

## תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד

(ת"א (ת"א) 339/90 United States of America נ' כנען)\*

מאת

איל זמיר\*\*

תמונות גנובות יקרות-ערך נמכרו בשוק-הפשפשים כיצירות שערכן זעום, לקונה בתום-לב, ששילמה בעדן סכום ששיקף את הטעות המשותפת של המוכרת והקונה. בין הקונה למבטחת, ששיפתה את הבעלים המקוריים על אובדן התמונות, נתגלע סכסוך לגבי הבעלות בתמונות. לשם הכרעה בסכסוך זה נזקק בית-המשפט לסוגיות מתחרם ריני הקניין, דיני החוזים, דיני עשיית עושר ולא במשפט וכן לנושא היחס ביניהם. המחבר אינו חולק על המסקנה העיקרית של בית-המשפט, שבנסיבות אלה יש להעדיף את המבטחת על-פני הקונה, אך הוא מבקר את ההנמקה שהובילה למסקנה זו. בין השאר, דנה הביקורת בשאלות הבאות: (1) האם על תביעה להשבת נכס מידי מי שמחזיק בו שלא כדין חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט (כדעתו של בית-המשפט) או שמא מדובר בעילה קניינית; (2) האם חוזה שנכרת מתוך טעות משותפת של הצדדים כמוהו כחזה שלא נכרת כלל (כדעת בית-המשפט) או שמא מדובר בחוזה ניתן לביטול; (3) מהם הנימוק או הנימוקים הראויים לאי-התחולה של תקנת השוק בעובדות מעין אלה שנדגנו בפסק-הדין; (4) האם בדין המצוי או הרצוי יש יסוד להתנות את מסירת הנכס לידי בעליו בשיפוי המחזיק שלא כדין על הסכום שהוציא לרכישת הנכס.

א. תמצית העובדות ופסק-הדין. ב. האם הקניה של נכס אבוד למבטח או למשפה מהווה חוזה מכר? ג. תקנת השוק והשפעתה של טעות משותפת על תוקף החוזה. ד. זכות הקניין ודיני עשיית עושר ולא במשפט; חיוב הבעלים בתשלום דמי המכר לקונה. ה. סיכום.

\* פס"ם תשנ"ד (1) 397.

\*\* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

## א. תמצית העובדות ופסק-הדין

שתי תמונות מקוריות של הצייר ראובן רובין, שהושאלו בידי בעליהן לשם הצגה בתערוכות בארצות-הברית, נגנבו בעת המשלוח שלהן חזרה ארצה. הגוף הפדרלי האמריקאי העוסק בביטוח יצירות אמנות המובאות לתערוכות בארצות-הברית ("המועצה הפדרלית", ככינויה בפסק-הדין) שיפה את הבעלים על הגניבה, כנגד ויתור על הזכויות שלהם בתמונות אם הן תימצאנה בעתיד<sup>1</sup>. סכום השיפוי בעד שתי התמונות היה 115,000 דולר. לימים נתגלגלו התמונות לשוק-הפשפשים בתל-אביב, ובסוף שנת 1987 קנתה אותם שם בעלת אחת החנויות (הגברת כנען) מאשה אחרת, שעסקה במכירת סחורות מיד שנייה ממכוניתה במקומות שונים בשוק. מכירה זו נעשתה בתיווכו של סוחר אחר, שאף לו היתה חנות בשוק-הפשפשים. המוכרת המתווך והקונה לא ידעו שמדובר בתמונות מקוריות ששוויין רב, ובהתאם לכך נקבע מחירן: 250 ש"ח. כלומר: התמונות נמכרו במחיר שהיה פחות מאלפית משוויין האמיתי<sup>2</sup>. כעבור זמן-מה גילתה הקונה שמדובר בתמונות מקוריות ובעלות-ערך. היא פנתה למשטרה ולמוזיאון המוקדש ליצירות הצייר רובין, שם הופקדו התמונות למשמרת. בין ממשלת ארצות-הברית (שכאמור, מימנה את שיפוי הבעלים על אוכרן התמונות כנגד הקניית הזכויות בהן) לבין הקונה, כנען, נתגלע סכסוך לגבי הבעלות בתמונות, אשר בו נדרש להכריע בית-המשפט.

בית-המשפט פסק לטובת ממשלת ארצות-הברית על יסוד נימוקים אחדים: ראשית, נפסק שממשלת ארצות-הברית רכשה את הבעלות בתמונות מכוח תשלום סכומי השיפוי לבעלים המקוריים, אשר כנגד סכומים אלה ויתרו על זכויותיהם בתמונות. שנית, נפסק שהקונה לא רכשה את התמונות בתנאי תקנת השוק לפי סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, משום שלא נתקיימו בהתקשרות שלה עם המוכרת שלושה מהתנאים הדרושים: (1) המוכרת לא היתה מי שעיסוקו במכירת נכסים

1 לפי המוסבר בפסק-הדין, לא היה מדובר בביטוח מסחרי, אלא בביטוח עצמי או ממשלתי, המיועד לעודד העברה והשאלה של יצירות אומנות לארצות-הברית וממנה. להבדל זה אין, כמדומה, חשיבות רבה לענייננו. ההסדר של העברת הבעלות בתמונות למכסחת היה מורכב יותר מאשר תיארונו בטקסט – עניין שנתייחס אליו להלן, בחלק ב.

2 סכום השיפוי ששולם בחודש נובמבר 1984 (115,000 דולר) נקבע לפי הערכת שווי התמונות בחודש יולי 1980. אם ממירים סכומים אלה למטבע ישראלי ומתחשבים באינפלציה בתקופות הרלבנטיות, הרי שהסכום של 250 ש"ח היה בערך 0.09% או 0.08% משווי התמונות בעת קנייתן (לפי התאריך שבו מבצעים את ההמרה למטבע הישראלי), כלומר: פחות מאלפית. חישוב זה מניח, ששווי השוק של ציורי הצייר ראובן לא עלה בערכים ריאליים בתקופות הנדונות.

מסוגו של הממכר, משום שהיא לא עסקה במכירת תמונות מקוריות ששוויין כה רב; (2) מאותה סיבה, המכירה לא נעשתה במהלך הרגיל של עסקי המוכרת; (3) בין המוכרת לקונה לא נכרת חוזה-מכר, משום ששתיהן טעו לגבי מהות הממכר. שלישיית, ממשלת ארצות-הברית, אשר רכשה את הבעלות בתמונות, זכאית להשבתן מכוח סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.<sup>3</sup> בית-המשפט חייב את ממשלת ארצות-הברית לשלם לקונה את הסכום שהיא שילמה תמורת התמונות (250 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית).

למעט החיוב בתשלום 250 ש"ח, הכרעתו של בית-המשפט לטובת ממשלת ארצות-הברית נראית לנו נכונה מבחינת הדין הנוהג ומבחינת שיקולי המדיניות הרלבנטיים; אולם הנמקתו של בית-המשפט, המתייחסת לסוגיות בדיני הקניין, בדיני החוזים ובדיני עשיית עושר ולא במשפט (ובמשתמע — גם לסוגיית היחס בין דיני הקניין לדיני עשיית עושר) היא בעייתית למדי. חלק מהנימוקים אינם מתיישבים אלה עם אלה וחלק אינם מתיישבים עם הדין הנוהג. מאחר שלסוגיות אשר נדונו בפסק-הדין עשויה להיות חשיבות החורגת מהמקרה המיוחד, אנו מבקשים להעיר לגביהן הערות אחדות. כיוון שמדובר בסוגיות שונות ונבדלות, שאין להן מכנה משותף ברור מעבר לדיון בהן בפסק-הדין, בשל נסיבותיו יוצאות-הדופן של המקרה, נדון בהן כסדרן בפסק-הדין (ולא-דווקא לפי חשיבותן).

## ב. האם הקניה של נכס אבוד למבטח או למשפה מהווה חוזה מכר?

הבעלים המקוריים של התמונות וממשלת ארצות-הברית, אשר שיפתה אותם על הגניבה, הסכימו שבעקבות השיפוי עברה הבעלות בתמונות לאחרונה.<sup>4</sup> למרות הסכמה זו, נדרש בית-המשפט לשאלת זכויותיה של ממשלת ארצות-הברית בתמונות, כנראה משום כפירתה של הנתבעת, הקונה, בזכויות אלה. מקריאת פסק-הדין לא ברור מהי התועלת שהיתה צומחת לקונה מקבלת הטענה שממשלת ארצות-הברית לא היתה בעלת הזכויות בתמונות. ממה נפשך, אם נתקיימו ברכישת הקונה תנאי תקנת השוק, כי אז היא גוברת הן על ממשלת ארצות-הברית הן על

3 בית-המשפט נוקק בפסק-דינו גם לסוגיות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי ודיני הראיות, שבהן לא נדון.

4 ככל שניתן ללמוד מפסק-הדין, אף המוזיאון האמריקאי, שבו הוצגו התמונות ואשר לפי ההסדרים שבינו לבין המועצה הפדרלית הויב בחלק (קטן) מסכום השיפוי, לא חלק על זכויותיה של ממשלת ארצות-הברית בתמונות.

