

## יחסי קונה מוכר וזכויות הבעלים המקורי

עופר גרוסקופף\*

### פתח דבר

סיפור המעשה שנפרס בפני בית המשפט העליון בע"א 5664/93 כנען נ' *United States of America*<sup>1</sup> הוא ללא ספק אחד מהציוריים והמרתקים שידע המשפט הישראלי בשנים האחרונות. בנוסף לשמו הסמלי של פסק הדין, אשר כולי תקווה כי אין הוא בגדר נבואת זעם בנוגע ליחסינו עם הטובה שבידידותינו, יש בפסק הדין את כל המרכיבים של מבחן טוב בדיני קניין:

גב' כנען, בעלת חנות בשוק הפשפשים ביפו, רכשה מרוכלת אחרת בשוק שתי תמונות 'קיש' תמורת 250 ש"ת. לאחר מספר ימים הבחינה, שעה שניקתה את התמונות והסירה את מסגרותיהן, בשם "ראובן" ובמדבקה של המוזיאון היהודי. הדבר עורר את חשדה, ובעקבות כך פתחה בביורורים. בדיקותיה העלו כי מדובר בתמונות מקוריות של הצייר ראובן רובין אשר שוויין כ-115,000 דולר<sup>2</sup>. התמונות אברו לאתר שהושאלו לתערוכה בארצות-הברית, והבעלות בהן הנה, לצורך הדין, של ממשלת ארצות-הברית<sup>3</sup>.

בית המשפט המחוזי קבע כי הגב' כנען איננה עומדת בתנאי תקנת השוק, וזאת

\* מרצה בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. ברצוני להודות לפרופ' נינה זלצמן, למר ברק מדינה ולפרופ' דניאל פרידמן על הערותיהם המועילות לטייטה קודמת של הערת פסיקה זו.

1 (טרם פורסם), תקדין עליון, כרך 97 (2), 567 (להלן: עניין כנען נ' U.S.A.). פסק הדין ניתן ביום ה-13.4.97. פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שניתן על ידי השופט מיכאל בן יאיר, זמן קצר טרם מונה ליועץ משפטי לממשלה, פורסם בת"א (ת"א) 339/90 *United States of America* נ' כנען, פ"מ תשנ"ד(1) 397.

2 זהו, לפחות, סכום הביטוח ששולם עבורן לאחר שאברו.

3 ממשלת ארצות-הברית הייתה המבטחת העיקרית של התמונות, ובית המשפט העליון הכיר בזכותה לעמוד בנעלי הבעלים לאחר ששילמה את דמי הביטוח. במסגרת זו אקבל החלטה זו כנתונה. לביקורת על נימוקי בית המשפט המחוזי בעניין זה ראה א' זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" משפטים כו (תשנ"ו) 359, 361-364.

בהסתמך על שלושה נימוקים שונים: ראשית, החוזה שנכרת בין הגב' כנען לבין הרוכלת היה חוזה בטל, ולא יכול היה לשמש בסיס להיווצרות תנאי תקנת השוק; שנית, לא התקיימו תנאי תקנת השוק מאחר שהגב' כנען לא רכשה את התמונה ממי שעיסוקו בממכר נכסים מסוג זה, במהלך עסקיו הרגיל; ושלישית, הגב' כנען התעשרה באופן בלתי צודק ועל כן עליה להשיב את התמונות<sup>4</sup>. לפיכך הורה בית המשפט להשיב את התמונות לממשלת ארצות-הברית. עם זאת, מטעמים שאינם ברורים די צורכם, מצא לנכון לחייב את ממשלת ארצות-הברית להשיב לגב' כנען את הכספים ששילמה תמורת התמונות (250 ש"ח)<sup>5</sup>.

בית המשפט העליון הורה אף הוא (ברוב דעות), על השבת התמונות לממשלת ארצות-הברית, אך הנמקתו שונה באופן משמעותי מזו של בית המשפט המחוזי. שופטי הרוב דוחים את הנימוק הראשון שהציג בית המשפט המחוזי (בטלות חוזה המכר)<sup>6</sup>, ובוחרים לבסס את החלטתם אך ורק על הנימוק השני של בית המשפט קמא — אי התקיימות תנאי תקנת השוק — וזאת הן מהטעם שלא ניתנה תמורה ממשית והן מהטעם שהמכירה לא הייתה "על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר". שופט המיעוט (השופט טירקל) היה בדעה שהתקיימה תקנת השוק במקרה בו עסקינן, וזאת מהטעם שאת שני היסודות הבעייתיים, אליבא דגישת הרוב, יש לבחון לפי המידע שבידי הצדדים (תמונת 'קיטש') ולא לפי מהותו האמיתית של הממכר (תמונות של ראובן). הן דעת הרוב והן דעת המיעוט מתעלמות, ובצדק, מהנימוק השלישי של בית המשפט המחוזי<sup>7</sup>. לאור הסכום הזעום בו מדובר והבנתו כי ממשלת ארצות-הברית איננה מתנגדת להשיבו לגב' כנען, נמנע בית המשפט מלהיכנס לעומק סוגיית ההשבה<sup>8</sup>.

במסגרת הערת פסיקה זו לא אוכל להתייחס למכלול השאלות הקשות והחשובות שמעלה פסק הדין<sup>9</sup>, ואף אמנע, כמעט לחלוטין, מלנקוט עמדה ביחס לגישות השונות

- 4 לביקורת על נימוקי בית המשפט המחוזי ראה שם, בע' 364–378.
- 5 לפחות בפסק הדין שפורסם אין הנמקה של ממש להחלטה להורות על השבת התמורה לגב' כנען. בבית המשפט העליון מניחה השופטת שטרסברג-כהן כי ההנמקה מבוססת על דיני עשיית עושר ולא במשפט. עם כל הכבוד, נראה כי הנימוק של עשיית עושר התייחס לחובתה של הגב' כנען להשיב את התמונות, ולא לחובת ממשלת ארצות-הברית לשלם לה את התמורה (ראה פסק הדין המחוזי, לעיל הערה 1, בע' 411, וכן זמיר, לעיל הערה 3, בע' 371–372, המצביע על חוסר הבהירות שבפסק דינו של השופט בן יאיר בעניין זה).
- 6 נימוקי בית המשפט לדחיית טעם זה יוצגו בהמשך הדברים. יצוין כי נראה שגם שופט המיעוט, ולו לאור התוצאה אליה הגיע, שותף לחלק זה של פסק הדין.
- 7 לביקורת משכנעת על נימוק זה ראה זמיר, לעיל הערה 3, בע' 371 ואילך.
- 8 השופטת שטרסברג-כהן רומזת על האפשרות להורות על השבת הסכום מכוח העובדה שהקונה סייעה להשבת אבידה לבעליה, אך איננה מרחיבה בכך (לעיל הערה 1, פסקה 27 בפסק הדין שטרם פורסם).
- 9 ניתן להצביע על שלוש שאלות מרכזיות שהמקרה מעורר: מה מעמדו של החוזה בין המוכרת לקונה (האם הוא בטל או נפסד); מהי הפרשנות הנכונה של התנאים להתקיימות תקנת השוק במיטלטלין (ובמיוחד יסוד התמורה והתנאי כי המוכר הוא "מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו

שהביעו שופטי בית המשפט העליון ביחס לפרשנות תקנת השוק<sup>10</sup>. כנגד זאת אנסה להצביע על פתרון משפטי המאפשר לנתק את הקשר הגורדי במקרים כגון אלה, ולהגיע לתוצאה ראויה מבלי להיכנס לשלל בעיות הדין והמדיניות שמעוררת פסיקת בית המשפט העליון.

