

השומר על-פי-דין

מאת

פרופ' גר טדסקי

א. הסכם שמירה וגזירת שמירה. ב. ה"corpus animus" בהחוקה. ג. מיטלטלין ומקרקעין. ד. היחס בין חוק השומרים לבין חוקים אחרים. ה. חובה לשמור ואחריות לשמור. ו. שומר חינוך ושומר שכר. ז. המשפט המקובל האנגלי בתור "הוראות מיוחדות". ח. ביקורת על קיום הדינים האנגליים מצד חוק השומרים. ט. הערות בדבר ההסדר הרצוי.

א. הסכם שמירה וגזירת שמירה

סעיף 1(א) לחוק השומרים, תשכ"ז-1967, קובע לאמור: "שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות". לכאורה דומה משפט זה לפי תפקידו למשפטים המופיעים בראשית הרבה חוקים אחרים, כגון חוק המכר, תשכ"ח-1968, חוק המתנה, תשכ"ח-1968, חוק המשכון, תשכ"ז-1967, וחוק הוזה קבלנות, תשל"ד-1974. אבל לא ייתכן לראות בסעיף 1(א) לחוק השומרים משום הגדרה – כפי שמגדיר, בכל אחד מהחוקים האחרים שהוזכרו, הסעיף הראשון את נושא החוק. ההגדרות המופיעות שם היו עשויות להימצא גם במילון, שתפקידו לבאר את המונחים לפי משמעותם המקובלת בלשון בני האדם. לעומת זאת, במקרה שלנו, "להחזיק בנכס כדין שלא מכוח בעלות" ו"לשמור עליו" הם שני דברים שונים. אפשר כי החזקה בנכס דרושה כדי לשמור עליו, אך בוודאי לא סגי בהחזקה כשלעצמה כדי להוות שמירה או אף כדי לחייב בהכרח שמירה, לפי השכל הישר. אין לראות אדם כמסכים לשמור רק משום שמסכים להחזיק. כוונת ההוראה הג"ל בחוק השומרים אינה להגדיר מהי שמירה, ואין "שמירה" כינוי מתאים ל"החזקת נכס כדין שלא מכוח בעלות" – כפי ש"מכר" הוא כינוי מתאים להקניית נכס בתמורה ו"מתנה" להקניית נכס שלא בתמורה. לסעיף 1(א) שלנו כוונה נורמטיבית מובהקת: מלבד תחמת תחומו של החוק, כולל הכלל, במלים "שמירת נכס", ביטוי תמציתי לדין שברצון החוק להטיל על המחזיק הנדון; כלומר, הוא כורך בהחזקה הנדונה את אחריות השומר, זכויותיו וסמכויותיו.

משל למה הדבר דומה? לקביעה: אפיטרופוסות טבעית היא אבהות או אימהות לקטין.

- 1 בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, לפי נושאו הכפול, קיימות שתי ההגדרות, בסעיף 1 ובסעיף 26.
- 2 אבל, בנסיבות מסוימות, קיימת שמירה ללא החזקה; למשל שמירה על רכב חונה במקום ציבורי שעה שהרכב נעול ולא נמסר לשומר המפתח. כיון שאין כאן החזקה בידי השומר, לא יתול על שמירה זו חוק השומרים (לכל הפחות, לא יחול במישרין).
- 3 או הקביעה: יוצא צבא הוא תושב קבוע שמלאו לו שמונה עשרה שנה.

גם בקביעה כזאת אין מבהירים מהי "אפיטרופוסות טבעית" בעיני החוק, כלומר מהו מכלול החובות, הזכויות והסמכויות שמתכוונים לו בשם זה, אלא מבהירים מהי ההנהגה העובדתית שלפיה יחול מכלול דינים מסויים. אפשר גם לאמר כי התוצאות המשפטיות של אבהות ואימהות לקטין טבעיות יותר מאשר דין השמירה בתור תוצאה משפטית מ"תחזוקת נכס מדין שלא מכוח בעלות" בכל מקרה שקיימת התחזקה כזאת.

אמנם ברוב המקרים החלת דין השמירה על המחזיק היא טבעית בהחלט, כיון שהיא אישור לחיוב (ויחד עם האיטור קביעה מדוייקת יותר לתוכנו של החיוב, כאשר יש מקום לכך, והרחבת תוצאותיו⁴) שהמחזיק קיבל על עצמו מרצונו הטוב. כך הוא הדבר כשמדובר בחווה פיקדון, כלומר חווה מכוון לשמירה דווקא. ויש לראות את השמירה כמבוססת על הסכמת המחזיק גם בחוזים אחרים שאינם מכוונים בעיקרם – ולא מפורשות, על-פי רוב – לשמירה, אלא שהיא גחשבת כאינהרנטית ליחס החוזי הגדון. השמירה נובעת כאן באופן טבעי מהתחזקת המחזיק ומחובתו החוזית להחזיר את הנכס שבתחזקתו במצב תקין למישהו אחר (למשל, חווי שכירות, שאילה, משכון, הובלת סחורות, וגם קבלנות כאשר יש בה משום הפקדת חפץ או חומר. והוא הדין, למשל, כאשר, במשא-ומתן לקראת חווה מכר או שכירות אפשרי, נמסר הנכס, בהסכמת שני הצדדים, לקונה – או לשוכר – הצפוי, לבדיקה, למבחן ולניסיון).

מבחינת עניינינו לא שונה ההתחייבות למסור מהתחייבות להחזיר; ולכן, לפי השיקול דלעיל, יש לראות כשמירה המבוססת על הסכמת המחזיק את השמירה המוטלת על מוכר שהעביר לקונה את בעלות הממכר⁵ אך טרם העמידו לרשות הקונה; או על שוכר שהשכיר השכרת-משנה או העביר את השכירות וטרם מסר את המושכר.

ההבדל בין פיקדון לבין כל המקרים האחרים שהזכרנו הוא כי באלה האחריות לשמירה נובעת מכללא מחובת המסירה (לרבות החזרה). לפיכך אפשר לאמר כי על המחזיקים הללו לשמור משום שהתחייבו למסור ולמסור במצב תקין, ואילו בפיקדון חייב הנפקד להחזיר משום שהתחייב לשמור (עבור הוולת).

אבל נוסח סעיף 1(א) לחוק השומרים אינו חובק אך ורק מקרים כאלה, שבהם המחזיק הוא שומר בהסכמתו, שומר חווי. כיון שהתוראה מתעלמת ממקור ההחזקה, ורואה אותה כמצב נתון⁶, עשויים להיכלל בה גם מקרים שבהם מעולם לא הסכים המחזיק, במישרין או בעקיפין, לשמור עבור הוולת; ולכן אפשר לקרוא לו שומר שלא בהסכמתו או שומר

4 ראה, למשל, סעיף 7 הקובע כי שומר-משנה יהיה אחראי, לא רק כלפי השומר שאתו כרת חווה, אלא גם כלפי בעל הנכס.

5 על מוכר הממשיך להחזיק וטרם העביר את הבעלות לא יחול חוק השומרים, וכן לא יחול על משכיר שטרם מסר את המושכר לשוכר, כיון שהחזקתם היא "מכוח בעלות" (סעיף 1(א) לחוק). אין זאת אומרת שאינם עשויים להיות אחראים לשמירה כלפי הצד השני, לפי השיקול שאחריותם זו נובעת מחובתם למסור, ולמסור נכס שיהיה "מתאים". אבל, אילו היה בשיקול זה צידוק מספיק לאי-הכללת המקרים הנזכרים במסגרת החוק, כי אז היה מקום לאמר כי החוק היה מיותר גם לגבי המקרה שהמוכר כבר העביר את הבעלות (ועודנו מחזיק). כפי שהחוק קובע (סעיף 13) אחריות של מחזיק כלפי אדם שאינו בעל הנכס, כאשר המחזיק מחזיק את הנכס בשבילו, כן היה כדאי שיחול גם על בעלים כאשר הם מחזיקים בשביל מישהו אחר שיש או שהתא לו זכות על הנכס או אל הנכס. בין היתר, היה כדאי שגם במקרים שאמרנו יוכל לחול סעיף 11 לחוק השומרים.

6 השווה מ' חשין, "שמירה ושומרים" מצעפים ג (1971), 137, 160.

על-פירדין או שומר חוקי. ב"דברי ההסבר" להצעת החוק כבר הדגינו זאת בדוגמת מוצא האבדה הישר, כנראה יש להוסיף עליה, למשל, את הדוגמאות הבאות: נוטל סחורות שנטרפו בים; אדם שהמציאו לו סחורה בתקווה שיסכים לקנותה, או לשם השכרה, השאלה, פיקדון, נאמנות, הזמנת אומן (קבלנות), שליחות, מתנה — שעה שהוא קיבל את הסחורה אך לא הסכים להצעת החוזה; אדם שבתחומו הוכנסו חפצים (בין שהכניסם בן אדם ובין שהכניסם הרוח) או שנכנסו בעלי-חיים של תולת; משכיר המוצא במושכר המוחזר לו דברים של ה"שוכר" (או של אדם שלישי)⁷; שוכר המוצא במושכר דברים של המשכיר (או של אדם שלישי)⁸.

דומים במקצת למקרים האלה המקרים של "פיגור הנושה". בהם חייב חוזי ממשיך להתחייק משום שהנושה לא קיבל את הנכס שהוא, החייב, הציע למסור לו. למשל, מוכר שאחרי העברת הבעלות ניאר מחזיק בממכר משום שתקונה לא קיבלה, לאחר שהועמד לרשותו⁹; שוכר שלא יכול היה להחזיר את המושכר למשכיר, קונה שאינו יכול להחזיר את המיקח למוכר, לאחר שבוטל המכר; וכן במקרים מקבילים ביחסים אחרים כגון שליחות וקבלנות — אם נניח שגם ביחסים האלה מחוייב הנושה לשתף פעולה ולקבל את הנכס המגיע לו ועל-ידי כך לשחרר את השוכר מעול השמירה.

נכון הדבר כי, גם בשלב "פיגור הנושה", המוכר עודנו חייב למסור והשוכר — להחזיר; חובותיהם הן חובות חוזיות, ואחריותם לשמור נקשרת בחובתם החוזית ההיא. אך אין להסיק מן הסכמתו בחוזה שהמחזיק קיבל אז על עצמו אחריות לשמירה לגבי הזמן שבו הנכס לא היה צריך להימצא אצלו ונמצא אצלו למעשה רק משום שהצד השני לא קיבלהו — במיוחד כאשר זה היה מחוייב לקבלו. לכל הפחות, אפשר לאמר כי, לעומת הספירה החוזית הסדירה, עשוי להשתנות בשלב זה משקלם היחסי של היסוד ההסכמי ושל היסוד הדיני בקביעת האחריות ובעיצובתה. בעוד שבספירה החוזית הרגילה הדין רק מאשר ומגדל את הרצון החזי, כאן גובר חלקו היוצר במידה שמתעררת התשתית הרצונית. משום כך, בשלב "פיגור הנושה", אחריות השומר הנובעת מסעיף 11 לחוק השומרים דומה במקצת לאחריות הנקבעת כגזירת דין במקרים שבהם לא היתה מעולם מצד המחזיק הסכמה לשמור.

