

חוק השומרים, תשכ"ז-1967 – על החוק ופירושו*

מאת

איל זמיר**

חוק השומרים, תשכ"ז-1967, מסדיר באמצעות מספר מצומצם של כללים וסטנדרטים את האחריות של מחזיקי נכסים כדין שלא מכוח בעלות, לאובדן הנכס או נזק, במגוון עצום של עסקאות ומצבים. החוק מסווג את כל מצבי השמירה לארבע קבוצות וקובע את רמת האחריות עבור כל קבוצה, החל מאחריות מוחלטת כמעט ועד אחריות המותנית בהוכחת רשלנות. התחולה הרחבה של החוק ורמת ההפשטה הגבוהות שלו הן ייחודיות באספקלריה השוואתית.

ספרה של שירלי רנר, שלהערכתו וביקורתו מוקדשת רשימה זו, מנתח ביסודיות את העקרונות שעליהם מבוסס החוק ואת פרטי הוראותיו. בהתבסס על ניתוח מעמיק של שיקולי-המדיניות שביסוד החוק, על משפט השוואתי ועל בחינת מקומו של החוק במכלול החקיקה האזרחית והמשפט הפרטי הישראלי, מציע הספר פירוש שיטתי, בהיר ובמקרים רבים מקורי, יצירתי וחדשני להוראות החוק. בצד הערכה כללית לספר, עוסקת הרשימה בשתי סוגיות מרכזיות הנדונות בו: סיווג האחריות השומרית כאחריות נזיקית וקנה-המידה התיאורטי לסיווג השומרים בחוק ולדרגות-האחריות הנבדלות שלהם. כמו כן, נדונות אי-אלו סוגיות ספציפיות יותר.

א. הערכה כללית. ב. חוק השומרים כחוק נזיקי. ג. קנה-המידה לסיווג השומרים. ד. דעה נוספת. 1. כללי; 2. על נטל השכנוע ומשמעותו; 3. חזי חינוס, האחריות שהם מטילים והתרופות בשל הפרתם; 4. אחריות בעל מלון; (א) היקף האחריות לפי סעיף 12(ב); (ב) עניינים נוספים. ה. סיכום.

* הערכה וביקורת לספרה של שירלי רנר חוק השומרים, תשכ"ז-1967 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, תשנ"ח).

** פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

א. הערכה כללית

חוק השומרים, תשכ"ז-1967¹ הוא מהחוקים החשובים והמעניינים ביותר בחקיקה האזרחית החדשה, מבחינה תיאורטית ומעשית כאחת. ספר הפירוש לחוק זה, מאת שירלי רנר, הוא מספרי המשפט החשובים, המעניינים והמקוריים ביותר שנכתבו אי פעם בישראל.

חוק השומרים הוא חוק חשוב ומעניין משום שבאמצעות מספר מצומצם של כללים וסטנדרטים הוא מסדיר את האחריות של מחזיקי נכסים כרין שלא מכוח בעלות לאובדן הנכס או לנזק שנגרם לו, במגוון עצום של עסקאות ומצבים. החוק חל על שומרים מכוח חוזה, לרבות שומרים במובן הצר (קרי: אנשים שהתקשרו בחוזה שבו הם מתחייבים להחזיק ולשמור על נכס הזולת), שוכרים, קבלנים, שלוחים, מחזיקי משכון מופקר, מוכרים שהעבירו את הבעלות בממכר אך טרם מסרו אותו לידי הקונה, שואלי נכסים ואנשים שהסכימו לשמור על נכס הזולת ללא תמורה. החוק חל גם על שומרים רצוניים שלא מכוח חוזה, כמו מוצאי אבידה, אפוטרופסים ממונים ורשויות שונות המחזיקות בנכסים לשם הפעלת סמכויותיהן (כגון לשכת ההוצאה לפועל, המשטרה ובית המשפט). לבסוף, החוק חל גם על שומרים שלא מרצונם, כמו אדם שקיבל בדואר מוצר לשם רכישתו מבלי שהזמין אותו, משכיר שקיבל חזרה את המושכר בתום השכירות ומצא בו נכסים של השוכר וכדומה.

החוק מסווג את כל השומרים הללו ושכמותם לארבע קבוצות: שומרי חנם, שומרי שכר שהמטרה של השגחה על הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתם בו, שומרי שכר שהמטרה העיקרית של החזקתם היא השגחה על הנכס ושואלים. החוק קובע את רמת האחריות של כל אחד מהשומרים הללו: אחריות המותנית בהתרשלות במקרה של שומר חנם; אחריות המותנית בהתרשלות במקרה של שומר שכר "טפל", כאשר הנטל לשכנע שלא היתה התרשלות מוטל על השומר; אחריות מלאה – להוציא מצבים מעין סיכול – לשומר השכר ה"עיקרי"; ואחריות מוחלטת, שאינה תלויה בהתנהגות השומר, במקרה של שואל². נוסף על כך, קובע החוק נסיבות שבהן תוחמר אחריותם של חלק

1 ס"ח 52.