### המפתח לפתרון — פירוק משולש היחסים לגורמים

המפתח לפתרון הסבך המשפטי שנוצר הוא כחינה נפרדת של כל אחת משלוש מערכות היחסים הבילטרליות המרכיבות את משולש היחסים שנוצר במקרה זה:



בית המשפט העליון ביסס את החלטתו על מערכת היחסים בעלים מקורי-קונה. במסגרת מערכת יחסים זאת, השאלה המרכזית אותה יש לבחון היא האם יכולה הקונה להתגבר על פגם קריטי בזכויותיה ביחס לנכס — העובדה שאין היא יכולה לייחס אחורנית את זכויותיה לבעליו החוקי המקורי של הנכס. כלל יסוד בדיני קניין הוא, שאדם איננו יכול להקנות יותר זכויות מאלה הקיימות בידי (nemo dat quod non habet), וממנו מתחייבת המסקנה כי, ככלל, אדם הטוען לזכות קניינית צריך להיות מסוגל להצביע על שרשרת העברות המקשרות בינו לבין בעלים קודמים של הנכס. בענייננו, אין הקונה יכולה לצייר שרשרת העברות המקשרת בינה לבין הבעלים המקורי. הטעם לכך הוא שהתמונות אבדו (וייתכן שאף נגבבו) לבעלים המקורי, וזכות הקניין בהן לא הועברה ממנו כדין לחוליות השרשרת הקשורות לקונה. על מנת להתגבר על פגם זה צריכה הקונה להצביע על כך שמתקיימת בידיה (או בידי אחת החוליות הקודמות בשרשרת)<sup>11</sup> תרופת הפלא הקרויה "תקנת השוק". תרופה זו מאפשרת רכישתה של זכות קניינית, בתנאים

של הממכר"; והאם יש לקונה זכות, במידה ואינו עומד בתנאי תקנת השוק, להחזיר הסכומים ששילם.

10 לאחרונה (9.7.97) אישר נשיא בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים.

11 ראה להלן טקסט להערה 17.

מוגדרים ומצומצמים, גם כשהיא נרכשה מאדם שיש פגם בזכות הקניין שלו או שאיננו רשאי להקנות זכות קניינית בנכס. במילים אחרות, "תקנת השוק" הוא שם קוד לחריגים לכלל לפיו אין אדם יכול להעביר יותר זכויות משיש בידיו<sup>12</sup>. ואכן, עיקר הדיון שמקיים בית המשפט העליון מוקדש לשאלה האם התקיימו בעניין כנען נ' U.S.A. התנאים הדרושים להפעלת תקנת השוק.

עם זאת, הקושי בעניין כנען נ' U.S.A. איננו נובע רק מכך ששרשרת הבעלויות נותקה (להלן: "הפגם הקנייני"). הנתון ההופך את המקרה לחריג ומעניין הוא, שבנוסף לפגם הקנייני מתקיים גם פגם חוזי ביחס לזכויותיה של הקונה. פגם זה — הטעות המשותפת בנוגע לטיבן של התמונות (להלן: "הפגם החוזי") — נובע ממערכת היחסים שבין המוכרת לקונה, ויש לו חשיבות בענייננו מהטעם הפשוט שהמקור הנטען לזכויותיה של הקונה בנכס הוא חוזה מכר שעשתה עם המוכרת. באופן ציורי ניתן לומר שפרט לשאלה אם השרשרת, שהקונה מהורה את החוליה האחרונה בה, מקושרת לעוגן קנייני (בעיית הפגם הקנייני), מתעורר גם קושי לאור אופיה הרופף של החוליה האחרונה בשרשרת — אותה חוליה האמורה להקנות לקונה את הקניין. ודוק, תנאי מקדמי לבחינת התקיימות תקנת השוק במיטלטלין הוא, שהטוען לקניין יצביע על קיומו של חוזה מכר המשמש מקור לקניין. לפיכך, השאלה הייחודית המתעוררת בעניין כנען נ' U.S.A., ואשר בה תתמקד הערת פסיקה זו, היא כיצד משפיע הפגם החוזי, קרי הפגם במערכת החוזית שבין הקונה למוכרת, על מערכת היחסים שבין הבעלים המקורי לקונה<sup>13</sup>.

בית המשפט העליון יצא מנקודת הנחה כי רק במידה וניתן להוכיח כי חוזה המכר לא קיים כלל (קרי בטל) יכול הבעלים המקורי להסתמך על הפגם החוזי. לאור זאת בוחן בית המשפט את השאלה האם החוזה בין המוכרת לקונה הנו בר תוקף, ומרגע שהוא מגיע למסקנה שמדובר בחוזה תקף (וזאת בשונה מהחלטת בית המשפט המחוזי), הוא עובר מיד לבחינת מערכת היחסים קונה-בעלים מקורי,

12 במשפט הישראלי קיימות מספר ניכר של תקנות שוק העונות על הגדרה זו. ראה סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח—1968 (תקנת השוק במיטלטלין); סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז—1967 (תקנת השוק במשכון); סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 (תקנת השוק במקרקעין); סעיף 37(2) לפקודת השטרות (תקנת השוק בשטרות); סעיפים 9(ב) ו-15(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה—1965 (תקנת השוק ברכישה משלוח); סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח—1968, כפי שתוקן; ס"ח תשל"א 186 (תקנת השוק במכירה על ידי רשות); סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח—1978 (תקנת השוק ברכישה מהאפוטרופוס הכללי); סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, תשי"א—1950 (תקנת השוק בהקניה של נכסי נפקד לאפוטרופוס על נכסי נפקדים); סעיף 73 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965 (תקנת השוק במקרה של רכישת זכויות בהסתמך על צו ירושה). מקובל להניח כי לא ניתן ליצור תקנת שוק אלא בחוק (ראה ע"א 165/75 לוינגר נ' הפארק הזואולוגי, פ"ד (2) 25), אך קיים לפחות חריג אחד המטיל ספק בנכונות ההנחה הזו (כוונתי לתקנת השוק בכסף, המחייבת, ככל הנראה, רק תום לב ותמורה. ראה י' ויסמן דיני קניין — חלק כללי [תשנ"ג] 338–340).

13 לשאלה ההפוכה של השפעת תקנת השוק על יחסי מוכר קונה ראה ד' פרידמן ונ' זלצמן "תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה" עיוני משפט ה (תשל"ו) 122.

תוך שהוא מבהיר כי "גם אם חוזה המכר ניתן לביטול על ידי אחד הצדדים לו — שאלה שאינה מצריכה הכרעה משום שאף אחד מהצדדים איננו מבקש לבטלו — הרי שזכות הביטול נתונה בידי הצד הנפגע. אין בית המשפט רשאי לבטלו מיוזמתו"<sup>14</sup>.

