

שמירה ושומרים – לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים,

תשכ"ז – 1967 *

מאת

ד"ר מישאל חשין

שם החוק: חוק השומרים

§ 1. שם הצעת החוק היה "חוק שמירת נכסים".¹ רק בקריאה השניה בכנסת, ומתוך התרפקות על העבר – ארבעה השומרים של המשפט העברי – שינתה הכנסת את השם.² יימצא טוען שכותרת החוק אינה ראויה; כשם שאין חוק המוכרים או חוק הממשכנים, אלא חוק המכר וחוק המשכון, כך בענייננו מן הדין היה לדבר בחוק השמירה (או בחוק המשמרת). מבחינה עניינית-טכנית, אין ההקבלה מושלמת, לדעתנו.³ אם כך ואם אחרת, נאה המעשה שנעשה ובלבד שנדע דרכנו; לא שיטת המשפט העברי ולא כל שיטת משפט אחרת תשמשנה לנו – כשהן לעצמן – מקור ראשון לפירוש ולבירור. כרקע למחשבה ולחיפוש פתרונים במקרה המתאים, ניהא לנו, אך לא רב מכך. כך בשם החוק וכך במינוח אחר בו, כגון "שומר חנם", "שומר שכר" ו"שואל". שלנו החוק ובשלנו נעשה.⁴

שמירת-נכס

§ 2. עניינו של החוק הוא ב"שמירת נכס". "שמירת נכס", להבחין בין נושא החוק לבין שמירה מסוגים אחרים (כגון שמירת ילד).

- * פה"ח, תשכ"ז, 52. רשימה זו אמורה לשמש חלק מספר על פירוש לחוקי התווים, בעריכת פרופ' גר טדסקי. הדברים עובדו לרשימה העומדת בפני עצמה, והבאתים לדפוס לפי עצתו של פרופ' טדסקי.
- 1. פה"ח, תשכ"ז, 52.
- 2. ראה דברי הכנסת, תשכ"ז, כרך 49, בעמ' 2148 – 2149, 2152, 2195, 2196. ההצעה שנתקבלה היתה של הה"כ שולמית אלוני. את טעמי הסתייגותה מהשם הקודם הביאה אגב הדיון בחוק הערבות (שם, בעמ' 2148 – 2149).
- 3. בין השאר, משום שהשומר הוא דמות בחוק השומרים יותר מאשר המוכר, בתורת שכוח, בחוק המכר.
- 4. הרבה נכתב – ועוד ייכתב – על דרכי פירוש החקיקה הישראלית, ביחוד בתחום המשפט הפרטי. נסתפק עצמנו בכמה מראי מקומות: דין "כיצד יפורש חוק השומרים ז", הפרקליט, כרך כ"ד, עמ' 493; שילה, "כיצד יפורש חוק השומרים ז", הפרקליט, כרך כ"ה, עמ' 102; לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט", משפטיה, כרך א', 292, 297–298; דין, "שוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט, כרך כ"ו, 190, 197.

שמירת נכס כוללת סוגי עסקות ומערכות – שונות זו מזו – המקיימות אחרי שלושה תנאים כאמור בסעיף 1(א) ("החוקתו", "כדין", "שלא מכוח בעלות"), ואשר המכנה המשותף להן הוא הצורך והרצון להבטיח את שמירתו הראויה של נכס ע"י המחזיק בו, ובמקביל – להעניק זכויות מסוימות למחזיק. שמירת נכס כעיסקה לעצמה (למשל: תחזוקת נכסים במחסן ערובה) היא ה"דגם", והמשותף לשמירה זו ולשאר המערכות היא – היא השמירה בחוק השומרים⁵. הנהיג כי כן עסקות השכירות והמשכון (במקום בו מועברת ההחזקה בנכס) שונות זו מזו בטעם ובתכלית, אך בשתייהן מתקיימים יסודותיה של שמירת נכס, וצירוף השלושה זה אל זה מקשר אותן להיותן חוסות תחת החופה האחת של חוק השומרים⁶.

נכס

3§. נושא השמירה הוא נכס, ונכס אפשר שיהיה מיטלטלין (שעון, שטר-כסף) או מקרקעין (דירה, עץ). "נכס" כולל כל דבר תלת-ממדי, שהדיבורים "החזקה" או "שמירה" הם בני-משמעות לגבי בהקשר חוק השומרים⁷. לענין חוק השומרים אין מחזיקים בחשבון נכס, אך ניתן להחזיק בשטר-כסף או בפנקס המחאות; אין מחזיקים בזכות בנכס, גם אם זכות קניינית היא, אלא בנכס עצמו; אין מחזיקים בזכות חכירה אלא בשדה. וכך, עיסקת משכון שאינה כרוכה בהעברת ההחזקה בנכס אינה שמירה. אין חשיבות לשאלה אם הנכס הוא בן-ערך, "כשהוא לעצמו" – כגון שעון – או אם מעיד הוא על זכות בלבד – כגון שטר חוב המיועד לפקודת פלוני, פלוני לא הסב אותו ואני מחזיק בו. כזה כן זה שניהם נכסים, ועשויים הם לשמש נושא לשמירת נכס.

החזקתו

4§. "החזקה היא המקבילה הרעיונית ל"פוססיה". לא עוד ב"חזקה" מדבר המחוקק אלא ב"החזקה", שאת ה"חזקה" ביקש לייחד להנחה המשפטית (פרומופציה).

מהי "החזקה" בחוק השומרים, אלו הם היסודות היצרניים אותה ומה עושה את פלוני "מחזיק"?⁸ דומה שלא יחלוק איש על כך שאותה "החזקה" בחוק השומרים אינה – כשהיא לעצמה – ה"חזקה" של המשפט העברי, ה"פוזשן" של המשפט האנגלי, ה"פוססיון" של המשפט הצרפתי, או

נגד היוקעות
למשגל כללי
של החוקה

- 5 וראה את דברי ההסבר שלאחרי הצעת החוק: ה"ח, תשכ"ו, בעמ' 53.
- 6 לדיון בשאלות אלו ובאחרות דוגמתן, ראה עוד להלן, 24–26.
- 7 ראה, למשל, הגדרת "מקרקעין" ו"מיטלטלין" (או "טובין") בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], תשי"ד–1954; הגדרת "נכס", "מיטלטלין" ו"מקרקעין" בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח–1968; הגדרת "מקרקעין" בסעיף 1 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, פ"ח, תשכ"ט, 259. כל ההגדרות האלו יפות לענייננו כמדגימות סוגי "נכס" שונים, אך להוציא אותם חלקים בהן שעניינם זכויות בנכס בלבד.
- 8 לדיון במושג ה"פוססיה" בכלל ובמשפט האנגלי בפרט ראה, למשל, את החיבורים הבאים

המקבילה לאלו בכל שיטת משפט אחרת. יחד עם זאת, הואיל ורגילים אנו לראות את ה"פוססיה" כמושג החותך את שיטת המשפט לרוחבה, קרובים היינו לומר שכנקודת מוצא לדיון בקונצפציה של אותה "החזקה", ניזקק לחוכמה שנאגרה ונצברה במחסני המשפט המקובל האנגלי והישראלי, ושני סעמים ביקשנו לתת לדבר:

(א) חוק השומרים, כחוקים אחרים בני מינו, נתכוון, אמנם, לנתקנו מהמשפט שחל עד אשר היה לדין — מהמגילה ומהמשפט המקובל האנגלי כממלא "לקונות" — אך לרצון ולכוונה אלה אין אצילה על ענייננו, הואיל והמדובר בפירוש מושג רחב-נוף ועמוק שורשים במשפט, להבדילו ולהבחינו מבחירה בפתרון זה או אחר למערך עובדתי נתון. אמרנו איפוא בליבנו, שאם הברירה היא בין לא-כלום, לכאורה — אי-הזקקות לכל כלי-עזר במלאכת הפרשנות — לבין שאיבה ממציין חוכמה גובה, לימוד מדבריהם של חכמי-מעשה ולמודי-נסיון, מדוע זה נתחיל הכל מבראשית? וראינו את המשפט המקובל דווקא (למשפט ישראל שהלך בעקבותיו) משיטות משפט אחרות, אלא שמקורותיו ידועים לנו, מחשבתו נהירה לנו ובמשפטנו — בכל ענפי המשפט, או לפחות ברובם — הלכנו בדרכיו עד היום, הצצנו, למדנו ולא נפגענו. אין זה רחוק להניח שאף המחוקק ראה את ה"פוססיה" במשפט המקובל כנקודת-מוצא לחשיבתו, אם גם לא בהכרח הלך אחריה בכל נפתוליה.

(ב) שיטת המשפט המקובל נראתה בעינינו גם מטעם זה, שהגדרת ה"פוססיה" בה (ביתר דיוק: יצירת "פוססיה", תפישת "פוססיה") אינה דוקטרינרית ונוקשה אלא גמישה ומתאימה עצמה לבעייתיות זו או אחרת העומדת לדית, ובעיקר — מיני-מליסית היא בדרישתה: שליטה (יחסית) בנכס וכוונה (יחסית) להמשיך לשלוט בנכס ולהוציא אחרים מהפוססיה.

55. עיון ושיקול נוספים לימדנו שלא זה הדרך וכי השיטה המוצעת לפרשנות — ולו כנקודת מוצא לחשיבה — לא זו בלבד שאין שורה בצידה, אלא שעלולה היא ליהפך לרועץ לנו. ראשית, אין המשפט האנגלי מעמיד ל"פוססיה" הגדרה אחת ואחידה, שתחום התפרשותה על-פני שיטת המשפט כולה. נהפוך הדבר; אף שהכינוי אחד הוא — "פוססיה" — משתנה תוכן המושג מתחום משפט אחד למישנהו: לא הרי "פוססיה" במשפט הגניבה כהרי "פוססיה" בדין הטריסט, ולא הרי "פוססיה" לצורך חוקי הגנת הדייר כהרי "פוססיה" בהילכות

נגד היוקקות
למשג גללי של
החזקה

(בהם נזכרים חיבורים נוספים לכבייר): Dias, *Jurisprudence*, 2nd ed. (1964), 304 ff.; Harris, "The Concept of Possession in English Law," *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961), 69 ff.; Pollock and Wright, *Possession in the Common Law* (1888); Holmes, *The Common Law* (1881) lecture VI; Salmond, *Jurisprudence*, 12th ed. (1966, ed. Fitzgerald), § 51 ff.; Paton, *Jurisprudence*, 3rd ed. (1964, ed. Derham), § 122 ff.; Paton, *Bailment in the Common Law* (1952), 3 ff. (החיבורים יוזכרו להלן על פי שמות מחבריהם: חיבורי פטון יוזכרו כפטון (תורת המשפט) ופטון (משמרת)). ראה עוד: טדסקי (עורך), אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנוזקין — תורת הנוזקין הכללית (תש"ל) (להלן — טדסקי ואח').

המציאה⁹. ענף ענף וה"פוססיה" "שלו", הכל ברוח מדיניות המחוקק ומורה ההלכה¹⁰. אם זה הניתן, מה תועלת וטובה לנו ושמה תקלה בדרכנו ולא תקנה לעורגו? אם אין די בנאמר, יתגלה לנו שאל אותו צרור פוססיות הצטרפו גם כללים זרים, ואחת התוצאות היא, שבנסיבות מסוימות – ומטעמים שאינם מגוף המושג (ים) – לא יראו את פלוני כ"פוססור", גם שממלא הוא, לכאורה, אחרי הנדרש מ"פוססור" (ולהיפך: יראו את אלמוני כ"פוססור" גם שאין הוא ממלא, לכאורה, אחרי הנדרש מ"פוססור")¹¹. אם זה הדין, מדוע נתלה עצמנו באותה "פוססיה" (או באותן "פוססיות"), ולו כנקודת מוצא לחשיבה?

לא זו בלבד, אלא שקשירת קצה ה"החזקה" אל קצה ה"פוססיה" עלולה להביא עלינו קשים מושגיים מהם לא נשתחרר בנקל, להתפתחויות מיתרות בחשיבה ולאבחונים היפים בדיעבד אך נעדרים טעם מלכתחילה ובתמונה הכוללת. נקודת המוצא תעלה אותנו על דרך מסוימת, ולפתח נמצא את עצמנו סרים למשמעתה של מערכת שאינה מגוף החוק ואשר הגיונה ותבניתה צמחו על רקע אחר ובתנאים שונים. אכן, למודי נסיון אנו וידענו את טכניקות הפיקחים בדיעבד להציל את נפשנו, אך מדוע לא נהיה חכמים מראש ולא נכניס עצמנו מלכתחילה לעיסה? משכך היא בראשית מה לנו ברא? ראינו שה"פוססיה" במשפט האנגלי – אותה "פוססיה", כביכול – שונה ממקום למקום ומתחום משפט אחד למישנהו. החזית – שם ה"פוססיה" קורא עליה – נשארה בלתי מעוררת, לכאורה (מכאן הטעות האופטית שאדיקות מושגית היא ששימשה מאור בהלכה האנגלית), אך ע"י שינוי התוכן עשו בתי המשפט להשגת אותן מטרות שראו אותן צודקות, בין בתחום משפט שלם בין במערך עובדות זה או אחר¹². אם כך שם, מדוע לא ננסה גם אנו את כוחנו ולא נחפש את שלנו בשלנו?

פירוש "החזקה" 6 § שיקולים אלה ואחרים דוגמתם ראוי כי יוליכו למסקנה שתחום התפרשותה וחלותה של ההחזקה בחוק השומרים יימצא לנו – בראש וראשונה – בניתוח חוק השומרים מתוכו ובו, ולא במציאתה של נקודת מישען לבר החוק. מה, איפוא, ניתן ללמוד מחוק השומרים על ה"החזקה" בו? מהן הוראות החוק שתאצולנה – וכיצד תאצולנה – על היקפה וגידרה של ה"החזקה"? חוק השומרים עניינו ביחסי "שומר" – "בעל נכס"¹³, ועיקרו הטלת אחריות על שומר לשלמותו של נכס השמירה והקניית זכויות מסוימות לשומר כלפי בעל הנכס¹⁴. הטלת אחריות זו והקניית זכויות אלו תלויות, מצידן, בהיות פלוני "שומר", ולענייננו כאן: ב"החזקה". קביעה קיומה של "החזקה" גוררת אחריה, לכאורה (בכפוף להוראות

9 ראה ביתוד את חיבוריהם של דיאס, האריס ופטון (תורת המשפט), וכן את דברי סמנר, שם, 51 § עמ' 268, 53 § עמ' 276 ואילך.

10 גם היוקקות ל"פוססיה" מדין ה-bailment לא תהיה במקומה, הואיל ולא קיימא לן שמדיניות מחוקקנו זהה למדיניות ה-bailment.

11 כך, למשל, אין המשפט האנגלי מכיר בעובד (servant), בנסיבות מסוימות, כ"פוססור" כלפי המעביד, גם שלולא היותו עובד היה המשפט גותן "פוססיה" בידיו.

12 ראה הע' 9 לעיל.

13 להגדרת "בעל נכס" ראה סעיף 13 לחוק. השווה עוד להלן, §§ 14–15.

14 כגון הרשאה לעת צורך – סעיף 6; זכות לשיפוי – סעיף 7; ועוד.

