

העדפת הקונה בתמורה ובתום לב במצבי תחרות מול הבעלים המקורי, לשם עידוד השקעה בהשגת מידע

ד"ר ברוך מדינה *

א. הקדמה

בכל עסקה להעברת זכויות חשוף הרוכש לסיכון כי העסקה אינה על דעת בעליה של הזכות. במצבים בהם סיכון זה מתממש נוצרת "תחרות" בין שני צדדים, שניהם "תמי לב", על פי ההנחה כאן: הקונה מצד אחד, והבעלים המקורי מצד שני. תום לבם של שני הצדדים מקשה על הכרעת הסוגיה תוך שימוש באמות מידה מופשטות של צדק והגינות¹. ואכן, ההתפתחות ההיסטורית של הדין בהקשר זה מוסברת במידה רבה על יסוד שיקולים שתכליתם הכוונת התנהגות. בדיון המובא כאן מוצעת מסגרת לניתוח "כלכלי" של הסוגיה מהו ההסדר המשפטי הרצוי.

בחלק הראשון מתמקד הדיון בשאיפה למזעור הסיכון של ביצוע עסקאות ברכוש הזולת. הטיעון המקובל בהקשר זה הוא כי ההכרעה בתחרות צריכה להיעשות על פי ההערכה מיהו "המונע הזול" של הסיכון להתרחשות התנגשות הזכויות: כאשר הקונה הוא "המונע הזול" (למשל כאשר קיים מרשם רשמי של הבעלות), מוטל עליו לשאת בסיכון, וזאת על ידי מתן העדפת הבעלים המקורי במקרה של תחרות; ובמקרים ההפוכים, בהם עלות השגת המידע על ידי הקונה באשר לזכויות המוכר היא גבוהה (למשל כאשר מדובר במסמך סחיר), מוטל הסיכון על הבעלים והעדיפות ניתנת לקונה.

תפיסה מסוג זה מבוססת על ההנחה כי באמצעות נקיטה ב"אמצעי זהירות" מתאימים יכול כל אחד מן הצדדים לבטל כליל את הסיכון להתרחשותה של

* ד"ר למשפטים, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. אני מודה לעמרי בן-שחר, לעופר גרוסקופף, לעמרי ידלין, לעמיר ליכט, לאוריאל פרוקצ'יה, ללואיס קפלו, ליורם מישור ולחברי המערכת של כתב העת המשפט על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של עבודה זו.

1 M. Mautner "The Eternal Triangles: צדק ראוי לשיקולי צדק" 90 Mich. Of the Law: Toward Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties 95, 103-106 L. Rev. (1991) 95, 103-106; ח' דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות — לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל, (תשנ"ו) 673.

התחרות בין הצדדים תמי הלב. גם אם במקרים מסוימים ניתן לבסס הנחה מסוג זה, הרי שלרוב אין היא סבירה. במיוחד כך לאור העובדה שהיקף ההשקעה ב"אמצעי הזהירות" האמורים מוגבל בהתאם לתוחלת הנזק אשר מבקשים למנוע. במקרים מסוג זה עלולה להידרש הכוונת התנהגותם של שני הצדדים גם יחד. יעד זה מושג באמצעות העדפת הקונה, המותנית בהשקעה סבירה מצדו בהשגת מידע. ביטוי לגישה זו ניתן בהעדפת הקונה המותנית ברכישה בתום לב, תוך הכללת תנאים אובייקטיביים במסגרת דרישת תום הלב. כך ניתן להביא את הקונה להשקיע באופן אופטימלי בהשגת מידע, ובה בעת להבטיח כי גם לבעלים יהיה תמריץ נאות להשקיע משאבים בהקטנת הסיכון של היווצרות מצב של תחרות.

בחלק השני של הדיון מורחבת מסגרת הניתוח, באמצעות התייחסות לשתי תכליות של הדין המסדיר מצבי תחרות: האחת, האמורה לעיל, הקטנת הסיכון לביצוע עסקאות ברכוש הזולת; והשנייה, הבטחת הסחירות של הזכויות בהן מדובר. הסחירות, או מידת הגזילות של זכות כלשהי, משפיעה על שווי הזכות. עלות המימוש של הנכס מושפעת מן הסיכון לו חשוף קונה בכוח, ולפיכך טיב ההגנה המוענקת לקונה על ידי הדין במקרה של תחרות עם הבעלים. על פי אמת המידה המוצעת כאן, ההסדר המשפטי האופטימלי הוא זה הצפוי להביא לשווי מרבי של זכות הבעלות. בדרך זו ניתן ביטוי לשתי התכליות האמורות המיוחסות לדין.

תוצאת הדיון היא כי אין הסדר משפטי אותו ניתן להגדיר כדומיננטי. העדפת הבעלים המקורי, כמו גם העדפתו של הקונה תם הלב, עשויות להיות, כל אחת בתורה, רצויות מבחינה חברתית, בהינתן ערכים מסוימים לפרמטרים הרלוונטיים, כמפורט בהמשך. ואכן, תוצאה זו עולה בקנה אחד עם גיוון ההסדרים המשפטיים המוחלים בעניין בשיטות משפטיות שונות. תרומתם המקווה של הדברים הנה בהצבתה של אמת מידה חדשה להערכתם של ההסדרים החלופיים הבאים בחשבון; ובהפרכתם של מספר טיעונים אינטואיטיביים ביחס להשפעה הצפויה של כל אחד מן הכללים, ובפרט, בשלילה של יתרון אשר יוחס בספרות להעדפת הבעלים המקורי דווקא.

סדר הצגת הדברים הוא כדלקמן: הדיון יפתח בהגדרת מסגרת הדיון (פרק ב'); לאחר מכן תידון השפעת הדין על התמריצים של הקונה להשקיע משאבים לשם השגת מידע על זכויות המוכר בנכס המוצע למכירה (פרק ג'). במסגרת זו יוצג יתרונו של הסדר לפיו זוכה הקונה בעדיפות אם הוא נוקט באמצעי זהירות "סבירים". בהמשך תוצג אמת המידה להערכתם של הכללים המשפטיים האפשריים, תוך השוואתה לגישות אחרות שהוצעו בספרות (פרק ד'), ותובאנה התוצאות הנובעות מיישומה (פרק ה'). הדברים יחתמו בהערות סיכום (פרק ו').

ב. מסגרת הדיון

ענייננו במצבים של התקשרות בעסקה לרכישת זכות, אשר נעשתה, כך מתברר בריעבד, שלא בהסכמת הבעלים של אותה זכות. הסיכון לו חשוף הקונה, כי לא

יזכה בזכות אותה הוא מבקש לרכוש, עלול להכביד על המסחר. כדי למנוע זאת הוכר כבר לפני אלפי שנים הצורך להעדיף, בתנאים מתאימים, את האינטרס של הקונה על פני זה של הבעלים המקורי. בדרך זו הוצדקה בגמרא תקנת השוק שנקבעה במשנה, לפיה הרוכש בתום לב נכס מגוב זוכה בזכות עכבון כלפי הבעלים המקורי, כך שהשבת הנכס לבעלים מותנית בפיצוי הקונה בגין הסכום ששילם לגנב.²

באירופה איחרה להגיע ההכרה בשיקול זה, ועמה איחרה חדירתו של הכלל המקנה עדיפות לקונה על פני הבעלים המקורי של הנכס. המשפט הרומי, כמו גם המשפט הגרמני והצרפתי בימי הביניים, העדיפו באופן מוחלט את הבעלים המקורי. במשפט הרומי סוכם הכלל באמרה הידועה "nemo dat quod non habet", לפיה אין מועבר דבר שאינו בידי המעביר; כך שגנב, לו אין זכויות בעלות בנכס, אינו יכול להקנות זכויות כאלה לקונה (ומכאן שהקונה הוא הנושא בסיכון ועליו מוטל לנקוט באמצעי זהירות — "caveat emptor")³. גישה זו עשויה הייתה לנבוע מכך שזכות הבעלות באה או לידי ביטוי בעיקר בהפקת תועלת מן הנכס, ובאופן שולי בלבד מן האפשרות למכרו לאחר, כך שהבטחת הסחירות הייתה בעלת חשיבות מועטה. דרך אחרת להסביר זאת היא ברוח גישת "המונע הזול": לאור הזיקה שבין בעלות לבין החזקה, העלות הכרוכה בהשגת המידע הרלוונטי לשם "מניעת הסיכון" על ידי הקונה הייתה זניחה, ומכאן שמוטב היה להטיל עליו את הסיכון, באמצעות העדפת הבעלים המקורי במצבי תחרות. עם התפתחות "החברה החזוית" חל שינוי בגישה זו, והחל מהמאה החמש-עשרה באנגליה, ומן המאה התשע-עשרה לערך בגרמניה ובצרפת, אומצו, במידה מוגבלת אמנם, הוראות לפיהן עשוי הקונה לזכות בנכס, גם אם התברר כי המוכר לא היה מורשה למכור את הנכס. הענקת ההגנה מותנית בדרך כלל בכך שבעת ביצוע העסקה לא היה הקונה מודע לפגם שנפל בפעולתו של המוכר, ובכך שהקונה נתן תמורה ממשית בעד הזכות,

2 הכלל נקבע במשנה בבא קמא, ג, י, ופורש בגמרא במסכת בבא קמא, קיד, ב — קטו, א. ראו, למשל, המאירי, בית הבחירה — בבא קמא (מהדורת שלזינגר), י, 335–336: "הרי הלוקח מחזיר כליו וספריו לזה [לבעלים] וישבע כמה נתן ויטול. אעפ"י שמן הדין היה ראוי ליטלם בלא החזרת דמיו עשו בו תקנת השוק והוא שתקנו שכל הלוקח בשוק, אעפ"י שנודע אחר-כך שמן הגנבה היתה, לא יחזיר אלא בדמים הואיל ובפרהסיא לקח, שאם כן נעלת דלת בפני המוכרים". כן ראו א' זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" משפטים כו (תשנ"ו) 359, 377; א' שטרזמן "תקנת השוק" הפרקליט לד (תשמ"א) 353. הוראה דומה נקבעה גם במקור מוקדם לזה של התלמוד הבבלי — הקדו של חמורכי, לערך משנת 1750 לפני הספירה — אם כי בהיקף תחולה מוגבל יותר. לסקירה השוואתית והיסטורית של תחולתם של הכללים השונים ראו: ר' גורי "מכר בשוק פתוח" עיוני משפט ב (תשל"ב) 92; D.E. Murray "Sale in Market Overt" 9 *Int'l & Comp. L.Q.* (1960) 24; S. Levmore "Variety and Uniformity in the Treatment to the Good-Faith Purchaser" 16 *J. of Leg. Stud.* (1987) 43; G. Gilmore "The Commercial Doctrine of Good-Faith Purchaser" 63 *Yale L.J.* (1954) 1057.

3 ראו את המקורות שם וכן W.D. Hawland "Curing an Improper Tender of Title to Chattels: Past, Present and Commercial Code" 46 *Minn. L. Rev.* (1962) 697.

היינו, "רכישה בתום לב ובתמורה". עם זאת, כללים מסוג זה לא אומצו בכל שיטות המשפט, ואף בתחומיה של כל שיטת משפט היקף החלתם משתנה ביחס לסוגים שונים של עסקאות, של נכסים ושל פגמים בפעולתו של המוכר. מסגרת המקרים בהם עשויה להתעורר תחרות בין הקונה תם הלב לבין הבעלים הנה רחבה בהרבה מזו הקלאסית, שעניינה הסיכון של רכישת זכות במיטלטלין ממי שנטלם שלא כדין מבעליהם. היא כוללת גם מקרים של שימוש לרעה בנכס שהופקד בידי אחר (ובכלל זה, הפרת חובת נאמנות); מקרים בהם הנכס שנמכר לקונה אמנם נרכש קודם לכן מן הבעלים על ידי המוכר, אולם בעסקה זו נפל פגם (מלכתחילה, כשל פגם בכריתה, או בדיעבד, בשל הפרת חוזה); מקרים בהם התחרות היא בין שני קונים אשר פעלו בתום לב, בעת שרכשו את אותו הנכס מאת בעליו; התחרות עשויה להיות בין הבעלים המקורי לבין המוצא של אבדה; בין אחד מבני הזוג, לבין נושה של בן הזוג האחר;⁴ ועוד. עם זאת, לשם פישוט הדיון, אתמקד במצב הטיפוסי של תחרות בין קונה של נכס מטלטלין לבין הבעלים.

ג. השגת מידע על זכויותיו של המוכר בנכס המוצע למכירה

1. אמצעים להקטנת הסיכון לביצוע עסקאות ברכוש הזולת לחברה יש אינטרס להקטין את הסיכון של פגיעה בזכות הקניין. אינטרס זה נובע מן הטעמים העומדים ביסודה של הקצאת זכות הקניין עצמה. אם בעליה של הזכות חשוף לסיכון כי זו תינטל ממנו בלא לפצותו בגין כך, היקפה של הזכות המוקנית לו מצטמצם, ועמו קטנים היתרונות הנובעים מהקנייתה של הזכאות. נטילה כאמור גם מבטאת הקצאת משאבים לשם ביצוע פעולה שכל תכליתה העברת עושר מפרט אחד לאחר, שהיא בלתי יעילה כשלעצמה.⁵ דרך מרכזית להתמודד עם הסיכון של רכישת נכס הנמכר ללא הסכמת בעליו היא ניהול מרשם זכויות. המרשם מאפשר לקונה בכוח לברר בצורה נוחה וזולה יחסית את פרטי הבעלים של הזכות המוצעת למכירה, ולהקטין במידה מכרעת את הסיכון של רכישת נכס ללא הסכמת הבעלים.⁶ עם זאת, במקרים רבים ניהולו של מרשם אינו אפשרי או אינו יעיל: כאשר המדובר בנכסים בעלי שווי נמוך יחסית, בנכסים אשר אינם ניתנים לזיהוי בצורה קלה וברורה, או בנכסים אשר הבעלות בהם עוברת באופן תכוף, אין לצפות לניהולו של מרשם רשמי כאמור.⁷ במקרים

4 לדיון במקרה מסוג זה ראו ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, תקדין עליין 632, (3)99.

5 ראו בעניין זה פרק ד.1 להלן.

6 D. Baird & T. Jackson "Information, Uncertainty, and the Transfer of Property" 13 *J. of Leg. Stud.* (1984) 299; R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (New-York, 5th ed., 1998) 89-90.

7 הקמת מרשם פרטי יכולה להיות מועילה באופן חלקי בלבד. כך למשל, ב-1976 נוסד בארצות-הברית מרשם פרטי ליצירות אמנות גנובות. המרשם מכיל כיום תיאור של רבבות

אלה מתעוררת במלוא חריפותה שאלת התחרות בין הקונה תם הלב לבין הבעלים המקורי, ובהם מתמקד הדיון כאן.

הדרך העיקרית להתמודד עם הסיכון של נטילת זכות מידי בעליה היא כמובן באמצעות הטלת סנקציות פליליות ואזרחיות על הנוטל. עם זאת, לרוב אין די באמצעים אלה, בעיקר עקב עלויות אכיפה גבוהות, שתוצאתן אכיפה חלקית בלבד של הדין. מכאן הצורך באמצעים עקיפים, אשר עניינם, בעיקרו של דבר, מתן תמריצים לקורבנות בכוח של מעשי העבריינות לנקוט באמצעים לשם הגדלת העלות הנדרשת לביצוע העבירה.⁸

הקונה יכול לנקוט באמצעי זהירות שונים, שתכליתם הקטנת ההסתברות של התקשרות בעסקה לרכישת זכות הנעשית שלא בהסכמת בעליה. המדובר בעיקר בהשקעה בהשגת מידע בדבר זכויותיו של המוכר בנכס המוצע למכירה. התמריץ של הקונה לנקוט באמצעי הזהירות תלוי בחשיפתו לסיכון: ככל שגדל הסיכון לו הוא חשוף – וזאת, בהתאם לכלל המשפטי המוחל – כן גדל התמריץ שלו להשקיע בהשגת מידע, בטרם התקשר בעסקה.