הבעלים המקוריים של התמונות. אם לא נתקיימו ברכישתה תנאי תקנת-השוק, כי אז בכל מקרה עליה להשיב את התמונות, אם לא לממשלת ארצות-הברית הרי לבעלים המקוריים (אשר כנראה יעבירו אותן לממשלת ארצות-הברית). מכל מקום, משנוקק בית-המשפט לשאלה זו ופסק לגביה מה שפסק, נעסוק אף אנו בהנמקתו. בית-המשפט הגיע למסקנה, שהבעלות בתמונות עברה מהבעלים המקוריים לידי ממשלת ארצות-הברית על יסוד ארבעה נימוקים: ראשית, קיומו של חוזה מכר בין הבעלים המקוריים לבין ממשלת ארצות-הברית; שנית, העברת הבעלות מכוח ויתור הבעלים המקוריים על זכויותיהם במסגרת ההתדיינות המשפטית שנערכה בתחילת שנות התשעים לאחר מציאת התמונות (העברה שאף בה ראה בית-המשפט חוזה מכר); שלישית, הסכמי השיפוי קבעו, שעם מציאת התמונות הן תימכנה, והפדיון יחולק בין ממשלת ארצות-הברית (שתקבל את סכום השיפוי ששילמה), המוזיאון האמריקאי שהשתתף בשיפוי והבעלים המקוריים. עוד קבעו הסכמי השיפוי, שהבעלים המקוריים יוכלו לקבל חזרה את הבעלות בתמונות כנגד השבת סכומי השיפוי ששולמו להם. בכך הועברה הבעלות בתמונות לממשלת ארצות-הברית; רביעית, לפי דיני הביטוח, קמה למבטח בעקבות תשלום תגמולי הביטוח זכות תחלוף כלפי הגולף<sup>5</sup>.

שלושה מארבעת הנימוקים (הראשון, השלישי והרביעי) עניינם העברת הבעלות לממשלת ארצות-הברית בעת התשלום של סכומי השיפוי (בחודש נובמבר 1984). נימוק אחד (השני) עוסק בהקניה במסגרת ההתדיינות המשפטית (בשנות התשעים). הנימוק השני אינו מתיישב עם הנימוקים האחרים ועם המשך הניתוח העובדתי והמשפטי; אולם מאחר שבית-המשפט התבסס בעיקר על שלושת הנימוקים האחרים, לא נרחיב את הדיבור עליו<sup>6</sup>. קביעת בית-המשפט, שהבעלות בתמונות

5 עמ' 405-407 לפסק-הדין. מפסק-הדין לא ברור אם ארבע הדרכים של מעבר הבעלות נתפסו כחלופיות או כמצטברות. בעמ' 408 לפסק-הדין נאמר: "על פי האמור, אני מוצא, שארה"ב רכשה את זכות הבעלות בתמונות בדרכים שפורטו לעיל, כפי שרכשה את הזכות לתבוע את השבת התמונות".

6 הכוח של הבעלים המקוריים להעביר את זכויותיהם בתמונות אחרי מציאתן (לפי הנימוק השני) מותנה בכך שבאותו שלב היו להם עדיין זכויות בתמונות — דבר שאיננו מתיישב עם הקביעה שהבעלות בהן עברה לממשלה ארצות-הברית כבר עם השיפוי על הגניבה (לפי הנימוקים האחרים). כוח זה אף מניח שהקונה לא רכשה בעלות בתמונות בשנת 1987 מכוח תקנת השוק. אך מאחר שזו היתה השאלה המרכזית שהצריכה הכרעה בפסק-הדין, לא היה ניתן להניח שהתשובה לה שלילית. לפי הנימוק הנדון, עובר לקניית התמונות בידי הנתבעת הן היו של הבעלים המקוריים ולא של ממשלת ארצות-הברית. אם כך הדבר, לא ברור מדוע התעשרותה של הקונה (לפי המשך הנמקתו של בית-המשפט, שתידון להלן, בחלק ד) היתה על חשבון ממשלת ארצות-הברית ולא על חשבון הבעלים המקוריים. אף הקביעה שלפיה ויתור הבעלים המקוריים על זכויותיהם במסגרת ההליכים המשפטיים היה חוזה מכר, מסופקת

עברה לממשלת ארצות-הברית בעת ששיפתה את הבעלים המקוריים על אובדן היא סבירה ומסתברת, אך יש בה מרכיב בעייתי: הסברה שמדובר במכר כהגדרתו בסעיף 1 לחוק המכר. לדעתנו, כאשר מבטח משלם למבוטח את מלוא שווי של הנכס המבוטח, בין משום שהנכס נגנב ובין משום שנגרם לו נזק העולה כדי "total loss", כנגד העברת הבעלות בנכס (או כמה שנותר ממנו) למבטח – אין זה חוזה מכר<sup>7</sup>. לבעל הנכס אין עניין למכור אותו למבטח, ולמבטח אין עניין לקנותו. התכליות, הכוונות, הציפיות והאינטרסים המאפיינים חוזה מכר אינם מתקיימים בעת הקניית הגרוטה למבטח (שלב שבו הצדדים מקיימים את חיוביהם לפי חוזה הביטוח, ואינם כורתים חוזה חדש), ובוודאי שאין הם מתקיימים בעת כריתת חוזה הביטוח. אדם המבטח את נכסו אינו עושה כן משום שהוא רוצה למכור את הנכס, והמבטח אינו מתקשר בחוזה משום שהוא רוצה לקנות את הנכס (או את מה שייוותר ממנו לאחר אובדנו). סכום השיפוי שהמבטח משלם ישקף ברגיל את שווי הנכס לפני אובדנו או הינזקותו (או את שווי של נכס חדש מאותו סוג), ובוודאי אין הוא המחיר המוסכם תמורת הגרוטה שנותרה מהנכס או תמורת נכס שאיש מהצדדים אינו יודע את מקום הימצאו. המבוטח, אשר כנגד סכום המשקף את שווי של נכס שלם (או אף של נכס חדש מאותו סוג) מקנה למבטח גרוטה, אינו מפר את החוזה במסירת נכס הלוקה באי-התאמה, כמשמעה בסעיף 11 לחוק המכר. כיוצא בזה, מבוטח המעביר זכויות בנכס שהצדדים אינם יודעים את מקום הימצאו (ואשר ייתכן כי בינתיים אבד או שאדם שלישי רכש בו זכויות עדיפות) אינו מפר בכך את חיובו למסור את הנכס (לפי סעיף 8 לחוק המכר) או את החיוב למסור נכס שאינו לוקה בפגם בזכות (לפי סעיף 18). לאמיתו של דבר, ההקניה שבה מדובר איננה תמורה חוזית לסכום השיפוי או לתגמולי הביטוח (התמורה בעד הכיסוי הביטוחי משולמת בצורת דמי-הביטוח), אלא תוצאה נלווית או תנאי הנלווה לתשלום. מאחר שהמבוטח זוכה בשיפוי על מלוא נזקו, בהתעלם משווי הגרוטה ומשווי הסיכוי שהנכס שאבד או נגנב ימצא בעתיד, הרי שהגרוטה או הסיכוי האמור עוברים לידי המבטח, אשר יכול לנסות ולהפיק מהם תועלת כלכלית. אלמלא כן, היה המבוטח

למדי. לפי טיעון זה, כבר בשנת 1984 שילמה הקונה (ממשלת ארצות-הברית) את המחיר לפי חוזה שייכרת רק בשנות התשעים (זמן ההתדיינות). ייתכן שניתן לתרץ ולומר שוויתור הבעלים על זכויותיהם בשנות התשעים היה על-תנאי שנותרו בידיהם זכויות כלשהן.

7 השו, A.G. Guest et al. (eds.) *Benjamin's Sale of Goods* (London, 4th ed., 1992) §1-069, at 56. על כך עמדנו גם בפירוש לחוק המכר: חוק המכר, תשכ"ח-1968 (תשמ"ז, בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי) §36, בעמ' 35.

מתעשר על חשבון המבטח<sup>8</sup>. התעשרות צפויה זו (קרי: שיפור מצבו הכספי של המבוטח עקב אובדן נכסו) אף היתה גורעת מלכתחילה מהתמריץ של המבוטח לשמור על הנכס כראוי (מעבר לבעיית "הסיכון המוסרי", הטבועה בכל ביטוח).

### ג. תקנת השוק והשפעתה של טעות משותפת על תוקף החוזה

לאחר שביית-המשפט הגיע למסקנה שעובר לקניית הנכס בידי הנתבעת הבעלות בו היתה של ממשלת ארצות-הברית, הוא נדרש לשאלה אם בקנייה זו נתקיימו תנאיה של תקנת השוק לפי סעיף 34 לחוק המכר<sup>9</sup>. על-פי הראיות שבפניו קבע בית-המשפט כי הקונה פעלה בתום-לב בעת שהתקשרה עם המוכרת ובעת שקיבלה את התמונות להחזקתה<sup>10</sup>. אף לא היה ספק שהתמונות הן "נכס נד" כמובנו בחוק המכר וכי הן עברו להחזקת הקונה<sup>11</sup>; אולם בית-המשפט פסק כי שאר התנאים להתקיימותה של תקנת השוק – מיהות המוכר, נסיבות המכירה וכריתתו של חוזה מכר – לא נתקיימו.