מיוחדות בדין ובאין כוונה אחרת משתמעת מהסכם שנעשה, כאמור בסעיף 14 לחוק), אותה אחריות ואותן זכויות שקבע החוק. בחינת מהותן הכללית וטיבן של הוראות אלו, כך נראה, עשויה לתת בידינו את המיבחן המרכזי ל"החזקה", והוא: האם אותה מערכת עובדות שמבקשים לראותה כ"החזקה", מצדיקה — בחיפוש אחרי "כוונת המחוקק" — הטלת אותה אחריות והקניית אותן זכויות; האם הוראות החוק (אחריות, זכויות) מתיישבות עם אותה מערכת עובדתית שמבקשים לקרות אותה "החזקה"?¹⁵ מיבחן זה, ביסודו, הוא מיבחן פונקציונאלי-ענייני, מתוך החוק ובו, ועיקרו חיפוש אחרי המטרה אותה נתכוון החוק להשיג. השאלה אותה מציגים אנו לעצמנו היא ראשונית בתשתית, ובפתרונה ניעזר גם בכלים לבר-משפטיים (טכניים): בצדק, בתבונת-המעשה, בהוכחת האדם, אך לא במושגיות לבר-החוק, הכופה עצמה עלינו, כביכול. כך גם נשיג תכלית נוספת, החשובה כשהיא לעצמה: נעסיק עצמנו בעיקר, נדבר אמת אל עצמנו ואל אחרים, ולא עוד נבקש לתלות פתרונם והכרעות — אפילו ראויים ונאותים הם מצד עצמם — בוים ובזיזים רופפים ומלאכותיים (קונצפציות ודוקטרינות אפריוריות). תבונת ההכרעה וצידקתה (או חוסר תבונתה ופירכתה) יהיו גלויים לעין ולא יסתירו עצמם מאחורי מסך של אימרי חכמים וקדמונים.¹⁶

יכולנו להמחיש את הדברים בדוגמות רבות, אך נסתפק בשתיים אלו:
(א) לקוח בחנות בוחן ובדק כלי-לבוש שהוא שוקל לקנות, והמוכר עומד עליו לשרתו. הייראה הלקוח כ"מחזיק" באותו לבוש? בקריאתן של הוראות החוק בכללן, דומה שלא לסוג מקרים מעין זה נתכוון המחוקק להצמיד אותן הוראות אחריות ואותן זכויות שיצר. ואולם גם אם ייאמר אחרת, גם אז תימצא התשובה מתוך החוק ובו, ולא נייסד עצמנו על גורמים שמקורם במושגיות כללית של "החזקה", כמו "החזקה" היא חי הנושא את עצמו.
(ב) בעל מוסך רוכן על מנוע של מכונית ומבקש מהשוליה להגיש לו פטיש. בתופשו את הפטיש בכף ידו ובטרם מוסר הוא אותו לידי הבעלים-המעביד, האם "מחזיק" השוליה בפטיש? נראה שגם השוליה אינו "שומר".¹⁷

מדברים שאמרנו מתקבל ש"החזקה" בחוק השומרים אינה בהכרח אותה "החזקה" שבפקודת הנזיקין [נוסח חדש]¹⁸, או המקבילה לאלו בכל דבר-חוק אחר. ה"החזקה" — או מושג בדומה לה — נועדו למלא

החזקה בחוק השומרים ובחוקים אחרים

- 15 אין המדובר בסוג זה או אחר של שומר (שומר חנם, שומר שכר), אלא בהטלת אחריות ובהקניית זכויות ככלל. ראה עוד להלן.
- 16 וראה האריס, שם, 71–72. דוגמה יפה לדיון פונקציונאלי בשאלת "פוססיה" ו"שמירה" תמצא בפרשת *Ashby v. Tolhurst* [1937] 2 K.B. 242 (החניית מכונית במגרש חניה תמורת תשלום שילינג אנגלי אחד; האם בעל המגרש הוא "פוססור" ו"שומר", או רק מי שנתן היתר לחניה על מגרשו?).
- 17 דוגמה נוספת לאותה בעייתיות: אורח מסב אל שולחני; סכין ומזלג שהוא תופש בין אצבעותיו, המצויים הם ב"החזקתו"?
- 18 למשל, סעיפים 24(3), 31, 49, 52, 54. לענין זה ראה עוד: חשין, מיפלטלין בדין הנזיקין (תשל"א), 141–142 (להלן — חשין).

פונקציה מסוימת בכל חוק ובכל הלכה הנזקקים להם, ועם שינוי התכלית מדרך הטבע הוא שיכול וישתנה תוכן ה"החזקה". מחזיק בחוק השומרים אפשר שלא יהי מחזיק בחוק אחר, ולהיפך. אין במשפט ישראל קונצפציה של "החזקה", אלא אם כוונת האומר היא לתיאור אותו המכנה המשותף לכל סוגי ההחזקה למיניהם, או לאותם עקרונות שבהם תיבחן, ככלל, ה"החזקה" (שליטה, כוונה, וכו')¹⁹.

75. דיברנו למעלה בהוראות החוק בכל לן כיסוד יוצר ב"החזקה". געבור לבדיקת סוגי השומרים כגורם מנחה בפירוש²⁰. "שומר" יכול שיהיה רק אחד משלושה אלה: שומר חנם (סעיף 1(ב) לחוק) או שומר שכר (סעיף 1(ג)) או שואל (סעיף 1(ד)), ואין ספק בדבר שברובם המכריע של המקרים ניתן לסווג את פלוני — עליו טוענים ש"מחזיק" הוא — באחת משלוש הקטגוריות הנזכרות (כך בדוגמת הקונה וכך בדוגמת השוליה). אולם בכך, לדעתנו, לא סגי, שכן השאלה הראויה אינה אם ניתן לסווג את פלוני כ"מחזיק" — ומכאן: כ"שומר" מסוג זה או אחר — אלא אם ראוי לסווגו כך, בבחינתה של כוונת החוק²¹. בהתאמת המיבחן לענייננו כאן נאמר, שהשאלה היא אם עבור מערכת עובדות כגון זו הגיבצת בפנינו עשה המחוקק את הקטגוריה ה"קרובה" לענין. כך, למשל, השוליה בדוגמה שהבאנו אינו "שואל" ("השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה"), אך האם "שומר חנם" הוא או "שומר שכר"? (שומר חנם: שומר שאין לו בשמירה טובת הנאה לעצמו; שומר שכר: שומר המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואינו שואל). לכאורה קרוב השוליה להיות שומר שכר (שהרי מקבל הוא שכר עבור עבודתו, לרבות עבור דגשת הפטרש), אך הבה נשאל את עצמנו: האם "באמת" שומר שכר הוא, והוא היא תבונה החוק והמעשה? האמנם זה שומר השכר שלעניינו ראה המחוקק לייחד הוראת חוק, או שמא לא תהא זו אלא פרשנות מושגית ומלאכותית, בלתי הולמת ובלתי מציאותית? דעתנו נתבררה. שאלה בדומה, אם כי בעוצמה פחותה, יכולה ותישאל לגבי דוגמת הקונה.

שאלת סוגי השמירה באמצעות על הפירוש

85. שיקולים שהעלינו ודברים שנביא עוד להלן מעלים, ששאלת ה"החזקה" תיחרץ, בין השאר, בשים לב ל"נסיבות הענין", ואלו כוללות גם רקע יחסים נתון בין המחזיק (או מי שנטען עליו כי מחזיק הוא) לבין הבעלים. כאמור, אחד המיבחים הוא, אם ניתן לראות מערך עובדתי מסויים כמצדיק טיפול מיוחד בו בחוק. ואמנם, נראה לנו כי השוליה לא ייחשב כ"מחזיק" בפטיש, ומשני טעמים אלה (שאינם אלא שני צידיה של אותה מטבע): ראשית, ה"החזקה" — לכאורה היא כה שולית, כה טפלה וכה געדרת משמעות במסגרת הכוללת של יחסי הבעלים והשוליה, עד שאין להניח כי החוק נתכוון לכלול אותה בהוראות המיוחדות בו. המחוקק טרח והעלה על הכתב כללידין מיוחדים עבור מערכי עובדה מסוגים מסויים, ומכאן הגחה שמקרים אלה מצדיקים אמנם עיסוק נפרד בהם

הכשר: עיפכה בתוך עיפכה

19. השווה: סמוגד, שם, 51 עמ' 269; חשין, שם, 164.
20. אין כוונת הדברים ש"החזקה" לענין שומר חנם, למשל, שונה מ"החזקה" לענין שומר שכר, וראה דברי הנשיא אגרנט בע"א 55/67 קפלן נ. מדינת ישראל, כ"א פד"י (2), 718, 724—725.

בחוק, להבדילם ממערכות הנבלעות במסגרת דומיננטית אחרת, לאמור: מסגרת השלטת – הלכה למעשה – על יחסי הצדדים, וקובעת בהם. נכון הדבר: אפשר שהוראה זו או אחרת בחוק השומרים ראוי לה, מצד תוכנה, שתחול על מערכת יחסים כגון זו שבדוגמת השוליה, אך שאלתנו – השאלה "הראויה" – אינה מכוונת עצמה להוראה מסוימת בחוק, אלא למסגרת ההוראות בו.²²

שנית, הואיל והמערכת העומדת לדיון היא שולית למערכת דומיננטית, טפלה לה ונבלעת בה, ממילא נגיע בסופו של דבר ל"כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים" (או להוראות מיוחדות בדין אחר), כהוראת סעיף 14 לחוק. הלכה למעשה יקבע, איפוא, ההסכם המפורש או המשתמע – בדוגמת השוליה: מרכז הכובד יהיה ביחסי עובד-מעביד ולא ביחסי מחזיק-בעלים. אם אלה פני הדברים, נמצא שהכרה בתחולת החוק על הענין, ולו לכאורה, תהיה מלאכותית ובלתי הולמת.

השאלה אימתי תהיה מערכת מסוימת טפלה למערכת על דומיננטית (ובמקרה זה לא יחול החוק), ואימתי ניתן יהיה לראותה עומדת בפני עצמה – בנפרד ממסגרת היחסים האחרים בין הצדדים – כדי כך שיהא זה ראוי להכיר ב"החזקה" ולהחיל עליה את הוראות חוק השמירה – היא, כמובן, שאלה של מידה ושל תכונת-המעשה. כך, למשל, אותו שוליות-מכונאים שלקח פטיש לביתו למספר שעות, או שנטל פטיש מהמוסך כדי למוסרו, לפי הוראות המעביד-הבעלים, לאדם שלישי, חשוב בעינינו, לכאורה, כמחזיק, וזה דין הקונה שנטל בגד לביתו על מנת לבוהנו מקרוב ולהיוועץ בוונתו. ואולם תהא אשר תהא ההכרעה בדוגמות אלו שהבאנו, ובמערכות אחרות כיוצא בהן, עיקר היא השאלה שראוי לה כי תישאל.²³

98. הדברים שאמרנו מכוונים עצמם לקביעת גדריה של ה"חזקה" בחוק השומרים, ובעיקר, לצימצום הלוחה על סוגי מקרים "ראויים" ולהוצאת מקרים "בלתי ראויים" מתחומיה. יטען הטוען שבעייתיות זו גם מזחרת, גם מסבכת ומביכה, וכי כל השאלות שהעלינו לא במקומן הנאות באו. בהתאם להשקפה האחרת, כל החזקת נכס שהיא – כמובנה בשפת היומיום ובמשמעותה הרחבה ביותר – תסווג "החזקה" כהוראתה בחוק, תהא השליטה על הנכס מעטה ככל שתהא ותהא הכוונה זעומה ככל שתהא (ואולי גם אם תיעדר לחלוטין). כך נראה ב"מחזיקים" את השוליה ואת הקונה בדוגמות שהבאנו (הוא הדין במקרים אחרים כיוצא באלה), הואיל ובמובנו הרחב והכולל של הדיבור "החזקה" באים הם במסגרת. עד כאן – לענין ה"חזקה", ואילו השאלות אם ראוי שהוראה פלוגית בחוק – קביעת

החזקה והוראות
סעיף 14 לחוק

22 ואמנם: אם הוראת החוק היא כה ראויה וכה הולמת עד כדי היותה "מחוייבת המציאות", חזקה שתימצא לנו (באותו היקף בדיוק ז') ותילמד במסגרת היחסים האחרת בין הצדדים; ואילו אם אין המסגרת האחרת נותנת חיות לאותה הוראה, או להוראה דומה לה, שוב נקבל: (1) ההוראה אינה כה "מובנת מאליה"; (2) החלטה על יחסי הצדדים, מכוח חוק השומרים, אינה במקומה ואינה ראויה.

23 מיבחנונו הוא פונקציונאלי, ומאליו ברור שלא נלך בפיתולי המשפט האנגלי, בו אין לעובד, כעקרון, "פוטסיה" כלפי המעביד בנכסים שהוא עוסק בהם במהלך עבודתו. אפשר אמנם שתימצא זהות בין פתרונו לבין פתרון שהיה מתקבל במשפט האנגלי באותן נסיבות, אך הדרך לפתרון תהיה שונה.

אחריות או הקניית זכות – תחול על מערכת נתונה, תיפתר בגדרי סעיף 14 לחוק, לאמור: על-פי הוראות מיוחדות בדין אחר, ובעיקר – בהסתמך על כוונה אחרת המשתמעת מן ההסכם בין הצדדים²⁴. כך, למשל, בדוגמת השוליה ייאמר ש"מחזיק" ("שומר") הוא, הוראות החוק כולן תחולנה, לכאורה, על המערכת, אך ניתן יהיה לסתור הגחה זו מכוח דין מיוחד או כמשתמע מכוונת הצדדים. בחיפוש אחרי אותה "כוונה אחרת" יבוא במנין, כמוכח, גורם ה"עיסקה בתוך עיסקה", עליו עמדנו לעיל. ויטען הטוען כדרך חשיבה זו עדיפה על הדרך שהצענו, הואיל וכך תהיה נפקות רבה יותר לחוק. כך, למשל, נקיטת דרך ראשונה עשויה להביא למסקנה שענין פלוני אינו נכנס כלל בגדרי החוק. בעוד אשר על דרך זה עלולים אנו לשמוט מדינו מכשיר יעיל שהעמיד החוק לרשותנו כדי לעשות צדק בין צדדים לסיכסוך, הנה-כי-כן באמצענו את ההשקפה השניה תתפושנה הוראות החוק בצורה גמישה וסלקטיבית: בשלב החשיבה הראשון תחולנה כל הוראות החוק, ואילו קביעות סעיף 14 – הוראות דין מיוחדות וכוונה משתמעת מן ההסכם – תאפשרנה לתת נפקות לאותן הוראות שראויות ותחולנה, ולחסר אותן מההוראות שאינן ראויות לחול על הענין הנדון, והכל בהסתמך על דין או כוונה משתמעת ש-ex hypothesi עדיפים הם על הוראות חוק השומרים.

החוקה עריפה
על הוראות
סעיף 14
108. טיעון זה (דומה לו) כמעט ששבה את ליבנו, עד שנתנערנו וחזרנו אל ה"החזקה".

דבר המחוקק הוא, שהסכם עדיף וגובר על חוק השומרים; הוראות החוק הן חלופיות, דיספוזיטיביות. אך בהיעדר כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים²⁵ – תקבענה אותן הוראות שהעלה המחוקק על ספר – אלו ולא אחרות – משום שכך נראתה למחוקק עשיית צדק בין בעלי האינטרסים. עד כאן מחצית הדברים, הואיל ואין המדובר בבעלי אינטרסים על דרך הסתם אלא בבעל נכס ובמחזיק דווקא; החוק עניינו במקום שנכס מצוי ב"החזקתו" של אדם. לשון אחר: "שעה שנכס מצוי ב"החזקה" פלוני (ובהתקיים שאר התנאים האמורים בחוק), רואה המחוקק לקבוע את איוון האינטרסים בין פלוני לבין בעל הנכס על-פי ההוראות שקבע. בניסוח המשפט המקובל הקלאסי נאמר, שהוראות החוק קובעות את כוונתם המיוערת (כוונה שהיא imputed או presumed) של הצדדים המעוניינים, והוא – כשאלה הם בעל נכס מזה ו"מחזיק" מזה. בזכור שעל דרך זה קבענו את מיבחן ה"החזקה": האם מצדיקה מערכת נתונה את סיווגו של פלוני כ"מחזיק", בשים לב לסוג ההוראות (הטלת אחריות, הקניית זכויות) שתלה המחוקק ב"החזקה"; שאלת ה"החזקה" תיקבע כפונקציה של הוראות החוק: האם ראוי שאותן הוראות תחולנה על המערכת שמבקשים לתארה כ"החזקה".

לרקע דברים אלה, כך נראה, מקדימה השיטה היבניה מאוחר למוקדם, שכן לפיה: (א) תחולנה הוראות החוק גם אם ex hypothesi אין "החזקה" המצדיקה את החלתן

24 "14. הוראות חוק זה יחולו על שמירת נכסים כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים" (כותרת השוליים לסעיף: "תחולה").

25 להלן נדבר, בעיקר, בכוונה משתמעת מהסכם, אך אותם דברים יהיו יפים גם להוראות מיוחדות בדין, כאמור בסעיף 14 לחוק.