ניתן לסכם כמה מהטיעונים שהועלו בהקשר זה כדלקמן: נטען כי הסיכון של גניבה צפוי להיות גבוה יותר כאשר מוענקת עדיפות לקונה, וזאת משום שאז קל יותר למכור סחורות גנובות. העדפת הקונה צפויה לפגוע בתמריץ שלו לוודא כי המוכר פועל כדין, ולהגדיל לכן את המחיר אותו יהיה נכון לשלם בעד הנכס.⁹ לעומת זאת, העדפת הבעלים המקורי צפויה לעודד את הקונה לוודא שהמוכר אכן פועל כדין, שהרי הקונה נושא אז בסיכון.¹⁰ מכאן הטענה כי העדפת הקונה צפויה

יצירות אמנות אשר נגנבו או אבדו לבעליהן, והוא נועד למנוע מקונים בכוח של יצירות אמנות לרכוש ב"תום לב" יצירות שהוצאו מרשות בעליהן שלא כדין, וזאת באמצעות עידודם לבדוק קודם לרכישה האם היצירה המוצעת להם רשומה שם. עם זאת, אין זה ברור האם כחלק מדרישות תום הלב, מוטל על הקונה לברר, קודם לביצוע הרכישה, האם היצירה רשומה במרשם היצירות הגנובות (בשונה ממרשם רשמי של זכויות). ראו בעניין זה S.A. Bibas "The Case against Statutes of Limitations for Stolen Art" 103 *Yale L.J.* (1994) 2437 (שם נטען כי יש לדרוש מקונה לבדוק האם היצירה אותה הוא מבקש לרכוש רשומה במרשם היצירות הגנובות, כתנאי להכרה בו כמי שפעל בתום לב, וכי יש לשלול את תחולתו של חוק ההחייבות בתביעה להשבת נכס שנרשם במרשם זה). כן ראו W.M. Landes & R.A. Posner "The Economics of Legal Disputes over the Ownership of Works of Art and other Collectibles" *Essays in the Economics of the Arts* (ed. by V.A. Ginsburgh & P.M. Menger, 1996) 177

8 לניתוח היבטים נוספים של סוגיה זו ראו O. Ben-Shahar & A. Harel "Blaming the Victim: Optimal Incentives for Private Precautions Against Crime" 11 *J. of L. Econ. & Org.* (1995) 434.

9 Posner, *supra* note 6, at p. 91: "Thieves would get higher prices from their 'fences', because the fences could... get higher prices in the resale market; people will pay more for an assured than a clouded title"; H.R. Weinberg "Sales Law, Economics, and the Negotiability of Goods" 9 *J. of Leg. Stud.* (1980) 569, 577.

10 Levmore, *supra* note 2, at p. 46: "A legal system... might sensibly allow [the owner] to retrieve his property from [the buyer] and attempt in this way to encourage [the buyer] to monitor his seller".

להגדיל את הביקוש לנכסים גנובים — ולכן גם את התמריץ לגנוב — ומשום כך אין היא רצויה¹¹.

ניתן לבקר טענה זו במספר מישורים: ראשית, עצם העובדה שהעדפת הקונה צפויה לפגוע בתמריצים שלו להשקיע באמצעי זהירות אינה מספקת להצדקת המסקנה שיש לבחור בכלל ההפוך. תחילה יש לברר מהי העלות הכרוכה בנקיטה באמצעי זהירות על ידי כל אחד מן הצדדים, ומהי היעילות הצפויה של אמצעים אלה. בלא בחינה מסוג זה לא ניתן לקבוע כי יש להעדיף דווקא את הבעלים המקורי. שנית, הגידול בביקוש לנכסים הרלוונטיים כתוצאה מהעדפת הקונה אינה תוצאה שלילית דווקא. אכן, הדבר צפוי להגדיל את התועלת מביצוע גניבות (התלויה באפשרות למכור נכסים גנובים)¹², וממילא, את היקפן. אולם, ההנחה היסודית היא כי הקונים אינם יכולים להבחין בין נכסים המוצעים למכירה בהסכמת הבעלים לבין נכסים גנובים. לפיכך, בצד הגידול בביקוש לנכסים גנובים צפוי גם גידול בביקוש לנכסים המוצעים למכירה כדין. זוהי דווקא תוצאה רצויה, המבטאת את הגברת הסחירות של אותם נכסים. שלישית, אין זה הכרחי כי העדפת הקונה תגרום לו להשקיע משאבים לשם השגת מידע על זכויותיו של המוכר בהיקף נמוך מזה האופטימלי. הפגיעה הנטענת בתמריץ של הקונה להשקיע בהשגת מידע נובעת מהסתפקות בבחינת מודעותו של הקונה לזכויותיו של המוכר בנכס המוצע למכירה. אולם, העדפת הקונה מותנית גם בעמידתו בדרישות אובייקטיביות, שתכליתן להמריצו להשקיע בהשגת מידע. כלל שכזה עשוי להביאו להשקעה גבוהה יותר — ולכן קרובה יותר לזו האופטימלית מבחינה חברתית — מזו בה נוקט הקונה תחת כלל המעדיף את הבעלים המקורי.

בפרק זה אני מבקש להוכיח את הטענה האחרונה, הכוללת שני חלקים: האחד, כי ההשקעה האופטימלית מבחינתו של הקונה — גם כאשר הוא מפנים את עלותו של הסיכון — עלולה להיות נמוכה מן ההשקעה האופטימלית מבחינה חברתית; והחלק השני, כי העדפה מותנית של הקונה תם הלב צפויה להמריצו לנקוט ברמת זהירות הקרובה יותר לזו האופטימלית מבחינה חברתית.

2. הקשר בין היקף ההשקעה בהשגת מידע על ידי הקונה לבין "כלל התחרות" אשתמש במודל הבא לצורך הדגמת הקשר בין היקף ההשקעה של הקונה בהשגת מידע לבין ההסדר המשפטי המוחל: נניח כי הקונה מבקש לרכוש נכס מסוים, מתוך ציפייה להפיק ממנו רווח (או תועלת) אשר יסומן כ- V_b . הקונה חשוף לסיכון כי המוכר פועל שלא בהסכמת בעליו של הנכס. ההנחה היא כי אם מתממש סיכון זה לא ניתן להיפרע מן המוכר שפעל שלא כדין¹³. עוד נניח כי הצדדים

11 ראו ברוך זו (unpublished, Harvard Law School, 1996); Landes & Posner, *supra* note 7; Posner, *supra* note 6, at pp. 90–92.

12 על פי מחקר שנערך בארצות-הברית, רוב הנכסים הגנובים מוצעים למכירה בשוק, לרוב באמצעות מתווכים ("fences"). ראו Weinberg, *supra* note 9, at pp. 571–574.

13 למעשה, אין זו הנחה אלא רק פישוט של אופן ההצגה של הדברים: קיים סיכון כי לא ניתן

אדישים לסיכון (למשל משום שניתן לרכוש ביטוח כנגד גורמי הסיכון השונים), ולכן משקללים סיכונים בהתאם לתוחלת (דהיינו, על פי סכום המכפלה של כל אחת מן התוצאות האפשריות בהסתברות להתרחשותה).

הקונה יכול להקטין את הסיכון של רכישת נכס גנוב על ידי נקיטת פעולות שתכליתן לברר את זכויות המוכר. אכנה פעולות אלה "רמת הזהירות" בה נוקט הקונה, ואסמן x . ההסתברות שהעסקה בה יתקשר הקונה תהיה שלא בהסכמת בעליו של הנכס נמצאת ביחס הפוך למשאבים אותם משקיע הקונה בהשגת מידע על זכויות המוכר¹⁴ (לשם פשטות, x יסמל הן את העלות הכרוכה ברמת זהירות מסוימת והן את המשתנה המשפיע על ההסתברות של רכישת נכס שלא בהסכמת הבעלים).

מבחינת הקונה, הסיכון לו הוא חשוף תלוי בהסתברות שהעסקה המוצעת לו אינה נעשית בהסכמת בעליו של הנכס והבעלים אכן יאתרו את הנכס בידיו של הקונה. אסמן הסתברות זו כ- p . הסתברות זו היא רק חלק מן הסיכוי שהנכס ייגנב. אסמן את הסתברות של רכישת נכס גנוב באופן כללי כ- t .

נבחן אם כן את היקף ההשקעה הצפוי בכל אחד משלושת ההסדרים האפשריים: כאשר ההסדר המשפטי הוא העדפת הבעלים המקורי, הקונה צפוי לבחור ברמת הזהירות הצפויה להביא למקסימום את תוחלת התועלת שלו. תחת כלל זה הקונה חשוף כאמור רק לחלק מן הסיכון שהעסקה המוצעת לו אינה נעשית בהסכמת הבעלים – הוא עלול לאבד את זכותו בנכס, בהינתן שרכש אותו שלא בהסכמת הבעלים, רק אם הבעלים יוכל לאתר את הנכס ולהוכיח את בעלותו עליו. תוחלת הרווח שצפוי הקונה להפיק מן הנכס (ובהתאם, התמורה המרבית אותה יהיה מוכן לשלם בעדו) $B(x)$, נקבעת בהתאם להסתברות p בלבד (ולא לפי t), כך ש: $B(x) = [1-p(x)]V_b - x$. אסמן את הערך המביא למקסימום את תוחלת התועלת של הקונה כ- x_b . זו ההשקעה בה הוא צפוי לבחור אם ההסדר המשפטי יעניק עדיפות לבעלים המקורי.

אם ההסדר המשפטי מקנה עדיפות לקונה בתום לב, תוך הסתפקות בהיעדר מודעות סובייקטיבית לפגם בזכויותיו של המוכר¹⁵, התוצאה היא כמובן שונה: במקרה זה, לקונה אין תמריץ לנקוט באמצעי זהירות, היינו לברר מהן זכויותיו של

יהיה להיפרע מן המוכר-הגנוב. הסדרת התחרות בין הבעלים המקורי לבין הקונה תם הלב היא חשובה כאשר סיכון זה מתממש, שהרי רק אז יאלץ הצד שאינו זוכה בעדיפות לספוג הפסד. הניתוח המובא כאן מתמקד בסיכון זה.

14 ניתן להצדיק הנחה זו במספר דרכים. למשל, אם מדובר במצב בו יכול הקונה לבחור עם מי מבין מספר מוכרים שונים להתקשר בחוזה לרכישת הנכס, הקונה צפוי לרכוש את הנכס מן המוכר אשר ההסתברות האמורה המתאימה לו היא הנמוכה ביותר. היקף ההשקעה ב"אמצעי זהירות" מבטא אז את מספר הנכסים (או המוכרים בכוח) השונים אתם יבדוק הקונה בטרם יתקשר בהסכם.

15 לגישה כזו ראו Weinberg, *supra* note 9, at p. 584: "It is appropriate to ask only whether a purchaser subjectively believed the goods to be legitimate given whatever measures of risk prevention were in fact taken"

המוכר. מבחינת הקונה, ההשקעה האופטימלית בהשגת מידע היא זו שעלותה אפס: השקעה גבוהה יותר תתבטא בעלות גבוהה יותר לקונה, בלא תועלת הצפויה מכך, שהרי ההסתברות שהוא רוכש נכס גנוב, אינה רלוונטית מבחינתו. הוא "מבוטח" על פי הדין כנגד אפשרות כזו ממילא. רמת זהירות גבוהה מצדו של הקונה עשויה להתבטא גם באבדן "תום הלב" הסובייקטיבי, אם המידע יטיל ספק ביחס לזכויותיו של המוכר.¹⁶ כלל משפטי של תום לב סובייקטיבי גרידא צפוי לפיכך להניב רמת זהירות נמוכה מדי מצדו של הקונה, ולכן, שיעור גניבות גבוה יותר.

על פי הסדר אפשרי שלישי, העדפתו של הקונה מותנית לא רק ביסוד סובייקטיבי אלא גם בהתקיים דרישות אובייקטיביות.¹⁷ החלתן של דרישות אובייקטיביות עשויה לשמש לא רק כאמצעי לבחינת תום הלב (הסובייקטיבי) של הקונה,¹⁸ אלא אף להביא את הקונה לנהוג ברמת הזהירות האופטימלית מבחינה חברתית. לשם כך יש להגדיר כראוי את רמת הזהירות הנדרשת מן הקונה כדי שייחשב למי שפעל בתום לב.

המדובר בנסיבות הדומות להכוונת התנהגות למניעת תאונות, כאשר הסיכון להתרחשות תאונה תלוי בהתנהגותם של המזיק ושל הניזוק. ניתן לגרום לשני הצדדים לנהוג בדרך אופטימלית על ידי שחרור המזיק מאחריות לתאונה אם התנהגותו היא "סבירה" (דהיינו, בהיעדר התרשלות מצדו). המזיק — בדומה לקונה במקרה הנדון כאן — מכוון לנהוג בדרך הרצויה מבחינה חברתית באמצעות האיום להטיל עליו את האחריות לנזק, אם לא ינהג ברמת הזהירות הרצויה. באופן דומה כאן, מוטל על הקונה איום כי יפסיד את זכותו בנכס אם יתברר שהעסקה נעשתה שלא בהתאם לתנאים הקבועים בחוק. בדרך זו ניתן לכוון גם את התנהגותם של הניזוק או של הבעלים המקורי: כדאי להם לנקוט באמצעי זהירות משום שהם צופים כי המזיק או הקונה ינהגו בהתאם למצופה מהם, כדי להשתחרר מאחריות.

16 התמריץ השלילי לרכוש מידע בנסיבות אלה דומה לזה הקיים כאשר המדובר בנכס אשר הבעלות עליו רשומה במרשם רשמי, אולם קיימת אפשרות של טעות במרשם. במקרה שכזה, אם הדין ייקח בחשבון גם מידע פרטי שיש לקונה בדבר הבעלים האמיתי של הנכס, השונה מזה הרשום במרשם, לקונה לא יהיה תמריץ להשיג מידע. טיעון זה הוליד להערכה כי אין זה יעיל להתחשב במידע פרטי מעין זה: Baird & Jackson, *supra* note 6 at p. 314.

17 Landes & Posner, *supra* note 7, השתמשו בהקשר זה באבחנה שבין "innocent acquirer", אשר אינו יודע, לפחות לא ברמת ודאות גבוהה, כי קיים פגם בזכותו של המוכר בנכס המוצע למכירה, לבין "good faith purchaser", שהוא בעל ידיעה סובייקטיבית דומה, אולם נלווית לה בדיקה סבירה, מבחינה אובייקטיבית, של זכותו של המוכר: "The 'good faith' purchaser, roughly the purchaser who takes optimal precautions which fail however to reveal the fact that the work is stolen, is thus a subset of the innocent purchaser".

עם זאת, במודל המובא שם לא נדונה השאלה, האם אמצעי הזהירות הם אלו האופטימליים מבחינתו של הקונה עצמו, או מבחינה חברתית.

