

תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין

מאת

ישראל צינגלאוב*

מאמר זה מוקדש לזכרו של חברי רס"ן
נדב מילוא ז"ל, מפקד פלוגת ההנדסה
של חטיבת הצנחנים, אשר נפל בקרב
בלבנון ביום א' בתמוז תשנ"ז (16.7.1997).
יהי זכרו ברוך.

מאמר זה עוסק בתקנת השוק במיטלטלין במשפט העברי ובמשפט הישראלי. בחלקו הראשון של המאמר, המוקדש לתקנת השוק במשפט העברי, יסקר תהליך התפתחותה של התקנה מאז ימי המשנה והתלמוד ועד היום. במסגרת זו יוצגו וינתחו המוסדות המשפטיים השונים ששימשו בעיצובו של הדין, וכן הדרך שבה חתר המשפט העברי לאון בין אינטרסים נוגדים של צדדים יריבים, בין היתר באמצעות יצירת כללי הכרעה גמישים. בחלקו השני של המאמר, העוסק במשפט הישראלי, יידון כלל ההכרעה שנקבע בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, וייטען כי כלל זה נקשה מדי ומשום כך במקרים מסוימים עלול להחטיא את מטרתו. בהמשך הדברים ידונו השיקולים השונים שיש לבחון בעת קביעת כלל הכרעה לדילמה שמעמידה התחרות בה עוסקת תקנת השוק, ותוצע דרך לקביעתו של כלל הכרעה חדש.

מבוא. א. תקנת השוק במשפט העברי. 1. ההסדר בתקופת המשנה והתלמוד; (א) הלכת היאוש באבדה ובגנבה; (ב) הלכת היאוש כדרך לפתרון התחרות שבין בעלים מקורי לבין צד שלישי; (ג) הצורך בהסדר משלים ויצירת "תקנת השוק"; (ד) סיכום יחסי הכוחות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי בתקופת המשנה והתלמוד; 2. הדיון הבתרי-תלמודי – הנסיגה מהלכת היאוש; (א) הקדמה; (ב) השלב הראשון; (ג) השלב השני; 3. התפתחותה של תקנת השוק; (א) התנאים והסיגים לתחולתה של תקנת השוק; (ב) פיתוחו של כלל ההכרעה בהסדר תקנת השוק; 4. סיכום ביניים: תקנת השוק במשפט העברי; ב. תקנת השוק במשפט הישראלי. 1. כלל ההכרעה בדין הישראלי; 2. דרישת התמורה כתנאי לתחולתה של תקנת השוק; 3. ביקורת הדין המצוי; 4. דרך הפתרון; 5. מערך השיקולים והלבנטיים; 6. הפתרון המוצע; 7. סיכום.

* בוגר הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן. תודתי נתונה לשופט בית המשפט העליון, פרופ' יצחק אנגלרד, לד"ר מנחם פינקלשטיין והחברי מערכת משפטים על הערותיהם מאירות העיניים לשיטות מוקדמות של המאמר.

מבוא

התחרות בין בעליו המקורי של נכס לבין צד שלישי שרכש את הנכס בתום לב ומבלי לדעת כי בכך הוא פוגע בזכויותיו הקנייניות של הבעלים המקורי היא אחד הקונפליקטים המרתקים שהעסיקו וממשיכים להעסיק שיטות משפט שונות בעבר ובהווה. מספר ההסדרים המשפטיים שהוצעו לפתרון של תחרות זו הוא כמעט כמספר שיטות המשפט שהתמודדו עמה.¹ דרכי ההתמודדות הרבות והמגוונות מלמדות על קושי מיוחד בפתרון בעיה זו. ייתכן שקושי זה נובע מכך שניתוח התחרות מנקודת מבט של "צדק" אינו מצליח לקדם את השיטה המשפטית בחיפושה אחרי פתרון הולם.² הסיבה לכך היא שלא ניתן לקבוע מי מהצדדים "צודק" יותר: האם הבעלים המקורי שממנו נגנב הנכס, המבקש לעמוד על זכויותיו הקנייניות, או שמא הקונה התמים שרכש את הנכס כדרכם של קונים בשוק וטוען לגיטימיות החזקתו בו. בשל קושי זה נדרש המשפטן לתור אחר שיקולים נוספים, ליצור על פיהם קריטריונים מתאימים, לאזן ביניהם ולשקלל אותם, ובעזרת כל אלה לבנות הסדר כולל שיבטא את המדיניות המשפטית הראויה בעיניו.

"תקנת השוק" היא השם שניתן הן במשפט העברי והן במשפט הישראלי להסדר המשפטי של התחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי, אולם לא הרי תקנת השוק שבמשפט העברי כתקנת השוק שבמשפט הישראלי. שני ההסדרים שונים זה מזה שוני מהותי. במאמר זה אני מבקש לבחון את תוכנה ואת תהליך התפתחותה של תקנת השוק במשפט העברי, להשוות אותה לדין המצוי במשפט הישראלי ולהציע דרך לשיפורו של הדין המצוי.

שני חלקים למאמר זה. בחלק הראשון אתאר את התפתחותה של תקנת השוק במשפט העברי תוך הדגשת העקרונות המשפטיים ששימשו בעיצובה, השינויים שהתרחשו בה במהלך הדורות והסיבות להם.³ במסגרת דיון זה אראה כי כלל הכרעה שנקבע בתקנת השוק במשפט העברי הוא כלל הכרעה גמיש, המצליח לאזן בין האינטרסים השונים של הצדדים בסיטואציות המגוונות שבהן מתעוררת התחרות הנזכרת. החלק השני של המאמר יוקדש לתקנת השוק במשפט הישראלי, ובו אעמוד על הבעייתיות בכלל הכרעה שנקבע בה לשם פתרון התחרות בין הבעלים המקורי לבין הצד השלישי. אסען כי כלל הכרעה זה נוקשה מדי, עד כי במקרים שונים הוא עלול להביא לקיפוח מיותר של אחד

1 ראו Daniel E. Murray, "Sale in Market Overt," 9 *Int'l & Comp. L. Q.* 24 (1960); רות גורי, "מכר בשוק פתוח", עיתוי משפט ב 92 (תשל"ב); איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968: 677-690 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת גד טדסקי, תשמ"ז).

2 ראו זמיר, העדה 1 לעיל, בעמ' 679.

3 סקירות מקיפות על תקנת השוק במשפט העברי ראו אצל רות ורדפטיג, החוקה במשפט העברי 135-163 (תשכ"ד); נחום רקובר, המסחר במשפט העברי 55-67 (תשמ"ח); אורי שטרזמן, "תקנת השוק במשפט העברי: משמעותה, התפתחותה וחובותיה", דיני ישראל ט, בעמ' ז (תשל"ח-תש"ם).

הצדדים. עוד אבחן את מערך השיקולים הרלבנטיים, לדעתי, לפתרון התחרות המוסדרת באמצעות תקנת השוק, ואנסה להציע דרך לשיפורו של כלל ההכרעה שבדין המצוי. דרך זו תבוסס על שילוב בין העקרונות והשיקולים שבמשפט העברי לבין אלה שהתגבשו במשפט המודרני.

א. תקנת השוק במשפט העברי

שני הסדרים שונים שימשו במשפט העברי לפתרון התחרות שבין בעלים מקורי לבין צד שלישי. ההסדר הראשון נהג בתקופת המשנה והתלמוד. הסדר זה הורכב משילובן של שתי הלכות: במרכזו עמדה הלכת "היאוש" ובצידה, כתקנה משלימה, נמצאה הלכת "תקנת השוק". ההסדר השני נולד בעקבות הביקורת שהושמעה כנגד ההסדר התלמודי לאחר תקופת התלמוד. הסדר זה החל להתפתח בתקופת הגאונים, והתפתחותו נמשכה עד לתקופת הפוסקים האחרונים. הסדר זה מבוסס על הלכת "תקנת השוק" התלמודית שהורחבה ופותחה במרוצת הדורות כדי להתאימה לצורכי הזמן והמקום. בשני הסדרים אלה נדון להלן.

1. ההסדר בתקופת המשנה והתלמוד

ככלל, הן לגבי ההסדר הראשון והן לגבי ההסדר השני, נקודת המוצא של המשפט העברי היא זכות הבעלות בנכס מקנה לבעליה את הזכות לעקוב אחריו⁴ גם לאחר שעזב, בדרך כלשהי, את רשותו. נוסף על זכות עקיבה זו מטיל המשפט העברי חיוב דתי על כל מי שמחזיק בנכס להשיב אותו לבעליו השבה בעין. עיקרון זה נלמד מן הפסוק:

... והיה כי יחטא ואשם והשיב את הגולה אשר גזל או את העשק אשר עשק או את הפקדון אשר הפקד אתו או את האבדה אשר מצא...⁵

זכות עקיבה וחובת השבה גורפות אלה אומנם פורסות הגנה רחבה ויעילה על זכותו של בעל הנכס, אך קשיחותן הרבה עלולה ליצור קשיים ניכרים במצבים שונים. למשל, יישומה של חובת ההשבה במקרה של מציאת אבדה שבעליה אינו ניתן לאיתור יביא לכך שלעולם לא יוכל אף אחד להשתמש או לקנות בעלות בנכס, וכך למעשה יצא הנכס ממעגל הנכסים הסחירים. תוצאה זו אינה רצויה. תוצאה נוספת העלולה לנבוע מיישום דוקני של זכות העקיבה וחובת ההשבה הגורפות היא שבתחרות בין הבעלים המקורי

4 על זכות העקיבה הנובעת מזכות הבעלות ראו שלום אלבק, דיני הממונות בתלמוד 368 (תשל"ו); ודוהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 110; מנחם אלון, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 493–490 (מהדורה שלישית, תשנ"ב).

5 ויקרא, ה', כג. להלכה בעניין זה ראו למשל רמב"ם, גבה, א, יב.

לבין צד שלישי שרכש את הנכס מידי מי שגנב אותו מהבעלים המקורי לעולם יודעף הבעלים המקורי, יהיו אשר יהיו נסיבות המקרה. מתוך מודעות לקשיים אלה פעלו חכמים – הן בדרך של מדרש ופרשנות הכתובים והן בדרך של התקנת תקנות – לצמצום היקפן של זכות העקיבה וחובת ההשבה. צמצום זה נעשה בדרך של קביעת סייגים שונים. הסייג המרכזי שנקבע הוא הלכת היאוש. סייג זה אינו מבטל את עדיפותה של זכות העקיבה של הבעלים, אך בנסיבות מסוימות הוא מאפשר את ניתוק הקשר שבין הבעלים המקורי לנכס ואת קניית הבעלות בנכס על ידי צד שלישי.⁶

(א) הלכת היאוש באבדה ובגנבה

מקורה של הלכת היאוש הוא בדיני השבת אבדה.⁷ המקרה הקלאסי של יאוש בעלים הוא באבדה שלמאבד נותר סיכוי קלוש בלבד למוצאה, למשל חפץ שהתגלגל לקרקעית הנהר ("זוטו של ים"⁸). במקרה כזה אומר בעל החפץ האבוד "וי לי לחסרון כיס", ובכך הוא מראה את יאושו ממצירת הנכס האבוד. מהלך נפש זה העובר על הבעלים מסיקה ההלכה כי יש לראות את הבעלים כמי שזויתר על הבעלות בנכס האבוד. המסקנה המשפטית המתקבלת ממצב דברים זה היא פקיעת זכותו הקניינית של הבעלים – המתייאש – בנכס. הלכת היאוש בודקת את מצבו הנפשי הסובייקטיבי של הבעלים כלפי הנכס שיצא מרשותו, ועקב מצב נפשי זה היא מאפשרת את ניתוק הזיקה הקניינית שבין הבעלים לנכס. הרציונל העומד בבסיס הלכת היאוש הוא שמעת שהבעלים "מתייאש" ומוותר

6 צמצום נוסף של חובת ההשבה הגורפת נעשה על ידי חכמים בדרך של התקנת תקנות ספציפיות שמטרתן להתמודד עם הבעיות במצבים ספציפיים. כך, למשל, תיקנו כי גזלן קונה בשינוי מעשה; ראו ורהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 135–163. תקנה נוספת היא תקנת מריש הגזול המכונה "תקנת השבים"; ראו אלון, הערה 4 לעיל, בעמ' 494. דוגמא נוספת לסוג זה של תקנות היא תקנת השוק שנתקנה כסדר משלים להלכת היאוש ובה נדון להלן. יצוין, כי ההבדל המהותי בין התקנות הללו לבין הלכת היאוש הוא שתקנות אלה הן "חקיקה" של חכמים הנתפסת, גם בעינינו של חכמים, כפריצה מודעת של מסגרת דין התורה מתוך מטרה לפתור בעיה מסוימת. מנגד, הלכת היאוש אינה נתפסת כמנוגדת לדין תורה אלא כסייג מהותי לדיני התורה בדבר הזכויות הצמודות לבעלות, סייג שמקורו בדין תורה עצמו.

7 המקור המדויק של הלכת היאוש בתורה שבכתב שנוי במחלוקת. בתלמוד הירושלמי, ולדעת כמה מפרשים גם בתלמוד הבבלי, נלמדת הלכת היאוש מן הפסוק בדברים, כב, ג: "...אשר תאבד ממנו ומצאתה...". מפרשים אחרים סבורים שלגישת התלמוד הבבלי נלמד הדבר מחלק אחר של אותו הפסוק "...וכן תעשה לשמלתו...". ראו ערך "יאוש", אנציקלופדיה תלמודית כא, קלח–קלט (תשנ"ג) (להלן: "יאוש").

8 ראו בבא מציעא, כא, ב, ופירוש ר' תנאל שם; בבא מציעא, כב, ב; רמב"ם, גולה ואבדה, יא, י. עם זאת יש לציין, כי לדעת כמה פרשנים זכירתו של מוצא אבדה בזוטו של ים אינה מבוססת על הלכת היאוש. לדעה זו, מקור ההלכה הוא בגזירת הכתוב ועל כן היא אפקטיבית גם במקרה שלא היה יאוש בעלים. ראו "יאוש", הערה 7 לעיל, בעמ' קלט.

דה־פקטו על הבעלות בנכס, יכולה גם השיטה המשפטית לתת לגיטימציה לניתוק הזיקה הקניינית, וכפועל יוצא מכך – לבטל את חובת ההשבה. אכן, מבחינה פורמלית, הלכת היאוש איננה מתנגשת חזיתית עם זכות העקיבה וחובת ההשבה, מכיוון שהיא איננה מתמודדת מולן ולא מסייגת אותן ישירות; אולם מבחינה מהותית צומצמו זכויות קניין אלו ותוחמו בגבולות חדשים הנקבעים על פי בחינת עמידותו של הקשר הקנייני עצמו שבין הבעלים לנכס. הלכת היאוש קובעת כי בנסיבות מסוימות ניתן הקשר הקנייני בין הבעלים לבין הנכס: בכך אבדו לבעלים זכויותיו בו, וממילא גם פקעה חובת ההשבה העומדת בתוקפה רק כל עוד לא נותק קשר זה. ניתוק הקשר בין בעלים לבין נכס כתוצאה מיאוש הבעלים דומה במקצת לדרך אחרת שבה פוקעת בעלות על נכס – ההפקר.⁹ אולם, שוני מהותי קיים בין שתי הדרכים הללו. ההפקר הוא מעשה שבו ה"שחקן הראשי" הוא רצונו החופשי של בעל הנכס. במרכזו של מעשה ההפקר מצויה גמירות הדעת של הבעלים לזוטר מרצונו החופשי על זכותו הקניינית בנכס. לעומת ההפקר המתאפיין באקטיביות מצד הבעלים, היאוש הבעלים הוא פסיבי. היאוש הוא תוצאה של הלך נפש העובר על הבעלים המוותר על זכויותיו בנכס. ויתור זה לא נעשה מתוך רצון חופשי ומשוחרר מלחצים אלא מכורח הנסיבות, קרי: מתוך הבנתו של הבעלים כי הסיכוי הממשי להשיב לרשותו את הנכס האבוד קלוש ביותר.¹⁰ להבדל מהותי זה בין יאוש לבין הפקר משמעות רבה. אדם המבקש להפקיר נכס כלשהו המצוי בבעלותו רשאי לעשות כן. הזכות להפקיר נחשבת לאחת מהזכויות הנובעות מבעלותו של אדם על נכס, ואין כל סיבה שהשיטה המשפטית לא תכבד אותה ולא תיתן לה תוקף מלא. לעומת זאת, לגבי יאוש אין הדברים כה פשוטים. האם העובדה שאדם התייאש ממציא נכס שאבד לו מובילה בהכרח למסקנה המשפטית כי בכך הוא "ויתר" על בעלותו בו? זאת ועוד: האם עובדה זו מחייבת את השיטה המשפטית להכיר בויתור זה ולקבוע כי הבעלים איבד את כל זכויותיו בנכס וכי כל מי שיתפוס אותו יזכה בו?

9 הדמיון הוא בכך שבשתי הדרכים פוקעת הבעלות הקניינית בנכס כתוצאה מהלך נפש סובייקטיבי, ובסיטואציה שבה הבעלים פועל לבדו, בניגוד לעסקת הקנאה המתבצעת בין שני צדדים.

10 דעה אחרת ראו אצל אלבק, הערה 4 לעיל, בעמ' 517–557 (בעיקר בעמ' 517, 532). לדעת פרופ' אלבק היאוש וההפקר זהים לחלוטין. שניהם משקפים את גמירות הדעת של הבעלים שהנכס לא ישוב עוד לרשותם לעולם. גמירות דעת זו מביאה, אוטומטית, לאובדן הבעלות בנכס. לדעתי, ניתוחו של פרופ' אלבק תואם אומנם את המצב בהפקר, אך היאוש שונה ממנו בתכלית. כפי שנראה להלן, היאוש הבלתי רצוני הנובע מתוך הבנת הבעלים כי קלושים הסיכויים לחזרת הנכס לרשותו, אינו מוביל בהכרח ובאופן אוטומטי למסקנה המשפטית בדבר ניתוק זיקת הבעלות. לעתים מסקנה זו אכן מוסקת בעקבות יאוש הבעלים ולעתים לא. את ההבחנה בין יאוש להפקר ניתן למצוא כבר אצל הפרשנים הראשונים, וראו, למשל, תוס' בבא קמא, סו, א, ד"ה "כיון"; השו"ת לשו"ת נדע ביהודה (מהדורה תניינא) אהע"ז, סימן עז; כן ראו "יאוש", הערה 7 לעיל, בסוד קמב-קמד, שממנה עולה כי לדעת רוב הפרשנים יש להבחין בין יאוש לבין הפקר. ראו גם והדפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 129.

נראה כי התשובה על כך שלילית. הלכת היאוש איננה פועל יוצא הכרחי ממצבו הנפשי של הבעלים לאחר אובדן הנכס. קבלת הלכת היאוש במקרים אחדים ודחיייתה במקרים אחרים היא בראש ובראשונה תוצאה של מדיניות משפטית שמטרתה צמצום חובת ההשבה, והיא משמשת כלי עזר להתרת הקשר הגורדי של הבעלות. תמיכה ברורה לגישה זו ניתן לראות בסוגיה התלמודית הדנה בקליטת הלכת היאוש מדיני השבת אבדה לדיני גנבה וגזלה.¹¹

הסוגיה התלמודית במסכת בבא קמא¹² דנה בשאלה האם ניתן לעשות שימוש בהלכת היאוש לא רק בדיני אבדה אלא גם בדיני גנבה וגזלה. מטרת קליטתה של הלכת היאוש בדיני גנבה וגזלה היא שזו תשמש אמצעי הגנה לגנב מפני חובת ההשבה בעין של הנכס הגנוב המוטלת עליו. אכן, קיים מכנה משותף בין מקרי אבדה ומקרי גנבה, והוא שבשתי קבוצות המקרים הנכס אינו עוד ברשות בעליו. נוסף על כך, הן באבדה והן בגנבה, בחלק מהמקרים מתרחש יאוש בעלים. יאוש זה מתרחש לאחר שהבעלים מבין שקלושים הסיכויים לכך שהנכס ישוב אליו, אם במציאת האבדה ואם בתפיסת הגנב כשהנכס עדיין בר השגה על ידו. מאידך גיסא קיים גם הבדל משמעותי בין מקרי אבדה לבין מקרי גנבה, והוא באופן שבו הגיע הנכס לידי המחזיק בו, ואשר לטובתו אמורה לפעול הלכת היאוש. מוצא האבדה הוא אדם מן היישוב שהנכס הגיע לידיו בהיתר. במקרה כזה יש לשיטה המשפטית אינטרס לאפשר את חזרתו של הנכס למעגל הנכסים השמישים והסחירים. מכיוון שהנכס הגיע לידיו של מוצא האבדה בהיתר, אין סיבה למנוע ממנו את קבלת הבעלות המלאה עליו. בנסיבות אלה מהווה הלכת היאוש, המעבירה את הבעלות בנכס לידי המוצא, פתרון טוב לקידום מטרה זו. מנגד, במקרה הגנבה, הגנב תפס את הנכס שלא כדין וממשיך להחזיק בו באיסור, בניגוד לזכויות הבעלים ובניגוד לחובת ההשבה המוטלת עליו. משום כך עולות מיד השאלות אם יש מקום להשוות את דינו לדין מוצא האבדה ולהפעיל גם לטובתו את הלכת היאוש, ואם השוואה כזו תהיה ראויה והגיונית.¹³ בבועיה זו נחלקו דעות האמוראים. לדעת כמה אמוראים יש לקלוט את הלכת היאוש מדיני השבת אבדה ולקבוע כי "יאוש קונה" גם בתחום הגנבה והגזלה.¹⁴ נראה כי

11 דעה אודות ראו אצל אלבק, הערה 4 לעיל, בעיקר בעמ' 519, 554. פרופ' אלבק סבור שהיות הנכס סרשותו העולמית של אדם היא זו שמכוננת את בעלותו עליו. בעת שהנכס עזב את רשות בעליו זה גם התיימש ממנו, מיד פקעה הבעלות. דעתי היא שיתכנו מצבים שבהם על אף שהנכס יצא מרשות בעליו ועל אף יאוש הבעלים לא אבדה לבעלים זכותו הקניינית, והאדם המחזיק בנכס יהיה מחויב להשיבו לו.

12 בבא קמא, סו, א.

13 עוד על הבעייתיות שבהשוואה בין דיני אבדה לדיני גנבה וגזלה ראו "יאוש", הערה 7 לעיל, בסור קעט-קפ.

14 זוהי דעתם של רבה, רב ור' שמעון בן לקיש. ראו בבא קמא, סו, א; שם, סו, ב; שם, סו, ב. אמוראים אלה מודעים לקושי שבקליטה זו (בלשונם של חכמים אלה הקושי מוצג כך: האבדה הגיעה לידי מוצאה ב"היתר" ואילו הגנבה הגיע לידי הגנב "באיסורא"), ועל כן הם מעלים ספק באשר ל"מדרגה הנורמטיבית" שבה תמצא הלכת היאוש בדיני גנבה וגזלה. הספק הוא והאם היא

הרציונל המונח ביסוד עמדה זו, המבקשת לקלוט את הלכת היאוש בדיני גנבה וגולה – דהיינו: להפקיע את זכותו החפצית של הבעלים המקורי ולהפוך את הגנב לבעליו של הנכס הגנוב – הוא הרצון להקל על עבריינים לשוב בתשובה.¹⁵ מטרה זו מושגת על ידי כך שפוטרים את הגנב מהצורך להשיב בעין את הנכס הגזול. מובן שהחלת הלכת היאוש בדיני גנבה וגולה אינה פוטרת כליל את הגנב מחובת ההשבה המוטלת עליו; היא רק מקלה עליו בכך שהיא הופכת את חיובו כלפי הבעלים מחיוב קנייני להשבה בעין לחיוב אובליגטורי להשבת ערכו של הנכס הגנוב.¹⁶

מנגד סברו אמוראים אחרים כי אין מקום להיקש בין דיני השבת אבדה לבין דיני גנבה וגולה, וכי אין כל הצדקה ליישום הלכת היאוש בדיני גנבה וגולה לטובתו של הגנב.¹⁷ מוויכוח זה בין חכמי התלמוד ניתן לראות בבירור, כי אימוץ המסקנה המשפטית של הלכת היאוש, לפיה הבעלים המתייאש מאבד את זכויותיו בנכס, איננו פועל יוצא הכרחי ומיידית של מצב עובדתי מסוים.¹⁸ מסקנה זו היא הכרעה משפטית לעשות שימוש במצב עובדתי כאמצעי להגשמתה של מדיניות משפטית רצויה.¹⁹ אני מוצא לנכון להדגיש

תהיה במדרגה זוהי למדרגה הנורמטיבית של הלכת היאוש בדיני השבת אבדה, ותיחשב להלכה מדאורייתא, או שמא היא תימצא במדרגה נורמטיבית נמוכה יותר ותיחשב כתקנת חכמים בלבד, כלומר: הלכה שאיננה נלמדת מפרשנות ישירה של התורה שבכתב אלא נקבעת כחקיקה של חכמים, התורגת מדין התורה המקורי.

15 ואכן, הדעה הגורסת שקליטה זו היא תקנת חכמים מכנה אותה "תקנת השבים". ומפרש רש"י, בבא קמא, סו, א, ד"ה "משום תקנת השבים": "שלא ירא צריך לחזור ולטרוח אחר הגולה עצמה".
16 ראו רש"י, שם, ד"ה "יאוש". יש לציין כי בכך שונה דין היאוש בנכס מדין היאוש באבדה. בעוד שבגנבה מוחלפת חובת ההשבה בעין בחובת השבה אובליגטורית, הרי שבאבדה המוצא קונה את הנכס לחלוטין ואינו נשאר חייב לבעלים מאומה. גם הבלד זה מציב מכשול על דרך ההיקש מדיני אבדה לדיני גנבה וגולה. על כך ראו תוס' בבא קמא, שם, ד"ה "הכא"; רשב"א, שם, ד"ה "מוצא אבדה".

17 זוהי דעתו של רב יוסף, שם, וכן דעתו של רב ששת, בבבא קמא, סו, א. ראו רש"י, שם, ד"ה "חיובא לאור יאוש הוא דאהו מעשד". נראה, כי אמוראים אלה אינם מקבלים את הנימוק שיש להקל על עבריינים, במקרה זה, בשל החשש שדבר זה יביא לחיזוק ידירם ולריבויים של עברי עבירה. משום כך הם מתנגדים לקליטת הלכת היאוש בדיני הגנבה והגולה.

18 פרופ' אלבק מתייחס אומנם לסוגיה זו (אלבק, הערה 4 לעיל, בעמ' 554), מסביר אותה לשיטתו, ואומר כי כוונת האמוראים הסבורים שיאוש לבד אינו קונה היא שהגנב אינו רוכש זכות טובה בנכס מכיוון שעדיין לא היה יאוש מושלם. לדעתי, פרשנות זו איננה עולה יפה עם פשוטו של הטקסט התלמודי. לדעתי, כאשר האמוראים אומרים ש"יאוש אינו קונה" כוונתם היא שאין די ביאוש הבעלים כדי להעביד את הנכס לבעלותו של הגנב. פרשנות זו נתמכת גם בהסברי המפרשים שחלקם חזבו לעיל, ובפסקי ההלכה של הפוסקים העוסקים בסוגיה זו. כך, למשל, הרמב"ם אומר בהלכות גנבה, א, יב: "הגנבה עצמה שהיא ביד הגנב ולא נשתנית חזרת לבעלה בין לפני יאוש בין לאחר יאוש אלא שלאחר יאוש השבת לגנב...". כלומר: על אף יאוש הבעלים לא קנה הגנב את גוף הנכס.

19 מקרה נוסף שבו השתמשו חכמים בהלכת היאוש ככלי להגשמת מדיניות משפטית היא "תקנת

נקודה זו משום שלדעתי יש בה תשיבות הן להבנת השימוש שעשו חכמי המשנה והתלמוד בהלכת היאוש ככלי לפתרון התחרות שבין בעלים מקורי לבין צד שלישי, והן להבנת דחייתו של שימוש זה בתקופות מאוחרות יותר, שבהן ידובר עוד להלן.

(ב) הלכת היאוש כדרך לפתרון התחרות שבין בעלים מקורי לבין צד שלישי

בניגוד לחילוקי הדעות בין חכמי התלמוד בשאלת קליטת הלכת היאוש בדיני הגנבה והגזלה כאמצעי הגנה על הגנב מפני דרישת הבעלים להשבת הנכס הגנוב בעין, נראה כי קיימת הסכמה כללית באשר לאפשרות יישומה של הלכת היאוש כאמצעי הגנה על צד שלישי שאליו הועבר הנכס הגנוב. משורה של סוגיות תלמודיות עולה, כי כאשר בצד יאוש הבעלים קיים אלמנט נוסף של שינוי רשות, כלומר העברת הנכס מרשותו של הגנב לרשותו של צד שלישי, פועלת הלכת היאוש לטובת הצד השלישי, והוא רוכש זכות בעלות מלאה ונקייה בנכס, ללא מחויבות כלשהי לבעלים המקורי.

מקור להלכה זו ניתן למצוא כבר במשנה במסכת בבא קמא, פרק עשירי, משנה ד. משנה זו עוסקת בשני מצבים שונים שבהם מעורבים יאוש ושינוי רשות:

נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת, הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין מהן. המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הלסטין, אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו...