(שהרי בדחתה השיטה הראשונה); (ב) מחילים אנו את הוראות החוק על יחסי הצדדים, ומריצים את עצמנו אל הכוונה המשתמעת של הצדדים להסכם — לשם היסור מהוראות החוק או הוספה עליהן — הכל כשאותם צדדים *ex hypothesi* לא (בהכרח) ביקשו להחיל על ההסכם את הוראות החוק — כולן או חלקן, כניסוחן בחוק או אחרת; שכן "כוונת הצדדים" להחיל את הוראות החוק כל כולה מתמשכת מקיומה של "החזקה" (כל זאת, שוב, משום שהשיטה השנייה דוחה את השיטה הראשונה).²⁶

קושי דיאלקטי זה הוא מתוך השיטה השנייה ובה. אף שהוראות הסכם עדיפות על הוראות החוק, חיפוש אחרי כוונה משתמעת בהסכם ספציפי, מאוחר הוא — על-פי מיבנה הדברים — מהחלת הוראות החוק ("הוראות החוק", אם תרצה, קרא: "כוונה" שמייחסים אנו לצדדים להסכם). הדברים באים לידי ביטוי מפורש גם בסעיף 14 עצמו, בו נקבע שבכפוף לכוונה משתמעת וכו' יחולו הוראות החוק על "שמירת נכסים"; "שמירה" היא "החזקה" וכו' — ומכאן שהשאלה הראשונה היא: "החזקה" (בבחינתה הפונקציונלית) — מהי? ²⁷

115. גם אם ימצא לנו ששתי השיטות שואלות אותן שאלות עצמן, ורק המסגרת שונה — בשיטה הראשונה באות השאלות אגב בחינת ה"החזקה" ובשיטה השנייה תוך בדיקת הכוונה המשתמעת — גם אז ראוי שנלך בסדר ובשיטה ולא נחיל על החזקה — לא-החזקה הוראות *ex hypothesi* לא נתכוונו לחול עליה. טוב גם שנעמיד בפנינו גורם כולל יותר להיאחו בו — "החזקה" — מאשר יסוד פריך כ"כוונה משתמעת". כוונת הצדדים עדיפה לכל הדעות, ונניח לכוונה המשתמעת (בעיקר אמורים הדברים בכוונה מכללית, להבדילה מכוונה שפורשה) לתפוש את מקומה הנאות.

ואמנם, ממה נפשך: אם רקע היחסים בין הצדדים (למשל, בדוגמת העיסקה בתוך עיסקה) מצדיק מצד עצמו קיומו של כלל מקביל או זהה להוראה זו או אחרת בחוק, יקום הכלל ויהיה מכוח אותו רקע יחסים או הסכם-על, ואילו אם אין מקום לקיומו — מדוע זה נכפה אותו בהחלת החוק על הצדדים? ביחוד אמורים הדברים באותן הוראות בחוק השומרים שאינן גלמודות "מעצמן", כגון הרשאה לעת צורך (סעיף 6 לחוק), עכבון (סעיף 9), ועוד. הוראות אלו, אם אין הן באות לידי ביטוי מפורש — בחוק או בהסכם — קשה, אם לא בלתי אפשרי, (על-פי המקובלות עלינו), לייסדן על כוונה משתמעת (לענייננו כאן: כוונה מכללית). עמד המחוקק וקבע שאותן הוראות, ואחרות כמוהן, "תיגרנה" אחרי "ההחזקה", וראוי שכך יהיה במקרה בו יש אמנם "החזקה". לא יתה זה הולם להטיל על כוונה מכללית את המשימה הבלתי ראויה לגסות ולשלו ולקיומן של ההוראות האמורות, שעה שמלכתחילה עומדות הן על יסוד רעוע בנסיבות מערכת מסוימת.

מסקנה: ננתח את יסוד ה"החזקה" אגב בחינת הוראות החוק בכלל לן — למדת

26 אותה בעייתיות מצד הנטל בדין הראיות (לא נבחין כאן בין הנטל העיקרי לבין הנטל המישיני): מראשית הדברים נושא התובע, בעל הנכס, בנטל להוכיח "החזקתו" של הנתבע בנכס — זאת לכל הדעות — אך על-פי השיטה השנייה אפשר שנתבע ישא בנטל לחסר חלוקה של הוראה מסוימת מן החוק על הענין הנדון, כאשר הנחת היסוד היא שמלכתחילה לא ביקשו הצדדים להחילה על הענין.

27 השווה: *Ashby v. Tolhurst* [1937] 2 K.B. 242.

"רוח החוק" – ומשקבע שיש "החזקה" תחולנה הוראות החוק כולן, בכפוף לכוונת הצדדים לחסר הוראה זו או אחרת, או להוסיף הוראה שאינה באה בחוק. ואילו אם ייקבע שאין "החזקה", שוב לא תחולנה הוראות החוק. נזכור כי במקרה אחרון אפשר שנגיע לאותה מסקנה המתבקשת מהוראה מסוימת בחוק, אלא שזו הפעם יהיה הדבר (אם יהיה) בהסתמך על גורמות השאובות ממקור אחר.

סיפוחים להחזקה 126. עמדנו על מיבחני היסוד ל"החזקה", כהוראתה בחוק השומרים, אך ניתן להמשיך בחקר ולהגיע למיבחים ספציפיים יותר²⁸. נעמוד בעיקר על שני גורמים – כמקובל בקונצפט הכללי של ה"פוססיה": גורם השליטה וגורם הכוונה – ולאחר מכן נעיר בקצרה על מספר עניינים נוספים.

גורם השליטה בחוק מטיל אחריות על פלוני שנכס נמצא ב"החזקתו", וקביעה זו ניתנת להצדקה רק אם יש לאותו פלוני שליטה על הנכס. באין שליטה, באין לפלוני ברירה אם ינהג בנכס בדרך זו או אחרת, אין לקבל שנטיל עלינו נטל לנהוג בנכס בדרך מסוימת (למשל: שלא ברשלנות), ונחייבו בפיצוי אם לא נהג כאשר צווה והנכס אבד או נזוק²⁹. "שליטה" אמרנו ולא עוד נוסף. אין אפשרות לקבוע מראש אותה מידת שליטה העושה "החזקה", כאשר עוצמתה עשויה להשתנות מענין לענין כפונקציה של מספר משתנים. בין המשתנים: סוג הנכס, שליטת אחרים – ובהם הבעלים – בנכס, השאלה אם הנכס נמצא בידי פלוני בהסכמת הבעלים, ועוד³⁰. אין צורך למר שהליכות המשפט האנגלי אינן קושרות את ידינו; הרשות נתונה וההלכה תיכתב ותינתן. עיקר הוא, שדרישת השליטה – בבחינתה הפונקציונאלית ובנסיבות הענין – תהיה סבירה וצודקת, לאמור: תתיישב עם האחריות שהחוק מטיל על מחזיק (מחזיק ככלל) ועם הזכויות שהוא מעניק לו³¹.

גורם הכוונה בחוק מדבר ב"החזקה" גרידא ואין, לכאורה, כל כוונה לגסות ולהצמיד לה כוונה ספציפית מצד המחזיק. ואולם, אם נבודד לחלוטין את יסוד השליטה, וננסה להתבונן ב"מחזיק" כמו מוצג הוא לפנינו בתמונה (שאינה נעה), נמצא שקשה יהיה ביותר, ועל הרוב בלתי אפשרי, להבחין בין מי שהנכס ב"החזקתו" לבין מי שאין הנכס ב"החזקתו". רואים אנו בתמונה אדם התופש נכס בידו. לכאורה "שולט" הוא בנכס, למשל: אם כוס היא וניפצה. אך האם אמנם נראה בו "מחזיק" בכל נסיבות שהן, בין אם בוחן הוא למספר שניות כוס המוצגת על דלפק מכירות ובין אם שומר בשכר הוא? ואמנם, נראה שגם כוונת המחזיק חייבת לבוא כמנין השיקולים³², וסוג

28 השווה: האריס, שם, 72 ואילך; סמונד, שם, 528 עמ' 271–272.
29 אותה מסקנה תתקבל – בדרך חשיבה שונה – אם ננתח את הסוגיה מזווית ראות הזכויות שמקנה החוק ל"שומר", אלא שבאיספקלרית האחריות התמונה חדה יותר.
30 מדברים אנו על גורם השליטה כעושה החזקה בכלל. לא אמרנו ששליטה זו חייבת להתקיים בעת התגבש האחריות; הוא הדין בגורם הכוונה. לעת הקובעת ראה להלן.
31 השווה: 2 K.B. 242 [1937] Ashby v. Tolhurst.
32 ולו מן הטעם שאדם הוא יצור חושב וממילא אינו מפעיל שליטה ללא הכרה וכוונה. אין ענייננו כאן במקרים המיוחדים של חסרי הכרה, של רפואי מוחין, או – להבדיל – של רבים יונקים.

הכוונה הפחות ביותר יהיה, כך נראה, לשלוט (יחסית) בנכס תוך כוונה (יחסית) להמשיך ולשלוט בו (בדרך כלל, גם להוציא אחרים) ³³ משך תקופת-זמן בת-משמעות. עוצמתה של אותה כוונה העושה "החזקה" אינה ניתנת לקביעה מראש, והיא תשתנה מעגין לעגין כפונקציה של מספר גורמים ובהם אלה שמגינו בגורם השליטה. גם כאן — אל נשכח — יימלא גורם הכוונה תוכן, כגורם השליטה, בבחינת הוראות החוק, ולענייננו נאמר זאת: השאלה היא אם המשקל המצטבר של כוונת השליטה, השליטה עצמה ושאר נסיבות העגין, מצדיקים טיפול נפרד ועצמאי במערכת, ובעיקר הטלת אחריות והקניית זכויות כאמור בחוק ³⁴.

ניתן להוסיף עוד ולומר, שהואיל והחוק מטיל אחריות על פלוני שנכס מצוי ב"החזקתו", בהכרח חייב פלוני לדעת על קיומו של הנכס ועל "החזקתו" בו, שכן רק כך — לרקע הברירה — ניתן להצדיק את הטלת האחריות כאמור בחוק. מטעם זה ייצאו מתחומנו עניינים אחדים (הנדונים ארוכות במשפט האנגלי, בהקשרים מסויימים), כגון השאלה אם רואים פלוני כ"פוססור" של נכס המצוי בחוד נכס אחר, גם שאינו יודע על קיומו של הראשון. כך, למשל, שטרי כסף או אבן חן המצויים במגירת סתר בשולחן; את השולחן קנה הקונה, אך למגירת הסתר ולתוכנה לא היו ערים לא קונה ולא מזכר. כך גם בסוגיית המטמון המצוי במקרקעין בהם מחזיק אדם. אפילו "מחזיק" פלוני בשולחן או במקרקעין, ואפילו חשוב הוא "מחזיק" — לעניינים אחרים — בנכס נושא הדיון, אין הוא מחזיק ואין הוא שומר לעגין חוק השומרים. עם זאת, נראה את פלוני כשומר אם חשוב הוא כמי שוויתר על הידיעה, או אם המדובר בנכס הטפל לנכס אחר (למשל: מכונית ואביזרים מקובלים בה).

13§. לאחר תחילתה של "החזקה", שוב אין הכרח שיסודות ההחזקה יתקיימו באותה עוצמה שנדרשה מלכתחילה להיווצרותה, ובלבד שמעמדה לא נחלש כדי היות הדברים שקולים לפקיעת ההחזקה והיעלמה ³⁵. קבענו באתר שנכס מצוי (או היה מצוי) ב"החזקה" פלוני, יראו את פלוני כממשיך ומחזיק עד שההחזקה תאבד לו או תעבור מידיו, מכוח הוראות הדין וההלכה או על-פי הסכם ³⁶. שאלות אלו כולן תחתכנה בשים לב לנסיבות העגין.

החוק קובע ש"שמירת נכס היא החזקתו...". וכו'. לשון בינוני זה אינו מכון עצמו, כמובן, לזמן היעדר המשפט אלא — לכאורה — לזמן שבו התגבשה אחריות או הוקנתה זכות מסויימת. ואולם דומה שצריך בעייתיות הזמן המכריע בהחזקה, אינו מעוגן להחזקה כשהיא לעצמה, אלא לשאלת היחוס של אדם "שומר", לאמור: את שאלת ההחזקה יש לראות בראש וראשונה באיספקלריה של

33 כך היא, כעקרון, הילכת המשפט האנגלי (ביחס לכוונה). הכוונה להוציא אחרים מההחזקה אינה חייבת לכלול את כל העולם דווקא; ראה והשווה: הנמס, שם, 221; ע"א 309/54 נאמן ג. עירית ת"א יפו, י' פד"י 1942, 1964 ואילך.
34 השווה: 2 K.B. 242 [1937] Ashby v. Tolhurst.
35 השווה, למשל: האריס, שם, 73—74; סמונד, מהד' 11 (בעריכת ג. וויליאמס), 339; סמונד, שם, § 57 עמ' 289—290; פטון (תורת המשפט), שם, § 125 עמ' 525 ואילך.

המושגים "שומר" ו"שמירה". ואמנם: חלקו האופרטיבי של החוק עניינו בהטלת אחריות על "שומר" ובהקניית זכויות ל"שומר", ולענין זה אין שאלת ההחזקה אלא אחד השריגים בבעייתיות הכוללת, והיא: אם פלוני היה "שומר" בעת בה מדובר. ברגע בו נעשה פלוני "שומר" (ונוצרת "שמירה"), מתחיל הוא לשאת בנטל האחריות שקבע החוק וכאי הוא להפעיל את הכוחות והזכויות שמקנה החוק. מאותו רגע ואילך, כך נראה, ימשיך פלוני ויהיה "שומר" — לאמור: האחריות והזכויות יתמשכו וילכו — עד לסיום השמירה³⁶ או עד להפקעת האחריות או הזכויות בדרך אחרת (למשל: כאמור בסעיף 11 לחוק).

החזקה כפולה
על-פי הגדרתה הקלאסית של ה"פוססיה", אין שני אנשים יכולים להחזיק באותו נכס בעת ובעונה אחת, אלא אם החזקתם בו משותפת (common possession)³⁷. כלל זה אינו אוצל על ההחזקה בחוק השומרים, ואיננו מוצאים טעם טוב שנכפה על עצמנו מושגיות היפה אולי לעניינה אך אינה מגוף החוק. יימצא לנו ששני אנשים מחזיקים בנכס, כהוראת "החזקה" בחוק, שוב יהיו השניים שומרים (או אחד שומר והאחד בעלים)³⁸. פלוני שולח עובד שלו אל בעל הנכס, והאחרון מוסר לעובד את הנכס על מנת שפלוני המעביד ישמור אותו עבורו. עד שהעובד מוסר את הנכס ל"החזקתו" הבלעדית של המעביד ומציא עצמו מה"החזקה", נראה שהנכס מצוי גם ב"החזקתו" של המעביד גם ב"החזקתו" של העובד³⁹.

דוגמות ל"החזקה" (ול"שמירה") תימצאנה בהסכמי הפקדון והשכירות, השאלה והמשכון ועסקות מוכרות אחרות כיוצא באלו, והוא במקרה הרגיל — כאשר נוטל ה"שומר" את הנכס להחזקתו ממש, פורש חסותו עליו. דוגמות נוספות: שוכר-קונה (במקרה המקובל) מחזיק בנכס כ"שומר" עד להפקעת השכירות (כגון עם תום התשלומים לשיעורים, כשהבעלות עוברת לידי); מוכר המחזיק במימכר עד לתשלום הסכומים המגיעים לו מן הקונה עקב עיסקת המכר (והוא כשהבעלות עברה לקונה)⁴⁰; מוצא ישר של אבידה; השומר שלא לרצונו (involuntary bailee)⁴¹.

36 וראה להלן, § 15, 17(ב), סיום שמירה, למשל: פקיעת השמירה על-פי תוראות הסכם השמירה (כך בהסכם שמירה רגיל וכך, למשל, בהסכם שכירות-מכר, עם שהבעלות בנכס עוברת לשוכר — הקונה); פקיעת השמירה מכוח הסכם חיצוני להסכם השמירה; פס"ד הבולע את העילה; ועוד.

37 ראה, למשל: פטון (משמרת), שם, 6 ואילך ובהקדמה לספר.

38 ראה להלן, והשווה סעיף 7 לחוק. לא נעשה ניתוח (עקר לטעמנו) אם לשון סעיף 7 לחוק יכול ללמד כך או אחרת.

39 השווה סעיף 15 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סה"ח, תשכ"ט, 259. ראה עוד והשווה: סמונד, שם, § 55 עמ' 286—287, § 54 עמ' 282 ואילך. הרי דוגמה לדחיית קונצפציות אפריוריות (מגבילות או מרחיבות) שנוצרו לעניינן.

40 ראה סעיף 31 לחוק המכר, תשכ"ח—1968, סה"ח, תשכ"ח, 98.

41 גם שאפשר ורוב תורות החוק לא יתפשו בו.

"כדין"

14§. "שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות". להיותו שומר, אין די לו לפלוני שיחזיק בנכס; "החזקתו" בו חייבת להיות גם "כדין". כך, למשל, המחזיק נכס בגזילה מבעליו אינו שומר (והוראות החוק לא יחולו עליו), הואיל והחזקתו אינה "כדין". בכך אין סג' לפירוש "כדין", ובסמוך נעלה כמה בעיות והרהורים.

