באופן יעיל לשם הפסקתה. בעיית הטפילות היא שמונעת את ראובן מלהשיג הסכמה לתשלום לפני הפעולה, ורק חובת השבה שתוטל על השכנים לאחר מעשה עשויה לפתור את הבעיה. זאת, כמובן, בהנחה ששאר התנאים לקיומה של חובה רחבה של השבה מתקיימים. אם ההפרעה הנידונה בדוגמה 2 אינה חוקית ומהווה מטרד, השאלה שתעלה היא אם ראובן יהיה זכאי להשבה מן השכנים או שמא מן הרשות אשר בשל מחדלה לא נאכף החוק על שמעון. עניין זה יידון להלן.⁷⁵

72 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 cmnt. b (Tentative Draft, No. 2, 2002). ראו גם DAGAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 33-130; Friedmann, לעיל ה"ש 3, בעמ' 846. כן ראו: Consol. Edison Co. of N.Y., Inc. v. Bodman, 370 U.S. App. 359, 445 F.3d 438 (2006) ("courts have found it sensible to apply the unjust enrichment principle... because doing so answers a potential free-rider problem")

73 ראו: Green Tree Estates v. Furstenberg, 124 N.W.2d 90 (Wis. 1963). בפרשה זו נדחתה תביעת השבה של מפתח מקרקעין אשר פעל להשבת המקרקעין שלו ושל אחרים.

74 ראו: Ulmer v. Farnsworth, 80 Me. 500, 15 A. 65 (1888). בפרשה זו נדחתה תביעת השבה של בעלים של מקרקעין אשר שאב מים מן החלקה שלו וכך הועיל גם לשכנו.

75 ראו להלן ס' 5א) למאמר, ליד ה"ש 101.

וריאציה אפשרית של דוגמה 2 היא ששמעון הפסיק את פעילותו המפריעה אף שלא הייתה לו חובה חוקית או אחרת לעשות כן, וכעת הוא תובע את השכנים בגין ההוצאות שנגרמו לו עקב הפסקת הפעילות. האם יהיה שמעון זכאי במקרה זה לתשלום מן השכנים שנהנו מהפסקת הפעילות? נראה שבמקרה זה יש להיזהר בהטלתה של חובת השבה על השכנים, שכן אם תוטל חובה כזו בסוג זה של מקרים כדבר שבשגרה, יוצרי סיכונים ינסו להגדילים למקסימום המותר על-פי חוק, אף אם הדבר אינו מועיל להם, ולאחר-מכן יפחיתו אותם על-מנת לזכות בתשלום מן הנהנים.⁷⁶ אך סיכון זה אינו ממשי: אם מיטיבים אינם זכאים ליותר מאשר הוצאותיהם בייצורה של טובת-ההנאה, הם לא ירוויחו דבר מהתנהגות מעין זו. כך, למשל, אם שמעון הגדיל את ההפרעה ב-10 ולאחר-מכן הפחית אותה בחזרה למצבה הקודם, תוך ויתור על טובת-ההנאה של 1 בלבד, הוא יהיה זכאי לקבל משכניו 1 לכל-היותר, ועל-כן לא יהיה לו תמריץ להגדיל את הסיכון מלכתחילה.

בניגוד לדוגמה 2, שבה הפסקת ההפרעה עשויה להיראות כפעולה לשמירת הקיים, הדוגמה הבאה עוסקת ביצירת חדש.

דוגמה 3: שינוי תוכנית המתאר – באזור מסוים שבו רוב הבתים הם בני ארבע קומות, תוכנית המתאר אוסרת בנייה של קומה חמישית. ראובן מוציא הוצאות ניכרות, ובסופו של דבר עולה בידיו להביא לידי שינוי תוכנית המתאר באופן שמאפשר כעת לבעלי הדירות בקומה הרביעית לבנות קומה נוספת. עשרים בעלי דירות נהנים מכך באופן ישיר, וערך דירותיהם עולה ב-10%. איש אינו ניזוק. האם ראובן זכאי כלפי בעלי הדירות האמורות להשתתפות בהוצאותיו?

בעיית הטפילות קיימת במקרה זה ממש כמו בדוגמה 2: ראובן היה מתקשה להגיע להסכמה עם יתר בעלי הדירות בקומה הרביעית בנוגע לשיפוי בגין הוצאותיו הכרוכות בשינוי תוכנית המתאר.

קטגוריית מקרים אנלוגית לדוגמה 3 היא זו המכונה "קרן משותפת" (Common fund). המשפט הנוהג האמריקאי מכיר במסגרת קטגוריה זו בזכאותו של מי שניהל משפט אשר בסופו נוצרה קרן כספית שממנה נהנים גם אחרים לתשלום מן האחרונים בגין ההוצאות שהוציא לשם יצירת הקרן.⁷⁷ הן בדוגמה 3 והן במקרי הקרן המשותפת, אדם פועל אצל רשות ומפיק תועלת מוחשית לקבוצת נהנים. אלא שקטגוריית הקרן המשותפת מוגבלת למקרים שבהם קבוצת הנהנים זוכה בסכום כסף, ולא בטובת-הנאה שאינה כסף. עם זאת, קשה למצוא הבדל מהותי בין שני סוגי המקרים המצדיק תוצאות שונות, ונראה שאם במקרי הקרן המשותפת מוכרת חובת השבה, אזי כך צריך להיות אף בדוגמה 3. בשני המקרים הטלת חובה כזו פותרת את בעיית הטפילות.

מקרה נוסף שבו פרט אחד יוצר טובת-הנאה לאחרים על-ידי כך שהוא גורם לרשות ציבורית לפעול הוא המקרה של תובע הזוכה במשפט בבית-המשפט העליון, והתקדים

76 למעשה, גם בדוגמה 2 המקורית ניתן לתאר מצב שבו ראובן ושמעון יתכננו יחדיו בחשאי מהלך של הגברת סיכון מלאכותית אך חוקית, מתוך כוונה להורידו לאחר-מכן ולגבות תשלום מן השכנים בהתאם.

77 ראו לעיל תת-פרק ב1, בטקסט שבין ה"ש 11 לה"ש 13.

המשפטי שנוצר עקב כך מאפשר לתובעים אחרים, בהווה ובעתיד, לזכות בתביעותיהם בערכאות נמוכות יותר.⁷⁸ נראה שעל מקרה זה אין להחיל את החובה הרחבה של ההשבה (אף שבכוחה לתרום לפתרון בעיית הטפילות, אשר עלולה למנוע מלכתחילה את ניהול המשפט על-ידי התובע), שכן קבוצת הנהנים היא בלתי-מוגדרת, וטובת-ההנאה הפרטיות שלהם אינן משקפות בהכרח את טובת-ההנאה החברתית שנוצרה עקב הזכייה במשפט.⁷⁹ הדוגמה הבאה מייצגת מקרים שבהם פעולתו של המיטיב מגינה על בטיחותם של הנהנים.