אמנם, בכל המקרים שאנו דנים בהם כאן, המחזיק אינו רשאי לנהוג בנכס שבידו כבנכס הפקר — אף אם נתעלם מחוק השומרים ומתחולתו האפכרית על המקרים האלה. רובצות עליו כל החובות המוטלות על הלא-בעלים כלפי בעלים שיש להן ביטוי דיני הנויקין¹⁰. אבל נטעה אם נוהה את האחריות הנובעת מהן עם זאת העשויה לנבוע מחוזה מכוון לשמירה (בין שהוא מכוון לשמירה במישרין ובין שהוא מכוון למסירה במצב תקין) או מהוראה כגון סעיף 1(א) לחוק השומרים. אפילו סעיף 2 לחוק השבת אבדה, תשל"ג—

- 7 בע"א 663/71 נכסים להשכרה א.מ.ג. נ' כונס הנכסים, פ"ד כז (1) 609 לא היססו לראות את חוק השומרים ישים על מקרה כזה.
- 8 דוגמאות נוספות ראה להלן, בסעיף ב ובסעיף ו.
- 9 ראה על כך להלן, בסעיף ו.
- 10 כאשר תל חוק השומרים אין להעלות על הדעת כי, בתחום הסדרו, מחליף הוא את פקודת הנויקין, זאת תמשיך לחול (וכן דיני החוזים, כאשר היה חוזה) בשינויים שחוק השומרים הכניס בהסדרים האלה. ראה גם להלן, סעיף ד.

1973, המחייב מוצא אבידה שנטל אותה להשיבה לבעליה, או למסרה למשרתה לפי דרישתה — ספק אם מטיל עליו אחריות מעל ומעבר לזו הנובעת מדינים אחרים. אסור למחזיק לפגוע בנכס הזולת ולמנוע שהבעלים יפעילו את זכותם, אך (פרט לדיני האבידה שהוזכרו) אין לו כל חובה או אחריות אחרת — אם נתעלם מחוק השומרים. ולא הרי הרשלנות שבפקודת הנוזיקין כהרי הרשלנות שבחוק השומרים. הראשונה היא התנהגות הנופלת ממה שהמשפט יכול לדרוש מכל אדם — שעה שרמת ההתנהגות הנדרשת עשויה להשתנות לפי הנסיבות כגון החזקתו בנכס הנדון — בתור סתם "רע" 11. השניה היא אי-קיום של המאמץ הנדרש מ"שומר", אי-עמידתו במבחן זה. ההבדל בין מחזיק לשומר מתבטא גם ביחסים בין מחזיק לאדם שלישי שהנכס הנדון פוגע בו — כאשר דיגי הנוזיקין קובעים אחריות מיוחדת של ה"ממונה על הנכס" (the person in charge). אם יש חוזה בין מחזיק לבעלים, נראה את הראשון כממונה מטעם הבעלים; אם יחול חוק השומרים, נוכל לקרוא למחזיק — ממונה על הנכס מטעם הדין, כיון שהדין מטיל עליו את השמירה. אך אם אין חוזה ואם נניח שלא יחול חוק השומרים, לא נוכל לראות את המחזיק אחראי בתור ממונה על הנכס. האחריות לשמירה שמטיל חוק השומרים על כל מחזיק כדין שלא מכוח בעלות, ביחסים בין מחזיק לבעלים, והאחריות שמטילה פקודת הנוזיקין על מחזיק ועל שומר, ביחסים ביניהם לבין הניזוק, הן ביחד מה שאפשר לקרוא לו בשם ה"incommoda possessionis", התוצאות הבלתי נוחות שהדין כורך בהחזקה. הפער הנורמאטיבי בין המחזיק שהסכים ל"שמור לבין המחזיק שלא הסכים היה געלם אילו, במקרים שלא היתה הסכמה מפורשת מצדו, היינו רואים הסכם מכללל בין הבעלים לבינו. במשפט האנגלי אנו מוצאים ביטויים בכיוון זה במקרה של מוצא אבידה: כאילו היה "an implied request by the owner that the res should be taken by the finder and held for the owner" 12. אם, לעומת הצעה זו מצד הבעלים, היינו מניחים כי בתפישת המוצא יש משום הסכמה להצעת המאבד, יהיה כאן משום חוזה הפקדה שנכרת מכללל. גם בקשר ל-"involuntary baillee" נאמר במימרת-אגב של הברון ברמואל: "where a man delivers a parcel to you by mistake, it is contemplated that if there is a mistake, you will do something with it" 13. אך ברי לכל שלא תהא זו אלא פיקציה. המאבד לא נתן את דעתו לאיבוד ולתוצאותיו. המוצא שנטל את האבידה לא הסכים משום כך לשומר עליה, וכל אחריותו לא תוכל להיות אלא אחריות מטעם הדין. הדבר היחיד שניתן להעלות עליו שהוא הסכים לו בקבלו את החזקה, במקרה זה ובמקרים אחרים שאנו דנים עליהם, הוא להחזיק. גם מקבל החבילה, על פי דוגמת הברון ברמואל, לא הסכים לשום דבר פרט לקבלה. וכאשר החזקת המחזיק שלא מכוח בעלות היא המשך החזקתו מכוח בעלות (המוכר הממשיך להחזיק לאחר שהעביר את הבעלות משום שהקונה לא קיבל את המימק), אין אפילו מקום לשום רצייה מובהקת.

11 לפי דברי לורד אטקין הנודעים במשפט *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A. C. 526.
 12 בלשון זו מוסר את הלכת המסורת *Paton, Bailment in the Common Law* (London, 1952) המוסיף מצדו: "This is rather a weak reason".
 13 ראה *Baron Bramwell, Hiort v. Bott* (1874), L.R. Ex. 86, at 90.

אף אם יראו קיום לפיקציה הנ"ל במשפט האנגלי¹⁴, בוודאי אין לה קיום לפי חוק השומרים הישראלי. ההגדרה לכאורה שבסעיף 1(א) מטילה על כל מחזיק הכלול בו אחריות בתור שומר אך אינה מניחה, ולו באופן פיקטיבי, שהבעלים והוא הסכימו על שמירה מצדה.

ב. ה"corpus וה"animus בהחזקה

יש לעיין אם – ואם כן, באילו נסיבות – הוראת סעיף 1(א) לחוק השומרים, לפי משמעותה ובמיוחד לפי מושג ההחזקה שלה, מתאימה למקרים שבהם לא היה הסכם לשמירה.

דבר שאפשר לקבוע בוודאות הוא כי החוק הישראלי דוחה את תפיסת ההחזקה של המשפט הרומאי, הדורשת כוונת המחזיק להחזיק עבור עצמו, כאילו היה הבעלים. הרי, החוק הישראלי רואה את השוכר, השואל, הנושה בעל המשכון כמחזיקי הנכס (ולא כמחזיקי זכותם המוגבלת) – שעה שלפי ההשקפה הרומאית הם "אוחזים" (defectores)¹⁵, ובלבד שלא יתקוממו נגד בעל הנכס בכפרס בזכותו. אך במקרה זה חוק השומרים אינו עשוי לחול, כיון שהחוקתם לא תהא כדיון.

המשפט הישראלי מאמץ לו מושג החזקה ללא דרישת ה"animus possidendi (במשמעות animus domini או animus rem sibi habendi) המאפיין את המשפט הרומאי ושיטות המשפט המודרניות שהלכו בעקבותיו. הוא קרוב יותר למשפט הגרמני ולמשפט האנגלי הגורסים מושג החזקה בהתאם להשקפת המשפט הגרמני הקדום. האם עלינו להרחיק לכת ולראות את ההחזקה שבחוק השומרים כדבר פיסי גרידא?¹⁶ אין זה פירוש סביר לחוק השומרים להסתפק בקירבת הנכס הפיסית שתאפשר שליטה בו, כדי לראות את האדם כמחזיק – ולכן שומר.

גניח שבלי משים אני דורך ברחוב על איזה חפץ מסויים; או שמישהו שם בידי חפץ שעה שאני ישן¹⁷; או שנייט הפוחד להיתפס בקלקלתו משלשל לתוך כיסי את הארנק שגנב ממישהו אחר; או שבבית המכס נוסע שהתכוון להביא אתו דבר אסור תותב אותו מסיבה דומה לתוך מטעני; או שמחבל מגיח פצצה בפתח ביתי. בכל הדוגמאות האלה אין בוודאי החזקה מצדי, לעניין חוק השומרים, כל עוד אינני משגיח בנכס הנדון. אך לא סגי במודעותי שהנכס ניתן לשליטתי (ואף לא כאשר למודעות זו נלווה ביטחון סביר כי הולת לא יתערב בשליטה אפטרית זו שלי). ואילו כך היה, לכשארגיש בחפץ הנמצא תחת כף רגלי (או בידי או בכיסי או במזוודתי או בביתי), כיון שהייתי כבר בגדר מחזיק לרגל מודעות זו, ממילא הייתי נחשב כשומר בעיני החוק (סעיף 1(א));

14 ראה על שאלה זו להלן, בסעיף ז.

15 פרט לבעל משכון, הנחשב כמחזיק – כנראה משום נסיבות היסטוריות.

16 השווה את דברי השופט ברנזון בע"א 46/75 מדינת ישראל נ' לפנשטיין, פ"ד ל (1) 716, בעמ' 721: "משמעות החזקה כאן [בסעיף 1 לחוק השומרים] אינה אלא החזקה פיזית, כלומר, מסירת הנכס לשומר לשמירתו" ובעמ' 723: "חושבני שהמבחן העיקרי כאן הוא היכולת המעשית לפקח על הנכס ולקיים את השמירה עליו".

17 Dig. 41, 2, 18 3.

ובתור שומר אסור לי לנטוש את הנכס באופן חופשי, ללא התחשבות באינטרס הבעלים. דרוש איפוא כי, נוסף על המודעות שהזכרנו, תהיה לי כעין הסכמה לקבל את השליטה שהגנסיבות איפשרו לי, תהיה כוונה מצדי להחזיק¹⁸ (כוונה להחזיק שלא תהיה בהכרח כוונה להחזיר או למסור לזכאי, ולא רצון להיות שומר) — בין שכוונה זו תחבטא במלים ובין בהתנהגות¹⁹.