כל החוק כולו עניינו ביחסיהם של שומר ו"בעל נכס" ביניהם-
 לבין-עצמם, בין שהאחרון הוא הבעל האמיתי ובין שאין הוא
 הבעל האמיתי אלא "בעל הנכס" כהוראת הדיבור בסעיף 13 לחוק ("לענין חוק
 זה, 'בעל הנכס' כלפי שומר – כל מי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילו").
 המונח "כדין", כמונחים אחרים בחוק, יתפרש בהקשרו, ומכאן עולה – כך גראה –
 שהחזקה "כדין" הוראתה היא: "כדין" בין המחזיק לבין אותו "בעל נכס" הניצב בפניו.
 תחום פעילותו של הדיבור "כדין" יהיה איפוא יחסי. וכך, אם גזל ג' נכס מב',
 הבעל האמיתי, מסרו לפלוני, ופלוני מחזיק בנכס על-פי תגיות ההסכם בינו לבין ג',
 יראו את פלוני מחזיק "כדין" (כלפי ג'), גם שאפשר ומחזיק הוא שלא-כדין כלפי ב'.
 טעם הדבר, כאמור: במערכת היחסים בין ג' לבין פלוני, מחזיק פלוני כדין. ואמנם:
 הוראת החוק היא, שרואים אדם כ"בעל נכס" כלפי המחזיק בשבילו; לשון אחר: דיון
 במערכת נתונה נעשה, כעקרון, במנותק מהסובב אותה. אותה יחסית תפעל, לדעתנו,
 לשני הכיוונים, וכשם שגזול הוא "בעל נכס" – כלפי המחזיק בשבילו – כך ייראה
 מחזיק כמחזיק "כדין", אם החזקתו היא "כדין" כלפי "בעל הנכס" בו מדובר. דומה
 כי הפירוש החלופי – שהחזקה "כדין" הוראתה: "כדין" כלפי כל העולם – עלול
 להביא תוצאות בלתי נסבלות ובלתי צודקות.⁴²

מתקבל, שאפשר ואותו פלוני עצמו יהיה מחזיק בנכס זה "כדין" גם שלא כדין,
 והשאלה אם מחזיק הוא כך או כך תוכרע בהתאם לנסיבות. כאשר אמרנו לעיל, מחזיק
 פלוני בנכס "כדין" כלפי ג', גם שאפשר ומחזיק הוא שלא כדין כלפי הבעל האמיתי.
 תוצאה זו אין בה כדי להפתיע אם נזכור את הנחת היסוד, שהחוק אינו עוסק אלא
 בזכויות ובחובות inter partes, להבדיל מזכויות erga omnes.⁴³

15§. כעקרון, מחזיק "כדין" פירושו מחזיק כחוק ובזכות על-פי דין
 (במסגרת היחסית), זכאי להחזיק מכוח "בעל הנכס" בו מדובר,
 מטעמו של אותו בעל נכס או כלפי⁴⁴. לשון אחר, השאלה אם מחזיק פלוני "כדין"
 תוכרע מתוך השאלה אם רשאי פלוני להחזיק בנכס כלפי בעל הנכס הנדון. ניתן דעתנו

42 וראה: חשין שם, 67, 117.

43 מהו המחזיק, בעבירה על החוק, סם מסוכן מטעם "בעל הנכס"; המחזיק הוא "כדין" או
 שלא כדין? דומה שמחזיק הוא "כדין" בגדרי חוק השומרים, גם אם חייב הוא בפלילים.
 אכן, אפשר שתובענה נגדו, או על ידו, תידחה, אך טעם הדחיה יהיה חיצוני לחוק וסמוך
 עצמו להילכת ex turpi causa.

44 בכפיפות למסגרת היחסית יש, לדעתנו, זהות בין המחזיק בדין בחוק השומרים לבין הזכאי
 להחזיק, והא בעל הזכות בעולת הגזל. ראה: חשין, שם, 3§ ואילך.

לכך, שהחוק אינו עוסק במקור זכותו של השומר, אם בהסכם הוא ואם בדין במישרין, כגון משפט המוצא הישר⁴⁵.
הלכה היא בדין הנוזקין, שהעושה בנכס עיסוק "מיניסטריאלי" — עיסוק "אדיש" לזכויות בנכס — כמוביל, אינו חייב בעוולה לבעל הזכויות בנכס, אלא אם בעל הזכויות דרש את הנכס מאותו מחזיק, והמחזיק סירב להיענות לו בנסיבות העולות עולה⁴⁶. בדוגמת הגולן שהבאנו, למשל, אם המחזיק בנכס הוא מוביל מטעמו, דומה שהחזקת המוביל היא "כדין" גם כלפי הבעל האמיתי (והוא אם לא היה סירוב-יצר-עוולה). דוגמה זו עשויה אולי לשמש יסוד להכללה, שמחזיק כדין הוא מחזיק בזכות (במסגרת היחסית) — כאשר אותה "זכות" נמנית על סוג הזכויות הראשון בטבלת הזכויות: החופש או ההיתר⁴⁷.

השאלה הקובעת היא, אם פלוני החזיק "כדין" בנקודת זמן מסוימת — ובמקרה זה יהולו עליו הוראות החוק — או אם החזיק באותה עת אך לא כדין — ובמקרה זה לא יהולו עליו הוראות החוק. שאלה זו עשויה להיות תלויה מצידה בשאלת-פתיחה, אם בנקודת זמן מסוימת בעבר — לפני העת המכריעה — החזיק פלוני בנכס "כדין". אם יימצא לנו שלא החזיק אי פעם "כדין", שוב לא יראוהו מחזיק "כדין" (אלא אם הפך מטעם כלשהו, והוא נדיר-נדיר, למחזיק "כדין"); ואילו אם ייקבע שהחזיק "כדין", אר-או תעלה השאלה אם אותה החזקה "כדין" התמשכה והלכה, או אם אירע מאורע כלשהו שהפך את ההחזקה להחזקה שלא כדין. נבחין, איפוא, בין שאלת הפתיחה לבין השאלה הקובעת; שאלה ראשונה מוליכה לשאלה שנייה, ושאלה שנייה מרכוזת עצמה באותה נקודת זמן המכריעה לענין (כגון אובדן הנכס או היזק לו).

§ 16. כאשר אמרנו, השאלה אם פלוני מחזיק "כדין", הינה נגזרת מהחזקה כדין בנקודת זמן קודמת לעת המכריעה, ובהמשכיות רצופה מאותה נקודה ועד לעת המכריעה. שאלה חמורה היא, מהו ההופך החזקה כדין להחזקה שאינה כדין. פלוני קיבל על עצמו להחזיק נכס בכספת, ובכספת בלבד; בתחילה מקיים פלוני את המוטל עליו אך לימים מוציא הוא את הנכס מהכספת ומחזיקו בארון. ההפך ממחזיק כדין (קרי: שומר) למחזיק שלא כדין? סעיף 3 לחוק מטפל במקרה דומה וקובע החמרת אחריות המחזיק⁴⁸; יחד עם זאת, אין המחזיק פוסק כהיות

נקודת המוצא
ליזון

מחזיק
לשלא-כדין

45 ראה להלן, § 24–25.
46 לדין המוביל והעושים עיסוקים "מיניסטריאליים" בנכסים — המחזיקים ה"גיטריאליים" — ראה: חשין, שם, "עיסוק 'מיניסטריאלי' ו'החזקה' גיטריאלי" בתוכן העניינים. לדרישה ולסירוב העושים עוולה, ראה: שם, § 55–58, 101–110.
47 לזכויות אלו ראה, למשל: § 42, Salmond, Jurisprudence, 21th ed. והשווה חשין, שם, § 166–163. שאלה קשה היא, איזה סוג שומר הוא המוביל כלפי בעל הנכס האמיתי? וגם שקשה השאלה, אין בהצגתה כדי לשכנענו שהחוק עניינו בהסכמים בלבד (ראה להלן, § 24–25).

48 "שומר חנם או שומר שכר שקיבל נכס על מנת לשמרו אישית, והוא מסר אותו לאדם אחר בלי שהורשה לכך במפורש או מכללא, אחריותו לאבדן הנכס או לגזקו תהא כשל שואל". ראה עוד סעיף 7(ב) לחוק.

מחזיק כדיון, שומר⁴⁹. הנלמד מהוראה זו לענייננו, ואם כן — לאיזה כיוון? דוגמה שניה: איחסנותי מכונית בבית אחסנה ונסעתי לחו"ל. בעל בית האחסנה משתמש במכונית — בניגוד לתניות ההסכם והדין — ונוסע בה לטיול בארץ. ההפך מחזיק שלא כדיון והפקיע עצמו מהיותו "שומר"?

שלוש דרכים עיקריות להפיכת החזקה כדיון להחזקה שאינה כדיון, ואלו הן: (א) כל הפרת תניה בהסכם (או הוראת דין החלה על המערכת) הופכת מחזיק כדיון למחזיק שלא כדיון;

(ב) יראו מחזיק כדיון כממשיך ומחזיק כדיון כל עוד לא עשה מעשה (או חדל מחדל) החותר באורח מהותי תחת הסכם השמירה (או הסדר הדיון);

(ג) מחזיק כדיון הופך מחזיק שלא כדיון, רק אם בגסיבות הענין רואים אותו כמי שעשה עוולה בנויקין (כגון גזל או עיכוב נכס שלא כדיון), לאמור, אם עשה מעשה שאינו מתיישב מעיקרו עם השמירה, עם היותו "שומר", אך לא על דרך הסתם אלא כדי כך שהדין מחייב אותו בעוולה (לצורך הדיון נצא מהנחה שיש הבדל בין החלופות השניה והשלישית⁵¹).

§ 17. לדעתנו, אין לקבוע את תחומי הדיבור "כדיון" בחוק — להעדיף פתרון זה או אחר מבין אלה שהעלינו — אלא לאחר שניתן את הדעת על התוצאות המתלוות אל מעשה הוצאת פלוני מבין ה"שומרים" והכנסתו אל תחומי הסדר אחר, אותו הסדר הקובע את משפט המחזיק שלא כדיון (ביתר דיוק: מי שהחל מחזיק כדיון, כשומר, והפך מחזיק שלא כדיון). גם כאן, כבעניינים אחרים, מחובתנו להיות נאמנים להקשר הדברים, והקשר זה יורנו הדרך.

שיקולים
קובעים

(א) ואמנם, פלוני שהחל מחזיק בנכס כדיון והפך מחזיק שלא כדיון, מה משפט הגבר? ניתן היה לומר שבמקרה זה לא עוד תתפרשנה הוראות חוק השומרים (על כל פנים — לענין זכויות המחזיק), וכי על יחסי הבעל והשומר — לשעבר יחולו דיני החוזים הכלליים, זכויות שהם מקנים וחייבים שהם מטילים. פתרון זה, דומה עלינו, אינו נכון ומחטיא את העיקר שבחוק השומרים. מטרת החוק היא להוציא קטע מסויים מדין החוזים וההסכמים — במובנו הרחב של המושג — ולהסדירו בחוק מיוחד⁵². פירוש הדברים אינו אלא זה, שחוק השומרים הוא — הוא דין

חוק השומרים
וריו החוזים

49 הנפקא מינה לדינא היא, בעיקר, לענין אותן זכויות שמקנה החוק (למשל, סעיפים 6, 8, 9); "שומר" קונה אותן זכויות ואילו מי שאינו שומר אינו קונה אותן.

50 מחד גיסא, אפשר שהוראת סעיף 3 נעשתה רק לענין אותה מערכת המתוארת בחוק, ובמקרים אחרים תהיה התוצאה אחרת (מכלל הן — לאו, וכיו"ב). מאידך גיסא, אפשר שנראה את המחוקק כשחל לפי תומו, ומתנראה סעיף 3 נלמד על הכיוון הראוי לטיפול במקרים דומים.

51 השאלה אם נעשתה עוולה תיחתך, כמובן, מתוך דין הנויקין. נתנו דעתנו, בעיקר, למשפט המיטלטלין, ולענין מקרקעין תישאל שאלה מקבילה במשפט המקרקעין.

52 על דרך זה חוק המשכון וחוקים אחרים בני מינו. ואולם, חוק השומרים אינו מתחום ההסכמים בלבד, ומכסה הוא גם מערכות לבר"הסכמיות", כגון אבידה ומציאה, (ראה להלן, §§ 24—25); מה לנו איפוא שנטיל את דין החוזים על מערכות אלו גם כן?

החוזים וההסכמים החל על מערכת ששמה "שמירה" (במקום שיש הסכם), והכל בתחומי אותה מסגרת שיצר החוק. ומיה אותה מסגרת, אלא שנועדה היא, באורח עקרוני, להסדיר יחסי שומר – בעל-נכס עד כמה שהדברים אמורים בנכס השמירה עצמו ובשלמותו (האספקט ה"קנייני")⁵³, בעוד אשר על אותם עניינים שהחוק לא השתלט עליהם, ממשיך לחול דין החוזים הכללי (במקום שיש הסכם; ואילו אם אין הסכם, כגון באבידה ובמציאה, חול הסדר הדין המיוחד).

לרקע דברים אלה נראה שיהיה זה אך מוזר, אם בנסיבות הפיכתה של החוקה כדין להחזקה שלא כדין, נבקש פתרון למערכת בדין החוזים הכללי, כשהוא לעצמו. דרך זו במחשבה, דומה, עלולה לפגוע בעצם קיומו של חוק השומרים, ואין לקבל שכך "נפרש" את ההסדר שבעשה.

אם לא דין החוזים הכללי, נראה שלא נותר לנו לומר אלא זאת, שמחזיק כדין אשר אינו עוד מחזיק כדין, הביא על עצמו שתי אלה: (1) אחריותו כלפי בעל הנכס, בגין אובדן הנכס או היזק לו (היסוד ה"קנייני"), הפכה אחריות מחלטה, וחייב הוא לבעלים בכל נסיבות שהן, בין אם אובדן הנכס (או ניזוקו) נגרמו בנסיבות שחוק השומרים היה מחייבו בו (כשהיה שומר), בין אם לאו⁵⁴; (2) הזכויות שמעניק החוק ל"שומר" (גם הן זכויות "קנייניות") נשללות מאותו שומר-לשעבר^{55, 56}.

תוצאות אלו חמורות, ומטעם זה – לא ניחפו להפוך החוקה כדין להחזקה שלא כדין.

(ב) שמירה היא יחס רצוף בין שומר לבין בעל נכס, ונראה כי בויכוח זה מתנתק, טוב אין הוא עשוי להתאחות מעצמו, כביכול; רק הסכם (בין מראש בין בדיעבד) יגשר על הפער. אם באחת החלטות, ומכל טעם שהוא, שפלוני מחזיק בנכס שלא כדין, טוב לא נראה אותו מחזיק כדין לאחר אותה עת אלא אם הוסכם אחרת. בדוגמת ההחשנה, למשל, אם השימוש במכונת הפך את בעל בית האחסנה למחזיק שלא כדין, לא נראה בו עוד "שומר" גם אם החזיר את המכונת בשלום והוא ממשיך להתחזק בה על-פי תניות ההסכם. הרציפות היא, כך נראה לנו, מעיקרה של שמירה ומרוחו של חוק השמירה; אין לקבל קונסטרוקציה של "שומר לעתים" (או "חליפות"), ולא יהיה זה נכון לבחון את שאלת היותו של פלוני "שומר" רק על-פי המיבחן המצומצם של דרכי ההחזקה בעת המכרעת, בתתעלם מהחזקה שלא

שלא כדין
חופר כדין

53 המסגרת מוגבלת גם מבחינת הזמן, ועם תום מועד השמירה שוב אין החוק תופש (אלא דיני החוזים והנזיקין הכלליים). ראה להלן, § 18 ואילך.

54 השקפת המחוקק שאחריות מחזיק שלא כדין היא מחלטה, עולה גם מהוראת סעיף 2(ג) לחוק: "שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזק, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין". ראה עוד להלן.

55 ניתן לומר, באורח כללי ועל חשבון הדיוק, שכל אשר קונה שומר בחוק השומרים הן זכויות. נקודת המוצא היא, כביכול, שהמקבל נכס מחברו בעיסקת שמירה חייב להתחזיר אותו נכס, וגם הגבלת אחריות השומר (שומר חייגם ושומר שכר) הינה בבחינת זכות.

56 לטוען להחלת דין החוזים ייאמר שזה, אמנם, דין החוזים: לאחר הפרת חוזה אין המפר יכול לפטור עצמו מעצם הפרתו בהסתמך על אירועים שלאחר ההפרה.

כדין שעה לפנייה⁵⁷. גם הנחה זו — שאת הנעשה אין להשיב — מוליכה למסקנה שלא בנקל נראה החזקה כדין הופכת החזקה שלא כדין.