משנה זו אומנם איננה מתייחסת למקרה הפשוט יותר של הקונה מגנב, וכן אין היא מדיגישה את תפקידו החשוב של שינוי הרשות בעיצובו של הדין; אולם כבר פרשני המשנה והתלמוד הראשונים פירשו כי דין המשנה הקובע כי צד שלישי מקבל את זכות הבעלות בנכס הגזול מבוסס על הלכת היאוש ושינוי הרשות.²⁰ נוסף על משנה זו, סוגיות תלמודיות שונות מתייחסות לדין קניית נכס גנוב על ידי צד שלישי (שינוי רשות) לאחר יאוש כדין מקובל וברור מאליו, שאין כל צורך להוכיחו או להביא לו אסמכתה.²¹

סקדיקין". שם נקבע, כי על אף המלל ש"קרקע אינה נגזלת" והלכה המקובלת כי יאוש הבעלים אינו משפיע על זיקת הבעלים לקרקע, תיקנו חכמים שיאוש הבעלים יפקיע את הבעלות על הקרקע. תקנה זו נתקנה כדי לעודד יהודים לרכוש את הקרקעות שנגזלו על ידי האנסים הגרמים. להחזרה ראו אלבק, הערה 4 לעיל, בעמ' 237-242.

20 רש"י, בבא קמא, קיד, א, ד"ה "הרי אלו שלד"; רשב"א, שם, ד"ה 'תנא ומחזיר לבעלים הראשונים'.

21 למשל, הסוגיה בבבא קמא, סח, א, העוסקת בדינו של הגנב שמכר את הנכס הגנוב ועל פי דין התורה מתחייב בתשלומי ארבעה חמישה. מן המשא ומתן התלמודי בסוגיה זו עולה בברור כי אף לעמדות האמוראים (למשל, רב ששת), הסבורים כי יאוש בלבד אינו קונה, צד שלישי הרוכש את הנכס הגנוב לאחר יאוש זוכה לבעלות מלאה בנכס. כך גם הסוגיה בבבא בתרא, מד, א, וראו רשב"ם, שם, ד"ה "ופרכינן וסיפא נמי". כך גם עולה מדבריו של רב הונא בסוכה, ל, א, בעצה שנתן למחרים הקונים הדיסים מן הנוכרים; ראו רש"י, שם, ל, ב, ד"ה 'קרקע אינה נגזלת'.

אכן, ברמה התיאורטית פורסת הלכת היאוש הגנה טובה על צד שלישי שקיבל לרשותו נכס גנוב. מעשית, יישומה של הלכת היאוש אינו פשוט כלל ועיקר. כאמור, הלכת היאוש מבוססת על מצבו הנפשי הסובייקטיבי של הבעלים. לכאורה, בלא ידיעה פוזיטיבית על יאושו של הבעלים לא ניתן להחיל את הלכת היאוש, אך כיצד ניתן לדעת האם התייאשו הבעלים? מובן, שכאשר הבעלים מכריז על יאוש או כאשר ניתן להסיק כי הוא התייאש מדרך התנהגותו הבעיה כלל אינה מתעוררת;²² אולם, מה יהיה הדין כאשר לא ניתן ללמוד דבר מאמירותיו או מהתנהגותו של הבעלים, או כאשר מתברר לצד השלישי כי הוא מחזיק בנכס גנוב והוא חפץ לדעת מהן זכויותיו בו, ואילו הבעלים כלל אינו נמצא או שהוא נמצא וטוען בפני בית הדין כי מעולם לא התייאש מאפשרות חזרת הנכס לרשותו? האם במקרים אלה ניתן להשתמש בהלכת היאוש כאמצעי לפתרון התחרות בין הבעלים לבין הצד השלישי המחזיק בנכס?

בעיה זו ניצבה כבר לפני חכמי המשנה והתלמוד. לשם פתרונה השתמשו חכמים בחזקות ראייתיות שבעזרתן נקבע באיזה מצבים יש להניח שהיה יאוש בעלים והצד השלישי אינו נדרש להוכיח אותו. השימוש בחזקות ראייתיות ניכר כבר מהמשנה במסכת בבא קמא שהובאה לעיל. משנה זו מבחינה בין שתי קבוצות של מקרים. בקבוצה הראשונה מנויים מקרים אשר לגביהם ההנחה היא שהיה יאוש בעלים: "נסלו מוכסים את חמורו ונתנו לו חמור אחר.... הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין מהן". בקבוצה השנייה מנויים מקרים שהדין בהם מותנה בקיומו של יאוש בעלים: "...המציל מן הגיס... אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו". כלומר: לגבי המקרים בקבוצה זו לא קיימת חזקה ראייתית שהתרחש יאוש בעלים, ועל כן יש לבחון כל מקרה לגופו.²³

בתלמוד מופיעות חזקות ראייתיות נוספות וכלליות יותר, הנותנות מענה לקשת רחבה יותר של מקרים. פרטי הדינים של חזקות אלה שנויים במחלוקת תנאים. מחלוקת זו נסבה אודות השאלה באיזה אופן של נטילת נכס מרשות בעליו מתקיימת החזקה שהבעלים מתייאשים, ובאיזה אופן מתקיימת החזקה ההפוכה. לדעת חכמים,²⁴ חזקה היא שבכל מעשה גנבה²⁵ הבעלים מתייאשים, ואילו בכל מעשה גזל חזקה שאין יאוש בעלים. מנגד סובר ר' שמעון בדיוק להיפך: לדעתו, בגזל חזקה היא שיש יאוש בעלים, ואילו בגנבה חזקה היא שאין יאוש. דעה שלישית היא דעתו של ר' יהודה הנשיא, הסובר שבכל מקרה, בין בגנבה ובין בגזל, חזקה שהבעלים מתייאשים.

22 לדעה כי קיים חריג לכלל זה ראו את דבריו של רבה בבבא קמא, קיד, א, בסוגיה העוסקת בחזקות ראייתיות לקיומו של יאוש (סוגיה זו תידון להלן).

23 פרשנות דומה למשנה זו ראו אצל אלבק, הערה 4 לעיל, בעמ' 544-545.

24 המקור למחלוקת זו הוא במשנה, כלים, כו, ת. הדין במחלוקת זו מצוי בגמרא בבבא קמא, סו, ב; ושם, קיד, א. להסבר הדעות השונות ראו "יאוש", הערה 7 לעיל, בטור רכב-רכו.

25 גנב הוא עבריין המבקש להסתיר את זהותו לבל יתגלה בעת ביצוע העבירה. גזלן הוא עבריין שאינו מנסה להסתיר את זהותו ואינו חושש לבצע שוד גלוי לאור היום. ראו רמב"ם, גנבה, א, ג.

להלכה נקבע שחוקות אלה הן חוקות ראייתיות הניתנות לסתירה. כך, גם לדעת חכמים, אם אדם שנגנב ממנו נכס כלשהו מתנהג בדרך המלמדת על כך שהוא אינו מתייאש ואינו מוותר על בעלותו בנכס – למשל, אם הוא ממשיך כל העת לנסות ולהתחקות אחרי עקבותיו של הנכס הגנוב – הרי החוקה שגנבה גוררת יאוש בעלים אינה מתקיימת לגביו.²⁶

באשר לטעמו של הסדר הלכתי זה: כפי שראינו, קיים הברל גדול בין מצב דברים שבו היאוש עומד לעצמו לבין מצב שבו מצטרף אל היאוש שינוי רשות. במקרה הראשון קיימת מחלוקת בין חכמי התלמוד בדבר האפשרות ליישם את הלכת היאוש ולומר שיאוש קונה. רוב החכמים אף נוטים לעמדה שהיאוש אינו מועיל, ועמדה זו התקבלה גם על דעת הפוסקים בתקופות מאוחרות יותר.²⁷ לעומת זאת, במקרה השני יעילותו של היאוש איננה מוטלת כלל בספק. נראה שהסיבה להבדל זה נעוצה בטעמים של מדיניות משפטית. כפי שכבר נאמר לעיל, הלכת היאוש לא הופעלה בדרך פורמלית וטכנית בכל מקום בו התרחש יאוש בעלים. הלכת היאוש הופעלה כדרך להגשמת יעדים של מדיניות משפטית. במקרים שתוצאת הפעלתה הצפויה של הלכת היאוש היא הגנה על העבריין עצמו התנגדו רוב החכמים לקליטתה וליישומה. לעומת זאת, במקרים שנוסף על יאוש הבעלים התרחש גם שינוי רשות ותוצאת הפעלת הלכת היאוש היא הגנה על צדדים שלישיים, ראו בכך חכמי התלמוד תוצאה ראויה ורצויה וקבעו שיש להפעילה.²⁸

26 ראו "יאוש", הערה 7 לעיל, בעמ' רכה, וכן אלבק, הערה 4 לעיל, בעמ' 556. יש להעיר, כי פרופ' אלבק סבור כי בנסיבות מסוימות ההנחה בדבר יאוש של הבעלים איננה חוקה ראייתית הניתנת לסתירה בלבד אלא היא חוקה חלוטה. כך, שעל אף שבמקרה מסוים הבעלים המקורי לא התייאש הרי שבטלה דעתו אצל כל אדם, ואנו נקבע כי היה יאוש בעלים וכל מוצא הנכס יכול לקנותו. לדעתו, הלכה זו היא חלק ממגמת ה'אובייקטיביזציה' של הלכת היאוש, המנסה להפוך אותה למכשיר הלכתי שאינו תלוי בעמדתו הסובייקטיבית של בעל הנכס הספציפי. ביטוי נוסף למגמה זו ניתן לראות במחלוקת אב"י ורבא בענין יאוש שלא מדעת בבבא מציעא, סא, ב (יש לציין, כי שם נפסקה ההלכה כבר תקופת התלמוד כדעתו של אב"י ובניגוד למגמת האובייקטיביזציה). דיון סמנטי במגמה זו, בהתפתחותה ובמשמעויותיה חודג ממסגרתו של מאמר זה.

27 ראו "יאוש", הערה 7 לעיל, בסוד קעז-קעט.

28 יש לציין, כי להבדל זה בין יאוש לבד לבין יאוש שנתחסף עליו שינוי רשות, נתנו כמה פרשנים הסבר שונה מעט ו'טכני' במהותו. הסבר זה מדגיש את עיתוי הגעת הנכס לידי האדם שהלכת היאוש מופעלת לסופו. הגנב עצמו אינו יכול לזכות בבעלות בחפץ בעקבות יאוש הבעלים, מכיוון שהיאוש התרחש לאוד שהגנב נטל את הנכס ולאוד שהוא נתפס כבד ברשתה של חובת ההשבה. בלשון התלמוד, הנכס הגיע לידי ב'איסורא'. לעומתו, הצד השלישי שקיבל את הנכס לאחר יאוש הבעלים, מעולם לא נתפס ברשת חובת ההשבה ואין הוא חב כלפי הבעלים מאומה, ועל כן יכולה הלכת היאוש לפעול לטובתו ולאפשר לו לקנות בעלות בנכס. על פי פרשנות זו תחול הלכת היאוש לטובת הצד השלישי רק במקרה ששינוי הרשות אירע לאחר יאוש הבעלים. עמדה פרשנית זו לא התקבלה על דעתם של הרמב"ם ושל ר"י קארו, מחבר השולחן ערוך. ראו ש"ך על שו"ע, חו"ט, שנג, ס"ק ד; שו"ת משיב דבר, חלק ד, סימן לג.

קליטת הלכת היאוש בדיני גנבה וגזלה יצרה שינוי של ממש בהלכה המקובלת. הלכת היאוש צמצמה את חובת ההשבה המוטלת על המחזיק נכס שאיננו שלו ואת זכות העקיבה של הבעלים המקורי. כתוצאה ממנה רק גנב או גזלן כפופים להן, ואילו צד שלישי שאליו הועבר הנכס הגנוב פטור לגמרי מחלותן. כאמור, קביעתו של הסדר זה היא תוצאה של מדיניות משפטית מחושבת ושקולה; אולם טעמו של הסדר זה לא נזכר בתלמוד בצורה מפורשת. נראה כי על טעם זה ניתן לעמוד מתוך עיון בדבריו של הרמב"ם הפוסק הסדר זה להלכה, ואומר כך:²⁹

נתיאשו הבעלים מן הגנבה, בין שנתיאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתיאשו אחר שמכר, קנה הלוקח בלאושי ושינוי רשות... או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק...³⁰

מדברים אלה ומדברי פרשנים נוספים ניתן ללמוד כי מטרת הלכת היאוש היא להסיר את מגבלות העבירות על נכסים גנובים כדי להגן על ציבור הסוחרים והקונים בשוק ולאפשר חיי מסחר דינמיים וחופשיים.³¹

(ג) הצורך בהסדר משלים ויצירת "תקנת השוק"

כתוצאה מיישומה של הלכת היאוש בדיני גנבה וגזלה ומהשימוש בחזקות הראייתיות שקבעו חכמים, נוצר הסדר הלכתי הפורס הגנה רחבה על זכויותיהם של צדדים שלישיים כנגד הבעלים המקורי. בחינתו של הסדר זה מראה, כי בתחרות שבין הבעלים המקורי לבין צד שלישי נוקטת ההלכה בתקופה זו מדיניות משפטית ברורה וחד-משמעית, המעדיפה את האינטרס של הצד השלישי על פני האינטרס של הבעלים. זאת ועוד: בגלל אופיו של העיקרון שעליו מושתת הסדר זה – המתמודד עם סיטואציית התחרות אך ורק מתוך בחינת מצבו הנפשי הסובייקטיבי של הבעלים המקורי – העדפתו של הצד השלישי היא כמעט מוחלטת, ומותנית בקיומם של יסודות דין יאוש הבעלים ושינוי הרשות בלבד.

בהתחשב בהעדפה חד-משמעית זו של הצד השלישי ניתן לאפיין את הלכת היאוש כבעלת עוצמה רבה, אולם יישומה בפועל אינו פשוט כלל ועיקר. ביסוסה של הלכת היאוש על בחינת מצבו הנפשי של הבעלים המקורי מעמידה את הצד השלישי במצב קשה של חוסר ודאות, הנובע מכך שייתכנו מקרים שבהם הבעלים לא התייאשו. ללא יאוש

29 רמב"ם, גנבה, ה, ג. הלכה זו ועמדתו המיוחדת של הרמב"ם בשאלת התחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי תידון בצורה מפורטת להלן, וראו בטקסט שליד הערות 54-59.

30 הביטוי "תקנת השוק" בדבריו של הרמב"ם כאן מובא כנימוק וטעם להלכת היאוש, ואין הוא מתייחס לתקנת החכמים שכונתה "תקנת השוק", שבה נדון ברחבה להלן.

31 ראה נוספת לכך שזהו טעמה של הלכת היאוש היא ההתייחסות הרבה, אצל מפרשים שונים, לטעמה של "תקנת השוק" ששימשה באותה תקופה כסדר משלים להלכת היאוש. בהתייחסויות אלה מובא ברחבה טעם זה, וראו להלן, בטקסט שליד הערות 34-36.

הבעלים הלכת היאוש איננה ניתנת ליישום. חיסרון זה הביא ליצירת הסדר משני ומשלים שכוונה בתלמוד "תקנת השוק" ונועד לתת פתרון למצבים שבהם לא ניתן להחיל את הלכת היאוש.³² מטרתה של תקנה זו היא להרחיב את היקף ההגנה על זכויותיו של צד שלישי כך שהיא תחול ללא כל קשר למצבו הנפשי של הבעלים המקורי ולעוצמת זיקתו לנכס. עיקרו של הסדר תקנת השוק הוא זה: הצד השלישי נדרש להשיב את הנכס לבעליו המקורי, אך כתנאי להשבתו נדרש הבעלים המקורי להשיב לצד השלישי את הוצאות רכישת הנכס. המקור להסדר תקנת השוק מצוי במשנה במסכת בבא קמא:

המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גובה בעיר ישבע הלוקח כמה נתן ויטול...³³

תקנת השוק חלה הן לגבי מכר מיטלטלין והן לגבי משכונם. לגבי משכון קובעת תקנת השוק כי כאשר אדם הלווה לחברו סכום כסף וקיבל נכס פלוני כמשכון, ולאחר מכן התברר כי נכס זה הוא נכס גנוב, יזכה מקבל המשכון בעדיפות על הבעלים המקורי בשיעור ההלוואה. כלומר: הבעלים המקורי רשאי לדרוש את השבת הנכס לידי, אולם בתמורה עליו לשלם למקבל המשכון את סכום ההלוואה שהמשכון בא להבטיח. פרשנים רבים דנו בטעמה של תקנת השוק ובהיגיון העומד מאחוריה. השאלה הנשאלת היא מהי ההצדקה להעדפת הצד השלישי על פני הבעלים, תוך כרוסם בזכות העקיבה וחובת ההשבה שמקורן בדין התורה? התשובה לכך היא שההצדקה היחידה לתקנה זו היא ההיגיון המשפטי-מסחרי, שתכליתו היא תיקון השוק וייעול חיי המסחר. ההכרעה בסכסוך בין הבעלים לבין הצד השלישי איננה נעשית מתוך שיקולי צדק אלא בעזרת העיקרון, החיצוני לצדדים לסכסוך, של עידוד חיי המסחר החופשיים והדינמיים. העדפת עמדתו של הצד השלישי נובעת אך ורק מהחשש מפני הנוק העלול להיגרם לחיי המסחר אם יועדף הבעלים המקורי. בלשונו של המאירי:³⁴

הרי הלוקח מחזיר כליו וספריו לזה [כלומר: לבעלים] וישבע כמה נתן ויטול. ואף על פי שמן הדין היה ראוי ליטלם בלא החזרת דמיו עשו בו תקנת השוק והוא שתקנו שכל הלוקח בשוק, אף על פי שנודע אחר

32 על משניותה של תקנת השוק לעומת הלכת היאוש ראו גם רש"י, בבא קמא, קיד, ב, ד"ה "נשבע לוקח כמה נתן ויטול"; תוס', שם, ד"ה "המכיר כליו וספריו ביד אחר"; מאירי (שלינגר), בת הבחירה לבבא קמא, פרק עשירי, בעמ' 335-336. ראשונים אלה מסבירים שתקנת השוק רלבנטית אך ורק לפני יאוש בעלים, דהיינו: רק במקום שלא ניתן להפעיל את הלכת היאוש. מדבריהם עולה שתקנת השוק היא הסדר משני ומשלים, שתכליתו לתת פתרון למצבים שבהם לא ניתן להפעיל את הלכת היאוש.

33 משנה, בבא קמא, י, ג; בתלמוד הבבלי: בבא קמא, קיד, ב (משנה זו הסוגיה הדנה בה יכוננו להלן: "הסוגיה התלמודית").

34 המאירי, שם.

כך שמן הגנבה היתה, לא יחזיר אלא בדמים הואיל ובפרהסיא לקח, שאם
כן נעלת דלת בפני המוכרים.^{35, 36}

הן הלכת היאוש והן תקנת השוק קובעות, כי בתחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי יש להעדיף את הצד השלישי כדי לחזק את ביטחונם של הסוחרים ושל הקונים בשוק וכדי להבטיח חיי מסחר חופשיים ודינמיים. ההבדל בין שני ההסדרים הוא שהלכת היאוש היא פתרון פורמלי באופיו, המתנה את הכניסה לד' אמותיו בהתקיימותו של תנאי מקדמי, הוא היאוש. תנאי מקדמי זה איננו נגזר מהמדיניות המשפטית הגורסת כי יש להעדיף את הצד השלישי לשם עידוד חיי המסחר, ואיננו יכול להוות קריטריון לאיזון בין זכויותיו של הבעלים המקורי לבין זכויותיו של הצד השלישי במסגרת מדיניות זו. מנגד, תקנת השוק מציעה פתרון שאינו מותנה בתנאי מוקדם כלשהו. זאת ועוד: בניגוד להלכת היאוש, הקו המנתה את ההסדר שנקבע בתקנת השוק הוא הניסיון למצוא את האיזון בין הצרכים השונים של חיי המסחר הדינמיים תוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של מצבים ספציפיים שונים. ניסיון זה ניכר היטב כבר מתוך העיון במקורות התנאיים והתלמודיים של תקנת השוק, שקבעו את כלל ההכרעה בה ואת ההגבלות השונות שיש להטיל עליה:

35 ראו גם שו"ת רש"י, סימן רמ"א; רבינו יחזקאל הסקן מלונלי (ש"י פרידמן), בבא קמא פרק עשירי, אות ו', עמ' 338, ד"ה "המכיר", "אם יצא לו שם גנבה בעיר"; סמ"ע על שו"ע, ח"מ, שנו, ס"ק ה'; דעה דומה ראו אצל רמב"ם, הערה 3 לעיל, בעמ' 58-59. דעה אחרת ראו אצל ורהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 135-136; שטרומן, הערה 3 לעיל, בעמ' י"ב. לדעתם, מושגת תקנת השוק גם על יסוד מוסרי כי "מידת היושר והצדק חרשת שהלוקח בתום לב מהגנב יקבל מידי הבעלים חזרה מה ששילם בעד החפץ" (ורהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 135). דעתו היא כי שיקולי צדק אינם ממין העניין במקרה זה. עמדתו של הבעלים הנגזל אינה פחות "צדקת" מעמדתו של הצד השלישי (כל זאת בהנחה, כמובן, שבהתנהגות שניהם לא נפל כל פגם, כפי שיוסר עוד להלן). נימוק נוסף שמביא ורהפטיג לעמדתו הוא שגיתן להקיש בין תקנת השוק לבין דינו של משיב אבדה. בדיון משיב אבדה אין חולק על כך שחוב הבעלים בהחזר הצאות משיב האבדה מבוסס על עקרונות הצדק והיושר. לדעתו, היקש זה אינו במקומו. דין משיב אבדה מבוסס על כך שמשיב האבדה הוא מי שטרח בה והוציא הוצאות כדי להשיבה לבעלים, מתוך רצונו הערפי וטוב לבו. משום כך, מידת הצדק חרשת את השבת הוצאותיו. נוסף על כך, הדין גם מעוניין לתת תמריץ למשיב האבדה כדי לעודד מעשים מסוג זה. לעומת זאת, תקנת השוק עוסקת בסכום, ולגדרה נכנס גם מי שמחזיק בנכס "החזקה נוגדת" לבעלים ואינו חפץ להשיב להם את הנכס הגנוב. אדם כזה איננו יכול ליהנות מן "ההגמקה המוסרית" העומדת לזכותו של משיב האבדה.

36 הסבר זה מתייחס לתקנת השוק במסד מיטלטלין. טעם דומה ניתן לתקנת השוק במשכון. כאן, המטרה היא עידוד שוק ההלוואות והבטחה כי "לא תנעל דלת בפני לווים". יצוין, כי בשל טעם זה מבחינה הגמרא בבבא קמא, קטו, א ("גנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהקיפו...") בין מקרה בו משכון הנכס הגנוב על פי דרישת המלווה כתנאי למתן ההלוואה, שבו חלה תקנת השוק, לבין מקרה בו ניתן הנכס הגנוב למלווה כפירעון ההלוואה שניתנה בעבר, שבו לא חלה תקנת השוק. השו"ט שטרומן, הערה 3 לעיל, בעמ' יג-טו.

א. כלל ההכרעה בתחרות בין הבעלים המקורי לבין צד שלישי: בתחרות שבין הבעלים המקורי לבין הצד השלישי העדיפו מתקני תקנת השוק את הצד השלישי. מאידך גיסא, המודעות לפגיעה האנושה בזכויות הבעלים המקורי הביאה לגיסיון למזער אותה תוך איזון בין שני הצדדים המתחרים. בשל כך נקבע, כי עדיפותו של הצד השלישי תהיה כפופה לחובת ההשבה ולזכותו הקניינית של הבעלים. הצד השלישי נדרש להשיב את הנכס לבעלים, וזה מחויב להשיב לו את סך הוצאותיו ברכישת הנכס. התוצאה היא שהעדיפות הניתנת לצד השלישי מסויגת בדרך המבקשת לשמר ככל שניתן את זכויותיו של הבעלים המקורי, ובר בוד לא לפגוע בתקינות חיי המסחר.³⁷

ב. חובת השבועה: על פי דין המשנה מחויב הצד השלישי, כתנאי לקבלת החזר הוצאותיו מהבעלים, להישבע כמה שילם לגנב עבור הנכס הגנוב. לכאורה, שבועה זו מיועדת להיות כלי ראייתי לבחינת גובה הוצאותיו של הצד השלישי,³⁸ אולם בתלמוד הירושלמי מסביר האמורא ר' אבא בר ממל את טעם הטלת השבועה בדרך שונה, ואומר:

בדין הוא שלא ישבע ולמה אמרו ישבע, שלא יהו בעלי בתים נטפלים לגנבים.³⁹

הסבר זה חושף שיקול נוסף שיש לצרף למכלול השיקולים הצריכים להיבחן בעת פתרון הקונפליקט, והוא הצורך להרתיע אנשים מלסחור ברכוש גנוב. העדפה גורפת של הצד השלישי מקטינה את הסיכון שקוני רכוש גנוב נוטלים על עצמם ומהווה תמריץ לסחר ברכוש גנוב.⁴⁰ התלמוד הירושלמי רואה בשבועה משקל נגד לתמריץ זה. לפי הסבר זה, השבועה מוטלת לשם הרתעתו של הקונה מלהיקלע למצב בו יזוק להסדר תקנת השוק. קונה פוטנציאלי של רכוש גנוב יודע כי תקנת השוק אינה פתוחה בפניו באופן אוטומטי: כדי לזכות להגנתה יהיה עליו להישבע. בעולמה של ההלכה, שבועה זו היא אקט מרתיע ביותר.⁴¹ זאת ועוד: נראה כי תיובת השבועה ישפיע לא רק על עברייני פוטנציאלי המתלבט בדבר כדאיות הסחר ברכוש גנוב, אלא גם על הקונה תם הלב. עבור

37 הדגחה היא, ככל הנראה, שעל אף שהשבת הוצאות אינה זהה להמשך החזקת הנכס, היא פורסת הגנה מספקת לציבור הקונים שהשטם העיקרי הוא מפני אובדן השקעתם. בשל כך די בה כדי להבטיח את תקינות מהלכם של חיי המסחר.

38 כך גם עולה מדבריו של הרמב"ם, גנבה, ה, ד.

39 ירושלמי, בבא קמא, פרק עשירי, הלכה ג. כן ראו פירוש פני משה, שם.

40 גם כאשר תום ליבו של הקונה הוא תנאי להגנתו על ידי תקנת השוק, בפועל קשה להוכיח חוסר תום לב. מציאות כזו יכולה לעודד עבריינים לעסוק בסחר ברכוש גנוב, תוך תקווה שלא יצליחו להפריך את חוקת תום הלב שלהם.

41 לא רק שבועת שקר אלא גם שבועת אמת נתפסת כהלכה כדבר שיש להירתע מפניו ולהימנע ממנו ככל האפשר. זאת, בגלל התומרה הרבה של איטור שבועת שקר. ראו טור וש"ע, או"ח, קנו; ראו גם את דבריו של השופט מ' אלון בבג"צ 172/78 בקד"נ אילה, פ"ד לב (3) 370, 386.

תם הלב יהווה חיוב השבועה תמריץ לנהוג ביתר זהירות וביתר ערנות בעת קניית נכסים בשוק.

ג. **גנב מפורסם:** דעתו של רבא בסוגיה התלמודית היא כי במקרה שהקונה רכש את הנכס מ"גנב מפורסם", כלומר: מאדם הידוע ברכים כעבריין רכוש, לא תחול תקנת השוק, והוא יידרש להשיב את הנכס לבעליו ללא זכאות להשבת הוצאותיו. ככל הנראה, ההנמקה שביסוד סייג זה היא שאין מקום להגן על מי שבעת הרכישה היה יכול להעלות בדעתו כי קיים סיכוי סביר שהוא רוכש נכס גנוב. ואכן, אחד מן הפוסקים האחרונים, בספרו ערוך השולחן, מסביר הלכה זו כך:

אם לקח מגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק אף על פי שלקחה בפרהסיא ולא ידע שגנובה היא מכל מקום כיוון שהוא גנב מפורסם היה לו להקונה לחשוש שבודאי גנובה היא ואיהו דאפסיד אנפשיה ומחזיר החפץ לבעלים בלא דמים...⁴²

סייג זה הוא נדבך מרכזי וחשוב באיוון שתקנת השוק מנסה להשיג. הוא מבהיר כי תקנת השוק תפרוס את הגנתה אך ורק על קונה שהולך שולל, על לא כל עוול בכפיו, ולא תחול על מי שהיו בידיו כל הנתונים כדי להעלות בדעתו שעסקת המכר שהוא מבצע מפוקפקת. נציין כבר כאן, כי בתקופה שלאחר התלמוד הורחב סייג זה במידה ניכרת, התגבש לכדי דרישה כללית של תום לב, והפך לאחד מהיסודות המרכזיים של תקנת השוק. סוגיה זו תידון להלן.

ד. "הוכר הגנב": נושא נוסף המעסיק את הסוגיה התלמודית הוא השאלה האם תקנת השוק חלה רק במקרה שהגנב לא נתפס וזהותו אינה ידועה, או שהיא חלה גם במקרה שזהותו של הגנב ידועה, כך שבפני הצד השלישי שקנה ממנו את הנכס הגנוב פתחה הדרך לתבוע ישירות ממנו את השבת הכסף ששילם לו. שאלה זו נתונה במחלוקת אמוראים. לדעת רב, תקנת השוק איננה חלה כאשר הוכר הגנב. נראה כי גישתו של רב היא שיש לצמצם את תחולת תקנת השוק, הפוגעת בזכותו הקניינית של הבעלים, אך ורק למקרים שבהם היא דרושה כדי למנוע פגיעה קשה בקונה, ודרכו – בכל מרקם חיי המסחר. לעומת זאת, כאשר הקונה יכול לקבל פיצוי מלא עבור הוצאותיו מהגנב עצמו, אין לפגוע בבעלים. רב עצמו מסכים כי במקרה שהוכר הגנב אך מתברר כי הוא איש אלים ומסוכן, שהסיכוי לגבות ממנו קטן והסיכון בכך גדול, תחול תקנת השוק. מנגד, לדעת ר' יוחנן תחול תקנת השוק גם כאשר הוכר הגנב. גישתו היא שגם במקרה כזה יש להעדיף את טובת הקונה, לצמצם את הסרת הכרוכה בהשבת הוצאותיו ולהבטיח את ההשבה המהירה והיעילה של כספו ללא כל עיכוב. מחלוקת זו היא דוגמא נוספת למאמץ שנעשה על ידי חכמי התלמוד להגיע להסדר שיאזן בין זכותו הקניינית של הבעלים מחד גיסא לזכותו של הקונה והרצון להגן על

42 ערוך השולחן, חו"מ, שנו, ו.