18 לדיון בסוגיה זו ראו Weinberg, *supra* note 9, at p. 576, שם נטען כי העדפת הקונה תם הלב אינה רצויה, משום שהיא עלולה לאפשר גם למי שמתיימר להיות תם לב, אף שאינו כזה ("noninnocent-shady purchaser") לגבור על הבעלים המקורי. כאמור, הכללת יסודות אובייקטיביים בבחינת תום ליבו של הקונה, מקטינה את הסיכון לטעות בהפעלת הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב.

הניזוק או הבעלים המקורי מפנימים לכן את הנזק, ובכך הם מתומרצים לנקוט ברמת הזהירות המיטבית¹⁹.

3. הכוונה הקונה להשקיע בהשגת מידע בהיקף האופטימלי מבחינה חברתית ראינו לעיל, כי אם הקונה נושא בסיכון (משום שהכלל מעניק עדיפות לבעלים המקורי), הוא צפוי להשקיע x_b בהשגת מידע. אולם, ערך זה אינו בהכרח הערך האופטימלי מבחינה חברתית. האבחנה בין ההשקעה האופטימלית בהשגת מידע מבחינתו של הקונה לבין ההשקעה הרצויה מבחינה חברתית דומה, במידה מסוימת, להבדל בין אמצעי הזהירות האופטימליים של הקרבן בכוח של עבירה כלשהי, לבין אמצעי הזהירות הרצויים מבחינה חברתית. ניתן למנות את הסיבות הבאות לסטייה אפשרית זו: מצד אחד, הקורבן בכוח עשוי להעדיף לנקוט ברמת זהירות גבוהה מזו האופטימלית מבחינה חברתית, משום שכשונה מן החברה, הוא אינו לוקח בחשבון את התועלת אותה יוכל להפיק העברין מביצוע העבירה; לפרט כדאי להשקיע באמצעי זהירות גם אם אלה יובילו רק להסתתו של העברין לעבר קרבן בכוח אחר; ולנקיטה באמצעי זהירות עשויות להיות השפעות חיצוניות שליליות על רווחתם של פרטים אחרים. מצד שני, הקורבן בכוח עשוי להעדיף רמת זהירות נמוכה מזו הרצויה מבחינה חברתית, משום שאינו לוקח בחשבון את התועלת אותה עשויים להפיק פרטים אחרים בחברה מאמצעי הזהירות בהם נוקט אותו קרבן בכוח. כך כאשר לאמצעי הזהירות הפרטיים יש השפעות חיצוניות חיוביות או מאפיינים של מוצר ציבורי²⁰.

בהקשר הנדון כאן, נראה כי ההשקעה האופטימלית באמצעי זהירות מבחינתו של הקונה (בה הוא צפוי לבחור תחת משטר של העדפת הבעלים המקורי) צפויה להיות נמוכה מזו הרצויה מבחינה חברתית. ניתן למנות שלוש סיבות לכך: ראשית, כפי שראינו לעיל, הקונה צפוי לנקוט ברמת הזהירות x_b , אשר מביאה למקסימום את פונקציית התועלת שלו B ; פונקציה זו משקפת את העלויות והתועלות הפרטיות של הקונה. בפרט, התועלת הרלוונטית מבחינתו של הקונה היא השפעת רמת הזהירות שלו x על ההסתברות p . אולם, הסתברות זו היא רק חלק מן הסיכון שהנכס נגנב. כאמור, מבחינת הקונה רק חלק זה הוא הרלוונטי, שהרי הקונה לא ייזק אם הנכס יתברר להיות גנוב אך הבעלים לא יאתרו. לעומת זאת, מנקודת מבט חברתית, התועלת מנקיטה ברמת זהירות x נובעת מהשפעתה על ההסתברות

19 לגישה דומה, המדגישה אלמנטים דומים בדיני נזיקין, דיני קניין ודיני חוזים, ביחס לתמריץ לנקוט באמצעי זהירות, ראו R. Cooter "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precautions" 73 Cal LR. (1985) 1.

20 I. Ayres & S. Levitt "Measuring Positive Externalities from Unobservable Victim Precaution: An Empirical Analysis of Lojack" 113 Q. J. of Econ. (1998) 43; S. Shavell "Individual Precautions to Prevent Theft: Private versus Socially Optimal Behavior" 11 Int'l. Rev. of L. & Econ. (1991) 123; Ben-Shahar & Harel, *supra* note 8; C.T. Clotfelter "Private Security and the Public Safety" 5 J. Urban Econ. (1978) 388.

של רכישת נכס גנוב באופן כללי, הסתברות המסומנת כאן כ- λ . ההסתברות λ נקבעת בהתאם לתמריצים העומדים בפני הגורמים השוקלים לפגוע בזכויותיהם של בעלי נכסים. שיעורה של ההסתברות λ מושפע גם מציפיותיהם של אותם גורמים כאשר לאמצעי הזהירות בהם ינקטו הקונים הפוטנציאליים של הנכסים שיוצאו מידי בעליהם. היעד החברתי הוא להקטין את ההסתברות λ ככל האפשר. אולם, כאמור לעיל, המשתנה הרלוונטי מבחינתו של הקונה הנו ההסתברות p , המהווה רק חלק מן ההסתברות λ . משום כך, רמת הזהירות האופטימלית מבחינת הקונה צפויה להיות נמוכה מזו הרצויה מבחינה חברתית, גם בלא אפיונה של ההשקעה באמצעי הזהירות כמוצר ציבורי. שנית, הגורם המשפיע על ההסתברות λ הוא רמת הזהירות הממוצעת או המקובלת. אולם, בהינתן מספר רב של פרטים, כל אחד מהם צפוי להעריך כי התנהגותו לא תשפיע על רמת הזהירות הכללית. הוא יכול ליהנות מפירותיה של רמת זהירות כללית גבוהה – המתבטאים בהסתברות λ נמוכה – מבלי לתרום את חלקו בהשגתה של רמת זהירות זו.

לכך נוספת סיבה שלישית, שעניינה סדר הזמנים של הפעולות. בשלב בו נדרש הקונה בכוח לבחור ברמת הזהירות בה ינקוט, ההסתברות λ כבר נקבעה. היא נקבעה על סמך ציפיותיהם של העבריינים בכוח כאשר לרמת הזהירות בה ינקטו הקונים. לכן, לכל אחד מן הקונים בכוח אין תמריץ לנקוט ברמת זהירות הגבוהה מזו האופטימלית עבורו, בהינתן ההסתברות λ (ולפיה, הסתברות p) כלשהי. משום כך, בהיעדר התערבות חיצונית בפעילותם של הפרטים, התוצאה היעילה עלולה להימנע. העבריינים בכוח יתאימו את ציפיותיהם, ושיעור הנטילה של נכסים מבעליהם ייקבע על פי רמת הזהירות האופטימלית מבחינה פרטית, העשויה להיות נמוכה מזו הרצויה מבחינה חברתית. לפיכך, גם שיעור הגניבות λ יהיה גבוה מזה הרצוי²¹. מצבו של כל אחד מן הקונים בכוח יהיה טוב יותר אם הכול ינקטו ברמת זהירות גבוהה יותר, ומתוך ציפייה שכך יקרה, ההסתברות λ תקטן. כדי להשיג זאת נדרש מנגנון לתיאום רמת הזהירות בה ינקוט כל אחד מן הקונים בכוח.

הדרך להתגבר על כשל השוק האמור היא באמצעות הענקת עדיפות בזכות הבעלות על הנכס לקונה, המותנית בכך שהוא נקט ברמת הזהירות הרצויה מבחינה חברתית. במקרה כזה, לקונה יש תמריץ לנקוט ברמת זהירות גבוהה יותר. העובדה שרמת הזהירות בה הוא ינקוט אינה צפויה להשפיע על ההסתברות λ אינה רלוונטית עוד מבחינתו: הקונה יעדיף לנקוט ברמת הזהירות הרצויה כדי להבטיח לעצמו עדיפות בזכות הבעלות. לפיכך, בניגוד להערכות במחקרים קודמים, העדפתו של

21 הגורמים שצוינו פועלים כולם בכיוון אחד, של השקעת חסר בהשגת מידע מצדו של הקונה בכוח. בפועל, עשויים לחול גם גורמים הפועלים בכיוון ההפוך. כך, השקעה בהשגת מידע מניבה, בדעבר, תועלת לקונה בלבד: היא עשויה להביאו להחליט שלא לרכוש את הנכס, אולם אין היא מבטלת את הסיכון שקונה פוטנציאלי אחר ירכוש את הנכס. אולם, אני מעריך כי השפעתם של שלושת הגורמים שצוינו בטקסט, ואשר צפויים להביא דווקא להשקעת חסר, היא הדומיננטית.

הקונה תם הלב אינה צפויה להביא בהכרח לפגיעה בתמריץ של הקונה לנקוט ברמת זהירות נאותה. כל שנדרש הוא להתנות את העדפתו בנקיטה באמצעי זהירות סבירים. הגדרה נאותה של התנאים הנדרשים מקונה כדי לעמוד בדרישות מסוג "תקנת השוק" עשויה להביא את הקונה לנקוט באמצעי זהירות מוגברים, ולכן להביא דווקא לירידה בשיעור הצפוי של גניבות.

אגב, הקונה עשוי להעדיף שלא לנהוג בהתאם לתנאי "תקנת השוק": אם ההסתברות $p(x=x_b)$ היא נמוכה יחסית, העלות הנובעת מן הצורך ליישם את רמת הזהירות האופטימלית מבחינה חברתית עלולה להיות גבוהה מן התועלת שבכך לקונה. זהו מצב הדומה לנסיבות של סיכון להתרחשותה של תאונה, בהן המזיק צופה כי בהסתברות מסוימת הוא יוכל להתחמק מלשאת באחריות לתוצאות פעולתו, ולכן התמריץ שלו לנהוג כראוי אינו מלא. הסיבה לכך כאן היא שהקונה חשוף רק לחלק מן הסיכון שהמוכר יתברר להיות מי שפעל שלא כדין: קיים סיכוי שהבעלים לא יצליח לזהות את הנכס בידי הקונה (וכן, שהקונה יצליח להיפרע מאת המוכר, אם אמנם יאבד את זכותו בנכס). עם זאת, לצורך המשך הניתוח אניח כי אם מוחל הכלל המעניק עדיפות לקונה אם זה נקט באמצעי זהירות "סבירים" בטרם רכש את הנכס, לקונה בכוח כדאי לנקוט באמצעים אלה.

קושי אפשרי נוסף נובע מן העובדה שהערכת היקפה של ההשקעה האופטימלית מבחינה חברתית בהשגת מידע היא מורכבת. נדרשות לשם כך גם הערכות ערכיות, כגון ביחס לשאלה האם לכלול ברווחה החברתית את התועלת מן הנכס לגנב (או את התועלת לגנב מן התמורה שקיבל תמורת הנכס מידי קונה תם לב). אתייחס לחלק מן הקשיים הכרוכים בהערכה זו בפרק הבא. לעת עתה אסתפק בקביעה העקרונית, לפיה אין להסתפק בדרישה לקיומו של "תום לב" סובייקטיבי של הקונה כתנאי להעדפתו על פני הבעלים המקורי. יש אמנם טעם בדרישה זו, שהרי אם בידי הקונה מידע (או חשד ממש) כי הנכס נמכר לו שלא בהסכמת בעליו של הנכס, הוא יכול למנוע את התממשות הסיכון בלא צורך לשאת בעלות כלשהי²². אולם, כאמור, אין להסתפק בדרישה זו, שכן הדבר עלול לפגוע בתמריץ של הקונה להשקיע בהשגת מידע.

השאיפה להעניק תמריץ לנקוט באמצעי זהירות סבירים עשויה להסביר את הדרישות הקבועות בתקנת השוק, שרק בהתקיימן מועדף הקונה. התנאים המקובלים לעניין זה — רכישה מ"מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו" (סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח—1968) — אמנם אינם מתייחסים באופן ישיר לבחינת היקף ההשקעה של הקונה בהשגת מידע, ונראה כי הם עשויים לשרת מטרות נוספות, מעבר לזו הנדונה כאן²³. עם

22 Mautner, *supra* note 1, at p. 116: "[W]henver the purchaser acts with actual knowledge or presumed suspicion of the existence of a prior conflicting claim, the purchaser is the party best located to prevent the conflict by avoiding the transaction".

23 כך, למשל, רכישה בתנאים של "שוק פתוח" מגדילה את הסיכוי שהבעלים המקורי יוכל להיפרע, במידת הצורך, מן המוכר.

זאת, ניתן לפרש את היקף תחולתם הראוי במקרים קונקרטיים²⁴, בהתאם לאמת המידה שהוצעה לעיל, דהיינו: האם נסיבות הרכישה מצביעות על השקעה נאותה של הקונה ב"אמצעי זהירות", קרי, בהשגת מידע בדבר זכויותיו של המוכר בנכס המוצע למכירה.

ניתן להדגים זאת גם ביחס לדרישה של רכישה "בתום לב ובתמורה": הדרישה לקיומה של "תמורה" פורשה כדרישה לקיומה של תמורה ממשיה (adequate value), אשר תהא לפחות קרובה (גם אם לא בהכרח שווה) לערך השוק של הנכס²⁵. המחיר הנדרש בעד הנכס עשוי לשמש, במקרים מסוימים, כ"איתות" לקונה באשר להסתברות שמדובר במכירה על ידי מי שאינו מורשה לכך על ידי הבעלים²⁶. דרישת תום הלב פורשה ככוללת לא רק חוסר מודעות סובייקטיבית לפגם בזכויותיו של המוכר, אלא גם היעדר חשד (suspicion) מצדו של הקונה לאפשרות שכזו. אמת המידה לבחינת היעדרו של חשד כאמור היא אובייקטיבית: כאשר הנסיבות האופפות את העסקה הן מן הסוג שהיה מביא אדם סביר לחשוד בקיומן של זכויות קודמות, הקונה אינו נחשב למי שפעל בתום לב. אף כי אין מדובר בדרישה כי הקונה יערוך בדיקה מדוקדקת (due diligence)²⁷, תנאי עריכת העסקה יתבטאו בהערכת תום הלב של הקונה²⁸. היקף ההשקעה הנדרש הוא זה הסביר בנסיבות העניין, ולא מעבר לכך. כפי שציין בית המשפט בהקשר קרוב, "[אין להטיל] אחריות לביצוע פעולה מסוימת על צד שיכול לבצע באופן טוב, אולם הדבר יהיה כרוך בהוצאות ניכרות, שעלולות אפילו לאיין את התועלת הצומחת לצדדים מן העסקה עצמה"²⁹.

24 דיון מסוג זה התעורר בת.א. (ת"א) 339/90 *United States of America* נ' כנען, פ"מ תשנ"ד(1) 397; ע"א 5664/93 כנען נ' *United States of America* פ"ד נא(1) 114, שם נדונה מחלוקת על תמונה שנרכשה מאת רוכלת בשוק הפשפשים ביפו, בין הקונה לבין המבטחת של התמונה עבור הבעלים. לביקורת על פסיקתו של בית המשפט (בה נקבע כי הרכישה לא נעשתה בתנאי תקנת השוק) ראו זמיר, לעיל הערה 2.

25 Mautner, *supra* note 1, at pp. 111–110; R. Cunningham *The Law of Property* (Minnesota, 1984) 783.

26 לתיאור מצבים בהם המחיר יכול לשמש כמנגנון ל"איתות" על טיבו של המוכר (ובכלל זה, "טיבן" של זכויות הבעלות בו) ראו, למשל, A. Wolinsky "Prices as Signals of Product Quality" 50 *Rev. Econ. Stud.* (1983) 647. מאידך גיסא, לגישתו של מאוטנר דרישת התמורה משקפת הערכה מי מן הצדדים – הקונה או הבעלים המקורי – יספוג, בדיעבד, נזק גדול יותר אם לא תוקנה לו עדיפות. ההנחה היא כי אם הקונה לא שילם תמורה בעד הנכס, הנזק שיסבול אם יאבד את הנכס לבעלים המקורי יהיה קטן יותר: Mautner, *supra* note 1, at pp. 118–122. הטיעון המובא כאן מתמקד בשיקולי הכוונת התנהגות, שעניינם השפעת הכלל על התנהגות הצדדים עוד לפני רכישת הנכס.