2 סעיף 1 מגדיר שמירת נכס ושלרשה סוגי שומרים:

(א) שמירת נכס היא החזקתו כרין שלא מכוח בעלות.

(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, ואינו שואל, הוא שומר שכר.

מהשומרים (סעיף 3) ונסיבות שבהן היא תופחת (סעיף 11), סייגים לאחריות (סעיף 4), תרופות בשל אחריות השומר (סעיף 5), הרשאת השומרים לבצע פעולות דחופות הדרושות למניעת נזק לנכס (סעיף 6), הסדרת מצבים של שמירת משנה (סעיפים 3 ו-7) והוראות בעניין שיפוי חלק מהשומרים על הוצאותיהם, עיכוב הנכס, קיזוז (סעיפים 8, 9 ו-10, בהתאמה) ועוד. לבסוף, החוק כולל הסדר מיוחד לעניין אחריותם של בעלי מלון לנכסי האורחים הנמצאים במלון (סעיף 12).

הסדרה כללית, אחידה ותמציתית של נושא האחריות לשלום הנכס בכל מצבי ה"שמירה" היא משימה כבדה, שלמיטב ידיעתנו שום מחוקק אחר לא נטל על עצמו. במשפט הקונטיננטלי קיימים הסדרים נפרדים ונבדלים לאחריותם של מחזיקי נכסים שונים, כגון שומרים במובן הצר, מובילים, שוכרים ומוצאי אבידה. במשפט האנגלו-אמריקני קיים אומנם מושג כללי של Bailment, הדומה בהיקף תחולתו למושג השמירה שבחוק השומרים, אולם הוא נבדל ממושג השמירה בשני אלה: ראשית, דיני ה-Bailment עוסקים לא רק בהיבט האחריות של המחזיק לשלום הנכס אלא גם בהיבטים אחרים של היחסים בין הצדדים; שנית, דינים אלה, שפותחו בעיקר בפסיקה, אינם מתאפיינים בשיטתיות וברמת הכללה גבוהה מעין אלה שבחוק השומרים הישראלי. מבחינות אלה (אף כי לא מבחינת פרטי הדינים) דומה חוק השומרים לדיני השומרים שבמשפט העברי³.

- (ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל.
 סעיף 2(א)-(ג) קובע ארבע רמות אחריות, תוך פיצול הקטגוריה של שומרי שכר לשני סוגים:
 (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 לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע 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.

3 ראו באופן כללי נ' רקובר "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ז-1967" הפרקליט כד (תשכ"ח) 208; פ' ברגמן "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?" משפטים יט (תש"ן) 477, 487-488. לאור הדמיון הקונצפטואלי בין חוק השומרים לדיני השומרים שבמשפט העברי, יש להצטרף על אי-התייחסותה של רג' לדינים אלה. עם זאת, ניתן להבין את רתיעתו של מי שאינו בקיא במשפט העברי מעיסוק בו; ומבחינה זו, ייתכן שמוטב להימנע מהתייחסות כלשהי מאשר להסתפק באי-אלו אזכורים לתפארת המליצה. לאחרונה (אחרי פרסום ספרה של רג'), יצא לאור ספר מקיף המנתח את חוק השומרים באספקלריה של המשפט העברי: ב' כהנא שומרים (בסדרה חוק לישראל, בעריכת נ' רקובר, תשנ"ט).

כגודל המשימה שנטל על עצמו מחוקק חוק השומרים כן גודל האתגר שעמד בפני ד"ר רנר בבואה לכתוב את הפירוש לחוק. אומנם נכתבו בעבר כמה מאמרים חשובים על היבטים שונים של החוק⁴, אולם מעולם לא נערך ניתוח מעמיק של הבסיס התיאורטי ושיקולי המדיניות העומדים ביסוד החוק, ומעולם לא נערך דיון מקיף, שיטתי ומפורט בחוק על כל מרכיביו. ספרה של רנר איננו דק פירוש שיטתי, מקיף ומאיר עיניים לחוק השומרים, אלא גם ספר יסוד מעולה על דיני השמירה בכלל. בהיעדר ספרי יסוד בתחום זה במשפט הישראלי, לא הסתפקה רנר בפירוש להוראות החוק, אלא במקרים רבים השתמשה בהוראותיו כנקודת מוצא לדיון בשאלות שהחוק אינו דן בהן. מבחינת המתודה המחקרית, כולל הספר דיון בשיקולי מדיניות מסוגים שונים (שיקולי צדק מתקן, שיקולי יעילות, שיקולים חלוקתיים, שיקולים של אדמיניסטרציה משפטית ועוד)⁵, עיון במשפט השוואתי⁶ וניתוח מדויק של לשון החוק, היחס בין חלקיו השונים והשתלבותו במכלול המשפט האזרחי בישראל⁷. כפי שיתבהר בהמשך,

