

אלו מציאות שלו – תקנת השוק במיטלטלין: בעקבות ע"א 8922/22 מכון ז'בוטינסקי בישראל נ' המלך דוד מכירות פומביות בע"מ

מאת

אבי וינרוט* ואריק מגידש**

פתח דבר

בעניין **כנען** כתב השופט ברק "ידועה האימרה כי מקרים קשים מביאים לדין רע. כשלעצמי סבור אני כי האימרה צריכה להיות, כי דין רע מביא למקרים הקשים. תפקידנו כשופטים הינו לגרום לכך כי במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותנו מקרה קשה יביא לדין טוב".¹ הווי אומר, כי דין טוב אמור ליצור התנהגות טובה. הוא מחשבה תחילה שמביאה לסוף מעשה טוב. בהתאם לכך, אחד מן השיקולים בקביעת כללי ההכרעה במקרים של תאונות משפטיות אמור להיות מניעת התאונה מראש. ברם, נראה להלן כי בתנאי תקנת השוק במיטלטלין, כפי שהתעצבו על ידי הפסיקה, אין כל התייחסות או משמעות להתנהלות הבעלים המקורי באופן שעלול להביא להישנות מקרים נוספים של תאונות משפטיות דומות. דוגמא מובהקת לכך מצינו בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין **מכון ז'בוטינסקי**.² במאמר זה נבקש להציע הטלת חובת תום לב אובייקטיבית על הבעלים המקורי כתנאי לשלילת תקנת השוק. בהתאם לכך, אם הבעלים המקורי לא נקט אמצעי שמירה ולא השקיע אמצעים בפיקוח על הנכס או באיתורו לאחר האובדן או הגניבה, הוא יאבד את זכותו לטובת הקונה. לדעתנו, הטלת חובה מסוג זו תתמרץ את הבעלים לנקוט באמצעים שיפחיתו את הסיכון לתאונה משפטית.

תקנת השוק ודרישת התמורה

"תקנת השוק" היא אנומליה בדיני קניין. היא עושה עוול לבעלים של נכס ומעבירה את הבעלות לאדם אחר, בלא שהבעלים המקורי מכר את הנכס. לכאורה, מכיוון שאין אדם יכול למכור יותר ממה שיש לו (Nemo dat quod non habet), אפשר היה לומר כי הרוכש לא יכול לקבל זכות קניין כלשהי כאשר רכש זכות ממי שאינו בעליה. עם זאת, יש מקרים שאדם יכול לקנות נכס ממי שאינו הבעלים ולהפוך לבעליו. מקרים אלה חוסים תחת הגנתה של "תקנת השוק", שתכליתה לשרת את זרימת מסחר הנכסים שהעברתם

* פרופסור חבר ומרצה לדיני קניין בפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי פרס.

** עורך דין במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות', עורכי דין. תודתנו לצוות מערכת תגובות משפט, שגיאי נדלר, שי לאופר ודוד פליידרביש על הערות בונות, חכמות ומחכימות.

1 דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות-הברית**, פ"ד נז(2) 632, פס' 10 לפסק הדין של הנשיא ברק (20.2.2003) (להלן: **עניין כנען**).2 ע"א 8922/22 **מכון ז'בוטינסקי בישראל נ' המלך דוד מכירות פומביות בע"מ** (נבו) (25.2.2026) (להלן: **עניין מכון ז'בוטינסקי**).

נעשית בתנאי שוק.³ הגיונם של הדברים הוסבר במקורותינו בתמצית: "וזהו תקנת השוק, שאם אמרת כל שילך לו דבר ויבוא וימצא אותו אצל אדם, יקח אותו בלא דמים – אין אדם קונה מחבירו כלום, שיאמר: עכשיו יבא בעליו ויקח אותו".⁴ תקנת השוק היא אפוא מעין הפקעה של זכות הבעלות מהבעלים המקורי והעדפת האינטרס הציבורי לצורך ביצור הביטחון המסחרי ותקינות חיי המסחר.

מכיוון שהפקעת נכס מבעליו פוגעת בזכות יסוד חוקתית של הגנה על הקניין,⁵ נקבע בפסיקה כי יש לעמוד באופן דווקני בכל הוראות החוק שיצרו את החריג של "תקנת השוק".⁶ אם אחד מהתנאים הקבועים בחוק אינו מתקיים, אין מקום להפקיע את זכות הקניין של הבעלים המקורי. יתרה מכך, בית המשפט קרא לתוך הוראות סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח–1968, תנאי נוסף שאינו נזכר בו במפורש, לפיו תשלום תמורה על ידי הקונה הוא תנאי להחלת תקנת השוק, וזאת מכיוון שהסעיף עוסק בנכס ש"נמכר" והגדרת "מכר" בסעיף 1 לחוק המכר כוללת יסוד של תמורה. תמורה זו גם צריכה להיות ממשיית ולא סמלית.⁷ אך האם עליה לשקף ערך ריאלי של הנכס? יש לזכור, כי שוק של מוצרי יד שנייה מושתת על רכישת נכסים בזול. ברכישה של מוצרים בשוק זה, הקונה מסתכן שהרי אין לו אחריות למוצר, השתמשו במוצר, ייתכן שמדובר במוצר פגום, וייתכן שהוא קנה סחורה שמחירה הריאלי נמוך ממה ששילם. בכל זאת, אנשים פונים לרכוש מוצרים בשוק זה מכיוון שעשויות להיות בו מציאות. בפסק הדין בעניין **כנען** ציין השופט טירקל "ומי מאתנו אינו פוקד שווקים ססגוניים שכאלה בתקווה כמוסה למצוא פריט יקר ערך או אפילו מנורה הטומנת בחובה שד קטן המגשים משאלות ... במחירי מציאה?"⁸ כך גם כתב השופט חשין: "ומי מאתנו לא ניסה, והצליח או שלא הצליח, לקנות "מציאה" בשוק פשפשים".⁹ אם נקבעת הלכה כי רכישה של מציאה אינה מוגנת מכוח תקנת השוק, נמצאנו פוגמים באטרקטיביות של השוק. המחוקק ביקש להגן על המסחר השוטף והקולח בשוק. יש בקיומם של שווקים אלה אינטרס לא רק לקונה המחפש מציאה אלא גם למוכר שמתפרנס בכבוד ממכירת חפצים משומשים, שאנשים יקנו רק אם יחשבו שמא יש בהם מציאה.¹⁰ על אף זאת קבע בית המשפט בעניין **כנען**, בדעת רוב, כי אם התמורה