27 Mautner, *ibid*, at p. 117.

28 כך, למשל, לפי ה-U.C.C. האמריקאי, (1990)(19) §1-201 אדם נחשב (לצרכים שונים מאלה הנדונים כאן) כמי שפעל ב"תום לב", אם הוא פעל בנסיבות של: "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade"

29 ע"א 3912/90 *Eximin S.A.* תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 82. ראו, ברוח זו, מ' מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 363, 387.

העובדה שדרישת "תום הלב" אינה זהה לדרישה של היעדר התרשלות מצדו של הקונה אין משמעה, לדעתי, כי אין אפשרות לכוון את התנהגותו של הקונה באמצעות ההסדר האמור. אכן, המחוקק ובית המשפט נמנעים בדרך כלל מהטלת חובה מפורשת על הקונה לנקוט ב"רמת זהירות סבירה" ולהימנע מלהתרשל. עם זאת, איני סבור שהסיבה לכך היא, כגישתו של מאוטנר, שבמרבית המקרים יכולתו של הקונה להשיג את המידע הרלוונטי היא זניחה³⁰. עצם הטלת הדרישות הנוספות במסגרת תקנת השוק, מעבר לדרישה לקיומו של תום לב סובייקטיבי של הקונה, עשויה ללמד על הערכה שונה. ניתן להסביר זאת בהערכה של המחוקק כי רכישה בתנאים אלה היא המתאימה, במקרה הטיפוסי לפחות, להשגת מידע על ידי הקונה. העדפה זו של הגדרת הדין בצורת "כלל" ולא בצורת "עיקרון" (כפי שנעשה ביחס לעולות הרשלנות בדיני נזיקין) עשויה להיות מוסברת בעובדה שהמקרים הבאים בגדרה של התחרות הנדונה כאן הנם בעלי דפוס דומה לרוב. כך ניתן לחסוך בעלויות הנובעות מהחלתו של עיקרון כללי שאינו ברור וחד-משמעי³¹, באמצעות הגדרה מראש של דרך ההתנהגות הרצויה, ביחס לקבוצה שלמה של מקרים.

המשך הטיעון מבוסס על המסקנה הבאה: העדפת הקונה תם הלב, תוך הכללה של דרישות "אובייקטיביות" בהגדרת רכישה בתום לב, עשויה להקטין את שיעורי מקרי ה"נטילה" של נכסים מידי בעליהם, וזאת באמצעות הכוונתם של קונים בכוח להשקיע בהשגת מידע בדבר זכויותיו של המוכר. עם זאת, זהו גורם אחד בלבד על פיו יש להעריך את כללי התחרות השונים. הסיבה לכך היא שהשקעתו של הקונה בהשגת המידע – אף אם היא בשיעור האופטימלי מבחינה חברתית – אינה צפויה, כמעט תמיד, להסיר באופן מלא את אי-הוודאות באשר לזכויותיו של המוכר. לכן, לא ניתן להסיר לחלוטין את הסיכון הכרוך בביצועה של העסקה, ויש להעריך את כל אחד מן הכללים באופן רחב יותר. מעבר לכך, עצם ההשקעה בהשגת מידע טומנת בחובה עלות, שאף אותה יש לקחת בחשבון. לניתוח מסוג זה אפנה כעת, לאחר שאגדיר את אמת המידה לפיה ייבחנו הכללים.

ד. אמות מידה להשוואה בין כללי התחרות השונים

1. גישת "המונע היעיל"

העדפתו של אחד הצדדים מטילה את הסיכון של אבדן הנכס (ואבדן הזכות

"כל צד יהא פטור מאחריותו החוזית בעקבות קרות מאורע משבש, שאפשרות איתורו הייתה כרוכה בהשקעת משאבים שהיא בלתי-סבירה, בהתאם לנסיבות העסקה".

Mautner, *supra* note 1, at p. 117. 30

31 לדיון בעלויות אלה ראו, למשל, L. Kaplow "A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules" 11 *J. of L., Econ. & Org.* (1995) 150; L. Kaplow "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 *Duke L.J.* (1992) 557. מאידך גיסא, בתנאים של א-סימטריה במידע, הגדרה "עמומה" של הקצאת הזכויות עשויה, במקרים מסוימים, להגביר את הסיכוי להשגת הסכם בין הצדדים למימון: 11 J.S. Johnston "Bargaining under Rules versus Standards" *J. L., Econ. & Org.* (1995) 256.

לפיוצוי, אם הגנב אינו בר פירעון) על הצד השני, אשר צפוי לנקוט באמצעים שונים כדי להפחית את הסיכון: הבעלים צפוי להשקיע משאבים בשמירה על זכויותיו, והקונה צפוי להשקיע בהשגת מידע על זכויותיו של המוכר. לפי גישה אחת, הפוסעת בעקבות זו של Calabresi³², יש להקצות את זכות הבעלות לגורם אשר צפוי, ביחס לסוג המקרים הרלוונטי, לשאת בעלות גבוהה יותר אם לא תוענק לו עדיפות. כלומר, יש להטיל את הסיכון על הצד אשר יוכל לנקוט באמצעי זהירות באופן יעיל יותר ("the least cost avoider")³³.

גישה זו מבוססת על תפיסה לפיה ניתן לגרום לפרט לנקוט באמצעים הדרושים לשם הקטנת הסיכון רק אם יוטל עליו לשאת בסיכון זה. אולם, כפי שראינו לעיל, ניתן לכוון התנהגות גם באמצעות מתן פטור מנשיאה באחריות (היינו, באמצעות הבטחת מתן עדיפות בתחרות על זכות הבעלות), אם הפרט, אשר את התנהגותו מבקשים לכוון, יעמוד באמות המידה המצופות ממנו.

מעבר לכך, ניתן לבקר גם את אופן יישומה של גישת "המונע היעיל". כאמור, לפי גישה זו, יש להטיל את הסיכון על הצד אשר עלות הנשיאה בסיכון עבורו הנה הנמוכה יותר. אך השאלה היא מהי בדיוק אותה "עלות" הנשיאה בסיכון: גישתו של Calabresi התייחסה לתאונות, ושם ה"עלות" העיקרית כוללת שני חלקים: תוחלת הנזק העלול להתרחש במקרה של תאונה, ועלות של אמצעי הזהירות הננקטים כדי להפחית את הסיכון להתרחשותה של תאונה. בהקשר הנדון כאן, קיים קושי להגדיר מהו ה"נזק" מבחינה חברתית. הנכס עצמו אינו אובר, שכן הבחירה היא רק למי מן הצדדים תוקנה זכות הבעלות עליו. במובן זה, גם אם מתרחשת "תאונה", היינו נוצרת תחרות בין הבעלים לבין הקונה, לכאורה לא נגרם נזק כלשהו מבחינה חברתית. זוהי למעשה גישתו של Becker, ולפיה ביצוען של עסקאות ברכוש הזולת, כמו למשל גניבה, אינו כרוך בעלות חברתית, שכן מדובר בהעברה של עושר מפרט אחד בחברה לאחר³⁴. העלות החברתית הנובעת מביצוען של גניבות ומנטילה של זכויות שלא בהסכמת הבעלים היא אך ורק זו הגלומה בהשפעות הלוואי שלה, כלומר, בעלות המניעה של גניבות ובמשאבים המושקעים בביצוען של גניבות. עלויות אלה מושקעות לשם חלוקה שונה של העושר בין הפרטים בחברה, ולפיכך הן נתפסות, מבחינת הרווחה המצרפית, כבזבז משאבים. איני שותף לגישה מסוג זה. חסרונה בהתעלמות מן העלות הכרוכה בחשיפת הבעלים של הנכס לסיכון של אבדנו לגנב ומזו הנובעת מחשיפת הקונה לסיכון של רכישת הנכס מגנב (ואבדנו לטובת הבעלים המקורי).

G. Calabresi *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (London, 1970) 32
135-173.

Mautner, *supra* note 1; Weinberg, *supra* note 9; Levmore, *supra* note 2; A. Schwartz &
R.E. Scott *Commercial Transactions* (2nd ed., 1991), 491.

G.S. Becker "Crime and Punishment: An Economic Approach" 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 34

G. Tullock "The Welfare Costs of Tariffs, למשל, 169
"Monopolies, and Theft" 5 *Western Econ. J.* (1967) 224; Shavell, *supra* note 20

הסיכון הראשון, לו חשוף הבעלים של הנכס, מבטא פגיעה בהיקפה של זכות הבעלות. זכות הבעלות על נכס מקנה לבעליה תמריץ לעבוד, כדי להשתכר ולרכוש בתמורה לעבודה זכויות בנכסים מהם ניתן להפיק תועלת; לבעלים יש תמריץ לשמר ולשפר נכסים בני קיימא אשר בבעלותו, משום שהוא מצפה שיוכל ליהנות מהם באופן בלעדי ולהפיק מהם תועלת; ועוד³⁵. לכן, אם ההקצאה של הזכויות היא רצויה מבחינה חברתית, על הדין לספק הגנה מפני פגיעה בזכות זו. חשיפת בעליה של הזכויות לסיכון כי זו תינטל ממנו ללא הסכמתו ובלא לפצותו בגין כך מצמצמת את היקף הזכויות המוקנית לו, וממילא מחלישה את היתרונות החברתיים הנובעים מהקנייתה.

במלים אחרות, ההתייחסות אל סיכום שוויו של הנכס לכלל הפרטים בחברה אינה מספקת. אכן, מנקודת מבטה של החברה בכללה, אין המדובר כאן בסיכון לאבדנו של הנכס. המדובר באפשרות כי הזכויות בגינו תינטל מידי של פרט אחד (הבעלים) לטובתו של פרט אחר (הגנב). אולם, הגורם הרלוונטי הוא השפעת שוויו של הנכס על התמריצים של הפרט לשמר את הנכס ולהשביחו, כאמור לעיל. כאשר ערך זה מחולק לשני גורמים – תוחלת התועלת לבעלים בתוספת תוחלת התועלת לגנב – הרי שאף בהנחה שסכום התועלות המהוונות אינו נמוך מן התועלת אלמלא הסיכון, קטן התמריץ לשמר ולהשביח את הנכס³⁶. כך, למשל, כאשר ההחלטה האם להשקיע בשיפור הנכס תלויה בערך סף כלשהו, השקעה יעילה עלולה להימנע, שהרי הערך הרלוונטי הוא רק התועלת המופחתת.

הסיכון השני לו חשוף הקונה בכוח של הנכס מבטא פגיעה בסחירות של סוג הנכסים הנדון. אם הקונה אינו זוכה לעדיפות, הוא חשוף לסיכון כי יאבד את כספו. כמו קודם, מבחינת החברה אין המדובר אלא בהעברת סכום כסף מפרט אחד (הקונה) לאחר (הגנב). אולם, למעשה, הסיכון להתרחשות תוצאה זו יוצר עלות חברתית. זו נובעת מכך שהסיכון עלול למנוע את העברת זכויות הבעלות בנכס לידי של קונה בכוח: למרות שהקונה עשוי להפיק מן הנכס תועלת גבוהה יותר מאשר הבעלים, הוא צפוי להיות נכון לשלם בעדו סכום נמוך יותר, בשל החשש של רכישת נכס גנוב. הפער במידע המצוי בידי בעליו של הנכס (היודע שאם הצדדים יתקשרו בהסכם הזכות אכן תעבור לידי של הקונה) לבין המידע המצוי בידי הקונה בכוח (הסבור כי קיים סיכון מסוים כי הזכות לא תעבור לידי) עלול למנוע עסקאות יעילות. התוצאה האפשרית היא עיוות בהקצאת המשאבים,

35 ראו, למשל, א' פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח (תשנ"ז) 621; R. Schlatter *Private Property: The History of an Idea* (1951); L. De Alessi "The Economics of Property Rights: A review of the Evidence" 2 *Research in L. & Econ.* (1980) 1; H. Demsetz "Toward a Theory of Property Rights" 57 *Am. Econ. Rev.* (1967) 347.

36 בדיוק כפי שגביית מסים – בהם נעשה שימוש לצרכי החברה עצמה – כרוכה בעלות חברתית, אותה יש לקחת בחשבון בקביעת המדיניות.

באופן שזכאויות (ובהקשר הנדון כאן, נכסים) לא יימצאו בידי מי שצפוי להפיק מהן תועלת מרבית³⁷.

מסיבות אלה, אין זה נראה סביר בעיני להתעלם מן ההשפעות הנדמות כ"חלוקתיות" בניתוח העלות והתועלת מבחינה חברתית. לכל אחד מן הכללים צפויה להיות השפעה על שוויה של הזכות בעיניהם של הצדדים, ולכן גם לפגוע בתמריצים שלהם לשמר את הנכס או לרכוש את הבעלות בו. התוצאה היא פגיעה אפשרית ברווחה החברתית, אותה יש לקחת בחשבון בקביעה מהו הכלל אותו יש להעדיף במקרה של תחרות, היינו איזה מן הסיכונים מוטב לבטל (או להקטין) באמצעות ההסדר המשפטי.

תכליתה של הגישה המוצעת כאן היא לפיכך לכלול בניתוח העלות החברתית לא רק את עלותם של האמצעים הננקטים להפחתת הסיכון (ועלות ביצוען של הגניבות), אלא גם את העלות הנובעת מן הלקיחה עצמה. הדבר נעשה באמצעות התמקדות בשוויה של זכות הבעלות על הנכס.

2. שוויה של זכות הבעלות

כאמור, חשיפתו של הבעלים לסיכון כי זכות הבעלות תינטל מידיו בלא הסכמתו ובלא לפצותו בגין כך מבטאת עלות חברתית. נוסף על כך, נטילה של זכות אינה רצויה מבחינה חברתית משום שהיא גורמת להקצאת משאבים לשם ביצוע פעולה שכל תכליתה העברת עושר מפרט אחד לאחר. הבעלים נדרש להשקיע משאבים לשם הגנה על הנכס, ואילו המבקש ליטול את הנכס משקיע משאבים כדי להתגבר על אמצעי ההגנה שנקט הבעלים. העברת הזכות לאחר עלולה להיות גם בלתי יעילה כשלעצמה, אם שוויה בידי הנעבר נמוך משוויה בידי בעליה. השאיפה היא לכן להקטין את הסיכון לו חשוף בעליה של הזכות כי זו תינטל ממנו שלא בהסכמתו.

כמו כן, רצויה מבחינה חברתית גם ההגנה על האפשרות להעביר זכאות לאחר כאשר הצדדים לעסקה, מבקשים לעשות כן. האפשרות להעברת הזכאות מעלה את התועלת של המשתתפים בעסקה שכן אם העסקה מתבצעת בהסכמה הדדית, הזכות תמצא בידי של הפרט הצפוי להפיק ממנה את התועלת המרבית³⁸. כמו כן, מסיבות דומות, העברה לא רצונית של זכות אינה רצויה מבחינה חברתית. לפיכך, יש לקחת בחשבון גם את השפעתו של ההסדר המשפטי על סחירותה של הזכאות, היינו על האפשרות לבצע עסקאות יעילות ביחס אליה.