המסקנה שבקנייה הנדונה לא נתקיימו תנאי תקנת-השוק נראית ראויה ונכונה. רוב הכללים המטפלים במשפטנו בתחרות שבין בעלים מקורי לרוכש מאוחר של הנכס או בין התחייביות או עסקאות סותרות מתנים את העדפתו של הרוכש המאוחר בכך שהוא נתן תמורה בעד הנכס<sup>12</sup>.

8 ראו גם ר' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשמ"ב, עם תוספות משנת תשמ"ט) § 255, בעמ' 237.

9 סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, מורה כדלקמן: "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב". בעוד שכוונתו של סעיף 34 היא "תקנת השוק", העדיף השופט בן-יאיר לכנות את הכלל הנדון "הגנת השוק". סטייה זו מהמינוח שבחוק עלולה לכלבל, משום שהיא עלולה לרמוז לכך שכמו בדין שקדם לחוק המכר, אף בדין הנוהג ניתנת לקונה בתנאי תקנת השוק הגנה גרידא בפני תביעת הבעלים המקוריים, ולא זכות קניין שלמה ומלאה בנכס. כידוע, במשפט הנוהג תקנת השוק מעניקה לקונה בעלות מלאה בממכר. ראו על כך ז' צלטנר "על דיני המכר", קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה (תשל"ו, ש' שטרית עורך) 79, 85; ר' גורי "מכר בשוק פתוח" עיוני משפט ב (תשל"ב) 92, 105; ע"א 167/75 קיבוץ גליליים נ' שעתל, פ"ד לא(1) 236, 240-241; המ' (ת"א) 4904/71 "ירדניה" חברה ישראלית לביטוח ג' הנדלי, פס"ם עח 149, 150; זמיר, לעיל הערה 7 § 686, ר"ב 721, בעמ' 713 ר"ב 752.

10 עמ' 409-410 לפסק-הדין.

11 עמ' 410 לפסק-הדין.

12 ראו, למשל, סעיפים 9 ו-10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין,

בניגוד לדרישת תום-הלב, דרישת התמורה היא אובייקטיבית ולא סובייקטיבית. בהיעדר שקילות סבירה (גם אם לא מלאה) בין התמורה שנתן הרוכש המאוחר ובין שווי הנכס, מעדיף הדין את זכויותיו של הבעלים המקורי<sup>13</sup>. שקילות סבירה אין משמעותה בהכרח תמורה זהה או קרובה לשווי-השוק של הנכס, אך היא אינה מתקיימת כאשר יש פער גדול מאוד בין שווי הנכס לבין התמורה שהרוכש נתן. פער כזה צריך לעורר את חשדו של הרוכש לגבי כשרות העסקה ולכן במקרים רבים הוא מעיד על חוסר תום-לב מצדו. זיקה זו בין שקילות התמורה לבין קיומו או היעדרו של תום-לב איננה הטעם היחיד לדרישת התמורה. ברגיל, הפגיעה הנגרמת לאדם שקיבל מתנה עקב טריפת הנכס מידי פחותה לאין ערוך מהפגיעה בבעלים המקורי עקב אובדן נכסו. שיקולי צדק דורשים להטיל את עלות הפגיעה על הצד שיסבול ממנה פחות ולפיכך במקרה הנדון צודק להעדיף את הבעלים המקורי<sup>14</sup>. אף מנקודת-מבט של יעילות כלכלית, בדיעבד (ex post) יש עניין להטיל את הנזק על האדם שיסבול ממנו פחות<sup>15</sup>. הדעת נותנת, שרוכש מאוחר אשר לא נתן תמורה (או לא נתן תמורה ממשיה) בעד הנכס, יחוש פגיעה פחותה עקב טריפתו מידי

תשל"א-1971; סעיף 14 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979; סעיף 73 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 28 לפקודת השטרות [נוסח חדש] (הגדרת אחוז כשורה). לניתוח ביקורתי של הדינים הישראליים בתחום זה, ראו ד' פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245. בין החריגים לתפיסה כללית זו ניתן למנות את סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ואת סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969. לסטייה הראשונה מהעיקרון הכללי יש הצדקה עניינית. במקרה של חוזה למראית-עין הבעלים המקורי הוא שותף פעיל להטעיית הרוכש המאוחר על-ידי עשיית החוזה למראית-עין, ולכן ניתן להצדיק את העדפת האחרון גם אם לא נתן תמורה (ראו גם ד' פרידמן, נ' כהן חוזים כרך א (תשנ"א) § 7.19, בעמ' 160-161). במקרה של המחאת סותרות, נדמה שהסטייה איננה מוצדקת ואיננה מתיישבת עם התפיסה הרגילה של החקיקה האזרחית החדשה.

13 על כך שהתמורה הנדרשת להעדפת הרוכש המאוחר לפי הכללים המשתייכים לדוקטרינת הרכישה בתום-לב היא תמורה ממשיה ושקולה במידה סבירה ראו פרידמן, לעיל הערה 8, 716§, בעמ' 674-673 'The Eternal Triangles of the Law' — Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties" 90 Mich. L.R. (1991) 95, 111.

14 ראו גם מאוטנר, שם, בעמ' 103-106, 118-122. יש לזכור כי, כאשר לבעל המקורי יש זיקה רגשית מיוחדת לנכס, מצטרפת לפגיעה הכספית בו גם פגיעה לא-כספית. ראו על כך א' שטרומן "תקנת השוק" הפרקליט לד (תשמ"ב) 353, 367, 371. ראו גם להלן, חלק ד.

15 מאוטנר, לעיל הערה 13, בעמ' 100-102, 118-122. יובהר כי, שיקול היעילות בדבר אופן הקצאת ההפסד בדיעבד איננו השיקול המרכזי מנקודת-המבט הכלכלית. חשובים ממנו השיקולים שעניינם יצירת תמריצים הולמים להתנהגות האנשים הנוגעים בדבר, כדי למנוע מלכתחילה את היווצרות התקלה. ראו גם H.R. Weinberg "Sales Law, Economics, and the

(”מה שבא בקלות, הולך בקלות...“). לכן, בניגוד לבעלים המקורי שנכסו נגזל (או המבטח שביטח את הנכס), רוכש כזה עשוי להימנע מניהול מאבק משפטי מאומץ על הנכס. הימנעות זו רצויה, משום שהיא חוסכת בעלויות של האדמיניסטרציה השיפוטית. לבסוף, אם המטרה של תקנת השוק היא לעודד את המסחר השוטף והמהיר, הרי שדי במתן הגנה לרכישות בתמורה סבירה, משום שתכונה זו מאפיינת את רוב-רובן של העסקאות המסחריות והצרכניות.

בסעיף 34 לחוק המכר דרישת התמורה איננה מצוינת כמפורש, משום שמנסחי החוק הניחו שהיא נגזרת מטיבו של חוזה המכר כחוזה סינאלגמטי ומהגדרתו בסעיף 1 לחוק כהקניית נכס תמורת מחיר<sup>16</sup>. בהיעדר מידה מינימלית של שקילות אובייקטיבית וסובייקטיבית בין התמורות, אין מדובר בחוזה מכר<sup>17</sup>. אומנם, בענייננו היה מדובר בחוזה מכר, אך דרישת התמורה המובלעת בסעיף 34 לא נתקיימה מבחינה אובייקטיבית בשל טעותן המשותפת של המוכרת והקונה, אשר סברו כי מדובר בתמונות חסרות-ערך ולא בתמונות יקרות של צייר נודע. לפי התפיסה המונחת ביסוד הכללים המשתייכים לדוקטרינת הרכישה בתום-לב במשפטנו, אין אפוא מקום להעדיף את הקונה ששילמה פחות מאלפית משווי הנכס על-פני הבעלים המקוריים (או על-פני מי ששיפה אותם על אוכרן הנכס).

נוסף על הנימוק של אי-שקילות התמורות – שבענייננו הוא הנימוק העיקרי לאי-התקיימות תנאייה של תקנת השוק במקרה הנדון – אף הנימוק שהמוכרת לא היתה מי שעיסוקה במכירת נכסים מסוגו של הממכר, מתקבל על הדעת. כפי שהניח בית-המשפט בצדק, גם כאשר העסקה נקשרת באמצעות מתווך, התנאי בדבר עיסוקו של המוכר צריך להתקיים במוכר עצמו<sup>18</sup>, והוא עשוי להתקיים

569 (1980) 9 J. Legal Stud. "Negotiability of Goods"; מאוטנר, לעיל הערה 13, בעמ' 152-151.

16 ז' צלטנר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (תשל"ב, ערכון משנת תשל"ו, בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי) §50, בעמ' 148; ד' פרידמן "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 153, 154 הערה 9א. הוא-הדין בסעיף 80 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ולמעשה (אף כי אולי לא להלכה) גם בסעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. הראשון עוסק בשכירות קצרות נוגדות ואינו מונה בין התנאים להצדפת השוכר המאוחר את תנאי התמורה, משום שעצם העובדה שמדובר בשכירות משמיעה שמדובר בעסקה בתמורה. השני עוסק בתקנת השוק הפועלת לטובת נושה כאשר הממשכן אינו בעל הנכס או אינו זכאי למשכון, ואינו מצוין את תנאי התמורה משום שעצם היותו של אדם נושה מרמז ברגיל שאין הוא מקבל הטבת-חינם במשכון הנכס לטובתו. ראו גם "ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (תשל"ה, בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי) §31, בעמ' 157.