דוגמה 4: חברת השמירה – ראובן גר בשכונה קטנה הכוללת שלושים בתים, אשר קיים בה סיכון פשיעה גבוה. הפתרון היעיל ביותר מבחינת תושבי השכונה הוא לשכור את שירותיה של חברת שמירה, אשר אנשיה יפטרלו ברחובות בלילה. לאחר אי-הצלחתו של ראובן להשיג הסכמה בין התושבים בעניין, הוא נוקט יוזמה ושוכר חברת שמירה. עקב כך סיכון הפשיעה קטן באופן משמעותי, כמו-גם פרמיות הביטוח שתושבי השכונה משלמים למבטחיהם. האם ראובן זכאי לשיפוי בגין הוצאותיו מן התושבים?

בעוד דיני עשיית עושר ולא במשפט מכירים בזכותו של מציל לשיפוי מן הניצול אם זה הראשון פעל במצב של חירום,⁸⁰ הם אינם פותרים את הבעיה העולה מדוגמה 4, שבגינה בני-אדם אינם מצליחים לפעול כקבוצה למען בטיחותם ובטיחות רכושם. החלתה של חובת ההשבה הרחבה על סוג זה של מקרים עשויה להוות פתרון הולם.

2. סיכון הערכת-היתר של טובת-ההנאה ודרכים להקטנתו

חיוב הנהנים השונים לשאת בתשלום אשר גבוה מטובת-ההנאה שבה זכו יוביל לאי-יעילות. מיטיבים ייצרו טובת-הנאה אף כאשר עלות הייצור גדולה מן התועלת החברתית שיש בהן.⁸¹ אומנם, גם הערכת-חסר של טובת-ההנאה תוביל לאי-יעילות, אך קיימות סיבות אחדות שבגינן הסיכון של הערכת-חסר עדיף על הסיכון של הערכת-יתר. ראשית, הקצאת סיכון הטעות בהערכה למיטיבים, ולא לנהנים, מוצדקת משיקולים של צדק חלוקתי: המיטיב הוא הצד הפעיל שפעל לקידום ענייניו, בשעה שהנהנה הוא הצד הסביל שהושפע

78 ראו: Sprague v. Ticonic Nat'l Bank, 307 U.S. 161 (1939). בפרשה זו, לאחר זכייתו במשפט קודם מול נתבע מסוים, זכה תובע גם בתביעה להשתתפות בהוצאות המשפט שהיו לו ובשכר-טרחת עורך-הדין, שאותה הגיש נגד אחרים אשר קודם לכן זכו בתביעותיהם נגד אותו נתבע בעקבות הלכה תקדימית שניתנה בתיק שניהל התובע הראשון. יודגש כי התובעים האחרים לא היו צדדים בתיק שניהל התובע הראשון. כן ראו Dawson, *Attorney Fees*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1610-1612.

79 אם הצד הזוכה זכאי לתשלום בגין ההוצאות החיוביות שיצר, אזי לכאורה אף הצד המפסיד זכאי לכך: אלמלא התעקשותו להתדיין עד לערכאה השיפוטית העליונה, לא הייתה נוצרת ההלכה התקדימית, וההוצאות החיוביות לא היו נוצרות!

80 ראו לעיל תת-פרק 1, ליד ה"ש 7.

81 ראו לעיל ס' 33(ג) למאמר.

מפעולותיו של המיטיב מבלי שנתן את הסכמתו לכך מראש. הערכת-יתר של טובת-ההנאה מקצה את סיכון הטעות לנהנה, ואילו הערכת-חסר מקצה סיכון זה למיטיב. שנית, הערכת-חסר של טובת-ההנאה מפחיתה את סיכון הפגיעה באוטונומיה של הנהנה, שהינו אחת הסיבות המרכזיות לאי-ההכרה בחובה רחבה של השבה במשפט הנוהג.⁸² שלישית, הערכת-חסר של טובת-ההנאה מספקת תמריצים למיטיבים להעדיף עסקת שוק על יצירת טובת-ההנאה באופן חד-צדדי. אומנם, אחד התנאים להכרה בחובה רחבה של השבה הוא שעסקת שוק אינה אפשרית,⁸³ אלא שהערכת-חסר של טובת-ההנאה תהווה אמצעי נוסף להבטיח שמיטיב לא ייצור טובת-הנאה גם כאשר עסקת שוק אפשרית, וישכנע לאחר-מכן את בית-המשפט שעסקה כזו לא הייתה אפשרית. הערכת-חסר אף מעודדת מיטיבים לפתח מלכתחילה שווקים לייצורה של טובת-ההנאה, כאשר שווקים כאלה אינם קיימים בהווה.

ניתן לנקוט כמה דרכים על-מנת להקטין ככל האפשר את סיכון הערכת-היתר. ראשית, יש להטיל על הנהנים חובת תשלום בגובה חלקם היחסי בהוצאותיו הסבירות של המיטיב בייצורה של טובת-ההנאה, או בגובה טובת-ההנאה הבלתי-שנויה במחלוקת שבה זכו, לפי הנמוך מבין השניים.⁸⁴ במקרים המתאימים, שבהם יש תועלת רבה בתמרוצו של המיטיב לפעולה, ובמיוחד כאשר קיים סיכון של כישלון בייצורה של טובת-ההנאה, ניתן לאפשר למיטיב לגבות תשלום אף מעבר להוצאות בפועל, כ"שכר ראוי" או כפרמיית סיכון.⁸⁵ חשוב להדגיש שהתשלום צריך להיות בגין הוצאות סבירות, ולא מעבר לכך. אומנם, להגבלת התשלום להוצאות סבירות יש מחיר,⁸⁶ אך כפי שהוסבר לעיל, סיכון הערכת-היתר הוא חמור, וחשוב מאוד להפחיתו למינימום.

שנית, בעת ההערכה של טובת-ההנאה הבלתי-שנויה במחלוקת ושל ההוצאות הסבירות בייצורה, על בתי-המשפט המחילים את חובת ההשבה הרחבה להביא בחשבון אובדן הזדמנויות:⁸⁷ עליהם להביא בחשבון את האפשרות שמישהו אחר, ואולי אף המיטיב עצמו, היה יכול לייצר טובת-הנאה חלופית גדולה יותר, אשר עתה אי-אפשר או לא כדאי עוד לייצרה.⁸⁸

82 ראו לעיל ס' 33(א) למאמר.

83 ראו להלן תת-פרק 4.

84 לשימוש באמת-המידה של הוצאות סבירות ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 24 cmnt. e (Tentative Draft No. 2, 2002). ראו גם PALMER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 429; DOBBS, לעיל ה"ש 4, בעמ' 379-380.