קשר סיבתי (ג) כאמור, החזקה שלא כדין מטילה על המחזיק אחריות מוחלטת כלפי בעל הנכס. בצד הנחה זו נזכור שגם החזקת נכס ע"י שומר מטילה עליו אחריות, הכל על-פי סוג השמירה. אחריות השואל מתקרבת, אמנם, להיותה מוחלטת, אך שומר חנם ושומר שכר אינם אחראים לבעל אלא אם יש קשר סיבתי בין מעשיהם או מחדליהם לבין אובדן הנכס או נזק שאירע לו. פירוש הפיכת החזקה כדין להחזקה שלא כדין, הוא, הטלת אחריות גם באין קשר סיבתי, ועל-כן פתרון השאלה שהצגנו כאן — השאלה באלו נסיבות הופכת תחזקה מ"כדין" לשלא כדין — חייבת להיות תלויה, כך נראה לנו, גם בשאלה אם כללי הקשר הסיבתי אינם מסוגלים לספק לנו תשובה הוגנת למיכלול שאלות מסויים, כך שלא נקבע החמרת אחריות המחזיק ושלילת זכויות ממנו אלא במקרים ראויים⁵⁸.

בדוגמת הכספת, למשל, ניתן לקבוע — על יסוד כללי הקשר הסיבתי ה"ראויים" — שאם נזיק הנכס או אבד בהיותו בארון, יתחייב השומר לבעל, יהיו אשר יהיו הגורמים לאובדן או להזיק⁵⁹; המחזיק ימשיך ויהיה שומר, ההחזקה תמשיך ותהיה שמירה, ואם יחזיר המחזיק את הנכס לכספת, שוב יראהו כשומר המקיים את שהוטל עליו. ראיית הדברים כך, עדיפה בעינינו על שתי החלופות האחרות, דהיינו: (1) על הוצאת המחזיק ממסגרת חוק השמירה ושלילת זכויותיו כולן, גם לאחר שהחזיר את הנכס לכספת, או (2) על חלוקה לשיעורין, שבפרק זמן מסויים לא יראה המחזיק "שומר" (הואיל והחזקתו אינה כדין, כביכול), ובפרק זמן אחר — העוקב את הראשון — ייחשב "שומר".

משמירה לעוולה 18§. על יסוד כל אלה נראית בעינינו האפשרות השלישית — "משמירה לעוולה" — שהיא העושה צדק מירבי לשני הצדדים גם יחד ומאזנת בצורה הוגנת את האינטרסים הנוגדים. כך יימצא לנו, שאפשר ויראו את פלוני כממשיך ומחזיק כדין, כ"שומר", גם שהפר תניה או תניות בהסכם — ואפילו הן מהותיות — ובלבד שלא חייב עצמו בעוולת נזיקין "קניינית".

החזקה אחרי שמירה ואולם אין זה סוף פסוק. עד כאן דיברנו באירועים ובדרכי החזקה תוך מועד השמירה. אחר הוא הדין במקרים בהם ממשיך שומר ומחזיק בנכס לאחר שפקעה השמירה, אף שהבעל נכון לבוא אל שלו⁶⁰. למשל: שוכר חייב להחזיר את נכס השמירה ביום מסויים בשעה פלונית. השעה היעודה חלפה, עברה מחצית שעה נוספת, הנכס לא הוחזר, אך השוכר בדרכו אל הבעל ובכוונתו להחזיר את

57 לא זו בלבד, אלא שאותו "שומר לעתים" יקשה על תחלת הדין, וללא צידוק.

58 על שואל אין חלים אמנם, אותם מיבחני קשר סיבתי החלים על שומרים אחרים, אך מיבחן שלילת הזכויות יחול גם יחול עליו.

59 בבעייתיות זו נדון בפירוש לסעיף 2 לחוק.

60 לדין תחל במקרה שהבעל אינו מקבל את הנכס, ראה סעיף 11 לחוק.

הנכס. באותה מחצית שעה – האם החזיק המחזיק כדין או שלא כדין (הכל, כמובן, בגדרי חוק השומרים)? דומה שאם אמנם פקעה השמירה באותו יום ובאותה שעה⁶¹, תהיה ההחזקה – לאחר המועד – החזקה שלא כדין⁶². שלא כבסוג המקרים הראשון, לא נזקק כאן לכל מיבחן של עוולה בנויקין, וממועד פקיעת השמירה ואילך תהיה אחריות המחזיק מוחלטת ותישללנה ממנו זכויות החוק⁶³. נזכור שכל כללים אלה כולם כפופים להסכם או להסדר מיוחד בדין⁶⁴.

נוסף ונסביר את הדברים בהערות מספר.

19 § 1. המבחן הכפול שהעלינו – אחד החזקה ודרכיה תוך מועד השמירה, ואחד החזקה אחרי שמירה – נגזר, למעשה, מאותן תכונות יסוד שמגינו בדיבור "כדין": יחסיות המושג בין בעל נכס לבין מחזיק, והחזקה בזכות מכוח הבעל, מטעמו או כלפיו. הדיבור "[החזקה] כדין" אין לפרשו במובנו המצומצם ואין הוא כולל גם דרכי החזקה – בדוגמת הכספת, למשל, שאם הנכס מחזק בכספת ההחזקה היא כדין, ואילו אם מחזק הוא בארון ההחזקה אינה כדין. גם אם מחזק הנכס בארון, ההחזקה בתורת שכו – עצם ההחזקה, המשך השליטה על הנכס – היא בזכות ומכוח הבעל. שומר, גם אם מפר הוא תניה בהסכם השמירה, ואפילו מהותית היא, עדיין ממשיך הוא ומחזיק בנכס – החזקה בתורת שכו – על דעת הבעל. המושג החזקה "על דעת הבעל" יתרון מתוכן רק בעשות המחזיק עוולה, שכן כאן שוב לא יהיה מקום לדבר על החזקה בזכות ומכוח הבעל. אחר הוא דין המחזיק לאחר פקיעת השמירה. הנחת היסוד היא, שהבעל לא הסכים ואינו מסכים להחזקה, עצם ההחזקה שוב אינה בזכות או מטעם הבעל, ועל כן המשך ההחזקה בנסיבות אלו אינו כדין.

2. חוק השומרים עניינו באספקט ה"קנייני" של השמירה – בנכס השמירה גופו – ועיקרו אובדן הנכס או היוזק לו. מכאן, כאמור, שהפרת תניה מהסכם השמירה (במקום שיש הסכם) תוך מועד השמירה, אין בה, כשהיא לעצמה, כדי להפוך שומר למחזיק שלא כדין. אין באמור, כמובן, כדי לשלול סעד מבעל הנכס (כלפי השומר) בדין תחזים, אך סעד זה לא יהיה "קנייני" אלא "חוזי", לאמור:

- 61 ושאלה זו תיחתך לבר חוק השומרים.
62 נזכור שאי החזרת נכס לבעל עם פקוע השמירה, אינו, כשהוא לעצמו, עוולה. ראה: חשין, שם, 101 §, 104, 115.
63 אחד המאפיינים עוולת גזל או עוולת עיכוב נכס שלא כדין היא אחריותו המוחלטת של העוול, אך לא כל הטלת אחריות מוחלטת פירושה עוולה. גיבורנו חייב באחריות מוחלטת אך אינו עוול (בנויקין). נפקות האחריות היא למקרה של אובדן הנכס או היוזק לו, וכן לשלילת זכויות המחזיק על פי חוק השומרים, אך לעניינים אחרים שונת דינו מדיו הגולן. כך, למשל, אם מבקש גזלן להחזיר את נכס הגזילה לבעל, אין הבעל חייב בכל מקרה להיענות להצעה; דין המחזיק בעניינינו אינו בהכרח זהה.
64 למשל: נקבע בהסכם מחייב שבהפרת כל תניה, או סוג תניות מסויים, יפקע הסכם השמירה, או, שחייב השומר להחזיר את הנכס לבעליו, ובאיחור כלשהו – ויהיה זעיר ככל שיהיה – יפקיע עצמו ממעמד השומרים ויהפוך מחזיק שלא כדין (או שלא עוד תחולנה הוראות החוק).

שמירה ושומרים

המדובר יהיה בדמי נזקים בכלל, להוציא אותם נזקים המשמשים נושא לחוק השומרים, נזקים ה"מעוגנים" לנכס השמירה, כולו או חלקו⁶⁵. כך בשאלת דמי נזקים וכך לעניינים אחרים, כגון זכות הבעל לסיים את הסכם השמירה עם שהשומר מפר את ההסכם הפרה "מהותית". במקרה זה יהיה הבעל זכאי לדרוש את החזרת הנכס להתקנתו, ובהתקלו בסירוב יקנה זכות בעוולת הגזל או בעוולת עיכוב נכס שלא כדין, בהתאם לענין. יסוד ה"קנייניות" בחוק השומרים מאיר גם את הדיבור "[החזקה] כדין". "כדין", קרי: מבחינה "קניינית" (בלשונו לעיל – החזקה בתורת שכור); מכאן שהיפוכו – שלא כדין – גם הוא יפורש על דרך זו, ושלא כדין מבחינה "קניינית" פירושו הוא: עוולה. כך תוך מועד השמירה; לאחר פקיעת השמירה, מאידך גיסא, ההחזקה בנכס היא שלא כדין מבחינה "קניינית", גם אם לא נעשתה עוולה.

פניו לחוק 3. המקבל נכס בשמירה ומחזיק בו לאחר מועד השמירה, מאבד את זכויות חוק השומרים, והנכס באחריותו המוחלטת גם אם אין הוא חייב בעוולה. שאלת מועד פקיעת השמירה – שלאחריו ההחזקה היא שלא כדין – היא לבר חוק השומרים ואינה מעניינתו כאן. דומה עם זאת, שראוי להוסיף מספר מלים בענין זה. § 20. צדדים להסכם רשאים לקבוע את תניות ההסכם כרצונם, לחסר מהוראות החוק או להוסיף עליהן, להחמיר את אחריות השומר או להקל מעליה, להעניק זכויות נוספות למחזיק או לגרוע מהזכויות המנויות בחוק. משקבעו כך מפורשות – יחול ההסכם ויחייב, בין מבחינה "קניינית" בין מבחינה "חוזית". אם, בתורת משל, נקבע מפורשות בהסכם שהשומר חייב להחזיר את נכס השמירה ביום פלוני בשעה אלמונית, וכי כל איחור – יהיה טעמו אשר יהיה – יחייב את המחזיק באחריות מוחלטת לבעל, יתפוש ההסדר ויחייב ככתבו וכלשונו⁶⁶. משלא פורשה הכוונה, ענייננו במציאת הכוונה "מכללא", דהיינו: לבקש הסדר צודק וראוי.

בתינו את הדעת להנחיות אלו, יימצא לנו שפתרון השאלה בדבר מועד פקיעת השמירה – מכל מקום לענין הכרעה בשאלה אם ההחזקה היא כדין או שלא כדין – אינו חד וחלק. כך, למשל, בדוגמת השוכר המאחר, דומה – לכאורה, לפחות – שלא הרי מי ששכר נכס לשנה ומאחר (או עומד לאחר) להחזירו בשלוש שעות, כהרי שוכר ששכר נכס לחצי שעה ומאחר להחזירו בשעה אחת. במקרה השוכר לשנה, קרוב להניח – בהיעדר כוונה מפורשת אחרת – שהשוכר יתחייב (לכל היותר) בדמי שכירות נוספים כדי האיחור (לאמור: "במסגרת החוזית"). במערכת מעין זו יהיה ליבנו פתוח לקונסטרוקציה של הארכת החוזה "מכללא", ותוצאת הדברים תהיה זו, שבאותן שלוש שעות לא יראו את השוכר מחזיק שלא כדין (החזקה הגוררת אחריות מוחלטת במסגרת ה"קניינית")⁶⁷. בדוגמת השוכר לחצי שעה אפשר שאחר יהיה הדין.

65 השווה: חשין, שם, § 208. כך, למשל, מזביל שאיבד את נכס השמירה בנסיבות המטילות עליו אחריות כלפי המשלה, חייב בקנין על-פי חוק השומרים, ועלול להתחייב במשפט החוזים גם כן, או בעשיית עושר ולא במשפט, לענין דמי המשלוח.

66 הואיל ושאלת מועד פקיעתה של השמירה אינה מעניינתו של חוק השומרים, שוב נשלטת היא, בין השאר, ע"י דין החוזים הכללי. מכאן שחיוב ההסכם "ככתבו וכלשונו" עשוי להיות כפוף לדוקטרינות של דיני החוזים, לרבות לדוקטרינה של סיכול.

67 השווה: חשין, שם, § 236.

עולה וקניז 4. בודאי לא יימצא חולק על כך שהחלופה הראשונה להפיכת שומר למחזיק שלא כדין (הפרת חניה סתם) אינה עשויה להתקבל, והשרות ביניהן על השלטון הן החלופה השנייה (הפרת מהותית) והחלופה השלישית (עוולת נזיקין). עדיפה בעינינו החלופה השלישית מהטעמים שהעלינו כבר ומטעם משלים זה: וודאי הוא שמעשה או מחלל הבאים בגדרי עוולות הקניז למיטלטלין – המדובר הוא, בעיקר, בעוולות גזל ועיכוב נכס שלא כדין – יעלו הפרת מהותית של הסכם. מכאן שההבדל בין שתי החלופות הוא לגבי אותו תחום שבכלל הפרת מהותית הוא ולכלל עוולה לא הגיע, ונפקותו הטלת אחריות מוחלטת גם באין עוולה. ואולם, אם החוקה שלא כדין פירושה, אמנם, אחריות מוחלטת, הלא דין הוא שהמחזיק יהיה ראי שתוטל עליו אחריות זו? והאם לא סיפק לנו המחוקק נורמות התנהגות ראויות אלו בפקודת הנזיקין – גם אימתי ראוי להטיל אחריות מוחלטת (קרי: מעשה העולה עוולת קניז) וגם אימתי אין הדבר ראוי? ואמנם, לא תהיה זו, לדעתנו, מדיניות משפטית נכונה להוסיף קטיגוריה משפטית חדשה – לענין הטלת אחריות מוחלטת – על אלו הידועות לנו מדין הנזיקין. תחומי השמירה והנזיקין ישיקו, ושומר לא ינצל מזכויות ("קנייניות") המעניק לו חוק השמירה אלא אם עבר את הגבול – אל הנזיקין. יכול אדם להתחיל ולהחזיק בנכס כדין או שלא כדין; וכשם שמראש אין אדם נרשא באחריות מוחלטת – בשל החוקה שלא כדין – אלא אם עשה עוולה, כך יהיה גם אם החל מחזיק כדין. מדברים אלה עולה מעצמה ההבחנה בין החוקה תוך מועד השמירה לבין החוקה לאחר פקיעת השמירה.

5. שומר שעשה עוולה "קניינית" בנכס השמירה – תוך מועד השמירה – או המשיך להחזיק בנכס לאחר פקיעת השמירה, שלל מעצמו במעשהו זה אותן זכויות שמעניק לו חוק השומרים; בעל הנכס, מאידך גיסא, יכול וזכאי להסתמך על אחריות המחזיק מכוח אותו חוק. חיובי השומר נסמכים לתחילת החזקה כדין⁶⁸, והבעל רשאי להמשיך ולראותו שומר, ובלבד שהוראות החוק הן ביסוד קובלגתו⁶⁹. וכך, אם היה המחזיק שומר חנם, לא יהיה הוא חייב לבעל, על-פי החוק, אלא אם התרשל וגרם לאובדן הנכס (סעיף 2(א) לחוק); ואילו אם נזק הנכס שלא בגסיבות המטילות חיוב על שומר חנם, והבעל מבקש בכל זאת לחייב את המחזיק, שוב אין הוא יכול להסתמך על חוק השומרים. העילה לחיוב תהיה עילה לברי-החוק, וממילא אין מקום להוראות החוק. בתובענה מעין זו המתוארת, למשל, לא תתפוש מאלה הוראת סעיף 13 לחוק, לפיה בעל נכס הוא כל מי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילו⁷⁰.

שלא מכוח בעלות

21 § לקיום שמירה אין די בהחזקת נכס "כדין"; ההחזקה חייבת להיות גם "שלא מכוח בעלות". "בעלות" היא אותה בעלות של המשפט האזרחי הכללי, ונסתפק בהפנייה אל הגדרת הבעלות בסעיף 2 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969⁷¹.

68 השווה: שם, 231 § ואילך.

69 לבעייתיות דומה, ראה: שם, 233 §.

70 עם זאת יתפוש את מקומו כלל דומה (או אף זהה); ראה: שם, 117 §.