4 בין המאמרים המרכזיים שנכתבו על חוק השומרים ניתן למנות את אלה: מ' חשין "שמירה ושומרים – לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ"ז-1967" משפטים ג (תשל"א) 137; ג' טדסקי "השומר על פי דין" משפטים ח (תשל"ח) 430; א' סלטון "ההיבט הגויקי של חוק השומרים, תשכ"ז-1967" עיוני משפט ה (תשל"ז) 653.

5 ראו בספרה של רנר (להלן: "רנר"), למשל, § 34, בעמ' 94-95 (אין להטיל אחריות בשמירה על מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא מחזיק בנכס "שלא מכוח בעלות", משום שבהעדר מודעות בפועל ובכוח לקיום השמירה, לא תשפיע הטלת אחריות על התנהגות המחזיק בעתיד); § 53, בעמ' 136-139 (בחנינת ההצדקה להטלת אחריות על שומרי חינוך שלא לרצונם בהתחשב בשיקולים של הסכמה ורצון, אשם יחסי, הזיקה בין השומר לבעל הנכס, הרתעת בעל הנכס מפני יצירת מצבים כאלה, המרצת השומר לשמור על הנכס כדי למנוע הפסד לחברה בכללותה, קשיי עיצוב והפעלה של קריטריונים משפטיים עדינים ועוד); § 152, הערה 43 בעמ' 280 (אין בסעיף 6 הסמכה לביצוע פעולות רחופות לשמירת הנכס אם עלותן גבוהה מחועלתן, משום שאין לעודד פעולות שאינן יעילות כלכלית. אומנם לפי סעיף 8 על בעל הנכס לשפות את השומר רק על הוצאותיו הסבירות, אולם הסמכה לביצוע פעולות בלתי-יעילות היתה עלולה להרבות מחלוקות בין הצדדים, ולהסמכה שבסעיף 6 עשויות להיות נפקות נוספות מלבד זכות השומר לשיפוי).

6 ראו, למשל, רנר, § 2, בעמ' 26-29 (השוואת חוק השומרים להסדרים מקבילים בשיטות אחרות); § 15, בעמ' 55-57 (ניתוח "שאלת החניונים" על רקע הדין האנגלי והדין הגרמני); § 125, בעמ' 250-252 (דיון בזכות השומר לפיצוי כלפי אדם שלישי שהוא מעוול על-פי הדין האנגלי, כהקדמה לניתוח הדין הישראלי בסוגיה זו).

7 ראו, למשל, רנר, § 60, בעמ' 154-155 (סעיף 2(ב), רישא, הפוטר שומר שכר מאחריות אם האובדן או הנזק "נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן" גם אם השומר חזה בפועל את הנסיבות שאין הוא יכול למנוע, מוסבר בכך שבמקרה האחרון מטיל סעיף 2(ד) על השומר חובה להוריע על הנזק הצפוי לבעל הנכס); § 157, בעמ' 288-291 (דיון בקריטריונים להבחנה בין העברת השמירה לשמירת משנה תוך הסתייעות בהיקש מחוק המחאת חיובים,

גיתות חוק השומרים וזיקותיו לדיני הנזיקין, החוזים, הקניין ועשיית עושר ולא במשפט דורש היכרות קרובה עם כל התחומים המשפטיים הללו, והפירוש אכן משקף את בקיאותה והבנתה העמוקה של המחברת בכל תחומי המשפט הפרטי. מאחר שמדובר בפרשנות לחוק קיים, הדיון בשיקולי המדיניות והעיון ההשוואתי אינם תכלית לעצמם, ולכן אין הם חורגים מהגדרת החוק והגיונו. הוא הדין בסוגיות המוסדרות מחוץ לחוק השומרים, הנדונות רק אם יש בהן כדי לתרום להבנת החוק ופירושו. השילוב המצוין בין המתודות המחקריות השונות הוא פורה ביותר ותורם רבות לכוח השכנוע של הטיעונים.

באופן כללי, ניתן לתאר את גישתה הפרשנית של רנר כפרשנות "תכליתית", המעניקה תשומת לב רבה ללשון החוק ולמבנהו, ובו בזמן חותרת במודע לייחס לחוק את המשמעות הראויה ביותר לאור מכלול שיקולי המדיניות הרלוונטיים⁸. כמתבקש לגבי חקיקה קודיפיקטיבית, רנר אינה מפרשת את הוראות החוק באופן מילולי אלא באופן "ליברלי"⁹. גם במקרים שבהם קשה ליישב את לשון החוק עם מה שנראה כדן

תשכ"ט-1969 והתחשבות בשיקולי המדיניות שביסודו; § 5-6, בעמ' 33-39 (על מקומו של החוק ביחס לדיני החוזים ודיני הנזיקין); § 121 (על היחס בין סעיף 5(א) לחוק השומרים ודיני עשיית עושר ולא במשפט).