85 DOBBS, לעיל ה"ש 4, בעמ' 388.

86 כך, אם ראובן - המיטיב בדוגמה 1 - צריך לבחור בין שתי דרכי שימוש במקרקעין שלו, אשר האחת מועילה לו יותר מהאחרת אך מועילה פחות לשכניו, אזי תחת הכלל המוצע של שיפוי בגין הוצאות סבירות בלבד, הוא יבחר בדרך הראשונה, אף אם התועלת החברתית בה קטנה מן התועלת החברתית הגלומה בדרך האחרת. תחת כלל חלופי, שלפיו ראובן זכאי לתשלום משכניו על מלוא טובת-ההנאה שיצר בעבורם או על רובה, ייתכן שהוא היה בוחר בדרך השימוש האחרת, היעילה יותר.

87 ראו לעיל ס' 33(ג) למאמר, הטקסט שאחרי ה"ש 40.

88 לחלופין, כאשר יש כמה מיטיבים-בכוח, ניתן להשתמש במנגנון הרישוי שיידון להלן בטקסט

שלישית, במקרים שבהם קמה לנהנה טובת־הנאה המתבטאת בהעלאת שווי נכסיו, מומלץ לאפשר לנהנה, אם יחפוץ בכך, לשאת בחובת התשלום למיטיב רק עם מימוש הרווח מקבלת טובת־ההנאה בעת מכירת הנכסים, ולא בעת היווצרותה. בכך יופחת סיכון הנזילות שתואר לעיל.⁸⁹ אם כך ייעשה, מומלץ לאפשר יצירת שעבוד על הנכס לטובת המיטיב, בגובה העלייה הבלתי־שנויה במחלוקת בשווי של הנכס בעקבות הפעילות המיטיבה.⁹⁰ שעבוד זה יהיה סחיר, ועל־כן יש להניח שיתפתח שוק שבו פירמות אשר זה ייעודן ירכשו את זכויות המיטיב בנכס בתמורה לתשלום שיועבר למיטיב באופן מיידי.⁹¹

לשם המחשת אופן פועלו של סיכון הערכת־היתר והצגת דרכים שבאמצעותן ניתן להתגבר על סיכון זה, נשוב לדוגמות 1-3 (הבנייה, הפסקת ההפרעה ושינוי תוכנית המתאר, בהתאמה). בכל אחת משלוש הדוגמות, קבוצה מוגדרת של נהנים זוכה בטובת־הנאה עקב פעילותו של המיטיב, וטובת־הנאה זו מתבטאת בהשבחת המקרקעין של חברי הקבוצה. טובת־הנאה זו ניתנת לאומדן בנקל, והיא שתהווה את הגבול העליון לאחריותם של הנהנים כלפי המיטיב. מגבלה נוספת לאחריותם של הנהנים היא חלקם בהוצאות הסבירות שנדרשו

שליד ה"ש 92. שאלה מקבילה עשויה להתעורר במקרים של תביעות ייצוגיות, כאשר יש כמה מועמדים אפשריים להגשת התביעה הייצוגית, ורק אחד מהם נדרש לשם כך. ראו: John J. COUND ET AL., CIVIL PROCEDURE, CASES AND MATERIALS 707-708 (6th ed. 1993).

89 השוו לע"א 8730/96 פריד נ' התעשייה האווירית בישראל בע"מ, פ"ד (נה) 49, 70-71 (2000). בעניין זה קבע בית־המשפט העליון כי אדם שרשם על שמו פטנט השייך לאחר זכאי להתחזר הוצאותיו מבעל הפטנט שממנו נחסכו הוצאות אלה, אך ביצוע ההחזר ייעשה רק כאשר בעל הפטנט יקבל תמלוגים בגין הפטנט, ובתנאי שאלה ינבעו מעצם הרישום (להבדיל ממכירתה של הטכנולוגיה).

90 ראו PALMER, לעיל ה"ש 4, ס' 1.5(a), המסביר כיצד שעבוד שביושר מגן על זכויותיו של התובע. כן ראו: § 24 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT (2002), cmnt. e (Tentative Draft No. 2, 2002), שעל־פיו כאשר התובע הוציא הוצאות לשם הגנת אינטרס ברכוש משותף, תביעת ההשבה שלו תוגבל לעיתים לקבלת שעבוד שביושר בנכס. לכך שדייר משותף זכאי לשעבוד על חלקם של הדיירים האחרים בנכס משותף בעבור מיסים ששילם מעבר לחלקו היחסי בנכס, וכן בעבור שיפורים או דמי שכירות שבהם נשא מעבר לחלקו, ראו: Bennett v. Bennett, 84 Miss. 493, 36 So. 452 (Miss. 1904).

91 שאלה מעניינת היא אם פרקטיקה של ייצור טובת־הנאה וחיוב הנהנים בגינן תעודד פיתוח של שוק ביטוח (שכיום אין בו צורך) אשר יגן על נהנים פוטנציאליים מפני הסיכון של תשלומי־יתר בגין טובת־הנאה. שאלה יישומית נוספת שעלולה להתעורר בהקשר זה היא מה הדין אם טובת־ההנאה אצל הנהנה השתנתה עם חלוף הזמן – למשל, אם בעת מימוש הרווחים היא אינה קיימת עוד. ניתן לחשוב על פתרונות שונים לבעיה זו, שלא כאן המקום לפתחם. די לומר כי יש קרבה מסוימת בין שאלה זו לבין השאלה הכללית יותר לגבי דינה של התעשרות זמנית על־פי דיני עשיית עושר ולא במשפט. כאמור, חובת ההשבה הרחבה מעוררת בעיות יישומיות רבות, הקיימות בחלקן גם בהקשרים אחרים, ואין בכוונתי לפתור את כולן במאמר זה.

לשם ייצורה של טובת-ההנאה. שתי המגבלות יחדיו מפחיתות את סיכון הערכת-היתר למינימום. על-מנת להימנע מסיכון אי-הנזילות, יש ליתן לנהנים את הבררה בין תשלום מיידי לבין יצירת שעבוד על רכושם לטובת המיטיב. בדוגמה 3 (שינוי תוכנית המתאר) ייתכן שיש לחייב את הנהנים אף לשאת בתשלום שכר ראוי, ואולי אף בתשלום פרמיית סיכון, שכן המיטיב נטל על עצמו סיכון של אי-הצלחה במאמציו (שאז לא היה זכאי לשיפוי כלשהו בגין הוצאותיו). לבסוף, בכל שלוש הדוגמות יש להביא בחשבון את שיקול אובדן ההזדמנויות, כלומר, את האפשרות שמישהו אחר היה יכול לייצר אותה טובת-הנאה או טובת-הנאה חלופית בהוצאות נמוכות יותר.