71 פה"ח, תשכ"ט, 259: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

בעלים שהשכיר נכס לתקופה קצובה וחזר ושכר אותו נכס בשכירות-מישנה, מחזיק בנכס "שלא מכוח בעלות", גם שהבעלות היא, בעקיפין, ביסוד ההחזקה. "שלא מכוח בעלות", פירושו: שלא מכוח זכות הבעלות במישרין. בדוגמה המובאת, לא זו בלבד שלענין שכירות המישנה הבעל הוא שומר כלפי השוכר, אלא שהשוכר הוא — לענין אותה עיסקה — "בעל הנכס" כלפי הבעל האמיתי.⁷²

החזקה בנכס מכוח בעלות אינה שמירת נכס. הלווה כספים מחברו אינו שומר, באשר החזקתו בכספי ההלוואה היא מכוח בעלות. גם בנק ה"מחזיק" בכספי לקוח ב"פקדון" (למשל, בחשבון עו"ש) אינו שומר.⁷³ ואולם אם, למשל, העברת שטרי כסף מהחזקה להחזקה לא נעשתה לשם הקניית הבעלות בהם, אלא לפקדון בעין, תהיה העיסקה שמירה והמקבל שומר. השאלה איזה שומר הוא המחזיק תלויה, כמובן, בסוג העיסקה, קרי: בכוונת הצדדים; אם קיבל המחזיק את הכסף בלי ליתן תמורה, כדי להתנאות בו ולהחזירו בעין — שואל, ואם כדי לשומרו, כטובת, עבור הבעל — שומר חנם.

בהעברת נכס "מיד ליד" (גם ללא מסירה ממש) השאלה היא, איפוא, דרכי העברת בעלות
אם נעשו הדברים בכוונה להקנות בעלות למקבל, אם לאו. פלונית שלווה כוס סוכר משכנתה (עיסקת Mutuum) אינה שומרת והחזקתה בסוכר אינה שמירה; מחזיקה היא בסוכר מכוח בעלות וחזק השומרים אינו תופש בה (כך, למשל, חיובה להחזיר כוס סוכר הוא מוחלט). השאלה אם עברה הבעלות למקבל תלויה, כמובן, בכוונת הצדדים להסכם, בין אם מפורשת היא ובין אם נלמדת היא מכלל נסיבות הענין. סוכן המקבל ספרים למכירה "בקומיסיון", אפשר שמחזיק הוא בספרים כשומר, "שלא מכוח בעלות", ואפשר שמחזיק הוא בהם מכוח בעלות, הכל לפי ההסכם בינו לבין המו"ל.

§ 22. חיי המעשה אינם גזורים על-פי מידות הדין; העקרון ידוע והחלתו קשה. אבותינו שאלו בפשטות: האם קיבל הטוחן על עצמו להחזיר לאיכר קמח העשוי מאותן חיטים שנמסרו לטחינה (טוחן-שוכר), או כמות קמח מתאימה, מאותו טיב ומאותו זן חיטה (טוחן שאינו שומר). חיינו-אנו מסובכים ומעודנים יותר. ואלה תנאי ההסכם בין מו"ל לבין מפעיל: המו"ל מוסר ספרים למפעיל; המפעיל מוכר ספרים וזכאי ל-20% מהתמורה; המפעיל זכאי להחזיר למו"ל ספרים שאינו מוכר; עד להסדר החשבונות, מעת לעת, מחייב המו"ל את המפעיל, בספרי החשבונות, ב-80% ממחיר השוק של הספרים אותם הוא מוסר למפעיל; עם שהסוכן מחזיר ספרים למו"ל, או מוסר לידו מזומנים שקיבל בתמורה למכירות שעשה ("מזומנים שנתקבלו בתמורה וכו'") נאמר, "מזומנים" סתם לא נאמר, מזכה המו"ל את המפעיל בסכום המתאים. המחזיק המפעיל

72 כך גם במשפט הפלילי (ראה: סעיף 263(2)(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936, וכן: *Rose v. Matt* [1951] 1 All E.R. 361. אין פירוש הדברים שהשוכר זכאי לגבות מהבעל האמיתי פיצויי נזקים כמו היה הוא הבעל האמיתי. זכות השוכר לפיצוי תהיה מוגבלת, הלכה למעשה, לאיגטרס שלו בנכס. השווה: חשין, שם, § 210.

73 פלוני קיבל מאלמוני 1000 ל"י והתחייב שלא להוציא מהקדן אלא 100 ל"י בחדש. אם לא נקבע מפורשות שהקדן תישמר בעין התחייבותו של פלוני אינה אלא בתחום החיובים, פלוני אינו שומר והעיסקה אינה שמירת נכס.

בספרים "שלא מכוח בעלות" ? האם החיוב בספרי החשבונות שקול כנגד העברת הבעלות בספרים למפיץ – ובמקרה זה אין המפיץ שומר והחזקתו אינה שמירה – או אולי נעשה אותו חיוב "לצורכי פנקסנות" ? האם החזרת ספרים ע"י המפיץ למז"ל היא "מכר חוזר", או שמא אינה אלא החזרת נכס ע"י שומר לבעל ?

העקרון ברור וידוע, אך עיון בדוגמה ילמדנו מה דק עשוי להיות קו הגבול – בחיי המעשה – בין הסכם שמירה לבין הסכם שאינו שמירה. אכן, גם כאן, כבמקומות אחרים במשפט, חרש הצדק וחוש המעשה ינחו אותנו בדרך. נזכור עוד זאת, שפירוש הסכם כך או אחרת, אצילה לו, בין במישרין בין בעקיפין, על תחומי משפט אחרים גם-כן, למשל לענין המשפט הפלילי (גניבה ע"י סוכן).

23§. האם מיבחן הבעלות הוא "אובייקטיבי" או "סובייקטיבי" ? קניתי נכס בחנות ושילמתי עבורו בנסיבות שהועילו להקנות לי את הבעלות. המוכר ארז ומכר לידי – בטעות – נכס אחר, ובכיתי אני מגלה מה שאירע. לאחר גילוי הטעות, כך נראה, מחזיק אני בנכס כשומר (בהנחה שאני מתכוון להעמיד את המוכר על טעותו). ואולם גניח שלא גיליתי את הטעות ואני משתמש בנכס כמו היה שלי ; או, שהנכס אבד או ניזוק לפני שגיליתי את הטעות. עד גילוי הטעות – האם החזקתי בנכס "שלא מכוח בעלות", כ"שומר" ?⁷⁴ ביטלה זו יש פנים לכאן ולכאן, וכינינו בנתון זה או אחר עשוי לשנות את התשובה. נגלה ונאמר כי לענין הדוגמה שהבאנו נוטים אנו להשיב על השאלה בחיוב.

שמירת נכס – סיכום

24§. שלושה תנאים – ושלושה תנאים בלבד – מעמיד המחוקק לקיומה של שמירת נכס : (1) החזקה ; (2) כדין ; (3) שלא מכוח בעלות. כל מערכת הממלאת אחרי שלושה תנאים אלה היא שמירת נכס, ואין נדרש כל תנאי נוסף לקיומה. "שמירת נכס" אינה אלא שם וקיצור-לשון למערכות עובדה מסוימות המקיימות שלושה תנאים כאמור בחוק, ומשמשת מעין מכנה משותף (מכוח הדין) לטיפוסי עסקות ומערכות הידועות לנו מחיי היזמיות (שכירות, שאלה) ולמערכות או לעסקות שהחיים יולידו (כך, למשל, לפני היות השכירות-מכר)⁷⁵. עמדנו על שלושת התנאים אותם הציב החוק ; נסקור בקצרה מספר תנאים שהחוק לא העמיד.

שמירה הסכם קיומה של שמירה אינו תלוי בהסכם, ומכאן שגם מוצא ישר וגם שומר-שלא-לרצונו (involuntary bailee), למשל, הם שומרים, והחזקתם היא שמירת נכס⁷⁶.

יטען הטוען, שאם אמנם החזקת נכס ע"י מוצא ישר היא שמירת נכס, כיצד זה ביטל המחוקק, בסעיף 15 לחוק, את הספר הששי של המגלה, אך את סעיף 770, שעניינו

74 הנחתנו היא, כמובן, שלא קניתי זכות בעלות בנכס שנשלתי עמי. כן מתעלמים אנו מטיעונים אפשריים אחרים, כגון מניעות.

75 ראה עוד לעיל, 2§.

76 ראה גם את דברי ההסבר להצעת החוק: ה"ח, תשכ"ו, עמ' 53.

מציאה, על תילו השאיר? אמור מכאן, שהחוקת מציאה אינה שמירת נכס, וממציאה נלמד גם למיני החוקה אחרים שמקורם אינו בהסכם. טענה זו אינה נראית לנו. הערת השוליים לסעיף 770 הנזכר היא "ההכרזה במציאה", ובגופו נאמר: "המוצא מציאה חייב להכריז עליה, והיא משמרת בידו עד אם נמצאו הבעלים. באדם ונתן סימנים תוכיח שהיא שלו, חייבים להשיב לו". הוראת מחוקק המגילה, לא זו בלבד שהיא עולה בקנה אחד עם סיווג המציאה כשמירה, אלא שעל פניה מנוגדת היא לטענת המשיג. ראשית, סעיף 770 עצמו קובע שהחוקה במציאה היא "משמרת"; אמנם, המדובר במשמרת של המגילה, אך אותה משמרת זוהי, למעשה (על-פי השקפתנו), ל"שמירת נכס" שבחוק השומרים.⁷⁷

שנית, והוא עיקר: סעיף 770 קובע הוראת חוק מהותית החלה על מציאה – כסוג מיוחד של שמירת נכס⁷⁸; וכשם שלא יעלה על הדעת לומר שמקבל נכס במשכון אינו מחזיק בו ב"שמירת נכס" רק מטעם זה שיש חוק המיוחד עצמו למשכון, כך המחזיק במציאה. סעיף 770 אינו אלא משפט המוצא, ומקומו – לענין המציאה – מקביל בשיטת המשפט למקומו של חוק המשכון לענין משכון. היחס בין חוק השומרים לבין הסדרי החוק האחרים (ובהם משפט המוצא ודין המשכון) נקבע בסעיף 14 לחוק השומרים⁷⁹, ואמנם, אותן "הוראות מיוחדות" הבאות "בדין אחר" – כלשון סעיף 14 לחוק השומרים – אין כל יסוד לייחודן לדין אחר שעניינו הסכם דווקא; הוראת הסיפה לסעיף 14 מגבילה, אמנם, את הוראות חוק השומרים, "[באין] כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים", אך במה דברים אמרים "ההסכם", אלא במקום שיש הסכם, ואילו במקום שאין הסכם תחול הוראת הדין המיוחד – אם יש דין כזה, ובהיעדרו – הוראות חוק השומרים.

שלישית, חוק השומרים ביטל אותן הוראות במגילה שהטילו אתריות על המוצא⁸⁰, ומכאן שהאמירה "היא משמרת בידו עד אם נמצאו הבעלים", כמו בשארה תלויה על בלימה. האמנם אין מוצא אחראי כלל למציאה? אלא שחוק השומרים קובע את אתריותו.

25§. השגה נוספת תתמוך עצמה בשומר – (או: מחזיק) – שלא-לרצונו, כפלוגי ששלחו לו סחורה "לבחינה", ופלוגי לא זו בלבד שלא ביקש את הסחורה אלא גם אינו רוצה בה. עד שאותה סחורה חוזרת לבעליה – מה דין המחזיק?⁸¹ יאמר האומר, שאין

77 מכל מקום, אין באמירה זו של מחוקק המגילה כדי להוציא את המציאה מגדרי "שמירת נכס". זו הוראת סעיף 762 למגילה (בוטל): "משמרת היא דבר הנמצא ביד מי שהחזיק נאמן. אחד משמרת מתוך קשר של שמירה – כגון פקדון – ואחד משמרת אגב קשר אחר – כגון מושכר ומושאל – או שנתגלגלה משמרת ליד אדם שלא במתכווין ושלא מתוך קשר כלל, כגון שהשליך הרוח לתוך ביתו של אדם מכנסי שכנו, והואיל ולא היה בזה קשר, אין אותם נכסים פקדון, אלא משמרת".

78 כך גוף ההוראה וכך הערת השוליים. ואמנם, עיקרו של סעיף 770 הוא בחיובי המוצא, ואילו הקביעה שהמציאה היא "משמרת" ... עד אם נמצאו הבעלים" אינה, בעיקרה, אלא חזרה על שנאמר כבר בסעיף 762.

79 ראה ה"ש 24 לעיל.

80 סעיף 768 למגילה (בספר הששי): "משמרת, אין בה אתריות לנוק. כלומר, משמרת שאבדה, או הוזקה שלא על ידי מעשיו ופשיעתו של הנאמן, הרי הוא פטור מנזקה".

81 אין מחסור בדוגמות נוספות (גם אם אין המדובר בשומר-שלא-לרצונו כהוראתו הטכנית

זה דין לראות את המחזיק כ"שומר" – ולו כשומר חנם – ולהטיל עליו חובי "שומר".
הואיל ומיעוט חובי החוק הוא בשומר חנם, מאלה מתבקשת המסקנה שאין החוק
חל אלא בהסכם, שכן רק במקרה זה – כך יטען הטוען – ראוי שנחייב מחזיק באחריות
(מה גם שבמקרה השומר-שלא-לרצונו נמנעת מהמחזיק האפשרות להגביל את
אחריותו).

גם השגה זו אינה נראית לנו, ומשני טעמים עיקריים אלה. ראשית, הוראות חוק
השומרים חלות, כאמור, "כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון" (סעיף 14
לחוק). והנה, אם יש בדין אחר הוראות מיוחדות לענינו של שומר-שלא-לרצונו⁸²,
שוב תחולנה אותן הוראות, והשומר-שלא-לרצונו לא יימצא נפגע ע"י הוראות חוק
השומרים (שכן ההוראות המיוחדות בוודאי מתאימות עצמן למערכת)⁸³.

שנית, שומר חנם חב חובה לבעלים בגין רשלנות (סעיף 2(א) לחוק), וכפי שנראה
בפירושו לסעיף זה, אותה חובה הטמונה בדיבור "רשלנות", מעצם טיבה גמשה היא
ומתאמת עצמה לגסיבות כל ענין וענין, לרבות לנסיבות המיוחדות של שומר-שלא-
לרצונו. אכן, אין החוק מכיר – כשיטות משפט אחרות – ב"רשלנות" מזה וב"רשלנות
חמורה" מזה, אך גם כך אפשר שנגיע לתוצאות דומות, אפילו זהות, בהחלה מקובלת
ולגיטימית של "החובה הראויה" ודרכו של "האדם הסביר". חובה שחב לבעלים שומר
חנם סתם – פלוני שעשה עצמו שומר בהסכם – אינה בהכרח זהה, מבחינת עוצמתה,
לחובה שחב לבעלים שומר-שלא-לרצונו⁸⁴. סגירת המעגל יכולה שתבוא בהיזקקות
להוראות סעיף 11 לחוק, ובו תימצא, כנראה, הדרך הראויה שנראתה למחוקק כדי לאון
בין האינטרס הקנייני של הבעל, מזה, לבין האינטרס של השומר, מזה.

§ 26. לקיזמה של שמירה אין זה תנאי מוקדם שהשומר יקבל את
שונות הנכס מידי הבעל דווקא, או כשומר דווקא. עוד אין "שמירת נכס", כשהיא לעצמה,
משמיעה חוב להחזיר את הנכס לבעל, למוסרו לאדם שלישי, או לעשות בו פעולה
כלשהי ובכל עת שהיא. גם שאלת לידתה של שמירה וגם שאלת פגיעתה אינן – כשהן
לעצמן – ענין לחוק השומרים. שמירת נכס היא מצב נחון (אם גם מתמשך), ואין היא
מעסיקה עצמה בדינמיקה של תחילת השמירה (הסכם או אחרת) או של סיומה (חוב
השומר להחזיר נכס לבעל או אחרת)⁸⁵. מטעם זה, למשל, נסווג עיסקת שכירות-מכר

במשפט האנגלי). נזכיר אותו שומר חנם שנתבקש לשמור נכס מספר ימים, הבעל
אינו חוזר לקבל את הנכס ועקבותיו נעלמים. אז: מוסרים בבית סחורה המיועדת לאדם
אחר, ואין באפשרותי להיוודע מיהו השומר ומיהו הנשגר.

82 נזכר ש"דין" – כהוראתו בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] – כולל גם את
המשפט המקובל.