³⁷ ברוח דומה ציין מאוטנר כי בבחינה מהו ההסדר העדיף יש לקחת בחשבון גם את השאיפה לכך שהזכויות יגיעו לידי של הצד הצפוי להפיק מהן תועלת מרבית. אולם, ההתייחסות שם היא להיבט של מזעור עלויות העסקה הנחוצות כדיעבד, לאחר התממשות הסיכון ופרוץ המחלוקת בין הקונה לבין הבעלים המקורי, לשם העברת הנכס למי שצפוי להפיק ממנו תועלת מרבית: Mautner, *supra* note 1, at p. 100.

³⁸ לכלל זה יש כמובן חריגים. לפירוט של החריגים המרכזיים לעיקרון זה, ולהצדקות להגבלות מכוח הדין על העבירות של זכויות, ראו S. Rose-Ackerman "Inalienability and the Theory of Property Rights" 85 *Colum. L. Rev.* (1985) 931.

למעשה, ניתן למזג את שני השיקולים: בעוד הראשון מתייחס להשפעת ההסדר המשפטי שנבחר על ערכו של הנכס בידי בעליו, הרי שהשני – ההשפעה על סחירותה של הזכאות – משתקף בהשפעה על הסכום אותו יהיה נכון לשלם בעד הנכס קונה בכוח. השילוב של שני השיקולים מוליך להתמקדות בשווי של זכות הבעלות על הנכס. זה כולל את השווי הנובע מאפשרות השימוש בנכס והפקת תועלת ממנו ואת הסכום בו ניתן למכור את הנכס, אם אחר יוכל להפיק ממנו תועלת גדולה יותר (שווי של הנכס כאמצעי חליפין). מכאן, שאין זה ברור כלל כי מבחינת הבעלים של נכסים מוטב כלל המקנה להם עדיפות במקרה של תחרות עם קונה תם לב: כלל שכזה מעלה אמנם את שווי זכות הבעלות ככל שזו מבטאת את התועלת המופקת מן השימוש בנכס (שכן במקרה של גניבה ואיתור הנכס, יכול הבעלים לעקוב אחריו ולקבלו חזרה לידיו), אך מקטין את השווי ככל שהזכות מבטאת את אפשרות המימוש של הנכס, לשם רכישת מוצרים אחרים (שכן היא מקטינה את הנכונות של קונים בכוח לשלם בעד הנכס). באופן כללי יותר, אמת המידה להערכה מהו ההסדר המשפטי הרצוי יכולה להתבסס על שווי זכות הבעלות על הנכס: ההסדר האופטימלי הוא זה בו שווי זכות הבעלות הוא המרבי מבחינת הבעלים והחברה.

באמת המידה שתוארה אין נלקחת בחשבון התועלת אותה צפוי להפיק מן השימוש בנכס מי שמבקש ליטול אותו מבעליו³⁹. נוסף על כך, שיעור נתון של סיכון לנטילת הזכאות בלא הסכמת הבעלים מבטא עלות חברתית הנובעת מן המאמצים המושקעים לשם מניעת הנטילה ומן המאמצים לביצועה. אף שניתוח מלא צריך לכלול כמובן גם את העלויות הללו, אין הן נלקחות בחשבון על פי אמת המידה שתוארה. עם זאת, שווי זכות הבעלות משמש אומדן מקורב להשפעה הכוללת של כל אחד מן הכללים על הרווחה החברתית. שיעור גניבות גבוה יותר יבוא לידי ביטוי בהפחתה משמעותית יותר של שווי זכות הבעלות, וכיוון שתכליתו של הניתוח היא השוואתם של שני הכללים הבאים בחשבון, בהקשר הגדון כאן אין חשיבות רבה לערכה המוחלט של העלות החברתית הנובעת מן הסיכון האמור.

ה. יישומה של אמת המידה המוצעת

אמת המידה המוחלטת כאן להשוואה בין הכללים השונים היא מהו שווי של הנכס תחת כל אחד מן הכללים. הניתוח כולל שני שלבים: בראשון נבחנת השפעתו של כל אחד מן הכללים על התמריצים של הצדדים להקטין את גורמי הסיכון

39 כאמור, לגישתו של Becker, התועלת לעבריינים צריכה להיכלל בחישוב הרווחה החברתית. ראו *supra* note 34. לגישה שונה ראו G.J. Stigler "The Optimum Enforcement of Laws" 78 *J. Pol. Econ.* (1970) 526; J.L. Lewin & W.N. Trumbull "The Social Value of Crime" 10 *Int'l. Rev. L. & Econ.* (1990) 341. כן ראו F.S. McChesney "Boxed in: Economists and Benefits from Crime" 13 *Int'l. Rev. L. & Econ.* (1993) 225.

הרלוונטיים. בהינתן מערכת התמריצים הנובעת מן הניתוח בשלב הראשון, נבחנת בשלב השני ההשפעה של כל אחד מן הכללים על הרווחה החברתית. הדיון המובא כאן נפתח בשלב השני דווקא: תחילה נניח כי הבחירה בכלל זה או אחר אינה צפויה להשפיע בצורה משמעותית על התמריצים של הצדדים לנקוט באמצעים המתאימים להקטנת הסיכון. כלומר, ההנחה היא כי גורמי הסיכון הרלוונטיים הם קבועים, ואינם תלויים בהתנהגותם של הפרטים. הדיון ממוקד בבחינה מהו הכלל העדיף מבחינת השפעתו על סחירותו של הנכס, ולפיכך על הרווחה החברתית. תכלית הדברים בחלק זה היא להתמודד עם טיעון בדבר אי-הרלוונטיות כביכול של הבחירה באחד הכללים על סחירותו של הנכס. בהמשך מורחב הדיון, באמצעות הכללת הערכה של ההשפעה של כל אחד מן הכללים על תמריצי הצדדים לנקוט באמצעי זהירות נאותים.

1. השפעת דיני התחרות על סחירותה של זכות הבעלות

הקונה בכוח חשוף לסיכון כי הנכס אותו הוא שוקל לרכוש נמכר לו בלא הסכמת בעליו של הנכס, והוא יאלץ להשיבו לבעליו בלא לקבל בחזרה את התמורה ששילם. סיכון זה צפוי להקטין את נכונותו לרכוש את הנכס ועלול לפגוע בסחירותו של הנכס. העדפת הקונה במצבי תחרות נועדה לפתור בעיה זו, ולהסיר את המכשול לביצוען של עסקאות יעילות.⁴⁰

בספרות נמצאו חולקים על תובנה עתיקת יומין זו. נטען כי ההכרעה מי יזכה בעדיפות במקרה של תחרות בין הבעלים לבין הקונה אינה צפויה להשפיע כלל על סחירותו של הנכס. גישה זו מבוססת על סימטריה לכאורה במצבם של שני הצדדים: כל יתרון המוקנה לקונה – ואשר בא לידי ביטוי בביטול הצורך להפחית את השווי אותו הוא מוכן לשלם – בא על חשבון הבעלים. רכישת הנכס תהפוך את הקונה לבעלים ולכן, הקונה יקזז כל יתרון המוענק לו בתור קונה, שהרי יהיה עליו לשאת בתוצאות הנובעות מן הכלל לכשיהיה הבעלים.⁴¹ התוצאה היא שהקונה בכוח אמור להיות אדיש ביחס לשאלה האם תינתן עדיפות לקונה תם הלב

R.A. Brown *The Law of Personal Property* (New-York, 3th ed. by W.B. Raushenbush 40 1975) 193: "The recognition of the original owner's claim as against that of the innocent purchaser is moreover injurious to the interests which society has in fostering trade and commerce". Hawkland, *supra* note 3, at p. 700; Murray, *supra* note 2, at pp. 24–25: "The rule of market overt... was a common-sense solution to a vexing problem which was bound to occur as soon as man entered into a system of exchange of goods for money... otherwise all commerce... must soon be at an end".

Levmore, *supra* note 2, at p. 55: "[Under the bona-fide rule] buyers are correspondingly 41 less eager to become owners or to purchase goods in general because the market-overt doctrine makes it more expensive for them later to reclaim goods stolen from them and then sold to other buyers" Landes & Posner, *supra* note 7; W.M. Landes & R.A. Posner "An Economic Analysis of Copyright Law" 18 *J. of Leg. Stud.* (1989) 325.

או לבעלים המקורי, ולפיכך להסדר המשפטי שיוחל אין כל השפעה על סחירותו של הנכס.⁴²

טיעון זה מבוסס על הנחה משתמעת, לפיה הסיכון שהנכס המוצע לקונה הוא גנוב שווה לסיכון שהנכס ייגנב מן הקונה, לאחר שייחפך לבעליו. אולם, גם בהינתן הנחה זו, הניתוח המובא להלן מראה כי מצבו של הקונה אכן משתנה תחת כל אחד מן הכללים. הסיכון לו חשוף הבעלים (הנוכחי או העתיד לבוא) של הנכס, כי הנכס ייגנב מידיו ויימצא רק לאחר שנמכר לקונה תם לב, אינו זהה לסיכון לו חשוף הקונה תם הלב, כי הנכס המוצע לו הוא גנוב, וכי לאחר שירכוש את הנכס הוא יאותר על ידי הבעלים המקורי.

עם זאת, המטרה העיקרית של הדיון המובא כאן אינה דווקא להראות כי לבחירה באחד ההסדרים המשפטיים ישנה השפעה על סחירותו של הנכס, בהתאם להערכה המקובלת מקדמת דנא. המטרה היא לבחון האמנם קידומה של הסחירות, באמצעות אימוצו של כלל דוגמת תקנת השוק, צפויה להביא לשיפור הרווחה החברתית (וזאת בהתעלם, בחלק זה של הניתוח, מהשפעתו של כלל התחרות על שיעורו של הסיכון). תוצאת הניתוח המובא להלן היא כי אף שהערפת הבעלים המקורי אכן צפויה לפגוע בסחירות, הרי שהחלתה של אמת המידה שהוצבה לעיל שוללת את ההנחה כי מוטב בהכרח להקנות עדיפות לקונה דווקא. זהותו של הכלל האופטימלי תלויה בערכי הפרמטרים הרלוונטיים.

כדי להראות זאת, אגדיר את המשתנים הרלוונטיים כך: כזכור, ההסתברות שהנכס ייגנב מבעליו מסומנת כאן כ- t_1 . ההנחה בשלב זה היא כי שיעורו של הסתברות זו אינו תלוי בכלל שייבחר. למעשה, הסיכון הרלוונטי כולל שני מרכיבים: ההסתברות שעסקה נתונה אינה נעשית בהסכמת הבעלים של הנכס, אותה אסמן כ- t_1 . זהו סיכון לו חשוף רק הקונה; וההסתברות לביצוע עסקה שכזו בעתיד, אותה אסמן כ- t_2 . הן הקונה, בתור הבעלים לעתיד של הנכס, והן הבעלים המקורי חשופים לסיכון זה.

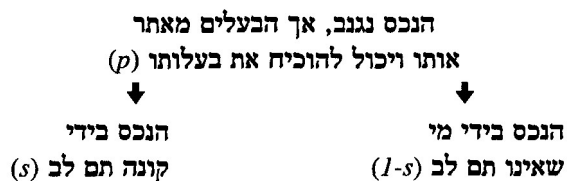
אם הנכס נגנב, קיימות שתי אפשרויות: (1) הנכס יימצא והבעלים המקורי יוכל להוכיח את זכותו ביחס אליו; (2) אחרת (הנכס לא יימצא, או אם יימצא, הבעלים המקורי לא יוכל להוכיח, כי זהו הנכס אשר היה בבעלותו). בהינתן העובדה שהנכס נגנב, ההסתברות (המותנית) שהנכס יימצא והבעלים יוכל להוכיח את בעלותו תסומן כ- q .⁴³

42 ברוח זו טענו Schwartz and Scott כי יש להתמקד אך ורק בהקצאה יעילה של הסיכון בין הצדדים: "If either [owners] or buyers — as a class — are able to bear the risk at less cost, imposing the risk on them is efficient. Metaphors of freely flowing commerce or unclogged channels of trade do not illuminate this issue". Schwartz & Scott, *supra* note 33, at p. 491.

43 האפשרות שהנכס לא יימצא מבטאת גם את הפסד התועלת מן הנכס, הנובע מן התקופה בה לא יוכל הבעלים להשתמש בנכס, משום שזה נגנב ממנו וטרם נמצא. זו גישתם של Landes & Posner, *supra* note 7.

אם הנכס נגנב והבעלים המקורי יכול למצאו ולהוכיח את בעלותו, שוב יש שתי אפשרויות: (1) הנכס נמצא על ידי הבעלים לאחר שקונה תם לב כבר רכש אותו; (2) הנכס נמצא לפני שקונה בעל עדיפות נכנס לתמונה. אסמן את ההסתברות (המותנית) של התרחשות האירוע הראשון כ- s ⁴⁴. נניח כי אם הנכס נמצא כשהוא בידי הגנב (או בידי קונה שאינו תם לב), הבעלים יוכל לקבלו חזרה, ללא קשר לטיבה של ההגנה שמעניק הדין לזכותו של הבעלים. כזכור, מטרת הניתוח להשוות בין שני הכללים החלופיים. לפיכך, ניתן להוציא מגדר הדיון מצבים שתוצאתם זהה תחת שני הכללים, וזאת כדי לפשט את הדברים. לכן, אם הנכס נגנב אולם בעליו אינו מצליח למצאו, או אינו מצליח להוכיח את בעלותו עליו, הכלל שייבחר לא ישפיע על התוצאה שתגבע בנסיבות אלה. רק כאשר יש תחרות בין הבעלים לבין קונה תם לב יש לבחירה בכלל כלשהו חשיבות⁴⁵. לפיכך, אתעלם מן הסיכון (אשר יתרחש בהסתברות $u(1-q)$ של אבדן הנכס לגנב, מבלי יכולת למצאו. אתמקד בחלקו האחר של הסיכון, וכפי שכבר הוזכר לעיל, אסמן את ההסתברות שהנכס נגנב (או ייגנב) אך יימצא בידי בעליו המקורי, אשר יצליח להוכיח את בעלותו, כ- p (כלומר, $p = t \cdot q$). ההסתברויות להתרחשות אירוע מסוג זה לכל אחד מגורמי הסיכון האמורים – הסיכון שעסקה נתונה נעשית בלא הסכמת בעליו של הנכס, לו חשוף רק הקונה, והסיכון לביצוע עסקה שכזו בעתיד – מסומנות, בהתאמה, כ- p_1 ו- p_2 .

סכמתית, האירועים הרלוונטיים וההסתברויות המותנות מתוארים אם כן כך:



הצדדים מעריכים את שווי זכות הבעלות בנכס בהתאם לסיכון לו הם חשופים תחת כל אחד מן הכללים. אסמן את שווי זכות הבעלות בנכס לבעלים המקורי

44 אני מניח, לשם פשטות, שההסתברויות t , q ו- s אינן תלויות זו בזו.

45 ההתעלמות במחקרים קודמים מן ההשפעה האפשרית על סחירותו של הנכס התבססה גם על הערכה כי ההסתברות של התרחשות של תחרות בין קונה תם לב של הנכס לבין הבעלים המקורי היא נמוכה. ראו, למשל, Weinberg, *supra* note 9, at p. 591 (note 84): "Goods do not circulate [as commercial papers do], and the probability of prior ownership claims actually being asserted against purchasers of goods is small"; Schwartz & Scott, *supra* note 33, at p. 495; Shavell, *supra* note 11. אולם, אם זהו אכן המצב, אין זה רלוונטי כלל, מנקודת מבט של רוחה חברתית, מהו הכלל אותו בוחרים: ממילא, התנהגותם של הפרטים אינה צפויה להיות מושפעת מן הכלל שייבחר. מאידך גיסא, אם מניחים כי לבחירה בכלל יש השפעה על התמריץ של הצדדים לנקוט באמצעי זהירות (ובעיקר, על היקף ההשקעה של הקונה בהשגת מידע), אין זה סביר להניח אחרת בהתייחס להשפעה על הסחירות, שהרי בשני המקרים מקור ההשפעה הוא בהסתברות להתרחשות תחרות כאמור.