הביטחון בחיי המסחר מאידך גיסא. וכוח זה בין חכמי התלמוד חושף רובד נוסף בשאלת סיבו של האיזון הראוי, והוא הדילמה האם ההחלטה העקרונית להעדיף את האינטרס של הקונה תקפה גם כאשר משמעותה היא מניעת טרחה מהקונה גרידא, או שמא במקרים מן הסוג הזה הרצון לנהל חיי מסחר תקינים לא נפגע באופן המצדיק הפעלתה של תקנת השוק.

מחלוקת זו הוכרעה כבר בתלמוד עצמו, שבו נפסק כדעת ר' יוחנן ובעד תחולה רחבה של תקנת השוק. אולם, וכוח זה פתח את הפתח לדיונים רבים בתקופות מאוחרות יותר בדבר היקפה הרצוי של תקנת השוק ודרך האיזון בין האינטרסים השונים המתחרים בסכסוך בין בעלים מקורי לבין צד שלישי.

(ד) לסיכום יחסי הכוחות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי

בתקופת המשנה והתלמוד

כפי שראינו, בתקופת המשנה והתלמוד מורכב הפתרון המשפטי לתחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי משני הסדרים שונים המשלימים זה את זה. שני ההסדרים גורסים כי מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה יש להעדיף את הצד השלישי. משום כך, שניהם נדרשים להתמודד עם נקודת המוצא של ההלכה, הגורסת כי זכותו הקניינית של הבעלים כוללת את זכות העקיבה ומטילה על כל מי שמחזיק בנכס חובת השבה.

ההסדר הראשון והעיקרי הוא הלכת היאוש. הסדר זה בנוי על בחינת הזיקה הקניינית בין הבעלים לבין הנכס שיצא מרשותו. הסדר זה פורמלי באופיו, והוא כופף את יישוב המדיניות המשפטית הרצויה – כלומר: את העדפת הצד השלישי – לקיומו של תנאי מקדמי, קרי: אך ורק למקרים שבהם התרחש יאוש בעלים.

ההסדר השני, תקנת השוק, הוא הסדר משני הבא להשלים את החללים שמתירה הלכת היאוש. הסדר זה חל בכל תחרות בין בעלים לבין צד שלישי שבה לא ניתן להפעיל את הלכת היאוש בגלל שעדיין לא התרחש יאוש בעלים. יתרונו הגדול של הסדר זה הוא שהפעלתו איננה מותנית בהתקיימותו של תנאי מקדמי כלשהו שאינו נגזר מהמדיניות המשפטית המבקשת לעודד את חיי המסחר. במרכזה של תקנת השוק עומד הרציונל של עידוד חיי המסחר והניסיון למצוא את האיזון הנכון בין צורכי חיי המסחר וחזכויות שני הצדדים לקונפליקט. לשם השגת תכליות אלה נקבעה נוסחת איזון לחלוקת הזכויות בין הבעלים המקורי לבין הצד השלישי, ונקבעו תנאים שונים להחלתה של התקנה.

2. הדין הבתראתלמודי – הנסיגה מהלכת היאוש

(א) הקדמה

לאחר סיומה של תקופת התלמוד החל תהליך הדרגתי של נסיגה מיישומה, הלכה למעשה, של הלכת היאוש. ניתן לחלק תהליך זה לשני שלבים עיקריים, הן מבחינה כרונולוגית

והן מבחינה עניינית. ראשיתו של השלב הראשון בתקופת הגאונים⁴³ בשלב זה ניתן להבחין בכך שאצל כמה פוסקים, הדינים בתחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי, קיים פער בין תיאור הדין "אליבא דהלכתא" לבין פסיקתו הלכה למעשה. כלומר: בפסיקת הדין ניתן להבחין בשני רבדים שונים: הרובד התיאורטי, שבו נשאר ההסדר התלמודי על כנו, והרובד המעשי, שבו הלכת היאוש איננה מופעלת ובמרומו אף נמתחת עליה ביקורת. פוסקים אחרים בתקופה זו נוקטים דרך אחרת. פוסקים אלה משאירים את העיקרון שבבסיס ההסדר התלמודי על כנו, ומקבלים הלכה למעשה את השילוב שבין הלכת היאוש לתקנת השוק. עם זאת, בפסיקתם עוברת הלכת היאוש שינוי שמטרתו היא ככל הנראה ליצור התאמה בינה לבין תקנת השוק ולהפוך אותה להסדר מאוון יותר.

בשלב השני, שתחילתו בראשיתה של תקופת האחרונים, נוטים פוסקי ההלכה לעמדה רדיקלית יותר. הלכת היאוש אומנם מוזכרת בספרי הפסיקה השונים, אולם פוסקים רבים קובעים באופן מפורש וחד-משמעי כי אין ליישמה עוד הלכה למעשה.

(ב) השלב הראשון

אצל כמה פוסקים ופרשנים בני תקופה זו ניתן למצוא דברי ביקורת על הלכת היאוש בגלל ההסדר חסר האיזון שהיא יוצרת. חוסר האיזון מתבטא במתן עדיפות מוחלטת לצד השלישי בכל מקרה שהתרחש יאוש בעלים. תום לבו ודרך התנהגותו של הצד השלישי אינם מהווים גורם ואין להם כל משקל בקביעת הדין.⁴⁴ ניתן לסכם ביקורת זו בשתי טענות מרכזיות: (א) חוסר האיזון בין הבעלים לבין הצד השלישי מביא לעידוד הפשיעה ולריבוי הסכסוכים והמריבות עקב גניבות רכוש; (ב) חוסר איזון זה גורם להעדפת הצד השלישי גם במקום שאין זה צודק, ראוי או יעיל להעדיף אותו. ביקורת זו הייתה כה כבדת משקל, עד שבכמה קהילות התפתח מנהג שלא ליישם את הלכת היאוש.

אימוץ מנהגים ותקנות בניגוד להלכת היאוש

בבבל התבקש רב שרירא גאון על ידי בני קהילה פלונית לפסוק את ההלכה במקרה שנכס של אחד מבני הקהילה נגזל על ידי נוכרי, וזה מכר אותו, בפחת משוויו, לאדם אחר

43 קשה לעמוד במדויק על מועד תחילתו של שלב זה. כפי שנראה להלן, התייעוד הראשון שלו מופיע בתשובת רב שרירא גאון, ראש הישיבה בפומפדינתא שבבבל במאה העשירית. בתשובה זו מתייחס רב שרירא גאון למנהג שנהג בקהילה מסימת שלא ליישם את הלכת היאוש, אולם מועד תחילתו של מנהג זה אינו מופיע בתשובה זו ואינו ידוע.

44 הסמ"ע בפירושו לשולחן ערוך, חו"מ, שסא, ס"ק ה, מדגיש כי תום לבו של הצד השלישי אינו רלבנטי: "ונראה דאז אפילו אם ידע הלוקח או המקבל שגולה היא אפילו הכי מקרי שינוי רשות וקנאו...". עוד נפסק בסימן זה בשולחן ערוך, כי הלכת היאוש חלה הן על צד שלישי שרכש את הנכס הגנוב בתמורה מלאה והן על צד שלישי שקיבל אותו במתנה. ראו גם ערוך השולחן, חו"מ, שנג, ח; שם, שסא, יא.

מאותה קהילה.⁴⁵ הקונה טען כי הבעלים התיימשו זה מכבר, ועל פי הלכת היאוש עבר הנכס לבעלותו ולבעלים אין עילת תביעה כלפיו. מנגד טען הבעלים כי לא התיימשו ועל כן הנכס צריך לחזור לרשותו. שולחי השאלה מוסיפים ומבקשים את הנתינתו של רב שרירא גאון באשר למנהג שהתפתח בקהילתם:

ואם אמר בעל הפרקמטיא [הבעלים המקורי]: מנהג אצלנו ואצל אבותינו מעולם, שכל מי שאבד לו ממון מישראל בין באבדה בין בגנבה בין על ידי לסטים ומצאו ישראל אחר ביד גוי וקנה אותה ממנו ולא הכיר שהיא של ישראל ובא חבירו והכיר את שלו, שמחזיר את ממנו ונותן לו חבירו מה שהוציא בלבד... והלא רוב הקהלות כולם אינם רוצים לשנות את מנהגם בשביל שהלסטין והגנבים מצויין במקומותינו בכל יום ויום... ובשביל זה נהגו אבותינו כן כדי שלא יאבד ממנום ויבואו אחרים ויטלו מהם ממון חבריהם ובאין לידי מריבות ולידי תקלה.

בתשובתו תיאר ופירט רב שרירא גאון את ההסדר התלמודי, והסביר מתי תחול הלכת היאוש ומתי תקנת השוק, ומהן החזקות הראייתיות לקיומו של יאוש בעלים. אולם, הלכת למעשה הוא קבע כי על השואלים לדבוק ולא לזוז מהמנהג הטוב שהנהיגו אבותיהם.⁴⁶ הנתימוק להעדפת מנהג זה על פני דין התלמוד הוא שמנהג זה הוא "דבר שיש בו תקנה גדולה והסרת מריבות ותקלות".

מהשאלה והתשובה ניתן ללמוד על הבעייתיות שבמוסד הלכת היאוש, במיוחד בתקופה שבה עבריינות רכוש היא דבר נפוץ. בעייתיות זו הביאה ליצירת מנהג הלופי, שעל פיו תוכרע כל מחלוקת בין בעלים לבין צד שלישי בעזרת הסדר הדומה במהותו לתקנת השוק. על פי המנהג, הנכס הגנוב חוזר לידי הבעלים תמורת תשלום הוצאותיו של הצד השלישי. מנהג זה זכה לאישורו ולברכתו של רב שרירא גאון, מגדולי הפוסקים בתקופה זו. מתקני מנהג זה קיוו כי הוא יסייע בהתמודדות עם תופעת עבריינות הרכוש וכן במניעת סכסוכים בתוך הקהילות, בצמצום הפסדיהם של הנגזלים ובהקטנת שוק המסחר בנכסים גנובים.⁴⁷

45 תשובות הגאונים שער צדק, חלק ד, שער א, סימן כ, בעמ' עג-עה (תשכ"ו). שאלה זו נשאלה כדי להכריע במקרה ספציפי, אך בניסוח השאלה הוזכרו השואלים את היריעה ובקשו את התייחסותו של ר' שרירא גאון לסוגיה בכללותה. מכאן חשיבותה של תשובה זו כהנחה כללית.

46 על הלגיטימיות שבהתקנת תקנות ההנהגת מנהגים המנוגדים לדין המסורתי בעקבות הצורך להתאים את הדין לנסיבות המשתנה ראו אלבק, הערה 4 לעיל, בעמ' 46-50, 63-65. יש לציין שהשינוי בדין הנדון במסגרת זו אמנם נובע, לפחות בחלקו, משינוי המציאות (בעיקר בכל הנוגע לגידול בעבריינות רכוש), אולם כפי שאנו רואים וכפי שיתברר עוד להלן, ההסדר המשפטי החדש מסמן מהלך של שינוי יסודי בתפיסה המשפטית וניסיון ליצור הסדר חדש וטוב יותר. הסדר זה אינו "תיקון טכני" בלבד המבקש להתאים את ההסדר הקיים למציאות החדשה. שינוי הנסיבות שימש קטליזטור לבחינה ביקורתית של ההסדר הישן וליצירתו של הסדר חדש ושונה.

47 המעבר מהלכת היאוש לתקנת השוק מביא להקטנת כדאיות הסדר ברכוש גנוב. נסבד זאת:

באשכנז נשאל רבנו גרשום מאור הגולה בדבר מקרה שבו טבעה ספינה שנשאה רכוש של יהודים מעיר מסוימת. במהלך הפעולות להצלת הרכוש שהיה בספינה בזוו נוכרים חלק גדול ממנו. בתגובה תיקנו חכמי הקהילה תקנה, שכל יהודי שיגיע לידו חלק מהרכוש שנבזז יהיה חייב להשיבו לבעלים. בסמוך לכך רכש אחד מבני הקהילה נכס מנוכרי, והתברר כי הוא היה בין הנכסים שנבזזו מן הספינה. הבעלים המקורי טען שעל פי תקנת הקהילות יש להשיב את הנכס לרשותו. מנגד טען הקונה כי זהו מקרה מובהק של יאוש בעלים, וכי על פי הלכת היאוש לגבי אבדה ששטפה נהר⁴⁸ הוא זכה בה כדין. רבנו גרשום פסק⁴⁹ כי יש להשיב את הנכס לבעליו המקורי וכי הלכת היאוש לא תחול. אחד מהנימוקים לפסיקה זו הוא תוקפה ההלכתי של תקנת הקהילות. רבנו גרשום מסביר כי תקנת הקהילות גוברת על דין התורה ודוחה את הלכת היאוש. תוקף זה גובע מהכלל הפקר בית דין הפקר, שלדעת רבנו גרשום הוא כלל רחב החל בכל דור על ראשי הציבור. פסיקה זו מרתקת וחדשנית מכמה היבטים, ובמסגרת זו נעמוד רק על חלקם. תקנת הקהילות איננה מכוונת רק כלפי מי שרכש את הנכס מן הגנב, אלא גם כלפי מי שעל פי דיני מציאת אבדה נחשב לקונה ממוצא אבדה לאחר יאוש בעלים. משמעות הדבר היא שהתקנה תקפה ומחייבת גם כאשר היא עומדת כנגד "הלכה מדאורייתא". דבר זה מלמד הן על כוחם הרב של חכמים⁵⁰ והן על מוטיבציה גדולה לחרוג מהלכת היאוש. עם זאת, יש לשים לב לכך שאין מדובר כאן בתקנה כללית וגורפת המבטלת לחלוטין את תוקפה ותחולתה של הלכת היאוש. התקנה שבה מדובר היא תקנה מקומית שנתקנה במיוחד לאירוע זה, ואינה מתיימרת לחרוג מגבולותיו. מהאמור בשאלה ניתן ללמוד כי תקנה זו דומה לתקנות אחרות שהותקנו באותה תקופה בקהילות אשכנז כדי לפתור בעיות דומות שהתעוררו.⁵¹

מדברים אלה עולה כי גם בקהילות אשכנז נמתחה ביקורת על הלכת היאוש, וזאת ככל הנראה, עקב העדפתה הגורפת את הצד השלישי גם כאשר הדבר אינו צודק ואינו ראוי. ביקורת זו לא הביאה לדחייה מוחלטת וכללית של הלכת היאוש, אלא להתקנת

ייתכנו שלושה מצבים: (א) הקונה תם לב: במקרה כזה תקנת השוק תגן עליו. הגנה זו תואמת מדיניות משפטית ראויה; (ב) הקונה אינו תם לב ומצליחים להוכיח זאת: בניגוד להלכת היאוש, תקנת השוק לא תגן עליו; (ג) הקונה אינו תם לב ואין מצליחים להוכיח זאת: הוא יזכה לתקנת השוק. אדם זה אומנם הצליח להערים על המערכת המשפטית, אך בניגוד לדין הלכת היאוש, שלפיו הוא היה מרויח "את כל הקופה", על פי תקנת השוק הוא יזכה אך ורק להשבת התוצאותיו ולא יגרוף את הרווח שציפה לו.

48 בבא קמא, קיד, א; בבא מציעא כב, ב.

49 שו"ת רבנו גרשום מאור הגולה (אידלברג), סימן סז, בעמ' 154-158.

50 ראו אלון, הערה 4 לעיל, בעמ' 565 הערה 32, וכן בעמ' 724 והערה 61. אלון מביא תשובה זו וכן את תשובת רב שרירא שהובאה לעיל, כשהוא מנתח את הממכת המשפטית של הקהל להתקין תקנות.

51 נאמר שם: "... כמנהג הנהג ברוב קהלות ישראל, שכל מי שיפסיד כלום או בגנבה או בשום עניין שעושיין לו תקנה...".

תקנות מקומיות לשם פתרון אירועים מסוימים. תקנות אלה דוחות את יישום הלכת היאוש מכוח הסכמת הקהל⁵² או מכוח הכלל הפקר בית דין הפקר.⁵³

שינוי הלכת היאוש בדרך הפרשנות

בשונה מרב שריירא גאון ורבנו גרשום, פנה הרמב"ם לפתרון מסוג אחר. לכאורה השאיר הרמב"ם את הלכת היאוש התלמודית על כנה ופסק אותה להלכה, אך בחינה של פסיקה זו מראה כי הוא שינה אותה תוך יצירת התאמה בינה לבין תקנת השוק, עד כמה שהדבר ניתן. בפרק ה מהלכות גנבה⁵⁴ עוסק הרמב"ם בתחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי שרכש את הנכס הגנוב, ובהלכה ב הוא מביא את דין תקנת השוק. בהלכה זו מובאים: (1) עיקרה של התקנה – הכלל כי הנכס שב לבעלים המקורי ומנגד משיב הבעלים לקונה את סכום הוצאותיו; (2) הנסיבות שבהן היא תחול – כל עוד לא התרחש יאוש בעלים; (3) הסייג המרכזי לתקנה – קנייה מגנב מפורסם.

בהלכה ג, כהמשך וכהשלמה להלכה ב,⁵⁵ מתייחס הרמב"ם למקרה שבו היה יאוש בעלים, ופוסק להלכה את הלכת היאוש, תוך שינוי ההסדר התלמודי:

נתייאשו הבעלים מן הגנבה בין שנתייאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתייאשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות, ואינו מחזיר הגנבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם, או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים מפני תקנת השוק אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם.⁵⁶

52 שאלה דומה לשאלה שנשאל רבנו גרשום ותיאור תקנה דומה מובאים גם אצל הראב"ן, בבא מציעא, תחילת פרק שני, ובשול"ת מדר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), חלק ד, סימן תשע. חכמים אלה אינם מבססים את פסיקתם על הכלל שהפקר בית דין הפקר אלא על הסכמת הציבור להתקנתה, כולל "הסכמתו" של קונה הנכס שהתקנה פועלת לרעתו: "... חייב להחזיר מפני תקנת הקהל שתקנה זו תקנה היא לו וניחא לו בה, שאם יאדע לו כעין זה יעשו כמו כן תקנה..." (מהרמ"ם מרוטנבורג, שם).

53 עמדה קיצונית יותר מובאת בשול"ת חכמי פרובינציה, חלק א, סימן כו, ט. בעזרת פרשנות שונה של הסוגיה התלמודית בבבא קמא, קיד, ב, מגיעים האוחזים בעמדה זו למסקנה כי תקנת השוק חלה גם לאודר שהתרחשו יאוש ושינוי רשות. הצד השלישי אינו הופך לבעל הנכס אלא הוא מחויב להשיבו לבעלים תמורת תשלום הוצאותיו. כך, בדרך הפרשנות נמצאת הלכת היאוש מדוקנת מתוכנה (יש לציין שזוהי דעה אחת מתוך שלוש דעות המובאות בתשובה זו). עמדה זו קיצונית אף יותר מעמדתו של רב שריירא גאון שהובאה לעיל, אשר הסתפק באישור המנהג שסטה מהלכת היאוש.

54 הלכה מקבילה ופחות מפורטת מופיעה אצל הרמב"ם בהלכות גולה, ה, ז.

55 יש לשים לב לסדר ההלכות. ראשונה מובאת תקנת השוק ורק לאחריה הלכת היאוש. ייתכן שניתן ללמוד מכך כי לדעת הרמב"ם תקנת השוק הופכת להיות ההסדר החשוב והעיקרי ולא תקנה משנית ומשלימה בלבד.

56 זוהי גרסת המגדל עז, שעל פי ילקוט שינויי הנוסחאות שבמהדורת שבתי פרגל למשנה תורה

ההבדל המרכזי בין הלכה זו לבין הלכת היאוש התלמודית הוא ההבחנה שעושה הרמב"ם בין קנייה מגנב מפורסם לבין קנייה מאדם שאינו ידוע בתור שכזה. הבחנה זו אינה מופיעה בתלמוד לגבי הלכת היאוש אלא לגבי תקנת השוק בלבד, ולמרות זאת פסק הרמב"ם כי הקונה מגנב מפורסם לאחר יאוש בעלים נדרש להשיב לבעלים את ערכו של הנכס הגנוב.⁵⁷ כלומר: לאחר שהתרחש יאוש בעלים קנה הצד השלישי את גוף הנכס ולא ניתן לחייבו להשיב אותו, אך אליבא דרמב"ם, ניתן לחייבו להשיב את ערכו;⁵⁸ ואילו במקרים שבהם נקנה הנכס מגנב שאינו מפורסם אין חובה להחזיר אפילו את ערך הנכס. ההנמקה שנתן הרמב"ם להלכה זו היא "מפני תקנת השוק". תוצאת חידוש זה של הרמב"ם היא שההוטא – הקונה מגנב מפורסם – אינו יוצא נשכר אלא יוצא וידו על התחתונה.

נראה, כי בפסיקה זו ניסה הרמב"ם להמשיך את המסורת התלמודית של הסדר המשלב בין תקנת השוק והלכת היאוש מחד גיסא, ולהפוך הסדר זה למאוזן וראוי יותר מאידך גיסא. ניסיון זה מובהר גם מהנמקתו של הרמב"ם עצמו, המעידה כי הוא מודע לכך שפסיקתו אינה תואמת את ההסדר התלמודי אך היא נחוצה ל"תקנת השוק", כלומר: לשם הסדרתם הראויה וההוגנת של חיי המסחר.⁵⁹

תיאור זה של נסיגה מהלכת היאוש דורש סיוג. לא בכל הקהילות ולא כל הפוסקים

לרמב"ם, היא הגרסה שהופיעה בסתמי היד ובדפוסים השונים של הלכה זו. עם זאת, יש לציין כי אין הסכמה בין נושאי הכלים של הרמב"ם ופרשניו השונים באשר לגרסה הנכונה של הלכה זו. ראו השגות הדאב"ד, פירוש המגיד משנה, פירוש כסף משנה, ופירוש מגדל עוז על הלכה זו. פסיקה זו של הרמב"ם עוררה קושי אצל פרשנים ופוסקים וניתנו לה פירושים שונים. ראו למשל, שור, חו"מ, שנו, ובית יוסף שם; סמ"ע על שו"ע, חו"מ, שנג, ס"ק ז וכן סימן שנו, ס"ק יג; ש"ך, שם, סימן שנו, ס"ק ה, ו; ערוך השולחן, חו"מ, שנג, ו, וכן שם, שנו, ט; שו"ת חתם סופר, חלק ה, חו"מ, סימן נו.

מפשט דבריו של הרמב"ם עולה כי הקונה מגנב מפורסם כאשר היה יאוש בעלים יידרש להשיב לבעלים את מלוא ערכו של הנכס הגנוב. כך גם מפרש אותו ערוך השולחן (הערה 57 לעיל). אולם, כאמור, פסיקה חדשנית ומקורית זו עוררה קושי אצל פרשנים שונים שניסו להסביר את דבריו של הרמב"ם בדרכים אחרות ומתוננות יותר. כאן אציין רק את פירושו המעניין של הש"ך (הערה 57 לעיל), המסביר כי הכוונה היא שהקונה מגנב מפורסם נדרש לשלם לבעלים את ההפרש בין ערכו הריאלי של הנכס הגנוב לבין הסכום ששולם על ידו בפועל. לדעתו, ביסודו של חז"ק זה, שכאמור, אין לו מקור בהלכה התלמודית, עומדים שני טעמים: (א) הרצון להפוך את הקנייה בזול מגנב מפורסם ללא כדאית; (ב) ניסיון לאזן את הלכת היאוש באמצעות קביעה כי במקום שעל פי הלכת היאוש זוכה הצד השלישי בבעלות על הנכס על אף חוסר תום לבו, לא נאפשר לו להתעשר מעבר לערך הסכום ששולם על ידו, ונחייב אותו להשיב את ההפרש האמור לבעלים המקורי כדי להקטין את נזקו של הלוה. על האפשרות ליישם איזון דומה במשפט המודרני ראו להלן, בטקסט שליד הערה 158 ואילך.

בשו"ע, חו"מ, שנו, ב"ג, מקבל המחבר את עמדתו של הרמב"ם ומצטט את פסיקתו זו. אומנם בסעיף ג משמיש המחבר את הנימוק "מפני תקנת השוק", אולם נימוק זה מובא על ידו בהלכה המקבילה, בסימן שנג, סעיף ג.

בתקופה זו חדלו מיישום הלכת היאוש. חלק מהפוסקים המשיכו לדבוק בהלכה התלמודית וליישם את הלכת היאוש הלכה למעשה. הרשב"ץ⁶⁰ למשל, נשאל בדבר דינו של רוכש נכס שהיה חלק ממשענה של ספינה שנשדדה. בתשובתו מנתח הרשב"ץ את הלכת היאוש התלמודית ופוסק אותה להלכה. עם זאת, הרשב"ץ מוסיף ומשבח את מי שרוכש נכס גנוב ורוצה לצאת ידי שמים, ומשום כך מוותר על זכותו ומוכן להשיב את הנכס לבעליו וליטול את הוצאותיו. קונה כזה, "רוח חכמים נוחה הימנו". מתשובה זו עולה כי הרשב"ץ מבין את הבעייתיות שבהלכת היאוש התלמודית, ואף מעודד מוסרית צדדים שלישיים לפעול ברוח תקנת השוק כדי לצאת ידי שמים; אולם הרשב"ץ אינו מאמץ באופן מחייב את "המנהג" נוסח קהילות בבל כרב שרירא גאון⁶¹ ואף לא את ה"תקנה" נוסח קהילות אשכנז כרבנו גרשום.

(ג) השלב השני

בסופה של תקופת הראשונים החלו פוסקי הלכה לנקוט עמדה מפורשת וקיצונית יותר בעניין הלכת היאוש. פוסקים רבים קבעו כי אין ליישם עוד את הלכת היאוש. לדעת פוסקים אלה, בכל מקרה של תחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי יש להפעיל את הסדר תקנת השוק מבלי להתחשב בעובדת קיומו או העדרו של יאוש בעלים. במאה ה-15 נשאל הרב איסרליין⁶² בעל שו"ת "תרומת הדשן", בדבר הגורה עשויה כסף שבעליה מסר אותה לצורף כדי שהלה יתקנה. הצורף "שלח בה יד" ומשכן אותה אצל צד שלישי כבטוחה להלוואה שנשל ממנו. בעל תרומת הדשן פסק כי גם אם נגרוס שעל פי דין תורה קנה הצורף (הגנב) זכות טובה בנכס תחול תקנת השוק. המלווה (הצד השלישי) יידרש להשיב את תגורת הכסף לבעלים המקורי, ומנגד יהיה זכאי לתשלום הסכום שהלווה לצורף.

בעקבות פסיקה זו הלך גם הרמ"א. בהגותו על השולחן ערוך פסק הרמ"א⁶³ שכיום המנהג הוא להשיב את הנכס לבעלים המקורי בכל מקרה, הן לפני יאוש והן לאחר יאוש. הנימוק שנתנים בעל תרומת הדשן והרמ"א לפסיקה זו הוא הכלל "דינא דמלכותא דינא", כלומר: עמדתם היא שבסוגיית התחרות בין בעלים לבין צד שלישי קולטת ההלכה לתוכה את הדין הור שנהג (באשכנז) באותה עת, ודוחה מפניו את ההלכה התלמודית המקורית. הסדר זה דמה במהותו להסדר תקנת השוק התלמודית.

נימוק זה עורר פולמוס בין פוסקי ההלכה ופרשניה. הש"ך⁶⁴ קיבל להלכה את פסיקת

60 ר' שמעון בר' צמח דודאן, אלג'יר, סוף המאה ה-14, בספרו שו"ת תשב"ץ חלק ב, סימן קלו, וראו גם בסימן קלז.

61 על אף שכתשובתו הוא מצטט חלק מהתשובה הנוכחת של רב שרירא גאון, ונראה שזוהי הכרזת פסיקתו בעניין המנהג.

62 מחשובי הפוסקים באשכנז בתקופה זו. בספר תרומת הדשן, חלק א (שו"ת), סימן שט.

63 הגהות הרמ"א לשו"ע, חו"מ, שנו, ז; שם, שסת, א.

64 ש"ך, שנו, ס"ק י.

הרמ"א אך ביקר את הנמקתו. לדעתו, לא ניתן להשתמש בכלל "דינא דמלכותא דינא" כאשר הדין הזר עומד בניגוד מוחלט לדין תורה, ועל כן אין לדחות את הלכת האיש מפני דין המלכות. הש"ך עצמו נימק את עמדתו והסביר כי דחיית הלכת האיש והרחבת הסדר תקנת השוק הן תוצאה של תקנות שהותקנו על ידי הציבור. הכלל הוא כי בדיני ממונות רשאי הציבור להתקין תקנות על אף שהן עומדות בניגוד להלכה התלמודית ולדין תורה. ניתן לראות עמדה זו של הש"ך כהמשך וכפיתוח של דברי רבנו גרשום שהובאו לעיל. כזכור, רבנו גרשום דיבר על תקנות ייחודיות ומוגבלות בהיקפן. לעומתו, הש"ך מרחיב ומדבר על עיקרון בעל תחולה כללית, המבוסס על תקנות שהותקנו על ידי הקהל. עם זאת, גם הש"ך עצמו מודה שהתקנת תקנות אלו הושפעה לא מעט מן הדין הזר. הסבר אחר לפסיקתו של הרמ"א ניתן על ידי בעל "קצות החושן".⁶⁵ לדעתו, אין מדובר בתקנה העומדת בסתירה לדין המקורי, אלא בהלכה שהיא תוצאה של דרישה נורמטיבית המזפנית אל הצד השלישי לנהוג "לפנים משורת הדין", כלומר: הלכת האיש עדיין בתוקף ועקרונית אף יכולה להיות מיושמת, אך בית הדין פונה בדרישה נורמטיבית לכל קונה של נכס גנוב להשיב אותו לבעליו.