83 ואילו אם אין הוראות מיוחדות בדין אחר, מה מנייהו עדיף: להחיל את חוק השומרים
על המערכת ולנסות להתאימו לנסיבות, או להשאיר את הדבריות בלא כל הסדר בחוק?
84 אחד היסודות ב"חובה" (ראויה) הוא מידת הסיכון שבעל הנכס מוכן לנטול על עצמו.
ה"חובה" אינה סטטית וקבועה מראש, וביטוי לדבר גם בסעיף 2(ב) לחוק, המדבר ב"..."
נסיבות שלא היה עליו [על השומר] לתזון מראש...".

85 שאלות תחילתה וסיומה של שמירה ענין הן להסדרים המיוחדים של סוגי השמירה
השונים: שכירות, משכון וכיו"ב. והשווה, חשין, שם, § 10 ה"ש 40, 42.

שמירה ושומרים

כ"שמירת נכס", גם שאפשר והשוכר-הקונה לא יחזיר את הנכס לעולם לבעליו⁸⁶. הוא הדין בסוגי תניות אחרים בהסכם, כגון אם רשאי שומר לעשות שינויים בנכס השמירה, ואפילו אם רשאי הוא להשמידו⁸⁷. כל אלה אינם לענין, מקום שמדברים בקיומה או באי-קיומה של "שמירת נכס".

דין בחוק השומרים, כשהוא לעצמו, אינו מעלה בעיות שנתעוררו במקומות אחרים (על כל פנים — לא באותה חומרה), כגון השאלה אם יש לסווג "שמירת נכס" בגדרי משפט החוזים או דין הנזיקין⁸⁸.

השומרים למיניהם

שלוחה שומרים 27 § קובע סעיף 1(ב)–(ד) לחוק וזו לשונו:

שמירה ושומרים 1. (א)
(ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חנם.
(ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיגו שואל, הוא שומר שכר.
(ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל.
שדה השמירה כולה נחלקת בין שלושה מיני שומרים — "שומר חנם" (סעיף 1(ב) לחוק), "שומר שכר" (סעיף 1(ג)), "שואל" (סעיף 1(ד)) — וכל המחזיק בנכס כדין שלא מכוח בעלות, כל "שומר" ימצא עצמו באחת משלוש החלקות. התחומים צמודים זה אל זה ואין כל חפיפה ביניהם; אך אפשרות, דרך משל, שאדם יהיה — בעת ובעונה אחת — גם שומר חנם וגם שומר שכר של אותו נכס. עיון קל בחוק מלמד שסיווג השומרים מושתת על עקרון "טובת ההנאה" שיש (או אין) לשומר בשמירת הנכס.

ארבע הוראות אחריות
החוק קובע סוגי שומרים, ובמקביל מטיל הוא אחריות על שומרים לשלימות נכס השמירה. האחריות מדורגת בחומרתה, ועומדת ביחס ישר — בערך ובקירוב — לטובת ההנאה של השומר בשמירה: ככל שמתעצמת והולכת טובת ההנאה לשומר, כן גוברת והולכת אחריותו לנכס השמירה⁸⁹. אבות השומרים

86 בין חכמי המשפט האנגלי יש שאינם רואים שכירות-מכר כ-"pure bailment". הואיל ולדעתם הגדרת ה-bailment מחזיקה אף את יסוד הסיום, כותזורת הנכס לבעלים או מסירתו לאדם שלישי.

87 אבל ראה §§ 21–22 לעיל. תניות מסוג זה עשויות להוליך למסקנה שהבעלות בנכס עברה ומכאן שלא נולדה שמירה.

88 השווה: חשין, שם, § 72. אבל ראה דיוגנו בסעיף 2 לחוק.

89 זה לשון סעיף 2 לחוק:

אחריות שומרים 2. (א) שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.
(ב) שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לתזותן מראש ולא יכול היה למנוע

כפי שראינו הם שלושה, אך אמהות האחריות הן ארבע. ואלה השומרים מנקודת ראות הוראות האחריות (מהאחריות הקלה אל הכבדה):

- (1) שומר חנם (סעיף 2(א) לחוק);
- (2) שומר שכר, כשהמטרה לשמור על הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו (סעיף 2(ב) סיפה);
- (3) שומר שכר, למעט שומר שכר הנופל בגדרי הסוג השני (סעיף 2(1) רישא); הלכה למעשה: שומר שכר, כשהמטרה לשמור על הנכס היא המטרה העיקרית של החזקתו;
- (4) שואל (סעיף 2(ג) לחוק).

שומרים ואחריות: 28§. מה בין שלושה השומרים לבין ארבע הוראות האחריות? יטען פרשנות

הטוען: שני שלבים הם בחשיבה, וכל שלב יידון בנפרד מחברו. בראש וראשונה שומה עלינו לפרש את הגדרות השומרים, ולהציב את הגבולות בין התחומים שהוקצו לכל שומר ושומר. בשלב חשיבה זה לא נזקק אלא להגדרות שבסעיף 1(ב)–(ד) לחוק. לאחר שגלמד כך להבדיל בין שומר לשומר, תעלינה מאליתן – כמו מעשה-מוכני – הוראות האחריות הנלוות אל כל שמירה ושמירה. משל למה הדבר דומה, לשלוש דלתות הקבועות בפיתחי שלושה חדרים; על הדלת האחת כתוב "שומר חנם", על הדלת השניה – "שומר שכר", ועל השלישית – "שואל". משנקבע כי פלוני הוא שומר חנם, יבוא אל חדרו וימצא רשום בו את משפט שומר החנם, כאמור בסעיף 2(א) לחוק (שומר שכר ימצא שחדרו מחולק שוב לשני חדרים; ואם תרצה – שני חדרים הם לשני מיני שומר השכר). האמנם?

דומה שחובה עלינו לראות, לפרש ולנתח את החוק כמעשה אחד בכוונה תחילה, ולא נוכל לברור פירוש הולם לדיבור "טובת הנאה לעצמו" (למשל), אלא אם נדע מראש את התוצאות הנגזרות מאימוץ פירוש זה או אחר. טעם הדבר הוא, שאותן תוצאות גילוות עשויות להשפיע (לאחר, כביכול) על פירוש הגדרות השומרים ועל שיוכן של מערכות מסויימות למשפחת שומרים זו או אחרת. ואמנם, עיקר הסיווג לשומרים פועלו על סוגי האחריות השונים⁹⁰, ולא יהיה זה נכון וראוי להתעלם מההוראות האחריות עת עוסקים אנו בסיווג השומרים. שלושה מיני השומרים וארבע הוראות האחריות ירדו לעולם כרוכים ושלובים אלה באלה; מיקשה אחת הם ועל-כן יפורשו ויבוארו בצמוד אלה אל אלה. לא נדע אם הכנסנו את פלוני לחדר שנבנה עבורו, אלה אם הצצנו דרך החלון האחורי ומצאנו מה מצפה לו.

תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס היתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו.

(ג) שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין.

(ד) ".....".

ראה עוד סעיפים 2(ד), 3, 4, 7 ו-11 לחוק.

90 סעיף 2 לחוק. תוראה בעלת חשיבות שולית, יחסית, תימצא בסעיף 8(א) לחוק.

שמירה ושומרים

על שתי אלה, איפוא, נבנה את בנייני השומרים: בראש וראשונה, על ההגדרות שבסעיף 1 לחוק, וכעזר ניתן דעתנו על הוראות האחריות הדבקות בכל שומר ושומר.

כאמור, ברית התיכון בסיווג השומרים היא טובת ההנאה שיש לשומר בשמירה, ותחילה ביקשנו לומר ששלשה סוגי שמירה הם בחוק השומרים: שמירה שטובת ההנאה בה היא לבעל בלבד (שמירת חינם); שמירה שטובת ההנאה בה היא לשומר בלבד (שאלה); שמירה שיש בה טובת הנאה גם לשומר גם לבעל (שמירת שכר). אף שהסיווג נוח ויעיל, חזרנו בנו מדעתנו מן הטעם הפשוט שלא זה דרכו של החוק. אין חולק שהסיווג המשולש עשוי לשמש כלי-עזר יעיל במקרה המתאים, אך נסרב להכניס אל החוק, כבר בתחילת הדרך, אבן-בוטן ראשונית שהמחוקק עצמו לא נוקק לה²⁹. נוותר איפוא על הבעל ונרכז עצמנו, כדרך החוק, בגיבור האמיתי, בשומר. עקרון חלוקת טובת ההנאה ישמש לנו רק כמבחן-עזר ובמקום המתאים. נעבור לניתוח הגדרות השומרים וננסה למצוא הנחיות כלליות לפירוש.

שומר חינם

29§. "השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חנם" (סעיף 1(ב) לחוק).

ניתן דעתנו לכך, שאין נפקא מינה אם מטרת השמירה היא לשמור על הנכס, ותו לא, או אם צמודה השמירה — או אף טפלה — לשירותים אחרים אותם גותן שומר החינם לבעל (סוס והאכילן, מכונית ותיקנה, תמונה ואיבקה). טובת ההנאה היא עיקר; אין לשומר טובת הנאה בשמירה — שומר חינם הוא, ואילו שומר שיש לו בשמירה טובת הנאה לעצמו, יהיה שומר שכר או שואל. בין השומרים כולם, אחריות שומר החינם היא המעטה ביותר, וטעם הדבר הוא בהיעדר טובת הנאה לשומר. דגם לשומר חינם: הבעל נוסע לחו"ל, ומבקש משכנו הטוב לשמור עבורו על נכס מסויים עד שיחזור לביתו. השכן הטוב הוא שומר חינם באשר אין לו בשמירה טובת הנאה לעצמו. מוצא אבידה גם הוא שומר חינם, וכן גופל באותו תחום, כעקרון, כל המחזיק נכס בטעות או שלא-לרצונו.

30§. מהי אותה "טובת הנאה", שהיעדרה עושה אדם שומר חינם וקיומה עושה שומר שכר או שואל? להלן נבקש לפרש את המושג, וכן נעלה כמה הנחיות להבחין שומר חינם משומרים אחרים.

1. קיומה של טובת הנאה תלוי, כעקרון, בטובת ההנאה עצמה ובכוונת הצדדים להסכם, מקום שיש הסכם.

2. טובת הנאה כוללת כל הנאה מנכס וכל שימוש בו.

3. טובת ההנאה יכולה לצמוח מנכס השמירה עצמו — ספר וקרא בו, מכונית ונסע בה, כסא וישב עליו — או מעסקת השמירה, כגון תמורה הניתנת לשומר בעד השמירה. 4. את טובת ההנאה לא יקבע טיב הנכס בלבד ולא טובת ההנאה שניתן להפיק ממנו ברגיל, אלא כוונת הצדדים (מקום שיש שני צדדים), והכוונה תכריע. השאלה היא,

91 ראה עוד להלן, 35§.

אם בעשותם את ההסכם התכוונו הצדדים לשלומר תהיה טובת הנאה מהשמירה. אם הצדדים המעוניינים ראו לשומר טובת הנאה כחלק מהותי מהשמירה, שוב לא ייראה הוא בעיני החוק כשומר חנם.

5. כעקרון, טובת הנאה היא טובה הניתנת למדידה במושגי ממון. טובת הנאה "מוסרית" אין די בה; הרצון לשמור על נכס הזולת, כשהוא לעצמו, לעשות טובה לידיד, אינו טובת הנאה. ואמנם, לו אחרת היה הדין, כמעט שלא היו כלל שומרי חנם (גם כך אין הם מתגלגלים בחוצות העיר).

6. טובת ההנאה חייבת להיות מיידית וישירה. היחס בין טובת ההנאה לבין השמירה אינו מתמצה בשאלות קשר סיבתי בלבד, אלא כורך הכרעה ערפית גם-כן: האם טובת ההנאה בה מדובר קרובה בצורה הוגנת לשמירה, כך שתצדיק הטלת אחריות מוגברת על השומר.

ציפיה או תקווה לטובת הנאה, ברגיל אין די בהן. מעביד נוסע לחו"ל ומפקיד בידי עובד שלו נכס לשמור עליו. השמירה היא שמירת חנם, אפילו מצפה העובד להעלאה בדרגה כגמול על מעשהו: בשמירה, בתורת שכר, אין לו טובת הנאה לעצמו. הוא הדין בשמירת נכסי הדודה הזקנה והעשירה, שמירה הנעשית בתקווה שהדודה תזכור את בן אחיה לטובה. מקום שיש הסכם שמירה, נכיר (אולי) בטובת הנאה לשומר, אם זו כוונתם המשותפת של הצדדים, וזאת גם אם לא יהיה די באותה כוונה עצמה מקום שאין היא משותפת לשני הצדדים. מניע לקבל טובת הנאה אינו טובת הנאה, וחייבת להיות טובת הנאה כזו שניתן לייחסה בדרך הוגנת לכוונת שני הצדדים.

31§. 7. לשון החוק גורפת, לכאורה, ושומר שיש לו בשמירה טובת הנאה לעצמו, אינו שומר חנם אלא שומר שכר או שואל. האמנם? פלוני נוסע לחו"ל ומבקש משכנו הטוב לשמור עבורו על תמונה יקרת-ערך. השכן נעתר לבקשה, והשניים מסכימים — על-פי הצעת הבעל — שהתמונה תתלה בחדר האורחים של השכן; תתלה ותהנה את רואיה. לשכן הטוב יש טובת הנאה בשמירת התמונה ומכאן, לכאורה, שאינו שומר חנם. לא זו בלבד, אלא שנמנה הוא על אותם שומרי שכר שאחריותם חמורה (סעיף 2(ב) רישא), באשר המטרה לשמור על הנכס אינה "טפלה למטרה העיקרית של החוקתו". הוזה הדין?

דומה ששאלת טובת ההנאה חייבת להיות מוכרעת לא באורח "אובייקטיבי". כביכול, אלא בשים לב לנסיבות הענין בכללותו, ובאלו תבוא גם כוונת הצדדים (וכמו שאמרנו, כוונת הצדדים תכריע). במסגרת המורכבת מכמה מסגרות-מישנה (וזה התופעה המקובלת), שאלה ראשונה היא, היכן מונח מרכז הכובד של השמירה בכללותה, ואיזוהי המסגרת המכריעה. אם כך ננתח את הדוגמה המובאת, יימצא לנו שמרכז הכובד שוכן בשמירת החנם — הטובה שעושה השכן הטוב — ואילו טובת ההנאה לשומר אינה אלא טפלה ומישנית. דרך אחרת לבטא אותו רעיון: טובת ההנאה של שומר נפרדת משמירת החנם ובלתי תלויה בה.³²

לא כל יטען הטוען: לשומר יש טובת הנאה לעצמו, ומכאן ששומר שכר הוא; אך הואיל ועל כל הוראות החוק תכסה הכוונה המשתמעת מן ההסכם בין הצדדים (סעיף 14

לחוק), בלמד מאותה כוונה משתמעת שאחריות השומר תהיה כשל שומר חינו (מן הטעם שעיקר השמירה אינו בטובת ההנאה). דרך זו אינה נראית לנו, הואיל ואם נלך בה ונמשיך בה ייעלם אופיו הנורמטיבי של החוק. מוסכם על הכל שכוונת הצדדים תכריע תמיד, אך אם נתלה עצמנו יתר-על-המידה בכוונה המשתמעת, שוב לא ישמש החוק כמורה דרך אמיתי להכרעה.⁹³ הכוונה המשתמעת תקבע, אך רק במקומה של טובת ההנאה בעיסקה הכוללת. כמובן שהדברים אמורים בכוונה מכללא, ואילו אם פורשה הכוונה תכריע היא.