17 א"מ ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 (תשל"ט, בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי) §34, בעמ' 52-53; זמיר, לעיל הערה 7, §54, בעמ' 53.

18 ע' בר-שירה "תקנת השוק – כפי ששונתה על-ידי חוק המכר, תשכ"ח-1968" הפרקליט כה



גם כאשר המוכר עוסק במכירת טובין מתוך מכוונה, ללא מקום-עסק קבוע<sup>19</sup>. כאמור בפסק-הדין, הדרישה כי הנכסים שבמכירתם המוכר עוסק יהיו "מסוגו של הממכר" היא דרישה אובייקטיבית<sup>20</sup>. לבד מהיותה אינדיקציה לקיומו של תום-לב מצד הרוכש, דרישה זו עשויה להקשות על גנבים להיפטר מרכוש גנוב, ובכך היא תורמת להרתעה מפני גניבות. קנייה ממי שעיסוקו במכירת נכסים מסוגו של הממכר היא אמצעי-זהירות סביר וזול שניתן לצפות מקונים לנזקטו כדי למנוע את התקלה שברכישת נכס גנוב, ולכן זהו כלל יעיל היוצר תמריץ נאות. אף דרישה זו תורמת לייחודה של תקנת-השוק לעסקאות מסחריות וצרכניות (להבדיל מעסקאות פרטיות)<sup>21</sup>. התשובה לשאלה, מהי מידת הדמיון הנדרשת בין הממכר ובין הנכסים שהמוכר עוסק במכירתם תלויה בדרך-כלל בנסיבות העניין. בענייננו עסקה המוכרת במכירת נכסים משומשים וזולים, ולא במכירת יצירות-אומנות מקוריות ויקרות, ולכן ניתן לומר שתנאי זה לא נתקיים. קניית תמונות יקרות בשוק-הפשפשים איננה מעידה דווקא על תום-לב של הרוכש, והכרה בתקנת השוק במקרה כזה לא תתרום כלל למלחמה בגניבות. אגב, במקרה הנדון ניתן לומר שגם לפי קנה-מידה סובייקטיבי לא נתקיים התנאי, משום שגם הגב' כנען לא טעתה לחשוב כי המוכרת עוסקת במכירת יצירות-אומנות מקוריות ויקרות (טעותה התייחסה לטיב הממכר). קשה יותר לקבל את הנימוק המסתמך על אי-היותה של המכירה במהלך הרגיל של עסקי המוכרת, ויש לדחות את הנימוק בדבר אי-כריתתו של חוזה מכר. אשר לנסיבות המכירה, דומה, שעדיף להבין תנאי זה באופן שתהא לו משמעות נבדלת מהתנאי של עיסוק המוכר במכירת נכסים מאותו סוג. לפי פירושו של בית-המשפט, כל-אימת שהממכר איננו מסוג הנכסים שהמוכר עוסק במכירתם, אזי גם התנאי בדבר נסיבות המכירה אינו מתקיים, ובמקרים אלה נבלע התנאי האחרון בראשון. נדמה לנו, שהתנאי של מכירה במהלך הרגיל של עסקי המוכרת דווקא

(השכ"ט) 717, 719-721; ע"א 526/75 רובינשטיין נ' אלקלעי, פ"ד לא(2) 746, 751-752. במאמר מוסגר, העובדות המתוארות בפסק-הדין עשויות לעורר ספק אם אומנם תפקידו של איש-הביניים התמצה בתיווך בין המוכרת לקונה או שמא הוא פעל כשלוח של המוכרת. אולם בהיעדר נתונים מספיקים לא נהרהר בעניין זה אחרי מסקנתו המשפטית של בית-המשפט. ממילא גם במכירה באמצעות שלוח הדין הוא, שהתנאי בדבר עיסוקו של המוכר צריך להתקיים במוכר. ראו ג' טדסקי "תקנת השוק במכירה על ידי שלוח" מסות נוספות במשפט (תשנ"ב) 122 (המבקר את הדעה השונה שהביעה השופטת בן-פורת בפסק-דין רובינשטיין הנזכר).

19 ראו על כך בר-שירה, שם, בעמ' 718; גורי, לעיל הערה 9, בעמ' 108; פסק-דין קיבוץ גליליים, לעיל הערה 9, בעמ' 240; פסק-דין רובינשטיין, שם, בעמ' 753; טדסקי, שם, בעמ' 126-127; צלטנר, לעיל הערה 9, שם; זמיר, לעיל הערה 7, § 666, בעמ' 697.

20 עמ' 409 ו-410 לפסק-הדין.

21 על תנאי זה ראו באורה כללי זמיר, לעיל הערה 7, § 665-671, בעמ' 695-699.

התקיים במקרה הנדון, שכן מכירת התמונות הנדונות לא נבדלה כנראה מעסקאות אחרות שעשתה המוכרת מבחינת מועדה, מקומה, תנאיה ומתכונתה<sup>22</sup>. נימוקו השלישי של בית-המשפט לאי-התקיימותה של תקנת השוק – היעדר כריתה של חוזה מכר – אינו עומד בפני הביקורת. כפי שצינו לעיל, לא היה ספק שבמקרה הנדון נפל בכריתת חוזה המכר פגם של טעות. לפי המינוח המקובל, היתה זו טעות משותפת, שכן מחשבות הצדדים תאמו זו לזו (להבדיל מהמקרה של טעות הדדית), אך שתיהן לא תאמו את המציאות<sup>23</sup>. לא היה מדובר בתמונות זולות של צייר עלום-שם, אלא בתמונות מקוריות ויקרות של צייר נודע. כידוע, ישנה מחלוקת אם על טעות משותפת חל רק סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי או שמא היא עשויה להתפס גם בגדרו של סעיף 14(א)<sup>24</sup>; אולם כל בני-הפלוגתא מסכימים, שבמשפטנו טעות משותפת – כמו שאר הפגמים בכריתת חוזה, הנדונים בסעיפים 14 ואילך לחוק החוזים הכללי – מקימה לצד שרצונו נפגם (במקרה של טעות משותפת – לכל אחד מהצדדים) כוח לבטל את החוזה (בין בעצמו ובין – אם חל סעיף 14(ב) – באמצעות פנייה לבית-משפט ולפי שיקול-דעתו של האחרון). לשונו, מבנהו והגיונו של חוק החוזים הכללי שוללים את הטענה, שתוצאת הטעות המשותפת היא כי כלל לא נכרת חוזה או שנכרת חוזה בטל. אם איש מהצדדים לחוזה אינו מעוניין לבטלו, הרי גם חוזה הלוקה בטעות משותפת עומד בתוקפו, ויש תוקף מלא לכל הזכויות והחובות הנובעים ממנו. אם חלף פרק-הזמן שבו ניתן לתת את הודעת הביטול, לפי סעיף 20 לחוק (זמן סביר לאחר שנודע לטועה על טעותו), ואיש מהצדדים לא בחר לבטל את החוזה – שוב לא ניתן לבטלו כאורח חד-צדדי והוא תקף לכל דבר ועניין.

- 22 בית-המשפט הניח בצדק, שתקנת השוק עשויה לחול גם בחוזי מכר שבהם הבעלות בנכס איננה מועברת מיד עם כריתת החוזה, אלא במועד מאוחר יותר, וגם על עסקאות מעין קונסיגנציה. במקרה הנדון הוצגו התמונות למכירה בחנותה של הקונה במשך שבוע בטרם החליטה לרכוש אותן לעצמה. על כך שתקנת השוק חלה גם בעסקאות אוכליגטוריות ראו ט' בנד, א' פוזנר "תקנת השוק במכר מכוניות – האומנם?! משפטים יג (תשמ"ד) 319, 321-329; זמיר, לעיל הערה 7, § 683, בעמ' 709-710. דרך נוספת להביק את תיאור העובדות היא, שרק בתום השבוע שבו הוחזקו התמונות בחנותה של הגברת כנען נכרת בין הצדדים הסכם מכר ריאלי.
- 23 על מהותה של הטעות המשותפת ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 12, כרך ב (תשנ"ג) § § 14.32-14.28, 14.36-14.48, בעמ' 694-699, 702-717; ד' קרצ'מר "פגמים ברצון ביצירת החוזה: טעות והטעיה" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים, לעיל הערה 9, 107, 112-115; ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 187, 511-512; ע"א 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469.
- 24 ראו ר' גורי "לטעות שבהוראת הטעות" הפרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה) 447, 452-461; קרצ'מר, שם, שם; שלו, שם, בעמ' 193-194; ע"א 440/75 זנדיבנק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260, 272; פסק-דין כנפי, שם, בעמ' 478-481.