לפי השיקולים האלה מעדיפים אנו לדבר על "שומר שלא בהסכמתו" ולא על "מחזיק שלא לרצונו" או על "מחזיק בניגוד לרצונו", כפי שמכנים אותו אחדים²⁰; לפי חוק השומרים עשוי להיחשב כשומר גם זה שלא הסכים לשמור למען הזולת, אך אינו יכול להיות למחזיק נגד רצונו או ללא רצונו.

ואולם אין להרחיק לכת ולדרוש מידות נוספות מלבד אלה שאמרנו. כיון שלא דרוש במשפטנו animus possidendi, הכוונה להחזיק קיימת גם כאשר מדוע המחזיק שהוא מחזיק עבור הזולת ולזולת יצטרך למסור, בסופו של דבר. היא קיימת אף אם אינו יודע מדוע בדיוק החפץ שממציאים לו ומגין בא, אם הוא בעל ערך, או שאינו בעל ערך, אם היה שלו מקודם וכעת מחזירים אותו לו או ששולחים אותו למתנה, להשאלה, למכירה או למטרה אחרת — או אם הוא טועה בנסיבות כאלה²¹. רצון המחזיק קיים בתור רצון להחזיק אף כאשר אין המחזיק מסכים לקבל על עצמו את עול השמירה: החוק מטיל אותו עליו, גם כאשר אין הוא נוטל אותו על עצמו.

ולא עוד אלא שייסודות המודעות והכוונה, כפי שקבענו אותם — די להם שיהיו קיימים בתחילת ההחזקה²². אם בהמשך הזמן המחזיק לא יידע אם הנכס נמצא עוד ברשותו, או אפילו שכח לגמרי שהוא נטל או קיבל אותו בעבר, אין הוא חול משום כך להחזיק. הוא הדין אם שינה את כוונתו ההתחלית להחזיק, כל עוד הנכס בשליטתו. וכיון שעל-פי סעיף 1(א) לחוק השומרים הוא שומר הנכס, אסור לו להיפרד ממשמרתו באורח שרירותי.

ג. מיטלטלין ומקרקעין

יש לקבוע מהו היקף החוק גם לפי מידת זה: אם הוא נוגע למיטלטלין בלבד או גם למקרקעין. הובעה הדעה כי יש להעדיף את הפתרון הראשון, המצמצם, משום שהמוסדות

18 השווה חשין, שם, 146-147.
19 התודעה והכוונה הנ"ל הצטרבנה במקרים מסויימים להיות מלוות במעשה תפישה. זה עשוי להיראות מיותר כאשר החפץ הגדון נמצא בתחומנו, אך לא כן כאשר הוא נמצא מחוץ לתחומנו, כגון אבידה שנמצאה ברחוב.
20 ראה פרידמן, דיני עשיית עושה ולא במצא (אבוקה, תשל"ל) סעיף 23, עמ' 25.
21 אין אנו רואים מניעה לפתרון זה בהוראת סעיף 61(ב) לחוק החחים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (יחד עם סעיף 14 לאותו חוק), הודות לדברי הסייג שבסעיף 61(ב) ("... ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים [...]). לעומת זאת נראה לנו כי הביטוי "פעולות משפטיות" בחוק זה ובחוקים אחרים עשוי לכלול גם את רכישת ההחזקה, ומשום כך יש לחייב רכישת החזקה על-ידי שלוח או על-ידי אפיטרופוס.
22 השווה חשין, שם, שם.

המקבילים בארצות אחרות נוגעים למיטלטלין בלבד ומטום שלגבי ההחזקה במקרקעין נדון העניין בהוראות המיוחדות יותר שבחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.²³

נכון הדבר שבארצות היבשת האירופית, על-פי המסורת הרומאית, מסדירים בחוזה הפיקדון רק הפקדת מיטלטלין; וכן באנגליה במוסד ה-bailment, שגם בו מורגשת השפעת המשפט הרומאי.²⁴ אך נכון גם כי משפטנים באירופה שאלו את עצמם מדוע יש להגביל את מסגרת המוסד למיטלטלין בלבד, ולא מצאו תשובה אלא בקיום המסורת;²⁵ ויש ביניהם הסבורים שגם על הפקדת מקרקעין לא יחולו כללים שונים מאלה שנקבעו לגבי המיטלטלין.²⁶

מכל מקום, מבחינה פרשנית אין לגימק ההשוואתי חשיבות רבה כשמדובר בחוק כמו חוק השומרים הישראלי, שהוא עצמאי גם ב"חיתוך" שלו, כיון שאינו דן בחוזה הפיקדון או בכל חוזה אחר.²⁷ אלא במצב ההחזקה, בין שהוא קיים על סמך חוזה ובין שלא על סמך חוזה.

אשר לגימק המופק מחוק המקרקעין, יש להעיר כי בחוק זה לא נדונה אחריות המחזיק לשמירה ולכן אין לאמר שלגבי המקרקעין הוראות החוק הן מסדירות באורח ספציפי יותר היבט זה של העניין הנדון בחוק השומרים.

חוק השומרים מדבר ב"נכס", ו"נכס" בלשון העברית ובמשפט הישראלי הוא גם מיטלטלין וגם מקרקעין — שני סוגי נכסים שהפער ביניהם קטן במשפטנו מאשר בשיטות משפט אחרות. אישור להיקף זה של חוק השומרים מוצאים אנו גם בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, סעיפים 7(א) ו-24. בהם מפנים לחוק השומרים, בלי להגביל את ההפניה למקרה שמדובר בשכירות מיטלטלין — בעוד שסעיף 7(ב) מדבר בשכירות מיטלטלין בלבד, שבהוראות אחרות (סעיפים 14(א), 15, 22(1)) מדובר בשכירות מקרקעין בלבד או (סעיף 20(ב)(ג)) בשתייהן בנפרד, ושסעיף 2(א) גומר בדרך כלל כי הוראות השכירות יחולו על שכירות מקרקעין ומיטלטלין כאחת.

לפי מסקנתנו זו, אם בכלל יחול חוק השומרים על המקרים שנוכרו לעיל, עשוי הוא לחול, למשל, גם במקרה של מכר מקרקעין שבו עברה כבר בעלות הממכר וטרם נמסרה החזקה; במקרה של השכרת-משנה ושל העברת שכירות של מקרקעין, כאשר טרם נמסרה החזקה; וכן כאשר שוכר או שואל מקרקעין בתום השכירות או השאלה נשאר בחזקת המושכר — מקרים שהם מעניינים כאן כאשר הסיבה לאי-המסירה (או לאי-החזרה) היא בזה, שהגורשה לא קיבל את הנכס שהחייב העמיד לרשותו.

23 צלטנר, "דיני החושים בישראל" הפרקליט כ"ט (1973) 56, 90. דעה אחרת מביע חשין, שם, 138.

24 Paton, *op. cit.*, 3.

25 ראה, למשל, Encicl. del diritto, "Deposito (diritto vigente)", Dalmartello & Portale, XII, 236, 257.

26 ראה, למשל, Baudry Lacantinerie & Wahl, *Del deposito*, in *Trattato teor.-prat. di dir. civ.*, traduz. ital. (Milano, 1914) 566 sq.; Tabet, in *Encicl. forense*, III, (Milano, 1958) 115.

27 להבדיל, לא רק מספרי החוקים הקונטיננטליים, אלא גם מן המשפט האנגלי. אמנם באנגליה קיימת דעה מוסמכת שלפיה אין ה-bailment חוזה (contract) אך בזה אין שוללים שהוא הסכם (agreement). ראה גם להלן, סעיף ז.

ד. היחס בין חוק השומרים לבין חוקים אחרים

טוענים כי, בעניין השמירה, אחרי חקיקת חוק השומרים אין עוד תחולה לפקודת הנוזיקין, גם לכללים שלה שאין חוק השומרים סותר אותם.²⁸ דעה זו לא נראית לנו נכונה. היחס שבין פקודת הנוזיקין לבין חוק השומרים הוא היחס הרגיל הקיים בין חוק מוקדם לחוק מאוחר: האחרון מבטל או משנה את הראשון במידה שיש ניגוד ביניהם (ניגוד שיש לשלול באשר ההסדר הראשון הוא הוראה מיוחדת והאחרון – הוראה כללית; כפי הנאמר בחוק השומרים עצמו, סעיף 14).

לפיכך, בעניין השמירה, חוק השומרים ביטל (בסייגים אלה) את החוקים הקודמים לו על התחום ועל הנוזיקין כאחד. ומצדו ניתן הוא להידחות מפני חוקים מאוחרים יותר – וכן מפני הסדר הצדדים, בהיותו דין שמוטר להתנות עליו (דין דיספוזיטיבי), כפי שיוצא מסעיף 14.

חוק השומרים אינו יכול לתפקד לבדו. אפילו בנושא העיקרי, אחריות השומר, אינו שלם, כי, למשל, אינו קובע מה הם התנאים האישיים לאחריות השומר. הכללים שבחוק השומרים משתלבים הן בדיני החוזים והן בדיני הנוזיקין הקודמים המתיישבים אתם. לפי דעתו הנ"ל, סבור מר סלטון כי לא יוכל שומר חנינם להסתמך, למשל, על סעיף 64(1) ו-2) לפקודת הנוזיקין, וכי, לעומת זאת, יש אולי מקום להחיל את סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.²⁹ אבל, אם מדובר במחויק שלא כרת חוזה עם הבעלים, ברור שדרך סעיף 18 הנ"ל חסומה בפניה. מצד אחר, אין אמנם הכרח כי מושג הרשלנות שבחוק השומרים יהיה זהה בכל היבטיה למושג הרשלנות שבפקודת הנוזיקין; אך אין סיבה לשלול התיישבותו עם כללי הפקודה הנוכחים ועם כללים אחרים של הפקודה. כן לא ימנע חוק השומרים מבעלים לנכס שבהחזקת "שומר שלא בהסכמתו" להיזקק לתביעת *quia timet*, במידה שזאת נחשבת כקיימת בדיני הנוזיקין בישראל.