החלת חובת ההשבה על דוגמות 1-3 הייתה בעייתית יותר אילולא היו בנמצא אמות-מידה אובייקטיביות להערכת טובות-ההנאה או אילו היו טובות-ההנאה שנויות במחלוקת. כך, אילו בדוגמה 1 (הבנייה) היה ראובן בונה פארק על מקרקעיו, וקיום הפארק לא היה משפיע על שוויים של המקרקעין השכנים, אזי לא היה מקום להחיל חובת השבה כלשהי עקב החשש להערכת-יתר של טובות-ההנאה. לעומת זאת, כאשר הנהנים הם ממקסימי רווחים, כגון אנשי עסקים או פירמות מסחריות, החלת חובה רחבה של השבה מוצדקת במיוחד. במקרים אלה החשש של הערכת-יתר קטן, שכן לנהנים מסוג זה אין באופן טיפוסי העדפות או טעמים סובייקטיביים. כך, למשל, אילו כל בעלי המקרקעין הנהנים מן הפעילות המיטיבה היו אנשי עסקים המשכירים משרדים ודירות, ועקב הפעילות המיטיבה הם היו יכולים להעלות את גובה דמי השכירות שהם גובים מן השוכרים של נכסיהם, אזי הערכת טובות-ההנאה שהם זכו בהן הייתה קלה למדי.

באופן דומה, בדוגמה 4 (חברת השמירה) החלתה של חובת ההשבה הרחבה מתבקשת מאליה, שכן לא מתעוררות בעיות מיוחדות בהערכתה של טובת-ההנאה. אם הפחתת שיעור הפרמיות הנדרשות לביטוח נכסיהם של הנהנים ניתנת לייחוס לשכירת שירותיה של חברת השמירה, והפחתה זו גבוהה מחלקם היחסי של הנהנים בהוצאות השכירה (או שווה לו), אזי חיובם לשאת בהוצאות אלה אינו אמור לעורר קושי.

את סיכון הערכת-היתר ניתן להקטין בשתי דרכים נוספות, אם כי מומלץ לנקוט אותן במקרים חריגים בלבד. על-פי הדרך האחת, במקרים שבהם קיים חשש מיוחד לטעויות בהערכתה של טובת-ההנאה, וכאשר התשלומים שבהם יידרשו הנהנים לשאת הם גבוהים, ניתן לשקול את עירוביה של הרשות הציבורית במתן היתר מראש לגביית התשלום בגין ייצורה של טובת-ההנאה, אף לפני שיוצרה. בדרך זו יש אף כדי להחליש את הטיעון כי הרשות הציבורית לבדה היא שצריכה לייצר מוצרים ציבוריים או לממן את ייצורם.⁹²

על-פי הדרך האחרת, ניתן במקרים מסוימים להתנות את התשלום בגין ייצורה של טובת-ההנאה בהצבעה של הנהנים לפני הייצור. הצבעה כזו עשויה להוות עדות לכך שהסכום שבו יחויבו הנהנים לשאת אינו עולה על שווייה של טובת-ההנאה שבה יזכו, כך שסיכון הערכת-היתר ואף חשש הפגיעה באוטונומיה יצטמצמו.⁹³ הבעייתיות במנגנון הצבעה היא שהוא חשוף לסיכון שהנהנים יתנו את הצבעתם בהפחתת התשלום שיידרש מהם, ובעיית

92 ראו לעיל ס' ב3(ו) למאמר.

93 ראו לעיל ס' ב3(א) ו-ב3(ג) למאמר.

הטפילות לא תיפתר. ניתן אולי להתגבר על כך אם ההצבעה תהא חשאית, אלא שלהצבעה חשאית יש חסרונות משל עצמה, ואין זה ברור אם היא תתאים.

3. עלויות הוכחה וגבייה

באותם מקרים שבהם ההוצאות הכרוכות באכיפתה של חובת ההשבה הרחבה הן גבוהות, וטובות־ההנאה שהנהנים זוכים בהן נמוכות, אכיפתה של חובת ההשבה עלולה להיות לא־כדאית. באופן מדויק יותר, אם המיטיב מפנים את כל הוצאות האכיפה, אזי חובת ההשבה נהפכת במקרים אלה למיותרת; ואם הוא אינו מפנים הוצאות אלה, חובת ההשבה נהפכת לבלתי־יעילה.⁹⁴

ככלל, כאשר טובות־ההנאה מפוזרות בין נהנים רבים, כאשר גובהן אינו אחיד וכאשר גודלן הממוצע קטן, הוצאות ההוכחה והגבייה גדלות, וחשיבותה המעשית של חובת ההשבה קטנה. כך, בדוגמה 1 (הבנייה) לא הייתה חובת ההשבה יעילה אילו דובר שם באלפי שכנים, אילו טובות־ההנאה שהיה מקבל כל אחד מהם הייתה קטנה, ואילו גודלה היה משתנה מנהנה אחד לרעהו. לעומת זאת, כאשר קבוצת הנהנים מוגדרת ואינה גדולה מדי, כאשר טובות־ההנאה של כל נהנה גבוהה יחסית וכאשר ניתן למדוד אותה בנקל, אזי הכרה בחובה רחבה של השבה תהיה מוצדקת. דוגמות 1-4 עשויות לענות על תנאים אחרונים אלה.

4. מנגנון השוק

לעיתים המיטיב והנהנים אינם יכולים להגיע להסכמה על ייצורה של טובות־ההנאה עקב הוצאות עסקה גבוהות, אך מנגנון השוק מאפשר את ייצורה של טובות־ההנאה בדרכים חלופיות. במקרים אלה אין להכיר בחובת השבה.⁹⁵

בווריאציה לדוגמה 1 (הבנייה), ראובן מקים פארק על מקרקעיו, ושכניו יכולים לבקר בפארק וליהנות ממנו. בעיית הטפילות עשויה לכאורה להיפתר במקרה זה אף בלעדי חובת השבה. כך, ראובן יכול לגבות תשלום מכל מי שנכנס לפארק ונהנה ממנו, ובדרך זו לכסות את הוצאות הקמתו של הפארק, אלא שדרך זו של גביית תשלום עלולה להיות יקרה מדי ובלתי־יעילה, עקב מספר הנהנים הרב והשימוש היומיומי שלהם בפארק.⁹⁶ הטלת חובת

94 ראו לעיל ס' 33(ד) למאמר.

95 ראו לעיל ס' 33(ב) למאמר.

96 יש לשים לב לכך שלאחר הקמת הפארק הוצאות ההקמה הן עלות שקועה (sunk costs) וקבועה. בשוק עם תחרות מושלמת, עלויות קבועות אינן משתקפות במחיר, ולמעשה, אם יש תחרות מושלמת בין בעלי פארקים, ואם אין הוצאות משתנות בהחזקת הפארק, אזי המחיר התחרותי שייגבה בגין השימוש בו יהיה אפס. אלא שבמציאות התחרות אינה מושלמת. באופן ספציפי, מאחר שאין תחליפים מושלמים לפארק שבדוגמה, יוכל ראובן לגבות מחיר אף אם כל הוצאותיו הן שקועות וקבועות. ראו: JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 280 (1988). דיון מפורט יותר חורג מתחום דיוננו.