בהנמקתו קבע בית-המשפט, שלא היה מפגש רצונות בין המוכרת לקונה, וכן ש"מפגש הרצונות שהיה ביניהן לא חל ולא נגע לתמונות" מושא המשפט, אלא התייחס לממכר שונה ואחר<sup>25</sup>. אף אחת מקביעות (סותרות) אלה איננה תואמת את דיני הפגמים בכריתה או את המושגיות המקובלת. להכדיל מ"טעות הדדית", במקרה של טעות משותפת יש "מפגש רצונות" בין הצדדים, כנדרש לכריתתו של חוזה<sup>26</sup>. בין המוכרת לקונה נכרת חוזה למכירת נכסים מוגדרים ומזהים, שאליהם התייחסו שני הצדדים. העובדה שהתכונות והשווי של אותם נכסים היו שונים במידה עצומה ממה שהצדדים דימו לעצמם מהווה טעות, אך אין היא שוללת את כריתת החוזה. כדי לסבר את האוזן, נניח שהיה מדובר בחוזה מכר שמושא מטיל-מתכת, אשר שני הצדדים סברו שהוא עשוי זהב. בריעבר התגלה שאין מדובר בזהב, אלא בכרוזל צבוע. במקרה כזה הקונה זכאי לבטל את החוזה בשל פגם בכריתה (ואולי אף לתבוע פיצויים לפי סעיף 12 לחוק החוזים הכללי בשל רשלנות המוכר, אם היתה כזו), אולם אין הוא חייב לעשות כן. הוא זכאי להימנע מביטול בשל הפגם ולתבוע, למשל, תרופות בשל הפרת חוזה (אי-התאמת הממכר), לרבות אכיפה מקורבת (המצאת מטיל-זהב דומה) ופיצויי ציפיה.

במקרה הנדון לא היתה לקונה סיבה לבטל את חוזה המכר בשל הפגם בכריתתו, וכנראה שגם המוכרת לא ביטלה אותו מסיבות השמורות עמה<sup>27</sup>. לפיכך, התקיים היסוד של כריתת חוזה מכר הדרוש להסתמכות הקונה על תקנת השוק.

25 עמ' 411 לפסק-הדין.

26 במקרה של טעות הדדית, מאחר שכל אחד מהצדדים מתכוון לדבר אחר, ולא ניתן להכריע איזו כוונה היא המשתקפת באורח אובייקטיבי בחוזה (לפי הגישה המקובלת כיום לעניין קביעה תוכנו של החוזה), הרי שלא נכרת חוזה. הדוגמא הידועה לטעות הדדית היא פסק-דין *Raffles* (1864) 375 Eng. Rep. 159, *v. Wichelhaus*. באותו מקרה דובר בשתי ספינות בעלות אותו שם, *Peerless*, שהפליגו מאותו נמל במועדים שונים. המחלוקת (כפי שהבינה בית-המשפט, שלא עמד על משמעותו הטכנית של הביטוי *ex ship* במסחר הבינלאומי) היתה באיזו מהן היה על המוכר להטעין את הסחורה, כאשר כל אחד מהצדדים התכוון לספינה אחרת. בהתאם לגישה השלטת אז, קבע בית-המשפט שבהיעדר מפגש רצונות טובייקטיבי בין הצדדים, לא נכרת ביניהם חוזה (אגב, משמעות השם *Peerless* היא: דבר שאין שני לו...). ראו גם פרידמן וכהן, לעיל הערה 12, § 7.22, בעמ' 163-165; שלו, לעיל הערה 23, בעמ' 192; קרצ'מר, לעיל הערה 23, בעמ' 108-110 ר"ג 112; גורי, לעיל הערה 24, בעמ' 448-452; ע"א 536/89 פז חברת נפט ג' לויטין, פ"ד מו(3) 617, 626-629.

27 למען הדיוק, יש להבחין בין שתי טעויות של הקונה. טעות אחת היתה לגבי טיב התמונות: תמונות של צייר עלום-שם, לעומת תמונות מקוריות ויקרות של צייר נודע. טעות אחרת היתה לגבי זכויותיה של המוכרת בתמונות: היותן שייכות למוכרת או היותן רכוש גנוב. אלמלא הטעות השנייה, היתה הגברת כנען יוצאת נשכרת מהעסקה ולא היתה לה סיבה לבטלה; אולם הטעות השנייה (המהווה גם הפרת חוזה מצדה של המוכרת, משום שלא העבירה לקונה

אכן, יש מתח מסוים בין הדעה, שלא נתקיימה במכירה הנדונה דרישת התמורה המובלעת בסעיף 34, לדעה שבין הצדדים נכרת חוזה מכר, המניח שקילות אובייקטיבית וסובייקטיבית בין התמורות. מתח זה נובע מהמצב המיוחד של חוזה מכר הלוקה בטעות משותפת. הטעות המשותפת של הצדדים מובילה לכך שאין שקילות בין התמורות מבחינה אובייקטיבית, אלא רק מבחינה סובייקטיבית. מכך נובע כוח הביטול של הצדדים, אך לא נובע שהחוזה שוב איננו חוזה מכר. ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם יוכל אחד הצדדים לתקן את הטעות המשותפת (בדוגמא שלמעלה, יוכל המוכר להחליף את המטיל הצבוע במטיל-זהב), ובכך לשלול את כוח הביטול של רעהו (לפי סעיף 14(ג) לחוק החוזים הכללי). הדבר מרמז שהחוזה היה ונותר חוזה מכר. במישור הדו-צדדי, הפעלת כוח הביטול או מימוש התרופות בשל ההפרה יכולים לסלק את אי-השקילות האובייקטיבית שבין התמורות ההדדיות, אם על-ידי השבה הדדית, אם על-ידי התאמת התמורות זו לזו. לעומת זאת, בעימות שבין הרוכש לבעל המקורי זכייתו של האחד משמעה הפסדו של האחר. הפסד זה אינו נותר בהכרח על כתפיו של הבעל המקורי או של הרוכש, משום שברגיל תהיה להם עילה חוזית או נזיקית נגד אנשי-הביניים או חלק מהם (אף כי לא תמיד ניתן יהיה לממש עילה זו למעשה). בענייננו זוהי תוצאה סבירה והוגנת, משום שהפסדה של הרוכשת המאוחרת הוא זעום בהשוואה להפסד שהיה נגרם לבעלים המקוריים. במקרים אחרים, שבהם הרוכש המאוחר משלם בתום-לב את מלוא התמורה בעד הנכס, אך אינו מקיים תנאים אחרים של תקנת השוק, התוצאה קשה הרבה יותר, אך דומה שאין מנוס מהטלת ההפסד על אחד מהאנשים (הרוכש או הבעלים המקורי), תוך מתן אפשרות לתביעת אנשי-הביניים<sup>28</sup>.

לסיכום חלק זה, אנו סבורים, שבית-המשפט צדק במסקנתו שלא נתקיימו ברכישת הקונה תנאי תקנת-השוק. עם זאת נראה לנו, שבית-המשפט לא דן בנימוק העיקרי המצדיק מסקנה זו (אי-תשלום תמורה שקולה) ותחת זאת עסק בשלושה נימוקים אחרים, שאחד מהם (נסיבות המכירה) בעייתי ואחד (אי-כריתת חוזה) שגוי.

בעלות שלמה ונקייה בממכר) גרמה לכך שהקונה הפסידה כליל את הנכס ונגרמו לה גם נזקים תוצאתיים, כמו הוצאות ההתדיינות המשפטית. ביטול החוזה בשל טעות זו יזכה את הקונה בהשבת הסכום ששילמה בעד התמונות, ותביעה בשל חוסר תום-לב במשא-ומתן, או בשל הפרת החוזה, תזכה אותה אולי גם בפיצויים על נזיקה הנוספים.

28 האפשרות לפשר בין האינטרסים הנוגדים של הבעלים המקורי ושל הרוכש המאוחר על-ידי חלוקת ההפסד ביניהם נראית קורצת במבט ראשון, אולם חסרונותיה עולים על יתרונותיה, ואף שיטת-משפט מודרנית לא אימצה אותה. ראו E. Zamir "Market Overt in the Sale of Goods: Israeli Law in a Comparative Perspective" 24 *Is. L.R.* (1990) 82, 90-91.