ההבדל בין הש"ך לבין קצות החושן אינו סמנטי בלבד, ויש לו נפקויות משפטיות. הלכה המבוססת על הכלל "לפנים משורת הדין" אינה חלה בכל מצב, אלא היא כפופה לנסיבות הספציפיות של המקרה הנדון ולשיקולים רחבים של צדק. על פי שיקולים אלה נבחנת בכל מקרה לגופו ההצדקה ליישומה. כך, למשל, כאשר הבעלים המקורי הוא עשיר ואילו הצד השלישי עני, לא תיושם ההלכה המבוססת על הכלל "לפנים משורת הדין", אלא הדין יחתך לפי ההסדר המקורי של הלכת האיש והקונה העני יזכה בנכס. לעומת זאת, אם דחיית הלכת האיש מבוססת על קליטת הדין הזר או על תקנה כדעת הרמ"א או הש"ך, אין מקום לשקילת שיקולי צדק רחבים: הכלל יופעל בכל מקרה, והנכס יוחזר לבעלים המקורי.

בפרשת לנדסמן נ' הועדה להר ציון, שנדונה בפני בית הדין הרבני בירושלים,⁶⁶ נדרש בית הדין למחלוקת שבין הש"ך ל"קצות החושן". בפני בית הדין נדון סכסוך על כתר של ספר תורה שמקורו בבית כנסת בהונגריה שנבזז על ידי הנאצים בשואה. הכתר חולץ על ידי בנות הברית, הובא לארץ וניתן למוזיאון בירושלים. אנשי המוזיאון טענו כי אין להשיב את הכתר לבעליו המקורי מכיוון שהתרחש יאוש בעלים, בדומה לדין אבדה שנפלה ל"זוטו של ים". בית הדין דן בתחולתה של הלכת האיש בימינו וקבע שיש לקבל את עמדתו של הרמ"א, שלפיה גם לאחר יאוש ושינוי רשות מחויב המחזיק בנכס להשיבו לבעליו המקורי כנגד השבת הוצאותיו. בין היתר עסק בית הדין במחלוקת שבין הש"ך ל"קצות החושן" וקבע שיש להעדיף את עמדתו של הש"ך. לדעת בית הדין, הלכה זו איננה מבוססת על הכלל "לפנים משורת הדין" אלא על תקנת הקהילות, שהיא בגדר עיקרון כללי שיש ליישמו בכל מצב.

65 קצות החושן, שנו, ס"ק ה.

66 תיק תשי"ד/517, לנדסמן נ' הועדה להר ציון, פד"ר א 169.

לסיכום פרק זה: אנו רואים כי מאז תקופת הגאונים העדיפו פוסקים רבים⁶⁷ שלא ליישם את הלכת היאוש הלכה למעשה. את מקומה של הלכת היאוש תפס הסדר תקנת השוק, שהורחב לחול בכל מקרה של תחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי. הסיבות לשינוי זה היו מגוונות וכללו ניסיון למגר את תופעת הגניבות ההולכת ומתרחבת, תקנת קהילות לשם קביעת הסדר מאוזן והוגן יותר, וכן השפעה מהדין הור שנהג באותה עת במדינות שבהן ישבו היהודים. באופן כללי ניתן לומר שהורגש צורך למצוא הסדר משפטי אחיד, מאוזן וטוב יותר מן ההסדר התלמודי.⁶⁸ באשר להסדר "תקנת השוק" עצמו, גם הסדר זה לא נשאר כשהיה בתקופת התלמוד. במהלך הדורות פרשנים ופוסקים רבים עסקו בו, פיתחו אותו ושכללו אותו. הפרק הבא יעסוק בהתפתחות זו.

3. התפתחותה של תקנת השוק

כפי שראינו, בתקנת השוק התלמודית ניסו חכמים ליצור הסדר מאוזן שבו יישקלו וישתקללו הן האינטרסים הפרטיים של שני הצדדים המתחרים בסכסוך והן האינטרסים של כלל החברה. יעדם של אינטרסים כלליים אלה הוא קביעת מדיניות משפטית שמחד גיסא תשמר את הביטחון ואת הדינמיות של חיי המסחר, ומאידך גיסא תהווה תמריץ שלילי עבור עברייני רכוש וסוחרים ברכוש גנוב, כך שתופחת הכדאיות לעבור עבירות רכוש. לאחר סיום תקופת התלמוד, עם הנסיגה מיישום הלכת היאוש והרחבת השימוש בתקנת השוק שתוארו לעיל, המשיכו פרשנים ופוסקים לשכלל ולפתח את תקנת השוק ואת האיזון שהיא מנסה להשיג.

פיתוח זה נעשה בשני מישורים שונים. הראשון עניינו בהיקף תחולתה של תקנת השוק. במישור זה עלו השאלות מתי תחול תקנת השוק ומהם התנאים והסייגים לתחולתה, ונוצרו כללים ועקרונות התוחמים את גבולותיה של תקנת השוק. המישור השני עניינו ביחסים בין שני הצדדים לקונפליקט ובאיזון הפנימי ביניהם. במישור זה עוצב כלל ההכרעה והוגדרה חלוקת הזכויות בין שני הצדדים הבאים בשעריה של תקנת השוק. כפי שנראה להלן, העיקרון המנחה איזון זה הוא החתירה ליישום יעדי המדיניות המשפטית, תוך הקטנת הפגיעה בזכויות הלגיטימיות של הצדדים למינימום ההכרחי.

(א) התנאים והסייגים לתחולתה של תקנת השוק

(1) סייג הגנב המפורסם וחובת תום הלב

הסייג המרכזי שהגביל את תחולתה של תקנת השוק בתקופת התלמוד היה מקרה "הקונה

67 ראו גם ערך השולחן, חו"מ, שסח, ד.

68 יצוין, כי לא כל הפוסקים בתקופה זו דחו את הלכת היאוש כפי שעשה זאת הרמ"א. יש פוסקים שהמשיכו לדבוק באפשרות החלטה של הלכת היאוש, אולם הלכה למעשה מצאו דרכים לעקוף אותה (למשל, שו"ת בנימין זאב, סימן רסא), יש פוסקים שהמשיכו ליישם את הלכת היאוש הלכה למעשה (למשל, שו"ת בית יהודה, חלק אבה"ע"ז, סימן כב, והשו"ת חכם צבי, סימן סח).

מגנב מפורסם". לדעתו של רבא בתלמוד, תקנת השוק אינה חלה לטובת הקונה במקרה זה.⁶⁹ במהלך הדורות השתמשו פרשנים ופוסקים שונים בסייג זה וברציונל המונה ביסודו, ובעזרת פרשנות יצירתית הרחיבו אותו לכדי עיקרון כללי: הרחבה זו נעשתה בעזרת שני גזבכים של פרשנות: הראשון הוא פרשנות הסייג לצורך הגדרת נורמת ההתנהגות המוטלת על צד שלישי בעת ביצוע עסקה עם "גנב מפורסם", והשני הוא פירוש המושג "גנב מפורסם" והגדרתו. הנדבך הראשון הגדיר את הנורמה ואילו הנדבך השני קבע באילו מקרים היא תחול. כתוצאה ממהלך פרשני זה, סייג שהיה מוגבל לסיטואציה ספציפית הפך לעיקרון מוביל ומרכזי בהסדר תקנת השוק. עיקרון זה מטיל על צד שלישי חובה כללית להתנהג ביושר ובהגינות, ובלשון המשפט המודרני: לנהוג בתום לב.

הנדבך הראשון

נתחיל בתיאור הנדבך הראשון. נראה, שכעיקרון הכלל המטיל על הצד השלישי חובה לנהוג ביושר ובהגינות מקובל על כל הפוסקים שעסקו בהלכה זו. אולם, ניסוח אחיד ומוסכם של כלל זה אינו בנמצא, ואף נראה כי באשר לתוכנה המדויק של חובת הגינות זו אין תמימות דעים בין חכמי ההלכה. להלן אנתח את העמדות השונות באשר לגורמת ההתנהגות הנדרשת מהצד השלישי כתנאי לכך שיהיה זכאי להגנת תקנת השוק. בקרב הפרשנים והפוסקים מצויות הגדרות שונות באשר לנסיבות שבהן ייקבע כי צד שלישי נהג בחוסר תום לב.⁷⁰ חלק מהפוסקים מסתפקים ברמה מינימלית של תום לב, ודי להם בכך שהצד השלישי לא ידע על כך שהנכס הנקנה או הממושכן הוא נכס גנוב. לעומתם מגביהים פוסקים אחרים את הרף וקובעים כי תקנת השוק לא תחול כל אימת שהצד השלישי היה צריך להעלות בדעתו שהעסקה שהוא שותף לה איננה כשרה. פוסקים אלה אינם מסתפקים בתום לב טובייקטיבי, אלא מטילים על הצד השלישי חובת תום לב רחבה וחמורה. נבחן את הדעות השונות.

א. חובת תום לב מינימלית:⁷¹ רוב הפוסקים⁷² מקבלים להלכה את דעתו של רבא כי תקנת

69 ראו לעיל, הטקסט שליד הערה 42.

70 בהקשר זה יש לציין כי נקודת המוצא של ההלכה היא שכל אדם נהוג ביושר ובתום לב. ראו על כך, למשל, את דברי ערוך השולחן, תו"מ, שנו, ב. ערוך השולחן פסק כי לא די בחשד של הבעלים המקורי כנגד הצד השלישי כדי למנוע את תחולת תקנת השוק. ראו גם ורהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 144; רקובר, הערה 3 לעיל, בעמ' 65.

71 המינוחים שבהם אני משתמש לצורך הגדרת חובת תום הלב המוטלת על הצד השלישי על פי הדעות השונות, והבחנה בין "חובת תום לב מינימלית" לבין "חובת תום לב רחבה" אינם תואמים את המינוחים המקובלים בהקשר זה במשפט המודרני. במסגרת זו אני מבקש להשתמש במונחים אלה רק לשם הבהרה וחיזוק ההבדלים בין השיטות השונות. באשר לדרישת תום הלב במשפט המודרני ראו להלן, הטקסט שליד הערות 155–157.

72 ראו, למשל, רמב"ם, גנבה, ה, ב; שו"ע, חו"מ, שנו, ב.

השוק אינה חלה בקנייה מגנב מפורסם. יוצא דופן בעניין זה הוא הרא"ש⁷³ על פי פרשנותו את הסוגיה התלמודית דעתו של רבא לא התקבלה להלכה, כך שגם הקונה מגנב מפורסם זכאי להגנת תקנת השוק. אולם, הרא"ש מוסיף ואומר כי במקרה שהצד השלישי ידע שהנכס גנוב לא תחול תקנת השוק. לדעת הרא"ש, אדם הרוכש נכס תוך ידיעה שהוא גנוב איננו פועל בתום לב ואיננו זכאי להגנה. משמעות הדבר היא, כי גם לדעת הרא"ש אנשים הסוחרים ברכוש גנוב אינם יכולים להסתתר מאחורי ההגנה שמעניקה תקנת השוק. מאידך גיסא, דעה זו מצמצמת את הגדרת חוסר תום הלב למצב של ידיעה בפועל בלבד. הקונה אינו נדרש לברר, לחקור או לחשוד אלא "לא לדעת" בלבד. רק צד שלישי שידע כי העסקה איננה כשרה יחשב לחסר תום לב ויידרש להשיב את הנכס לבעליו ללא כל פיצוי על הוצאותיו.

ב. חובת תום לב רחבה: כאמור, רוב הפוסקים קיבלו את עמדתו של רבא הגורס כי תקנת השוק איננה חלה על הקונה מגנב מפורסם. משמעותה של עמדה זו היא כי הקונה מאדם שיוגדר כ"גנב מפורסם" אינו זכאי להגנת תקנת השוק, גם אם ברור שלא ידע כי הוא רוכש נכס גנוב. עמדה זו מטילה על הצד השלישי חובת תום לב רחבה יותר וקובעת כי קנייה מאדם כזה צריכה לעורר את חשדו של הקונה שמא הנכס הנמכר הוא נכס גנוב. קונה שלא חשד ולא בירר ייחשב לחסר תום לב ולא יהיה זכאי להגנת תקנת השוק. ובלשונו של מהר"ם מרוסנבורג:

...דאפילו גנב מפורסם שמוכר חפץ אחד אף על גב דלא ידיע אם זה החפץ גנוב אתו ונמצא שהוא גנוב צריך זה הלוקח להחזיר בחנם דהווי ליה לאסוקי אדעתיה דלמא גנביה...⁷⁴

כמה פרשנים ופוסקים מאותרים יותר נקטו עמדה קיצונית יותר והרחיבו את החובה המוטלת על הצד השלישי. אחד מהם הוא בעל פירוש "כנסת הגדולה" לשולחן ערוך. לדעתו, הסייג חל לא רק במקרה שהצד השלישי לא ידע על טיבו של המקח אלא גם במקום שהצד השלישי לא עמד על טיבו של המוכר. גם במקרה שהקונה כלל לא ידע כי הוא קונה מאדם שהוא "גנב מפורסם" לא תחול תקנת השוק. הסיבה לכך היא שעל קונה או מלווה מוטלת החובה לבדוק ממי הוא רוכש או מקבל כמשכון את הנכס. לדעה זו, ההלכה מטילה על הצד השלישי חובה נורמטיבית לברר, חובה שהופכת אותו למי ש"היה עליו לדעת", ואינה מאפשרת לו להסתתר מאחורי טענת חוסר הידיעה שמדובר במוכר שהוא "גנב מפורסם". קונה שלא בדק את זהות המוכר במקום שהיה יכול לעשות זאת הריהו רשלן, ולא יזכה להגנת תקנת השוק. ובלשונו של בעל "כנסת הגדולה":

73 רא"ש למסכת בבא קמא, פרק עשירי, סימן יח; כן ראו סוה, חו"מ, שנו, אשר מביא עמדה זו גם בשם ר"י – אחד מבעלי התוספות; השו"ב גם שו"ת מהר"ם, חלק ב, חו"מ, סימן יב.

74 שו"ת מהר"ם מרוסנבורג (דפוס פראג), סימן תתרט. ניסוח דומה ראו גם בערך השולחן, חו"מ, שנו, ו; השו"ב שו"ת משפטים ישרים, ב, סימן רו.

דבגולן מפורסם לא מחלקינן בין ידע הלוקח שהוא גולן ללא ידע, דקול יוצא לגולן מפורסם.⁷⁵

לדעת בעל "כנסת הגדולה", היותו של פלוני "גולן מפורסם" היא עובדה שיש לה פרסום. פרסום זה מאפשר לקונים בשוק לברר ולעמוד על זהותו. קיומה של אפשרות בירור זו מטילה על הקונה חובה לברר ולעמוד על כך שהמוכר הוא "גולן מפורסם", וקונה שלא עמד בנורמה זו איבד את זכאותו להגנת תקנת השוק. עמדה דומה מצויה בשו"ת הריב"ש.⁷⁶ לדעת הריב"ש תקנת השוק חלה רק על הקונה מהגנב ואינה חלה על הקונה מן הגולן. הנימוק שהריב"ש מביא לעמדה זו הוא שלעובדת היותו של אדם גולן יש "קול" והיא מתפרסמת בציבור. משום כך, היה על הקונה ממנו לברר ולעמוד על סיבו של המוכר המפוקפק:

... אבל בגולן לא עשו בו תקנת השוק. והלוקח ממנו, יחזיר הכלים חנם, ויהיה דינו עם הגולן, משום דקול יוצא לגולן. והוה ליה כגנב מפורסם, דאמרינן התם דלא עשו בו תקנת השוק...⁷⁷

הקונה שלא בירר ולא חשד לא עמד בחובת ההתנהגות המוטלת עליו, ולא יהיה זכאי להגנת תקנת השוק.

הנדבך השני

באשר לנדבך השני, שעניינו הגדרתו של "גנב מפורסם": ההלכה התלמודית היא כי הגנת תקנת השוק נשללת מהקונה אך ורק במקרה שקנה מ"גנב מפורסם".⁷⁷ משמעות הדבר היא כי נורמות ההתנהגות שנקבעו על ידי חכמים, כפי שראינו בתיאור הנדבך הראשון, ניתנות ליישום אך ורק כאשר המוכר או הממשכן יוגדר "גנב מפורסם". אך מיהו אותו "גנב מפורסם"? כפי שנראה להלן, פרשנים ופוסקים רבים פעלו בדרך הפרשנות היצירתית והרחיבו את מושג "הגנב המפורסם" הרחבה משמעותית. נראה, כי מטרתה של הרחבה פרשנית זו היא להתאים את התנאי המקדמי להחלת הנורמה – קיומו של "גנב מפורסם" – לתוכנה של הנורמה. באופן זה תהיה הנורמה בת הפעלה בכל מקום שעל פי תוכנה של הנורמה יש להפעיל אותה. במלים אחרות: המטרה של דרך פרשנות זו היא שבכל מקום שבו לא עמד הצד השלישי בנורמת ההתנהגות הנדרשת ממנו (כפי שהוגדרה בנדבך הראשון ולפי הדעות השונות שם), לא תחול תקנת השוק. נזכיר טענה

75 כנסת הגדולה, חר"צ, שנה, סעיף ו. מקור זה וכן תשובת המהר"ם מרחסנבורג שהובאה לעיל, הובאו על-ידי ורהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 144-148, וכן על ידי שטרנמן, הערה 3 לעיל, בעמ' 77. ורהפטיג אינו מתייחס למדרג בעמדות החכמים השונים באשר לרמת תום הלב הנדרשת מהצד השלישי אלא מתייחס לחובה כללית בלבד של תום לב. גם שטרנמן אינו מתייחס למדרג זה, אלא מצא בתשובות אלה מענה לטענות השונות שיכול הקונה לטעון להגנתו.

76 שו"ת הריב"ש, סימן שצג.

77 או ממי שידע כי הנכס הנמכר או הממושכן הוא נכס גנב, כפי שהראינו לעיל.

זו בעזרת כמה דוגמאות לפרשנות המרחיבה את המושג "גנב מפורסם" למקרים שברור בהם כי המוכר אינו עונה להגדרה הקלאסית של מושג זה.

א. קנייה מאדם לא אמין: בפני המהר"ם מרוטנבורג הועלתה שאלה⁷⁸ בדבר אדם שקנה נכס ממוכר שהיה "מן הריקים המחזרים במלכות", כלומר: אדם שאמינותו מפקפקת. לימים התגלה שהנכס הנמכר היה גנוב. על אף שמוכר זה לא ענה להגדרה הקלאסית של "גנב מפורסם", פסק המהר"ם כי דינו של המוכר כדין "גנב מפורסם". תוצאתה של קביעה זו היא שהקונה קנה מ"גנב מפורסם", ובכך הפך את חובת ההתנהגות המוטלת עליו ואינו זכאי להגנת תקנת השוק.⁷⁹

ב. משכון בנסיבות מחשידות: ⁸⁰ במקרה אחר שבא לפני המהר"ם מרוטנבורג⁸¹ דובר במלווה שקיבל מן הלווה ספר כמשכון. בעת מתן המשכון ביקש הלווה מהמלווה שלא לגלות ברבים את דבר קבלת המשכון. לאחר זמן התברר כי הספר שייך לאדם אחר שהשאילו ללווה. במקרה זה קבע המהר"ם כי הלווה ייחשב "... לעניין ספר זה כגנב מפורסם...", ותקנת השוק לא תחול.⁸² גם פסק הלכה זה ממחיש יפה כיצד לצורך קביעה כי הממשכן היה "גנב מפורסם" מושם הדגש על בחינת תום לבו של מקבל המשכון, ולא על בחינת אופיו ומעשיו של הממשכן (שבמקרה זה היה גנב "רגיל" לחלוטין).⁸³

78 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, הערה 74 לעיל; פסיקה זו מופיעה גם בשו"ת בעלי התוספות, סימן לג. מעניין לעמת מהלך פרשני זה עם ההלכה התלמודית המקורית בעניין. הסוגיה התלמודית בבבא קמא, קטו, א, הקובעת את סייג הקונה מ"גנב מפורסם", מצמצמת אותו ומדישה כי יש להבחין בין "גנב מפורסם" (כלומר: אדם שיצא לו שם כעבריין רכוש), שלגביו חל הסייג, לבין "עבריין מפורסם", כלומר: אדם שיצא לו שם של עבריין אך לא יצא לו שם של עבריין רכוש. לגבי סתם "עבריין מפורסם" קובעת הסוגיה כי תקנת השוק תחול על מי שקנה ממנו. לעומת צמצום זה הועלה מן הסוגיה התלמודית מודגש ויחידו הפרשני של המהר"ם, המרחיב את הסייג ומחיל אותו לא רק על מי שהוא "עבריין מפורסם", אלא גם על מי שלא היה ידוע כעבריין כלל, אלא כאדם שאמינותו מפקפקת.

80 על חובת תום הלב במשכון, ללא קשר להגדרת "גנב מפורסם", ראו שו"ת אור זרוע, סימן קסו.

81 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, הערה 74 לעיל; שו"ת בעלי התוספות, הערה 78 לעיל.

82 בהקשר זה יש לציין כי בעניין זה קיים הבדל בין ההלכה לבין המשפט המקובל הדין הנהוג בישראל (הערות 110, 111 להלן והטקסט שלידן). הדין הנהוג מגביל את תחולת תקנת השוק לעסקאות מסחריות בלבד, הנעשות בשוק, שבין המוכר הוא מי שעסקו במכירת נכסים מסוג הממכר. מנגד, בהלכה הגבלה כזאת איננה קיימת. אומנם, פרשנים שונים העוסקים בהסבר תקנת השוק מדיגשים את "הקניה בשוק בפרהסיא" (ראו לעיל, הטקסט שליד הערה 3, וכן ורהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 144-145), ואת הקנייה "שלא בצנעא" (ראו ערוך השולחן, חו"מ, שנו, ב). אולם, לא מצאנו כל הגבלה על תחולתה של תקנת השוק בעסקאות פרטיות שאינן נעשות בשוק ואף לא בפרהסיא. כפי שעולה מתשובה זו של המהר"ם, ביצוע העסקה בחשאי הרחוק מעיני הציבור יכול להוות אינדיקציה טובה לחוסר תום הלב של הקונה, שיביא לאי החלת תקנת השוק עליו. עם זאת, אין בכך הגבלה קטגורית של תחולת תקנת השוק לטוגים מסוימים של עסקאות בלבד (ואכן סייג כזה אינו נוסך בפסיקת הרמב"ם, הסוד והשו"ע בעניין זה).

83 מקרה דומה מובא בשו"ת בעלי התוספות, הערה 78 לעיל. באותו עניין דובר באדם ששלח שליח

ניסוח יפה ליחס בין נורמת ההתנהגות הנדרשת מצד שלישי החפץ בהגנתה של תקנת השוק, לבין הגדרת המושג "גנב מפורסם" נמצא בספר הפסיקה ערוך השולחן, שם נאמר:⁸⁴

אם לקח מגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק אף על פי שלקחה בפרהסיא ולא ידע שגנובה היא מכל מקום היה לו לקונה לחשוש שודאי גנובה היא ואיהו דאפסיד אנפשיה... ותלוי בראיית עיני בית דין.

בעל ערוך השולחן מסביר כי הסיבה לאי תחולת תקנת השוק על הקונה מגנב מפורסם היא חוסר תום לבו של הקונה. בגלל חוסר תום לב זה נחשב הקונה כמי שהביא הפסד זה על עצמו.⁸⁵ אולם, בעל ערוך השולחן אינו מסתפק בהבאת ההלכה הנורמטיבית אלא מוסיף, כי באופן יישומה של הלכה זו ניתן לבית הדין שיקול דעת רחב. נראה, כי מטרתו של שיקול דעת זה היא לתת לבית הדין יד חופשית בפירוש המושג "גנב מפורסם" כדי לאפשר לו ליישם את סייג "הגנב המפורסם" בכל מקרה שהצד השלישי לא מילא את חובת תום הלב המוטלת עליו.

מקורות אלה ממחישים כיצד הפך דין "הקונה מגנב מפורסם" מחריג בודד (בהסדר תקנת השוק התלמודית) לעיקרון-על. עיקרון זה משמש אבן בוחן להתנהגותו של צד שלישי הרוצה לזכות בהגנת התקנה. על פי עיקרון זה צומצם היקפה של תקנת השוק,

שיבא את הפציו ממקום פלוני. בדרסו חזרה ישב השליח לשחק (ככל הנראה במשחק מזל) ותוך כדי משחק משכן את הפציו שולחו. נפסק כי המלווה לא יזכה להגנת תקנת השוק משום שהשליח הממשכן נחשב "גנב מפורסם". נראה, כי גם קביעה זו מבוססת על חזינת תום לבו של המלווה, שהיה צריך להבין מתוך הסיטואציה שהפצים הממושכנים אינם שייכים לממשכן. מקרה נוסף הובא בשו"ת צדקה ומשפט (ר' סעדיה בן חזקין, סוריה, המאה ה'17, שו"ת צדקה ומשפט, חו"מ, סימן י). בשאלה זו נדון עניינה של אשה שעסקה בתיווך סחורות. אשה זו ביצעה עסקת משכון עם פלוני. התברר כי הנכס הממושכן לא היה שייך לה, אלא היה אחד מן הנכסים שניתנו לה במסגרת עסקי התיווך. בתשובתו קבע בעל שו"ת צדקה ומשפט שדינה של המתוכתת כדין "גנב מפורסם". מקבל המשכון שם את כספו על קרן הצבי ויאלץ להשיב את הנכס לבעליו ללא כל פיצוי. הנימוק שניתן לקביעה זו הוא שבגלל אופי עסקיה של המתוכתת היה צריך המלווה להעלות בדעתו כי הנכס הממושכן אינו שייך לה. גם כאן הגנב לא היה אדם המפורסם בגנבותיו, אלא שנסיבות העסקה היו צריכות לעורר את החשד בלבו של מקבל המשכון. חוסר תום לבו הוא שהפך אותו למקבל משכון מ"גנב מפורסם". מקרה דומה, הפעם בנסיבות של עסקת מכר, הובא בשו"ת אשר לשלמה, סימן יד (ר' שלמה בן אהרון אבן דנאן, מרוקו, מאה 19-20). דובר בבעל מלאכה שעסק בתיקון הפצים של אחרים. בתשובתו קובע הפוסק כי כאשר בעל מלאכה כזה מציע למכירה נכס מסוג הנכסים שהוא נוהג לתקן, על הקונה לחשוש כי הנכס אינו שייך לבעל המלאכה אלא הוא גנוב בידו. כדי לעגן את חובת תום הלב המוטלת על קונה זה מסביר הפוסק כי דינו של בעל המלאכה כדין "גנב מפורסם".

84 ערוך השולחן, חו"מ, שנו, ו.

85 בקביעת נורמת ההתנהגות הנדרשת מן הצד השלישי מאמץ בעל ערוך השולחן את דעת המהר"ם מרוטנבורג שהוכאה לעיל.

ונקבע כי היא לא תחול כאשר הקונה נהג שלא בתום לב, לדעת כמה פרשנים ופוסקים, או אף אם התרשל בהתנהגותו כלפי הבעלים, לדעת פרשנים ופוסקים אחרים. צמצום זה תורם תרומה משמעותית למציאת האיזון הנכון בין שני האינטרסים המניעים את ההסדר המשפטי בקונפליקט שבין בעלים המקורי לבין צד שלישי. תרומתו בכך שהוא אינו פוגע בסיועה של תקנת השוק לזרימתם החופשית של חיי המסחר מחד גיסא, ומאידך גיסא הוא מכתוב ל"שחקנים" השונים בשוק כללי התנהגות הוגנים וראויים. כך גם נמנעת הפיכתה של תקנת השוק לכלי שרת בידי נוכלים לשם הבטחת מסחר "בטוח ויעיל" ברכוש גנוב.⁸⁶

(2) התמורה

תקנת השוק ההלכתית מושתתת על העיקרון שלפיו הצד השלישי משיב לבעלים את הנכס הגנוב, ומגד משיב לו הבעלים את הוצאותיו. מבנה זה של התקנה מיתר את הדיון בשאלה האם התקנה תחול במקרה שהנכס הועבר לצד השלישי ללא תמורה. זאת, מכיוון שגם אם נגרוס כי התקנה חלה גם בעסקת מתנה, הרי שהצד השלישי לא יהיה זכאי להחזר כלשהו מכיוון שהוא לא הוציא מאומה. למרות זאת, בתקופת הראשונים התעורר פולמוס סביב שאלה זו. הסיבה לפולמוס זה הייתה דבריו של הרא"ש,⁸⁷ שהובנו כאילו לדעתו

86 בהקשר זה מעניין לעמוד על מחלוקת נוספת שהתפתחה סביב הלכה זו. העמדה הפשוטה המקובלת על רוב הפוסקים בעניין דינו של הקונה מ'גנב מפורסם' היא כי נשללת ממנו הגנת תקנת השוק, כי הוא נדרש להשיב את הנכס לבעלים המקורי וכי אין הוא זכאי לפיצוי כלשהו מידם. אולם, היו שהתמידו עוד יותר עם הקונה מ'גנב מפורסם', וסברו כי יש לקבוע סנקציה נוספת, שלפיה הקונה לא יוכל לדרוש את השבת הכסף שהוציא אף מהגנב עצמו. כך סבר המרדכי וכך גם סבר הרמ"א שציטט אותו להלכה (מרדכי על מסכת בבא קמא, פרק עשירי, סימן קסו; הגהות הרמ"א לשו"ע, חו"מ, שנו, ב). הנימוק הפורמלי שהביאו חכמים אלה לאישוש עמדתם היה שהכסף שניתן לגנב על ידי הקונה ניתן במתנה: היות והקונה יודע שבגלל התנהגותו לא חלה עליו תקנת השוק, הוא מקבל על עצמו מראש שהכסף שהוא נתן למוכר (הגנב) ניתן כמתנה, ולא ניתן לדרוש את השבתו. עמדה חדשנית ורדיקלית זו לא התקבלה על דעתם של רוב הפוסקים. ערוך השולחן, חו"מ, שנו, ז, אף מתפלמס עמה וטוען כנגד הנימוק שנתנו המרדכי הרמ"א. לדעתו, אין לראות בתשלום שנתן הקונה למוכר (הגנב) מתנה, כי ברור לכל שהקונה לא התכוון לתת כסף זה במתנה. הקונה חשב, כמובן, כי העסקה תבצע וכי הוא לא יתפס (בעל ערוך השולחן גם מצטט את דעות הפוסקים שלא קיבלו את עמדת הרמ"א. ביקורת נוספת על עמדת הרמ"א ראו שו"ת צדקה ומשפט, חו"מ, סימן י). לדעתי, ניתן להבין את עמדת המרדכי הרמ"א על רקע הרצון להטיל על הסוחר ברכוש גנוב סנקציה כבדה שתהפוך את הסוחר ברכוש גנוב למסוכן ולא כדאי. אולם, רוב הפוסקים ראו בסנקציה זו צעד רדיקלי מדי שאין לו כל בסיס של ממש בהלכה, ועל כן לא קיבלוהו.