8 כך, למשל, מציעה רנר לפרש את סעיף 2(ד) ("שומר שנודע לו כי עלול להיגרם לנכס נזק שהוא אינו אחראי לו...", ולא הודיע על כך... יהא אחראי לאותו נזק במידה שההודעה היתה מאפשרת לבעל הנכס למנוע את הנזק") כחל הן על מידע שהיה בידי השומר לפני תחילת השמירה הן על מידע שנודע לו במהלך השמירה, ובלבד שמדובר במידע שבעל הנכס לא ידע ולא היה עליו לדעת עליו (רנר, 67, בעמ' 177-179). כיוצא בזה, מפרשת רנר את ההרשאה לשומר, לעשות כל פעולה "דחופה ובלתי צפויה מראש" למניעת נזק לנכס (סעיף 6), כך שהפעולה תיחשב כדחופה אם לא ניתן להשיג את הסכמת בעל הנכס לפני ביצועה (ולאו דווקא לפי פרק הזמן שבמסגרתו צריכה הפעולה להינקט); ובמקרה של העדר קשר בין בעל הנכס לשומר (כמו במקרה של מוצא אבדה), כך שכל פעולה נדרשת תיחשב כ"בלתי-צפויה" (רנר, § 146, 147, בעמ' 275-277).

9 על דרכי הפרשנות הראויות בחקיקה הקודיפיקטיבית, ועל העדפת פרשנות "ליברלית" על פני פרשנות מילולית, ראו באופן כללי א' ברק חוק השליחות (מהדורה שנייה, תשנ"ו, כרך א) § 62-116, בעמ' 153-249, ובמיוחד § 64, בעמ' 157-158; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) § 6.19, בעמ' 131-133. להדגמת גישה זו בפירוש לחוק השומרים, ראו (נוסף על הדוגמאות שבהערה הקודמת) רנר, § 153, בעמ' 281-282 (יש לקרוא את המלים "למניעת נזק" שבסעיף 6 כאומרות "למניעה או להקטנה של נזק או אובדן"); § 230, בעמ' 399-403 (לאור תכליתו של חוק השומרים, יש לפרש "מלון" בסעיף 12 ככולל כל מקום המספק שירותי לינה ארעיים, לרבות בתי-חולים ובתי-הבראה, אך להוציא מוסדות המספקים הסדרי לינה קבועים, כגון בתי-אבות. כשלעצמי, הייתי נוטה להחיל את החוק על בתי-חולים ובתי-הבראה בדרך של היקש, ובעקבות טדסקי, לא הייתי פוסל היקש כזה גם למוסדות כגון בתי-אבות. ראו ג' טדסקי "דיוור קבע במלון דירות ובבתי-אבות" עיוני משפט יא (חשמ"ו) 181, 192-193).

הרצוי, רנר אינה מסתפקת בהצבעה על הבעייתיות שמעורר החוק, אלא מציעה דרכי פרשנות יצירתיות, המיישבות ומתאימות את הדין המצוי לדין הראוי. כך, לדוגמה, סעיף 4 לחוק מפחית את רמת האחריות של כל השומרים לזו של שומר חנם (אחריות המותנית בהתרשלות השומר) אם מדובר באובדן או נזק שנגרמו עקב אחד משלושת הגורמים הבאים: "שימוש רגיל בנכס לפי תנאי השמירה", "בלאי טבעי", או "מום שהיה בו בתחילת השמירה". החריג הראשון מבין השלושה, "שימוש רגיל בנכס לפי תנאי השמירה", לא נכלל בהצעת החוק, אלא הוסף בשלב הדיונים בכנסת¹⁰. חריג זה אינו מתיישב היטב עם כללי האחריות של החוק, שכן – כפי שכותבת רנר – במידה רבה הוא מרוקן מתוכן את הוראות האחריות הכללית שבסעיף 112. לפי חריג זה, אפילו שואל של מכונית לא יישא באחריות אם המכונית שבה נהג נהרסה בתאונת-דרכים ללא רשלנות מצדו. כדי ליישב את סעיף 4 עם שאר הוראות החוק והגיונו, מציעה אפוא רנר לפרש את החריג הראשון כחל רק על שימוש רגיל שגרם לבלאי טבעי או לנזק שמקורו במום שהיה בנכס בתחילת השמירה, ואת החריגים הנותרים – כחלים רק במצבי שמירה שאינם כרוכים בשימוש בנכס¹².