ולקונה כ- V_s ו- V_b , בהתאמה. ערכים אלה מוגדרים בהינתן הסיכון שהושמט מן הניתוח כאן, היינו, הסיכון של איבוד הנכס לגנב, בלא יכולת לאתרו (חלק זה של הסיכון הושמט משום שתוצאתו זהה תחת שני הכללים הנדונים כאן). ההנחה כאן היא, כאמור, כי ערכי ההסתברויות p_1 , p_2 ו- s הם קבועים, ואינם מושפעים מן הכלל שנבחר.

נבחן אם כן את תוחלת שווי הבעלות תחת כל אחד מן הכללים. השווי לבעלים המקורי: הבעלים אינו חשוף, בכל מקרה, לגורם הסיכון הראשון, היינו, לסיכון שהעסקה הנוכחית אינה נעשית בהסכמתו. כאשר הכלל המשפטי מקנה לו עדיפות, הוא אינו חשוף גם לגורם הסיכון השני, היינו של גניבת הנכס בעתיד ואבדן הבעלות לקונה תם לב. מאידך גיסא, אם מוענקת עדיפות לקונה תם הלב, הבעלים חשוף לגורם הסיכון השני, שכן הוא עלול לאבד את זכות הבעלות שלו. לפיכך, תחת כלל זה, הסיכון לו חשוף הבעלים, כי הנכס ייגנב ממנו ויימצא על ידיו רק לאחר שנמכר לקונה תם לב, הנו $p_2 \cdot s$. לכן, תוחלת שווי זכויות הבעלות על הנכס היא $(1-p_2 \cdot s)V_s$. תחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים, השווי נשאר V_s .

השווי לקונה: הקונה חשוף לסיכון שהנכס אותו הוא מבקש לקנות הנו גנוב (ובעליו יאתרו), וכן לסיכון שהנכס ייגנב ממנו בעתיד, לאחר שכבר יהפוך לבעליו, ויימכר לקונה תם לב. ענייננו בקונה תם לב בלבד, כלומר, מנקודת מבטו של הקונה, ההסתברות המותנית s שווה ל-1. (זהו, כפי שנראה מיד, הבסיס להפרכת הטיעון בדבר אי-הרלוונטיות של הכלל שנבחר מבחינתו של הקונה). תחת הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב, הקונה אינו חשוף לסיכון של אבדן הנכס לבעלים המקורי, והסיכון היחיד הוא השני, לאבדן הנכס לקונה תם לב אחר, בעתיד. כלומר, הקונה חשוף לאותו סיכון לו חשוף הבעלים תחת כלל זה, ותוחלת שווי הבעלות היא דומה $(1-p_2 \cdot s)V_b$. כאשר הכלל מקנה עדיפות לבעלים המקורי, הקונה חשוף רק לגורם הסיכון הראשון, היינו, כי יאבד את זכות הבעלות לבעלים המקורי. ההסתברות להתרחשות אירוע זה היא p_1 . לכן תוחלת שווי הבעלות עבורו היא כעת $(1-p_1)V_b$.

סיכום שווי הבעלות לכל אחד מן הצדדים, תחת שני הכללים, מובא בטבלה הבאה:

שווי לבעלים	שווי לקונה	
V_s	$(1-p_1)V_b$	עדיפות לבעלים
$(1-p_2 \cdot s)V_s$	$(1-p_2 \cdot s)V_b$	עדיפות לקונה

ניתן לראות, ראשית, כי יש בכך להפריך את הטענה בדבר אי-רלוונטיות של הבחירה בכלל התחרות על הסחירות. כזכור, הטיעון היה כי לקונה אין זה משנה מהו הכלל המיושם, שהרי הוא ממילא נשאר חשוף לסיכון לאבד את זכותו בנכס — לבעלים המקורי, תחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים המקורי, או לקונה אחר תם לב, אשר ייכנס לתמונה בעתיד, תחת הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב.

למעשה, הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב מפחית את הסיכון לו חשוף הקונה. הסיכון מופחת משום שתחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים המקורי הקונה יאבד את זכותו בנכס כאשר הנכס מתברר להיות גנוב והבעלים מצליח לאתרו, נסיבות הצפויות להתרחש בהסתברות p_1 ; ואילו תחת הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב, הקונה יאבד את זכותו רק כאשר נסיבות אלה יתרחשו בטרם נכנס לתמונה קונה (אחר) חס לב, היינו בהסתברות p_2 בלבד. במילים אחרות, תחת הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב יש לקונה סיכוי שלא לאבד את הנכס גם אם הנכס נגנב ממנו והוא מצליח לאתרו, וזאת אם הוא מצליח לעשות כן בטרם נמכר הנכס לקונה תם לב. מאידך גיסא, תחת הכלל החלופי, אם הנכס נגנב והבעלים מצליח לאתרו, אין לקונה סיכוי שלא לאבד את זכותו. אם נניח כי $p_1 = p_2$, הרי שהעדפת הקונה תביא להקטנת הסיכון לו הוא חשוף, ולהעלאת המחיר אותו יהיה מוכן לשלם בעד הנכס.

משום כך, הבחירה בכלל התחרות עשויה להשפיע על סחירותה של זכות הבעלות: תחת הכלל המקנה עדיפות לקונה אין המסחר מושפע מקיומו של הסיכון לגניבת הנכס. כאשר יעיל שהבעלות תעבור מן הבעלים לקונה, כלומר כאשר $V_s < V_b$, כך אכן יקרה, הגם שהצדדים חשופים לסיכון. די בכך ששני הצדדים מעריכים בצורה דומה את ערכי ההסתברות שהנכס ייגנב מהם בעתיד וימכר לקונה תם לב בטרם יהיה בידם לאתרו, כדי שהשווי עבור כל אחד מהם יופחת בשיעור דומה. מאידך גיסא, תחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים המקורי, עסקאות יעילות עלולות שלא להתבצע, שכן שווי הבעלות לקונה מופחת. בפרט, תוצאה בלתי רצויה זו של הימנעות מביצוע עסקה יעילה תתרחש כאשר $(1-p_1)V_b < V_s < V_b$. כלומר, תוצאה זו צפויה להתרחש כאשר הסיכון לו חשוף הקונה גבוה באופן יחסי לשווי של הנכס, או כאשר ההפרש בין שווי הנכס לקונה לבין השווי לבעלים אינו רב באופן יחסי.

לכן, העדפת הקונה אכן מביאה ל"תיקון השוק", במובן זה שהיא עשויה להביא להסרת מכשולים על המסחר. עם זאת, אין די בתוצאה זו כדי להצדיק את העדפתו של כלל זה, אף לא במסגרת הנדונה בחלק זה, שאינה לוקחת בחשבון השפעה אפשרית של הכלל שנבחר על שיעורו של הסיכון.

כזכור, אמת המידה להשוואה בין הכללים הנה שוויה של זכות הבעלות. הצדדים יכולים לסחור ביניהם, ולפיכך הצד אשר צפוי להפיק מן הנכס תועלת גבוהה יותר – תוך התחשבות בהפחתה הנדרשת עקב הסיכון – צפוי להיות זה אשר יזכה בנכס בעקבות המסחר. אסמן ערך זה כ- $V^{o.o}$. תחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים המקורי, וכ- $V^{b.f}$ תחת הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב.⁴⁶

אם $V_b < V_s$, אין צפוי מסחר, ללא קשר לכלל שייבחר. במקרה זה, מוטב לתת

46 בהתאם לטבלה שהובאה לעיל, ערכים אלה הם כדלקמן: $V^{o.o} = \argmax \{V_s, (1-p_1)V_b\}$; ואילו $V^{b.f} = \argmax \{(1-p_2)V_s, (1-p_2)V_b\}$. תחת הכלל בו מועדף הקונה,

עדיפות לבעלים המקורי, שכן תחת כלל זה שווי הנכס לבעלים המקורי — V_s — גבוה מן השווי תחת הכלל החלופי — $(1-p_2s)V_s$.
 גם אם $V_b > V_s$, אין זה הכרחי כי מוטב להעדיף את הקונה תם הלב: אלמלא הסיכון, צפוי היה מסחר. אולם, בהינתן הסיכון, אין זה ברור תחת איזה כלל תוחלת שווי הנכס גבוהה יותר. העדפת הקונה תם הלב תאפשר לו לרכוש את הנכס (שהרי תחת כלל זה, שווי הנכס לשני הצדדים מופחת באופן זהה, כפי שראינו לעיל). תוחלת שווי הנכס (לקונה) היא לכן $(1-p_2s)V_b$. מאידך גיסא, העדפת הבעלים המקורי עשויה להביא לאחת משתי תוצאות אפשריות: אם תוחלת השווי לקונה גבוהה מן השווי למוכר למרות הסיכון לו חשופה הקונה, הקונה צפוי לרכוש את הנכס, ואז שווי הבעלות עבורו הוא $(1-p_1)V_b$. אם $p_2s < p_1$, ערך זה נמוך מן הערך אותו היה הקונה צפוי להפיק לו הכלל שהיה מיושם היה זה החלופי. לכן, עבור ערכים אלה, מוטב להעדיף את הקונה. אולם, אם תוחלת השווי לקונה נמוכה מן השווי למוכר, עקב הסיכון בו רק על הקונה לשאת, העסקה לא תבוצע, והשווי לבעלים יהיה V_s . ערך זה עשוי להיות גבוה או נמוך משווי הבעלות לקונה. לפיכך, תחת ההנחות הנוכחיות, התוצאה היא כדלקמן:

(1) אם $V_b < V_s$ (אין מסחר), אזי $Vo.o. = V_s$ ו- $Vb.f. = (1-p_2s)V_s$ ולכן $Vo.o. > Vb.f.$ (מוטב להעדיף את הבעלים המקורי).

(2) אם $V_b > V_s$, אזי $Vb.f. = (1-p_2s)V_b$ (יש מסחר אם ניתנת עדיפות לקונה תם הלב), ויש שתי אפשרויות:

א) אם $V_b > V_s > (1-p_1)V_b$, אזי $Vo.o. = V_s$ (אין מסחר), וייתכנו שני מצבים:

(1) אם $(1-p_2s)V_b < V_s$, אזי $Vo.o. > Vb.f.$ (מוטב להעדיף את הבעלים המקורי).

(2) אם $(1-p_2s)V_b > V_s$, אזי $Vo.o. > Vb.f.$ (מוטב להעדיף הקונה).

ב) אם $(1-p_1)V_b > V_s$, אזי $Vo.o. = (1-p_1)V_b$ (יש מסחר) ולכן $Vo.o. < Vb.f.$ (מוטב להעדיף את הקונה).

אם מתקיים מסחר, כלומר אם הצדדים מסכימים על העברת הבעלות בנכס, בהינתן הכלל המשפטי וציפיותיהם בדבר הסיכונים הרלוונטיים, הכלל הרצוי מבחינה חברתית הוא זה הנותן עדיפות לקונה (בהנחה ש- $p_2s < p_1$). במילים אחרות, אם צפוי כי גם אם יועדף הבעלים המקורי עדיין כדאי לקונה לרכוש את הבעלות בנכס, אזי מוטב, מלכתחילה, להעדיף את הקונה, ובכך להגדיל את הרווחה החברתית. אם הצדדים בוחרים שלא לבצע עסקה ללא קשר לכלל שנבחר, מוטב להעדיף את הבעלים המקורי, אשר נותר הבעלים של הנכס, בהיעדר עסקה בין הצדדים; ואילו אם הצדדים יבחרו לבצע עסקה אם תינתן עדיפות לקונה, אך יימנעו מכך תחת הכלל ההפוך, תוכנו של הכלל האופטימלי תלוי בערכי הפרמטרים. התוצאה היא כי בלא להניח הנחות ביחס לערכי הפרמטרים השונים — וקשה לראות כיצד ניתן לעשות כן באופן סביר — לא ניתן לקבוע מהו הכלל העדיף

מבחינה חברתית. בפרט, העובדה שהעדפתו של הקונה צפויה להביא לכך שבכל מקרה בו היו הצדדים בוחרים להעביר את הבעלות לקונה, כך יקרה גם אם הם חשופים לסיכונים שתוארו, אין משמעה כי זהו הכלל העדיף מבחינה חברתית. העדפת הקונה מביאה להפחתה – אם כי לא לביטול – של הסיכון לו חשוף הקונה. ברור לכן כי מצבו של הקונה טוב יותר תחת הכלל המקנה לו עדיפות. במובן זה, אם הבטחה של סחירותו של הנכס היא בעלת חשיבות מרכזית ביחס לסוג מסוים של נכסים, יש אכן מקום לתת עדיפות לקונה (בהתעלם כאמור מן ההשפעה האפשרית על שיעורו של הסיכון עצמו, עקב בחירה זו). זהו הסבר אפשרי לבחירה האוניברסלית במתן עדיפות לקונה תם הלב של שטרות ומסמכים סחירים אחרים⁴⁷. אולם, מצבו של הבעלים המקורי אינו בהכרח טוב יותר כאשר הוא זה הזוכה בעדיפות: כאשר מועדף הקונה, יכול הבעלים המקורי לקבל בתמורה לזכויות הבעלות שברשותו מחיר גבוה יותר מזה אותו יכל לקבל תחת הכלל החלופי. כלומר, כאשר העדיפות ניתנת לקונה, הבעלים "משלם" פרמיה (המתבטאת בהפחתת שווייה של זכות הבעלות, כל עוד זו ברשותו), כדי להבטיח לעצמו את האפשרות למכור את זכות הבעלות תמורת שווי גבוה יותר. כדי לקבוע האם הדבר כדאי, יש להעריך את שיעורן של העלות והתועלת הכרוכות כך.

העלות בה נושא הבעלים – דהיינו: הירידה בתועלת עקב המעבר מכלל המקנה לו עדיפות, לכלל החלופי – היא השיעור $p \cdot s$ מתוך הערך V_s (אני מניח כעת, לשם פשטות, כי $p_1 = p_2$ ומסמן את שניהם כ- p). התועלת היא התוספת של $p(I-s)V_b$ למחיר המרבי לו יכול הבעלים לצפות לקבל מן הקונה⁴⁸. לכן הבעלים המקורי יבחר את הכלל המקנה עדיפות לקונה (וכאמור, לקונה ממילא מוטב שזה יהיה הכלל, בהינתן ש- $p_1 = p_2$), רק כאשר $p(I-s)V_b > p \cdot s \cdot V_s$ כלומר, כאשר $V_b/V_s > s/(I-s)$.

הבעלים יוכל למכור את הנכס רק לקונה אשר שווי זכויות הבעלות עבורו (בהתעלם מן הסיכון) V_b , גבוה מן השווי לבעלים V_s . לפיכך, הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב הוא הרצוי, אם (אך לא רק אם) $s < I-s$. כלומר: העדפת הקונה היא רצויה אם, בהינתן שהנכס נגנב, סביר יותר שניתן יהיה לאתר אותו ולהוכיח את הבעלות המקורית עליו בטרם רכישתו על ידי קונה תם לב, מאשר שניתן יהיה לעשות זאת רק לאחר שקונה תם לב רכש את הנכס. האינטואיציה העומדת מאחורי תוצאה זו היא כדלקמן: בהתקיים התנאי האמור, קיים סיכוי גבוה יותר שאם הנכס ייגנב ניתן יהיה להשיבו לרשות הבעלים המקורי שלו, גם אם לא תינתן עדיפות לבעלים המקורי, משום שרוב הסיכויים הם שקונה תם לב לא ייכנס לתמונה. לכן,

47 לטיעון קרוב ראו Weinberg, *supra* note 9, at p. 591.