8. מיבתן-מישנה בשאלת טובת ההנאה: מי היה יוזם השמירה. בדוגמת התמונה, למשל, אפשר שהיינו רואים את השומר כשומר שכר, לו היה הוא יוזם העיסקה. בשינוי עובדות זה, יתכן שמרכז הכובד היה נוטה לכיוון טובת ההנאה לשומר (או שלא היינו רואים את טובת ההנאה כטפלה בעיסקה). שאלת יוזם השמירה אוצלת במיוחד על מסגרת יחסים אישית, להבדילה ממסגרת יחסים מסחרית.⁹⁴

9. מיבתן-עזר לקביעתה של טובת הנאה יימצא בשאלה, אם היחסים בין הצדדים הם אישיים או מסחריים. ביתר דיוק: האם עושה השומר את השמירה כטובה אישית לבעל — בחינת אהבה שאינה תלויה בדבר — או אם נעשית השמירה באורח ספל למסגרת עסקית שמנהל השומר.⁹⁵ במקרה האחרון, להבדילו מהמקרה הראשון, עשויה לקום הנחה שהשמירה היא שמירת-שכר. המחזיק במציאה סתם הוא (לכאורה) שומר חינו, אך בעל מסעדה שמצא בבית המסעדה נכס שאבד ללקוח (ונדמה לעצמנו מסעדה "אקסלוסיבית", שהכל אצים לשרת את הלקוח ולהגעים עליו את זמנו), ניתן לראות בו שומר שיש לו בשמירה טובת הנאה לעצמו; התשלום עבור הארוחה כמו מחפרש על שמירת האבידה. בעל מסעדה הנוטל מעיל מלקוחו ומחזיק בו במקום שיועד לדבר,⁹⁶ שומר שכר הוא (גם אם אינו גובה תשלום מיוחד עבור השמירה), באשר המסגרת הקובעת היא עסקית: תשלום עבור הארוחה, הכולל גם שירותי לואי. הוא הדין לענין שמירת חפצי-ערך בבריכת שחיה (שמירה שאין גובים עבורה תמורה מיוחדת).⁹⁷

10. מה דין שומר שעל-פי ההסכם עם הבעל אין לו טובת הנאה בשמירה, ותוך כדי השמירה מצמיח הוא טובת הנאה לעצמו? בדוגמת התמונה, למשל, נגיה שהתמונה נמסרה לשמירה כשהיא ארוחה, ולימים עושה השומר על דעת עצמו, מסיר את העטיפות ותולה את התמונה על הקיר. בהנחה שהשומר לא עוול בנוזיקין, נראה לנו שהמיבתן הקובע יהיה, אם בנסיבות הענין בכללותן — לרבות לימד כוונות הצדדים על רקע

93 השווה לעיל, 98 ואילך.

94 במסגרת מסחרית נותן כל צד לעיסקה מזומן או שווה-כסף, וממילא אין חשיבות ראשונית לשאלת היוזם. במסגרת אישית שאני: האם שאלתי את הכסאות משכני כדי להשיב עליהם את אורחי, או שומר אני על הכסאות הואיל ושכני ביקש לפנות את חדר האורחים שלו מרהיטיו?

95 והוא כשהקשרים בין הצדדים הם עסקיים. אפשר, כמובן, שהשומר עושה טובה אישית לבעל, אגב מסגרת עסקית שהוא מנהל. גם כאן חשוב מבחן מרכז הכובד.

96 הנחתנו היא, שבעל בית המסעדה אכן מחזיק במעיל (לא נעמוד על השאלה, אם אמנם "מחזיק" בעל בית מסעדה במעילים האחרונים בוים שבתוך אולם המסעדה, וכל הקרב אל תוו נוטל).

97 דין "מלון" נקבע מפורשות בסעיף 12 לחוק.

היחסים ביניהם— עבר מרכז הכובד משמירת חינוך לשמירה מסוג אחר. אם, בתורת דוגמה, החל השומר משכיר את התמונה לתערוכות וגובה שכרו מהסוכרים, דומה שבמעשה זה (ובהנחה שלא עוול), הפך הוא לשומר שכר, ואולי אף לשואל; מרכז הכובד של העיסקה נדד משמירת חינוך לשמירה מסוג אחר⁹⁸.

11. לשון החוק היא, "טובת ההנאה צריכה להיות לשומר: "טובת הנאה לעצמו". נראה עם זאת, שאין טוונת החוק לתחום המצומצם של השומר בלבד, ו"לעצמו", קרי: לעצמו או לאחר מטעמו, כגון במקום שטובת ההנאה היא לא לשומר אלא לבנו.

שומר שכר

§ 32. "השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואינו שואל, הוא שומר שכר" (סעיף 1(ג) לחוק).

המורה וטובת הנאה
שני מיני "שומר שכר" הם: האחד — "המקבל תמורה בעד השמירה", והאחר — "יש לו [בשמירה] טובת הנאה אחרת לעצמו, ואינו שואל".

שמירת שכר היא, למעשה, שמירה שיש בה טובת הנאה גם לבעל גם לשומר. דגם לשמירה בתמורה: שומר מקבל על עצמו לשמור נכס תמורת מזומנים, שווה-כסף או התחייבות מצד הבעל — מפורשת או מכללא — לתת מזומנים או שווה כסף במועד מאוחר יותר. עד כאן שמירה בתמורה "מסחרית". "תמורה" אינה מצמצמת עצמה לחיי העסקים, וכוללת היא כל דבר אחר שהשומר מקבל "בעד השמירה": נכס מכל מין וסוג שהוא, הבטחה, מעשה או מחול, ובכפוף למיבחינים שלהלן — בין שהם שווי-כסף בין אם לאו. השאלה אם יש תמורה תוכרע, כמקובל, מתוך נסיבות הענין בכללותן ובמיוחד בהסתמך על כוונות הצדדים.

שומר שכר הוא גם "המקבל תמורה בעד השמירה", וגם מי "יש לו [בשמירה] טובת הנאה אחרת לעצמו". המסגרת הכללית היא של טובת הנאה, ו"תמורה" אינה אלא סוג של טובת הנאה; ואם יש לשומר טובת הנאה לעצמו, יהיה הוא שומר שכר גם שאינו מקבל "תמורה"⁹⁹. דגם לעיסקה המצמצמת טובת הנאה אחרת: מחזיק נכס בשכירות, מוביל בשכר, בעל מוסך המחזיק בכמונית לשם תיקונים בשכר.

§ 33. מיבחינים ומיבחיני-עזר נוספים לשמירת שכר, לתמורה ולטובת הנאה:
הנאה

1. המיבחינים ומיבחיני-העזר שהבאנו בעניינו של שומר חינוך¹⁰⁰, יחולו, בהתאם לענין, גם על שומר שכר. ואמנם, אותה טובת הנאה עצמה, היא שקיומה עושה שומר שכר והיעדרה עושה שומר חינוך.

98. השווה לעיל § 16 ואילך.

99. מדוע איפוא הזכיר המחוקק במיוחד אותו שומר המקבל תמורה בעד השמירה, אלא שזה שומר השכר ה"קלאסי", וסביבו נבנה הבנין כולו. אפשר שטעם הפירוט הוא, שזה המקרה האחד בו צומחת טובת ההנאה, מפורשות, לא מהנכס עצמו.

100. ראה לעיל, § 30—31.

2. המיבחן העיקרי לקביעתו של שומר כשומר שכר, יישוב את הוראת האחריות המוגברת בה נושא שומר שכר, בהשוואה לשומר חנם. השאלה היא, אם היחסים בין הצדדים – ביתר דיוק: אותו יסוד שמבקשים לראות בו "תמורה" או "טובת הנאה" – מצדיקים הטלת אחריות מוגברת. גם כאן, כבעניינים אחרים בחוק השומרים, יתפוש מיבחן הכוונה מכללא: אם אך יסכימו הצדדים מפורשות, תהיה אחריות השומר כאשר יקבעו ביניהם, בין אם יש לו טובת הנאה בשמירה בין אם לאו. השאלה היא איפוא, אם בהיעדר הסכמה יהיה זה נכון וצודק, בגסיבות הענין, לחייב את השומר באחריות מוגברת. לענין זה נודע משקל רב, אפשר משקל מכריע, לכוונת הצדדים, לאמור: אם הכוונה היא – והכוונה תילמד מגסיבות הענין בכללן – שהשומר יזכה בתמורה או בטובת הנאה אחרת בעד מעשה השמירה וכחלק מהעסקה (להבדיל ממקרה בו טובת ההנאה אינה אלא גורם שולי וספל בלבד). ברגיל תקום ותהיה שמירת שכר במערכת עסקית-מסחרית.

3. ה"תמורה" היא יסוד נוסף וחיצוני לשמירה, וחייב להיות קשר סיבתי בין התמורה לבין השמירה: "תמורה בעד השמירה". בעת ובעונה אחת שייכת התמורה למשפחת טובות ההנאה ("טובת הנאה אחרת לעצמו"), ועל-כן אין די בקשר סיבתי בין שמירה לבין הבטחה, מעשה או מחלל מצד הבעל; אותם הבטחה, מעשה או מחלל חייבים גם להשפיע טובת הנאה על השומר. השכן הטוב מצליח לשכנע את פלוני לנסוע לחופשה, בהבטחה שישמור על ביתו בהיעדרו. השכן הטוב הוא שומר חנם (אם בכלל שומר הוא), גם שלולא ההבטחה לא היה פלוני עוזב את ביתו. מעשה הנסיעה אינו "תמורה בעד השמירה", באשר אין לשכן "טובת הנאה... לעצמו" בשמירה. על מערכת יחסים כגון זו ניתן להטיל גם את מיבחן האחריות שהעלינו (מיבחן 2, לעיל) ¹⁰¹.

4. אין זה תנאי שהתמורה תנוע מהבעל, ואין החוק מדבר בשווי התמורה; עיקר הוא שהצדדים לעסקה ראו את התמורה כראויה.

5. ברגיל נקבעת התמורה לפני תחילת השמירה (בין במפורש בין מכללא), וגם שהתמורה היא שעושה שמירה לשמירת שכר, הרי משנקבעה התמורה אין כשלונה הופך בהכרח את השומר למי שאינו שומר שכר (למעשה: שומר חנם). למשל: הבעל מתחייב לשלם עבור השמירה תוך כדי השמירה, אך אינו עומד בדיבורו. על אף זאת תמשיך השמירה ותהיה שמירת שכר, ובצידה תעמוד לשומר זכותו לתבוע מהבעל את המגיע לו ¹⁰². אם זכאי השומר להפקיע את הסכם השמירה, והוא מפעיל זכותו זו כדבעי ועושה את המוטל עליו כדי להחזיר את הנכס לבעליו, תהיה אחריותו כאחריות שומר חנם. על נסיבות כגון אלו משתלט, למעשה, סעיף 11 להוק (בתחילה סעיף 11 סיפת, ולאחר מכן – סעיף 11 רישא). העקרון הוא, ששמירה (על המתלווה אליה, לרבות אחריות השומר) היא תופעה "קניינית", שמירת שכר היא תופעה "קניינית" ספציפית, ויש להתבחין בין יסוד הקניין בשמירה לבין יסוד ה"חובים". משנוצרים יחסי קניין, שוב אין הפרת חובים בין הצדדים, כשהיא לעצמה – אפילו אותם חובים הולידו את יחסי

101 ולחיוק: אם נראה את השכן הטוב כשומר שכר, יש מקום לסברה שיימנה על אותה משפחת שומרי שכר שאחריותה חמורה ביותר (סעיף 2(ב) רישא). האמנם?

102 כן יוכל להפעיל את כל שאר הזכויות שמעניק חוק השומרים (ראה, למשל, סעיפים 9 ו-10).

הקנין — מפירה את שיווי המשקל הקנייני¹⁰³, הזכרנו את יסוד התמורה, והדברים יחולו גם על טובת הנאה אחרת, כגון במקום שמושכר אינו כשיר לשימוש כפי שהוסכם בין הצדדים.

6. אמרנו במקום אחר¹⁰⁴, שאין אדם מחזיק בנכס — כהוראת החוקה בחוק השומרים — שעה שאין הוא יודע על החזקתו בו (או שוויתר על הידיעה). מסרתי את מכונתי לשמירה בתמורה ע"י שומר שכר, אך לא גליתי את אוון השומר אודות תכשיטים המצויים במכונתי. השומר אינו מחזיק בתכשיטים ואינו שומר אותם; אין הוא חב כלפי כל חובה (בתחומי חוק השומרים) לגבי התכשיטים, ואין קנויה לו כל זכות בהם, לא זכות בכוח ולא זכות בפועל (כגון זכות עיכובן — סעיף 9 לחוק). לימים, תוך כדי השמירה, מגלה השומר את התכשיטים. דומה שהחל באותה עת יהיה הוא שומר חינום של התכשיטים (בצד היותו שומר שכר של המכונת), אלא אם כן יש לראותו בנסיבות הענין כשומר שכר דווקא¹⁰⁵. באין הכוונה לשמירת שכר של התכשיטים, לא היינו מחילים על מקרה כגון זה את מיבחן ה"עסקיות"¹⁰⁶, ולא היינו פורשים את התמורה שניתנה בעד שמירת המכונת על שמירת התכשיטים גם-כן, כמו שמירת התכשיטים טפלה בעיסקה הכוללת.

ואינו שואל § 34. טובת הנאה לשומר עושה שמירת שכר. גם מטרתה של עיסקת השאלה היא להשפיע טובת הנאה על השואל, ועל-כן נקבע ששומר שכר הוא שומר שיש לו טובת הנאה בשמירה, ואינו שואל.

שואל

§ 35. "השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל" (סעיף 1(ד) לחוק).

אמרנו במקום אחר¹⁰⁷, ששמירה בחוק השומרים היא תופעה נתונה (אם גם מת-משכת), שתחילת חלות החוק לאחר היות שמירה, ושואן בו הוראות הדנות בפקיעת שמירה. על דרך זו באות הגדרות שומר חינום ושומר שכר, והלשון היא לשון בינוני: "שואן לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו", "המקבל תמורה". אכן, בבדיקת התמורה וטובת ההנאה נזקקנו ליצירת השמירה ולכוונות הצדדים בתחילתה, אך לא עשינו זאת אלא על דרך ההפניה והבירור, וכן דיברנו במושגים גורמטיביים כלליים החלים בעת ובעונה אחת על סוגי שמירה שונים (משכון, שכירות וכיו"ב). מיוחדת הגדרת השואל, הואיל וכאן מדבר המחוקק על השאלה כסוג מיוחד של שמירה, על תכלית השמירה. טעם הדבר הוא, כנראה, ששואל הוא כל מי שקיבל נכס להתחזקתו, כדי להשתמש בו או

103 ראה והשווה לעיל, § 17(א), (2)19.

104 ראה לעיל, § 12.

105 דוגמה (התוצאה אינה הכרחית): דמי השמירה לא היו משתנים גם לו הייתי מגלה לשומר מראש את דבר היות התכשיטים במכונת; אני לקוח ותיק של אותו שומר, כבר היו דברים מעולם, והשומר גבה ממני למפרע את דמי שמירת החפצים הגוספים.

106 ראה לעיל, § 31(9).

107 לעיל, § 26(2).

שמירה ושומרים

ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, גם אם למעשה לא השתמש בנכס ולא נהגת ממנו. דגם לשואל: פלוני המקבל פטיש משכנו הטוב, כדי להשתמש בו ולהחזירו לאחר השימוש.

גם בעיסקת השאלה עיקר היא טובת ההנאה לשומר (ביתר דיוק: הכוונה להפיק טובת הנאה), ובנוסף לה היעדר תמורה לבעל. לפירוש טובת הנאה ותמורה נפנה אל ההערות שהבאנו עת דנו בהגדרות שומר חנינם ושומר שכר¹⁰⁸. לענין טובת הנאה ותמורה, מקביל מעמד הבעל בעיסקת שאלה למעמד השומר בשמירת חנינם.

חברה מסחרית מציעה לשלוח אל לקוחות-בכוח מערכת כלי-שולחן אל-חלד, ומתירה למקבל להשתמש במערכת 10 ימים "חנינם אין כסף". לאחר תום המועד, על הלקוח להחליט אם ירכוש את המערכת (וטבלת התשלום או התשלומים מוכנה ומוזמנת), או אם יחזיר את המערכת "בלא שתהיינה לחברה כל טענות כלפי המקבל". המקבל – האם שואל הוא? ביתר דיוק: האם הסכמת הצדדים שהלקוח ישקול 10 ימים בדעתו (לרבות הטירחה שמטריח הוא את עצמו, ככל שיש טירחה), מהווה "תמורה" מצד הלקוח? אכן, "טובת הנאה" בהסכם יש לחברה, אך הרי לא זו אמת המידה שהציב החוק¹⁰⁹, והשאלה האחת היא, אם נותן הלקוח-בכוח "תמורה" לחברה, אם לאו. נראה שבנסיבות כגון אלו המתוארות, יש לראות בנכונות – לשיקול-דעת "תמורה", והלקוח-בכוח אינו שואל אלא שומר שכר. שאלת ה"תמורה" לשיקול הצדדים ניתנה – גם שהמדובר בשיקול דעתו המוחלט של הלקוח – והמסגרת העסקית תכריע. ולמבקר נודה: אכן, פרשנות "מגמתית" היא זו, פרשנות מפני לקוח-בכוח¹¹⁰.

108 לעיל, §§ 30–33.

109 ראה עוד לעיל, § 28 ("אבן הבוחן לסיווג").

110 אותה "תמורה" עצמה עשויה להופיע גם בעניינו של שומר שכר (סעיף 1(ג) לחוק; ראה לעיל, §§ 32–33). וגם שם – כך נראה לנו – עשויה המסגרת העסקית להכריע.