בהערת פסיקה זו אנסה להראות כי דיון נוסף בשתי המערכות הקודמות (בעלים מקורי-מוכרת; מוכרת-קונה) היה יכול להביא למסקנה שונה, ולאפשר לבעלים המקורי לגבור על הקונה גם כאשר הפגם החוזי איננו עולה לכדי בטלות. במישור הערכי אטען כי הפתרון המוצע בהערת פסיקה זו מאפשר, מחד להגיע לתוצאות צודקות במצבים בהם קיים פגם חוזי בלבד (קרי, כאשר ניתן היה להתגבר על הפגם הקנייני באמצעות תקנת השוק באם לא היה קיים פגם חוזי)<sup>15</sup>,<sup>16</sup>, וכי הוא מנטרל, מאידך את הצורך להתחשב בקיומם של פגמים חוזיים בשעת קביעת היקפו של החריג המאפשר להתגבר על פגמים קנייניים (קרי בשעת עיצובה של תקנת השוק).

להלן אדון תחילה במערכת היחסים בעלים מקורי-מוכרת, ואחר כך במערכת היחסים מוכרת-קונה. ההשלכות המידיות של המסקנות אליהן אגיע על מערכת היחסים בעלים מקורי-קונה, וכן דיון קצר בהצדקת השימוש בדרך ההנמקה המוצעת להלן, יחתמו הערת פסיקה זו.

### מערכת היחסים בעלים מקורי-מוכרת

הן בית המשפט העליון והן בית המשפט המחוזי נמנעו מלדון בשאלה מה היה מעמדה של המוכרת כלפי הבעלים המקורי. עם כל הכבוד, קשה למצוא הצדקה לחסר זה. בסיטואציה כדוגמת זו בה עסקינן תכנה שתי אפשרויות עיקריות, שכל אחת מהן משליכה ישירות על המשך הדיון:

המוכרת רכשה את התמונות בתנאי תקנת השוק — במקרה זה "מנקה" הרכישה על ידי המוכרת את התמונות מזכויות הבעלים המקורי, וזכות הבעלות המלאה עוברת אליה. זכותה של ממשלת ארצות הברית מועתקת לנתיב אחר (התמורה שנתן המוכר), ואילו ביחס לתמונות אין לה כל זכות, לא ביחס למוכרת וממילא

14 לעיל הערה 1, פסקה 10 בפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן, שטרם פורסם.  
15 במידה ובסופו של דבר יביא הפגם החוזי לביטול ההסכם, ממילא לא יוכל הקונה ליהנות מתקנת השוק. ראה להלן טקסט להערה 45.

16 במקרה בו קיימים הן פגם חוזי והן פגם קנייני רשאי הבעלים המקורי לפעול, באופן חילופי, בכל אחד משני הנתיבים: הוא רשאי לתבוע את זכותו דיני הקניין, ותוך התבססות על הטענה כי בכל מקרה אין הקונה עומד בתנאי תקנת השוק, וכן באפשרותו לטעון, לחילופין, לפתרון המוצע בהערת פסיקה זו. יצוין כי הן בשל מוחלטותו של הפתרון הקנייני (קרי, העובדה שאין הוא מותיר כמעט שיקול דעת לבית המשפט) והן מטעמים של נטל ההוכחה (המוטל על הקונה בתביעה קניינית, ועל הבעלים בתביעה המתבססת על הפגם החוזי) יש להניח כי התביעה הקניינית תועדף במקרים אלה כחלופה עיקרית.

גם לא ביחס לקונה<sup>17</sup>. לפיכך במידה והרוכלת עומדת בתנאי תקנת השוק, גב' כנען הייתה צריכה לגבור מבלי שתידרש להוכיח אפילו שנתנה תמורה. מצעם העובדה שבית המשפט עורך דיון במערכת היחסים בעלים מקוריים לקונה יש להניח כי הנכס לא "נוקה" מזכויות הבעלים המקורי, קרי שהרוכלת לא עמדה בתנאי תקנת השוק. לפיכך, בהמשך הדיון אקבל הנחה זו כנתונה.

המוכרת הנה גולן (כלומר איננה עומדת בתנאי תקנת השוק)<sup>18</sup> — במקרה זה חייבת המוכרת להשיב לבעלים המקורי את התמונה, וזאת הן מכוח דיני הקניין (סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969 החל גם על מיטלטלין מכוח סעיף 8 לחוק המיטלטלין תשל"א — 1971), והן מכוח דיני הנזיקין (סעיף 55 לפקודת הנזיקין), אך בכך לא מתמצים סעדי הבעלים. מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט<sup>19</sup> יש להגיע למסקנה כי הבעלים רשאי לבחור להיכנס לנעליו של המוכר-הגולן בכל הנוגע לזכויות שקמו לו עקב ביצוע עסקת המכר<sup>20</sup>. להלן אבהיר מדוע, ובאילו גבולות, יש לאפשר לבעלים לעשות זאת.

מוכר המשתמש בנכס השייך לזולתו לצורך ביצוע העסקה מפיק, שלא על פי זכות שבדין, רווח על חשבון בעליו המקורי של הנכס. מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט — 1979 זכאי הבעלים המקורי לתבוע מהמוכר את ה"זכייה"<sup>21</sup>. זכות התביעה של הבעלים המקורי ביחס ל"זכייה" איננה צריכה להיות

17 ראה ע"א 666/88 מ"י נ' מונגיל תעשיות מזון בע"מ, פ"ד (מו" 4) 1, 15 (להלן: פסק דין מונגיל). חריג אפשרי לכך הוא מצב בו הקונה היה שותף למזימה שיצרה את הרכישה בתנאי תקנת השוק. השווה סעיף 28(3) לפקודת השטרות; ראה פסק דין מונגיל, בע' 16; וכן א' זמיר פירוש לחוקי החוזים — חוק המכר, תשכ"ח — 1968 (ג' טרסקי עורך, תשמ"ז) 715. בענייננו, בו נקבע שהגב' כנען הייתה תמת לב, ממילא אין אפשרות זו לרלוונטיות.

18 דודק, עסקינן בזכות קניין, ועל כן המוכרת היא בגדר גולן אפילו אם פעלה בתום לב. השווה ד' פרידמן "דין הקניין ודין האשם" ספר זוסמן (תשמ"ד) 241, 243; זמיר, לעיל הערה 3, בע' 375-376.