דוגמה נוספת לפרשנות יצירתית ראויה ניתן למצוא בדיון על היקף תחולתו של סעיף 5(ב). סעיף זה מורה: "לא היה השומר אחראי לאובדן הנכס או לנזקו, אך היה לו בשל אבדנו או נזקו זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי צד שלישי, רשאי בעל הנכס לתבוע מן השומר את נזקו מתוך הפיצוי או השיפוי המגיע לשומר". רנר מצביעה על כך, שלעיתים יעדיף בעל הנכס לתבוע את נזקו מתוך הפיצוי או השיפוי המגיע לשומר מהאדם השלישי גם כאשר השומר היה אחראי לאובדן הנכס או לנזקו. מאחר שאין סיבה טובה לשלול מבעל הנכס את האפשרות לבחור בדרך זו, מציעה רנר לפרש את סעיף 5(ב) כך שכל עוד לא ניתן פסק-דין הקובע את אחריות השומר, רשאי בעל הנכס להניח שהשומר אינו אחראי לפי חוק השומרים, ולבסס את תביעתו על סעיף 5(ב)¹³.

הקורא את הפירוש מתרשם, שבאופן כללי חוק השומרים הוא חוק מוצלח הן מבחינת שיקולי-המדיניות והעקרונות שהוא מבטא הן מבחינת טכניקת החקיקה ואיכותה. המבנה ההגיוני של החוק גורם לכך שמתכונת הספר, כפירוש הערוך לפי סעיפי החוק, איננה יוצרת במקרה זה אילרץ או קושי (ואם היו כאלה, הרי שהמתברר התגברה עליהם ואין הם ניכרים כלל). כפי שהודגם לעיל, ניתוח העקרונות ושיקולי המדיניות שבבסיס החוק מאפשרים להתגבר על ליקויים בניסוח החוק, ככל שהם קיימים, באמצעות פרשנות תכליתית, "ליברלית" ולעיתים אף חרשנית ויצירתית. בד בבד,

10 ראו סעיף 4 להצעת חוק שמירת נכסים, תשכ"ו-1965, ה"ח 52.

11 רנר, § 86, בעמ' 204.

12 רנר, § 86, בעמ' 204-206.

13 רנר, § 123, בעמ' 246-248.

במקרים הבודדים שבהם אין אפשרות ליישב את נוסח החוק עם מה שנראה כדין הראוי, רנר אינה נרתעת מנקיטת עמדה ביקורתית ברורה¹⁴.

הגם שהיא מתייחסת בכובד ראש לכתיבה המשפטית הקודמת על חוק השומרים (במיוחד לכתיבתם של טדסקי וחשין), רנר אינה מקבלת שום דעה או מסקנה של אחרים כמחייבת. בעניינים לא מעטים חולקת רנר על דעות שהביעו קודמיה, וגם כאשר היא מצטרפת לדעתם היא עושה כן על בסיס ניתוח עצמאי של השיקולים השונים. דוגמה מרכזית לכך מצויה בדיון על קנה-המידה להבחנה המרכזית של החוק בין השומרים השונים, שבו מציעה רנר תיאוריה חדשה ומקורית, שונה מכל ההסברים שהוצעו בעבר¹⁵. דוגמאות נוספות מצויות בעמדותיה של רנר בשאלה האם לעניין חוק השומרים ייתכן מצב שבו שני אנשים ייחשבו כמחזיקים בנכס בעת ובעונה אחת (שלא בהחזקה משותפת)¹⁶, ובשאלה האם החזקת נכס של אדם שלישי בידי עובד במסגרת עבודתו מהווה שמירה כמשמעה בחוק (בין שרואים את העובד כשומר עצמאי ובין כשומר משנה), או שמא רק המעביד ייחשב במקרה כזה כשומר¹⁷. דוגמה אחרונה היא הדיון העצמאי והמעמיק בשיקולי המדיניות המובילים למסקנה שהיסוד "כדין" בהגדרת השמירה (סעיף 1 (א)) מציב דרישה יחסית: "כדין" – ביחסים שבין השומר לבין האדם שבשבילו מחזיק השומר את הנכס, ולא דווקא כלפי כולי עלמא – מסקנה התואמת את הדעה שהביעו אחרים בעבר¹⁸.

במסורת ספרי הפירוש לחוקי החוזים, רנר אינה גולשת לתיאור מפורט של פסקי-דין, אלא דולה מכל אחד מהם את תרומתו להבנה של חוק השומרים. באותה רוח, ממעיטה

14 ראו, למשל, רנר, § 176, בעמ' 322-323 (אין הצדקה למלים "המחזיק משכון או כטוחה אחרת" שהוספו לסעיף 8 (א) בידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת); § 217, בעמ' 377-379 (אין הצדקה לנטל שמטיל סעיף 11 על שומר המבקש להיפטר מאחריותו נוכח סירוב בעל הנכס לקבלו חזרה, לפנות לבית-המשפט ולבקש את הוראותיו).