כאשר דנים באחת מן ההוראות שמחוץ לחוק השומרים העשויה לנגוע בעניין השמירה, יש להכריע לפי מהות ההוראה הנדונה ויחד עם זאת לפי הפירוש שניתן לחוק השומרים בשאלה מהו הפתרון הנכון מבין שלושת הפתרונות האפשריים. הראשון הוא שתהא התיישבות בין שני המקורות ולכן יחולו שניהם במצורה. השני הוא כי על העניין הנדון יחול חוק השומרים לבדו, בתור חוק מאוחר המבטל את הקודם, או בתור הוראה מיוחדת; והפתרון השלישי הוא היפוכו של השני. דוגמה לזה האחרון משמשות ההוראות המגבילות, בהתאם לאמנות בינלאומיות, את אחריותו של מוביל ימי או אווירי בעניין המטען שתופקד בידיהם.³⁰ הן תחולנת, בתור הוראות מיוחדות, בהעדפה על הנובע מחוק השומרים, גם במסגרת תביעה חזית וגם במסגרת תביעת נוזיקין. ברגיל הן תחולנה בקשר לחוזה הובלה ולכן לא על מקרים שמענייננו כאן. אבל נמצא דוגמה לתחולתן בעניינינו אם נניח כי סבלים טענו בטעות על אניה או על מטוס מטען של אדם זר (בתנאים כאלה שאין המוביל אחראי לגזל, ולכן יהיה "מחויק כדיון"). במקרה זה עשוי הפתרון האמור לחול גם על "שומר שלא בהסכמתו".

28 ראה סלטון, "ההיבט הנוזיקי של חוק השומרים, תשכ"ז-1967" עיוני משפט ה (1977) 653.

29 שם, בעמ' 659.

30 ראה חוק הספנות (הגבלת אחריותם של בעלי כלי-שיט), תשכ"ה-1965; חוק התובלה האווירית, תשכ"ב-1962.

ה. חובה לשמור ואחריות לשמור

חוק השומרים אינו מדבר על חובה של השומר לשמור אלא תמיד על אחריותו. יש מקום איפוא לשאול את השאלה אם אמנם התכוון לאחריות גרידא, במובחן מחובה³¹. במקרה שהתשובה תהיה חיובית, התוצאה ממנה היא כי, אם שמירת השומר לקויה, אין לבעלים — על סמך חוק השומרים — תביעה שתהיה מכוונת לאכיפה, גם בגבולות שהחובה לעיכות ניתנת לאכיפה³², או למסירת הנכס המיידית להם (אם לא היתה להם זכות לכך אף לולא חוסר השמירה הראויה). כלומר, שעל סמך חוק השומרים יהיה עלינו לשלול כל זכות מצד הבעלים להשגחה על שמירת השומר, וכל אפשרות של תגובה מיידית, מצדם, נוכח ליקוי בשמירה (למשל: תביעה שהשומר ינקוט את האמצעים הדרושים להדברת חרקים המזיקים לנכס). זכותם תתמצה בביקורת בדיעבד, אגב הדיון בדבר אחריות השומר לעובדה המונעת את מסירת הנכס (או את החזרתו) להם במצבו הקודם. לפי הדעה הנדונה, יותר מאשר חובת השמירה, ירבץ על השומר נטל השמירה. סעיף 17 לחוק התרופות הנזכר לא יוכל לספק לנו נימוק בעד קיום החובה, כיון שהוא מניח מצדו שקיימת חובה: באין חובה, אין הפרה ואף לא "הפרה צפויה".

חוק השומרים אינו צופה תביעה לאכיפת השמירה או למסירת הנכס המקדמת לבעלים, במקרה של ליקוי בשמירה. אילו הוכרה בחוקים אחרים הנוגעים לשומר זה או אחר חובת השמירה, היה מקום לדון אם הכרה כזאת לא תשפיע על פירוש חוק השומרים. אך חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, אינו מזכיר את חיוב השמירה בין חיובי השוכר והשואל וגם אינו מכיר בחובה זו בעקיפין. כן חוק המכר, תשכ"ח-1968, אינו דן בחובת שמירה מצד מוכר שטרם מסר או בתוצאות מהפרת חובה כזאת.

גם בחוק המשכון, תשכ"ז-1967, אין הכרה בחובת שמירה מצד נושה בעל משכון (או מצד אדם שלישי, שומר המשכון) — אף-על-פי שאפשר לראות את המקרה של ליקוי בשמירה כנכלל בין הנסיבות הצפויות בסעיף 21 ("מימוש מוקדם של משכון")³³. מסקנתנו היא כי חוק השומרים כשלעצמו אינו מטיל חובת שמירה, ואת ה"אחריות" הנזכרת בחוק יש לפרש כאחריות ותו לא. אך אין זאת אומרת כי חוק זה יגרע ממקורות אחרים העשויים להטיל חובה כהילכתה לשמירה ולזכות את הבעלים להיזקק להליכים המונעים פעולות נוגדות שמירה נאותה. חובות אלה עשויות לבבוע מחוזה ומדין כאחד.

במקרה שלפי מטרתו העיקרית אין החוזה מכוון לשמירה, ראינו שאין בחוקים תימוכין לקיום חובת שמירה מצד השוכר, השואל, המוכר, הקבלן (ולא היינו מגיעים למסקנה שונה בדבר המשכון); אף-על-פי שבעיות אלו ראויות אולי לעיון נוסף.

כאשר קיים חוזה המכוון במישרין לשמירה, דעתנו נוטה לפרשו, בדרך כלל, כמטיל חובה כהילכתה.

ברם, גם כאשר אין מקום לחובת שמירה לפי חוזה — כמו במקרים שמעניינו כאן —

31 חשין (שם, בעמ' 160, למשל) מבין את האחריות הנדונה כחובה.

32 השווה סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, הנוגע לחיוב החוזה.

33 ראה ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967, פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ה) 778 עמ' 369.

מלבד האחריות שמקורה בחוק השומרים³⁴, אין להתעלם מכל מערכת הדינים האחרים, ומדיני הנוקין במיוחד: מהם עשויות לנבוע חובות וסאנקציות הנוגעות בהיבט זה או אחר של עניין המשמרת.

1. שומר חנם ושומר שכר

אם עלינו לשייך את "המחזיקים שלא הסכימו לשמור" לסוגי השומרים הצפויים בחוק השומרים — באיזה סוג או באילו סוגים נשבץ אותם? בענייננו אין מקום למשבצת השואל ולכאורה³⁵ גם לא למשבצת המקבל תמורה, בכלל. כתוצאה מהמעטה זו נדמה כי נשארות שתי המשבצות האחרות: משבצת השומר חנם ומשבצת המחזיק שיש לו בשמירתו "טובת הנאה אחרת לעצמו" (מלבד תמורה).

לגבי מקרים מסויימים מבין אלה הנדונים כאן יש בחוק השומרים פתרון מפורש לשאלת הבחירה בין שתי המשבצות האמורות. הדבר נוגע להנחת "פיגור הנושה". כאשר המחזיק הגדון היה זכאי להחזיר את הנכס לבעליו ועשה את המוטל עליו כדי להחזירו, אלא שבעל הנכס לא קיבלהו, אף אם המחזיק היה קודם שומר שכר, הוא נחשב עכשיו שומר חנם לפי אחריותו לאבדן הנכס או לנזקו ולפי זכותו לשיפוי (סעיף 11)³⁶.

בעניין מציאת אבידה אפשר היה לחשוב כי יש לראות את המוצא כשומר שכר, משום האפשרות שלא יתגלה בעל האבידה והמוצא יהיה לבעליה כעבור ארבעה חודשים. אך בהקניה זו יש משום התחשבות בזכותו בתור מוצא האבידה — ולא משום תמורה להתזקתו, העשויה להיות קצרה ביותר; ולכן אין מקרה זה שייך לקטגוריה הראשונה הנזכרת בסעיף 1(ג). ולפי דעתנו, ברכישה האפשרית הזאת אין אף יסוד להכניס את המקרה הנדון לקטגוריה השנייה שבאותה ההוראה; משום שטובת הנאה זו של המוצא אינה טובת הנאה "בשמירתו" (כנאמר בחוק), מלבד היותה מקרית, שעה שאין להשיג את המטרה שהמשפט חותר להשיגה, החזרת האבידה לבעליה תוך זמן סביר בעיני החוק. מצד אחר, לא היינו שוללים כי, על-פי סעיף 1 לחוק השומרים, רשאים הבעלים להוכיח שמוצא האבידה הפיק טובת הנאה מהחזקתו.

אמנם, במקרים שחוק השומרים וחוק השכירות מסווגים שומרים מסויימים בקטגוריות השונות, הם עושים את זאת לפי היחס המשפטי הטיפוסי הגדון כשלעצמו, ללא התחשבות בגסיבות של המקרה הקונקרטי. כך, שוכר היה תמיד "שומר שכר שהמטרה של שמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית של התזקתו"³⁷, אף אם, משום מה, לא הפיק תועלת מן המושכר, ואף אם המושכר לא היה "מתאים"³⁸. כך, במקרה של "פיגור הנושה", הנכלל בסעיף 11 לחוק השומרים, אחריותם של שומר שכר ושל שואל יורדת לדרגת אחריותו של שומר חנם, ללא התחשבות באפשרות כי למחזיק היתה למעשה טובת הנאה מהחזקתו הנדונה.

34 אם בכלל יחול חוק השומרים על עניינים אלו; להלן, סעיף 1.

35 אך ראה להלן בסעיף זה.

36 השווה סעיף 300, פסקה ראשונה, לספר החוקים הגרמני, המגביל במקרים האלה את אחריות המחזיק הגבלת שונה ונמרצת יותר.

37 סעיף 24 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971.

38 במונח שבסעיף 6 לחוק השכירות הנ"ל.

ברם, כאשר אין הסדר חוקי לבעיה, נראה לנו שיש להתליט לפי המציאות הקונקרטית אם היתה טובת הנאה לשומר, אם לאו. לפיכך יוכל בעל הנכס להוכיח כי מוצא האבידה הישר צריך להיחשב שומר שכר משום טובת הנאה שהפיק למעשה מהחזקתו. ההנחה היא שטובת הנאה הנדונה לא הוציאה את החזקתו מגדר "החזקה כדין", כי אחרת לא היה עוד המקרה במסגרת חוק השומרים. אם היה שומר שכר, יש לראותו כנכנס בתנחת סעיף 2(ב), ספא, כיון שמטרתה העיקרית של החזקתו לא היתה לשומר אלא להתחזר לבעלים.