48 זאת משום שתחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים המקורי, המחיר המרבי שיוכל הבעלים לקבל הוא $(I-p)v_b$, ואילו כאשר ניתנת עדיפות לקונה, המחיר הוא $(I-p-s)v_b$ החלק מתוספת זו אותה יכול לקבל הבעלים תלוי כמובן בתוצאות המיקוח בינו לבין הקונה. כיוון שהבחינה הרלוונטית היא מנקודת המבט של החברה בכללה, יש לקחת בחשבון את מלוא שיעורה של תוספת זו, שהרי היא מבטאת את התוספת בשווי הנכס שהוא מועדף על ידי הקונה.

העלות הצפויה של העדפת הקונה תם הלב אינה גבוהה בהינתן ערכים אלה של ההסתברויות. גם מבחינת הקונה, כאשר ההסתברות שקונה תם לב אחר ייכנס לתמונה אחריו (אם הנכס ייגנב ממנו) היא נמוכה, העלות של העדפת הקונה אינה גבוהה. כלומר, העלות הכוללת של העדפת הקונה נמצאת ביחס ישר לערכה של ההסתברות s . מאידך גיסא, העדפת הקונה צפויה להניב תועלת (בהינתן ההנחה שהעברת הבעלות אל הקונה היא יעילה) אשר אינה תלויה בערכי ההסתברות s . התוצאה היא אם כן יחס הפוך בין ההסתברות המותנית שקונה תם לב ירכוש את הנכס, בהינתן שהנכס נגנב אך ניתן לאתרו, לבין השינוי ברווחה החברתית כתוצאה מהעדפת הקונה: ככל שהסתברות זו נמוכה יותר, רב הסיכוי שתהא עליה ברווחה החברתית כתוצאה ממעבר לכלל מכוחו מועדף הקונה.

2. הכללה של ניתוח ההשפעה של כללי התחרות על שוויה של זכות הבעלות כלל התחרות המוחל משפיע על שוויה של זכות הבעלות בשני אופנים: האחד, השפעתו של הכלל על סחירותה של הזכאות; והשני, השפעתו של הכלל על שיעורו של הסיכון הרלוונטי. בדיון שהובא לעיל התבססה ההשוואה על הגורם הראשון בלבד. כדי להכליל את הניתוח, תוך הוספתו של הגורם השני, נדרש להעריך מהי השפעתו של כל אחד מן הכללים על הסיכון הרלוונטי. בפרק ג' לעיל ראינו כי העדפה מותנית של הקונה עשויה להביא להפחתת הסיכון של היווצרות תחרות לרמתו הרצויה מבחינה חברתית. עם זאת, עצם ההשקעה (הסבירה) של הקונה בהשגת המידע אינה צפויה להסיר באופן מלא, כך אני מניח, את אי-הוודאות באשר לזכויותיו של המוכר. לפיכך, יש לקחת בחשבון גם את ההשפעה של הכלל שנבחר על התמריץ של הבעלים לנקוט באמצעי זהירות מתאימים. כמו כן, עצם ההשקעה בהשגת מידע לה עשוי להידרש הקונה בכוח טומנת בחובה עלות, העלולה להביא למניעת ביצוען של עסקאות יעילות.

אפתח בהתייחסות קצרה באשר להשפעת ההסדר המשפטי על תמריץ הבעלים לנקוט באמצעי הזהירות: שיעור ביצוע הגניבות תלוי, בין היתר, באמצעי הזהירות בהם ינקטו הקורבנות בכוח, קרי בעלי הנכסים והקונים בכוח של נכסים העלולים להתברר כגנובים. הבעלים עשויים לנקוט בפעולות שתכליתן להקשות על ביצוע הגניבה מלכתחילה, בעיקר שמירה על הנכס; ובפעולות אשר נועדו להקשות על מכירת הנכס לקונה תם לב, כגון הטבעה של סימון אישי על הנכס, פרסום דבר הגניבה ברבים וכדומה. השאלה היא מהו השינוי הצפוי בהתנהגותו של הבעלים כתוצאה מהחלתו של כל אחד מן הכללים. בהקשר זה הועלו בספרות שני טיעונים עיקריים: מצד אחד נטען כי כאשר ניתנת עדיפות לקונה תם לב, הבעלים חשוף לסיכון גבוה יותר של אבדן הנכס, ולפיכך, גדל התמריץ שלו להשקיע משאבים להגנה עליו. כלומר, לפי טענה זו, הטלת הסיכון על הבעלים צפויה להקטין את שיעור ביצוען של עסקאות ברכוש הזולת⁴⁹. מצד שני נטען

גם כי כאשר הבעלים המקורי זוכה לעדיפות, חשופים הגנבים למאמצי חיפוש אינטנסיביים יותר של הבעלים (שכן אז די בכך שימצאו את הנכס כדי שיוכלו לזכות בו). לכן, הסיכון לו חשופים הגנבים כי ייתפסו הוא גבוה יותר ומכאן שקטן התמריץ שלהם לגנוב.⁵⁰

לשם פישוט הדיון אתעלם מהשפעתה של הבחירה בכלל המשפטי על התנהגותו של הבעלים של הנכס. ניתן להצדיק זאת בכך שהבעלים נותר חשוף לחלק ניכר מן הסיכון גם כאשר הקונה נושא בסיכון הרלוונטי, היינו כאשר ניתנת עדיפות לבעלים המקורי, וזאת בשל האפשרות שהבעלים לא יצליח למצוא כלל את הנכס. רוב אמצעי הזהירות בהם יכול הבעלים לנקוט כדי למנוע גניבות אינם כאלה המותאמים במיוחד כדי להתמודד עם הסיכון הנדון כאן, של רכישת הנכס על ידי קונה תם לב⁵¹. כך ניתן גם להסביר את העובדה שבעוד שמן הקונה נדרש לנקוט באמצעי זהירות נאותים כדי לזכות בעדיפות (תנאי תקנת השוק למשל), הרי שכאשר מוענקת עדיפות לבעלים, אין הדבר מותנה בהיעדר רשלנות מצדו. ההנחה היא כי לבעלים תמריץ נאות לנקוט באמצעי זהירות מתאימים.⁵²

הניתוח יתמקד לפיכך בהשפעת הכלל שנבחר על התנהגות הקונה. הכוונת הקונה לנקוט באמצעי זהירות סבירים – באמצעות התנית העדיפות המוקנית לו בהפעלתם של אמצעים אלה – עשויה להקטין את התמריץ לגנוב, מתוך ציפייה לקשיים במכירת הנכסים הגנובים. עם זאת, מחירה של גישה שכזו בפגיעה בסחירות של הנכס, בשל ההכרח להשקיע משאבים כתנאי לרכישת העדיפות.⁵³ השאלה היא באילו תנאים הנשיאה בעלות זו, הפוגעת בסחירותה של הזכאות, היא כדאית. נשווה בהקשר זה בין שלושה הסדרים: העדפת הקונה תם הלב, תוך הסתפקות בהיעדר מודעות לפגם בזכויותיו של המוכר (תום לב סובייקטיבי); העדפת הקונה תם הלב, תוך הוספת דרישות אובייקטיביות (תום לב אובייקטיבי); והעדפת הבעלים המקורי.

כזכור, המצבים האפשריים השונים, וההסתברות להתרחשות כל אחד מהם, הם כדלקמן:

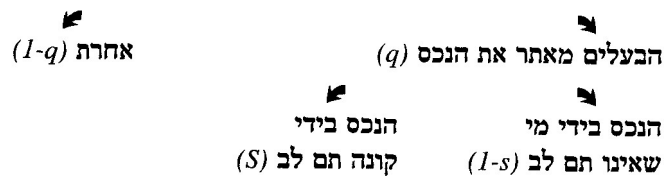
⁵⁰ Ibid, at pp. 582–580.

⁵¹ לגישה דומה ראו Schwartz & Scott, *supra* note 33, at p. 495: "The owners... are unaffected by any legal rule that allocates property rights to stolen goods, since the resources these owners invest in reducing or insuring against theft are determined principally by the value of the risk of losing the goods and not by this value less the potential benefits of recovery".

⁵² מאידך גיסא, כאשר המדובר בסיכון שאינו מגניבה אלא מהתנהגות אחרת של המוכר, עמו בא הבעלים במגע, כמו שלוח, נאמן, קונה שהפר את התחייבותו וכדומה, הבעלים יכול להשפיע על ההסתברות שניתן יהיה להיפרע מן המוכר, אם כך יידרש.

⁵³ Gilmore, *supra* note 2, at p. 1057: "[The good faith purchaser] is protected not because of his praiseworthy character, but to the end that commercial transactions may be engaged in without elaborate investigation of property rights and in reliance on the possession of property by one who prefers it for sale".

הנכס נגנב (t)



כדי להשוות בין הכללים השונים נניח כי ההסדר המשפטי המוחל משפיע על שיעור הגניבות דרך השפעתו על רמת הזהירות בה יבחר הקונה. נניח כי תחת הכלל המקנה עדיפות מותנית לקונה, הקונה בוחר למלא אחר התנאים הדרושים (למשל, תנאי תקנת השוק); וכי הגנבים בכוח צופים שכך ינהגו הקונים. משום כך, קטנה ההסתברות שהעסקה הספציפית תהא בלתי כשרה, וקטנה גם ההסתברות הכללית של גניבות. כמו כן, כאשר מוטל על הקונה לנקוט אמצעי זהירות סבירים, ניתן להניח כי שיעור המקרים בהם יירכש הנכס בידי קונה תם לב יהיה נמוך יותר, שכן בלפחות חלק מן המקרים יביאו אמצעי הזהירות שיינקטו לגילוי הפגם בזכויותיו של המוכר. לבסוף, נניח כי ההסתברות שהנכס המוצע לקונה הוא גנוב (t_1) שווה להסתברות של גניבת הנכס בעתיד (t_2)⁵⁴.

בהתאם, אגדיר שלוש רמות של סיכון לגניבה: הרמה הנמוכה ביותר, הצפויה כאשר הכלל המיושם הוא מתן הערפת הקונה המותנית בנקיטה ברמת הזהירות האופטימלית מבחינה חברתית (תום לב אובייקטיבי). אסמן רמה זו של ההסתברות לגניבה t_L ואת היקף ההשקעה באמצעי הזהירות על ידי הקונה כ- x_T ; רמת הביניים, הצפויה תחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים המקורי. כפי שראינו בפרק ג' לעיל, הקונה צפוי לנקוט במקרה כזה ברמת זהירות x_b , הנמוכה מזו האופטימלית מבחינה חברתית. לפיכך, אסמן רמה זו של ההסתברות לגניבה כ- t_M , כאשר $t_L < t_M$; וההסתברות הגבוהה ביותר של גניבות, הצפויה כאשר די בכך שהקונה פעל, באופן סובייקטיבי, בתום לב, כדי להקנות לו עדיפות על פני הבעלים המקורי. אסמן רמה זו (המתאימה למצב בו הקונה נמנע מלהשקיע באמצעי זהירות) כ- t_H . אסמן גם את ההסתברות שהבעלים המקורי יאתר את הנכס רק לאחר שכבר נרכש על ידי קונה תם לב כ- s_H , כאשר הכלל הוא עדיפות לקונה אם זה פעל, סובייקטיבית, בתום לב (שם קל יותר למלא אחר התנאי לעדיפות); וכ- s_L ($s_H > s_L$) כאשר הקונה זוכה בעדיפות רק אם נקט באמצעי זהירות "סבירים". לשם פשטות, אני מניח כי ההסתברות שהבעלים יצליח לאתר את הנכס, q , היא אחידה בכל שלושת הכללים.

כאן, כאשר הסיכון לגניבה אינו קבוע עוד, שווי הנכס מופחת בהתאם למלוא הסיכון. לכן, לדוגמא, כאשר מוקנית עדיפות לבעלים המקורי, הקונה חשוף הן

54. ההצדקה להנחה זו נעוצה בממצאים אמפיריים, לפיהם רוב הנכסים הגנובים מוצעים לאחר מכן למכירה. ראו, למשל, Weinberg, *supra* note 9, at p. 573.

לסיכון של רכישת נכס גנוב אשר יילקח ממנו על ידי בעליו המקורי (בהסתברות של $(1-q)$), והן לסיכון של אבדן הנכס כבעלים לעתיד (בהסתברות של $(1-q)$). הערכים הרלוונטיים לצדדים תחת כל אחד מן הכללים מסוממים בטבלה הבאה:

שווי לבעלים	שווי לקונה	
$[1-t_M(1-q)]V_s$	$[1-t_M]V_b-x_b$	עדיפות לבעלים המקורי
$[1-t_H(1-q(1-s_H)))]V_s$	$[1-t_H(1-q(1-s_H)))]V_b$	עדיפות לקונה שפעל סובייקטיבית בתום לב
$[1-t_L(1-q(1-s_L)))]V_s$	$[1-t_L(1-q(1-s_L)))]V_b-X_T$	עדיפות לקונה שפעל אובייקטיבית בתום לב

השאלה היא מהו הכלל אשר בו שווי הבעלות הוא המרבי. באופן כללי ניתן לומר כי בפנינו התחלופה הבאה: השגתו של שיעור גניבות נמוך יותר, באמצעות הכוונת הקונה לנקוט באמצעי זהירות אופטימליים, באה במחיר של פגיעה אפשרית בסחירותו של הנכס, עקב הגדלת העלות הכרוכה בביצוע הרכישה על ידי הקונה. בהתאם, הגדלת סחירותו של הנכס באה במחיר עליה בשיעור הגניבות. גם כאן, בדומה לדיון בחלק הראשון, אין כלל דומיננטי.

ראשית, נבחן את התוצאה כאשר $V_b < V_s$: במצב זה, אין מסחר בכל מקרה. תחת כל אחד משלושת הכללים הבעלים יעדיף שלא למכור את הנכס לקונה. במקרה כזה הסתפקות בדרישת תום לב סובייקטיבי כדי לתת להעדיף את הקונה אינה רצויה; והיא תניב שיעור גניבות גבוה, ללא יתרון בקידום המסחר. תוחלת השווי של זכות הבעלות לבעלים המקורי במקרה זה היא הנמוכה ביותר. הקביעה איזה מבין שני הכללים האחרים הוא העדיף תלויה בערכי הפרמטרים. בפרט, מוטב להעדיף את הקונה (שפעל אובייקטיבית בתום לב) אם: $[1-t_L(1-q(1-s_L)))]V_s > [1-t_M(1-q)]V_s$. כלומר, כאשר, $t_M/t_L > [1-q(1-s_L)]/(1-q)$. שני צדדיו של אי-השוויון גדולים מאחד (שכן $t_M > t_L$ וכן $[1-q(1-s_L)] > (1-q)$), ואין כלל דומיננטי. בתת הפרק הקודם, במקרה שבו אין מסחר בוכרה העדפת הבעלים המקורי, שהרי הכלל האחר היטיב עם הקונה רק כאשר בוצעה עסקה. כאן, לעומת זאת, נלקחה בחשבון שבהעדפת הקונה הנובעת מהפחתת היקף הנובעת מהסדר זה. לכן, לא ניתן לקבוע באופן חד-משמעי מהו ההסדר הרצוי, ויש לאזן בין שני שיקולים: העדפת הקונה מביאה להקטנת היקף הגניבות. השפעה זו מוליכה להגדלת השווי של זכות הבעלות. אולם, תחת כלל זה גדול יותר שיעור המקרים בהם יוותר הנכס ברשות הקונה. כלומר, "מחירה" של הקטנת שיעור הגניבות בהגדלה של שיעור המקרים בהם יעבור הנכס לבעלותו של קונה, הצפוי להפיק ממנו תועלת נמוכה יותר מן התועלת אותה צפוי היה להפיק הבעלים המקורי. העדפת הבעלים המקורי תביא לתוצאה הפוכה. לפיכך, העדפתו של הקונה מוצדקת אם שיעור ההפחתה של היקף

הגניבות גבוה משיעור העלייה בהיקף המקרים בהם לא יוכל הבעלים המקורי לקבל את הנכס חזרה לידי.