87 שו"ת הרא"ש, כלל עט, סימן ד. ראו גם את דבריו של שטרנמן, הערה 3 לעיל, בעמ' טו-יז, הסוקר באריכות פולמוס זה.

חלה תקנת השוק גם במתנה. בתקופה מאוחרת יותר הראה הש"ך⁸⁸ כי דבריו של הרא"ש הובנו שלא כהלכה, וכי ברור כי לכל הדעות תקנת השוק לא חלה בעסקת מתנה. שאלה אחרת המתעוררת בסוגיית התמורה היא השאלה מהי התמורה הדרושה כדי שנותן התמורה יהיה זכאי להגנת תקנת השוק. האם על התמורה להיות שווה לערך השוק של הנכס הנמכר או שניתן להסתפק גם בתמורה חלקית?
הרמב"ם התייחס לשאלה זו ופסק:

הלוקח מגנב שאינו מפורסם בין שלקח ממנו שוה מאה במאתים או שוה מאתים במאה הרי זה נוטל הדמים מבעל הבית ואחר כך מחזיר הגנבה מפני תקנת השוק כמו שביארנו.⁸⁹

פסיקה זו מעוררת קושי. האם תמורה כה נמוכה אינה מעידה על חוסר תום לבם של מבצעי העסקה? בעל ערוך השולחן, הפוסק להלכה דין זה, מרגיש בקושי ומסביר אותו:

...ולא אמרינן כיון שלקח שוה מנה במאתים ודאי במתנה נתן להגנב וכן כשלקח שוה מאתים במנה מסתמא ידע שגנובה היא, משום דלפעמים כשצריך להחפץ משלם ביוקר וכשהמוכר צריך למעות מוכר בזול, ומכל מקום נראה לי דאם הוא דבר המצוי לקנות בשוק במקח השוה או דבר שמצוי למכור בשוה לא עשו בזה תקנת השוק דניכר שיש בזה הערמה, ותלוי לפי ראות עיני הדיינים לפי הזמן והמקום ומהות הקונה.

ערוך השולחן קובע כי הכלל הוא שתקנת השוק חלה גם על קונה במאה נכס השווה מאתיים. הוא מסביר כי בדרך כלל המחיר לא יהיה אינדיקציה לחוסר תום לב. הסיבה לכך היא שטבעם של חיי המסחר הוא שלעיתים נוצרת הזדמנות עסקית, סחורה או נכס מוצעים למכירה בזול, והסוחר או הקונה הזריז זוכה בהם. כמובן, שאין לשלול את הלגיטימציה של עסקאות כאלה ולמנוע מהן את הגנת תקנת השוק. אולם, גם בעל ערוך השולחן מודע לכך כי לעתים יש במחיר הנמוך כדי ללמד על חוסר תום לב. על כן הוא קובע כי לעתים ניתן יהיה להשתמש במחיר כאינדיקציה לקנוניה ולחוסר תום לב. כך, למשל, יהיה, כאשר שנכס שסחירותו גבוהה ואשר ניתן למכירה בקלות רבה במחיר

88 ש"ך על שו"ע, חו"מ, שנו, ס'ק ד. הש"ך מסביר כי דבריו של הרא"ש כוונו לסיטואציה אחרת. עוד הוא מנמק כי לא ייתכן שתקנת השוק תחול על עסקת מתנה מכיוון שכל הרציונל המונח בבסיס תקנת השוק הוא שיש הצדקה לפגוע בזכויותיהם של הבעלים כדי "לא לנעול דלת בפני המוכרים והקונים בשוק". כמובן שרציונל זה אינו קיים בעסקת מתנה. ראו גם שו"ת ופסקי מהרי"ט החדשים, סימן ה. המהרי"ט מסכים לדברי הש"ך ומביא גם את הטעון שהעליתי בתחילת הפסקה.

89 רמב"ם, גנבה, ה, ז.

השוק שלו נמכר במחיר הנמוך במידה לא הגיונית. במקרה כזה יהיה המחיר הנמוך אינדיקציה טובה,⁹⁰ ונפסוק שהקונה איננו תם לבי⁹¹ ותקנת השוק לא תחול עליו.⁹²

(ב) פיתוחו של כלל ההכרעה בהסדר תקנת השוק

בפרק הקודם עסקתי בשאלת היקף תחולתה של תקנת השוק. בפרק זה אעסוק בתוכנה של התקנה ואבחן את אופן חלוקת הזכויות והחובות בין הצדדים המתחרים כאשר היא חלה. מטרתו של דיון זה היא להראות שהעיקרון שהנחה את חכמים בבניית הסדר משפטי זה היה איזון בין האינטרסים השונים המתנגשים בקונפליקט בין הבעלים והצד השלישי, והקטנה, ככל האפשר, של הפגיעה באינטרסים של כל אחד מן הצדדים. כאמור, תקנת השוק מבוססת על העדפת הצד השלישי על פני הבעלים המקורי. אולם, עדיפות זו מוגבלת להשבה כספית של הסכומים שהצד השלישי הוציא ברכישת הנכס.⁹³ מצד שני, הבעלים, על אף שידו על התחלופה, זוכה במימוש זכות העקיבה הקניינית שלו ובהשבת הנכס לרשותו.⁹⁴ זאת ועוד אחרת: מהסוגיה התלמודית עולה הגבלה נוספת על ההגנה הנפרסת לטובת הצד השלישי. מהמשא ומתן המתנהל בין האמוראים בסוגיה זו מתברר כי תקנת השוק מגינה רק על סכום הקנייה ששילם הרוכש לגנב ואין היא מגינה על הרווחים שהפיק הקונה ממכירת הנכס הגנוב לצד רביעי.⁹⁵

90 באשר למחיר נמוך כאינדיקציה לחוסר תום לב ראו גם שו"ת הריב"ש, סימן קת. הריב"ש דן במקרה שבו אשה מכרה רכוש רב שהיה שייך לבעלה, בהסתר ובזול. ואומר: "... וכן, המעידים שהיו קונים הסחורות ממנה בזול פחות משליש ערכם, והיתה אמרת להם להעלים מבעלה, גם אלה עשו איסור, ואף על פי שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית, שלא לתנע היתה מוכרת להם בזול, אלא שכך דרך הגונבים..." יש לשים לב שבמקרה זה נוסף הגורם של מכירה בהסתר, שכפי שראינו מעיד גם הוא על חוסר תום לב.

91 יש לשים לב לכך שגם כאן ניתן בעל ערוך השולחן שיקול דעת רחב, האת לשם קביעת איכותה של אינדיקציה זו.

92 סוגיית התמורה כתבאי לתחילתה של תקנת השוק היא סוגיה בעלת חשיבות מרובה גם במשפט המודרני. ראו על כך להלן, הטקסט שליד השרה 112 ואילך.

93 ובמשכון, לסכום שהגבס הממושכן בא להבטיח.

94 השבה זו משמעותית בעיקר כאשר מדובר בנכס שהבעלים מעוניין דווקא בו והוא מעדיף לשלם את שוויו ולהשיבו לרשותו, כגון נכס בעל חשיבות סנטימנטלית או נכס שאינו נפוץ בשוק. בעניין זה נתונה הבחירה בידי הבעלים. כאשר לנכס הגנוב אין כל חשיבות בעיניו הוא יכול להחליט שלא לפדות אותו ולהשאיר בידי הצד השלישי.

95 בגמרא מובאת מחלוקת בין אב"י לרבא לגבי מקדח שבו א רכש נכס גנוב ב־80, ומכר אותו לב־120. לדעת אב"י, ב יפוצה על ידי הבעלים בסכום של 80 בלבד, ואת ה־40 הנוספים שהוציא בקניית הנכס הוא יצטרך לדדוש מא. כלומר, אב"י סובר שהיקף ההגנה על הצד הרביעי הוא שהיקף ההגנה על הצד השלישי ולא מעבר לכך. מנגד, לדעת רבא ב יפוצה על ידי הבעלים בסכום מלוא הוצאותיו, כלומר, ב־120, הבעלים יחזרו אל א ויקבל ממנו סך של 40, כלומר, את כל רווחיו. מבלי להרחיב בניתוח מחלוקת זו, ברור כי הן לדעת אב"י והן לדעת רבא הגנת תקנת השוק על הצד השלישי מוגבלת לסכום הוצאותיו ואין היא חלה על רווחים שהוא הפיק ממכירת הנכס לצד

בתקופה שלאחר התלמוד המשיכו חכמי ההלכה לעסוק בכלל ההכרעה בין הצדדים לתקנת השוק, בפרשנותו, וביישומו במקרים שונים ומורכבים יותר מהמקרה הפשוט שהובא בתלמוד.

כלל ההכרעה מוסבר יפה בתשובה חשובה של בעל שו"ת תרומת הדשן.⁹⁶ תשובה זו עוסקת, בין השאר, בסוגיית זכותו של הצד השלישי ברווחים שצמחו מהנכס הגנוב.⁹⁷ בעל "תרומת הדשן" קובע כי הצד השלישי אינו זכאי לרווחים אלו, ומסביר כי תקנת השוק מבקשת למצוא את שביל הזהב בין האינטרסים המתחרים של שני הצדדים. מצד אחד מושג איזון זה באמצעות העדפת הצד השלישי על פני זכותו הקניינית של הבעלים המקורי, ומצד שני באמצעות ניסיון למזער העדפה זו למינימום ההכרחי הנדרש כדי שחיי המסחר השוטף לא ייפגעו. משום כך נקבע כי תקנת השוק תחול על ערך הקנייה (הקרן) בלבד, ולא על רווחים שצבר הצד השלישי לאחר שהנכס הגיע לידיה. ובלשונו של בעל "תרומת הדשן":

...וכי עביד רבנן תקנתא בקרן אבל לא בריוח משום דלא יתבטל השוק בכך, הואיל ובטוח הוא שלא יפסיד הקרן שהוא מוציא על חפץ זה ועל הריוח לא יחוש אם נכנס בספק על כך...

הנימוק הוא כי הגנה על רווחי הקונה איננה דרושה מכיוון שהקונה הסביר מרגיש מוגן דיו כאשר הוא יודע כי פרוסה לו הגנה על הסכום ששילם עבור הנכס. העובדה שהרווחים שהוא יפיק מהנכס אינם מוגנים, ובמקרה שיתברר שהנכס גנוב הוא יפסיד אותם, איננה משפיעה על נכונותו לבצע את העסקה ואיננה מסכנת את האינטרס של כלל התברה בקיומם של חיי מסחר בטוחים. מניתוח עובדתי זה של בעל "תרומת הדשן" נובעת המסקנה המשפטית כי אין להחיל את תקנת השוק על רווחי הצד השלישי.⁹⁸ זאת, כדי להימנע מהסבת נזק לבעלים המקורי, נזק שאינו חיוני להגשמת מטרתה של התקנה.⁹⁹

רביעי. ראו על כך גם בשו"ת אמונת שמואל, סימן כה.

96 תרומת הדשן, חלק א (שו"ת), סימן שט. השו"ת וההפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 143.

97 כפי שעוד נראה להלן, בשאלה זו עוסק בעל תרומת הדשן ברווחי הריבית על הנכס הממושכן, אך הדברים מתאימים ויפים גם לרווחים שהופקו ממכירת הנכס לצד רביעי.

98 לגבי זכותו של הקונה ברווחים שהם תוצאה של השבחת הנכס או עליה בערכו ראו שטרומן, הערה 3 לעיל, בעמ' לב-לו.

99 השאלה שבה עסק בעל "תרומת הדשן" בתשובתו הנזכרת נסובה גם על נושא תחולת תקנת השוק על הצד השלישי לאחר שהצטברה ריבית על החוב שבגינו ניתן הנכס הגנוב כמשכון. בפני בעל "תרומת הדשן" עמד המקרה הבא: א, בעליו היהודי של הנכס שבמחלוקת, נתן את הנכס לב, צורך נוכרי, כדי שיתקנו. הצורך העביד את הנכס לג היהודי כמשכון במסגרת עסקה של הלוואה בריבית. לאורך זמן ברח הצורך מחמת ריבוי חובותיו. כעת מתחרים א וג על זכויותיהם בנכס. בתחילת תשובתו משוה בעל "תרומת הדשן", כדבר מובן מאליו, את דין הרווחים מריבית לדין הרווחים ממכירת הנכס לצד רביעי. השוואה זו מובילה למסקנה כי תקנת השוק אינה חלה עליהם; אולם מסקנתו הסופית של הפוסק היא שדין הרווחים מריבית שונה וכי תקנת השוק דווקא תחול עליהם. מסקנה זו נשענת, לפחות מבחינה פורמלית, על קליטת הדין הוד שנהג באותה תקופה,

מקרה נוסף שבו נדון כלל ההכרעה ונבחן עיקרון האיזון הוא המקרה שבו רכש צד רביעי את הנכס הגנוב מצד שלישי, שבעצמו לא היה זכאי להגנתה של תקנת השוק. סוגיה זו נדונה אגב מחלוקת בין שניים מחשובי הפוסקים, הרמב"ם ובעל הטורים, כאשר לדרך ההכרעה במקרה הבא: ג רכש מב נכס שלאחר מעשה התברר כי הוא היה שייך לא. רכישה זו התבצעה שלא בתנאי תקנת השוק (נקבע כי ב הוא "גנוב מפורסם"), כך שג אינו זכאי להגנתה. אולם, ג הצליח למכור את הנכס מבעוד מועד לד. מכירה זו הייתה בתנאי תקנת השוק. השאלה הנתונה במחלוקת היא האם חלה תקנת השוק על ד, שעל פיה קמה לו זכות תביעה כנגד א והוא יהיה זכאי להשבת כל הוצאותיו מידי, או שמא תקנת השוק אינה חלה על ד והוא יאלץ לתבוע את הפסדיו מידי ג בתביעת נזיקין רגילה.

לדעת בעל הטורים,¹⁰⁰ תקנת השוק אינה חלה על צד רביעי שקנה את הנכס הגנוב מצד שלישי שבעצמו לא היה זכאי להגנת תקנת השוק. ד נדרש להשיב את הנכס לא אך הוא אינו יכול לתבוע ממנו את הוצאותיו. כדי להשיב את הוצאותיו ברכישת הנכס הגנוב יהיה על ד לתבוע את ג שמכר לו נכס זה. נראה, כי ההיגיון העומד בבסיס עמדתו של הסודר הוא, כי במקרה זה, לאחר שקלול האינטרסים השונים על פי עיקרון האיזון, יש להכריע לטובת הבעלים המקורי. במקרה הרגיל, כאשר על המגרש מצויים שלושה "שחקנים" בלבד – בעלים, גנב וקונה – מכריעה תקנת השוק לטובת הקונה. העדפה זו מתחשבת, בין השאר, בקושי הגדול של הקונה לחזור אל הצד השני, הוא הגנב עצמו,

על פי הכלל "דינא דמלכותא דינא". בעל "תרומת הדושן" מסביר כי כשם שאנו קולטים מן הדין הור את הדין שאין ליישם עוד את הלכת הראש, כך גם יש לקלוט את הדין שתקנת השוק תחול גם על הריבית (ועמדתו זו התקבלה להלכה על ידי הרמ"א בהגהותיו לשר"ע, חו"מ, שנו, ז). עם זאת, ייתכן שלהבחנה בין רווחי צד שלישי ממכירה לצד רביעי לבין רווחי מריבית יש גם הצדקה עניינית, ואין בה סטייה מעיקרון האיזון העומד ביסודו של כלל ההכרעה. מתוך תשובתו של בעל תרומת הדושן עצמו ניתן ללמוד כי באותה תקופה היו עסקי ההלוואה בריבית מרכיב חשוב ביותר בחיי הכלכלה של הקהילה היהודית. לפיכך, חשיבותה של תקנת השוק בעסקאות משכון הייתה גדולה ומשמעותית יותר ממקבילתה בעסקאות מסר ("...ונראה דכל שכן עתה בזמנינו שעיקר מחייבתנו בהלוואה בריבית וצורך הוא לנו תקנת השוק במשכנתא טפי מבמכר..."). עסקת הלוואה בריבית היא תמיד עסקה מסחרית שכל מטרתה היא קבלת רווחי הריבית. בעסקה כזו קשה לקבל את הטענה שאין צורך להגן על רווחי הצד השלישי. כאן, לא יהיה זה נכון לטעון כי המלות, מקבל המשכון, ידגיש בטוח דיו ולא ימנע מביצוע עסקות משכון כאשר הוא יודע כי אם יקלע לתזרות עם הבעלים המקורי תגן תקנת השוק רק על סכום הקרן של ההלוואה ולא על סכום הריבית. מנגד, עסקת מסר לעתים קרובות אינה עסקה מסחרית הנעשית לשם הפקת רווחי כספי בלבד, אלא עסקה בה הקונה מעוניין בגנב כשלעצמו ועל כן ניתן להסתפק בהגנה על ערך השקעתו בלבד. ייתכן שמטרה זו ניתנת היה להבחין, עניינית ולא רק פורמלית, בין שתי העסקאות ולקבל את הרחבת תחולת תקנת השוק גם על רווחי הריבית. תוצאה זו הלמה את צורכי המסודר השוטף בשוק ההלוואות, השתלם היטב עם עיקרון האיזון, ולא פגעה שלא לצורך בוכותו הקניינית של הבעלים המקורי.

100 טור, חו"מ, סוף סימן שנו; בית יוסף, שם.

ולתבוע ממנו את ההפסד שגרם לו. קושי זה והרצון לאפשר חיי מסחר בטוחים מחייבים את השיטה המשפטית למצוא דרך שתיתן פיצוי הולם לצד השלישי. משום כך הועדף הצד השלישי על פני הבעלים על אף שהדבר כרוך בפגיעה בזכותו הקניינית של האחרון. אולם, כאשר מצויים על המגרש ארבעה "שחקנים", ומתוכם שני האחרונים – ג וד – הם אנשים מן היישוב, ניתן ואף ראוי לפתור את הבעיה בדרך אחרת, ולהימנע מפגיעה מיותרת בזכויותיו של הבעלים. לדעת בעל הטורים, הפתרון ההולם במקרה זה הוא לקבוע כי הנכס הגנוב יחזור לא, בעליו החוקי, ואילו ד יפנה בתביעה כספית לג, מי שבעטיו נגרם לו ההפסד. מאחר שג אינו עברייני, ההנחה היא שתביעתו בידי ד איננה כרוכה בקושי מיוחד וסיכויי הצלחתה גדולים.¹⁰¹ כלומר: לדעת הטור תקנת השוק איננה קובעת כלל העדפה קטגורית שיש ליישם תמיד. תקנת השוק מושתתת על כמה עקרונות, שדרך יישומם נבחנת מחדש בכל מקרה ומקרה. כאשר נוצרת סיטואציה שבה ניתן לבחור בדרך שתבטיח את "תיקון השוק" ואת זכויותיו של הקונה מחד גיסא, ומאידך גיסא תימנע מפגיעה בזכותו הקניינית של הבעלים, יש להעדיף דרך זו על פני הפתרון הקלאסי של התקנה התלמודית.¹⁰²

עמדתו של הרמב"ם בסוגיה זו שונה. הוא פוסק¹⁰³ כי במקרה זה תחול תקנת השוק על הצד הרביעי. השבת הנכס לא תיעשה כנגד תשלום הוצאותיו של ד. כדי לכסות את ההפסד שנגרם לו מתשלום הוצאותיו של ד יהיה על א לתבוע את ג שגרם להפסד זה כאשר קנה את הנכס שלא בתנאי תקנת השוק. לדעת הרמב"ם, גם במקרה זה יש להעדיף את עמדתו של ד, שעמד בתנאי תקנת השוק. למרות שבמקרה זה יכול הצד הרביעי לתבוע את הצד השלישי בעצמו וללא קושי רב ועל אף שגדולים סיכוייו להצליח בתביעה זו, לדעת הרמב"ם אין להטיל עליו מעמסה זו. תיקון השוק והבטחת חיי המסחר התקינים מחייבים כי כל קונה העומד בתנאי תקנת השוק לא יסבול הפסד כלשהו ויזכה לפיצוי מלא ומיידי בדרך המהירה והיעילה ביותר. הטלת מעמסת התביעה על כתפיו של הצד הרביעי אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה ועל כן אין לקבלה.

101 כמובן שהטלת התביעה על כתפיו של ד אינה נוחה עבורו ואף עלולה לגרום לו הפסדים: הליך התביעה הארוך, הוצאות המשפט וכולי. אולם, ככל הנראה גורם הטור כי האפשרות המעשית של תביעה זו והסיכוי הטוב כי הצד הרביעי יפוצה על הפסדיו, בסופו של דבר, מביאים לשינוי של ממש במשקל שיש לתת לאינטרסים השונים המתחרים אלה מול אלה. במצב חדש זה אין עוד הצדקה לפגוע בזכויותיו של הבעלים, למרות הפסדים ואי הנעימות הנגרמים לצד הרביעי.

102 חשוב להבהיר כי פסיקה זו של הטור מכוננת אך ורק למצב המיוחד בו הצד הרביעי, עם הלב, קנה מצד שלישי שקנה את הנכס מ"גנב מפורסם" ואין הוא זכאי להגנת תקנת השוק. הטור עצמו מסכים לכך כי במקרה שגם הצד השלישי וגם הצד הרביעי זכאים להגנת תקנת השוק, תחול התקנה במלואה על הצד הרביעי והבעלים יידרש לפצותו על הוצאותיו. ההבדל בין שני המקרים הוא שבמקרה שגם הצד השלישי זכאי להגנת התקנה לא ניתן לשלוח את הצד הרביעי לתבוע את הפסדיו ממנו. משום כך, אין ברירה אלא לפגוע בזכויותיו הקנייניות של הבעלים ולאפשר לצד הרביעי לתבוע אותו.

103 רמב"ם, גנבה, ה, ט.

רוב הפוסקים קיבלו את עמדת הרמב"ם¹⁰⁴ וקבעו, כי עיקרון האיזון והרצון למוער את נזקו של הבעלים המקורי אינם מצדיקים את שלילת הגנתה של תקנת השוק מן הצד הרביעי.¹⁰⁵ מכל מקום, מחלוקת זו פותחת בפנינו צוהר נוסף לבחינת העקרונות העומדים בבסיסה של תקנת השוק. היא ממחישה יפה ניסיון להחיל את תקנת השוק על מקרה מורכב מעט יותר מן המקרה הקלאסי, תוך התמודדות עם העקרונות השונים המנחים את כלל ההכרעה שנקבע לפתרון התחרות בין בעלים מקורי לצד שלישי (או רביעי): מחד גיסא, תיקון חיי המסחר וההגנה על צד שלישי, ומאידך גיסא, עיקרון האיזון והניסיון למוער את נזקו של הבעלים המקורי. באמצעות מחלוקת זו ניתן לעמוד על סיבה של תקנת השוק, שאינה מסתפקת בקביעת כלל הכרעה קטגורית אלא מורכבת ממכלול שיקולים, הנבחנים מחדש בכל מקרה שבו היא מיושמת.¹⁰⁶

104 ראו: שד"ע, חר"מ, שנו, י; ערך השולחן, חר"מ, שנו, יג. יש לציין כי בעל ערוך השולחן מסביר את נימוקו של בעל הטורים בדרך אחרת מזו שהוצעה למעלה.

105 עמדה מעניינת הקרובה לעמדתו של הסוד מצויה בשו"ת חתם סופר, חלק ה (ח"מ), סימן נו. לדעתו, גם במקרה הפשוט של תקנת השוק, כאשר מצויים שלושה "שחקנים" בלבד – בעלים, גנב וקונה, יש לסייג את תחולת תקנת השוק במקום שהקונה יכול לקבל פיצוי על הסכף ששולם בלא לפגוע בבעלים. למשל, כאשר הקונה קיבל "אחריות" מהמסר לו (הגנב), והוא יכול לממשה לא תחול תקנת השוק. זאת מכיוון, שלקונה יש "על מי לחזור", ואין כל צורך לפגוע בבעלים (אמנם, הודות ספר מנסה בדמיון ליישב קושיה על שיטת הרמב"ם אך נראה כי מסקנתו תואמת את רעיון האיזון המובא בדבריו של הסוד).

106 היבט נוסף של עיקרון האיזון קשור לדרך אכיפת קיומם של החיובים ההדדיים – חיוב של הצד השלישי להשיב את הנכס מזה, וחיובו של הבעלים לשלם את הוצאותיו של הצד השלישי מאידך. במערכת חיובים זו הצד הנתון במצוקה הוא הצד השלישי. דווקא צד זה, אשר עליו מבקשת תקנת השוק להגן, יכול להיתקל בניסיונות שונים מצד הבעלים להתחמק ממילוי חיובו לשלם לו את הוצאותיו. פרשנים ופוסקים שונים דגו בשאלה כיצד ניתן להבטיח את ביצוע חיובו של הבעלים כלפי הצד השלישי. רש"י, בפירושו לסוגיה במסכת בבא קמא, קטו, א, ד"ה 'ורבי יוחנן סבר עשו תקנה', מסביר את סדר קיום החיובים כך: "... מיהו, לאחר שישלם הגנבה יתבע מעותיו מבעל הבית...". נראה, כי משמעות דבריו היא שראשית על הקונה להשיב את הנכס הגנוב לבעליו, ואין לו רשות לעכבו בידיו, ורק לאחר מכן עליו לתבוע מהבעלים את החזר הוצאותיו (אך ראו ורהפטיג, הערה 3 לעיל, בעמ' 143, שלא מסביר כך את עמדתו של רש"י). אמנם, ניתן להסביר עמדה זו על רקע יעד האיזון והרצון למתן את פגיעתה של תקנת השוק בזכויות הקנייניות של הבעלים המקורי. יחד עם זאת, הקושי בעמדה זו ברור. הסדר כזה עלול להכביד על הצד השלישי ולגרסו לו סדחה והוצאות בדיפה אחרי בעלים המנסה להתחמק ממילוי חיובו.

פרשנים ופוסקים מאחרים יותר עמדו על בעייתיות זו, והבינו כי יש לתת בידו הצד השלישי אמצעי לחץ שיסייע לו באכיפת החוב כלפיו. בניגוד לעמדת רש"י קבעו פרשנים ופוסקים אלו, כי לקונה יש זכות עיכובן על הנכס עד לסילוק מלא של חוב הבעלים כלפיו. כך, קבעו הרמ"ה (הובא בשיטה מקובצת לבבא קמא, קטו, א, ד"ה 'חיל שד"י'), הרשב"ק, כי הצד השלישי יטל

4. סיכום בניינים: תקנת השוק במשפט העברי

בחלק זה עסקתי בתיאור ובניתוח התייחסותו של המשפט העברי לתחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי אודות נכס אשר נגנב מן הראשון ונמכר לשני. ביקשתי להראות כי כבר בתקופת המשנה הכירו חכמים בצורך להגן על הצד השלישי כדי להבטיח את תקינות חיי המסחר. לשם השגת מטרה זו נקבע בתקופת המשנה והתלמוד הסדר שהושתת על שילובן של "הלכת היאוש", כמרכיב עיקרי, ו"תקנת השוק", כמרכיב משלים ומשני. לאחר מכן ניסיתי לעקוב אחרי התפתחותו של הסדר זה, והראיתי כיצד בתקופות מאוחרות יותר הפכה "תקנת השוק" ליסוד המרכזי והחשוב של ההסדר ההלכתי בסוגיה זו, ואילו "הלכת היאוש" נדחקה לשוליים. מכאן עברתי לעסוק בהתפתחותה של "תקנת השוק" עצמה. תחילה נבחנה התגבשותם של התנאים להחלטה – תום לבו של הצד השלישי ומתן תמורה; לאחר מכן נבחן כלל הכרעה שנקבע ב"תקנת השוק". כאן הראיתי כיצד עוצב ושוכלל כלל הכרעה גמיש, הבנוי על שילוב בין שיקולים כלליים של מדיניות משפטית ועל ניסיון לאזן בין הזכויות המתחרות של הצדדים לסכסוך. לדעתי, מתיאור תוכנו ודרך התפתחותו של ההסדר ההלכתי בסוגיית התחרות נושא דיונו, ניתן לראות יפה כיצד השכילו חכמי ההלכה בדורות השונים להתמודד עם בעיה משפטית מורכבת, בתקופות שונות ובנסיבות משתנות. כך ניתן להיווכח, כי ההתמודדות הושתתה על שמירה על זיקה לעקרונות ההלכתיים הקיימים מחד גיסא, והבנה כי מסיבות שונות ומגוונות צריכים ההסדרים הקיימים פיתוח ושכלול מאידך גיסא. לשם כך פעלו חכמים בדרך של הוספת נדבכים ויציקת תכנים חדשים לעקרונות קיימים, וכן בדרך של יצירת כלל הכרעה גמיש, שתוצאת החלטה עשויה להשתנות עם שינוי הזמנים והנסיבות.