- 3 ראו למשל ע"א 716/72 **רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ**, פ"ד כז(2) 709 (13.9.1973) (להלן: עניין **רוזנשטיין**); ע"א 4052/19 **י.ש.מ. לבניין בע"מ נ' תדביק בע"מ** (נבו) 13.9.2020; אבי וינרוט **דיני קניין – פרקי יסוד** 245 (מהדורה שלישית 2024).
- 4 אוצר הגאונים, בבא מציעא, חלק התשובות סימן שיא (מהדורת לוי 110).
- 5 המעוגנת כיום בס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 6 ראו ע"א 599/77 **קורצפלד נ' אדלר**, פ"ד לד(2) 29, 34 (9.12.1979): "עצם אופייה המפליג של ההוראה מחייב הקפדה על קיום אותם תנאים שהמחוקק קבע להקניית זכות קניין לרוכש, למרות המקור הפסול שממנו באה לו הזכות". ראו גם דנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה**, פס' 5 לפסק הדין של השופט עמית (נבו) 27.7.2022 (להלן: עניין **סאלחה**).
- 7 לגבי שכירות, קבע המחוקק בס' 3 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 כי מדובר בזכות "שהוקנתה בתמורה...". אולם, אין בפסיקה קביעה כי התמורה חייבת להיות ריאלית. אם יש תמורה ממשיית שאינה סמלית, לרבות טובת הנאה, כנגד זכות החזקה והשימוש, הרי שבפנינו שכירות. אף על פי כן, אם יתעוררו עסקאות נוגדות, סביר להניח שבית המשפט ייבחן האם התמורה שניתנה בגין השכירות הייתה ממשיית. בדומה לכך, גם ביחס לתקנת השוק, מכיוון שעסקינן בהפקעת זכות הקניין של הבעלים המקורי, קבע בית המשפט כי נדרשת תמורה ממשיית.
- 8 עניין **כנען**, לעיל ה"ש 1, בפס' 8 לפסק הדין של השופט טירקל.
- 9 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט חשין.
- 10 יש אפוא להיזהר בתקיעת מקלות בגלגלי שוק זה, המגן על מעוטי יכולת, הנוהגים למכור בו נכסים כדי לפתור בעיות נזילות. בפרפרזה לכך נכונה אמרת חז"ל להיזהר "שלא תנעל דלת בפני לווים".

אינה ריאלית, לא תחול תקנת השוק. הלכה זו נשנתה ואף קיבלה משנה תוקף בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין **מכון ז'בוטינסקי**.

פסק הדין בעניין מכון ז'בוטינסקי

בעניין **מכון ז'בוטינסקי** נדונה מחלוקת בדבר בעלות במכתב שנכתב בכתב ידו של טרומפלדור. המקרה מפעים. טרומפלדור היה כידוע סגן מפקד של "גדוד נהגי הפרדות" אשר גייס לוחמים יהודים לסייע לאימפריה הבריטית במלחמתה באימפריה העות'מאנית במהלך מלחמת העולם הראשונה. במערכה בחצי גליפולי שילם הגדוד מחיר דמים יקר – שמונה מלוחמיו נפלו בקרבות. אחד מהנופלים היה בנימין ורטהיימר, בן למשפחה חרדית. לאחר נפילתו של ורטהיימר, שלח אביו מכתב מרגש לטרומפלדור שבו הביע את חפצו לקבל לידיו בחזרה את התפילין של בנו. טרומפלדור השיב לאב במכתב שאותו חתם באמירה כי בנו נפל כגיבור "בעד עם ישראל ובעד ארץ ישראל"¹¹. מילים אלה מתכתבות עם האמירה האלמותית שמיוחסת לטרומפלדור, בעת שנפל בקרב על תל-חי: "טוב למות בעד ארצנו". מכתב זה נשמר במכון ז'בוטינסקי, שבידו פריטים יקרי ערך הקשורים ליוסף טרומפלדור, שהופקדו אצלו במהלך השנים.¹²

מכון ז'בוטינסקי למד באופן אקראי מידיעה שפורסמה באתר האינטרנט של העיתון "ישראל היום" כי המכתב נמצא בחזקתו של אדם בשם זוהר שלומוב, ומועמד למכירה פומבית על ידי בית מכירות במחיר פתיחה של 100,000 דולר. הכתבה כללה תמונה של המכתב, כשעליו מוטבעת חתימת מוזיאון בית"ר. מופתעים מהידיעה, ניגשו אנשי המכון לבדוק בארכיון המכון, וגילו כי המכתב נעלם ממקומו, ולסברתם – ככל הנראה נגנב ממנו.¹³ שלומוב טען כי רכש את המכתב מעיזבוננו של אספן יהודי-אמריקאי בשם בוב כהן תמורת סך של 600 דולר.¹⁴ בית המשפט קבע כי השכל הישר והגיונם של דברים מלמדים כי תמורתו הממשית של המכתב עולה עשרות מונים על המחיר שבו קנה אותו שלומוב. על כן, לא מתקיימת דרישת התמורה הממשית, ודי בכך כדי לקבוע כי תקנת השוק לא חלה.¹⁵

בעניין זה קיים דמיון רב למקרה שנדון בעניין **כנען**, כאשר הכלל שנקבע בה מכתבי למעשה את התוצאה גם בעניין זה. בעניין **כנען** נפסק, ברוב דעות, כי תנאי תקנת השוק דורשים תמורה ממשית, בהינתן הערך הנסתר של הנכס.¹⁶ לפיכך, בתחרות שבין הרוכש בנזיד עדשים לבין הבעלים המקורי, ידו של הבעלים המקורי על העליונה. השופטים נימקו את עמדתם לא רק על סמך פרשנות של הוראות הדין אלא גם באמצעות טעמים שבמדיניות משפטית. השופטת וילנר העירה, כי בנסיבות שבהן נטען לרכישת בעלות מכוח תקנת השוק בנכס קניין תרבותי, שידוע כי היה בעבר ברשות ארכיון ציבורי, יהא מוצדק לאמץ סטנדרט מחמיר במיוחד של תום לב, שיחייב את הקונה לדרוש ולחקור בזמן הרכישה אחר נסיבות הגעתו של הפריט לידי המוכר.¹⁷ כלומר, לשיטתה של השופטת וילנר, החשיבות הציבורית של אותם נכסי תרבות אמורה להכווין את התנהגות

11 ראו בעניין **מכון ז'בוטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 1-4 לפסק הדין של השופטת וילנר.

12 שם, בפס' 1, 36, 38.

13 שם, בפס' 8-10.

14 שם, בפס' 15.

15 שם, בפס' 54 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

16 עניין **כנען**, לעיל ה"ש 1, בפס' 43 לפסק הדין של השופט אור, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיא ברק, בפס' 5-9 לפסק הדין של השופט חשין, ובפס' 6 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן.

17 עניין **מכון ז'בוטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 58 לפסק הדין של השופטת וילנר.

הרוכשים ולהטיל עליהם חובות נוספות של בדיקה וחקירה שאינן קיימות בהוראת סעיף 34 לחוק המכר.