19 קונסטרוקציה נוספת, שלא ארחיב את הדיון בה בשל הקשיים הרבים שהיא מעוררת, היא שימוש במוסד האישורו בדיעבד הנזכר בסעיף 6 לחוק השליחות, תשכ"ה — 1965 (להלן: חוק השליחות). אסתפק בציון העובדה שספק אם קונסטרוקציה זו מתיישבת עם הפרשנות המקובלת לסעיף 6 לחוק השליחות. כך, למשל, ההלכה היא שניתן לאשר שליחות בדיעבד רק כשה"שלוח" התיימר לפעול כשלוח. ראה א' ברק חוק השליחות (תשנ"ו, כרך א) 741-747. במקרה שהמוכר-הגולן מכר בתנאי תקנת השוק, חייב, למצער, הבעלים המקורי להסתפק בתחליף זה. כאשר ביכולתו לעקוב אחר הנכס המקורי, ביכולתו לבחור בין שתי האפשרויות: עקיבה אחר הנכס או קבלת התחליף. לפיכך, יישום הפתרון המוצע בהערת פסיקה זו תלוי, במקרה בו יש לבעלים זכות בחירה, בכך שיימנע מלממש את זכותו לעקוב אחר הנכס המקורי. השווה ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח) 421-433, וכן לעיל הערה 16.

21 ראה פרידמן, שם, בע' 421-433, 516-517, וכן J. Harris *Property and Justice* (N.Y., 1996) 337 ("The fruits doctrine typically finds restitutionary relief where someone has wrongly sold another's property, in which case the owner may opt between seeking damages for the tort of conversion, or else adopting the transaction and recovering the sale proceeds") ציון כי זכות זו של הבעלים הייתה מוכרת עוד במשפט הרומי, והיו שסברו כי היא עומדת

זכות אובליגטורית בלבד, אלא יש מקום לראותה כזכות לתחליף ריאלי, כלומר זכות עקיבה בעלת אופי קנייני אחר התחליף שהתקבל בעקבות המכירה<sup>22</sup>. להלן אבקש לפרט ולהדגים עקרונות אלה.

נניח תחילה כי בין המוכר-הגזולן לקונה נכרת חוזה בו נקבע כי בתמורה לתמונתו של הצייר ראובן ישולם סך של 250,000 דולר. התמונות הועברו, ותמורתן שולמה למוכר-הגזולן. העיקרון הבסיסי שצוין לעיל מלמד כי, בנוסף לזכויותיו מכוח דיני הנזיקין והקניין, עומדת לבעלים המקורי של התמונות הזכות לתבוע מהמוכר-הגזולן את הכספים ששולמו לו. זכות זו איננה בהכרח אובליגטורית בלבד, אלא ראוי לקבוע כי מוקנית לבעלים המקורי זכות עקיבה קניינית בכספים ששולמו למוכר-הגזולן.

בשלב שני, נניח כי התמונות הועברו לקונה, אך הכספים שהובטחו בחוזה (250,000 דולר) טרם שולמו. במצב דברים זה, במידה והבעלים המקורי מעוניין בכך, יש לאפשר לו, על פי העיקרון הכללי שצוין לעיל, לתבוע את התמורה הכספית שהובטחה בעבור התמונות מכוח דיני עשיית עושר<sup>23</sup>. ההתחייבות החוזית שעל הקונה לבצע הושגה באמצעות נטילת נכס של הזולת, ולפיכך היא בגדר טובת הנאה שעל המוכר להעביר לבעלים המקורי. שוב, ניתן לטעון כי זכות הבעלים המקורי איננה אובליגטורית בלבד (זכות כלפי המוכר לקבלת התמורה הכספית לאחר שתועבר אליו), אלא היא זכות לעמוד בנעליו של המוכר לעניין החיוב שיש לו כלפי הקונה — במילים אחרות, סברוגציה לזכות המוכר לקבלת התמורה הכספית מהקונה. מכוח סברוגציה זו זכאי הבעלים המקורי לזכויותיו החוזיות של המוכר: הוא זה שרשאי לאכפן, והוא הזכאי לתרופות במקרה וחיובי הקונה לתשלום התמורה יופרו.

בשלב השלישי נניח כי נכרת חוזה מכר בין הצדדים, כמתואר לעיל, אך המוכר טרם העביר את הממכר. במצב דברים זה ספק אם ניתן ליישם את העיקרון שהוצג לעיל, אלא, לפחות כאשר המוכר לא הציג עצמו כנציג הבעלים<sup>24</sup>, דומה

20 גם במקרים בהם יש באפשרותו לתבוע את השבת הנכס המקורי. ראה J. Dawson *Unjust*

*Enrichment: A Comparative Analysis* (Boston, 1951) 58, 70-72

22 השווה פרידמן, שם, בע' 1070-1072; 1106-1107, 1137. ראה גם זמיר, לעיל הערה 3, בע' 375 בהערת שוליים 38.

23 למותר לציין כי תביעת הכספים והתביעה הקניינית ביחס לתמונות הן חילופיות, במובן זה שמרגע שהבעלים המקורי יזכה באחת מהן לא יוכל להגיש תביעה לאחרת. השווה לעיל הערה 16.

24 כשהמוכר הציג עצמו כנציג הבעלים נראה שהתמונה תהיה שונה. במצב דברים זה ייתכן שהבעלים רשאי לאשרר את הפעולה מכוח סעיף 6 לתוק השליחות, ולהפוך עצמו בדרך זו לצד לחוזה. כן ייתכן שהבעלים יוכל לטעון שעצם השימוש בשמו היווה נטילה המזכה אותו ברווחים שהפיק המוכר. השווה פרידמן, לעיל הערה 20, בע' 474-476, וכן פסק הדין האנגלי *English v. Dedham Vale Properties Ltd.* [1978] 1 All E.R. 382. דומה באמצעות ראיית הנציג המתחזה כחייב בחובות אמן כלפי הבעלים, מעצם

שאינן לאפשר לבעלים המקורי לתבוע כספים שקיבל המוכר או לבוא בנעליו לעניין זכויותיו החוזיות. הטעם לכך פשוט – טובת ההנאה שהמוכר קיבל עד שלב זה ניתנה כנגד התחייבותו שלו להעביר את הנכס, ולא כנגד הנכס עצמו. מאחר ואדם רשאי ליטול על עצמו התחייבויות גם ביחס לנכסים שאינם בידיו במועד כריתת העסקה<sup>25</sup>, טובת ההנאה שקיבל הושגה, עד שלב זה, באמצעות חוזה בלבד, ואין היא באה על חשבון בעליו של הנכס.

עד עתה ראינו כי, מכוח דיני עשיית עושר, מרגע שנעשה שימוש בנכס של הבעלים לצורך ביצוע עסקת המכר (ואולי אף מרגע שנעשה שימוש בשמו) יש לבעלים המקורי זכויות ביחס לכספים ששולמו למוכר, ולהתחייבויות כספיות שניתנו לו על ידי הקונה במסגרת חוזה המכר. אך מדוע לצמצם את זכויות הבעלים המקורי להתחייבויות הכספיות שנתן הקונה? נניח כי הקונה העביר או התחייב להעביר למוכר נכס מסוים (לדוגמא מכונית) כנגד העברת התמונות. האם זכות הבעלים המקורי לעמוד בנעלי המוכר צריכה להשתנות? דומה שהתשובה השלילית בולטת על פניה. אין כל טעם לצמצם את זכויות העקיבה והסברוגציה של הבעלים המקורי לכספים וזכויות כספיות בלבד, אלא יש מקום להרחיבה לכל נכס וחיוב שהמוכר קיבל עקב העברת הנכס לקונה<sup>26</sup>. במילים אחרות, השימוש בנכס הזולת לצורך ביצוע עסקת המכר צריך להעמיד את הבעלים המקורי בנעליו של המוכר ביחס לכל נכס ולכל זכות חוזית שהמוכר קיבל כנגד הממכר. המשמעות היא, שמבחינת יחסי המוכר והבעלים המקורי, ביצוע החוזה באמצעות נכס הזולת מעביר לבעלים המקורי את מלוא הזכויות והנכסים שהובטחו ונמסרו למוכר במסגרת עסקת המכר.