השבה על הנהגים השונים בגובה העלייה בערך מקרקעיהם או בגובה הוצאותיהם היחסיות בהקמת הפארק, לפי השיעור הנמוך מבין השניים, עשויה להוות פתרון מעשי הרבה יותר. לעיתים המחוקק יוצר מנגנונים אשר מאפשרים פתרונות שוק לבעיות של טפילות. דוגמה טובה לכך היא המנגנון לרישום פטנטים. מנגנון זה מספק הגנה לבעלי פטנטים אשר גובים תשלום מכל מי שרוצה לעשות שימוש באמצאותיהם דרך עסקות שוק. היכולת של בעלי הפטנטים למנוע שימוש באמצאותיהם בלא הסכמתם מבטיח שתמריציהם להמציא יהיו יעילים.

לטעון כי היה אפשר לייצר את טובת־ההנאה באמצעות מנגנון השוק יש גבולות. לכאורה, בחלק מן הדוגמות שנידונו היה אפשר לטעון כי אילו רצו הנהנים להימנע מלכתחילה מבעיית הטפילות ולאפשר ייצורן של טובות־הנאה מן הסוג שבגינן הם נתבעים עתה לשלם, הם היו יכולים להתאגד לצורכי מגורים (או עסקים) משותפים, ולאפשר, בין היתר, את ייצורן של טובות־ההנאה.⁹⁷ לפיכך – כך נמשך הטעון – אין לכפות עליהם טובות־הנאה שלא התבקשו. אלא שטעון זה מחמיץ את העיקר: נהנים רבים יעדיפו לא להתאגד כאמור, אך עם זאת ליהנות מן היתרונות שמקנה החובה הרחבה של ההשבה. החובה הרחבה של ההשבה מספקת להם פתרון ad hoc, אשר לעיתים קרובות יועדף על־ידיהם על פתרון מוסדי או דומה לו, הכרוך בעלויות שונות שבהן לא יחפצו לשאת.

האם החובה הרחבה של ההשבה צריכה להיות מוכרת גם במקרים שבהם טובת־ההנאה שבה מדובר תיוצר על־ידי המיטיב אף בלעדי תשלום מן הנהנים השונים? למשל, האם ראוי שאדם אשר הקים קניון סמוך לשכונת מגורים וקוצר רווחים נאים מלקוחותיו יהיה זכאי לתשלום גם מן השכנים שערך מקרקעיהם עלה עקב הקמת הקניון? בעולם אידיאלי, מנקודת־מבט כלכלית, התשובה לשאלה זו היא לכאורה חיובית: בהעדר הוצאות אכיפה ובהעדר סיכון של הערכת־יתר של טובות־ההנאה, הכרה בעיקרון כללי של הפנמת טובות־הנאה הינו מוצדק. עיקרון כזה היה מספק למיטיבים תמריצים יעילים לא רק לנקוט אמצעים לייצור טובות־הנאה מסוימת, אלא אף לבחור ברמת ייצור אופטימלית של טובות־הנאה.⁹⁸ אך בעולם לא־אידיאלי, אם ניתן להניח שטובות־ההנאה שבהן מדובר ייוצרו גם בלעדי חובת השבה, קיומה של חובה כזו אינו חיוני. יש לשים לב לכך שחובת ההשבה הרחבה המוצעת במאמר זה חלה על קטגוריות של מקרים, ולא על כל מקרה ומקרה בנפרד. לכן במקרים שבהם למיטיבים יש באופן טיפוסי די תמריצים ליצור את טובת־ההנאה שבה מדובר אף בלעדי חובת השבה, חיוניותה של חובה זו אינה רבה.

ומה לגבי דוגמת הקניון? נראה שבמקרה מעין זה אין מקום להחלטה של חובת השבה לטובת מקים הקניון. ראשית, במקרים רבים יגבה מקים הקניון מחיר מן השכנים דרך העסקות שיעשה עימם כאשר יבואו לרכוש מוצרים בקניון, ודי יהיה בכך לתמרץ אותו להקים את הקניון (כאשר הקמה זו יעילה). שנית, במקרים רבים אין הצדקה לייחוס ייצורה של טובות־ההנאה למקים הקניון בלבד, שכן גם לרשות הציבורית שעל מקרקעיה נבנה הקניון, וכן לגורמים נוספים, יש תרומה לייצורה של טובות־ההנאה שבה מדובר. מתן

97 ראו להלן ה"ש 104.

98 ראו: JOSEPH E. STIGLITZ, ECONOMICS OF THE PUBLIC SECTOR 131 (3d ed. 2000).

הרישיון למקים הקניין על-ידי הרשות והותרת הרווחים כולם בידי עשויים להוות תשלום הולם בגין טובת-ההנאה שנוצרו עקב הקמת הקניין על-ידי.

5. הרשות הציבורית

כאשר הרשות הציבורית היא המתאימה יותר לייצר את טובת-ההנאה, יש להותיר לה לעשות זאת, ולא להכיר בחובה רחבה של השבה. אלא שבמקרים רבים לא זה המצב, ודווקא הפרט הוא המתאים יותר לייצר את המוצר הציבורי. התשובה לשאלה מי מתאים יותר לייצר מוצרים ציבוריים – הרשות או הפרט – תלויה בכמה גורמים: (א) מידע; (ב) החצנות שליליות; (ג) מימון. בשורות הבאות נבחן כיצד גורמים אלה פועלים הלכה למעשה. יש אף לזכור כי במקרים חריגים שבהם חובת ההשבה עלולה להשית תשלומים כבדים על הפרט, ניתן להתנות את החלתה ברישוי על-ידי הרשות בטרם יוצרה טובת-ההנאה על-ידי המיטיב.⁹⁹

(א) מידע

השאלה אם מוצדק במקרה זה או אחר לייצר מוצר ציבורי לקבוצת בני-אדם עשויה להיות קשה ומורכבת. לעיתים לרשות יש מידע רב יותר מאשר לפרט המבקש לייצר את המוצר, ולעיתים המצב הפוך. כאשר לפרט יש מידע, הוא עשוי לנסות להעביר אותו לרשות ולשכנע אותה לפעול לשם ייצור המוצר הציבורי או לשם מימון ייצורו, אך הוא לא תמיד יצליח בכך. הרשות עלולה לחשוך בפרט שיש לו עניין מיוחד בייצור-יתר של המוצר שבו מדובר, במיוחד כאשר הפרט אינו נושא בכל עלויות הייצור.¹⁰⁰ לחלופין, לרשות עשויה להיות הערכה שונה משל הפרט הפונה אליה באשר לנחיצות הייצור. בכל המקרים הללו הטלת חובה של השבה עשויה לעודד פרטים לייצר מוצרים ציבוריים מועילים ואף לממן את ייצורם.