השופט גרוסקופף הוסיף והעיר, כי תקנת השוק במיטלטלין אינה מיועדת להקנות לרוכש את "מתת השמיים" (windfall) הנדירה שבגילוי סחורה גנובה שהערך הנסתר בה אינו משתקף במחירה – או בלשון פשוטה, להגן על מי שרוכש "מציאות" ממי שאינו בעליהם. לכן, יש לפרש את דרישת התמורה שנקבעה כחלק מתנאי תקנת השוק כתמורה ממשית מבחינה אובייקטיבית. השופט גרוסקופף מבהיר כי יש בהלכה זו כדי לעמעם את התמריץ לשוטט בשוקי פשפשים למיניהם, מתוך תקווה לרכוש בהם בפרוטות חפצים יקרי ערך; ואולם היא ראויה בשים לב לכך שתמריץ מעין זה אינו משרת את בעלי הקניין בנכסים מסוג זה, שאין דרכם למכור נכסיהם בשווקים הללו. השופט גרוסקופף מבהיר כי באמצעות הקביעה כי תנאי לתקנת השוק הוא תשלום תמורה ריאלית לפי שוויו האמיתי של הנכס נסגרות דלתות השוק בפני אפשרות לרכוש מציאות.¹⁸ אם אכן ירוכש אדם מציאה שיש בה רווח גדול מאוד, הוא עלול להימצא במצב שבו בעל הנכס המקורי יטען שלא חלה תקנת השוק ויקבל חזרה את הנכס לידיו.¹⁹

פסק הדין בעניין כנען – הרהורים לאחר מעשה

פסק הדין בעניין **מכון ז'בוטינסקי** צועד בעקבות ההלכה שנקבעה בעניין **כנען**.²⁰ הבה נשוב בקצירת האומר אל עובדות פסק דין זה. גב' כנען, סוחרת בשוק הפשפשים ביפו, רכשה תמורת 250 ש"ח שני ציורים מרוכלת, שנהגה למכור ממכונתה טובין מיד שנייה, ובכללם ציורי "קיטש". לימים, לאחר שהסירה את הציורים ממסגרותיהם לצורכי ניקוי, מצאה גב' כנען כי שני הציורים מסומנים במדבקת המוזיאון היהודי בניו-יורק וחתומים בשם ראובן. גב' כנען פנתה למשטרה ולמוזיאון לברר את העניין, והתברר שמדובר בציורים מקוריים של האמן ראובן רובין שהושאלו לממשלת ארצות-הברית לשם הצגתם בתערוכה של אמנות יהודית במוזיאון היהודי, ומשם הם נעלמו. ממשלת ארצות-הברית ביטחה את הציורים בביטוח עצמי ובעקבות אובדנם שילמה למוזיאון ישראל ולבעליהם המקוריים סך של 115,000 דולר.²¹ ממשלת ארצות-הברית טענה שהתמורה ששילמה גב' כנען אינה ריאלית. גב' כנען השיבה כי בזמן שרכשה את התמונות, לא ידעה שהציורים הם של הצייר רובין וחשבה שאלו תמונות קיטש, ועל כן התמורה ששילמה הייתה ריאלית.²²

המשנה לנשיא (דאז), השופט מישאל חשין, הגדיר את השאלה שנידונה במשפט כך:

"התמורה ששילמה הגב' כנען עבור הציורים הייתה תמורה ממשית על-פי אמת-מבחן ex ante, ואילו על-פי אמת-מבחן ex post, לא הייתה התמורה

18 ראו דברי השופט גרוסקופף תחת הכותרת "הערה שנייה". שם.

19 המשמעות היא אם כן שאין עוד סיבה לסוחרים המחפשים מציאות להגיע אל השוק. הרוכשים בשוק זה יצטמצמו לאנשים מעוטי יכולת שרוכשים מוצרים משומשים. הרוכשים חשופים לסיכונים הטמונים ברכישת מוצרים שאיכותם מוטלת בספק, כך שהם שילמו מחיר יקר מידי, בלי שיש להם סיכוי לרכוש "מציאה" ולהרוויח במקרה שהמחיר נמוך מידי. זו עלולה להיות פגיעה קשה בשוק זה. האם זו תוצאה רצויה?

20 עניין **כנען**, לעיל ה"ש 1.

21 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט לויין.

22 ע"א 5664/93 **כנען נ' United States of America**, פ"ד נא(1) 114, פס' 4 לפסק הדין של השופט טירקל (13.4.1997).

תמורה ממשית. השאלה הנשאלת היא אם נשפוט את מעשה המכר, והתמורה בצדו, מראש - לעת מעשה הממכר - או אם נשפוט אותו בדיעבד, לאחר מעשה הממכר. על כך נחלקו חבריי, מי לכאן ומי לכאן, והגיעה עת שאודיע למי מן המחנות אספח עצמי.²³

אִי־הראליות של התמורה הייתה באותו מקרה תוצאה של "חכמה לאחר מעשה" (ר"ת חלם) וזו כידוע אינה חכמה.²⁴ דעת המיעוט סברה כי התקיימו תנאי "תקנת השוק", ויש להותיר את התמונה בידי גב' כנען.²⁵ אולם, דעת הרוב, הייתה כי התמורה ששילמה הגב' כנען למוכרת לא הייתה "תמורה", שכן נדרשת תמורה ריאלית.²⁶ מסקנה זו אינה מתחייבת מפרשנות של סעיף 34 לחוק המכר, שהרי בסעיף זה כלל לא נכללה המילה "תמורה". מבחינת ההגדרה של "מכר" די לנו בכך שניתנה תמורה כלשהי שאינה תמורה סמלית. יש לשים לב גם לכך כי מכיוון שבעת הממכר הצדדים סברו כי מדובר בתמונת קיטש, הרי שתמורה של 250 ש"ח היא תמורה ממשית בנסיבות העניין. מדוע אם כן סברו שופטי הרוב כי על התמורה להלום לערכו האמיתי של הנכס? נראה כי התשובה לכך נעוצה בטעמים של מדיניות משפטית. השופט ברק ראה בעמדתה של הגב' כנען משום חוסר תום לב, שהרי היא יודעת לאחר מעשה שמדובר בנכס שנגנב מהמוזיאון, והיא שילמה בגינו פרוטות. היושר מחייב במקרה כזה להחזיר את התמונה לבעליה ולכל היותר לדרוש פיצוי הולם בגין הסכום ששולם.²⁷ עמדה זו אינה נקיה מספק, שהרי בדיני חוזים הכלל הוא כי עצם העמידה על זכות חוזית, גם אם היא גורמת נזק לצד השני אינה מהווה כשלעצמה חוסר תום לב.²⁸ אם כן, מקל וחומר כי עמידה על זכות קניינית אינה חוסר תום לב ומכיוון שקנתה את התמונות בתנאים של תקנת שוק, זוהי זכותה ליהנות מהוראות החוק. בדיוק לשם כך נועדה תקנת שוק. אולם, חלק משופטי הרוב יצאו מנקודת הנחה כי גם אם הגב' כנען תמת לב, מן הראוי להכריע לטובת הבעלים המקורי, מחמת שיקולים של מזעור נזקים.²⁹ הגב' כנען תפסיד לכל היותר 250 ש"ח ואילו המוזיאון מפסיד פריט יקר ערך וייחודי. ברם, שגם שיקול זה נוגד לכאורה להכרעתו הערכית של המחוקק שהעדיף את שטף המסחר על פני הבעלים המקורי.