#### ד. זכות הקניין ודיני עשיית עושר ולא במשפט; חיוב הבעלים בתשלום דמי המכר לקונה

משכא בית-המשפט למסקנה שלא נתקיימו ברכישה של הקונה תנאי תקנת השוק, ניתן היה לצפות שבכך יסתיים הדין, וכי ממשלת ארצות-הברית תהיה זכאית לקבל את התמונות מכוח בעלותה בהן. תחת זאת פנה בית-המשפט לנתח את המצב לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט. מניסוחיו של בית-המשפט לא ברור מהו היחס בין הניתוח לפי דיני עשיית עושר ובין הניתוח הקודם לפי דיני החוזים (המסקנה שכלל לא נכרת חוזה מכר בין המוכרת לקונה, הנתבעת) ודיני הקניין (המסקנה שהנתבעת לא רכשה את הנכס כתנאי תקנת השוק). בית-המשפט ציטט את סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, שלפיו חובת ההשבה מוטלת על מי שקיבל נכס "שלא על פי זכות שבדין", וציין ש"לכאורה", השאלה אם הקבלה היתה על-פי זכות שבדין תלויה בשאלות החוזיות והקנייניות שבהן דן לפני-כן. לשיטתו של בית-המשפט, רק לכאורה כך הדבר, שכן הוא המשיך: "אולם, אם גייחס לדיבור 'זכות שבדין' שיקולים של צדק, ניתן לומר, מבלי שהדבר יתבסס על מקור משפטי אחר, שקבלת התמונות בידי זהבה היתה בלתי-צודקת, ועל כן היתה שלא על פי זכות שבדין. ממילא, התקיימו בכך יסודותיו של סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, וממילא חייבת זהבה להשיב למזכה, כלומר – לארה"ב, את התמונות". בית-המשפט הוסיף והסביר כי, במקרה שבו "זוכה הקונה בנכס שלא התכוון לקבלו", "ראוי שחריג הגנת השוק יידחה מפני הכלל הרחב של הגנה על קניינו של הבעלים". לדבריו, יש להעניק את העדיפות הנובעת מ"הגנת השוק" רק "באותם מקרים שאינם סותרים את שיקולי הצדק המתחייבים מכוח יישומו של חוק עשיית עושר ולא במשפט". בית-המשפט הודה כי, "מבחן זה הוא מבחן שאינו נטול מידה של עמימות", אך לדידו, "אין לחשוש ממצב זה, שכן ניתן להניח עוד, שמספר המקרים שיעמדו להכרעה משפטית בשל המתקל האמור לא יהיה רב, וניתן להניח, שבמקרים אלה תעמוד תבונתו של בית-המשפט להוציא את המשפט הראוי"<sup>29</sup>. לאחר-מכן, וללא הנמקה מיוחדת, הורה בית-המשפט שממשלת ארצות-הברית תשלם לקונה את הסכום שהיא שילמה בעד התמונות, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית.

עלינו להודות, כי אנו מתקשים להבין הנמקה זו. בראש-זכרא שונה לא ברור מהי נקודת-המוצא של הניתוח לפי דיני עשיית עושר. האם ההנחה היא שנתקיימו

29 עמ' 412 לפסק-הדין.

ברכישה של הנתבעת תנאי תקנת השוק, ולמרות זאת גוברים שיקולי הצדק שבדיני עשיית עושר ומחייבים לפסוק לטובת ממשלת ארצות-הברית<sup>30</sup>? או שמא ההנחה היא שלא התקיימו בקנייה תנאי תקנת השוק, ולמרות זאת מסייגים את תביעת הבעלות של ממשלת ארצות-הברית ומחייבים אותה לשלם לגב' כנען את דמי-המכר ששילמה בעד התמונות<sup>31</sup>? ואולי ההנחה היא, שבניתוח לפי דיני עשיית עושר מותר להתעלם כליל מהניתוח לפי דיני החוזים ודיני הקניין, ולפסוק את הדין ישירות לפי "שיקולי הצדק המתחייבים מכוח יישומו של חוק עשיית עושר ולא במשפט"<sup>32</sup>?

בשורות הבאות נבקש להראות שאין לקבל את הניתוח של בית-המשפט – תהא נקודת-המוצא אשר תהא. עיקר טענותינו הן אלה: ראשית, אם נתקיימו ברכישה של הגב' כנען תנאי תקנת השוק, כי אז אין בכוחם של דיני עשיית עושר לפגוע בתוקף הרכישה ולחייבה כהשבת התמונות. שנית, אם לא נתקיימו ברכישה תנאי תקנת השוק – קרי: הגברת כנען מחזיקה בתמונות שלא כדין – הרי שתביעת המסירה של התמונות היא תביעה קניינית, ולא תביעה הנסמכת על דיני עשיית עושר. שלישיית, אם לא נתקיימו ברכישה תנאי תקנת השוק, ולפיכך על הגב' כנען למסור את התמונות לבעליהן, הרי שאין בסיס לחיוב הבעלים בשיפוי הגב' כנען על מה שהיא שילמה בעד התמונות. להלן נפרט טענות אלה.

אם (לפי נקודת-המוצא הראשונה דלעיל) רכשה הגב' כנען את התמונות בתנאי תקנת השוק, כי אז אין יסוד לקביעה שניתן להוציא מידיה את התמונות ולהחזירן לבעלים המקוריים כדי למנוע את התעשרותה שלא במשפט. קניית נכס בתנאי תקנת השוק היא קבלתו "על פי זכות שבדין", ולכן אין עילת השבה. בדרך-כלל, התחרות בין הבעלים המקורי לרוכש בתנאי תקנת השוק היא תחרות בין שני אנשים

30 ההשערה שלכך התכוון בית-המשפט נתמכת בסברה שה"מתקל" האמור כקטע שציטטנו הוא המתקל שנוכר בראש אותה פסקה, קרי: "בין ההגנה הניתנת לחיי המסחר התקינים לבין שיקולים של צדק". ההגנה שבה מדובר היא זו שנותנת תקנת השוק, ומכאן שדיני עשיית עושר מסייגים את התוצאות הנובעות מתקנת השוק.

31 ההשערה שלכך התכוון בית-המשפט נובעת מכך, שלפני-כן נפסק באורח חד-משמעי כי לא נתקיימו בקנייה הנדונה תנאי תקנת השוק. בית-המשפט לא ציין, כי הניתוח לפי דיני עשיית עושר הוא חלופי לניתוח החוזי והקנייני הקודם.

32 השערה זו נתמכת בכך שכית-המשפט דחה במפורש את הקביעה ה"לכאורית", שהשאלה אם זכיית הזוכה היתה "על פי זכות שבדין" תלויה בהכרעה החוזית והקניינית הקודמת. לא הדין הוא הקובע אם היתה או לא היתה עשיית עושר ולא במשפט, אלא שיקולי הצדק שבדיני עשיית עושר הם הקובעים אם הזכייה היתה על-פי דין. כפי שכתב בית-המשפט, "אם ניחס לדיבור 'זכות שבדין' שיקולים של צדק, ניתן לומר, מבלי שהדבר יתבסס על מקור משפטי אחר, שקבלת התמונות בידי זהבה היתה בלתי צודקת, ועל כן היתה שלא על פי זכות שבדין" (ההדגשות הוספו).

תמימים, הסובלים ממעשה גניבה, מרמה, הפרת-אמונים או הפרת חוזה של אדם שלישי. על-פי-רוב לא ניתן לומר מי מהשניים "צודק" יותר, שכן שניהם צודקים באופן מוחלט. שיטת-משפט שונות מתמודדות עם דילמה זו בדרכים שונות. סעיף 34 לחוק המכר הוא אחד הפתרונות האפשריים לדילמה. אם נתקיימו כל תנאי תקנת השוק, כי אז "עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר, אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו". בניגוד למשתמע מפסק-הדין, אין מדובר בכלל משפטי שברוב המקרים מביא לתוצאה צודקת לכל הצדדים, ורק במקרים חריגים תוצאותיו הקשות מחייכות סיוג לפי עקרונות הצדק. כמעט בכל המקרים שבהם פלוני נהנה מתקנת השוק, אלמוני מפסיד את קניינו בנכס מבלי שדבק בו אשם (לפחות מבחינה מוסרית), ומבחינתו זוהי תוצאה קשה מאוד. תקנת השוק נועדה להכריע בין הבעלים המקורי לרוכש המאוחר, והיא הביטוי ל"שיקולי הצדק" הנוגעים בסוגיה. כאמור, גם אם הרוכש נכס בתנאי תקנת השוק מתעשר על-חשבון הבעל המקורי, התעשרותו איננה "שלא על-פי דין". לאמיתו של דבר, התחושה של בית-המשפט שבמקרה הנדון לא יהיה זה צודק לאפשר לגב' כנען ליהנות מתקנת השוק, נובעת ישירות מהסיבה שבגללה תקנת השוק לא התקיימה כאן: הגב' כנען שילמה בעד התמונות סכום שאינו מגיע אפילו לאלפית משורייין.

גם לפי נקודת-המוצא ההפוכה – קרי: שלא נתקיימו ברכישתה של הגב' כנען תנאי תקנת השוק – לא היה מקום להיזקק לדיני עשיית עושר ולא במשפט. ככל שמדובר בתביעה של ממשלת ארצות-הברית למסירת הנכס, זו נובעת ישירות מהיותה בעלת התמונות. סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, אשר לפי סעיף 8 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, חל גם על הגנת הבעלות במיטלטלין, קובע שבעל הנכס זכאי לדרוש את מסירתו ממי שמחזיק בו שלא כדין<sup>33</sup>. מאחר שהמוכרת לא היתה בעלת התמונות, ומאחר שהקונה לא קנתה אותן בתנאי תקנת השוק, הרי שהאחרונה מחזיקה בהן שלא כדין ועליה למוסרן לממשלת ארצות-הברית. כאשר בעל נכס תובע את מסירת הנכס עצמו ממי שמחזיק בו שלא כדין, הבסיס לתביעתו הוא בדיני הקניין, ולא בדיני עשיית עושר ולא במשפט.