ד"ר חשין רואה דוגמה שלפיה לא יהיה כרוצא אבידה שומר חנם אלא שומר שכר במקרה שבעל מסעדה ימצא נכס שאבד לאחד מלקוחותיו, משום טובת הנאה שיש לו³⁹. אילו היתה כוונתו כאן לטובת הנאה העשויה לצמות לבעל המסעדה מהגברת המוניטין למפעלו, כתוצאה ממתן שירות מעולה ללקוחותיו, כי אז היה מקום להערה כי טובת הנאה על-פי חוק השומרים היא רק זאת שהמחזיק מפיק מעצם החזקתו. את זאת הדגיש קודם ד"ר חשין עצמו באמרו כי טובת הנאה היא זאת המיידית והישירה⁴⁰. אבל, כנראה, התכוון בדוגמה הנ"ל לדבר אחר, דהיינו לתמורה שישלם האורח ("התשלום עבור הארוחה כמו מתפרש על שמירת האבידה"). אמנם מתקבל על הדעת שהתמורה שקיבל בעל המסעדה (מסעדה "אקסקלוסיבית", מניית ד"ר חשין) היתה מיועדת גם למכלול שירותים נוספים, מלבד הגשת הארוחה. בכל זאת, אם לא נרצה להיתפס בפיקציה, לא נאמר כי, כאשר התגלתה לבעל המסעדה האבידה והוא נטל אותה, זאת הפקדה תלויה, ולכן שמירתו היא שמירת חונית מאבד האבידה לא הפקידה בידיו והוא לא קיבלה ממנו. אם לא נטל אותה, יהיה אחראי משום שלא עשה עצמו שומר — עשה שהיה מחוייב לכך לפי המשתמע מן החוזה — ולא משום שהיה לשומר התרשל בשמירתו.

גם במקרים של מקבל חפצים שלא הזמין — סחורות שמבקשים למכור לו ; כתבייד ששולחים לעיון ולחנות דעת או לשם פירסום, למשל — היינו אומרים כי, בדרך כלל, לפי נוסחאות החוק ייחשב המקבל שומר חנם אף כי אין לשלול את האפשרות כי הצד המעוניין יוכיח שבהחזקתו היתה לו טובת הנאה.

לפי סעיף 11 שומר שכר (ולכן גם שומר חוקי כשהוא שומר שכר לפי השיקולים הנ"ל) תהא אחריותו כשל שומר חנם אם הוא זכאי להתחזר את הנכס לבעליו ועשה את המוטל עליו כדי להתחזרו, אלא שבעל הנכס לא קיבלהו. לכאורה, יש להבין כי הזכות להתחזר קיימת כאשר מולה קיימת חובה לקבל את החזרת הנכס, כדי לשחרר את השומר מאחריות השמירה. למשל, על משכיר לקבל את המושכר כאשר השוכר מחזירו בתום השכירות. כיוון שמוצא אבידה מחוייב להחזירה לבעליה, מחוייבים הבעלים לקבלה ממנו : לכל אחד ישנה הזכות שיינתן לו לצאת ידי חובתו. זה שהכניס שלא כדין חפצים שלו לרשות הזולת, או נתן להם להיכנס שמה, מחוייב לסלקם⁴¹. ברם כאשר המציאו למישורו סחורה שלא הזמין, מנין לו הזכות להחזירה, כלומר מנין חובת השולח לשתף פעולה כדי לקבל את החזרתו ולשחרר את השומר ? זה שקיבל את הסחורה אינו רשאי

39 שם, בעמ' 165.

40 שם, בעמ' 164.

41 סעיף 17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

למנוע מן הבעלים את הפעלת זכותם אך הבעלים בני הורין להפעילה או לא להפעילה. זכות המקבל להחזיר חובת הבעלים לקבל היו צריכות להיקבע בסעיף 11 עצמו. אך לא נראה שכוונת הוראה זו היא לקבוע זכויות מצדה אלא אך ורק להתייחס לזכויות הנובעות ממקור אחר.

משום תקלה זו שבה נתקלים לפי הפירוש הנ"ל, מסתבר אולי פירוש אחר ל"זכות" השומר להחזיר, כלומר: שלא התחייב השומר לשמור — או להמשיך ולשמור — בנסיבות הנדונות; ללא צורך שתהיה קיימת חובה מצד הבעלים לקבל — כפי שאין חובה זו קיימת מצד שולח סחורה שלא הוזמנה. במצב שאמרנו אין השומר רשאי לסיים את שמירתו על דעת עצמו, להיפטר מן הנכס באופן שרירותי, על-ידי הסמדתו או זריקתו. מכאן הצורך בהוראת סעיף 11 הפותחת לשומר גישה לבית המשפט לשם שחרורו (הממתנת את אחריותו).

יש מקרים שבהם אין לדבר על החזרת הנכס לבעלים, משום שהאדם שלידו יש למסור אותו אינו האדם שאצלו נמצא קודם. למשל: למוכר שכבר העביר את הבעלות — ולכן הוא "שומר" — ישנה הזכות למסור את הממכר לקונה, ואפשר שזה לא יקבלהו. דוגמה אחרת: שוכר שהעמיד את המושכר לרשות שוכר-משנה, לפי החוזה שביניהם, ושוכר-המשנה לא קיבלהו. מילולית, לטון סעיף 11 אינה מתאימה למקרים כאלה. אך יש להניח שהמחוקק אמר "להחזיר" רק משום שזה המקרה השכיח ביותר, וללא כוונה להגביל את הוראתו למקרה זה בלבד. כתוצאה מהנחה סבירה זו, לתחולת סעיף 11 על מקרים כגון אלה הנוכחים לאחרונה אין צורך באנאלוגיה — אשר סימן 46 לדבה"מ מחייב אותנו להעדיף עליה את המשפט האנגלי — אלא בפרשנות מרחיבה גרידא.

אמנם, אפשר כי יטען הטוען שהשימוש בביטוי "להחזיר" בסעיף 11 לא היה באקראי אלא בכוונה לשלול את תחולת התוראה על מקרה המוכר הנ"ל, וזה בשל סעיף 8(א) לחוק המכר, תשכ"ח-1968. כיון שזה האחרון קובע כי "מסירת הממכר תהא בהעמדת הממכר לרשות הקונה", יטענו אולי שבעצם העמדה זו יש משום מסירה ומני אז התחוקה עברה לקונה. טענה זו לא נראית לנו נכונה. סעיף 8(א) הנ"ל מתכוון לאמר כי, על-ידי העמדת הממכר לרשות הקונה, יוצא המוכר ידי חובתו במה שנוגע למסירת הממכר; אך אינו מתכוון לאמר כי על-ידי המעשה החד-צדדי של המוכר מעברת התחוקה לקונה.⁴² סעיף 22 לחוק המכר צופה את הזמן שבו קיבל הקונה את הממכר בתור זמן שהוא עשוי להיות שונה מן הזמן שבו הועמד לרשותו. החיוב של הקונה לקבל את הממכר (סעיף 19 לחוק המכר) — כלומר, חיובו לקבל את החזקת הממכר — היה חסר טעם וחסר משמע אילו עצם העמדת הממכר לרשותו, על-ידי מעשה חד-צדדי של המוכר, היה כבר מעביר לו את החזקה הזאת. ואין זה מתקבל על הדעת כי הקונה, בתור מחזיק (מדומה), לפי חוק השומרים ייחשב כשומר לנכס הגמצא עדיין בידי המוכר.

42 על ההבחנה בין שני הדברים, במסגרת הצעת החוק הבינלאומי ובמסגרת שיטוח משפט שמהן נובעת הצעה זו, ראה, Rabel, *Das Recht des Warenkaufs* (Berlin, 1964) I p. 317, II p. 365. כמו כן, בפירוש לסעיף 19 לחוק הבינלאומי האחד, מעיר הובר, בספר U. Huber, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (München, Döller ed., 1976) p. 160, כי מושג המסירה (Lieferung, Délivrance) הנקבע בהוראה זו הנו מושג עצמי לעומת העברת הבעלות והעברת החזקה כפי שהן נקבעות בדיני הקנין של כל ארץ.

הטענה האפשרית כי לשימוש בביטוי "להחזיר" בסעיף 11 היה הנימוק הנ"ל מופרכת גם משום שיקול אחר. מלבד מקרה המכר יש עוד מקרים של "פיגור הנושה" שבהם "להחזיר" אינו מתאים. כאלה הם המקרים של שוכר שכרת חוזה להשכרת משנה או להעברת השכירות ובעל חוזהו לא קיבל את המושכר שהועמד לרשותו⁴³.
סעיף 11 תולה את מיתון האחריות – וכן את הגישה לבית המשפט, לשם שיחרור השומר – בתנאי שהשומר עשה את המוטל עליו כדי להחזיר את הנכס. ספק אם מילא תנאי זה השומר שלא עשה דבר משום שלא ידע מידו בעל הנכס או מהו מענו. אולי המוצא יהיה כאן בפירסום מודעה בעיתון. אחרי פירסום כזה יוכל השומר להתנות משתי טובות ההנאה הצפויות בסעיף 11.

ז. המשפט המקובל האנגלי בתור "הוראות מיוחדות"

אמרגו כי בין המחזיקים הנדונים בסעיף 1(א) לחוק השומרים עשויים להיכלל גם אותם המחזיקים שלא הסכימו לשמור; ועיינו במספר בעיות שבמסגרת החוק נוגעות להם – או גם להם.

ברם אין זה ודאי כי עליהם – או על כולם – אכן יחול חוק השומרים, כפועל ולא בכוח בלבד. נוכח סעיף 14 יש מקום לשאול אם, בין "ההוראות המיוחדות" הנוכחות שם, אין לראות גם הוראות המשפט המקובל האנגלי הצפויות בסימן 46 לדבה"מ.

אשר למקרים של "פיגור הנושה", שהם נכללים בסעיף 11, אין לחפש במשפט האנגלי הוראות מיוחדות יותר. מכל מקום, דין ה-tender⁴⁴ אינו יכול לבוא בחשבון, כי הוא סותר את סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973⁴⁵.

מחוץ להנחת "פיגור הנושה", יש לדון אם אין לראות בגדר "הוראות מיוחדות" את דיני המשפט המקובל האנגלי בעניין מחזיק שלא בהסכם. השאלה מתפצלת לשתיים: (א) אם הדין המקובל האנגלי היה בגדר דין נוהג בישראל ערב הגתגת חוק השומרים; ובמקרה שיש לענות בחיוב על שאלה זו, (ב) אם דין זה הוא בגדר "הוראות מיוחדות" לפי סעיף 14 הנ"ל.

לפני תחילת חוק השומרים, בעניינים הנדונים כאן לא היה הסדר מקומי. אמנם במגילה, סעיפים 769-770, היו הוראות בדבר מציאת אבידה ונקבע כי האבידה תהיה משמרת בידי המוצא הישר, וכן בסעיף 762 נאמר כי, כאשר "השליך הרוח לתוך ביתו של אדם מנכסי שכנו", "הואיל ולא היה בזה קצור, אין אותם נכסים פיקדון, אלא משמרת". ברם סברו כי, במקרים האלה שאין אחריות השומר נובעת מקשר חוזי, פקודת הנויקין ביטלה את הוראות המגילה ולכן, בעניינים לא מוסדרים בפקודת הנויקין, יש להיוקק

43 לא היינו כוללים בין המקרים האלה את המקרה של אדם שהמשיכר מסר לו את המושכר כדי שהוא ימסור אותו לשוכר והשוכר לא קיבלהו ממנו – אם יוכל השומר להחזיר את הנכס למשיכר.