ההיגיון היחיד שיכול להצדיק את דעת הרוב הוא כי גם מבחינת הגנה על חיי המסחר, אין מקום להגן על עסקאות שלא בתמורה ההולמת את ערכם האמיתי של הנכסים. אם

-
- 23 עניין **כנען**, לעיל ה"ש 1, בפס' 6 לפסק הדין של השופט חשין.
- 24 לבחינת הנושא מזווית ראייה של המשפט העברי ראו אברהם וינרוט "חכמה לאחר מעשה" **פרשת השבוע** 459 (פרשת שמיני התשע"ו).
- 25 עניין **כנען**, לעיל ה"ש 1, בפס' 9-11 לפסק הדין של השופט לוין, בפס' 8-9 לפסק הדין של השופט טירקל, פסק הדין של השופט אנגלרד.
- 26 שם, בפס' 44 לפסק הדין של השופט אור, בפס' 6-10 לפסק הדין של השופט חשין, בפס' 6 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן, ובפס' 8 לפסק הדין של הנשיא ברק.
- 27 שם, בפס' 8 לפסק הדין של הנשיא ברק.
- 28 ראו למשל ע"א 18/89 **חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן**, מו(5) 257 (8.10.1992); ע"א 8566/06 **אמריקר שירותי ניהול וייעוץ (1987) בע"מ נ' מליבו - ישראל בע"מ** (נבו) 8.11.2009. על פי הפסיקה, כדי שעמידה על זכות חוזית תיחשב לחוסר תום לב נדרשות נסיבות מיוחדות המעידות על התנהגות של תחכום, תחבולה, הכשלת הצד שכנגד, או ניסיון לרוקן את מטרת החוזה מתוכן. ראו ע"א 1966/07 **אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ** (נבו) 9.8.2010.
- 29 עניין **כנען**, לעיל ה"ש 1, בפס' 5 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן. לדעה דומה בספרות ראו גם Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of *Priorities in Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95 (1991)

אדם רוכש נכס במחיר שהוא נמוך מהשווי האמיתי אבל רק באופן סביר (נניח בשיעור הנופל ב-20% או 30% מהמחיר הריאלי), הרי שהוא ייהנה מתקנת השוק. אבל אם הוא רכש נכס שהוא בגדר של "מציאה פרועה", במחיר הנופל בסדרי גודל מהערך הריאלי (בעניין **כנען** מדובר היה בכ-5 פרומיל מהערך האמיתי), הרי שעל כך לא מגינה תקנת השוק.

בעניין **מכון ז'בוטינסקי** הביא השופט גרוסקופף לידי ביטוי חד את השיקול האמור והבהיר כי לא כל מקרה של שוק כלולים בתקנת השוק. זוהי פרשנות תכליתית שאינה שאובה מסעיף 34 לחוק המכר אלא שתולה בו מטעמים של מדיניות משפטית.³⁰ נקודת ההנחה בפסיקתו של השופט גרוסקופף בעניין **מכון ז'בוטינסקי** היא, כי אם יתנה את תקנת השוק במחיר ריאלי, ידירו את רגלם מן השוק מחפשי מציאות המבקשים לרכוש נכסים גנובים או אבודים.³¹

ספק אם תוצאה זו רצויה מבחינת ההשלכות שלה על השוק. עלול להיווצר מצב שבו העובדה שאין יותר אפשרות להשיג מציאות ממשיות בשוק, תדיר ממנו את רגליהם של קונים רבים, ותעצור את הלב הפועם המניע את השוק. יתרה מכך, יש יסוד להניח שהתוצאה תהיה הפוכה. אנשים שמבקשים לרכוש מציאות שכאלה ימשיכו לעשות כן, אלא שאת מכירתם לא יפרסמו ברבים באמצעות בית מכירות פומביות אלא בשווקים שחורים ואפלים. הגב' כנען הבאה לא תפנה למשטרה עם הצירורים אלא תמכור אותם לסוחר מפוקפק במחיר גבוה יותר, וגם מר שלומוב הבא בתור לא ישתמש בבית מכירות פומבי אלא יעביר את המכתב לאספן הרחק מעיני הציבור. המשמעות היא הקטנת הסיכוי שהבעלים יקבל בחזרה את הנכס. השוק יפרח, אבל שלא לאור השמש. בעניין **דקל** דן בית המשפט בעתירה כנגד הבעת עמדה של שר האוצר בפומבי בדבר זהות הגורם הרצוי מבחינתו לבחירה כיו"ר דירקטוריון של חברה ממשלתית. בית המשפט ציין כי אין פגם בדברים מפורסמים ברבים. אדרבה "אחת הרעות החולות והקשות בסוגיית המיניימם הפוליטיים טמונה בהתערבות הגורמים הפוליטיים הנעשית במסגרתם, רחוק מעיני השמש, ברמיזה שדי בה לחכימא המפלגתי. זהו, בדרך כלל, אופיין של ההמלצות למיניהן, הנלחשות לתוך אוזנו הכרויה של פלוני, בעל השררה ואיש הסמכות. על "מתן בסתר" זה התריע בית המשפט לא אחת".³² הווי אומר, כי יש תופעות שאי אפשר למנוע אותן. מי שינסה להפוך אותן ללא לגיטימיות, רק יגרום לכך – שאותו דבר עצמו ייעשה רק בחשאי.

זאת ועוד, אחד מן השיקולים בקביעת כללי ההכרעה במקרים של תאונות משפטיות אמור להיות מניעת התאונה בעלות הנמוכה ביותר.³³ ברם, נראה כי בתנאי תקנת השוק

30 ראו **עניין כנען**, לעיל ה"ש 1, בפס' 9 לפסק הדין של השופט לוי: "הכול יודו כי פרשנות זו אינה הפרשנות המילולית של הסעיף".

31 **עניין מכון ז'בוטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפסק הדין של השופט גרוסקופף. יצוין כי לאחר מתן פסק הדין הוגשה בקשה לדין נוסף, אך זו נדחתה על ידי נשיא בית המשפט העליון. ראו דנ"א 21662-03-26 **שלומוב נ' מכון ז'בוטינסקי בישראל** (נבו 12.3.2026). החלטה זו מחזקת את המסקנה כי מדובר, לפחות בשלב זה, בעמדה הדומיננטית בפסיקת בית המשפט העליון.

32 בג"ץ 4566/90 **דקל נ' שר האוצר**, מה(1) 028 (3.12.1990).

33 להשקפה על מצבים של תחרות זכויות כ"תאונה משפטית", באופן המצדיק החלתן של אמות מידה עקרוניות המזכירות את המדיניות המשפטית בתחום דיני הנזיקין, ראו למשל ע"א 3086/22 **סבן נ' איטו**, פס' 43, 86 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 17.10.2023); Mautner, לעיל ה"ש 29; חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 199–201, 207–208 (2005); יחיאל בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות" **ספר שמגר מאמרים** כרך ג 459, 482 (2003); מיגל דויטש **קניין** כרך ג 183–185 (2006).