15 רנר, § 35, בעמ' 96-104. לדיון בנושא זה, ראו להלן, פרק ג.

16 רנר חולקת על דעותיהם (הנבדלות) של חשין וטדסקי, וקובעת שההחזקה האמורה בחוק השומרים היא בהכרח החזקה ייחודית, שאינה מתיישבת עם החזקה מקבילה בידי אחר. ראו רנר, § 19, בעמ' 70-71, והשוו חשין (לעיל, הערה 4), בעמ' 148; טדסקי (לעיל, הערה 9), בעמ' 192-193; א' זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, תשנ"ד) § 394, בעמ' 616.

17 רנר סבורה שהעובד לא ייחשב כשומר (רנר, § 20, בעמ' 71-75, והשוו חשין (לעיל, הערה 4), בעמ' 148; טדסקי (לעיל, הערה 9), בעמ' 192-193; סלטון (לעיל, הערה 4), בעמ' 666-669). לדוגמה נוספת, ראו רנר, § 40, בעמ' 112. בניגוד לדעתו של חשין, סבורה רנר שהפקת הנאה מן השמירה, תוך הפרת החוזה בין השומר לבעל הנכס, איננה הופכת את השומר משומר חנים לשומר שגר.

18 רנר, § 24, בעמ' 82-85. השוו חשין (לעיל, הערה 4), בעמ' 149.

רנר בציטוטים מהפסיקה (או מכל מקור אחר). היבטים סגנוניים אלה תואמים את אופיו האקדמי של הספר, מקלים על הקריאה השוטפת שלו, ובד בבד אינם גורעים משימושיותו הרבה לאנשי-מעשה, עורכי-דין ושופטים. סגנונו של הפירוש בהיר וקולח, ללא הצטעצעויות מיותרות. להבהרת הניתוח תורמות דוגמאות רבות, שחשיבותן רבה במיוחד נוכח תחומי תחולתו הרחבים והמגוונים של החוק. לבסוף, אין לטעות בטון המסוגל שבו מביעה רנר לעתים את דעתה: מאחורי הסגנון המאופק עומדים טיעונים חדשניים ומקוריים, המבוססים על חשיבה עמוקה ויסודית.

הפירוש לחוק השומרים הוא אפוא מלאכת-מחשבת של מחקר משפטי. זהו ספר מעולה, התורם תרומה תיאורטית ואנליטית ראשונה במעלה לדיני השמירה ולמשפט הפרטי בכלל.

עיון מפורט בכל ההארות החשובות והמקוריות שבספר, או אפילו במרביתן, איננו מעשי במסגרת הנוכחית¹⁹, ולכן אחמקד בכמה נושאים מרכזיים. יתרתה של רשימה זו נחלקת לשלושה חלקים. בשני החלקים הבאים אדון בשתי סוגיות יסוד, שההכרעה בהן שופכת אור על היקפו ומשמעותו של חוק השומרים בכלל ועל הפירוש של רבות מהוראותיו הספציפיות. הסוגיה הראשונה עניינה אופי האחריות שמטיל החוק וסיווגו כחוק חוזי, נזיקי או קנייני. הסוגיה השנייה היא המפתח לסיווג ארבעת סוגי השומרים שבחוק ולקביעת דרגות האחריות הנבדלות שלהם. בחלק האחרון של הרשימה אדון בשלושה נושאים ספציפיים יותר: משמעות ההפיכה של נטל השכנוע לקיום התרשלות (אגב ההבחנה בין האחריות של שומר חנם לאחריות של שומר שכר "טפל"); הדין החל על חוזי חנם, האחריות שהם מטילים והתרופות בשל הפרתם (אגב האחריות שמטיל החוק על שומר חנם); ואחריות בעל מלון לשלום חפציהם של האורחים. בחרתי להתמקד בנושאים אלה לאו דווקא בגלל חשיבותם היתרה או המקום המרכזי שהם