כך, מידע על נחיצות בנייתו של מבנה במקום מסוים (דוגמה 1), אשר יועיל לפרטים נוספים בסביבה, עשוי להיות נחלתו של הפרט, ולא נחלתה של הרשות. כך גם באשר לתועלת שתצמח למספר קטן יחסית של פרטים מהפסקת ההפרעה למקרקעין (דוגמה 2). ביחס לדוגמה אחרונה זו יש להבחין בין שני מצבים: האחד, שבו ההפרעה בלתי-חוקית ומהווה מטרד; והאחר, שבו ההפרעה חוקית. במצב הראשון, להבדיל מן השני, יש מקום לטעון כי הרשות היא בעלת המידע ואף בעלת הכוח לאכוף את החוק ולהפסיק את פעולתו של המטרד. אך גם במצב זה, אם הרשות אינה ממלאה את חובותיה הציבוריות, יש טעם

99 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 92.

100 יש דעות שונות באשר לתנאים שצריכים להתמלא כדי להצדיק ייצורם של מוצרים ציבוריים על-ידי הרשות הציבורית. לדיון מעמיק בנושא ראו ברק מדינה, לעיל ה"ש 51, הטוען שתאוריות העוסקות בייצורם של מוצרים ציבוריים נדרשות להכרעות ערכיות, ותלויות בסופו של דבר בשיקולים הנורמטיביים הנגזרים מן המטרות שהרשות הציבורית שואפת להשיג.

בתמרוצו של הפרט לעשות זאת על-ידי הכרה בחובה רחבה של השבה. דרך חלופית להשיג תוצאה דומה היא לאפשר לפרט שפעל לתבוע שיפוי בגין הוצאותיו הסבירות מן הרשות, אשר בשל מחדלה הוציא הפרט הוצאות ועשה את שהחסירה הרשות. בארצות-הברית הכירו בתי-המשפט במקרים אחדים בזכותו של תובע אשר הגיש תביעה שממנה נהנו רבים לקבל שכר על כך מקופת המדינה.¹⁰¹

(ב) החצנות שליליות

אחת הבעיות המטרידות ביותר באשר לייצורם של מוצרים ציבוריים היא היווצרותן של החצנות שליליות אגב כך.¹⁰² במקרים אלה תהיה בדרך-כלל הרשות הציבורית הגורם המתאים יותר לייצר את המוצר הציבורי.

על-מנת להמחיש את שיקול ההחצנות, נשתמש בדוגמה של שינוי תוכנית המתאר (דוגמה 3). זכור, על-פי דוגמה זו, שינוי תוכנית המתאר יאפשר בנייה נוספת שתניב טובת-הנאה משמעותית לבעלי הדירות בקומה הרביעית. נניח עתה כי במקביל ליצירת טובת-ההנאה תגרום הבנייה הנוספת נזקים שונים לבעלי הדירות האחרות. נזקים אלה עשויים להיות אסתטיים בעיקרם, אך גם מוחשיים יותר, ולהתבטא, למשל, בהגדלת צפיפות המגורים בשכונה. בהנחה שנזקים אחרונים אלה אינם מפוצים, יוצר טובת-ההנאה הפרטי יתעלם מהם, והוא עלול לנסות לשנות את תוכנית המתאר גם אם בסופו של דבר יזיק השינוי יותר מאשר יועיל. סיכון זה יתעצם, כמובן, אם יוצר טובת-ההנאה יהיה זכאי לגבות תשלום מן הנהנים השונים מכוחה של חובה רחבה של השבה. עם זאת, יש לצפות שרשות התכנון, אם שינתה את תוכנית המתאר, הביאה - או הייתה צריכה להביא - שיקולים אלה בחשבון. בכך יש כדי למתן את החשש המתואר לעיל. יתרה מזו, מאחר שיוצר טובת-ההנאה הפרטי יהיה זכאי לכל-היותר לכיסוי הוצאותיו בשכנוע רשות התכנון לשנות את תוכנית המתאר, הכרה בחובת השבה עשויה להועיל.

גביית תשלום על ידי פרטים בגין ייצור טובת הנאה אשר נעשה אגב גרם נזקים לאחרים, עלולה להיות בעייתית, אפילו כאשר יוצרי טובת ההנאה מפנימים את כל הנזקים שהם גורמים. כך, אם אדם יוצר לחלק מן הציבור נזק ולחלקו האחר תועלת והתועלת רבה מן הנזק, גם אם נושא אותו אדם בכל הנזקים שגרם, הפיצי שיזכה בו מן הנהנים עלול לדרבן אותו להגביר את פעילותו, וכך להביא להעברה של ממון מקבוצה אחת בחברה לקבוצה אחרת שבה. ככלל, העברה כזו, כאשר היא משמעותית, אינה צריכה להיעשות על ידי פרטים אלא על ידי המדינה.¹⁰³ לכן מוצע שחובה רחבה של השבה תוכר רק במקרים שבהם ייצור טובת ההנאה אינו כרוך בגרם נזקים משמעותיים. תנאי זה מובן מאליו כאשר

101 ראו: Scott J. Jordan, *Awarding Attorney's Fee to Environmental Plaintiffs Under a Private Attorney General Theory*, 14 B.C. ENV'T'L. AFF. L. REV. 287 (1986). מוסד

התובענה הייצוגית הוא פתרון אפשרי אחר לסוג כזה של מקרים.

102 ראו: JOHN G. HEAD, *PUBLIC GOODS AND SOCIAL WELFARE* 184-210 (1974).

103 לטיעון ברוח זו, ראו Lee Anne Fennel, *Property and Half Torts*, 116 YALE L.J. 1400, 1450-2.

הנוקים אינם מופנמים על ידי יוצרם, אך יש בו טעם גם אם הנוקים מופנמים על ידי במלואם.