כפי שהתעצבו על ידי הפסיקה בעניין **כנען** ובעניין **מכון ז'בוטינסקי**, אין כל התייחסות או משמעות להתנהלות הבעלים המקורי באופן שעלול להביא להישנות מקרים נוספים של תאונות משפטיות מעין אלה.

הכוונת התנהגות שלילית

אחת הביקורות המרכזיות על כללי ההכרעה הקבועים בתקנת השוק היא, כי יש בהם כדי להשפיע באופן שלילי על התנהגות הצדדים. מי שהטיבו לנסח ביקורת זו ואף הציעו מודל חלופי להכרעה הם שוורץ וסקוט.³⁴ התזה המרכזית המוצגת במאמרם של שוורץ וסקוט, מבקשת להסיט את מוקד הדיון המשפטי מהשאלה הקניינית הפורמלית – "למי שייכת הזכות?" – אל עבר ניתוח פונקציונלי-תמריצי הממוקד ביעילות חברתית. לשיטתם, דיני הרכישה בתום לב אינם צריכים להיתפס כמערכת של חריגים לעקרון ה-*Nemo dat quod non habet* (אדם אינו יכול להעביר יותר ממה שיש לו), אלא כמנגנון להקצאת סיכונים בין שני צדדים תמי לב – הבעלים המקורי והקונה הסופי – במטרה למזער את עלויות המניעה של גניבות ומרמות.

שוורץ וסקוט מצביעים על כשל מובנה בכללים קנייניים בינאריים, המכונה "סיכון מוסרי כפול" (Double Moral Hazard). מצד אחד, כאשר הדין מקצה את הזכות באופן קשיח לטובת הבעלים המקורי ללא תלות בהתנהגותו שלו (כפי שקובעת תקנת השוק), נחלש התמריץ של הבעלים להשקיע באמצעי זהירות למניעת האובדן מלכתחילה (ex-ante). מצד שני, כאשר הדין מגן על הקונה (כפי שקורה לעיתים), נחלש תמריץ הבדיקה של הקונה בנוגע למקור הזכות.

הפתרון המוצע על ידי שוורץ וסקוט לבעיה זו הוא אימוץ "משטר של רשלנות" (Negligence-based rule) כלפי הבעלים המקורי. לפי מודל זה, הבעלים יזכה בהשבת הנכס רק אם יוכיח כי נקט באמצעי זהירות סבירים למניעת הגניבה ופעל בשקידה ראויה לאיתור הנכס לאחר היעלמותו. שוורץ וסקוט מציעים מספר אינדיקטורים מעשיים לרמת הזהירות הנדרשת כגון: תיעוד מסודר, ביטוח, שימוש באמצעי אבטחה מקובלים ודיווח מהיר למאגרי מידע רלוונטיים. בהתאם למנגנון זה ייקבע, כי במידה והבעלים התרשל, הקונה בתום לב יגבר עליו.³⁵

ביקורת זו של שוורץ וסקוט מבוססת על תפיסה רחבה של החקיקה במערכת הכלכלית המודרנית. זו אינה עוד "שומר לילה" המגיב רק לכשלים נקודתיים בלבד, אלא כלי מרכזי לעיצוב פני השוק, תוך חתירה להשגת יעדים מקרו-כלכליים וחברתיים רחבי היקף.³⁶

34 Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Rethinking the Laws of Good Faith Purchase*, 111 COLUM. L. REV. 1332 (2011).

35 ודוק, שוורץ וסקוט טוענים כי במקרה של התרשלות מצד הבעלים, הדין צריך להגן על הקונה גם אם זה האחרון התרשל. הם מסבירים כי מטרתם לצמצם את ההפרעה שנישול בלתי רצוני מחזקה עלול לגרום. אולם, כאשר הבעלים מאתר את החפץ, הוא כבר נפגע עקב הגניבה או הנטילה שלא כדין. לחלופין, ייתכן שלא נפגע כלל, משום שמסר את החפץ במסגרת עסקת מכר ולכן מלכתחילה לא ציפה לקבלו בחזרה. לכן, עלויות ההפרעה של הבעלים כבר הוצאו ואינן ניתנות להשבה (או שלא התקיימו כלל) במועד שבו הדין נדרש להכריע בהקצאת הזכות, וסביר שהבעלים כבר הסתגל להפסדו ככל שניתן. לעומת זאת, הקונה הסתגל לכך שהחפץ בבעלותו, ולא לאפשרות שייאלץ לאבדו. לפיכך, הטלת ההפסד על הבעלים מענישה את התנהגותו הרשלנית, אך אינה מוסיפה לפגוע בו.

36 לדוגמה מובהקת לכך ראו חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט–1959. תכליתו של החוק, כפי שמעיד שמו, היא לתמרץ משקיעים להשקיע בפעילויות ובמיזמים כלכליים בישראל. על תכלית החוק ראו ע"א 2895/08 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה בע"מ, פס' 23

גישה זו מבוססת על ההבנה כי כוחות השוק לברם אינם מבטיחים תמיד תוצאה אופטימלית מבחינת הרווחה החברתית. לפיכך, החקיקה נדרשת לכוון את השחקנים הכלכליים לעבר התנהגות הרצויה למשק בכללותו. במילים אחרות, המחוקק פועל מתוך ראייה פרואקטיבית המבקשת ליצור תנאי שוק אופטימליים מראש (ex-ante), ולא רק להגיב לכשלים שהתממשו (ex-post). בהתאם לכך, בבחינת דיני תקנת השוק אין די בשאלה למי מן הצדדים "צודק" להקנות את הזכות במקרה הקונקרטי. יש לבחון גם איזה כלל הכרעה ייצור מראש תמריצים ראויים, ימזער את עלויות המניעה ויגדיל את הרווחה המצרפית. שיקולי היעילות כאן אינם חלופה לצדק, אלא חלק מן ההצדקה הנורמטיבית לעיצוב הכלל המשפטי.