44 שלפני הצעת הדבר המגיע שיציע החייב לנושה עשויה להיחשב כסופית ואף אם לא קיבלה הנושה, לא יוכל אתרית לתבוע את החייב לדין.

45 וזה גם לגבי אותם המקרים של "פיגור הנושה" שנשארים מחוץ למסגרת חוק השומרים. הכוונה היא למקרים של מוכר שלא העביר את הבעלות ושל משכיר, כאשר הקונה והשוכר סרבו לקבל את הנכס.

למשפט האנגלי מכוח סימן 46 לדבה"מ. דעה זו משתקפת בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בפרשת מרטיין נ' רייכמן ופלורנטל⁴⁶. מעשה בתושב בארץ ששלחו לו מתוך לארץ גכסים לשם הצלתם מפני הגרמנים שעמדו לכבוש את רומניה. בשנת 1940 קיבל תושב זה מכתב מאחיו, תושב רומניה, ובו נאמר שישלח לו בקרוב "זרעים לנטיעת פרדס בשבילי". אחר כך קיבל האיש סדרות בולים רבות. מקבל הבולים חשב שהבולים הם של אחיו, שהתכוון לעלות ארצה. אלא שהוא נספה עם טביעת האניה "סטרומה". אחרי שנים אחדות מכר המקבל את הבולים. למעשה היה בעל הבולים אדם אחר, הוא התובע במשפט הנידון. בית המשפט העיר כי בין מקבל הבולים לבין אחיו ששלח אותם היה קשר חוץ, אך לא כן בין מקבל הבולים לבין בעל הבולים; וכי בדבר האחריות של שומר שאינה נובעת מקשר חוץ יחולו פקודת הנויקין והדין האנגלי על ה-involuntary bailee הוא פסק כי במכירת הבולים היה משום עוולת גול. ברי לנו כי דין ה-involuntary bailee, שעליו מדובר בפסק הדין, לא שימש "הגיון ההחלטה" אלא אך ורק "מימרת אגב". בית המשפט לא פסק על ה-involuntary bailee המעניין אותנו כאן: involuntary bailee כל עוד הוא מחזיק כדיון. לפיכך נאמר כי הבעיה הראשונה שהעמדנו לעיל עשויה להיפתר בחיוב או בשלילה על-פי הפירוש שיינתן לסימן 46 לדבה"מ.

לפי דעה מקובלת על רבים, אין סימן 46 מנהיג בארץ את עקרונות המשפט האנגלי הנזכרים בו אלא אך ורק מסמך את בתי המשפט בארץ להנהיגם על-ידי השימוש שיעשו בהם בפסיקה הלכה למעשה.

אליבא דתורה זו ("תורת ההסמכה"), אם בתי המשפט הארץ-ישראליים והישראליים לא עשו שימוש בדינים האנגליים (בעניין אחריותו של המחזיק שלא הסכים להיות שומר) לפני הנהגת חוק השומרים, יש לאמר כי הוראות החוק תפסו גם בעניין הנדון⁴⁷. אמנם חסדי ה"הסמכה" נוהגים לדבר על "שימוש", סתם, ולא לפרש מהו בדיוק ה"שימוש" המכריע בעיניהם; למשל אם זה צריך להיות שימוש נכון, שימוש כדון, כאשר קיימת לאקונה אמיתית במשפט המקומי והכלל האנגלי, לפי פירושו הנכון, מתאים לפרשה הנידונה. מכל מקום, נראה לנו כי ההגיון מחייב שהם יתכוונו לשימוש הגלום ב-ratio decidendi, כיון שרק זה מהווה תקדים. אם כך הדבר, מימרת-אגב כזאת שבת"א 1322/52 הנ"ל לא תיחשב כמספקת להשריש את הדינים האנגליים הנזכרים בה במשפט הישראלי. ולכן (בהנחה שלפני תחילת חוק השומרים לא יצאו פסקי דין ש"הגיון החלטתם" בדינים האנגליים הנדונים) מסקנתם תהיה שחוק השומרים לא מצא "הוראות מיוחדות" בענייננו כי אם חלל ריק, וממילא מילא אותו בהוראותיו. וכיון שכך, לא יוכלו עוד בתי המשפט לעשות שימוש בדינים האנגליים באותו הנושא. אמנם לשימוש כזה לא יעמוד לשטן השיקול כי, על-פי "תורת ההסמכה", יהיה כאן משום הנהגת הדינים הנדונים בומן מאוחר יותר מומן הנהגתו של חוק השומרים. אין בשיקול זה משום מניעה משכנעת, משום שה"הוראות המיוחדות" של סעיף 14 הנ"ל הן לא רק הוראות שקדמו לחוק השומרים אלא גם הוראות מאוחרות יותר. ולא עוד

46 ת"א (ת"א) 1322/51 מרטיין נ' רייכמן ופלורנטל, פ"מ ט (ת) 97.
47 לפי ההנחה הפוכה, יחולו הכללים האנגליים הנקלטים אף אחרי ביטול ללא סייג של סימן 46: לפי "תורת ההסמכה", סתם ביטול של סימן 46 לא יפגע בכללים האנגליים שכבר קלטה הפסיקה המקומית.

אלא שכוחן של הוראות מאוחרות הסותרות את החוק היה צריך להיות מוכר, לפי העקרונות המקובלים, אף אילו סעיף 14 לא היה קיים. אבל, אם לא נקלטו הדינים האנגליים לפני הנהגת החוק, בהיכנסו לתוקפו הסדיר החוק את העניין ואחר כך אין למלא כל לאקונה.

תמונה שונה מצטיירת לעינינו אם נבכר את "תורת הנהגה" על פני "תורת ההסמכה" כפירושו הנכון של סימן 46.⁴⁸

לפי תורה זו מנהיג סימן 46 בעצמו את הדינים האנגליים הנדונים בו, ולא רק מסמיך את בתי המשפט להנהיגם תוך שימוש בהם. משום כך — בהנחה שהוראות המגלה בעניינים הנדונים לא היו מספיקות או שהן בוטלו לפני הנהגת חוק השומרים — ערב הנהגת חוק השומרים היו כבר נוהגים בארץ דיני ה-"involuntary bailee" ות-finder. התקיים איפוא התנאי שלפיו לא יחול החוק על אותם העניינים — ובלבד שהדינים האנגליים הנ"ל ייחשבו בגדר "הוראות מיוחדות".

בתור "הוראות מיוחדות" על-פי סעיף 14 הנ"ל יש להבין תוראות הנוגעות לחלק בלבד מן התחום שהוראות החוק חלות עליו. אילו הוראות המשפט המקובל האנגלי הנוגעות ל"שומר שלא בהסכמתו" היו אותן ההוראות עצמן שהמשפט האנגלי קובע לגבי כל "מחזיק בדין שלא בכוח בעלות", או אפילו רק על כל מחזיק כזה אשר הוא בגדר "שומר חינם", כי אז לא היו אלה בגדר "הוראות מיוחדות". כנגד זאת, הוראות הנוגעות לחלק בלבד מתחום "השומר שלא בהסכמתו" הן "הוראות מיוחדות" — וביתר שאת, לעומת הוראות אפשריות שהיו משתרעות על העניין כולו. ספק הוא אם, למעשה, נוגעים כללי המשפט האנגלי בדבר ה-involuntary bailee וה-finder רק ל"שומרים שלא בהסכמתם" ואינם משותפים גם להם וגם לשומר-חינם חוץ.

בביטוי involuntary bailee⁴⁹ יש כעין סתירה פנימית, כיון ש-bailee הוא רק המסכים להיות bailee. אינם קיימת דעה מוסמכת שאינה רואה ב-bailment מסום חוזה; אך זה במובן שאין ה-bailment נתון לכל דיני החוזים (contracts) ולא במובן שאין ה-bailment הסכם (agreement), ולכן דרושה הסכמת ה-bailee.⁵⁰

אשר לפיקציה שלפיה יש אומרים, כפי שכבר ראינו, שלבעל אבידה היה an implied request that the res should be taken by the finder and held for the owner, כנראה נאמרו הדברים ביחוד כדי לשלול כי במעשה המוצא הישר שנטל את האבידה עבור הבעלים יש משום עבירה ועוולה. אשר לאחריותו של המחזיק בתור שומר כלפי הבעלים, בעניין האבידה ובעניינים אחרים, כדי לבסס את אחריות המחזיק על יסוד bailment, היו צריכים להבליט — כנגד ההצעה שהוצעה כביכול מצד הבעלים — קיבולה מצד המחזיק (קיבול הגלום כביכול בעצם הנטילה). אך הבלטה כזאת לא מצינו בפסיקה ובמשפטאות האנגלית בכלל. בדבר אחריותם של ה-involuntary bailee ושל ה-finder קיימים פסקי דין בכיוונים שונים עד כדי ניגוד מוחלט ביניהם. אבל, אם

48 על הנימוקים להעדפה כזאת עמדנו במאמר "ביטול ס' 46 לדבה"מ וכות פעולתה" משפטים ח (תשל"ז) 180.

49 את הביטוי הזה עיצב השופט טורי בספרו על משמרת: (London, Story, Bailments, 4th ed.) §544a, 83a (המהדורה הרביעית היא האחרונה שהוציא המחבר).

50 ראה, Paton Winfield, *The Province of the Law of Tort* (Cambridge, 1931) 100; *op. cit.* 114.