לעכב בידיו את הנכס, עד שהבעלים ישלם לו את הוצאותיו (שו"ת תשב"ץ, חלק ב, סימן קעח). כך גם משתמע מלשונו של הרמב"ם, גנבה, ה, ז: "...הרי זה נוטל הדמים מבעל הבית ואחר כך מחזיר הגנבה...". הלכה זו צוטטה גם בשו"ע, חו"מ, שנו, ת.

עמדה מרחיקת לכת יותר נוקט המהר"ם מרוטנבורג. פוסק זה נשאל (ספר שערי תשובות למהר"ם מרוטנבורג, שעד שני, סימן קלח), בדבר מקרה בו צד שלישי רכש נכס גנוב והיה זכאי להגנת תקנת השוק. אולם, הבעלים דחה את פניותיו של הצד השלישי ועיכב את תשלום הוצאותיו. המהר"ם פסק, כי בית הדין יכריז שהבעלים איבד את זכותו הקניינית בנכס זה יחולט לידי הקונה כתחליף לפירעון החוב. לצורך פסיקה זו נעזר המהר"ם בנימוק שאמצעי לגביית חוב רשאי בית הדין להפקיע את בעלותו של אדם בנכס ולהעבירו לבעלות חברו. מתשובה זו ניתן ללמוד כי דעת המהר"ם, קיימת במסגרת תקנת השוק זכות עיכבון על הנכס הגנוב עד לתשלום הוצאות הצד השלישי. אך גם מעבר לכך, במקרים שהדבר נדרש, ניתן להפוך זכות זו מאמצעי לחץ גרידא, לבטוחה של ממש, בטוחה, אשר ניתן לחלט אותה לטובת הצד השלישי לפי שיקול דעתו של בית הדין. זכות עיכבון זו, הופכת את תקנת השוק ל"תקנה עם שיניים", שיישומה ואכיפתה קלים ופשוטים.

ב. תקנת השוק במשפט הישראלי

בחלק זה אני מבקש לדון בטיבה ובעקרונותיה של תקנת השוק כמכר מיטלטלין שבדין הישראלי.¹⁰⁷ במסגרת זו אצטמצם לבחינת כלל ההכרעה שנקבע במשפט הישראלי לשם פתרון התחרות בין בעליו המקורי של הנכס המיטלטל לבין צד שלישי, האוחז בנכס זה וטוען לבעלות עליו מכוח רכישתו מאדם אחר.¹⁰⁸ לדעתי, כלל הכרעה זה הוא בעייתי. בעייתיות זו באה לידי ביטוי בכך שבנסיבות מסוימות תוצאת הפעלתו של כלל ההכרעה אינה משקפת איזון ראוי בין האינטרסים המתמודדים בתחרות זו, ואף מחטיאה את המטרה העומדת ביסודה של תקנת השוק. אעמוד על בעייתיות זו; ולאחר מכן אטען, כי בעזרת שימוש בעקרונות שהתגבשו בסוגיה זו במשפט העברי ניתן להציע דרך לשיפורו של ההסדר הקיים, דרך שתביא להשגת איזון טוב יותר בין הצדדים המתחרים ותאפשר להגשים את הרציונל המונח בבסיסה של תקנת השוק.

אקדים ואומר כי אין בכונתי לטעון כי ניתן או כי רצוי להחליף את ההסדר הקיים בדין הנוהג בהסדר שנקבע במשפט העברי.¹⁰⁹ כל שאני מבקש לטעון הוא, כי לשם

107 במסגרת זו לא אתיחס לתקנת השוק במשכון המוסדרת בסעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. צירן, כי בניגוד להתאמה הקיימת במשפט העברי בין תקנת השוק במכר מיטלטלין לבין תקנת השוק במשכון, במשפט הישראלי נקבעו שני הסדרים שונים בשתי הסוגיות הללו. על חוסר האחידות ועל מקורם השונה של שני ההסדרים ראו דניאל פרידמן, "העדות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד 245, 247-255 (תשל"ח); יהושע ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 148-150 (פירוש לחוקי החוזים בעדיכט גד טרסקי, תשל"ח).

108 הסיבה לצמצום הדין לסוגיית כלל ההכרעה בלבד היא שמטרתו של חלק זה היא להציע דרך לשיפורו של הדין הנוהג בארץ בעזרת עקרונות שהתגבשו במשפט העברי. לדעתי, סוגיית כלל ההכרעה היא הנושא העיקרי שבו עשויים העקרונות שהנחו בסוגיית תקנת השוק שבמשפט העברי לסייע לשיפורה של תקנת השוק שבדין הישראלי.

109 לדעה אחרת ראו אצל שטרזמן, הערה 3 לעיל, בעמ' לח-מז; אורי שטרזמן, "השבת הגולה ותקנת השוק", הפרקליט לב 8 (תשל"ט); אורי שטרזמן, "תקנת השוק", הפרקליט לד 353 (תשמ"א). שטרזמן מבקר את תקנת השוק של המשפט הישראלי בשני עניינים מרכזיים: (א) לדעתו, כלל ההכרעה שבמשפט הישראלי, המעדיף את הקונה העדפה מחלטת, מקפח יתר על המידה את זכויותיו של הבעלים המקורי; (ב) לדעתו של שטרזמן, צמצומה של הגנת תקנת השוק של המשפט הישראלי לעסקאות מסחריות בלבד הוא בלתי מוצדק (באשר לתחולת תקנת השוק של המשפט העברי על עסקאות פרטיות, ראו לעיל, הערה 82). שטרזמן טוען כי ההסדר של המשפט העברי בסוגיות אלה מאוזן יותר ונכון יותר ועל כן יש לאמץ את עקרונותיו כתחליף לדין הנוהג. כפי שיתברר בהמשך, גם אני מבקש להצטרף לביקורת כנגד כלל ההכרעה שנקבע במשפט הישראלי, אולם דעתי היא כי בעקבות השינוי בדפוסי חיי המסחר בעולם המודרני לא ניתן לאמץ את פתרונם של המשפט העברי כמות שהוא. עם זאת, ניתן להשתמש בעקרונות ובדרכי החשיבה שהנחו בו כדי ליצור כלל הכרעה טוב יותר (באשר לנושא הביקורת השני שהוצג על ידי

פיתוחו ושיפורו של ההסדר הקיים בדין הנוהג, ניתן להשתמש בעקרונות ובניסיון שנצבר במשפט העברי בסוגיה זו, שכפי שראינו, התפתחה והשתכללה במשך מאות רבות של שנים.

1. כלל ההכרעה בדין הישראלי

פיתוחו של המשפט הישראלי לתחרות הזכויות הנזכרת מצוי בסעיף 34 לחוק המכר.¹¹⁰ סעיף זה קובע, כי כאשר מתקיימים כמה תנאים מצטברים יועדף הקונה על פני הבעלים המקורי ויזכה לבעלות נקייה וממורקת בנכס שנמכר לו. לעומת זאת, במקרה שאחד מהתנאים אינו מתקיים, גובר הבעלים המקורי והנכס מושב לידי. התנאים להחלתו של הסדר תקנת השוק ולהעדפת הקונה על פני הבעלים המקורי הם: (א) כריתת חוזה מכר; (ב) ממכר שהוא נכס נד; (ג) מוכר העוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר; (ד) היות המכירה במהלך העסקים הרגיל של המוכר; (ה) קבלת הנכס לחזקתו של הקונה; (ו) תום לבו של הקונה.¹¹¹

מתיאור קצר זה של תקנת השוק במכר מיטלטלין של המשפט הישראלי ניתן לראות כי כלל ההכרעה שנקבע בו הוא כלל מסוג של "הכל או לא כלום". על פי כלל הכרעה זה יש להעביר כל סכסוך בין בעלים מקורי לבין צד שלישי שרכש את הנכס המיטלטל דרך המסגרת של התנאים המופיעים בסעיף 34 לחוק המכר, ולהגיע להכרעה חד-משמעית וחותכת האם להחזיר את הנכס לידי הבעלים המקורי או להשאירו בידי של הקונה. תקנת השוק הישראלית דבקה בכלל נוקשה זה ואיננה מאפשרת, בשום מקרה, ליישם כלל הכרעה גמיש ומורכב יותר. להלן אטען כנגד נוקשות זו. אבקש להראות כי קיימת קבוצה של מקרים שבהם הפעלה של כלל זה איננה ראויה ואיננה עולה בקנה אחד עם שיקולי המדיניות המשפטית העומדים בבסיסו של הדין הנוהג עצמו.

2. דרישת התמורה כתנאי לתחולתה של תקנת השוק

אחד התנאים להחלתה של תקנת השוק הישראלית הוא תנאי התמורה. תנאי זה אינו מופיע במפורש בסעיף 34 לחוק המכר, אולם הוא נגזר מטיבו של חוזה מכר (שעליו חל

שטרזמן, נושא זה חורג מתחומו של מאמר זה, המתמקד בבחינת כלל ההכרעה שנקבע במשפט הישראלי, ועל כן לא אדון בו.

110 סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, מורה: "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול חכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב".

111 ראו זמיר, הערה 1 לעיל, בעמ' 690.

הסעיף), כפי שהוגדר חוזה זה בסעיף 1 לחוק המכר, כהקניית נכס תמורת מחיר. 112 על פי תנאי זה, הקונה הסוען לבעלות על הנכס נדרש להוכיח כי רכש את הנכס בתמורה. תוכנה של התמורה בהקשר זה שונה מתוכנה של התמורה במובנה החוזי. המקור להבחנה זו הוא במשפט האנגלו-אמריקני, המבחין בין תמורה חוזית (consideration) לבין התמורה הנדרשת להגנה על רכישה בתום לב ובתמורה (value או valuable consideration). 113 הבחנה זו אומצה גם במשפט הישראלי בעניין חוות מקורה בע"מ נ' חסן. 114 בפסק דין זה נקבע, כי בעוד שבמסגרת דיני החוזים די בתמורה כלשהי לשם העמדת חוזה, הרי במסגרת דיני התחרות בין זכויות נוגדות של צדדים רחוקים (צדדים שאין ביניהם יריבות חוזית) נדרשת תמורה ממשית (להבדיל מסמלית), תמורה שהיא "ערך". 115 אולם, בהגדרת התמורה כתמורה ממשית אין די: עדיין יש לבחון את תוכנה של הגדרה זו. בהקשר זה עולות שתי שאלות: הראשונה היא מהי בדיוק "תמורה ממשית" וכיצד נמתח את הקו המפריד בין תמורה סמלית לבין תמורה ממשית? השאלה השנייה היא האם מילוי דרישת התמורה הממשית יבחן מנקודת מבט אובייקטיבית, או שמא מנקודת המבט הסובייקטיבית של הצדדים לעסקת המכר?

שאלות אלה נדונו במישורין ובעקיפין על ידי כמה מלומדים, ואף עלו על שולחנו של בית המשפט העליון לפני זמן לא רב. דעתו של פרופ' פרידמן¹¹⁶ היא כי בדיני התחרות לא די בתמורה סמלית אלא דרושה תמורה ממשית. עם זאת, נמנע פרופ' פרידמן מלתחום בצורה ברורה את גדריה של התמורה הממשית והשאיר אותם עמומים. הוא ציין כי קונה שרכש נכס בזול – למשל, שילם 60% מערכו – עדיין עומד בדרישת התמורה. לעומת זאת, כאשר קיים פער ניכר בין התמורה ששולמה לבין ערכו של הנכס, דרישת התמורה הממשית איננה מתמלאת. באשר לשאלה השנייה, דעתו של פרופ' פרידמן היא כי די בתמורה ממשית סובייקטיבית. לדידו, שאלת התמורה צריכה להיבחן על פי מה שראו הצדדים בעת כריתת החוזה ולא על פי ערכו האמיתי-אובייקטיבי של הנכס. מדבריו עולה כי ההנמקה העיקרית לדרישת התמורה היא היותה אינדיקציה לתום לבו של

112 ככל הנראה הניחו מנכחי סעיף 34 כי דרישת התמורה, הנגזרת, כאמור, מתוך הגדרתו של חזה המכר היא טריביאלית עד שאין צורך לפרטה. ראו איל זמיר, "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד", משפטים כו 359, 366 הערה 16 (תשנ"ו).

113 דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט ב 1145-1148 (מהדורה שנייה, תשנ"ח) (להלן: פרידמן, דיני עשיית עושר); דניאל פרידמן, "מושג התמורה בזיקה הישראלית", בתוך קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה 38, 46-48 (בעריכת שמעון שטרית, תשל"ו); מנחם מאוטנר, "שטר ביטוח: חוזה הכפוף לתנאי מתלה, נכס ממושכן ובעיית התמורה והערך", עיתון משפט יב 205, 220-221 (תשמ"ו).

114 ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 21-24.

115 שני ההבדלים העיקריים בין תמורה ממשית לבין תמורה סמלית הם שבתמורה ממשית נדרש ערך מבוצע בפועל (להבדיל מערך עתידי) וערך ממש (להבדיל מסמלי). ראו פסק הדין בעניין חוות מקורה, הערה 114 לעיל, בעמ' 24; מאוטנר, הערה 113 לעיל, בעמ' 220-221.

116 פרידמן, דיני עשיית עושר, הערה 113 לעיל, בעמ' 1145-1148.

הקונה.¹¹⁷ כאשר הנכס נשוא הסכסוך נמכר לקונה במחיר הנמוך באופן משמעותי מערכו האמיתי, מעורר הדבר חשד כבד באשר ל"כשרותה" של עסקת המכר ומעיד על חוסר תום לבו של הקונה. גישה זו אינה תופסת את דרישת התמורה כדרישה עצמאית מהותית ואינהרנטית להחלתה של תקנת השוק אלא כאמצעי או כעין חזקה ראייתית לבחינת קיומו של תנאי הכרחי אחר,¹¹⁸ הוא תנאי "תום הלב"¹¹⁹ (גישה זו תכונה להלן: "דרישת התמורה הממשית").

עמדה שונה עולה מגישתו של פרופ' מאוטנר.¹²⁰ לדעתו, לדרישת התמורה יש מטרה נוספת מלבד היותה ראייה לתום לבו של הקונה. לגישתו, לאחר התהוות הסכסוך בין בעלים מקורי לבין צד שלישי תם לב, יש לבחון אותו מנקודת המבט של יעילות כלכלית.¹²¹ על פי שיקול זה, המטרה היא להקטין את סך הנוקים העלולים להיגרם כתוצאה מהסכסוך. לשם כך יש לבדוק מי מהצדדים עלול להיפגע פגיעה קשה יותר במקרה שהכרעה בסכסוך תהיה לרעתו, ולהקצות את הנוק על הצד שייגרם לו נזק קטן יותר כתוצאה מן ההכרעה לרעתו. גישה זו אינה מסתפקת ב"תמורה ממשית" שדי בה כדי להעיד על תום לבו של הקונה, אלא דורשת תמורה שקולה או כמעט שקולה למלוא ערכו של הנכס.¹²² רק תמורה כזו תביא להשוואת נזקיו של הקונה עם נזקיו של הבעלים

117 כוזר, גם המשפט העברי רואה בתמורה אינדיקציה לתום לבו של הצד השלישי. אולם, בניגוד למשפט הישראלי, אינדיקציה זו איננה ראייה מכרעת. ראו לעיל, הטקסט שליד הערות 87-92.

118 בשל כך טיבו של התנאי האחר, תנאי תום הלב, משפיע על טיבה של דרישת התמורה. בניגוד לתום הלב הנדרש כנדרמת התנהגות במשא ומתן לקראת כריתת חוזה, תום הלב הנדרש כתנאי לתחילתה של תקנת השוק הוא תום לב סובייקטיבי בלבד. בשל כך, גם התמורה הנדרשת להוכחת תום לבו של הקונה די לה שתהיה ממשית מנקודת ראות סובייקטיבית. על דרישת תום הלב בתקנת השוק ראו להלן, הטקסט שליד הערות 155-157.

119 זוהי גם הסיבה לעיממות הנגדיתה של התמורה הממשית אליבא דפרופסור פרידמן. כאשר קיומה של התמורה נדרש כדי להעיד על מידת תום לבו של הקונה, קשה מאוד להגדיר מראש קו גבול ברור בין תמורה ממשית לתמורה שאיננה ממשית.

120 ניתוח עמדה זו מבוסס על מאמרו של פרופ' מאוטנר, "The Eternal Menachem Mautner, 'Triangles of the Law' – Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties," 90 Mich. L.Rev. 95, esp. 110-126, 149-152 (1991) (להלן: "Priorities"). במאמר זה בוחן המחבר את שיקולי המדיניות המשפטית ואת כללי ההכרעה הראויים למצבי תחרות שונים בין צדדים רחוקים, תוך התייחסות ספציפית למשפט האנגלו-אמריקני. יש להדגיש, כי במאמר זה פרופסור מאוטנר איננו מתייחס לדרישת התמורה במשפט הישראלי בכלל ולסעיף 34 לחוק המכר בפרט. ראו גם מנחם מאוטנר, "עסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ 521, 523-525 (תשנ"ג).

121 שיקול זה איננו היחיד. להלן יובא תיאור מפורט יותר של עמדתו של פרופסור מאוטנר בשאלה העקרונית של דרך ההכרעה בתחרויות בין צדדים רחוקים והתמקות השונות לה.

122 פרופסור מאוטנר מציג שלושה דגמים שונים של "תמורה ותום לב" (Priorities, Mautner), הערה 120 לעיל, בעמ' 110-116). הדגם המוצג כאן הוא "הדגם המסודרת", כהגדרתו של פרופסור מאוטנר. לדעתו, דגם זה הוא המתאים ביותר לפתרון התחרות במצב בו עוסקת תקנת השוק. נראה

המקורי ותוכל להצדיק את העדפתו של הראשון על פני השני.¹²³ זאת ועוד אחרת: נראה כי גישה זו מחייבת תשובה שונה גם לשאלה השנייה. כאן לא נסתפק בבחינה סובייקטיבית של ממשות התמורה אלא תידרש בחינה אובייקטיבית של שקילות התמורה ביחס לערכו האמיתי של הנכס במכירתו בשוק ממוכר מרצון לקונה מרצון. זאת, משום שאם נסתפק בבחינה סובייקטיבית בלבד, התמורה לא תוכל לשמש פרמטר במבחן השוואת הנזקים.

על פי גישה זו, דרישת התמורה היא דרישה עצמאית ותשובה ביותר. קונה שאיננו עומד בתנאי השקילות האובייקטיבית לא יזכה להגנתה של תקנת השוק, גם כאשר הוכח תום לבו. במקרה כזה יכתיב שיקול היעילות הכלכלית את העדפת הבעלים המקורי ואת הקצאת הנזק על הקונה, מכיוון שהנזק שייגרם לקונה קטן יותר מן הנזק העלול להיגרם לבעלים המקורי אם יועדף הקונה (גישה זו תכונה להלן: "דרישת התמורה השקולה").

כאמור, לאחרונה נדונו שאלות אלו והוכרעו ברוב דעות בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין כנען נ' United States of America.¹²⁴ בשל חשיבותו של פסק דין זה לענייננו נביא את עיקרי העובדות שעליהן נסב הדיון: שני ציורים מקוריים של הצייר ראובן רובין הושאלו על ידי בעליהם לתערוכה של אמנות ישראלית בארצות-הברית. הציורים בוטחו על ידי המועצה הפדרלית של ארצות-הברית בביטוח עצמי. בדרך חזרה ארצה אבדו הציורים וממשלת ארצות-הברית שילמה את תגמולי הביטוח לבעליהם כנגד תעודת שיפוי. בסך הכל קיבלו הבעלים סכום של 115,000 דולר. לאחר כמה שנים התגלגלו הציורים לשוק הפשפשים, שם רכשה אותם גב' כנען, בעלת חנות לממכר סחורות מיד שנייה, מייד סוחרת-רוכלת אחרת, תמורת 250 ש"ת. מחיר זה נקבע בשל טעותן המשותפת של שתי הסוחרות, שטעו לחשוב כי מדובר בציורים פשוטים. לאחר כמה ימים גילתה גב' כנען כי מדובר בציורים מקוריים ופנתה למוזיאון ראובן ולמשרתה. גב' כנען הפקידה את הציורים במוזיאון ותבעה להצהיר על בעלותה בהם. מולה התייצבה ממשלת ארצות-הברית כחליפתו של הבעלים המקורי מכוח הסכם השיפוי.

עובדותיו הנדירות יחסית של מקרה זה הציבו בפני בית המשפט כמה שאלות שלא זו המסגרת לדון בכולן.¹²⁵ עיקרו של הדיון הוקדש לטוגיית תקנת השוק. בסוגיה זו הועמד בית המשפט בפני הצורך להכריע בין חליפו של הבעלים המקורי (שדינו, לצורך העניין, כבעלים המקורי עצמו), לבין קונה שאיש לא הטיל ספק בתום לבה, אך התמורה אותה

כי זוהי גם דעתו של פרופסור מאוטר עצמו (שם, בעמ' 151-152).

123 נוסף על ערך זה, בחישוב השוואת הנזקים יש מקום להתחשב גם ב"ערך האישי" שיש לבעלים המקורי בנכס. על כך ראו להלן, בהערה 153.

124 ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114. יצוין, כי החלט לקיים דיון נוסף בפרשה זו, ולמועד כתיבת שורת אלה טרם ניתן בו פסק דין.

125 ראו את מאמרו של זמיר, הערה 112 לעיל, שנכתב כביקורת על פסק הדין של הערכאה הראשונה בפרשה זו (ת"א 339/90 United States of America by the U.S. Department of Justice). ביקורת זו התקבלה ברובה על דעתה של השופטת שטרסברג-כהן, ג' כנען, פ"מ תשנ"ד (1) 397. ביקורת זו התקבלה ברובה על דעתה של השופטת שטרסברג-כהן, שכתבה את חוות הדעת המרכזית בדעת הרוב.

נתנה בקניית הממכר לא הייתה שקולה, בלשון המעטה, לערכו האמיתי של הממכר.¹²⁶ ואומנם, נקודת המחלוקת המרכזית שהתגלעה בין שופטי הדוב לבין שופט המיעוט הייתה בשאלה האם התקיימה דרישת התמורה במקרה זה.

השופט שטרסברג-כהן, שכתבה את חוות הדעת המרכזית בדעת הרוב, קבעה כי דרישת התמורה לא התמלאה במקרה זה. בנייתו דרישת התמורה קיבלה השופטת את עיקרון הקטנת הנזקים כשיקול חשוב בפתרון תחרויות בין צדדים רחוקים. לפיכך קבעה השופטת כי על אף תום לבה הסובייקטיבי המוכח של גב' כנען, ולמרות שבעת רכישת הציורים היא הייתה בטוחה כי היא משלמת עבורם את מלוא ערכם, היא לא תוכל לזכות בהגנתה של תקנת השוק, מכיוון שערכם האובייקטיבי של הציורים גדול לאין שיעור מהתמורה ששולמה עבורם, והנזק שתספוג ממשלת ארצות-הברית אם תוכרע התחרות לטובתה של גב' כנען גדול לאין שיעור מהנזק שתספוג גב' כנען במקרה ההפוך.¹²⁷ לעמדה זו הצטרף גם השופט טל.¹²⁸

יש לציין, כי בפסק הדין אין התייחסות מפורשת לשתי השאלות שהוצגו לעיל, דהיינו: בעיית הגדרתה של התמורה הממשית, והשאלה האם די בבחינה סובייקטיבית של התמורה שניתנה או שמא נדרשת בחינה אובייקטיבית. אולם, השופטת שטרסברג-כהן עמדה על ההבדל בין עמדתו של פרופ' פרידמן לבין עמדתו של פרופ' מאוסנר, וקבעה כי יש לקבל את עמדתו של האחרון ולפרש את דרישת התמורה לפי שיקול הקטנת הנזק. בשל כך נראה כי היא מקבלת את הגישה הדורשת תמורה שקולה, על כל המשתמע מכך. מנגד גרס השופט טירקל, בדעת מיעוט, כי במקרה זה עמדה גב' כנען בדרישת התמורה הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר. לדעתו, התנאי החשוב והמרכזי לתחולתה של תקנת השוק הוא תנאי תום הלב הסובייקטיבי, ואילו כל שאר התנאים המנויים בסעיף 34 לחוק המכר הם סימנים וראיות לתום לבו של הקונה. כוונה גם דרישת התמורה. אכן,

126 התמורה שניתנה במקרה זה שקולה לפחות מאלפית מעדו של הממכר. ראו חישוב אצל זמיר, הערה 112 לעיל, בעמ' 360.

127 צוין, כי השופטת שטרסברג-כהן לא הבחינה בין המינוחים "תמורה שקולה" לבין "תמורה ממשית", כך שגם את דרישת התמורה על פי עמדתו של פרופסור מאוסנר היא מכנה "תמורה ממשית". במאמר זה אני מבקש לחדד את ההבדלים בין שתי הגישות, ועל כן אני משתמש בשני מינוחים שונים לציון שתי השיטות בהבנת מושג התמורה.

128 השופטת שטרסברג-כהן העלתה נימוק נוסף לשלילתה של תקנת השוק מגב' כנען. לדעתה, במקרה הגדון לא התקיים תנאי נוסף הדרוש כדי להיכנס בגודלה של תקנת השוק, והוא שבמקרה זה המוכרת לא יכולה להיחשב כמי שעוסקת במכירת נכסים מסוג של הממכר. השופטת הסבירה כי אומנם תכליתו של תנאי זה היא לכתוך את תום לבו הסובייקטיבי של הקונה, אולם אין בכך בכדי לגרוע מאופיו האובייקטיבי. גב' כנען קנתה ציורים יקרי ערך שאינם מסוג הנכסים שהיא עוסקת במכירתם במהלך עסקיה הרגיל, ובשל כך אין היא זכאית להגנתה של תקנת השוק. עמדה דומה הובעה על ידי זמיר, הערה 112 לעיל, בעמ' 366-367. נימוק זה לא התקבל על דעת שופט המיעוט, השופט טירקל, ואף לא על דעתו של השופט טל, שכאמור הצטרף לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן מנימוקה הראשון. לדעתם, סוג הממכר צריך להיבחן באופן סובייקטיבי על פי מה שחשבו הצדדים לעסקה בעת המכר.

גם לדעתו של השופט טירקל דרושה תמורה ממשית, אך בחינת ממשותה צריכה להיעשות מתוך נקודת המבט של הקונה בשעת המכירה.¹²⁹ לגישתו של השופט טירקל עמדה גב' כנען בדרישה זו, כמו גם בשאר תנאי סעיף 34, והיא זכאית לקבל את הבעלות בציורים.¹³⁰

3. ביקורת הדין המצוי

לדעתי, במצב הדברים העובדתי והמשפטי שהונח בפני בית המשפט בכואו להכריע את הדין במקרה זה, צדקה דעת הרוב באופן הבחירה בין שתי האופציות שניצבו בפני בית המשפט ובתוצאה שאליה הגיעה. בדין המצוי, בו שולט כלל ההכרעה של "הכל או לא כלום", נדרש בית המשפט להכריע לכאן או לכאן – האם להעדיף את הבעלים המקורי (במקרה זה, את חליפו), שרכש את הנכס היקר תמורת מלוא ערכו הריאלי, או שמא להעדיף את הקונה תמת הלב ששילמה תמורת הנכס פחות מאלפית משוויו. במצב דברים זה מנחים הן תחושת הצדק והן שיקולים של יעילות כלכלית¹³¹ לפרש את דרישת התמורה כפי שפירשוה ידי שופטי הרוב, ולהעדיף את "ההגנה על הזכות הקניינית של

129 פרופסור פרידמן, שעמדו הובאה לעיל, הביע תמיכה בפסק דינו של השופט טירקל בנקודה זו. ראו פרידמן, דיני עשיית עושה, הערה 113 לעיל, בעמ' 1146, הערה 355.

130 דרך אודות להתמודדות עם המקרה שנדון בפרשת כנען הוצעה על ידי עופר גרוסקופף במאמרו "ז'ס' קונה מוכר והשפעתם על זכויות הבעלים המקוריים", המשפט ד 202 (תשנ"ט). לדעתו, נוסף על הדרך שבה הלך בית המשפט, שהתמקדה בפגם הקנייני בוכיחיה של גב' כנען, ניתן היה לפתור את המקרה דרך תקיפת הפגם החוזי – הסעות המשותפת של גב' כנען ושל המודות שמכרה לה את הציורים כאשר לטיבו ולשווי של הממכר. פתרון זה מבוסס על עיקרון הסברוגציה בדיני עשיית עושה ולא במשפט. עיקרון זה מאפשר לבעלים המקורי לברא בנעליה של המוכרת לכל זכות שיש לה על פי חוזה המכר. היות שחוזה המכר במקרה זה היה נגוע בפגם של טעות משותפת, עומדת לבעלים זכותה של המוכרת לבקש מבית משפט את ביטול החוזה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). תוצאה נוספת של הליכה בדרך זו היא שבית המשפט מוסמך לחייב את המבקש את ביטול החוזה בפיצוי הצד השלישי בגין נזקי ההסתמכות שלו, במקרה זה – מחיר הכישה. לדעת גרוסקופף, פתרון הסכסוך בדרך זו עדיף הן בגלל שהפגם העיקרי בפרשת כנען היה פגם חוזי, הן בגלל שדרך זו עושה צדק עם שני הצדדים, והן בגלל החשש שהתוצאה הנראית ראויה במקרה זה (הוצאת הציורים מידיה של גב' כנען) היא שתסתייב את דרך ניתוח תקנת השוק, ולא להפך. בנקודה זו דעתי שונה. ראשית, אני סבור כי דווקא "מקרה מבחן" זה מעמיד בפני בית המשפט ובפניו הזדמנות לבחון בזינה מדוקדקת את טיבה של תקנת השוק, את הרציונלות שלה ואת יעדי המדיניות שהיא נועדה להגשים, תוך בחינה מעמיקה של יתרונותיה וחסרונותיה של הדין הנוגה. שנית, ייתכן אומנם שמקור הבעיה במקרה ספציפי זה הוא בטעותן המשותפת של הסוחרת וגב' כנען, אולם כפי שאטען בהמשך הדיברים, בעיות דומות ואף קשות יותר עלולות להיווצר ללא כל קשר לקיומו של פגם חוזי כלשהו. בשל כך יש, לדעתי, לבחון מקרה זה לפי דין תקנת השוק. שבהם יחבר להלן בהרחבה. 131

הבעלים על פני מתת השמים (windfall) של הקונה".¹³² עם זאת, פתרון הסכסוך בדרך זו הוא בעייתי ומצביע, לדעתי, על פגמיו של הדין הנוהג.