(ג) מימון

נניח שדוגמה 4 (חברת השמירה) מתרחשת בשכונה מבוססת בתל-אביב. התושבים דורשים מן העירייה להציב בלילות שוטרים בשכונה כדי להוריד את סיכוני הפשיעה. גם אם הצבת שוטרים מוצדקת לכאורה מבחינה כלכלית, העירייה עשויה לסרב לעשות זאת עקב משאביה המוגבלים. למעשה, בשל המגבלות התקציביות של העירייה, שיפור הבטיחות בשכונה המבוססת יבוא על-חשבון פעילויות חשובות אחרות המתקיימות בעיר, ולכן הצבת השוטרים בשכונה העשירה אינה מוצדקת מבחינה כלכלית.¹⁰⁴ לכאורה היה אפשר לפתח שיטת מימון שעל-פיה העירייה גובה מס מן התושבים בשכונה המבוססת, ומהם בלבד, ומעלה את רמת הבטיחות בשכונה תוך שימוש במיסים שגבתה. אלא ששיטה כזו אינה קיימת בדרך-כלל.¹⁰⁵ דרך חלופית היא להכיר בחובת השבה כמוצע במאמר זה.¹⁰⁶ דרך אחרונה זו תאפשר ביצוע פעולה המגדילה את הרווחה החברתית מבלי שהעירייה תאלץ להקצות תקציב-ייתר לשכונה המבוססת. כאשר אין לעירייה אפשרות מעשית לפעול, ראוי להתיר פעולה זו, במקרים מסוימים, ליוזמה פרטית.¹⁰⁷

104 נטען כי הרשות צריכה לנטות פחות לממן מוצרים ציבוריים הנצרכים על-ידי בעלי הכנסות גבוהות. טענה זו הועלתה ביחס לפעילויות של הרשות לשימור הסביבה. ראו: Richard J. Lazarus, *Pursuing "Environmental Justice": The Distributional Effects of Environmental Protection*, 87 Nw. U. L. Rev. 787 (1993).

105 פרקטיקה דומה קיימת בארצות-הברית בערים אחדות, ונקראת "Business Improvement District" (BID). מדובר בשותפות פרטית-ציבורית שבה בעלים של נכסים ועסקים באזור מסוים מחליטים לממן באופן קולקטיבי את תחזוקתו, פיתוחו, שיווקו ופרסומו של האזור המסחרי שלהם. כדי ש-BID אכן יוקם, נדרשת הסמכה מן הרשות המקומית הרלוונטית. ה-BID מספק שירותים אשר מוסיפים על אלה המסופקים ממילא על-ידי הרשות המקומית, והמימון נעשה ממיסים הנגבים מבעלי הנכסים והעסקים. ביתר פירוט ראו: The Los Angeles Downtown Center Business Improvement District Home Page, www.downtownla.com; Downtown DC BID Home Page, www.downtowndc.org.

106 דרך אפשרית נוספת היא ששכירת שירותיה של חברת השמירה תיעשה על-ידי התושבים אך המימון יבוא מן העירייה. דרך זו אינה ישימה מאותה סיבה שבגינה הדרך הראשונה (שעל-פיה העירייה היא שמעלה את רמת הבטיחות) אינה ישימה, שכן בשני המקרים העירייה מממנת את העלאתה של רמת הבטיחות מן המס הכללי שהיא גובה מן התושבים.

107 ניתן לאפשר לרשות לממן באופן עקיף, ולו באופן חלקי, טובות-הנאה שפרט יוצר לרווחת אחרים, על-ידי הנחות במס שהיא גובה מן המיטיב. שיטה כזו עשויה להיתקל בקשיים פחותים בהשוואה למימון ישיר של טובות-הנאה. אכן, התרת ניכוי מס בגין תרומות, מתן הקלות במס לגופים הפועלים לא למטרות רווח וכדומה הן דוגמות אחדות לסוג כזה של מימון עקיף.

6. היש מקום לתנאי שמירת הקיים ולתנאי האינטרס העצמי?

בהתקיים שלושה תנאים, תוכר חובת השבה בדיני עשיית עושר ולא במשפט הנהוגים ביחס לטובת-הנאה שלא התבקשה: הוצאות עסקה גבוהות, פעולה לשמירת הקיים וקיומו של אינטרס עצמי.¹⁰⁸ התנאי הראשון – תנאי הוצאות העסקה – נשמר אף במסגרתה של החובה הרחבה של ההשבה כמוצע במאמר זה, ומהווה נדבך מרכזי שלה. היש מקום לאילו מבין שני התנאים האחרים?

לתנאי שמירת הקיים אין כל מקום. ניתן לחשוב על שני רציונלים העומדים בבסיסו של תנאי זה. הרציונל הראשון עולה בקנה אחד עם ההבנה שתנאי זה מתמקד במיטיב, והרציונל השני עולה בקנה אחד עם ההבנה שתנאי זה מתמקד בנהנה. על-פי הרציונל הראשון, האינטרס של המיטיב בשמירת הקיים אצלו מצדיק הגנה חזקה יותר של המשפט מאשר האינטרס שלו ביצירת חדש, במיוחד כאשר יש חשש שהדבר ייעשה תוך פגיעה באחרים. אך אם יוקפד על קיומם של ששת התנאים שהוצעו להכרה בחובה רחבה של השבה, ובעיקר על התנאי שסיכון הערכת-היתר של טובת-ההנאה אינו רב, הסיכון של פגיעה באחרים יהיה קטן מאוד. למעשה, אם תוכר חובה רחבה של השבה, יגדל הסיכוי שאחרים ייגנו מפעולותיו של המיטיב, בין שהוא פועל לשמירת הקיים ובין שהוא פועל ליצירתם של אינטרסים חדשים. על-פי הרציונל השני, רק כאשר המיטיב פועל לשמירת הקיים אצל הנהנה, ניתן להניח שהאחרון אכן זכה בהנאה עקב הפעולה המיטיבה. במקרים אחרים, כך נמשך הטיעון, קיים חשש משמעותי שהנהנה יידרש לשלם סכום גבוה משווייה של טובת-ההנאה שבה זכה, ומצבו יוחמר, ולא ישתפר.¹⁰⁹ אך גם כאן, אם יוקפד שחובת ההשבה הרחבה תחול רק כאשר סיכון הערכת-היתר קטן, יצטמצם חשש זה מאוד. מכאן ששתי ההבנות של תנאי שמירת הקיים מצדיקות ויתור עליו.

התנאי השלישי – קיומו של אינטרס עצמי למיטיב – משמעו שהמיטיב חייב להיות אחד מן הנהנים מייצורה של טובת-ההנאה. תנאי זה מוציא מגדר תחולתה של חובת ההשבה את כל אותם מקרים שבהם המיטיבים הם סוחרים או אחרים הפועלים בלא רצון לקדם אינטרס עצמי מלבד האינטרס לזכות בתשלום מן הנהנים. כאשר המיטיבים הם סוחרים, התחרות ביניהם עשויה להפוך את יישומה של החובה הרחבה של ההשבה למסובכת במיוחד. ששת התנאים לתחולתה של חובת ההשבה יהיו בדרך-כלל מספיקים על-מנת להפחית את החשש שמטיבים יתחרו על ייצורן של טובות-הנאה. אך חשוב מכך, מאחר שחובת ההשבה הרחבה מאפשרת למיטיב לגבות מן הנהנים לא יותר מאשר ההוצאות הסבירות שהוציא בייצורה של טובת-ההנאה (ואלה אף נקבעות בהתחשב בדרכי ייצור חלופיות שלה), רק מיטיבים שהם בעלי אינטרס עצמי בייצור, ורק אלה שיכולים לייצר את טובת-ההנאה באופן יעיל, ייטלו על עצמם את המשימה מלכתחילה.