שאלת היחס בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין תחומים אחרים של המשפט הפרטי – דיני החוזים, דיני הקניין ודיני הנוזיקין – היא מהשאלות

33 הוראות אלה נתנו גושפנקא חקוקה להלכת ברנט, אשר כבר בשנות החמישים הכירה בקיומה העצמאי של התביעה הקניינית מכוח המגילה, בצד העילות מכוח פקודת הנוזיקין. ראו ע"א 257/57 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב ברנט, 565. לניתוח ביקורתי של ההלכה ראו מ' חשין מיטלטלין בדיני הנוזיקין (תשל"א) §§ 152-203, בעמ' 152-193. על היחס בין ההוראות הנדונות לבין תביעת ההשבה לפי העוללות הקנייניות שנתרו בפקודת הנוזיקין, ראו גם ג' טדסקי "תביעת הבעלים למסירה ופקודת הנוזיקין" הפרקליט לט (תש"ן) 44.

המורכבות והחשובות ביותר במשפט הפרטי. בשנים האחרונות נדונו במשפט הישראלי בהרחבה בעיקר היבטים של היחס בין דיני עשיית עושר לדיני החוזים, ובעניין זה ישנם חילוקי-דעות עמוקים<sup>34</sup>. אין זו המסגרת הנאותה להתעמק בשאלות מורכבות אלה, אולם פטור בלא כלום אי-אפשר. ראשית, יש להבחין בין מניעת התעשרות כשיקול-מדיניות, או כאחד משיקולי-המדיניות, העומד ביסוד דינים שונים, ובין עילת-התביעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט. בלשונו של השופט מ' חשין:

המושג "עשיית עושר ולא במשפט" שני פנים לו: האחד, ענף משפט נפרד ועצמאי המזין עצמו בעילות קנייניות ובעילות שמקורן בצדק ויושר (*ex aequo et bono*); והשני, שיקול לבר-משפטי המזין ההמפרנס עילות שונות וענפים שונים במשפט, והוא כצד שיקולים לבר-משפטיים אחרים (כגון זה שהסכמים יש לכבד, שהמזיק ראוי שיפצה את הניזוק וכו'). הנה כי כן, תרופת הפיצויים בדיני חוזים [...] אף היא מזינה עצמה כשיקולי עשיית עושר ולא במשפט, בין שאלה נגלים על פני השטח בין שהם נסתרים מעין רואה; ואולם איש לא יהין לומר, כי תרופת הפיצויים בדיני חוזים משייכת עצמה לדיני עשיית עושר<sup>35</sup>.

לעניין היחס בין דיני הקניין לדיני עשיית עושר ולא במשפט ניתן לומר – בעקבות בירקס<sup>36</sup> – כי באורח סכימתי ישנן שלוש דרכים למנוע התעשרות בלתי-מוצדקת: הרתעה (*deterrence*), באמצעות הטלת עונש פלילי על השגת נכסים שלא כרין; שלילת ההתעשרות מלכתחילה (*anticipation*), באמצעות שמירה על זכות הקניין של הבעל המקורי; והפיכה (*reversal*), באמצעות תביעה להשבת ההתעשרות. דיני עשיית עושר פועלים להשבת ההתעשרות, ואילו דיני הקניין מבקשים למנוע אותה מלכתחילה. דיני עשיית עושר מקימים לתובע זכות להשבה ברגע שבו צומחת לנתבע ההתעשרות שלא על-פי דין. דיני הקניין מגנים על זכותו של הבעלים המקורי בכנס הגם שנשללה החזקתו. תביעת הבעל למסירת נכסו איננה מבוססת

34 ג' טדסקי "היבטים ל'עשיית עושר'" משפטים יא (תשמ"א) 385, 398-410; ד"ר 20/82 אדרס חזמדי בזין נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221; י' אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט", ספר לזכרו של פרויפור ג' טדסקי (עתיד להתפרסם בעריכת י' אנגלרד, א' ברק, א"מ ראבילור ו-ג' שלר); D. Friedmann "Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract" 104 *L.Q.R.* (1988) 383; מ' דויטש "על 'גנים' משפטיים והתחרות דינים – לסוגיית היחס בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 557.

35 ע"א 4012, 3666/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 71-72.

36 P. Birks *An Introduction to the Law of Restitution* (Oxford, 1985) 25-26.



על התעשרות המחזיק שלא כדין, משום שהאחרון לא הפך להיות בעל זכויות בנכס ולכן לא היתה מצדו התעשרות (המסקנה עשויה להשתנות אם מדובר, למשל, בתביעת הבעלים לפירות שהפיק המחזיק שלא כדין מן הנכס)<sup>37</sup>. כלומר: תביעת המסירה בעילה הקניינית איננה נסמכת על ההתעשרות שצמחה לנתבע (כזו לא היתה), אלא על עצם הבעלות בנכס. יובהר כי, הגם שהזכות להשבה לפי דיני עשיית עושר היא ברגיל אובליגטורית, אין ההבחנה בין העילה הקניינית לעילת ההתעשרות חופפת את ההבחנה בין זכות ריאלית לזכות אובליגטורית; שכן ישנם מצבים שבהם גם דיני עשיית עושר ולא במשפט מצמיחים זכויות וסעדים קנייניים<sup>38</sup>.

בצד ההבדל הטיפוסי, שתביעת המסירה הקניינית מבוססת על קניינו של הבעל בנכס ואילו תביעת ההתעשרות היא בדרך-כלל אובליגטורית (הבדל שחשיבותו רבה במיוחד כאשר המחזיק בנכס פשט את הרגל), להבחנה בין שתי התביעות ישנן השלכות חשובות נוספות. שלושה הבדלים של ממש בין העילה הקניינית לעילת ההתעשרות הם אלה: בתביעה הנסמכת על התעשרות הנתבע עשויה לעמוד לאחרון הזכות לנכות את ההוצאות שהוציא לרכישת הנכס, לפי סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, מה שאין כן בתביעת מסירה קניינית<sup>39</sup>. בתביעת התעשרות, אך לא בתביעה הקניינית, עשוי בית-המשפט למצוא כי ישנן נסיבות העושות את ההשבה לבלתי-צודקת לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר<sup>40</sup>. לבסוף, אם העילה היא לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, עלול להתעורר ספק אם ההתעשרות באה לנתבע מהבעל המקורי כנדרש לפי סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר, וזאת במקרה שבו הנכס עבר ידיים אחדות עד הגיעו לידי הנתבע.

גם לשיטתם של הדוגלים בהרחבה מירבית של תחולת דיני עשיית עושר בצד הדינים האחרים, מעליהם וכתוכם, אין לקבל שתביעת הבעל המקורי לקבל את הנכס שלו-עצמו (להבדיל מפירותיו, פדיון מכירתו וגלגולים אפשריים אחרים שלו) תהא כפופה לסייגים ולמכשולים אלה. הגנה על זכויות קניין רק בשיעור הרווח שהפוגע בזכות הפיק מפגיעתו משמעה ערעור מן היסוד של מושג הקניין הפרטי.

37 בירקס, שם, בעמ' 14-16, 25-26, 50-51, 69-73.  
 38 אם, למשל, הגולן עשה עסקת-חליפין, שעל-פיה הוא העביר את הנכס לאדם שלישי תמורת נכס אחר, ודיני העקיבה מעניקים לבעל המקורי זכות קניינית בנכס החדש – ניתן לראות זכות זו כצומחת מן ההתעשרות שהתעשר המחזיק על חשבון הבעל המקורי (גם אם האחרון ממשיך להיחשב כבעל הנכס שהועבר לאדם השלישי).  
 39 סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1971, קובע: "הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכייה".  
 40 על כך שההגנה של השבה בלתי-צודקת, הנתונה לנתבע לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, איננה עומדת לו בפני תביעה קניינית ראו פרידמן, לעיל הערה 8, § 47, הערת-שוליים 107, בעמ' 37-38; § 56, בעמ' 46.

כשם שהכרה בעילה הקניינית איננה מתיישבת עם התנייתה באשמו של המחזיק שלא כדין<sup>41</sup>, כך אין היא מתיישבת עם התניית העילה או סיוגה בהתעשרותו של האחרון. אילו חב המחזיק שלא כדין רק כשיעור התעשרותו, כי אז כל מי שרכש נכס במלוא מחירו (ולפיכך לא התעשר במונחים של שווי השוק של הנכס) היה פטור מלהחזירו לבעל האמיתי, או – כפי שמשמע מפסק-הדין הנדון – היה מחויב למוסרו רק בכפיפות לקבלת המחיר ששילם בעדו. מבחינה עיונית ומעשית כאחת אין מסקנות אלה מתיישבות עם דיני הקניין המקובלים.

עשויה להישמע הטענה כי, במקום שבעל הנכס תובע את מסירתו מהאדם המחזיק בו שלא כדין (להבדיל מתביעה לפירות הנכס או גלגוליו), בידיו לבסס את עילתו גם על דיני עשיית עושר, ובמקרה כזה לא יחולו הסייגים דלעיל (כמו ניכוי הוצאות והשבה בלתי-צודקת) והסעד יהיה ריאלי (ולא אובליגטורי גרידא). דא עקא, שטענה זו מובילה להיבלעות דיני הקניין בדיני עשיית עושר ולא במשפט<sup>42</sup>! הטענה אף סותרת את ההנחה שבעל הנכס עודנו בעל הנכס, ומשמע שהמחזיק שלא כדין לא התעשר מרכישת הזכויות בו.