בעייתיות זו איננה נובעת מהתחושה כי נעשה צוול לקונה תמת הלב וכי זכויותיה נתקפחו. ברור כי בכל סיטואציה של תחרות בין צדדים רחוקים ששניהם נהגו בתום לב נדרשת הכרעה שבהכרח תגרום הפסד ממון לכל הפחות לאחד מן הצדדים. הקושי בפסק הדין גובע מן ההכרה כי הכרעה בלתי נמנעת לכאורה זו עומדת בניגוד לרציונל שעליו מושתת מוסד תקנת השוק ופוגעת באינטרס השגת תכליתו של מוסד זה.

הרציונל המונח ביסודה של תקנת השוק של המשפט הישראלי דומה במהותו לזה שבמשפט העברי. גם כאן רואה הדין את התחרות בין הבעלים המקורי לבין הקונה תם הלב כתחרות בין האינטרס ה"סטטי" המבקש להגן על זכות הקניין של הבעלים, לבין האינטרס ה"דינמי" המבקש להגן על חיי המסחר השוטפים ולעודד אותם. כפי שמעידים מלומדים רבים, בעקבות התפתחותם והתרחבותם של חיי המסחר בתקופה המודרנית, התחזק עוד יותר הרצון להגן על האינטרס ה"דינמי".¹³³ ואכן, כפי שראינו, בסעיף 34 לחוק המכר קבע המחוקק כי בכפוף לתנאים המופיעים בסעיף, יש להעדיף את האינטרס הדינמי. הוזה אומר: הצורך להגן על חיי המסחר גובר על הרצון להגן על זכויות הקניין הקלסיות.¹³⁴

מובן, כי סעיף 34 לחוק המכר אינו מעדיף את האינטרס הדינמי בכל מקרה, וכפי שראינו נקבעו בו כמה תנאים מצטברים שרק עם קיומם יזכה הקונה בהגנתה של תקנת השוק. גם אני אינני מבקש לסעון כי השגת יעד המדיניות שמציב הרציונל של הגנה על חיי המסחר השוטפים מחייב את העדפתו של הקונה ללא כל סייג. כפי שאראה עוד להלן, דעתי היא כי דרישת התמורה השקולה (בניגוד לעמדה המסתפקת בתמורה ממשית) ודרישת תום הלב, שנקבעו כתנאים להתלתה של תקנת השוק, משקפות מדיניות משפטית נכונה. עם זאת, אני סבור כי דרישת התמורה השקולה¹³⁵ במשטר שבו כלל

132 פרשת כנען, הערה 124 לעיל, בעמ' 134.

133 ראו זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 681–683, 689–690; טל בנד ואסף פוזנר, 'תקנת השוק במטר מכוננית – האומנם?!', משפטים יג 319, 321–323 (תשמ"ד). לפסיקה בעניין זה ראו, למשל, ע"א 716/72 רחנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כו(2) 709; ע"א 81/73 יוסף נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כו(2) 716.

134 בשל כך הזכרה תקנת השוק כחריג לכלל שאין אדם יכול להעביר זכויות שאין לו (nemo dat quod non habet).

135 אכן, יישום הגישה המסתפקת בתמורה ממשית סובייקטיבית בפרשת כנען, כפי שעשה השופט טירקל, אומנם מתיישב טוב יותר עם הרציונל של עידוד חיי המסחר השוטפים, אולם, כאמור, לדעתי אין לקבלו. ראשית, משום שהיא איננה נתנת ביטוי לשיקול החשוב של הקטנת הנוקים; שנית, משום שקשה מאוד להלום את התוצאה שאליה הגיע השופט טירקל בדעת המיעוט – תוך הסתמכות על שיקול תקינות חיי המסחר – שלפיה תוכה גב' כנען בבעלות על ציורים אשר תמורתם היא שילמה פחות מאלפית משוויים, בעוד שמן העבר השני לממשלת ארצות הברית יגרום נזק בסך 115,000 דולר.

ההכרעה הוא כלל של "הכל או לא כלום" היא מנוגדת לרציונל של מוסד תקנת השוק ומהווה אבן נגף בדרך להשגת יעדי.

אין ספק כי בדרך התנהגותה פעלה גב' כנען בדיוק כפי שהחוק מצפה מקונה במצבה לנהוג כדי להבטיח את זכויותיו כממכר ולזכות להגנתה של תקנת השוק. היא פעלה בתום לב; היא רכשה את הציורים מסוחרת אחרת, שלמיטב הבנתה בשעת המכר עסקה בממכר נכסים מסוג הציורים שנמכרו; והיא אף שילמה עליהם מחיר שנראה בעיניה באותה עת כמחירם הריאלי של הציורים. הפסדה המוחלט של גב' כנען ושכמותה בתחרות מול הבעלים המקורי עלול ליצור אי-ודאות וחוסר ביטחון עד כדי פגיעה במהלך התקין של חיי המסחר.¹³⁶ זאת ועוד אחרת: מקרה נדיר זה שהובא לפני בית המשפט, שבו התמורה שניתנה שקולה לפחות מאלפית שוויים הריאלי של הציורים, "הקל" מאוד על הכרעתו של בית המשפט.¹³⁷ אולם, לפסיקה זו עלולות להיות משמעותיות מרחיקות-לכת על מקרים קשים בהרבה. לשם הדגמה נתאר מקרה שבו פלוני רוכש נכס בתום לב בחנות כלבו גדולה תמורת 60% מערכו הריאלי בלבד, בעת "מכירת סוף עונה" (או בעת "מבצע", "מכירת חיסול" וכו'). לימים מתברר כי הנכס שנקנה הוא נכס גנוב. לכאורה, על פי הלכת כנען, היות שתנאי השקילות האובייקטיבית אינו מתקיים תהיה ידו של הבעלים על העליונה, והקונה יצא וידיו על ראשו. כמובן שמבחינת הרציונל של דין תקנת השוק תוצאה זו קשה ביותר.¹³⁸

השופטת שטרסברג-כהן עצמה נתנה ביטוי בפסק דינה לתוצאה הבעייתית של עמדתה ולסכנת הפגיעה באינטרס הציבורי של קיום מסחר תקין ושוטף. אולם, בעימות בין פגיעה זו לבין השוואת הנזק העלול להיגרם לממשלת ארצות-הברית אל מול הנזק העלול להיגרם לגב' כנען, העדיפה השופטת את אינטרס הקטנת הנזקים. להלן אטען כי הדילמה שבפניה עמדה השופטת איננה הכרחית, וכי ניתן להציע הסדר שיגשר ויאזן בין שני האינטרסים המנוגדים הללו.¹³⁹

136 ובלשונו של השופט טריקל, בפרשת כנען, הערה 124 לעיל, בעמ' 140: "[יש בכך] מסד חינוכי-ציבורי שלילי".

137 הקלה נוספת על הסרעו של בית המשפט במקרה זה הייתה עמדתה של ממשלת ארצות-הברית, שהייתה מוכנה להשיב לכנען את ההוצאות שהוציאה ברכישת הציורים, דהיינו: סכום של 250 ש"ח. עמדה זו ייתרה את הצורך להתמודד עם שאלת זכאותה של כנען להשבת הוצאותיה. השוו גרוסקופף, הערה 130 לעיל.

138 קושי דומה היה גם לשיטתו של פרופסור פרידמן, המסתפק בתמורה ממשיה, אם התמורה שתיתן על ידי הקונה תם הלב תהיה בשיעור 50% ופחות מערכו של הנכס.

139 יש להגיש, כי הביקורת איננה מופנית כנגד דרישת "התמורה השקולה" ואף לא כנגד דרישת "התמורה הממשית" כשלעצמן, משום שאינני סבור כי לצורך החלטה של תקנת השוק ניתן להסתפק בהוכחת תום לבו של הקונה בלבד (שיטת המשפט היחידה שאמצה דרך זו היא שיטת המשפט האיטלקית. ראו Murray, הערה 1 לעיל, בעמ' 43, 52; גורי, הערה 1 לעיל, 92, 98). הביקורת מופנית כנגד השילוב בין דרישת התמורה לבין כלל ההכרעה שאימצה השיטה המשפטית שלנו, כלל מסוג של "הכל או לא כלום".

4. דרך הפתרון

הפתרון שיוצע להלן מבוסס הן על דרך ההכרעה ועל עיקרון האיזון שהונחו במשפט העברי, והן על השיקולים העקרוניים בפתרון תחרויות בין צדדים רחוקים שהתגבשו במשפט המודרני. בניתוח דיני התחרות בין בעלים מקורי לבין צד שלישי במשפט העברי, שנעשה בחלקו הראשון של מאמר זה, עמדתי על מורכבותה של "תקנת השוק" והדגשתי את הניסיון שנעשה בה להשיג את האיזון העדין בין האינטרסים השונים המתמודדים בתחרות זו.¹⁴⁰ תקנת השוק של המשפט העברי איננה גורסת כלל הכרעה מסוג של "הכל או לא כלום". נאמנה לרציונל המונח בתשתיתה, קובעת תקנת שוק זו שכעיקרון יש להעדיף את הקונה על פני הבעלים המקורי, אולם העדפה זו מוגבלת לשיעור השקעתו של הקונה בנכס. אחת הסיבות להגבלה זו היא ההכרה שעל אף הרצון לעודד את חיי המסחר השוטפים אין מקום להטיל על הבעלים המקורי לשאת בהפסד מלוא ערכו של הנכס, כאשר מנגד הקונה מתעשר ללא כל פרופורציה להשקעתו. כזכור, התוצאה היא שהקונה נדרש להשיב את הנכס לבעלים המקורי, ומנגד נדרש הבעלים לשפות את הקונה על כל הוצאותיו.¹⁴¹

לדעתו של פרופ' איל זמיר,¹⁴² תקנת השוק של המשפט העברי איננה מתאימה לשמש פתרון לתחרות זכויות זו במשפט המודרני. לדידו, פתרון הגורס כי יש "להחזיר את הגלגל אחורנית" ולהשיב את הנכס לבעלים המקורי איננו מתאים לצרכים של חיי המסחר המודרניים. בשל ההתפתחות והשכלול בחיי המסחר, הבאים לידי ביטוי גם במהירות הגדולה אשר בה מתבצעות עסקאות ושבה מועברים נכסים מיד ליד, גדל גם הצורך להבטיח הגנה ראויה ל"שחקנים" בשוק זה, ובמיוחד לצדדים שלישיים.¹⁴³ הסדר משפטי המחייב את הוצאת הנכס מידי של הקונה איננו מספק את ההגנה הדרושה ועלול להחטיא את יעד המדיניות המשפטית שביסודה של תקנת השוק.

עמדה זו על נימוקיה מקובלת עלי באופן עקרוני. גם לדעתי, תקנת השוק של המשפט העברי, כמות שהיא, איננה ניתנת ליישום ולהפעלה בשיטת משפט הנדרשת להתמודד עם המציאות המסחרית של העולם המודרני. יישומו של כלל הכרעה המחייב את השבת הנכס לבעלים המקורי – תוצאה הפוגעת בציפיותיו של הקונה – עלול ליצור חשש בקרב

140 כזכור, ההסדר הראשוני לתחרות הזכויות היה מבוסס על הלכת היאוש בנגבה הבנויה גם היא על כלל הכרעה מסוג של "הכל או לא כלום". אך, כפי שראינו, כבר בתקופה קדומה אוזנה הלכת היאוש בעזרת תקנת השוק, הבנויה על כלל הכרעה מאחז ו'מרוכך' יותר. ראו לעיל, בסקסט שליד הערות 32-42.

141 ראו לעיל, בסקסט שליד הערות 36-42, 87-92.

142 זמיר, הערה 111 לעיל, בעמ' 688-689.

143 השוו שלום לרנר, "הפיחות במעמדה של הבעלות באספקלריה של מועד העברת הבעלות במכר מיטלטלין", מזקדי משפט ה' 77, 117 (תשמ"ז).

ציבור הקונים ולגרום להם להרבות יתר על המידה בכדיקת המוכר והממכר.¹⁴⁴ מצב זה עלול להביא לייקור עלות רכישת מוצרי הצריכה ולהאטה בקצב חיי המסחר. במציאות חיי המסחר המודרניים, תוצאה זו איננה רצויה. בשל כך, יש לדחות את יישומו של כלל הכרעה זה.¹⁴⁵ עם זאת, דעתי היא כי דרך החשיבה והעקרונות שביסודה של תקנת השוק של המשפט העברי נכונים וראויים גם כיום, וכי שימוש בהם יכול להשתלב היטב במרחב המשפט המודרני ואף לשפר ולייעל את ההסדר המשפטי הקיים.

לפני שאגש לתיאורו של הפתרון המוצע אבקש להבהיר את העקרונות שעליהם הוא מושתת. אפתח בתיאור השיקולים הכלליים המנחים בפתרון תחרויות בין צדדים רחוקים; לאחר מכן אבחן את התחרות מושא דיוננו באספקלריה של שיקולים כלליים אלה, תוך הוספת המאפיינים הייחודיים לה.

144 כמובן שיש לעודד בדיקות מסוג זה באשר הן עשויות למנוע מלכתחילה את היווצרות התחרות. ואכן, כפי שיבואר להלן, נראה כי זוהי אחת ממטרותיה של חובת תום הלב המוטלת על הצד השלישי. אולם, ביצוע בדיקות אלה במינן מופרז יביא יותר נזק מתועלת. על שאלת המינן המתאים בדרישת תום הלב בסוגיה זו ראו להלן, בטקסט שליד הערות 155–157. עוד יצוין בהקשר זה, כי בגלל התפתחותו הסתעפותו של המסחר המודרני, המעקב אחרי מקורותיו של הממטר קשה ולעיתים אף בלתי אפשרי. משמעות הדבר היא כי החשש שיווצר בקרב ציבור הקונים עקב יישום כלל הכרעה המחייב את השבת הממטר לבעלים המקורי, אינו יכול להועיל הרבה למניעת המסחר ברטש גנוב. אולם, כאמור, הוא עלול לפגוע בקצבם של חיי המסחר.

145 השו"ו C. S. P. Harding & M. S. Rowell, "Protection of Property Versus Protection of Commercial Transactions in French and English Law" 26 *Int'l & Comp. L. Q.* 354, 356-359 (1977). מחברים אלה מעלים נימוק נוסף להצדקת ההבדל בין שיטות משפט עתיקות (דוגמת המשפט הרומי), שהעדיפו את ההגנה על האינטרס הטטטי, כלומר על זכויות הקניין של הבעלים המקורי, לבין שיטות משפט מודרניות המעדיפות את ההגנה על האינטרס הדינמי, קרי: צורכי חיי המסחר. טענתם היא שבמצב של חוסר יציבות פוליטית וחברתית, שפעמים רבות אפיינו את המצב בעבר, ראו שיטות המשפט צורך להגן ככל האפשר על מוסד הבעלות ועל זכויות הקניין ה"סטטיות". לעומת זאת, כיום, כאשר מעמדו של הקניין איתן, ניתן לתת משקל רב יותר לשיקולים אחרים דוגמת הצורך להגן על חיי מסחר תקינים. עמדה אחרת בסוגיה זו ראו אצל Harold R. Weinberg, "Sale Law, Economics, and the Negotiability of Goods" 9 *J. Legal Stud.* 569 (1980). לדעתו, שיקול עידוד חיי המסחר איננו שיקול חשוב בהקשר זה (שם, בעמ' 591, הערה 84), והשיקול המרכזי שצריך להיבחן הוא השפעתו של כלל ההכרעה שיקבע על גודלו של שוק המסחר בסחורות גנובות (שם, בעמ' 574–586, ובמיוחד הערה 69). מסקנתו היא שכלל הכרעה המעדיף את הבעלים המקורי ואינו מאפשר את סחרותם של המיטלטלין הגנובים עשוי לצמצם, ולו במעט, את כמות הסחורה הגנובה הנמצאת בשוק, ומשום כך יש להעדיפו. מבלי להיכנס לבחינה ביקורתית של דבריו אמר רק כי הפתרון שיוצע להלן, הדוחה הסרעה חריגתית לטובת הקונה ומאזן בין הבעלים המקורי לבין הצד השלישי, מאיין כמעט לחלוטין את טיעונו של ווינברג.

5. מערך השיקולים הרלבנטיים

במאמרו הנזכר עומד פרופ' מאוסנר¹⁴⁶ על הצורך בתיאוריה כללית שתקבע שיקולי מדיניות עקרוניים וכללי הכרעה במצבים שונים של תחרויות בין צדדים רחוקים.¹⁴⁷ לדעתו של פרופ' מאוסנר קיימות שתי מערכות מרכזיות של שיקולים שיש להביא בחשבון בקביעת כללי הכרעה אלו. מערכת השיקולים הראשונה בוחנת את השיקול הלכתחילי (ex ante) מי מן הצדדים היה יכול למנוע את התרחשות התחרות בעלות המינימלית. ההיגיון בשיקול זה הוא שבמקום שבו אחד מן הצדדים לתחרות היה יכול למנוע את היווצרותה, תוך השקעת מאמץ סביר, ראוי להטיל עליו את הנזק שנגרם כתוצאה מהתרחשותה של התחרות.¹⁴⁸ (שיקול זה יכונה להלן "שיקול המונע הזול"). כאשר אף אחד מהצדדים איננו יכול למנוע בעלות סבירה את היווצרותו של הקונפליקט, יש לעבור למערכת השיקולים השנייה הבוחנת את המצב בדיעבד (ex post), ומחפשת את הדרך הטובה ביותר לפתרון הסכסוך לאחר התהוותו.¹⁴⁹ ניתוח מצב זה מנקודת המבט של יעילות כלכלית מורה על מזעור הנזקים הנובעים מהתחרות.¹⁵⁰ לשם כך יש להקצות את ההפסד על הצד שהנזק שייגרם לו קטן יותר מן הנזק שייגרם לאחרו אם הוא יזכה בתחרות.¹⁵¹ (שיקול זה יכונה להלן, "שיקול הקטנת הנזק"). פרופ' מאוסנר ממשיך ומראה כיצד דוקטרינת ה"רכישה בתמורה ובתום לב",

146 ראו *Priorities, Mautner*, הערה 120 לעיל.

147 תחרויות כאלה עשויות להיווצר במקרים שונים, למשל במצב של עסקאות נוגדות במקרקעין או במיסלולין, או במצב שבו המוכר זכאי להשבת הממכר מידי הקונה עקב פגם בכריתת החוזה, אך הקונה כבר העביר את הנכס לצד שלישי.

148 היגיון זה נשען הן על שיקול של יעילות כלכלית, שלפיו יש להטיל את ההפסד על המונע הזול כדי להמריץ אותו מלכתחילה לפעול למניעת היווצרותה של התחרות, והן על שיקולי צדק שלפיהם יש "לגמול" ולהעניש את עושה העוולה שהיה ביזו למנוע את היווצרות התחרות והוא לא עשה כן. ראו *Priorities, Mautner*, הערה 120 לעיל, בעמ' 100-106.

149 מדבריו של פרופסור מאוסנר עולה כי מערכת השיקולים הראשונה קודמת למערכת השיקולים השנייה, כך שהשיקול הדיעבדי נכנס לתמונה רק לאחר שהשיקול הלכתחילי אינו מצליח להכריע את התחרות. עמדה שונה ראו אצל תנך דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז 673, 724-720 (בעריכת אריאל רוזן-צבי, 1997).

150 פרופסור מאוסנר ציין כי שקילת שיקולי צדק תביא לאותה תוצאה. על פי השיקול של "צדק חלוקתי", העוסק בדרך חלוקתם של משאבים שיש לגביהם תביעות סותרות, יש להקצות את המשאבים לצד שיסבול פגיעה חמורה יותר אם המשאבים לא יוקצו לו.

151 שיקול נוסף במסגרת מערכת השיקולים "שבדיעבד" הוא השיקול של מזעור עלויות ההתדיינות. אחת המשמעותיות העיקריות של שיקול זה היא דחיית צורת התדיינות אשר מכריעה בתחרויות בעזרת הפעלת שיקולי המדיניות הללו בכל מקרה לגופו (case to case rules), והעדפת צורת התדיינות הפועלת בעזרת קטגוריות של מקרים טיפוסיים. ראו *Priorities, Mautner*, הערה 120 לעיל, בעמ' 107.

שהתפתחה במשפט האנגלו-אמריקני כפתרון למצבי תחרות שונים בין צדדים רחוקים, משקפת את שתי מערכות השיקולים שתוארו לעיל. על פי דוקטרינה זו, ידו של צד שלישי שרכש את הנכס נשוא התחרות בתמורה ובתום לב תהיה על העליונה. גבחן את שני התנאים. ראשית, תום הלב: במקרה ש-C נכנס לעסקה עם B כאשר הוא יודע או עוצם את עיניו מלדעת על האינטרסים של A בנכס נשוא העסקה, הרי הוא נוהג בחוסר תום לב. במקרה כזה יפסיד C בתחרות מכיוון שהיה בידיו להיות המונע היעיל והזול של התהוות התחרות, אך הוא לא נהג כפי שהיה עליו לנהוג. לעומת זאת, כאשר C לא ידע דבר על האינטרסים של A בנכס ונהג בתום לב, הוא ייחשב כמי שלא היה בידו למנוע בעלות סבירה את התהוות התחרות, ומבחינת מערכת השיקולים הראשונה אין כל מניעה כי הוא יזכה בתחרות.¹⁵²

באשר לדרישת התמורה: כאשר לא ניתנה כל תמורה, או כאשר התמורה שנתן C היא תמורה שאיננה שקולה לערכו הריאלי של הנכס שבמחלוקת, אין ספק כי הנזק שייגרם ל-A לו ידו של C תהיה על העליונה בתחרות, יהיה גדול מן הנזק שייגרם ל-C במצב ההפוך. במקרה זה, שיקול הקטנת הנזק "בדיעבד", הנובע ממערכת השיקולים השנייה, מורה על העדפתו של A. אולם, כאשר התמורה שניתנה שקולה או שקולה בקירוב לערכו הריאלי של הנכס שבמחלוקת, הנזק שעלול לספוג C במקרה של הפסד איננו נופל מן הנזק שיספוג A במקרה ההפוך.¹⁵³ במצב דברים זה אין כל סיבה

152 תום הלב המתואר כאן הוא תום לב סובייקטיבי. באשר לשאלה מדוע לשם עמידה בקריטריון המונע הזול יש להסתפק בדרישה המקלה של תום לב סובייקטיבי, ראו הסברו של מאוטנר, שם, בעמ' 111-112, 116-117. באשר להסתפקות בתום לב סובייקטיבי בסוגיית תקנת השוק ראו בהמשך פסקה זו.

153 בהקשר זה עולה השאלה, האם בחישוב השוואת נזקיו של הקונה לנזקיו של הבעלים המקורי יש להתחשב רק בערכו הריאלי של הנכס - כנכס הנמכר בשוק - ומולו בתמורה הכספית שנתן הקונה, או שיש להוסיף למשוואה זו גם את ה"ערך האישי" שיש לצדדים בנכס? דעתו של פרופ' מאוטנר, שם, בעמ' 118-122) היא כי יש להתחשב גם בערך האישי, כאשר קיים ערך כזה. לדעתו, זו הסיבה שהמדל הקלאסי של דוקטרינת הרכישה בתמורה ובתום לב מתנה את תחולתה בכך שהקונה "רכוש קניין" בנכס נשוא המחלוקת. הנזק הצפוי לקונה שרכש את הנכס תמורת ערכו הריאלי וקיבל את החזקה בו שזה למחיר השוק של הנכס בתוספת אלמנט הערך האישי. נזק זה הוא לכל הפחות שזה, ובכל מקרה אינו נופל, מנזקו של הבעלים המקורי, שלגביו הנזק הצפוי הוא לכל היותר ערכו הריאלי של הנכס בתוספת הערך האישי. בשל כך, על פי שיקול הקטנת הנזקים, יש להעדיף את הקונה. לדעתי, ניתוח זה אינו נקי מספקות. גם אם נקבל את ההנחה כי יש להתחשב בערך האישי, קשה לקבל את הקביעה הקטגורית כי לאחר שהנכס שזה בחזקתו של הקונה משך זמן מה - העשוי להיות שבוץ ימים ועשוי להיות חמש שנים - ניתן להשוות את הערך האישי של הנכס עבור בעליו המקורי לערך האישי של הנכס עבור הקונה (ראו שם, בהערה 88). זאת ועוד: נראה כי הרצון להתחשב בערך האישי בצורך קביעת שיטת התדיינות הנותנת כל מקרה לגופו לאור שיקולי המדיניות, ואינו עולה יפה עם השיטה של הכרעה בעזרת קטגוריות כלליות, שיטה אשר העדפה בשיטת המשפט שלנו (השור הערה 151 לעיל). בהקשר זה אוסיף ואציין כי אין ספק שקיים קושי רב בבירור הערך האישי של הנכס לכל אחד מן הצדדים לתודות. קושי זה

להעדיף את A ולהורות על השבת הנכס לחזקתו, אלא יש לקבוע כי C הוא המנצח בתחרות.¹⁵⁴

אחד ממצבי התחרות הקלאסיים, שבו עומד נכס פלוני במרכזו של סכסוך בין צדדים רחוקים, הוא המצב שבו עוסק דין תקנת השוק. בשל כך, השיקולים הרלבנטיים במצבים השיפוטניים של תחרות ממין זה, שהוצגו לעיל, רלבנטיים גם כאן. אולם, במצב זה מצטרף למערך השיקולים שנוכרו שיקול נוסף, הוא השיקול כי יש להעדיף את "האינטרס הדינמי" של חיי המסחר על פני "האינטרס הסטטי" של זכויות הקניין של הבעלים המקורי. על פני הדברים נראה כי קיים מתח ואף ניגוד בין שיקול אחרון וייחודי זה לבין מערך השיקולים הכלליים הנזכר. על פי מערך השיקולים הכלליים תוכרע התחרות על פי בחינת המונע הזול ועל פי עיקרון הקטנת הנוקים. מנגד, מורה השיקול הייחודי על העדפת הקונה גם במצבים שבהם הקונה הוא המונע הזול, ואף כאשר על פי שיקול הקטנת הנוקים יש להעדיף את הבעלים המקורי מכיוון שהנזק הצפוי לקונה קטן יותר.

דעתי היא כי ניתן לגשר על ניגוד זה ולמצוא את נקודת האיזון אשר תיתן ביטוי הולם לכל אחד מהשיקולים הנזכרים. באשר לעימות בין השיקול הייחודי לבין הרצון להטיל את האחריות לנזק על המונע הזול, נראה כי הדין הנוהג עצמו נתן את הדעת לעימות זה ואף פתר אותו באמצעות איזון הולם בין שני האינטרסים. כזכור, שיקול המונע הזול משתקף בדרישת תום הלב.¹⁵⁵ נוכח הרצון להטיל את האחריות על מי שהיה בידו למנוע

נובע מכך שערך זה הוא סובייקטיבי מטבעו, קשה להערכה ומשתנה ממקרה למקרה באופן משמעותי. בשל כך, ייתכן שיש לשקול מחדש את הדעה הנורמת שיש להתחשב בו. אולם, דיון בשאלות אלה תורג ממסגרתו של מאמר זה ועל כן אשאיר אתן בצדך עיון. כך או כך, נראה לי כי לפחות לגבי סוגיית תקנת השוק, נושא דיונו, יש מקום שלא לייחס לערך האישי של הבעלים המקורי בנכס חשיבות מכרעת. הסיבה לכך היא הרציונל הייחודי לסוגיה זו המכוון להעדפת הקונה על פני הבעלים המקורי, רציונל תיקון השוק. כאן, התחשבות בערך האישי של הנכס לבעלים המקורי עלולה לפגום בוודאות חיי המסחר ובמהלכם התיקון.

154 מדוע ניתנת העדפה ל-C כאשר כפות המאזניים מעוינות? דגן, הערה 149 לעיל, בעמ' 719 הערה 161, סבור כי ייתכן שהעדפה זו נובעת מכך שברוב המקרים, כאשר C פועל בתום לב יש להניח כי ל-A הייתה אפשרות טובה יותר למנוע את התחרות; לחילופין, ייתכן שהעדפתו של C היא פרי החלטה שרירותית הנובעת מן העיקרון שבמקום שבו התערבות המשפט איננה עתידה לשפר דבר אין בה טעם. כפי שאסען להלן, בתחרות הנוצרת במצבים של תקנת השוק מתחסף שיקול נוסף למערך השיקולים הכלליים להכרעה בתחרות בין צדדים רחוקים. שיקול נוסף ייחודי זה מספק הצדקה מוזתית ערכית להעדפתו של C (הקונה) על פני A (הבעלים המקורי) במצבי תקנת השוק.