19 בין הטיעונים והמסקנות של הספר הראויים לציון, שמפאת קוצר היריעה לא אדון בהם ברשימה זו (ואשר לא הובאו כדוגמאות בהערכה הכללית דלעיל), ניתן להזכיר את אלה: החזקה כמשמעה בחוק דורשת ידיעה של המחזיק על היות הנכס בהחזקתו (לרבות מצבים שבהם חלה "חזקת ידיעה"), אך אינה דורשת הסכמה או כוונה להחזיק בנכס (§§ 16-17, בעמ' 60-68, והשוו חשין (לעיל, הערה 4), בעמ' 146-147); שמירה כמשמעה בחוק לא תיחכן ללא החזקה בנכס, אף במקרים שבהם קיבל עליו אדם "לשמור" על נכסי הזולת (§ 21, בעמ' 75-77); החזקת נכס שאיבד לקוח במקום כגון מטעדה איננה שמירת שכר, הגם שהשומר עשוי להפיק ממנה טובת הנאה בצורת הגברת המוניטין של עסקו, משום שאין זו טובת הנאה שבאה לו מבעל הנכס (§ 40, הערה 26 בעמ' 111, והשוו חשין (לעיל, הערה 4), בעמ' 165; טרסקי (לעיל, הערה 4), בעמ' 440). כמו כן, ראויים לציון מיוחד הניתוחים המאלפים של הסוגיות הבאות: מושג החזקה בחוק השומרים (§§ 9-22, בעמ' 47-81); אחריות השואל לפי סעיף 2(ג) לחוק (§ 64, בעמ' 164-173); זכות השומר לשיפוי מהמבטח בעד הנזק שנגרם לבעל הנכס (§§ 130-131, בעמ' 257-260); ההבחנה בין שמירת משנה להעברת השמירה (§ 157, בעמ' 288-291) ומעמדו של בעל מלון כשומר משנה (§ 236, בעמ' 413-416).

תופסים בספר, אלא משום שנראה כי תיתכן בהם דעה אחרת מזו שבפירוש. יש עניין להציג נקודת-מבט נוספת בנושאים אלה דווקא משום שהספר של רנר יהווה מעתה ואילך המקור הסמכותי לפירוש חוק השומרים. כפי שיחבהר, לעתים מדובר בהבדלי דגש או בהבדלי הנמקה, ולא בהכרח במחלוקת על מסקנת הדין.

ב. חוק השומרים כחוק נזיקין

השאלה היסודית הראשונה שעמה מתמודד ועליה משיב הפירוש היא שאלת סיווגה התיאורטי של האחריות שמטיל החוק. סיווג זה חשוב לשם קביעת היחס שבין החוק לבין דיני החוזים (הכלליים והמיוחדים), דיני הקניין ודיני הנזיקין, לשם קביעת תחולתם של הדינים האחרים במצבי שמירה ולשם פירוש החוק והשלמת פערים בו. הקושי לסווג את טיב האחריות שקובע החוק נובע מכך שהוא מכיל אלמנטים חוזיים, נזיקיים וקנייניים. היסוד החוזי קשור בכך שמצבי השמירה הם בדרך כלל תולדה של חוזה, והוא בא לידי ביטוי בהוראת הדיספוזיטיביות שבחוק (סעיף 14) ובהפניה שהוא קובע לתרופת הפיצויים בשל הפרת חוזה (סעיף 5(א)). היסוד הקנייני נובע מכך ש"שמירה" מתוארת בחוק במונחים של זיקה לנכס – החזקתו כדין שלא מכוח בעלות. היסוד הנזיקי נעוץ בכך שהחוק מטיל אחריות על מחזיקי נכסים כלפי בעל הנכס גם בהעדר יחסים חוזיים או רצוניים ביניהם, והוא מתבטא בכך שרוב רמות האחריות של השומרים מוגדרות במונחים נזיקיים (סעיף 2(א)-(ג)).

לדעת רנר, חוק השומרים הוא חוק נזיקי. האחריות שמטיל החוק איננה חוזית, משום שהוא חל גם על החזקת נכסים שלא במסגרת יחסים חוזיים²⁰. החוק איננו קנייני, משום שהוא אינו עוסק במכלול הזכויות העשויות לעמוד לשומר כלפי אנשים שלישיים שאינם "בעל הנכס" כמשמעו בחוק השומרים – אנשים שעמם עשוי להימנות גם בעליו הקנייני של הנכס (ראו הגדרת "בעל הנכס" בסעיף 13 לחוק). החוק הוא חוק נזיקי המסדיר את

20 רנר, § 4, בעמ' 31. רנר מביאה שני נימוקים נוספים בתמיכה למסקנה זו, אולם דומה שמשקלם פחות. הנימוק הנוסף הראשון הוא, ש"חוק השומרים אינו חל על חוזה שמטרתו שמירה (במובן פיקוח והשגחה), או על כל חוזה אחר העשוי להצמיח החזקה רלוונטית לשמירה, כל עוד לא הועבר הנכס בעקבות החוזה להחזקת השומר. דהיינו, תחולתו של החוק מוגבלת לפן הריאלי של העסקה" (שם). אולם, דומה שתחולה מוגבלת זו איננה בלתי-מתקיימת עם ייחוס אופי חוזי לחוק, שכן ניתן לומר שהחוק חל רק על מצב חוזי מוגבל ומוגדר. הנימוק השני הוא, שרוב רובם של הדינים החוזיים העשויים להיות רלוונטיים לחוזה המצמיח שמירה, אינם מצויים בחוק השומרים (שם). אולם גם נימוק זה אינו שולל בהכרח את האפשרות לראות בחוק השומרים חוק חוזים המסדיר היבט צר ומוגדר של היחסים בין הצדדים לחוזה.