יש להודות כי, ייתכן שאנו מייחסים משמעות רבה מדי לפסיקתו של בית-המשפט, אשר לא התעמק בסוגיית היחס שבין דיני הקניין לדיני עשיית עושר; אולם גם אם מלוא המשמעות של פסיקה זו לא עמדה לנגד עיני בית-המשפט, ראוי להדגישה בשל החשיבות העקרונית של הנושא ובשל החשש מפני הרחבה יתירה של דיני עשיית עושר. כפי שאמר השופט חשין (בהמשך לדברים שציטטנו למעלה):

ומדוע כל הדברים האלה הם לענייננו, אלא כדי שלא נתפתה להרחיק לכת וכדי שלא נערב מין בשאינו מינו, לאמור, שלא נערב שיקולי עשיית עושר ולא במשפט – כשיקולים היוצרים כללי משפט בתחומי משפט שונים – באותו ענף משפט עצמאי שהשם עשיית עושר ולא במשפט קורא עלין<sup>43</sup>.

41 אפילו במשפט האנגלי, שבו ההגנה על זכויות הקניין התפתחה "מן הסעד אל הזכות" באמצעות העוללות הקנייניות שבדיני הנזיקין, אין תביעת הבעלים לנכסו (או לשווי הנכס) תלויה באשמו של המחזיק שלא כדין ואין היא כפופה להגנות מעין אשם תורם או לחסינויות העומדות לנתבע בעילה נזיקית. ראו 473–478 *T. Weir A Casebook on Tort* (London, 7th ed., 1992); ד' פרידמן "דין הקניין ודין האשם" ספר זוסמן (תשמ"ד) 241, 243.

42 בירקס, לעיל הערה 36, בעמ' 14–16.

43 פסק-דין מלון צוקים, לעיל הערה 35, בעמ' 72. ה"התפתחות" שהשופט חשין מתריע מפניה מתגלה כמרומה לא רק בפסק-הדין הנדון, אלא גם בהנמקה של השופטת נתניהו בע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרכנול (ישראל) (פ"ד מד(3) 661), ובעמדתו של דויטש (לעיל הערה 34), המצדדת בדרכה של השופטת נתניהו. ראו גם אנגלרד, לעיל הערה 34; פרידמן, לעיל הערה 8, 58§, בעמ' 49.

בשולי הדברים, התוצאה שבית-המשפט הגיע אליה – השבת הנכס לבעליו בכפיפות לשיפוי הקונה על המחיר ששילם בעדו – מזכירה לכאורה כללים המקבילים לתקנת השוק בשיטות-משפט אחרות. ישנן שיטות, שבהן העדיפות הניתנת לרוכש נכס בתנאי תקנת-השוק מתמצה בכך שאם הבעלים המקוריים מעוניין לקבל את הנכס עליו לשלם לרוכש את דמי-המכר שהאחרון שילם בעת רכישת הנכס<sup>44</sup>. בהשוואה לדין הישראלי, אותן שיטות-משפט מצמצמות את היקף ההגנה על הרוכש המאוחר מבחינת תוכן העדיפות שהוא זוכה בה לעומת הבעל המקורי. המצדדים בפתרון זה מדגישים את האינטרסים הלא-ממוניים של הבעל המקורי, במיוחד כאשר יש לו יחס סנטימנטלי מיוחד לנכס. פתרון זה אף מטיב עם הבעל המקורי כאשר הסכום ששילם הרוכש המאוחר בעד הנכס נמוך משווי השוק שלו. במקרה זה לרוכש המאוחר ניתנת הגנה על אינטרס ההשבה, אך אין הוא זוכה להגנה על אינטרס הציפייה שלו. היו שהמליצו למחוקק הישראלי לשנות את הדין הנוהג ברוח זו, אולם גם הם אינם סבורים שזהו הדין הנוהג בישראל<sup>45</sup>. חוק המכר אינו מכיר בזכות הבעלים המקורי לפדות את הנכס מידי מי שרכש אותו בתנאי תקנת השוק, אם כי הדין אינו שולל כמובן עסקה רצונית שבה ימכור הרוכש המאוחר את הנכס לבעל המקורי.

דא עקא, שלא זו בלבד שפסיקת בית-המשפט בענייננו איננה מתיישבת עם הדין הנוהג, שאינו מכיר בזכות הפדיון של הבעל המקורי, היא גם אינה מתיישבת עם הכללים המכירים בזכות זו. אף לדידם של המצדדים בהענקת זכות הפדיון, זכות זו איננה מוכרת ואיננה דרושה אלא במקרים שבהם התקיימו בקנייה המאוחרת תנאי תקנת השוק. משהתקיימו ברכישה תנאי תקנת השוק, יכול הבעלים המקורי לפדות את הנכס מידי הרוכש המאוחר בתשלום דמי-המכר. לא התקיימו ברכישה תנאי תקנת השוק, זוכה הבעלים המקורי בנכס מכוח בעלותו, מבלי שעליו לשלם סכום כלשהו לקונה המאוחר. כזכור, נקודת-המוצא הנוכחית היא שלא נתקיימו ברכישה המאוחרת תנאי תקנת השוק ולכן לא היה יסוד כלשהו לחיוב ממשלת ארצות-הברית בשיפוי הגב' כנען על הכספים שהוציאה לרכישת התמונות.

לסיכום חלק זה אנו סבורים, כי כל הניתוח לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט לא היה במקומו, משום שההסדר של השאלה מצוי במסגרת דיני הקניין. אילו נתקיימו בקונה תנאי תקנת השוק, כי אז רכישתה היתה על-פי זכות שבדין, ולבעלים

44 ראו שטרוממן, לעיל הערה 14 לעיל, בעמ' 364 (במשפט העברי); סעיף 2280 לקוד סיביל הצרפתי; סעיף 934 לקודקס החיובים השווייצרי; סעיף 464 לקודקס האזרחי הספרדי; סעיף 194 לקודקס האזרחי היפני.

45 שטרוממן, לעיל הערה 14, שם.

המקורי לא היתה תביעה בעילה של עשיית עושר. ומשלא נתקיימו תנאי תקנת השוק, הרי שהקונה לא התעשרה כלל ושוב אין מקום לעילה של עשיית עושר. היישום של דיני עשיית עושר ולא במשפט בפסק-הדין לא היה דרוש להכרעה וייתכן שהוא אשר הוביל למסקנה השגויה בדבר חיוב ממשלת ארצות-הברית בתשלום דמי-המכר ששילמה הרוכשת המאוחרת. כפי שציינו לעיל, ההיזקות של בית-המשפט לדיני עשיית עושר במקרה זה היא חלק מנטייה רחבה יותר להרחבה בלתי-זהירה ובלתי-רצויה של דיני עשיית עושר, העלולה לגרום לשיבושים בדיני הקניין, החוזים והנזיקין<sup>46</sup>.

## ה. סיכום

ממשלת ארצות-הברית רכשה את הבעלות בתמונות בהתאם להסכם השיפוי, כמבטח המקבל בעלות בנכס המבוטח שאבד, כנגד השיפוי על אוברנו. הגב' כנען לא רכשה בעלות בתמונות (שלא היו שייכות למוכרת) מכוח תקנת השוק, משום שלא שילמה בעדן תמורה ממשית ומשום שלא קנתה אותן ממי שעיסוקו במכירת נכסים מאותו סוג. לכן, היה על הגב' כנען למסור את התמונות לממשלת ארצות-הברית. אילו הסתפק בית-המשפט בהנמקה פשוטה זו, היתה פסיקתו ברורה ומשכנעת. תחת זאת הציג בית-המשפט ארבעה נימוקים שונים למסקנה שממשלת ארצות-הברית קיבלה את הבעלות בתמונות, שלושה נימוקים שונים למסקנה שלא נתקיימו ברכישת הנתבעת תנאי תקנת השוק, ובצד הניתוח החוזי והקנייני הוסיף ניתוח המתבסס על דיני עשיית עושר ולא במשפט. בדברינו ביקשנו להצביע על הקשיים שמעוררת הנמקה מורכבת זו.

46 דיני עשיית עושר לחמו שנים רבות להכרה במשפט המקובל האנגלי כענף משפט העומד לעצמו – בצד דיני חוזים ודיני נזיקין – להבדילו מאוסף מקרי של כללים החיים אלה בצד אלה, בצל דיני חוזים ודיני נזיקין. מלחמה זו נסתיימה, ודיני עשיית עושר זכו להכרה כענף משפט העומד על רגליו הוא. ואולם עתה, משהושג הניצחון, ניהר ונישמר, שמא תנוע המטוטלת בכוח האינרציה אל מעבר לגבולה הראוי, שלא יכבשו דיני עשיית עושר טריטוריות הקנויות זה מכבר לענפי משפט אחרים. (דברי השופט חשין בפסק-דין מלון צוקים, לעיל הערה 35, בעמ' 71). ראו גם לעיל, הערה 43 והטקסט הסמוך לה.