ולבסוף, מתעוררת השאלה האם יש מקום להבחין, במסגרת יחסי מוכר-בעלים מקורי, בין זכויות אובליגטוריות הנובעות מחוזה המכר (כגון אופציה לרכישה חוזרת של הנכס), לבין זכויות סטוטוריות הקשורות בחוזה (כגון אופציה לבטל עקב פגם בכריתה או עקב הפרתו)<sup>27</sup>. לגישתי התשובה היא שלילית. כפי שכבר

המצג שיצר. לעומת זאת, ספק בעיני אם די בהתיימרות לפעול כבעלים כדי להקנות לבעלים המקורי (להבדיל מהקונה) זכות תביעה כלפי המוכר. ייתכן והמצב שונה כשהמוכר התחזה לבעלים (דבר שניתן להניח שיתרחש כשלקונה ידועה זהות הבעלים, למשל בשל קיום מרשם ציבורי), שכן יש בכך משום שימוש בשם הבעלים.

25 עם זאת, ישנן נסיבות בהן מחובתו להבהיר לקונה כי הנכס איננו מצוי עדיין בבעלותו. ראה ע"א 230/80 פנידור, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 726.

26 לעניין זה גם אין להבחין בין נכסים שניתנו והתחייבויות שבוצעו קודם לשימוש בממכר, לבין אלה שניתנו ובוצעו לאחריו. לו המוכר לא היה עומד בחלקו בהסכם היה הקונה זכאי לבטל את החוזה ולתבוע השבחה של התמורות שנתן. לפיכך, השימוש בנכס הזולת, הוא שאיפשר למוכר להמשיך וליהנות מתמורות אלה.

27 ניתן להטיל ספק בנכונות האבחנה בין זכויות הנובעות מהחוזה לבין זכויות סטוטוריות, כאם נקבל את הגישה כי הזכויות הסטוטוריות אינן אלא תוצר של ברירות מתוך סטוטוריות המשמשות להשלמת ההסכם באותן נקודות בהן לא הושגה הסכמה ממשית בין הצדדים.



דומה כי אין מניעה להפעילו גם במקרה כדוגמת פסק הדין בעניין כנען נ' U.S.A. ניתן לטעון כי לפחות במידה והמכירה לצד ג' היא כתנאי תקנת השוק, קיום חיוב המוכרת הגולן להשיב את הנכס נעשה בלתי אפשרי<sup>31</sup>, וכנגדו קמו לה זכויות מכוח חוזה המכר<sup>32</sup>. לפיכך על המוכרת להעביר לבעלים המקורי את זכויותיה כלפי הקונה<sup>33</sup>. שוב, דומה כי לאחר שמכירים בתחולתו הרחבה של עקרון תחליף הקיום, אין כל סיבה להבחין בין זכויות כספיות לזכויות (לרבות כוחות) שאינן כספיות.

2. רעיון של נאמנות קונסטרוקטיבית — על פי הדין האנגלי, במקרה בו מבצע בעלים של נכס מכירה נוגדת של הנכס הרי שיש לראות בו כנאמן מכוח הדין (נאמן קונסטרוקטיבי) של הקונה הראשון, ולאפשר לקונה הראשון לתבוע את התמורה שקיבל המוכר חלף זכותו לקבלת הנכס<sup>34</sup>. הבסיס לדוקטרינה זו הוא הכרה בקיום חובת אמון של המוכר כלפי הקונה, סוגיה שהדין הישראלי לגביה איננו ברור<sup>35</sup>. עם

מלשונו. השווה ע"א 281/83 הרוניאן נ' עזבון המנוח חליפה ז"ל, פ"ד לט(4) 20 (להלן: עניין הרוניאן).

31 חיוב זה אמנם איננו חיוב תוזי, אך סעיף 52 איננו מוגבל, לפי לשונו, לחיוב תוזי. השווה ד' פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב" דיני חיובים — חלק כללי, לעיל הערה 28, בע' 19.

32 אלה אמנם אינן זכויות "לשיפוי או לפיצוי", והן קמו קודם לשימוש בנכס של הבעלים המקורי, אך נראה שיש להרחיב את לשון הסעיף על דרך היקש בנקודות אלה. השווה: עניין הרוניאן, וכן י' אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר הזכרון לג' טדסקי (תשנ"ו) 37, 39–40.

33 השאלה האם מדובר בזכות קניינית או אישית איננה ברורה. ראה פרידמן, לעיל הערה 20, בע' 35–36, 522–523, 1064–1065.

34 השווה לפסק הדין האנגלי *Lake v. Bayliss* [1974] 2 All E.R. 1114 בו נקבע כי קונה של נכס מקרקעין זכאי לבחור לראות את המוכר כמי שמחזיק בנאמנות עבורו בתמורה שהתקבלה ממכירה נוגדת של הנכס. אם זהו המצב ביחס לנטילה של זכות חזית, הרי הוא צריך לחול, מקל וחומר, גם כשמדובר בנטילת קניין של ממש. בע"א 176/82 הררי נ' ורטהיימר, פ"ד לט(3) 660 הגיע בית המשפט לתוצאה שהתמורה ששילם הקונה הראשון תועבר ישירות לקונה השני, אך זאת בהסכמת המוכר, וכתנאי למתן אכיפה. לשאלה אם ניתן להגיע לתוצאה זו על סמך עקרונות עשיית עושר ראה ד' פרידמן לעיל הערה 20 בע' 478–482, 521.

35 כבר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121 נקבע כי ביחס למקרקעין אין להכיר עוד בקיום נאמנות קונסטרוקטיבית בשל הוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969 (להלן: חוק המקרקעין). עם זאת, פסק הדין ניתן לפני חוק הנאמנות, תשל"ט — 1979 (להלן: חוק הנאמנות), וראוי לבחון מחדש את ההלכה שנקבעה בו לאור החוק. ראה פרידמן, לעיל הערה 20, בע' 546–548, 1097–1100. בע"א 492/83 עזבון המנוח דיאב ז"ל נ' דיאב, תקדין עליון כרך 2(8) 642 דחה השופט שמגר, באמרת אגב, את הרעיון שבבסיס הנאמנות הקונסטרוקטיבית לטובת הקונה מהטעם שקיימים ניגודי אינטרסים אינהרנטיים בין הקונה למוכר (פסק הדין עוסק במכר מקרקעין אך ניתן ללמוד מהגישה שמובעת בו גם לעניין מיטלטלין). דומה שאין לקבל גישה זו מהטעם שמרגע כריתת חוזה המכר לא צריכים להתקיים עוד ניגודי אינטרסים בנוגע לכוח להעביר את הבעלות בנכס. כוח זה הועבר לקונה, והמוכר מחזיק בו בעבורו בלבד. באחרונה הותרה שאלת קיומה של נאמנות קונסטרוקטיבית בין מוכר לקונה בצריך עיון בחיק פירוק (ת"א) 137/93 (המ' 1623/93) כונס הנכסים הרשמי נ' שפירא, פ"מ נה(2) 507 (סגן הנשיא לויט).