קביעה לאחר מעשה לפיה נכס ששווה הון רב ונרכש במחיר מציאה לא עומד בתנאי תקנת השוק מביאה את הנכס אל הבעלים המקורי, גם אם הבעלים התרשל בשמירה עליו. אמנם יש בהכרעה זו משום אישוש לאינטואיציה מוסרית בסיסית המבכרת את הבעלים המקורי של הנכס הגנוב או האבוד, אולם היא מתעלמת מכך שבהיעדר "מחיר" שנגבה מהבעלים בגין רשלנותו, התוצאה היא תמריץ שלילי להשקיע בשמירה על הנכס. מאידך גיסא, כלל ההכרעה הקבוע בסעיף 34 לחוק המכר, אינו כולל תנאים בדבר חובת בדיקה של הקונה ואף קובע כי רשלנות אינה עולה כדי חוסר תום לב.³⁷ קביעה שהנכס שייך לקונה אף אם התרשל ולא ערך בדיקה יסודית של מקור הבעלות בנכס ודרך רכישתו, יוצרת מצע נוח מאוד לגניבה, שהרי ניתן יהא לרכוש את הנכס בתנאי שוק בבטחה. התוצאה היא, שנוצר אותו "סיכון מוסרי כפול" שעליו מצביעים שורץ וסקוט. לבעלים אין תמריץ לשמור על נכסיו כדי למנוע תאונה משפטית ולרוכש אין תמריץ לבדוק את מקור הנכס כדי למנוע תאונה משפטית. בפנינו אפוא סעיף חוק שמפרשים אותו ב"חכמה שלאחר מעשה" אבל אין בו חכמה שלפני מעשה.

מודל של תום לב דרצדדי

הפתרון המוצע על ידינו לבעיה זו הוא פרשנות מחודשת של הוראת סעיף 34 לחוק המכר, כמי שכוללת בחובה גם חובת תום לב אובייקטיבית דרצדדית, הן של הבעלים המקורי והן של הקונה. במסגרת זו, יישמרו כללי תקנת השוק כפי שנקבעו בסעיף 34 לחוק המכר וכפי שהתפרשו בפסיקה, אך תתווסף להם חובת תום לב אובייקטיבית דרצדדית כאמור, שתכליתה לעודד התנהגות מיטבית לפני מעשה. מצד הקונה, חובת תום הלב האובייקטיבית תכלול חובת בירור מדורגת: ככל שהנכס ייחודי יותר, יקר יותר, או מוקף סימני אזהרה ברורים יותר – כך תגדל הדרישה לבדיקת

לפסק הדין של השופט עמית (נבו 21.2.2010); בג"ץ 5557/13 עוף עוז (שיווק) בע"מ נ' מנהל מרכז ההשקעות במשרד הכלכלה, פס' 41 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 18.12.2017); שגית לוינר וטלי ניר "מדיניות חברתית באצטלה כלכלית: מטרותיה של מערכת המס בישראל" ספר אריה לפידות 127, 161–172 (דוד גליקסברג עורך 2015).

37 עניין רוזנשטיין, לעיל ה"ש 3; ע"א 92/78 שטרית נ' קאר תורס (ישראל) בע"מ, חברה להשכרת רכב, פ"ד לג(1) 331 (1.2.1979); רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ, פ"ד נג(1) 481 (3.2.1999); ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832 (23.12.2002). יחד עם זאת יצוין, כי בשנים האחרונות מצינו קריאה להכללת היבטים אובייקטיביים בבחינת רכיב תום הלב, אם כי באותם מקרים דובר בתום הלב של רשות ציבורית שמנהלת את המקצוע. לעניין זה ראו ע"א 7793/19 מדינת ישראל – רשות הפיתוח נ' עקל (נבו 8.5.2022); עניין סאלחה, לעיל ה"ש 6, בפס' 5 לפסק הדין של השופט עמית.

מקורו ולווידוא תקינותה של שרשרת ההעברה.³⁸ יצוין, כי השופטת וילנר הציעה בעניין **מכון ז'בוטינסקי** לאמץ סטנדרט מחמיר במיוחד של תום לב שיחייב קונה לדרוש ולחקור בזמן הרכישה אחר נסיבות הגעתו של פריט לידי המוכר, אך זו הוגבלה למקרה של רכישת בעלות בקניין תרבותי שידוע כי היה בעבר ברשות ארכיון ציבורי. לדעתנו, נכון להרחיב דרישה זו ולקבוע חובת בדיקה גם ביחס לנכס שאינו "קניין תרבותי", אם יש אינדיקציה שהוא שייך לגורם מסוים שאין זה מדרכו למכור נכסים יקרי ערך בניזד עדישים. כך למשל, אם נמכר בשוק ספר הכולל הקדשה אישית של אישיות מפורסמת לאדם מסוים, שניתן לאתרו בנקל, מן הראוי לשאול את אותו אדם האם הספר יצא ממנו בהסכמתו.

מן העבר האחר, מציעים אנו לקבוע כי תחול חובת תום לב אובייקטיבית גם על הבעלים המקורי. בכלל זה ייבחן בית המשפט: האם מדובר בגוף מוסדי שהחזיק בנכס בעל ערך מיוחד? האם יש תיעוד מסודר מי לקח את הנכס והיכן נמצא בכל עת? האם ננקטו אמצעי שמירה בסיסיים? האם חלף פרק זמן ניכר שבמהלכו ניתן היה לגלות את היעלמות הנכס ולפעול להשבתו? האם הבעלים פנה למשטרה כשגילה כי החפץ נעלם? האם הבעלים ערך ביטוח לנכס כדי למזער את נזקיו? הטלת חובות אלה על הבעלים תתמרץ אותו לנקוט באמצעים שיפחיתו את הסיכון לתאונה משפטית.³⁹

שיקולים אלה עשויים להביא לתוצאה שונה והפוכה מזו שהתקבלה בעניין **מכון ז'בוטינסקי**. בעוד שבדרך-כלל אדם פרטי שומר על ממונו (ובפרט כאשר מדובר בממון יקר ערך), הרי שיש טעם לסבור כי בארגונים שבהם הזיקה בין מקבל החלטות לבין העלות הכלכלית של אובדן הנכס חלשה יותר, כגון בגופים ציבוריים או בארגונים ללא כוונת רווח, עלולים להיווצר תמריצים חלשים יותר להשקיע בשמירה על נכסים, אלא אם קיימים מנגנוני פיקוח ובקרה אפקטיביים ומחמירים יותר מאלה של גוף פרטי.⁴⁰ לכן, לדעתנו כלל זה צריך לחול באופן מוגבר ביחס למוסדות אלה.⁴¹

יובהר, כי הצעתנו אינה מבקשת לבטל את דרישת התמורה הממשית שנקבעה בפסיקה ואף לא להחליפה. דרישה זו נותרת תנאי עצמאי לתחולת תקנת השוק. עם זאת, אנו מציעים לקבוע, כי גם כאשר דרישת התמורה אינה מתקיימת, לא יהא הבעלים המקורי זכאי לסעד ההשבה אם הוא עצמו הפר חובת תום לב אובייקטיבית בשמירה על הנכס,

38 ראו פסיקת הרמב"ם, משנה תורה, גניבה, פרק ה, הלכה ב: "הגונב ומכר ולא נתייאשו הבעלים ואחר כך הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכרו פלוני הוא גנבו בפנינו. חוזר החפץ לבעליו והבעלים נותנין ללוקח דמים ששקל לגנב מפני תקנת השוק והבעלים חוזרין ועושים דין עם הגנב. **ואם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנת השוק** ואין הבעלים נותנין ללוקח כלום אלא חוזר הלוקח ועושה דין עם הגנב ומציא ממנו דמים ששקל לו" (ההדגשה הוספה). כלומר, במקרים שבהם יש סממן מובהק שמתריע על כך שיתכן ומדובר בגניבה – הקונה לא ייהנה מהגנת תקנת השוק.