108 ראו לעיל תת-פרק ב1.

109 ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 23 cmt. b; ראו גם PALMER, לעיל ה"ש 4, ס' 10.7; Friedmann; לעיל ה"ש 3, בעמ' 850; DAGAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 143.

ד. סיכום ומסקנות

מאמר זה עוסק באופנים שבהם על המשפט לעסוק בהחצנות חיוביות. הטענה העיקרית במאמר היא שיש לפרוץ את מסגרותיהן של הקטגוריות המוכרות של ההשבה, ולהכיר בחובה רחבה של השבה בגין טובות-הנאה שלא התבקשו, בהתאם לעקרונות שהותוו במאמר. ההשוואות בין מקרה טובת-ההנאה לבין מקרה הנזק, מצד אחד, וכן בין ייצור טובת-הנאה אגב גרם נזק לבין ייצור טובת-הנאה לא אגב גרם נזק, מצד אחר, מלמדות כי יש להכיר בחובה של השבה בהתקיים התנאים הבאים: הוצאות העסקה גבוהות במידה שאינה מאפשרת השגת הסכמה מראש בין המיטיב לבין הנהנים על יצירתה של טובת-ההנאה כנגד תשלום בגינה; סיכון הערכת-היתר של טובת-ההנאה אינו גדול באופן שמעמיד בספק את יעילותו של עקרון ההשבה או פוגע באופן משמעותי באוטונומיה של הנהנים; עלויות ההוכחה של טובת-ההנאה והעלויות של גביית התשלום בגינה אינן גבוהות מדי לעומת שווייה של טובת-ההנאה; טובת-ההנאה לא תיוצר על-ידי מנגנון השוק; טובת-ההנאה לא תיוצר על-ידי הרשות הציבורית; וייצור טובת-ההנאה לא יגרום לנזקים משמעותיים.

החובה הרחבה של ההשבה רחבה במידה ניכרת מחובת ההשבה המוכרת במשפט הנוהג. בעיקר, הכרה בחובה רחבה של השבה כמוצע במאמר זה תאפשר תביעות השבה גם כאשר הנהנים זכו בטובות-הנאה שאין בהן שמירת הקיים, אלא יצירת חדש, דבר שכמעט אינו מתאפשר היום. נוסף על כך, רוב קטגוריות ההשבה המוכרות כיום עוסקות בהשבה בין מיטיב ונהנים שיש קרבת אינטרסים ביניהם. החובה הרחבה של ההשבה אינה מוגבלת כמוון על-ידי קרבת אינטרסים כזו.

מאמר זה לא בחן בהרחבה את היקפה המדויק של חובת ההשבה באותם מקרים שבהם מומלץ להכיר בה. עם זאת, הוצעו אמות-מידה שלפיהן יש לעצב את התרופה שהמיטיב זכאי לה כלפי הנהנים. על-מנת למנוע ככל האפשר את סיכון הערכת-היתר של טובת-ההנאה, מוצע שהתשלום שיוטל על הנהנים ייקבע לפי הנמוך מבין שני המדדים הבאים: טובת-ההנאה הבלתי-שנויה במחלוקת שבה זכו או ההוצאות הסבירות שנדרשו לשם ייצורה של טובת-ההנאה על-ידי המיטיב (בצירוף שכר ראוי ופרמיית סיכון במקרים מסוימים). עוד מוצע שכאשר טובת-ההנאה תתבטא בהעלאת שווי נכסיו של הנהנה, יותר לו לבחור בין תשלום מידי בגין עליית ערך נכסיו לבין תשלום בגין טובת-ההנאה בעת מכירת הנכס. לבסוף, במקרים חריגים מוצע לשקול מנגנונים של מתן היתר מראש על-ידי הרשות ליצירת טובת-ההנאה וקיום הצבעה בין הנהנים, כתנאי לגביית תשלום בגין טובת-ההנאה.

מומלץ להכיר בחובה רחבה של השבה בקטגוריות של מקרים שבהם מתקיימים באופן טיפוסי ששת התנאים שנידונו במאמר. המקרים שבהם הכרה בחובת השבה אינה אמורה לעורר קשיים מיוחדים הם אלה שבהם טובת-ההנאה היא כולה כסף (או שוות-ערך לו) או מעלה את שווי מקרקעיהם של הנהנים. כאשר הנהנים הם אנשי עסקים או חברות מסחריות, לחובת ההשבה יש הצדקה חזקה במיוחד.¹¹⁰

110 הרחבת חובת ההשבה כמוצע במאמר מצדיקה עיון מדוקדק בכל כללי האחריות השונים שבמרכזם יצירתן של טובות-הנאה. ניתן לחשוב על שישה כללים – שרק השני והשלישי

בספרו של גרנט גילמור על מות החוזה, מנבא המחבר כי במהרה נגיע לנקודה שבה יחויבו נהנים לשלם על כל טובת-הנאה שקיבלו, כל עוד לא הוענקה במתנה.¹¹¹ איני טוען שאנחנו קרובים לנקודה זו שעליה הצביע גילמור או צריכים לשאוף לקרבה רבה אליה. עם זאת, טענתי היא שכיום המשפט רחוק ממנה יתר על המידה.

מביניהם נידונו בהרחבה במאמר זה – אשר עשויים לחול במצבים שונים שבהם ניתן לייצר טובת-הנאה: (1) המיטיב רשאי לייצר את טובת-ההנאה, אך אינו זכאי לתשלום מן הנהנה; (2) המיטיב רשאי לייצר את טובת-ההנאה, ואף זכאי לתשלום מן הנהנה בגובה החלק היחסי של הוצאותיו; (3) המיטיב רשאי לייצר את טובת-ההנאה, ואף זכאי לתשלום מן הנהנה בגובה טובת-ההנאה; (4) הנהנה רשאי לכפות על המיטיב את ייצורה של טובת-ההנאה, ואינו חייב בתשלום לו; (5) הנהנה רשאי לכפות על המיטיב את ייצורה של טובת-ההנאה, אך חייב לשאת בהוצאותיו; (6) הנהנה רשאי לכפות על המיטיב את ייצורה של טובת-ההנאה, אך חייב בתשלום על-פי שווייה של טובת-ההנאה. דיון בכללים אלה ובכללים נוספים הנגזרים מהם, אשר חלקם מוכרים במשפט הנוהג, חורג ממסגרתו של מאמר זה, ועל-כן אני מותיר אותו להודמנות אחרת.

111 Grant Gilmore, *The Death of Contract* 88 (1974). אני מודה לעופר גרוסקופף על ההפניה.