זאת, בענייננו המדובר במצב בו ניטל קניינו של אדם. האם בסיטואציה זו, ולמרות היעדר יחסי אמון בין הצדדים, לא מוצדק להכיר, ולו על דרך האנלוגיה, בקיומה של נאמנות קונסטרוקטיבית של המוכרת לטובת הבעלים המקורי<sup>36</sup>? ההגיון הוא פשוט – כל שצמח כתחליף לנכס המקורי שייך מבחינה מהותית לבעליו של הנכס, ולפיכך גם אם הגזלן הוא המחזיק בו על פי דין, החזקתו היא כנאמנות עבור הבעלים המקורי.

סיכומו של דבר, במידה והמוכרת הנה גזלן, זכאי הבעלים המקורי לתבוע ממנה את השבת הנכס ולחילופין, במידה ויבחר בכך, או במקרה בו הנכס נמכר בתנאי תקנת השוק, כל נכס, זכות וכוח המצויים בידיה עקב מכירת הנכס. זכותו לקבלת נכסים אלה איננה רק בגדר חיוב אוכליגטורי של המוכרת-הגזלן – אלא יש לראות בבעלים המקורי כמי שזכאי לעקוב אחר הנכסים שקיבלה המוכרת, וליהנות מסברוגציה לזכויותיה כלפי הקונה. למצער, ניתן לראות במוכרת-הגזלן כמי שמחזיקה בזכויות ובנכסים בעבור הבעלים המקורי, וחייבת להעבירם אליו, או להשתמש בהם על פי הוראותיו.

### מערכת היחסים מוכרת-קונה

בית המשפט העליון, בניגוד לבית המשפט המחוזי, סבר שגם אם נפל פגם בחוזה המכר, פגם זה איננו יכול להביא לבטלות החוזה, אלא לכל היותר לנפסדותו. גם אם נקבל מסקנה זו<sup>37</sup> הרי שקיימת סבירות לא מבוטלת כי החוזה בו מדובר הנו חוזה פגום. שתי המתקשרות סברו שהתמונות בהן מדובר הן תמונות 'קיטש', ולפיכך ניתן לטעון, באופן משכנע למדי, כי קיימת במקרה זה טעות משותפת<sup>38</sup>

36 לדעה התומכת בהפעלת אנלוגיה לחוק הנאמנות בנסיבות אלה ראה פרידמן, שם, בע' 1066–1065. ודוק, אפילו סעיף 161 לחוק המקרקעין, איננו עומד כנגד קונסטרוקציה זו (כשמדובר במכירת נכס מקרקעין), מהטעם שהזכות הנטענת איננה ביחס לנכס אלא ביחס לתמורה שהתקבלה בעבורו. לקליטת דיני הנאמנות הקונסטרוקטיבית בארץ ראה פרידמן, שם, בע' 21–22, 1064–1066; וכן ה"פ (ב"ש) 48/88 אוניברסיטת "בן גוריון" נ' עיריית באר שבע, פ"מ נב(3) 353; וע"א 3829/91 וואלס נ' גת, פ"ד מח(1) 801.

37 קביעת בית המשפט שטעות משותפת איננה יכולה להביא לבטלות חוזה איננה נקייה מספקות. פרופ' פרידמן ופרופ' כהן מציינים במפורש כי לא זהו הדין במשפט האנגל-אמריקאי (פרידמן וכהן, כך ב' לעיל הערה 28, בע' 694–699. השווה גם ל-*The Law of Contract* G. Treitel (9th ed., 1995) 262-270), ופסק הדין המפורסם בעניין *Sherwood v. Walker* 919 (1887) מהווה ראיה לכך (בית המשפט שם מציין כי: "If there is a difference or misapprehension as to the substance of the thing bargained for ... then there is no contract." ובהמשך הדברים הוא מבהיר כי במקרה הקונקרטי substance of the whole consideration, and it must be considered that there was no contract (to sell or sale the cow as she actually was." [at p. 923-924] לגישה התומכת במסקנת פסק הדין בנקודה זו ראה זמיר, לעיל הערה 3, בע' 364–370.

38 כאמור, בית המשפט העליון נמנע מלהכריע בשאלה אם ההסכם הנו נפסד (ראה לעיל טקסט להערה 14). אמנם ניתן לטעון כי המדובר בנטילת סיכון מצד שני הצדדים, במיוחד לאור

המקנה לבית המשפט את האפשרות לבטל את החוזה מכוח סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי)<sup>39</sup>. עם זאת, כפי שמציינת השופטת שטרסברג-כהן, ביטול זה חייב להתבצע לבקשתו של הצד שטעה, והוא כפוף לכך שבית המשפט יכול להיבטל בתשלום פיצויי הסתמכות לצד שכנגד<sup>40</sup>.

הנחת הדיון, אם כך, היא שבמקרה זה הייתה הן בידי המוכרת והן בידי הקונה אופציה לפנות לבית המשפט ולבקש את ביטול ההסכם. איש מהצדדים הישירים להסכם לא ביקש את ביטולו. הצד היחידי בהליך הטוען לביטולו של ההסכם הוא הבעלים המקורי – האם די בכך? לשם כך עלינו לעבור ולבחון את מערכת היחסים בעלים מקורי-קונה.

### מערכת היחסים בעלים מקורי-קונה

הבעלים המקורי והקונה הגם צדדים זרים. אין ביניהם יריבות חוזית. עם זאת, כפי שהובהר לעיל, במידה והמוכר הנו גזלן יכול הבעלים המקורי לקבל לידיו את הנכסים והזכויות שעומדות למוכר-הגזלן מכוח הסכם המכר. נכסים וחזיונות אלה כוללים את התמורה המוסכמת, וכן כל אופציה לביטול שעמדה למוכר-הגזלן. כך, למשל, לו היה הקונה מפר את חוזה המכר, יש להכיר בכך שלבעלים המקורי הזכות לאכפו, מחד, ולממש את אופציית הביטול, מאידך. בדומה, אם החוזה פגום בכריתתו יש לראות בבעלים המקורי כמי שבא בנעליו של הגזלן, קרי כמי שרשאי להשתמש, בתנאים הקבועים בחוק, באופציית הביטול. בענייננו אין למוכר-הגזלן, ככל הנראה, זכות לבטל בעצמה את החוזה. עם זאת עומדת לה, כך הנחתי, האפשרות לפנות לבית המשפט בבקשה לבטל את החוזה מכוח סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). זכות פנייה זו שייכת, מבחינה מהותית, לבעלים

העובדה שמדובר ברכישה בשוק מציאות (לנושא של נטילת סיכון ראה פרידמן וכהן, כרך ב, לעיל הערה 28, בע' 724–742), אך ספק אם טענה זו תואמת את עובדות המקרה. פרופ' זמיר סבר כי "לא היה ספק שבמקרה הנדון נפל בכריתת חוזה המכר פגם של טעות" (ראה זמיר, לעיל הערה 3, בע' 368), ודעתו נחמכת גם בגישתם הכללית של פרופ' פרידמן ופרופ' כהן לנושא (ראה פרידמן וכהן, שם, בע' 704–706). אני אאמץ, לצורך הדיון, את ההנחה כי אכן מדובר בטעות משותפת המאפשרת ביטול של החוזה.