39 המודל המוצע כאן הוא פשוט ליישום וניתן לנסח כללי התנהגות ברורים, שלטעמנו נחוצים במיוחד כדיני הקניין שמחייב ודאות. על מודלים מורכבים יותר ראו ברק מדינה "העדפת הקונה בתמורה ובתום לב במצבי תחרות מול הבעלים המקורי לשם עידוד השקעה בהשגת מידע" **המשפט** ה 117 (2000).

40 ראו והשוו *Andrei Shleifer, State Versus Private Ownership*, 12 J. ECON. PERSP. 133 (1998) ו-*Erica Harris, Christine Petrovits & Michelle H. Yetman, Why Bad Things Happen to Good Organizations: The Link Between Governance and Asset Diversions in Public Charities*, 146 J. BUS. ETHICS 149 (2017).

41 יובהר, כי החובה המוצעת היא אחידה בעיקרה: כל בעלים נדרש לנקוט אמצעי שמירה, פיקוח ואיתור סבירים בנסיבות העניין. עם זאת, תוכן הסבירות אינו אחיד מבחינה יישומית. הוא נגזר מאופי הנכס, משוויו, מזהות המחזיק וממערכות הבקרה שניתן לצפות להן ממנו. משכך, מגוף מוסדי המחזיק נכסי תרבות או ארכיון ציבורי ניתן לצפות לרמת תיעוד, פיקוח ובקרה גבוהה יותר מזו הנדרשת מאדם פרטי המחזיק חפץ מיטלטלין רגיל.

בפיקוח עליו או בנקיטת צעדים סבירים לאיתורו. במקרים אלה תפעל כנגדו מניעות לטעון כי לא התקיימו תנאי תקנת השוק.⁴² המודל המוצע הוא מעין מבחן מדורג. תחילה, נבחנת עמידת הקונה בתנאי תקנת השוק המסורתיים, ובכללם תום לב ותמורה. כמו כן, תיבחן חובת תום הלב האובייקטיבית המוצעת מצד הקונה (האם בדק כראוי). לאחר מכן, ייבחן תום ליבו האובייקטיבי של הבעלים המקורי. ככל שהבעלים התרשל התרשלות משמעותית בשמירה, בתיעוד, בדיווח או באיתור הנכס, הוא יהא מנוע להתנגד לתחולת תקנת השוק ויאיבד את זכותו כלפי הקונה.⁴³ אכן, אם הקונה כשל לעמוד בתנאי תקנת השוק הקבועים בסעיף 34 לחוק המכר, קרי: מכר; נכס נד; מוכר העוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר; המכירה היא במהלך עסקיו הרגיל; קניית הנכס וקבלתו להחזקת הקונה; תום ליבו הסובייקטיבי של הקונה (להלן: תנאי תקנת השוק הקבועים בחוק), לא יוכל הקונה לרכוש את הנכס. אבל, אם חסר רק מרכיב התמורה הממשית, הרי שעסקינן בתוספת שקבעה הפסיקה ויש להעדיף על פניה את האינטרס של עיצוב תנאי השוק ומניעת תאונות משפטיות על ידי כך שהבעלים המקורי יהיה חייב לשמור על נכסו כדבעי, כתנאי להעלאת טענה זו. כמו כן, אם התקיימו כל תנאי תקנת השוק, אך הן הקונה והן המוכר התרשלו מבחינה אובייקטיבית, נראה כי נכון יותר להעדיף את האינטרס של הקונה ולהחיל את תקנת השוק, הן מכיוון שתקנת השוק משרתת אינטרס ציבורי והן מכיוון שאין לאפשר לבעלים להתרשל ולגרום תאונות משפטיות.

לחובות שאנו מבקשים להטיל על הבעלים המקורי אין עיגון לשוני בהוראת סעיף 34 לחוק המכר. אולם, הדבר אינו מונע פרשנות הקוראת חובות אלה כתנאי לזכיית הבעלים המקורי. כך למשל, בית המשפט פירש את סעיף 34 לחוק המכר, העוסק במקרה של מכירה על ידי רשות, כמי שכולל תנאי של תום לב, על אף שאין לו כל זכר בלשון הסעיף.⁴⁴ כמו כן, שימוש דומה נעשה על ידי בית המשפט בהלכת גנו.⁴⁵ באותו מקרה דן בית המשפט בעסקאות נוגדות במקרקעין. לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין, הקונה הראשון בזמן זוכה בנכס אלא אם כן השני השלים את העסקה ברישום במרשם המקרקעין. ברם, בית המשפט (מפי השופט ברק) קבע כי על הקונה הראשון מוטלת חובת תום לב אובייקטיבית הכוללת חובה לרשום הערת אזהרה שתמנע מרוכשים אחרים לעשות עסקה ביחס לאותו נכס. בית המשפט קבע כי באותו מקרה הקונה הראשון הפר חובה זו, ועל אף שהקונה השני לא עמד בתנאי סעיף 9 לחוק המקרקעין – הוא יגבר ויזכה בנכס. הלכת גנו מבטאת אפוא תפיסה עקרונית לפיה גם בעל זכות קודם כפוף לסטנדרט מסוים של התנהגות הוגנת וזהירה כלפי צדדים שלישיים. יתרה מכך, הלכת גנו משקפת לדעתנו תפיסה מודעת של הכוונת התנהגות. החובה לרשום הערת אזהרה נועדה לא רק להגן על הרוכש השני הספציפי, אלא ליצור משטר תמריצים שבו בעל הזכות הראשון ינקוט פעולה פשוטה וזולה המפחיתה את הסיכון לתאונה משפטית. באותו היגיון, ניתן לדרוש מן הבעלים של מיטלטלין יקרי ערך לנקוט אמצעי תיעוד, שמירה, דיווח ואיתור סבירים,

42 לדעתנו גם ההנמקה הראויה בפסק הדין בעניין גנו, להלן ה"ש 45, מושתתת על מניעות ולא על תום לב, ומשום כך ראינו בפסיקה כי גם במקרה שהרוכש הראשון והרוכש השני כאחד כשלו, יועדף הקונה השני בזמן, מחמת המניעות של הקונה הראשון לטעון לזכותו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. לעניין זה, ראו אבי וינרוט "על המשרעת הנורמטיבית בפסק הדין בעניין גנו בעקבות ע"א 7113/11 עזובן המנוח עפ"י מוחמד ביאד נ' סאמי אחמד לחאם" הפרקליט נד 187 (2016) (להלן: וינרוט המשרעת הנורמטיבית).

43 ראו משנה, בבא קמא י, ג. מיצינו כי מי שלא פרסם ברבים מראש כי הנכס גנוב ממנו – אינו יכול לטעון לזכויות בנכס.

44 ע"א 6894/15 זלצר נ' אבירם, פס' 8–9 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 7.9.2017).