עלינו להוציא מהם מסקנה לפי שיקלולם, נראה כי אין כאן החלה אוטומאטית של דיני ה-bailment הכלליים ואף לא של דיני ה-gratuitous bailment וכי לא סגי בהוכחת רשלנות בלבד.⁵¹ זו היתה גם הדעה שאימץ בית המשפט המחוזי בתל-אביב בת"א 1322/52 הנזכר לעיל, כי, בדונו שם במימרת-אגב בדין ה-involuntary bailee, קבע מפורשות ובפסקנות: "נפקד שלא בהסכמתו איננו אחראי לבעל הפקדון, אם הפקדון נווק או אבד בידי הנפקד, מחמת רשלנותו". לפי הדעה שאמרנו, עלינו להסיק כי בדינים האנגליים הנדונים יש משום "הוראות מיוחדות" במשמעות סעיף 14 לחוק השומרים הישראלי. אמנם קיימת באנגליה גם הדעה ההפוכה, של אלה המעמידים בשורה אחת את ה-involuntary bailee ואת ה-finder יחד עם ה-gratuitous (voluntary) bailee.⁵² אך הדעה הזאת אינה משווה שום משקל לפסקי הדין ששללו לחלוטין את אחריותם של ה-involuntary bailee ושל ה-finder.⁵³

אילו לא היה קיים סעיף 14 לחוק השומרים מרבית תוצאותיו היו מתחוללות בלאו הכי. כיון שהחוק דיספוזיטיבי לפי טיבו, מותר היה לצדדים להתנות עליו גם בלעדי סעיף 14. לפי כללי הפרשנות המקובלים, איש לא היה מטיל ספק כי, בדרך כלל, הוראות מיוחדות תגברנה על הוראות כלליות, אפילו מאוחרות יותר. אבל, לולא סעיף 14, הוראות מיוחדות של המשפט המקובל האנגלי לא היו עוד בתקפו, אחרי הנהגת החוק הנ"ל, בהתאם לעצם הוראת סימן 46 לדבה"מ, כפי שאנו מבינים אותה. הקליטה הצפויה בהוראה זו, בתור קליטה מוגבלת לצרכי השלמת לאקונות במשפט המקומי ובתור קליטה מתחדשת מיום ליום, היתה חדלה עם היעלם הלאקונה.⁵⁴

אין שיקול זה יכול לשמש נימוק לערער על פירוש סעיף 14 שקיבלנו בקשר לבעיה שלנו: חוקה על כל הוראה שהיא מיועדת לחולל תוצאות ולא להיות דיבור שוא, והעובדה שההוראה הנדונה היא דלת תוצאות בהיבטים אחרים מגבירה את הסבירות שיש לייחס לה כוח בעניין הנדון כאן; אף אם אין לנו הוכחה כי התוצאה הנ"ל היתה בתודעת המחוקק ובכוונתו.

ח. ביקורת על קיום הדינים האנגליים מצד חוק השומרים

המסקנה שאליה הגענו על סמך המשפט הנוהג היא כי, כל עוד קיים סימן 46 לדבה"מ, חוק השומרים יחול רק על חלק מן היחסים בין מתווק-שלא-הסכים-לשמור (כלומר, לא הסכים לשמור בנסיבות הנדונות) לבין הבעלים, ועל חלק אחר יחולו דיני המשפט המקובל האנגלי. אין זה פתרון שיש לברך עליו, וספק אם לכך התכוון המחוקק בהנהיגו את חוק השומרים.

להתמיד ולקיים את ההפניה למשפט האנגלי היה בלתי רצוי, במיוחד כשמדובר בעניין שבו מתגלה משפט זה כ-jus incertum. וכיון שהמצב במשפט האנגלי לגבי העניינים

51 ראה Winfield & Jolowicz, *Tort* (London, 10th ed., 1975) 415; Paton, *op. cit.*, 117

52 ראה Story, *op. cit.*, §83a וגם את הרשימה בעילום שם "The Responsibility of an Involuntary Bailee" 35 *Harv.L.Rev.* (1922) 873

53 ראה סקירתם אצל Paton, *op. cit.*, 114 sq., 127

54 ראה רשימתנו "ביטול סי' 46 לדבה"מ וכוח פעולתו", שכבר נזכרה לעיל, הערה 48.

הנדונים אינו ברור, אין בטחון אם יש לראות את הוראותיו בתור "הוראות מיוחדות", אם לאו — ולכן אם יש לתוקק להן על-פי סעיף 14. גם מבחינה עקרונית, בד בבד עם התקדמות הקודיפיקציה כדאי שבעניינים הנדונים בה ייסגר שסתום סימן 46 ועל-ידי כן יוכן ביטול ההוראה הזאת. אם המחוקק ראה את ההסדר שבחוק השומרים מתאים גם ל"שומר שלא בהסכמתו", צריך היה להחילו אף לגביו, ללא פתיחת פתח לכניסת המשפט האנגלי. ואם לא ראה את ההסדר מתאים למחוקק זהו, היה מקום להתקין הסדר נפרד.

ט. הערות בדבר ההסדר הרצוי

כדי להעריך את ההסדר הישראלי בעניין הנושא שלנו, עלינו להתעלם מתחולתם החלקית של דינים אנגליים, כאילו חלו החוקים הישראליים בכל כוחם הפוטנציאלי. אפשר לומר כי לפי היבט אחד מתאים ההסדר שבחוק השומרים לשומר על-פי-דין יותר מאשר לשומר חוזי. הערנו כי החוק מדבר תמיד על אחריות השומר ולא על חובתו; ואם עלינו לפרש לשון זו על פניה, יש לשלול תביעת הבעלים המכוונת לאכוף שמירה נאותה על השומר. והנה, גם המסתייגים מהסדר זה, המונע מן הבעלים אמצעי מנע למען לא יגום ולא יישן השומר, יסכימו כי תביעה כנ"ל לא תהיה מתאימה במקרים שבענייננו כאן.

אך בהיבטים אחרים מתקבל הרושם ההפוך. האחריות המוטלת על מחזיק שלא הסכים לשומר באותה המידה שהיא רובצת על השומר בהסכמתו (הישירה או העקיפה) נראית כבדה. אפשר אפילו להעלות על הדעת רעיון ראדיקאלי ולאמר כי אחריות לשמירה — וגם חובה לשמירה — סבירה כאשר המחזיק קיבל תמורה בעדה או הפיק תועלת ממנה, ועוד כאשר, אף ללא תמורה ותועלת עצמית, הסכים לשומר — להבדיל מן המקרים הנדונים כאן שבהם על-פי רוב אין למחזיק טובת הנאת ותמיד לא היתה הסכמה מצדו.

בתנאים האלה אין לבעל הנכס זכות "מוסרית" רבה כלפי המחזיק. מה גם שהחוקת המחזיק כרוכה כאן על-פי רוב באיזה דופי מצד הבעלים. הנושה שפיגר לקבל את הנכס שהוא חייב לקבל היפר על-ידי כך את חיובו המשפטי, וכן משכיר המוסר מושכר שבו חפצים שלו (שעה שהיה צריך להיות מפונה) או סוכר המחזיר מושכר שבו חפצים שלו. ואף כאשר לא היתה חובה לקבל מצד הנושה, יש באי-קבלתו את הדבר הראוי שהחייב הגיש לו משום הסתכנות עצמית ומשום הכבדה על החייב. זה שאבד לו נכס או שהרוח הכניסתו לתחום הזולת — או שלא מנע בעלי-חיים שלו מלהיכנס שמה — היה צריך לשמור טוב יותר על רכשו ולמנוע פלישה כזאת. השולח סחורה או דברים אחרים ללא הסכם מוקדם — אולי בניסיון לנצל את הפאסיביות של הנמען או דרך ארץ מצדו — דומה למניח מעותיו על קרן הצבי. מי מכל אלה רשאי לצפות לשמירה מעולה מצד זה שהוא הטיל עליו את החזקה?

ואולם צידוק מה להטלת אחריות מסוימת לשמירה על המחזיק עשוי לגבוע משיקולים אחרים.

אם מטרת החוק היתה להבטיח שמירת הנכסים הקיימים במדינה, מבחינה אובייקטיבית (ולא בכדי, לפי הצעת החוק, נשא חוק השומרים את השם "חוק שמירת נכסים"), היה עליו להטילה על אלה המחזיקים בהם למעשה.

מחאתו האפשרית של מחזיק שלא הסכים לשמור נגד הדין הנדון ("השומר לנכסי הזולת אנכי?") היתה מתנכרת למידת הסולידאריות האנטיית והלאומית. המשפט בימינו ובארצנו אינו רוצה להיות "תנ"ך של האנוכיות", לפי כינוי הקיטרוג שהטיח הייתה כלפי ה-corporis iuris של הרומאים⁵⁵. כל עוד הנכס נמצא אצלו, כדאי שהוא יהיה הדואג לשמירה עליו.

אילו התעלמנו מכל רעיון של סולידאריות חברתית, אולי היינו מעלים על הדעת כי לשומר חוקי שאין לו טובת הנאה משמירתו יינתן שכר לפי שווי שירותיו, ולכן הוא ייהפך לשומר שכר. אפשרות כזאת עלתה בע"א 663/71⁵⁶, שבו העיר בית המשפט כי "מה שתובעת היום המערערת [המשכירה] הוא שווי השירותים שנתנה [...] בעד שמירת החפצים [שהשוכר הגית במשכר המוחזר למשכירה]"⁵⁷. הוא דחה את הטענה הזאת, לפי המשפט הנודג. אף מבחינת ההסדר הרצוי מסכימים אנו שאין לקבל רעיון זה, גם משום שהוא עלול לגרום לריבוי תביעות של מה בכך.

מתקבל יותר על הדעת כי שומר חוקי יקבל פיצוי אם סבל נזק מהחזקתו-שמירתו, ונראה לנו כי בהרבה מקרים זהו גם המשפט הנודג. אמנם בע"א 663/71 הנ"ל בית המשפט העליון, כדחות את תביעת המשכירה שהיתה מכוונת לדמי שימוש ראויים על סמך סעיפים 472 ו-596 למגילה, הוסיף כי עילת התביעה הנידונה אינה תביעה חוזית, משום שהיא נוגעת לפרק-זמן שאחרי תום השכירות ושלגביו לא נכרת חוזה אחר⁵⁸. בוודאי צודקים דברים אלו אם כוונתם לסלול תביעה אפשרית מכוונת לדמי שכירות. אך אין אנו רואים מדוע משכיר, שקיבל את המשכר שהוחזר לו כשהוא תפוס בחפצי השוכר, לא יוכל לתבוע תביעת פיצויים, בסל הפרת חוזה. הוא הדין כאשר נגרם נזק לשומר משום שהבעלים לא קיבלו את הנכס שהוא העמיד לרשותם ושהם היו מחוייבים לקבלו לפי החוזה שביניהם. לא כן, לפי הדין הנודג (כך נראה לנו), ביתר המקרים, הנכללים גם הם בסעיף 11 לחוק השומרים, שבהם חסרה חובת חזית כנ"ל.

גם במקרים אחרים שמענייננו כאן מבטיח המשפט הנודג פיצוי למחזיק-שומר. אם הזולת הכניס דברים בתחומנו או נתן להם להיכנס, תיתכן תביעת פיצויים על סמך הסגת-גבול או מטרה. אם נגרם נזק לשומר משום אופיים של נכס שהמציאו לו או של אבידה שמצא, לעתים קרובות תהיה לו תביעת נזיקין אחרת. במסגרת חוק השומרים אולי מן הראוי לשנות את נוסח סעיף 8 ולכלול בהוראה נזק שנגרם לשומר גם אם לא התבטא בהוצאות או בהתחייבויות.