39 יש הסוברים כי ניתן להחיל על טעות משותפת גם את סעיף 14(א) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג – 1973, וזאת במידה והידיעה הנדרשת מהצד שכנגד מתייחסת רק למהותיות העובדה, ולא לכך שקיימת טעות בקביעתה. ראה ע"א 440/75 זנרבק נ' דנציגר, פ"ד (2) 260, 272; בג"צ 221/86 כנפי נ' בית הדין לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 478–481; ד' קרצ'מר "פגמים ברצון ביצירת החוזה: טעות והטעיה" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה (ש' שטרית עורך, תשל"ו) 107, 112–115. ספק אם גישה זו ראויה. ראה פרידמן וכהן, שם, בע' 697; ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 193–194. ולפיכך אניה כי ההוראה הרלוונטית היא סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

40 לעיל טקסט להערה 14.

המקורי של הנכס, ועל כן אין להותיר את זכות הפנייה לשיקול דעתה העצמאי של המוכרת-הגולן, אלא יש לחייבה להפעילה בהתאם לרצונו של הבעלים המקורי. השאלה הגדולה המתעוררת בנוגע לפסק הדין בעניין כנען נ' U.S.A. היא מה הדרך הפרוצדורלית בה צריך הבעלים המקורי לפעול<sup>41</sup>. אפשרות אחת, היא שביכולתו ליטול את זכות הביטול לעצמו, ולפנות ישירות לבית המשפט בבקשה להורות על ביטול החוזה. האפשרות השנייה היא שהזכות מוחזקת עדיין בידי המוכרת (הגם שבנאמנות עבור הבעלים המקורי), ועל כן הפנייה לבית המשפט חייבת להתבצע מטעמה (במקרה זה תרופת הבעלים היא בפנייה לבית המשפט בבקשה כי יורה למוכרת לפעול על פי הנחיותיו)<sup>42</sup>. כשלעצמי, אינני רואה הצדקה של ממש לדרוש מהבעלים המקורי כי יפעל באמצעות המוכרת. אכן, הקונה התקשרה עם המוכרת, ועל כן מתעורר קושי במקרה בו פנייה ישירה של הבעלים המקורי עלולה להביא לפגיעה בכללי היריבות החוזית<sup>43</sup>. לעומת זאת, בענייננו לא מדובר במימוש זכות הנובעת מהחוזה, אלא במימוש זכות ביטול בשל פגם בכריתה. במצב דברים זה קשה לראות כיצד תיפגע הקונה, שהרי בית המשפט יכריע לא רק בשאלה אם ארעה טעות המצדיקה ביטול, אלא גם אם הטוען לביטול זכאי לעשות כן (קרי, האם הוא הבעלים האמיתי של הנכס)<sup>44</sup>.

במידה וחוזה המכר יבוטל, ממילא יישמט הבסיס מתחת לטענת הבעלות של הקונה, והנכס יושב לבעלים המקורי. ודוק, ניתן אמנם לייחס, מבחינה טכנית, כשלון זה לאי עמידה בתנאי "תקנת השוק"<sup>45</sup>, אך מבחינה מהותית אין הוא נובע מהעדפת הבעלים המקורי על פני הקונה, אלא מכך שהקונה איננו יכול להצביע עוד על מקור משפטי לזכויותיו. במילים אחרות, הקונה והבעלים המקורי אינם מתחרים כלל — הקונה נפסל, והוצא מהמשחק, עוד בטרם נכנס לזירה<sup>46</sup>, ממילא אין במצב

41 מטעמים מובנים אין כוונתי לדון בשאלה אם הבעלים כעניין כנען נ' U.S.A. פעלו בדרך פרוצדורלית המאפשרת לבית המשפט, בשלב המתקדם בו מצוי הנושא כיום (דיון נוסף), לדון באפשרות של ביטול לפי סעיף 14(ב) לבקשת ממשלת ארצות-הברית.

42 יצוין כי שאלה מקבילה לזו שנידונה בטקסט מתעוררת במקרה שהביטול מחמת פגם ברצון הוא בגדר סעד עצמי, כגון במקרה של תרמית.

43 כך, למשל, האם במידה והבעלים המקורי היה פונה ודורש כי תשלום יתרת התמורה יועבר ישירות אליו היה על הקונה להישמע לו? המצב פשוט הרבה יותר במקרה בו ההנחיה להעביר את התשלום לבעלים באה מהמוכר, שכן אז אין כל פגיעה בוודאות החוזית מבחינת הקונה. השווה גם לאמור לעיל בטקסט להערה 28.

44 כשמדובר בשימוש בסעד עצמי של ביטול מחמת פגם ברצון ממילא נרשמת לחובת הקונה האחריות לפגם ברצון, ועל כן ספק אם שיקולי הצדק מחייבים להתחשב בו באמצעות הכבדה מיותרת על הבעלים.

45 זאת בהתבסס על התיבה "נמכר" שבסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח—1968 (להלן: חוק המכר). זו הייתה דרכו של בית המשפט המחוזי.

46 הדבר דומה למצב בו אחת משתי עסקאות נוגדות מתבטלת (בין אם על ידי המוכר ובין אם על ידי הקונה). במצב דברים זה ממילא אין טעם לדון עוד ביריבות שבין שני הקונים, ולבחון מהם שיקולי המדיניות בכחירת הקונה שיועדף.

זה כל טעם להפעלת שיקולי המדיניות הרגילים המאפיינים מצבי תחרות בכלל, ומצבים בהם נשקלת הפעלת תקנת השוק בפרט<sup>47</sup>. להשלמת התמונה חשוב לציין את צדה השני של המטבע. לבעלים המקורי עומדת אמנם, אליבא דגישתי, זכות לפנות בבקשה לביטול החוזה (או לבטלו בעצמו במידה ויש עילת ביטול של סעד עצמי מחמת פגם ברצון), אך אם יפעל בדרך זו ימצא עצמו עומד, ביחסיו עם הקונה, בנעליו של המוכר. משמעות הדבר היא, שבמקרה ויבחר להפעיל את זכות הביטול ייאלץ להשיב לקונה את התמורה ששילם בעד הנכס, וכן יהיה כפוף, כשמדובר בפניה לבית המשפט לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), לסיכון שביטול המשפט יורה לו לשלם פיצויי הסתמכות לקונה. עוד אזכיר כי את חובת ההשבה רשאי בית המשפט להפחית בהתאם לסעיף 2 לחוק עשיית עושר<sup>48</sup>, כך שבפועל נתון לשופט, אליבא דפתרון המוצע, שיקול דעת רחב לבצע איזונים כספיים בין הבעלים המקורי לקונה.