155 הדין הנוהג מטיל את "חובת המניעה" על הצד השלישי בלבד, ואיננו מתייחס למצבים שבהם דווקא הבעלים המקורי הוא המונע הזול. נראה כי הדבר נובע מכך שסעיף 34 לחוק המכר נחקק בהשראתו של הדין האנגלי בסוגיה זו (ראו פרידמן, הערה 107 לעיל, בעמ' 251-252; זמיר, הערה 1 לעיל, בעמ' 689-690), המדגיש את התנהגותו של הצד השלישי ואינו רואה את פעולותיו של הבעלים המקורי כפרמטר לקביעת כלל הכרעה. שונה ממנו הדין הנוהג בארצות המשפט

את היווצרות התחרות, ניתן היה לצפות כי דרישת תום הלב תהיה דרישה רחבה לתום לב אובייקטיבי, שלפיה כל קונה שידע או שהיה יכול וצריך לדעת על האינטרס של הבעלים בנכס לא יהיה זכאי להגנת תקנת השוק. אולם, בפועל, הדין הנוהג מסתפק בדרישת תום לב במובן הסובייקטיבי והמצומצם.¹⁵⁶ על פי הדין הנוהג, רק קונה אשר ידע או עצם את עיניו מלדעת על האינטרס של הבעלים המקורי לא יזכה להגנת תקנת השוק. נראה, כי ניתן להסביר את הורדת רף הדרישה מהקונה לתום לב במובן המצומצם בלבד ברצון לאזן בין שיקול המונע הזול לבין הרצון להגן על האינטרס הציבורי בקיום חיי מסחר שוטפים. אינטרס אחרון זה מבקש שלא להטיל על אדם החפץ לרכוש נכס פלוני בשוק את נטל הבירור באשר למקורו של הנכס, בעליו הקודמים ודרכי העברת הבעלות שנעשו בו. על פי האיזון שנקבע בדין הנוהג, הקונה אינו פטור לחלוטין מן הדרישה להיות המונע הזול, אך מחויבותו צומצמת כך שרק במקרה שידע או שעצם את עיניו מלדעת על קיומו של האינטרס של הבעלים המקורי בנכס הוא ייחשב לחסר תום לב ולמי שאינו ראוי להגנת תקנת השוק.¹⁵⁷

לעומת הסדר מאוזן זה, אין בדין הקיים איזון דומה בין אינטרס הקטנת הנזק לבין

הקונסיגנטי בסוגיה זו. בשיטת אלה ההבחנה המרכזית היא בין מצבים שבהם יצא הנכס מרשות הבעלים המקורי בניגוד לרצונו, למשל גנבה או אבדה, לבין מצבים שבהם יצא הנכס מרשותו של הבעלים על דעתו. השוה לדעת Harding & Rowell, הערה 145 לעיל, המשווים בין הסדר האנגלי לבין הסדר הצרפתי בסוגיה זו, ומבקרים את הדין האנגלי (ביקורת נוספת על הדין האנגלי בסוגיית תקנת השוק ראו אצל Brian Davenport & Anthony Ross, "Market Overt," *Interests in Goods* 337 (Norman Palmer & Ewan McKendrick eds., 2nd ed., 1998). ייתכן, כי במסגרת יישום שיקול המונע הזול יש מקום לקבוע כי במקרים מסוימים מוטלת חובת המניעה על הבעלים המקורי, בהיותו המונע הזול. ליבון ממצה של סוגיה זו תורג ממסדרות של מאמר זה.

156 ראו פסק הדין המפורסם בעניין רונשטרייך, הערה 133 לעיל, בו נקבע כי רשלנות, ואפילו רשלנות רבתה, איננה סותרת תום לב, אלא מהווה לכל היותר אינדיקציה להעדר תום לב. כמו כן ראו עניין חוות מקורה, הערה 114 לעיל, בעמ' 17-20; ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 213-212; זמיר, הערה 1 לעיל, בעמ' 709-710; פרידמן, דיני עשיית עושר, הערה 113 לעיל, בעמ' 1139-1144; בנד ופחנר, הערה 133 לעיל, בעמ' 337-353. עמדה אחרת ראו אצל זאב צלטנר, 'על דיני המכר', בתוך קובץ הורצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה 79, 86 (בעריכת שמעון שטרית, תשל"ו).

157 עמדתו של המשפט האנגלו-אמריקני, ואף של הדין הנוהג בארץ, היא שבכל תחרות בין צדדים רחוקים ניתן להסתפק בתום לב סובייקטיבי של הצד השלישי. ראו פרידמן, דיני עשיית עושר, הערה 116 לעיל; גילי כהן, התערבות ביחסים חוזיים 268-281 (תשט"ב). להצדקה עיונית של עמדה זו ראו *Priorities*, Mautner, הערה 120 לעיל, בעמ' 116-117. אינני חולק על הגיזנה של עמדה זו. טענתי היא כי בסוגיית תקנת השוק קיים נימוק נוסף והצדקה מיוחדת להסתפקות בתום לב סובייקטיבי. השווה לדעתו של מיגל דייטש, "פומביות הקניין, חופש הקניין ותאימות השיטה – הצורך במודל וקווים לעיצובו", משפטים כג 257, 261-262 (תשנ"ד), הסבור כי בעוד שבדיני התחרות הכלליים יש הצדקה להחלת מבחן אובייקטיבי לתום הלב הנדרש מצד שלישי, בסוגיית תקנת השוק אין הדבר כך, בגלל הרצון להגן על חופש המסחר.

אינטרס השמירה על חיי מסחר תקינים (אינטרס תיקון השוק). מטרתו של הפתרון שיוצע להלן היא להציג הסדר המתחשב גם בצורך לאזן בין שני השיקולים הללו. פתרון זה מבוסס על הצעה לשנות כלל הכרעה בדין הנוהג.

6. הפתרון המוצע

תקנת השוק בדין הנוהג קבעה כלל הכרעה נוקשה לפתרון התחרות שבין בעלים מקורי לבין צד שלישי. כלל הכרעה זה, שכונה לעיל כלל מסוג של "הכל או לא כלום", קובע כי בכל מקרה שבו מתעוררת תחרות מסוג זה, יזכה אחד הצדדים בכל הקופה ואילו הצד השני יצא וידידו על ראשו. כאשר נדרש בית המשפט, בפסק הדין בפרשת כנען, ליישם כלל הכרעה זה על הקונפליקט שבין אינטרס הקטנת הנזק לבין אינטרס תיקון השוק, הכריעה דעת הרוב בעד מתן עדיפות מוחלטת לאינטרס הקטנת הנזק. זאת, על אף הפגיעה הקשה שעלולה הכרעה זו להסב לאינטרס תיקון השוק. אני סבור כי הרצון לשמר את החיוניות ואת הדינמיות של חיי המסחר המודרניים מחייב למצוא את הדרך להרחיב את ההגנה על האינטרסים של הסוחרים והקונים הפועלים בשוק זה. גם במקרים שבהם על פי שיקול הקטנת הנזקים המסקנה המתבקשת היא שיש להעדיף את הבעלים המקורי, יש להגן – לכל הפחות באופן חלקי – על האינטרסים של הקונים בשוק. לדעתי, באמצעות שינוי של כלל הכרעה הנוקשה הקבוע בדין הנוהג, ניתן יהיה להרחיב את ההגנה על אינטרס תיקון השוק מבלי לפגוע באינטרס הקטנת הנזקים. חרף הכלל הנוקשה הגורס העדפה מוחלטת של אחד מהצדדים לסכסוך בכל מצב נתון, יש לאמץ כלל הכרעה גמיש, דומה לכלל ההכרעה שנקבע במשפט העברי, שיאפשר את חלוקתו של המשאב המצוי במרכזו של הסכסוך בין שני הצדדים. כלל ההכרעה החלוקתי יקבע נקודת איוון בין הצדדים המתחרים, ויאפשר לגשר בין אינטרס הקטנת הנזקים לבין אינטרס תיקון השוק.

לשם יצירת כלל הכרעה המבוסס על חלוקת המשאב בין הבעלים המקורי לבין הקונה יש לעמוד על האינטרסים השונים של הקונה, ועל חשיבותה ונחיצותה של ההגנה על כל אחד מהם בראי שיקול תיקון השוק. באמצעות בחינה זו ניתן יהיה לדעת איזה מבין האינטרסים השונים של הקונה חיוני להשגת יעד השמירה על חיי מסחר תקינים – ועל כן יש לדאוג להגן עליו כראוי; ואיזה מהם איננו חיוני – כך שוויתור עליו לא יסב פגיעה קשה להגנה שהדין חפץ להעניק לאינטרס תיקון השוק. לדעתי, לתיאור האינטרסים טעוני ההגנה של הקונה במצבי תקנת השוק ניתן להשתמש בחלוקה המקובלת בדיני החוזים, כמפורט להלן.

בדיני החוזים מקובל להבחין בין שלושה סוגים של אינטרסים המשמשים יסוד לסעדים הניתנים במקרה של הפרת חוזה: אינטרס ההשבה (Restitution Interest), אינטרס ההסתמכות (Reliance Interest) ואינטרס הציפייה (Expectation Interest).¹⁵⁸ נראה, כי

158 הבחנה זו התקבלה בעקבות מאמר שפורסם בארצות הברית בשנת 1936: L.L. Fuller & William R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages (pts. 1-2)," 46 *Yale L.J.* 52, 373

ניתן להשתמש בחלוקה זו גם לתיאור האינטרסים של הקונה במצבי תקנת השוק. האינטרס הראשון הוא כאמור אינטרס ההשבה, המבקש ליתן לקונה את ההגנה האלמנטרית ביותר, דהיינו: הגנה על הסכום שהוציא בפועל והשקיע ברכישת הנכס. האינטרס השני הוא אינטרס ההסתמכות, המבקש לפרוס הגנה רחבה יותר ולהגן על הקונה מפני הפסדים שנגרמו לו כתוצאה מההסתמכות על קיומה של עסקת המכר. בתחרויות מהסוג שבו עוסקת תקנת השוק, נראה כי הדרך הטובה ביותר להבטיח את ההגנה על אינטרס זה היא להשאיר את הנכס בידיו של הקונה. דרך זו מונעת את היווצרותם של נזקי הסתמכות בכך שהיא מבטיחה כי הקונה לא יאלץ לספוג הפסדים כלשהם כתוצאה מההסתמכותו (אם הייתה כזו) על תוקפה של עסקת המכר.¹⁵⁹ האינטרס השלישי הוא אינטרס הציפייה, המבקש לפרוס את ההגנה הרחבה ביותר ולהעמיד את הקונה במצב שבו היה אילו קיים המכר, כלומר: להגן גם על ההנאה והרווחים שהקונה צפה כתוצאה מביצוע העסקה.

מטבע הדברים, שאיפתו הבסיסית של המבקש להגן על האינטרסים של הקונים בשוק היא לספק לקונה את ההגנה הרחבה ביותר, דהיינו: להגן גם על אינטרס הציפייה שלו.¹⁶⁰ הדרך להגן על אינטרס זה היא להעדיף את הקונה על פני הבעלים המקורי העדפה מוחלטת, כלומר: להשאיר את הנכס בידיו ללא כל תנאי וסייג. אכן, הגנה על אינטרס הציפייה של הקונה תגן על האינטרסים של הקונים בשוק בצורה המקסימלית. אולם, נראה כי גם הגנה מצומצמת יותר תאפשר להגשים את המטרות העיקריות המונחות בבסיסו של אינטרס תיקון השוק, קרי: הגנה על הביטחון ועל הוודאות של הקונים בשוק. נראה כי גם אם נותר על מתן הגנה על אינטרס הציפייה של הקונים, ונסתפק בקביעת כלל הכרעה שיבטיח הגנה על אינטרס ההשבה ואינטרס ההסתמכות שלהם, ניתן יהיה לשמר את הביטחון ואת הוודאות של הקונים בשוק במידה שדי בה כדי להגשים את יעד תיקון השוק (במובן המצומצם). הגנה על שני האינטרסים הללו מבטיחה כי גם אם לא

(1936-1937). הבחנה זו התקבלה גם בדין הישראלי, וראו ע"א 156/82 ליפקין נ' דוד ההב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 95-96; ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עדיית נתניה, פ"ד מו(4) 56, 45 (השופט מלץ), 73-78 (השופט חשין). על עמימות ההבחנה בין האינטרסים השונים ועל הבעייתיות במינוחים ראו דניאל פרידמן וגילי סקן, חוזים א 100-103 (תשנ"א). על אף שמקרה תקנת השוק שונה ממקרה הפרת החוזה, לשם איתור האינטרסים של הקונה בתקנת השוק ניתן לדעתי להשתמש בניתוח שנעשה בדיני הפרת החוזה.

159 לעתים, השארת הנכס בידיו של הקונה תיתן בידיו הגנה ורחבה יותר מאינטרס ההסתמכות שלו, ותגן אף על חלק מאינטרס הציפייה שלו להפקת רווחים מן המכר, אולם ודך זו אינה מבטיחה הגנה שלמה על אינטרס הציפייה. כך, למשל, אם בפתרון התורות נאפשר לקונה להשאיר את הנכס בידיו, אך נחייב אותו לשפות את הבעלים המקורי בסכום כלשהו, התוצאה תהיה הגנה מושלמת על אינטרס ההסתמכות והגנה חלקית בלבד (אם בכלל) על אינטרס הציפייה.

160 השוו ומיד, הערה 111 לעיל, בעמ' 712, המסביר כי הדין הישראלי מגן על ציפיותו של הקונה לזכות בכס.

יעלה בידיו של הקונה למצות את מלוא ציפיותיו מן הנכס, הוא לא יפסיד את סכום השקעתו ואף לא יסבול נזק כלשהו כלשהו בשל הסתמכותו על עסקת המכר, ובמלים אחרות: הוא לא יאלץ לסבול נזק של ממש. לפיכך, כאשר מסיבות כלשהן לא ניתן יהיה להגן גם על אינטרס הציפייה של הקונה, ניתן יהיה להסתפק בהגנה על אינטרס ההשבה ואינטרס ההסתמכות שלו מבלי להסתכן באובדן הביטחון והודאות בחיי המסחר.

כאשר התמורה שניתנה על ידי הקונה שקולה שקילות אובייקטיבית לערכו הריאלי של הנכס, לא נוצר כל קונפליקט. שני השיקולים – אינטרס תיקון השוק ואינטרס הקטנת הנזקים – פועלים באותו כיוון ומביאים לאותה תוצאה של העדפת הקונה על פני הבעלים. במקרים כאלה לא נוצרת כל דילמה באשר להיקף ההגנה שיש לתת לאינטרסים של הקונה, ולפיכך ניתן להגשים את יעד תיקון השוק במובנו הרחב ולהגן גם על אינטרס הציפייה. אולם, כאשר תנאי השקילות איננו מתקיים, נוצר מתח בין הרצון להגן על הקונה תם הלב לבין חוסר ההיגיון, מנקודת המבט של ניתוח היעילות הכלכלית, שבהקצאת ההפסד כולו על הבעלים המקורי, שהנזק הצפוי לו גדול יותר.

את הקונפליקט שנוצר בין אינטרס תיקון השוק לבין שיקולי הקטנת הנזק במקרה של תמורה בלתי שקולה אין לפתור בדרך של כלל הכרעה נוקשה שיעדיף אינטרס אחד על פני חברו. במקרים כאלה יש לאמץ כלל הכרעה מרוכך יותר, שישלב בין שני השיקולים המתנגשים תוך איזון ביניהם. לדעתי, האיזון הראוי יושג בדרך שתקבע שכאשר התמורה שניתנה איננה עומדת בתנאי השקילות, תצומצם ההגנה על האינטרסים של הקונה להגנה על אינטרס ההשבה ועל אינטרס ההסתמכות בלבד.¹⁶¹ כלומר: להגנה על ערך השקעתו ועל המשך החזקתו בנכס בלבד (תיקון השוק במובן המצומצם). הגנה מצומצמת זו יכולה גם לדור בכפיפה אחת עם עיקרון הקטנת הנזק מנקודת המבט של יעילות כלכלית. אסביר: גם כאשר אנו מקבלים את עיקרון הקטנת הנזק, שלפיו אין להקצות את מלוא הנזק על הצד שניזוק יותר, עדיין ניתן לקבוע במישור חלוקת הנזק כי חלק מהנזק יוטל עליו. כלומר: על פי שיקולי יעילות כלכלית, כאשר התמורה שניתנה איננה מקיימת את תנאי השקילות, אין להעדיף את הקונה ואין לקבוע כי הנזק כולו יוטל על כתפי המוכר, אולם אין כל מניעה לחלק את הנזק בין שני הצדדים ולקבוע כי המוכר יישא גם הוא בחלק מן הנזק.¹⁶²

דרך זו מאפשרת להמשיך ולהעדיף את האינטרס של הקונה בהתאם ליעד המדיניות

161 דוגמא למתן הגנה חלקית מסוג זה בחוזה מכר ניתן לראות בניחותו של פרופסור זמיר את סעיף 28 לחוק המכר. ראו זמיר, השרה 111 לעיל, בעמ' 559–561, 566–568.

162 נדגים טיעון זה: נניח שערכו הריאלי של הנכס הוא 100 ואילו הקונה C שילם עבורו 20 בלבד. על פי שיקול הקטנת הנזקים אין להטיל על הבעלים המקורי A את מלוא ההפסד, מכיוון שבמצב כזה יצא שֶׁ-A הפסיד 100 ואילו C "ניצל" מהפסד של 20 בלבד. הדרך הפשוטה להקטנת הנזק במקרה זה היא לקבוע שהנכס חוזר לֶ-A. כך, A לא יספוג נזק כלשהו ואילו C יספוג נזק של 20 בלבד. טענתי היא כי זו איננה הדרך היחידה להגיע לתוצאה של הקטנת הנזק. לתוצאה זוהי נגיע גם אם נחלק את ההפסדים בדרך שונה ונקבע, למשל, כי הנכס יחזור לֶ-C, אך הוא יידרש לשפות את C בסך של 20.

של תיקון השוק, ללא כל סטייה משיקולי המדיניות הדיעבדיים הכלליים של הקטנת הנזק. אכן, ההגנה שתינתן לקונה במצב זה תהיה מצומצמת יותר מההגנה שאליה שואפת תקנת השוק, ולא תאפשר לקונה להגשים את מלוא ציפיותיו בעת רכישת הנכס, אולם היא תבטיח את הביטחון ואת הוודאות של הקונה, שיידע כי גם במקרה הגרוע ביותר תפעל לטובתו תקנת השוק במובנה המצומצם, והוא לא יאלץ לסבול נזק של ממש. נדמה כי בסיטואציה בעייתית זו יהיה בדרך המוצעת משום איזון נכון בין שיקולי המדיניות השונים המתמודדים על הבכורה.

על פי העקרונות המתוארים יראה כלל ההכרעה המוצע כך: נקודת המוצא של הפתרון המוצע היא שכל קונה שרכש את הממכר בתום לב ובתמורה, גם אם זו איננה שקולה לערכו האמיתי של הממכר,¹⁶³ זכאי להגנתה של תקנת השוק ולהמשך ההחזקה בממכר. אולם, הגנה זו לא תהיה באופן אוטומטי הגנה אבסולוטית, שלפיה מקבל הרוכש בכל מקרה וללא כל תנאי זכות בעלות נקייה וממורקת בממכר. על פי הפתרון המוצע היקפה של ההגנה יהיה תלוי בשיעור השקעתו של הקונה, או במלים אחרות: ביחס בין ערכו הריאלי של הנכס לבין ערכה של התמורה שנתן הקונה.

כאשר הקונה עמד בדרישת תום הלב, והתמורה שניתנה על ידו שקולה או שקולה בקירוב לערכו הריאלי של הממכר, יישאר ההסדר שבדין הקיים על מקומו. במצב זה לא נוצר עימות בין אינטרס תיקון השוק לבין שיקולי המדיניות הכלליים, ואין כל סיבה שלא להעדיף את הקונה העדפה מלאה תוך הגנה גם על אינטרס הציפייה שלו (תיקון השוק במובן הרחב). על כן, הנכס יישאר בידי הרוכש והוא יקבל בו את זכות הבעלות כשהיא נקייה וממורקת.

אולם, כאשר תנאי השקילות איננו מתקיים והתמורה שניתנה איננה שקולה אף בקירוב לערכו הריאלי של הממכר, נוצר עימות בין אינטרס תיקון השוק לבין שיקולי הקטנת הנזקים. האיזון בין האינטרסים יושג על ידי הגבלת הגנתה של תקנת השוק בדרך הבאה: הקונה יהיה זכאי להשאיר את הממכר בחזקתו ואף לקבל בו את זכות הבעלות, אך זאת בכפוף לחיובו לשלם לבעלים את ההפרש שבין ערכו הריאלי של הנכס לבין הסכום שהוא שילם עבורו בפועל. בדרך זו אנו מגינים הן על אינטרס ההשבה והן על אינטרס ההסתמכות¹⁶⁴ של הקונה שחפץ בקבלת בעלות על הנכס (תיקון השוק במובן המצומצם); אולם בד בבד אנו כופפים את אינטרס הציפייה שלו לעיקרון הקטנת הנזקים ומחייבים אותו לשלם לבעלים המקורי את ההפרש שבין הסכום ששילם בפועל לבין ערכו הריאלי של הממכר. התוצאה היא שבסופו של דבר הקונה אומנם יזכה לבעלות מלאה

163 כפי שכבר ציינתי (לעיל, בהערה 153), אני סבור כי לכל הפחות בסוגיית תקנת השוק, הערסת ערכו הריאלי של הנכס שבמחלוקת תיעשה על פי מזירו בשוק ממכר מרצון לקונה מרצון, ואין להתחשב לשם כך בעוד האישי של הנכס לבעלים המקורי.

164 ראשית, הסכום שהקונה השקיע ברכישה לא ירד לטימיון; ושנית, קונה שהסתמך על עסקת המכר בדרך כלשהי לא יפסיד. יש לציין כי לעתים יאפשר פתרון זה הגנה גם על חלק מאינטרס הציפייה אך ודאי שלא על כולו. ראו לעיל, הערה 159.

בנכס, אך תישלל ממנו "מתנת החינם" שקיבל והוא ידרש לשלם תמורת זכות הבעלות את מלוא ערכה.¹⁶⁵

מובן, שלא בכל מקרה יהיה הקונה מעוניין בהסדר זה. למשל, כאשר שוויה של התמורה שניתנה על ידי הקונה קטן בצורה משמעותית מהערך הריאלי של הממכר, כפי שאירע בפרשת כנען, ספק גדול אם הקונה ירצה או יוכל לעמוד בתנאי הסדר זה. על פי הפתרון המוצע, כדי להתמודד עם מקרים מסוג זה תינתן בידי הקונה הזכות לבחור אם הוא חפץ בקבלת הבעלות בנכס, בכפוף לתשלום ההפרש בין ערכו הריאלי של הנכס לבין הערך ששולם על ידו, אם לאו. אם יבחר הקונה שלא לנצל את זכותו לקבל בעלות בנכס, הוא ידרש להשיב את הנכס לבעלים המקורי, וזה יחויב לשפות אותו בשיעור השקעתו, כלומר: בגובה התמורה ששילם בפועל.¹⁶⁶ בדרך זו יזכה הקונה למצער להגנה על אינטרסו ההשבה שלו, קרי: לערך השקעתו.

לסיכום הפתרון המוצע ניישם אותו על המקרה שנדון בפרשת כנען: על פי הפתרון המוצע לא תעמוד עוד בפני בית המשפט הדילמה הקשה שחייבה אותו לבחור באחת משתי הדרכים – העדפת הקונה תמת-הלב או העדפת ממשלת ארצות-הברית, שהנזק שהיה צפוי לה היה גדול אלף מונים מהנזק שהיה צפוי לגב' כנען. במקומה של ההכרעה החותכת יפעל בית המשפט בדרך הבאה: ראשית, הוא יפנה לגב' כנען ויציע לה להמשיך ולהחזיק בציורים כנגד תשלום ההפרש בין הסכום ששולם על ידה (250 ש"ח) לבין ערכם הריאלי (115,000 דולר). אם היא לא תרצה לעשות זאת, יאפשר בית המשפט לממשלת ארצות-הברית לפדות את הציורים מידיה של גב' כנען תמורת שיפוייה בסכום השקעתה, קרי: בסך 250 ש"ח. נראה כי תוצאה זו נכונה ומאוזנת. מחד גיסא, גב' כנען שעמדה בתנאי תקנת השוק תזכה להגנה, לכל הפחות על ערך השקעתה. מאידך גיסא, יישמר עיקרון הקטנת הנזקים, וממשלת ארצות-הברית לא תידרש לשאת בהפסד בלתי הגיוני העולה לסכום של 115,000 דולר.

7. סיכום

בחלק זה ביקשתי לעמוד על סיבה של תקנת השוק שבדין הישראלי ולבחון אותה אל מול שיקולי המדיניות המשפטית העומדים ביסודה, תוך השוואתה להסדר המקביל במשפט העברי. לשם כך התמקדתי בבחינת כלל ההכרעה שנקבע בסעיף 34 לחוק המכר, שכונה כאן כלל מסוג של "הכל או לא כלום". סוגיית כלל ההכרעה איננה הסוגיה היחידה בדין תקנת השוק הדורשת ליבון, אולם לדעתי זהו הנושא המרכזי שבו יכול הדין העברי בסוגיה זו לתרום תרומה משמעותית לפיתוחו של הדין הנוהג במשפט הישראלי. מסיבה

165 מעניין לציין כי הסדר זה דומה לאחת הפרשנויות שניתנו לפסיקתו של הרמב"ם בסוגיית התחרות בין בעלים מקורי וצד שלישי. ראו לעיל, הטקסט שליד הערות 54–61 והערה 58.

166 ההנחה היא שלבעלים המקורי לא תהיה התנגדות לשלם סכום זה. אם תהיה התנגדות כזו ניתן יהיה לפנות למימוש הנכס בהליכי הוצאה לפועל ולחלק את התמורה שתתקבל בין הבעלים המקורי לבין הקונה לפי אותו יחס.

זו הצטמצמתי לדיון בסוגיית כלל ההכרעה. בדיון זה ניסיתי לעמוד על הבעייתיות בכלל ההכרעה שבדין המצוי, שלדעתי נובעת בעיקר מכישלוננו להביא לידי ביטוי הולם את הרציונל של תיקון השוק במקרים שבהם לא התמלאה דרישת התמורה השקולה.¹⁶⁷ לאחר מכן ביקשתי להראות כי בעזרת שימוש בעקרונות שהתגבשו במשפט העברי ובשיקולים שהועלו בניתוח סוגיה זו במשפט המודרני ניתן להציע פתרון בדמותו של כלל הכרעה אחר, גמיש ומאוזן יותר. הפתרון המוצע, המצריך אומנם שינוי חקיקתי,¹⁶⁸ מבוסס על הבחנה בין מצב שבו התמורה שנתן הצד השלישי עומדת בדרישת התמורה השקולה לבין מצב שבו התמורה שניתנה איננה שקולה אף בקירוב לערכו הריאלי של הממכר. במקרה הראשון תפרוס תקנת השוק הגנה מלאה על אינטרס הציפייה של הצד השלישי (תיקון השוק במובן הרחב), ואילו באחרון תינתן הגנה חלקית בלבד (תיקון השוק במובן המצומצם), שהיקפה לכל הפחות כהיקף ערך השקעתו של הצד השלישי. יתרונו של הפתרון המוצע על פני הדין הקיים הוא שבכל מקרה שבו הוא מופעל יבטא הפתרון המוצע הן את אינטרס תיקון השוק והן את שיקולי הקטנת הנזק, תוך איזון ביניהם. איזון זה מתאפשר הודות לגמישותו של הפתרון המוצע, המאפשרת לו לשנות את נקודת האיזון בין שני האינטרסים ולהתאים אותה למצב העובדתי המסוים שבו הוא נדרש להכריע.

167 או לגורסים כי די בתמורה ממשית, במקרים בהם לא התמלאה דרישת התמורה הממשית.
 168 מעניין לציין כי תקנת השוק לגבי סחורות מסחריות, כפי שנקבעה בחוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999, שנתקק לאחרונה, שונה במידה רבה מתקנת השוק שבחוק המכר. בסעיף 8(א) לחוק עוולות מסחריות נקבע כי אדם שרכש וקיבל סוד מסחרי בתמורה ובתום לב יהיה פסוד מאחזיות בשל שימוש בסוד מסחרי גזול, "אלא אם כן ראה בית המשפט כי לשם עשיית צדק בין הצדדים יש להטיל עליו אחזיות בשל גזול סוד מסחרי". ומוסיף על כך סעיף 8(ב) לחוק וקובע כי: "הטיל בית המשפט אחזיות כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הוא לפסוד את האחראי לגזול הסוד המסחרי מן הסעדים שלהם זכאי בעל הסוד, כולם או חלקם". מבלי לדון בשאלה האם נכון ורצוי שלא לקבוע בחקיקה כלל הכרעה ברור וחריג משמעי, ולהותיר שיקול דעת סה רחב בידי בתי המשפט, אומר רק כי נראה שמנסחי החוק נרתעו מקביעת כלל הכרעה נוקשה דוגמת כלל ההכרעה שנקבע בתקנת השוק שבחוק המכר ובתקנות שוק אחרות בדין הישראלי, והעדיפו על פניו כלל הסעיה גמיש, שיאפשר השגת איזון בין הצדדים המתחרים. תקנת שוק זו פותחת את הפתח ליישומו של כלל הכרעה חלוקתי דוגמת כלל ההכרעה של הפתרון המוצע במאמר זה (בצד האמור יש לציין שככל הנראה, קביעתו של כלל ההכרעה הגמיש בחוק עוולות מסחריות נובעת, בין היתר, ממאפייניו הייחודיים של הסוד המסחרי. ראו על כך את דברי והסבר לסעיף 12 להצעת החוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו-1996, ה"ח 346. הנמקה זו מעוררת סימני שאלה באשר לאפשרות ללמוד מכלל ההכרעה שבתקנת השוק שבחוק עוולות מסחריות על מגמת פניו של המחוקק באשר לאפשרות שינוי כלל ההכרעה בתקנת השוק שבחוק המכר).