אם קיומו של מסחר הוא התוצאה היעילה, כך $V_b > V_s$, העדפת הבעלים המקורי עלולה לגרום לכך שעסקאות יעילות לא יבוצעו. עם זאת, תוצאה דומה עשויה להתרחש גם כאשר הכלל הוא עדיפות לקונה שפעל, אובייקטיבית, בתום לב, בשל העלות של אמצעי הזהירות בהם נדרש הקונה לנקוט כדי לזכות בעדיפות. הכלל המבטיח כי כל העסקאות היעילות אכן יבוצעו הוא זה המקנה עדיפות לקונה שפעל, סובייקטיבית, בתום לב. אולם, בדומה לדיון שהובא לעיל, אין משמעות הדבר בהכרח כי הכלל האחרון הוא הרצוי מבחינה חברתית. השווי לקונה כאשר די בתום לב סובייקטיבי כדי לזכות בעדיפות (ולכן $x = 0$), עשוי להיות גבוה או נמוך מאשר תחת הכלל המתנה את העדפתו של הקונה בהשקעה סבירה באמצעי זהירות. בפרט, אם יש מסחר תחת שני הכללים, הוספת דרישות אובייקטיביות כתנאי להעדפת הקונה היא הרצויה בהשוואה להסתפקות בקיומו של תום לב מבחינה סובייקטיבית, אם: $[1 - t_L(1 - q)(1 - s_L)]V_b - x_T > [1 - t_H(1 - q)(1 - s_H)]V_b$ או, $(1 - q)(t_H - t_L) + q(s_H t_H - s_L t_L) > x_T/V_b$, ואי-השוויון עשוי להתקיים, דהיינו, הדרישה לעמידה בתנאי תקנת השוק עשויה להיות עדיפה, אולם זאת רק עבור ערכים מסוימים של הפרמטרים.

התוצאה היא אם כן כי אין כלל אחד אותו ניתן להגדיר כמיטבי בכל מקרה. בחינה צרה של הדברים (כגון התמקדות בהשפעה על שיעור הגניבות) עשויה להצביע על כלל עדיף (דרישת עמידה בתנאי תקנת השוק במקרה האמור). אולם, בחינה רחבה יותר מלמדת כי לא ניתן לקבוע מהו הכלל העדיף בכל המקרים.

3. הערות ומגבלות הניתוח

לפני סיכום הדברים, אני מבקש להעיר מספר הערות. הראשונה היא ביחס לאפשרות לרכוש "ביטוח בעלות", המספק לקונה הגנה מפני הסיכון של אבדן הנכס לבעלים המקורי ולאפשרות התגברות על כשל השוק הצפוי בלא התערבות חיצונית. בשוק ישנם שני סוגים של מוכרים: מוכרים "מורשים", המציעים את הנכס למכירה בהסכמתו של הבעלים; ומוכרים "לא מורשים". למעשה, שני סוגי המוכרים מציעים לקונה "ביטוח בעלות" (וזאת מכוח הוראות הדין בעניין). כך, אם יתברר כי המכירה לא הייתה בהסכמתו של הבעלים, יוכל הקונה לקבל את כספו בחזרה. אולם, אם המוכר הבלתי מורשה הוא חדל פירעון, כפי שאני מניח כאן, אין משמעות לביטוח בעלות זה. אכן, מוכר מורשה עשוי לנסות ולאותת לקונה כי הביטוח שהוא מציע הנו אמין, וזאת כדי לקבל מחיר גבוה יותר בעד הנכס המוצע למכירה. דרך אפשרית כזו היא באמצעות הצעת ביטוח בעלות, בגיבוי התחייבות של צד שלישי כלשהו, הזוכה לאמון הקונה (חברת ביטוח). אולם, הנחת היסוד היא, שאיש מלבד הבעלים המקורי אינו יכול לדעת בוודאות (או שאין זה כדאי להשקיע את המשאבים הדרושים כדי לברר) האמנם המדובר במכירה "מורשית". ההנחה היא כי הקונה חשוף לסיכון שהמוכר אינו מציע את

הנכס למכירה בהסכמת בעליו של הנכס, גם אם הקונה נוקט בכל האמצעים הסבירים כדי לוודא זאת. לפיכך, גם צד שלישי, דוגמת המבטח, יהיה חשוף לסיכון כאמור, וידרוש לכן פרמיה כדי לקבל עליו סיכון זה. הפרמיה תהיה לפחות בערך אשר קונה אדיש לסיכון יפחית בו את שווי הנכס. לפיכך, כאשר הדין מקנה עדיפות לבעלים המקורי, מוכר "מורשה", אשר ישאף לאותת על עצמו ככזה באמצעות הצעת לספק ביטוח בעלות, יאלץ לדרוש בעד הנכס מחיר השווה לשווי הנכס עבורו, V_s , בתוספת פרמיית הביטוח. לכן, הבעיה שנדונה לעיל, בדבר מכשול לביצוע עסקאות יעילות כאשר מוענקת עדיפות לבעלים המקורי, נותרת על כנה.

ההערה השניה היא באשר לגורם סיכון אפשרי נוסף: הדיון המובא כאן מתמקד בהשפעה של הכללים על הקונה ועל הבעלים המקורי, היינו, הגורם אשר אינו חשוף, מכוח הגדרתו ככזה, לסיכון כי יאבד את זכויות הבעלות בנכס לבעלים מוקדם יותר. אכן, ה"בעלים" של הנכס עשוי, הוא עצמו, להיות חשוף לסיכון שהנכס נרכש בתקופה קודמת ממי שלא היה רשאי למכרו, ולכן בעלים מקורי כלשהו עלול לתבוע את זכותו בנכס⁵⁵. יסוד זה של הסיכון אינו נלקח בחשבון בניתוח המובא כאן. מבחינתו של המחזיק בנכס שאינו בעליו המקורי הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב צפוי להיות זה הרצוי, בדומה בעניין זה לקונה תם הלב. עם זאת, הכללת מרכיב זה אינה צפויה לשנות את תוצאות הניתוח.

שלישית, לאורך הדיון הנחתי כי הסיכון שלא ניתן יהיה להיפרע מן המוכר-הגנב הוא גורם קבוע. למעשה, ניתן לצפות כי הצדדים – בעיקר הקונה – יכולים בהתנהגותם להשפיע על הסיכון שהצד אשר יפסיד בתחרות יוכל להיפרע מן הצד השלישי, באמצעות בחירה נאותה של המוכר (כגון באמצעות רכישה בעסק מוכר וידוע, בירור פרטיו של המוכר וכדומה)⁵⁶. ההנחה שמדובר בגורם קבוע מבוססת על הטענה שתחת כל אחד מן ההסדרים המשפטיים לקונה יש תמריץ מספיק להקטין את הסיכון האמור. בחירתו של המוכר ממנו ירכוש הקונה את הזכות צפויה להיות אופטימלית, או קרובה לכך, בין משום שהקונה מפנים את עלותו של הסיכון האמור (כאשר ההסדר המשפטי מקנה עדיפות לבעלים המקורי), ובין משום שהעדפתו של הקונה מותנית בבחירה אופטימלית כאמור (כאשר זהו הדין)⁵⁷.

55 כלומר, בצד הסיכון של גניבת הנכס בעתיד, חשופים הן הבעלים והן הקונה לסיכון של אבדן הנכס לבעלים קודם. אם הבעלים הנוכחי לא ייצר את הנכס בעצמו, או אם אינו יודע בוודאות כי הנכס לא נרכש בעבר שלא כדין, חלק זה של הסיכון נראה רלוונטי. תחת הכלל המקנה עדיפות לבעלים המקורי, הן המחזיק והן הקונה חשופים לסיכון זה, ואילו תחת הכלל המקנה עדיפות לקונה תם הלב, שניהם מוגנים מפני הסיכון האמור.

56 גם לבעלים עשויה להיות השפעה על סיכון זה, ככל שהדברים אמורים בנטילת זכותו שלא על ידי גנב זר, אלא על ידי שליח או נאמן אשר הפרו את חובותיהם כלפי הבעלים, וכדומה; או על ידי פרסום דבר הגניבה, למשל בדרך המפורטת לעיל בהערה 7.

57 האפשרות השניה מודגמת על ידי תקנת השוק. החזקה היא כי רכישה בתנאים משקפת מאמץ סביר להפחתת הסיכון שלא ניתן יהיה לחזור אל המוכר ולהיפרע ממנו, אם יתברר כי פעל שלא כדין. מאידך גיסא, כאשר די בתום ליבו הסובייקטיבי של הקונה כדי להקנות לו עדיפות,

מעבר לכך, כדי שלרמת הזהירות בה נוקט הקונה תהא השפעה על ההסתברות שהבעלים יוכל למצוא את הנכס שנגנב ממנו, יש להניח כי קונה אשר מגלה פגם בזכויותיו של המוכר בנכס המוצע לו למכירה ידווח על כך. אולם, לקונה אין בדרך כלל תמריץ לעשות כן, ולפיכך העדפתי להשאיר השפעה אפשרית זו מחוץ למסגרת הניתוח⁵⁸. מובן גם כי להפחתת שיעור הגניבות יש השפעות לוואי נוספות, אשר אף הן, כאמור לעיל, אינן נלקחות כאן בחשבון.

1. סיכום

הערפת הקונה נכס בתום לב ובתמורה על פני הבעלים המקורי, גם אם הנכס נרכש ממי שלא היה רשאי למכרו, מבטאת כלל בעל מקורות עתיקים⁵⁹. ההנחה ביישומה הייתה כי יתרונותיו גדולים מעלותיו. יתר על כן, נטען כי יישומה של תקנת השוק לפני זמן כה רב מעיד על היותה פתרון הכרחי. עם זאת, נכונותה של גישה זו אינה ברורה מאליה⁶⁰, והעובדה ששיטות משפטיות רבות בחרו שלא לאמצה, עשויה להעיד על כך⁶¹. תוצאת הניתוח שהובא לעיל, לפיה לא ניתן לקבוע באופן ברור מהו ההסדר האופטימלי, עשויה לסביר את מגוון הכללים בנושא בשיטות משפט שונות⁶².

Fuller הסתמך על קורותיו של ההסדר המשפטי בסוגיה הנדונה כאן כדוגמה

ההנחה האמורה היא בעלת משמעות, שכן אין היא לוקחת בחשבון את העיוות האפשרי בהתנהגותו של הקונה ביחס לצורך לקחת בחשבון את אפשרות החזרה אל המוכר במקרה של פגם בזכותו להעביר את הבעלות.

58 לניתוח כלכלי של הדין הראוי ביחס לחובת השבת אבדה ומתן תמריצים לחפש אחר נכס שאבד ראו W.M. Landes & R.A. Posner "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism" 7 *J. of Legal Stud.* (1978) 83; D. Lueck "The Rule of First Possession and the Design of the Law" 38 *J. of L. and Econ.* (1995) 393.

59 Murray, *supra* note 2, at p. 25: "There are few legal concepts which have had a more ancient origin than the notion that the bona fide purchaser of chattels... should be protected in some manner if it is subsequently appears that what he purchased was stolen from or lost by the owner".

60 J.B. Waite "Caveat Emptor and the Judicial Process" 25 *Colum. L. Rev.* (1925) 129, 149: "[Whereas the selection of the legal rule in this matter is] of immense and most important economic effect... the original decision... were probably intuitive expressions of a common attitude and belief. They must have met and satisfied the needs of the time and place. Possibly, so defined was the common attitude, that any explanation the decision would have seemed superfluous".

61 כך, למשל, נטען, כי העובדה שכלל דוגמת תקנת השוק לגבי נכסים גנובים לא אומץ בארצות-הברית מלמדת כי אין זה יעיל לעשות כן. ראו Weinberg, *supra* note 9, at p. 586: "The... rule of stolen-goods' nonnegotiability is efficient [since] it has survived in the United States for over two hundred years"

62 ראו בעניין זה Levmore, *supra* note 2, at pp. 45, 65.

להתפתחותו של המשפט המקובל ממקרה למקרה⁶³. עם זאת, השאלה האם בחירת הכלל המשפטי אכן משקפת בחירה "רציונלית", על יסוד שיקולים מורכבים של התוצאה המועדפת מבחינה חברתית, נותרת פתוחה⁶⁴.

הניתוח שהובא כאן התבסס על שיקולי יעילות בלבד, שעניינם הערכה כיצד צפויים הכללים השונים להשפיע על התנהגותם של הצדדים. כלומר, על פי הגישה שיושמה כאן, האינטרסים הראויים להגנה הם אלה אשר מועילים לקידום הרווחה החברתית הכוללת. כפי שראינו, שיקולים מסוג זה עשויים להצדיק את ההכרה בקיומן של זכויות בעלות בידי הקונה, אף אם המדובר בעסקה בה נמכר הנכס מידי מי שלא היו בידו זכויות כאלה כלל (כגון מי שגנב את הנכס); והם עשויים גם להצדיק את התניית הענקת זכויות הבעלות לקונה בקיום דרישות מסוימות, מעבר לאלה המוטלות, למשל, על מוצא אבידה⁶⁵. מובן עם זאת, כי גישה זו אינה היחידה האפשרית: ניתן להיעזר בשיקולי צדק המוחלים בדיעבד, בהתאם לנסיבות המקרה⁶⁶; כמו גם בשיקולי יעילות בדיעבד, שעניינם מזעור העלויות הכרוכות בהתמודדות עם הסיכון, לאחר שזה כבר התממש.

63 L.L. Fuller "The Forms and Limits of Adjudication" 92 *Harv. L. Rev.* (1978) 353, 371: "Despite the zigzag pattern which the decisions seem to present, the process illustrated is a 'rational' one... It derives from the fact that the courts engaged in this development are drawing out the necessary, or at least the reasonable, implications of a regime of private property and exchange".

64 P.S. Atiyah "Law Reform Committee: Twelfth Report" 29 *Mod. L. Rev.* (1966) 541: "Any worthwhile study of the law relating to this subject [of the purchaser of stolen good] should have started by trying to find out more basic facts ... [about] the figures relating to stolen property".

65 לטיעון לפיו, על יסוד שיקולי צדק, יש להקנות זכויות לקונה באותם תנאים בהם זוכה בזכות בעלות מוצא אבידה ראו שטרומן, לעיל, הערה 2.

66 מאידך גיסא, שיקולים של "צדק מתקן", המבוססים על הערכה מוקדמת, מהם האינטרסים הראויים להגנה, אינם מתאימים כאן. שני האינטרסים, זה של הבעלים המקורי וזה של הקונה תם הלב — הם אינטרסים לגיטימיים, ובמבט מלכתחילה, שניהם אינטרסים של הבעלים עצמו.