### יתרונות הפתרון המוצע

מדוע לנקוט בפתרון המוצע בהערה זו, ולא להסתמך על המבחן הקנייני של תקנת השוק באופן בלעדי? פרט לנימוק של עקביות הלוגיקה המשפטית, סבורני שניתן להצביע על שלושה נימוקים מהותיים להעדפת הפתרון המוצע לעיל. ראשית, פתרון זה נוגע ישירות ובאופן נקודתי בבעיה שהתעוררה, ואיננו נזקק לפתרון באמצעות כלים שנועדו להתמודד עם קשיים אחרים לחלוטין. הקושי הייחודי המתעורר במקרים כדוגמת עניין כנען נ' U.S.A. נוגע לזכות שרכשה הקונה מהמוכרת. זכות זו הנה פגומה, במקרה זה בשל פגם ברצון, ואין היא זהה לזכות השלמה והמלאה שהקונה מדמה לעצמו שרכש במקרה הטיפוסי של הפעלת תקנת השוק. מאחר והפגם בזכות נעוץ במערכת היחסים מוכר-קונה, אך טבעי הוא להעמיד מערכת יחסים זו במרכז הזירה, ולא לנסות למצוא פתרון עקיף באמצעות בחינת התחרות בין הקונה לבעלים המקורי. בעיה זו ניתן להדגים באמצעות שינוי קל בעובדות המקרה. נניח כי התמונות היו נמכרות בגלריה במחיר ריאלי אך הקונה היה מפר את החוזה (למשל, לא עומד בתשלום האחרון בסך 10,000 דולר). על פי הפסיקה דומה שלא ניתן היה לומר שלא התקיימו תנאי תקנת

47 לבחינת שיקולים אלה ראה M. Mautner "The Eternal Triangles of the Law" — Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties" 90 *Mich. L. Rev.* (1991) 95.

48 ראה פרידמן, לעיל הערה 20, בע' 48-51. השווה ע"א 2702/92 גינוברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540. פסק הדין דן אמנם בזכות ההשבה לפי סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אך נראה שיש בו אסמכתא להפעלת סעיף 2 לחוק עשיית עושר, תשל"ט-1979 על כל השלחות של דיני עשיית עושר שמחוץ לחוק עשיית עושר.

השוק<sup>49</sup>. האם המסקנה היא כי הבעלים חייב להסתפק בתביעת המוכר? ברור בעיני שהתשובה שלילית. קיים פגם במערכת היחסים מוכר-קונה, ויש לאפשר לבעלים לשלול מהקונה את זכותו לתמונה בהתאם למערכת יחסים זו.

שנית, הניסיון לפתור את הסכך שנוצר באמצעות תקנת השוק מעורר שאלות מדיניות חשובות בנוגע להיקף תחולתה של תקנת השוק במיטלטלין<sup>50</sup>. שאלות אלה, הנוגעות להיקף הראוי של תקנת השוק בעידן המודרני<sup>51</sup>, אינן פשוטות, והן ראויות לדיון יסודי ומעמיק. עם זאת, ספק בעיני אם ראוי לעשות זאת תחת הרושם כי במקרה כדוגמת כנען נ' U.S.A. במידה והקונה עומד בתנאי תקנת השוק אין לבעלים המקורי כל סעד.

התוצאה לפיה תופעל תקנת השוק בנסיבות בהן רכש הקונה את זכותו תמורת אלפית משוויה נראית, על פניה, כצורמת. לפיכך, קיים חשש שבמידה ולא יוצג מוצא אחר, התוצאה הראויה היא שתכתיב את דרך הניתוח של תקנת השוק, ולא להיפך<sup>52</sup>. עם זאת, המצב הקיצוני שתואר בעניין כנען נ' U.S.A. הוא תוצר של הפגם החוזי בלבד – העובדה שהצדדים לא היו ערים לתכונותיו האמיתיות של הממכר – ואין הוא אופייני לסיטואציות בהן קיים פגם קנייני. ניתוק בין הפגם החוזי לפגם הקנייני, וחשיפת הדרכים באמצעותן מאפשר המשפט לבעלים המקורי להסתמך על כל אחד מהם, חיוניים לצורך עיצוב ראוי ונטול פניות של תקנת השוק.

ולבסוף, הפתרון המוצע לעיל מלמד כי ניתוב הבעלים המקורי לתביעה המסתמכת על הפגם החוזי שבהסכם המכר מרחיב את תחום שיקול הדעת הניתן לבית המשפט בנוגע ליצירת איזונים כספיים בין זכויות הבעלים המקורי והקונה<sup>53</sup>. אמנם, הנכס יושב לבעליו, אך לבית המשפט ניתן שיקול דעת להגן על אינטרס

49 לפחות לעניין סעיף 10 לחוק המקרקעין, נקבע שאין צורך בתמורה מלאה, אלא די בתשלום חלק מהותי מהתמורה. ראה ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מו(5) 1, 21–25.

50 ראה לעיל הערה 9.

51 לשאלה אם בעידן המודרני, בו חלק ניכר מהקשיים בזיהוי סחורה גנובה שהיו קיימים בעבר אינם רלוונטיים עוד, יש עדיין מקום לקיומה של תקנת שוק, ראה B. Davenport & A. Ross "Market Overt" *Interests in Goods* (N. Palmer & E. Mckendrick ed., 1993) 469-486.

52 כך, למשל, האם באמת ראוי לקרוא לתוך סעיף 34 לחוק המכר דרישת תמורה מהותית אובייקטיבית שאיננה כתובה בו? ודוק, התיבה "נמכר" שברישת הסעיף, יכולה לספק בסיס להצבת דרישת "תמורה" במטרה להבחין בין עסקאות חסד לעסקאות מסחריות (במקרה זה בין מכר למתנה). עם זאת, דרישת "תמורה" זו מתייחסת למניע העסקה, ולא לקיום התאמה אובייקטיבית בין ההתחייבויות (השווה פרידמן וכהן, כך א, לעיל הערה 28, בע' 473–476). אכן, ניתן להביא שיקולי מדיניות לכאן ולכאן בעניין זה, אך בכל מקרה אין להכריע את הכף על סמך מקרים, כדוגמת עניין כנען נ' U.S.A., המאפשרים מציאת פתרון מספק בנתיב אחר.

53 למותר לציין כי ניתוב זה מוצדק, מבחינה עניינית, רק במקרים כדוגמת פסק הדין בעניין כנען נ' U.S.A. בהם הקושי הייחודי נוצר בשל הצטברות של פגם חוזי ופגם קנייני. דומה שפירוש סובייקטיבי של תקנת השוק, ברוח גישתו של השופט טירקל, תואם יותר מגמה זו מאשר הפירוש האובייקטיבי שניתן על ידי דעת הרוב.

ההשבה ואינטרס ההסתמכות של הקונה. במצב הדברים הנתון, בו פעלה הקונה בתום לב, אני סבור שאיזונים אלה מהווים יתרון חשוב: באמצעותם ניתן להבטיח שייעשה צדק לא רק עם הבעלים המקורי של התמונה, אלא גם עם הקונה שהפגינה, לפחות על פי העובדות המוצגות בפסקי הדין, אזרחות למופת.