מלבד זאת, תנאים המקילים על הכרה באחריות מסויימת של "מחזיק באקראי" היו קיימים אילו איפשרו לו הדינים להשתחרר מהחזקתו — ולכן משמירתו — במידה יתירה לעומת המשפט הנודג בישראל, ואילו הבטיחו לו שיפוי להוצאות השתתרות זו. אמנם אין לאמר כי בחוקים הישראליים חסרה לגמרי הדאגה לשיחזור השומר במקרים הנדונים כאן. לפי חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973, סעיף 2(ב), רשאי המוצא למסור את האבידה למשטרה. בקשר ל"פיגור הנושה" קובע סעיף 11 לחוק השומרים

Heine, *Memoiren (Sämtliche Werke, XIII, München, 1964)* p. 169 ("die Bibel 55 des Egoismus!")

56 לעיל, סעיף א.

57 שם, בעמ' 616.

58 שם, בעמ' 612.

כי "שומר הזכאי להחזיר את הנכס לבעלו ועשה את המוטל עליו כדי להחזירו, אלא שבעל הנכס לא קיבלהו, רשאי לבקש מבית המשפט הוראות מה יעשה בנכס ויהא פטור מכל אחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט". כבר הערנו בעניין זה כי בדיבור "להחזיר" לא נכללים מילולית המקרה של המוכר, גם אם העביר את הבעלות, ומקרים אחרים שבהם אין "מחזירים" אלא "מוסרים". כן הערנו כי חורג ממסגרת החוק בכללה המקרה של מוכר שטרם העביר את הבעלות. גם בשני המקרים האלה מן הראוי לדאוג לשיחזור החייב.

אך לא רק שהיקף סעיף 11 אינו מספיק, לא רק שהמחוקק לא נתן הוראות לבית המשפט ולא העמיד לרשותו כלים העשויים להקל על תפקידו, אלא גם עצם ההליך הצפוי בסעיף 11 דורש זמן והוצאות. בעניין האבידה פותח חוק השבת אבידה דרך לשיחזור שעל-פי רוב היא קלה ומהירה (מסירת הנכס למשטרה), אך לא כן דרכו של סעיף 11 לחוק השומרים, השותק גם בעניין השבת ההוצאות למחויק המבקש את שיתורו.

לא נציע ללכת בעקבות המשפט האנגלי ולראות הילך החייב שקול כנגד שיתורו (בכל מקרה שלא מדובר בחוב כספי). אך יש לתת את הדעת אם לא כדאי לפתוח בפני כל שומר חוקי – ולא רק במקרה של "פיגור הגושה" – דרכים אחרות מלבד הפנייה לבית המשפט; כגון הפקדת הנכס במוסדות מסויימים להפקדה ציבורית, כפי שדגם קיימים בארצות אחרות⁵⁹, או, אף ללא התערבות בית המשפט, מכירה של הנכס, על-ידי ההוצאה לפועל או באופן אחר (והתמורה תעמוד לרשות הבעלים). ובנסיבות מיוחדות אפשר להגיע עד כדי הקניית הנכס לשומר⁶⁰ – אף מחוץ למקרה של מציאת אבידה.

האולם עיקר הבעיה היא מידת האחריות שיש להטיל על שומר חוקי.

סעיף 11 לחוק השומרים קובע שאחרי "פיגור הגושה" לא יהיה שומר שכר אחראי אלא במידת אחריותו של שומר חינם. לגבי הזמן שלפני העמדת הנכס לרשות הבעלים אין הוראות, אולי משום שחשבו כי, כאשר השומר לא היה מעולם שומר חוזי, הוא תמיד שומר חינם. בין שהגנה זו היתה ביסוד שתיקת החוק ובין שלא, ובין שהיא נמנה ובין שלא, אין בחוק מיתון מיוחד לאחריותם של השומרים על-פירדין בכללם לעומת אחריותו של שומר חוזי. ואפילו במקרה של סעיף 11 הנ"ל מידת המיתון היא קטנה יותר מאשר זאת, למשל, שבסעיף 300 לספר החוקים הגרמני (המעמיד את אחריות החייב על מקרי הזדון והרשלנות החמורה בלבד).

ד"ר חשין סבור אמנם כי החוק מרשה למתן את עצמת האחריות של שומר לא חוזי כיון שהרשלנות (בסעיף 2(א)) היא מושג גמיש המאפשר להבחין בין שומר חוזי לבין שומר אחר⁶¹. מסקנה זו לא נראית לנו מתאימה לרוח החוק. המחוקק לא ראה במושג הרשלנות שהוא קבע כעין גליל בד שממנו יגזור השופט עד כדי הדרוש בענינו, לפי

59 בדיון בכנסת על חוק השומרים רמו על עניין זה שר המשפטים דאן, ד"ר דב יוסף, בדברי הפתיחה והסיכום שלו, דברי הכנסת כרך 44 (תשכ"ו), עמ' 215, 327.

60 ראה באנגליה Unsolicited Goods and Services Act, 1971 המרשה למקבל סחורות שלא הזמין לראותן כמתנה, כעבור פרק זמן מסויים מקבלתן (אם התקיימו תנאים מסויימים).

61 ראה חשין, שם, בעמ' 160.

מידותיו האישיות של השומר הנדון או לפי הסוג שלדעת השופט הלה משתייך לו. המחוקק בכבודו ובעצמו קבע לא פחות מארבע דרגות אחריות, משום שראה, בכל אחד מארבעת המבחנים שאימץ, מבחן אחד, מוגדר וקבוע. ואילו ראה צורך, במקרים מסויימים, בדרגה נמוכה יותר מן הדרגה התחתית שצפה, היה קובע שלב נוסף (חמישי) כשלב תחתון בסולם שהתקין. מצד אחר, המחוקק עיצב גם את קטגוריות השומרים, ועיצב אותן, לא לפי ההבחנה בין שמירה החוזית ולא-חוזית, כי אם לפי מימד אחר. ואולם, לעומת עמדת החוק, יש צידוק להקלת אחריותו של "שומר שלא בהסכמתו", במיוחד במקרה הרגיל — כאשר שומר זה אינו מקבל שום טובת הנאה⁶², כך שכל *incommoda possessionis* שיטילו עליו אינם מאוזנים על-ידי שום *commodum*. משומר כזה אין לדרוש את אשר אפשר לדרוש משומר חוזי. שומר חוזי יכול להגביל את אחריותו בהסכם, והגבלה כזאת עשויה גם להשתמע מן ההסכם (ראה סעיף 14 לחוק השומרים), לפי הנסיבות האופפות אותו. על שומר חוזי לדעת מהו הנטל שהוא נוטל על עצמו, לפי טיב הנכס, והוא מכיר על-פי רוב את בעל חוזהו וידע אם אפשר לסמוך עליו באשר להשבת התוצאות שהוא, השומר, ישא בהן. במידה שלא הותנתה הגבלה לאחריות ובמידה שהשומר החוזי לא הכיר את הנכס ואת בעליו, יש לאמר עליו שקיבל על עצמו סיכון מרצונו הטוב. סעיף 18 לחוק התרופות דואג למתן את סיכומו הזה בהעניקו לו סעד כאשר הקיום מצדו נעשה כבוד מנשוא.

שונה ממצב השומר החוזי מצבו של השומר על-פידיון — תמיד לפי רוב רובם של התיבטים שצויינו לעיל, וכמעט תמיד בכלום. אכנס השומר שהמשכת שמירתו נגרמת משום "פיגור הנושה" הכיר את הנכס; וכן הכיר את בעל-חוזהו, אבל פיגורו של זה לקבל את הנכס עלול לערער את נאמנותו. בוודאי, אם הותנתה מיגבלה כללית לאחריות השומר, תעמוד לו מיגבלה זו גם בשלב "פיגור הנושה". אך, אם לא התנו הגבלה כללית, קשה לחשוב כעלה על דעת המתקשרים לקבוע הגבלה מיוחדת לשלב האפשרי הזה.

בכל זאת לא היינו מציעים להעמיד את אחריות השומר על-פידיון על "ירשלנות חמורה" בלבד — במקום סחם רשלנות; או להחליף את מבחן הרשלנות המופשט במבחן קונקרטי: חוסר הזהירות שלפיה שומר השומר על נכסיו שלו. לא היינו סוטים ממבחן הרשלנות המקובל בכל הנוגע לתשומת הלב, לצפיות וגם לרצון הטוב של השומר — פרט לסייג אחד, בדבר מידת המאמץ שיש לדרוש ממנו, כלומר מידת הקרבן — כספי או מסוג אחר — שהוא נקרא להביא. שומר על-פידיון לא יהיה אחראי לנזק לנכס (או לאבדן הנכס) כאשר למגיעת הנזק היה צורך בקרבן רב. גם קרבן שלא ייראה רב מכדי עלות סבירה, לפי ערך הנכס ולפי עצמת הסיכון, אפשר שיחשב רב מכדי מידת האחריות שיש להטיל על השומר הנדון. לפיכך, בנסיבות המתאימות, מותר לו להפקיד את הנכס בידי מישהו אחר, ואפילו למכרו (ואז תעמוד התמורה לרשות הבעלים) או לזרוק אותו או להשמידו, כאשר החפץ מזיק או מסוכן⁶³. בנסיבות מסויימות,

62 מכל מקום, ההסדר האפשרי הנדון כאן אינו נוגע לדייר החוקי, שלפי דיני הדיירות החוקית אחראי לשמירה כמו שוכר חוזי.

63 גם בתור פתרון לפי המשפט הנהוג, קשה לשלול משומר על-פידיון רשות לזרוק חפץ מזיק או מסוכן, שעה שלא ניתן לשומר להשתחרר מן החפץ בדרך מתאימה יותר לאינטרס של הבעלים. השווה: Winfield & Jolowicz, *Tort* (10th ed.) 415.

הפקדת הנכס במחסנים ציבוריים או מכירתו המהירה עשויות להועיל לבעלים. כן השמדת הנכס או זריקתו הן בגדר "הקטנת הנזק" העשויה להועיל גם לבעלים, או לזה שגרם כי הנכס יימצא אצל המחזיק, בקשר לאחריותם בנוזיקין, כלפי המחזיק עצמו וכלפי אנשים אחרים. כך, במקרים מסויימים, המיגבלה הנ"ל באחריות פותחת גם דרך לשיחרור השומר מעול השמירה.

אם יהיה השומר אחראי כלפי אדם שלישי בשל נזק שגרם הנכס הנדון (שעה שמגיעת הנזק היתה כרוכה בקרבן רב מצד השומר, כנ"ל), ביחסים שבין שומר לבעלים ישא בנזק בעל הנכס. וזאת גם כאשר, לפי דיני הנוזיקין, אחראים שניהם (והשיפוי ביניהם מוסדר כעת בסעיף 84 לפקודת הנוזיקין) וגם כאשר לפי אותם הדינים אחראי המחזיק בלבד.

במיגבלה הסבירה האמורה אפשר להכלים עם גזירה העושה את המחזיק שומר אפילו על כרחו.