45 ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (5.2.2003).

כתנאי לכוחו להתנגד להעברת הזכות לרוכש תם לב. דרך אחרת, דומה במהותה, היא לקבוע מניעות (השתק) של הבעלים המקורי לטעון לבעלות בחפץ כאשר התרשל בשמירה עליו.⁴⁶

ביקורת מהותית יותר על הצבת תנאים אלה כנגד זכות הבעלים המקורי עשויה להיות כי שימוש בסטנדרט של זהירות או התרשלות אינו מצדיק שלילת זכות קניין של הבעלים המקורי. ביקורת זו מבוססת בעיקרה על התפיסה הקלאסית ששררה בעבר בדבר זכות הקניין כמתחם של שרירות בעלים. אולם, מזה שנים שהמשפט עובר לתפיסה רחבה יותר של זכות קניין – כמוסד חברתי, שבצד הזכויות הכלולות בו, מצויות גם חובות לנהוג באחריות כלפי הסביבה.⁴⁷ זאת ועוד, ניתן לומר כי הבעלים המקורי איבד את זכות הקניין הטבעית שלו עם אובדנו או גניבתו של החפץ, שכן הקונה רכש אותו כתנאי שוק ובתום לב הוא המחזיק בנכס.⁴⁸ על כן, הצבת התנאים הנ"ל לטעון כנגד החלת "תקנת השוק" אינה פוגעת בזכות קיימת אלא מונעת קבלת הזכות מחדש.⁴⁹

יישום ההבחנה: בין עניין כנען לעניין מכון ז'בוטינסקי

נדגים את ההבחנה העולה מהחלה של סטנדרט זה באמצעות השוואה בין המקרה שנדון בעניין **כנען** למקרה שנדון בעניין **מכון ז'בוטינסקי**. בעניין **כנען** הציורים אבדו בעת שליחתם בחזרה לישראל לבעליהם המקורי. ממשלת ארצות-הברית לא התרשלה בשמירה על הציורים בעת שהיו בחזקתה. יתרה מכך, ביחס למשלוח נעשה ביטוח לציורים על ידי ממשלת ארצות-הברית ובעקבות אובדן הציורים, שילמה למוזיאון ישראל ולבעלים המקורי של הציורים את סכום הביטוח. כלומר, נעשה ניסיון לשמור על ערכו של הנכס. לכן, גם אם היינו מחילים תנאי של חובת שמירה ופיקוח כתנאי לטעון כנגד תחולתה של תקנת השוק, הייתה ממשלת ארצות-הברית עומדת בתנאי זה. לעומת זאת, בעניין **מכון ז'בוטינסקי**, בפנינו מקרה מצער שבו נכסי תרבות של החברה הישראלית נעלמים בלי שהמכון שם לב שהם לא בידו. אם בעלים לא ישמרו בית – שווא שקד מחוקק. אין להרשות מצב שבו נכסי צאן ברזל של הציבור מגיעים לשוק הפרטי בדרך זו ומי שמופקד על השמירה לא שם לב. לכן, על פי הסטנדרט המוצע לא היה ראוי לאפשר למכון ז'בוטינסקי לזכות בנכס בטענה שהמחיר ששולם לא הולם את ערכו. אם הערך כל כך גבוה והנכס כל כך חשוב – מדוע לא שמר עליו? מכוח האחריות שלו לתאונה המשפטית

46 להבחנה בין חובת תום לב אובייקטיבית לבין קיומו של השתק בהקשר זה ראו וינרוט המשרעת הנורמטיבית, לעיל ה"ש 42.

47 עמדנו על כך במקומות אחרים, ראו אבי וינרוט ואריק מגידש "ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצמתים של חיכוך לאורך חיי המשכון" **משפט ועסקים** כז 1 (2022); אבי וינרוט ואריק מגידש "הפקעה לשם בנייה למגורים – נטילה מן הפרט לצורך הפרט" **שערי משפט** י 9 (2020); ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, **רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נו(4) (28.1.2002); אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** כרך ג: זכויות חוקתיות 1273–1274 (2023); עופר גרוסקופף "על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" **משפט ועסקים** י 317, 327–334 (2009).

48 הנחת המוצא היא כי המחזיק הנוכחי בנכס מיטלטלין הוא בעליו של הנכס. הנחת מוצא זו מוצאת ביטוייה באמרה הידועה בדין האנגלו-אמריקאי "possession is ninth-tenths of the law", ובחזקה המקובלת במשפט העברי לפיה "מה שתחת ידו של אדם – שלו הוא". גם במשפט הישראלי יש לחזקה זו מהלכים – ככל שמדובר בנכס נד, דהיינו מיטלטלין, להבדיל ממקרקעין. ראו יהושע ויסמן **דיני קניין: החזקה ושימוש** (2005).

49 ראו והשוו ע"א 839/90 רז **חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין**, מה(5) 739 (25.11.1991).

שאירעה, יהא מושתק מלהעלות טענה זו, בדיוק כפי שרוכש שלא רשם הערת אזהרה מושתק מלהעלות טענה כי הוא היה הראשון שרכש את הנכס.

יתרה מכך, בעניין מכון ז'בוטינסקי קבע בית המשפט הגנה מיוחדת לנכסי תרבות וקבע חזקה שהמכון לא מכר את מכתבו של טרומפלדור. על כן, מי שרוצה לטעון שהנכס נרכש על ידו – צריך להרים את נטל הראיה ולהראות את שרשרת הבעלות עד לשלב המכירה. נקודת המוצא של בית המשפט הייתה כי מכיוון שמדובר בנכסי תרבות, הרי שהאינטרס הציבורי מחייב לשמור עליהם לטובת הדורות הבאים. ברם, שאינטרס זה עצמו הטיל אחריות על המכון לשמור היטב על המסמך שהופקד בידו. מכיוון שמכון ז'בוטינסקי לא עשה כן, נסתרת החזקה שראוי להפקיד בידי את המכתב להמשך המשמורת. אדרבה, אם המכון אכן מעוניין בנכס, יואיל נא להשתתף בהתמחרות ולשלם את תמורתו כנדרש. לאחר שיעשה כן וישלם מחיר ריאלי, ישוב וירוויח את זכותו בנכס ועיקר העיקרים – הציבור ירוויח הכוונה לעתיד של דרך התנהגות ראויה המחייבת שמירה על נכסי תרבות.

המורם מן האמור כי נכון להחיל במסגרת סעיף 34 לחוק המכר חובת תום לב דר צדדית מעין זו שהוחלה ביחס לסעיף 9 לחוק המקרקעין. על פי חובה זו, לא יוכל רוכש לזכות בהגנה של תקנת השוק אם היו לנכס סממנים המעוררים חשד שמא מדובר בנכס שיצא מבעליו שלא בהסכמה. כמו כן, לא יוכל בעלים מקורי להעלות טענות כנגד החלת תקנת השוק אם הוא מצדו התרשל בשמירה על הנכס.