אחריותו של המחזיק נכס כדין כלפי "בעל הנכס", ובכך הוא מצטרף לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], המסדירה את אחריותו של המחזיק נכס שלא כדין כלפי בעל הנכס או כלפי בעל זכות ההחזקה בו²¹. החוק עוסק באחריות השומר לשלום הנכס, ולא בחיוב לשמור עליו.

ממסקנה תיאורטית זו גוזרת רנר שורה של מסקנות אופרטיביות. בין היתר, היא בוחנת אפשרויות שונות לגבי היחס בין חוק השומרים לבין פקודת הנזיקין [נוסח חדש], ומצדדת בתחולת פקודת הנזיקין על "עולות השמירה" במידה שהדבר מתיישב עם הוראות חוק השומרים ובשינויים המתחייבים מהוראות אלה²². היא קובעת שהיחס בין דיני השמירה לבין עולות נזיקיות אחרות הוא כיחס שבין כל שתי עולות נזיקיות אחרות, וכי חוק השומרים הוא בבחינת דין מיוחד לעומת הוראותיה הכלליות של פקודת הנזיקין²³. על כן, למשל, אחריותו של קטין בגין העילה השומרית תיקבע לפי דיני הכשרות שבפקודת הנזיקין (סעיף 9), ולא לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962²⁴.

יותר מרחיקות-לכת הן מסקנותיה של רנר בדבר היחס שבין חוק השומרים לבין דיני החוזים. גם כאשר מדובר בשמירה שמקורה בחוזה, לבעל הנכס תעמודנה שתי עילות נבדלות – החוזית והשומרית – והיחס ביניהן יהיה כיחס הרגיל במשפטנו בין עילה חוזית לעילה נזיקית. לדעת רנר, חוק השומרים איננו דין מיוחד בהשוואה לדיני החוזים הכלליים²⁵, ועל כן, כאשר מדובר בחביעה המבוססת על עילה חוזית, לא יהיה זה ראוי לקבוע את היקף העילה החוזית לפי היקפה של העילה השומרית. תימוכין למסקנה זו מוצאת רנר גם בכך שחוק השומרים איננו חל על חוזה שמירה שאינם כרוכים בהחזקת הנכס (כגון חוזה עם חברת שמירה, שאנשיה מפטרלים סביב ביתו ורכושו של אדם השוהה באותה עת בבית, כדי למנוע פגיעה ברכושו)²⁶. רנר מציגה גם את השיקולים הנגדיים, ובראשם השאיפה לצמצום הפער בין העילות כאשר שתיהן מתקיימות. לדעתה, במסגרת פרשנות החוזה ניתן יהיה לעתים להגיע לתוצאות דומות לאלה הנובעות מחוק השומרים.

21 רנר, 4 § בעמ' 33; 6 § בעמ' 37-39.

22 רנר, 6 § בעמ' 37-38.

23 רנר, 6 § בעמ' 38-39.

24 רנר, 5 § בעמ' 34.

25 רנר, 5 § בעמ' 33-37, וראו גם 271 § בעמ' 476-477. בכך חולקת רנר על עמדתו של חשין. ראו חשין (לעיל, הערה 4), בעמ' 151-152.

26 רנר, 5 § בעמ' 35. רנר עומדת על כך שדיני החוזים ולוחטיים לבחינת האחריות השומרית, למשל משום שלפיהם יוכרע אם החזקה כלשהי היא "כדין" והאם היא "מכוח בעלות".

קשה לחלוק על נימוקיה הנכוחים של רנר לכך שבבחירה בין סיווג קנייני, סיווג חוזי וסיווג נזיקי יש לראות את חוק השומרים כחוק המטיל אחריות נזיקית. אולם פחות ברור אם ממסקנה זו ראוי להסיק את המסקנה הנוספת – אשר רנר עצמה אינה מציגה אותה כמסקנה הכרחית – שלפיה חוק השומרים איננו קובע גם הוראות השלמה חוזיות, החלות בכפוף להסכמת הצדדים ומהוות דין מיוחד לעומת דיני החוזים הכלליים. במיוחד על רקע התיאוריות השונות הכופרות בקיומו של קו מבדיל ברור בין דיני החוזים לדיני הנזיקין²⁷, ונוכח הירידה בחשיבותו ובמרכזיותו של הרצון הפרטי בדיני החוזים במאה הנוכחית²⁸, ספק אם ראוי להעדיף בהקשר זה את השיקול האנליטי על פני השיקול הפרגמטי. חוקי החוזים בישראל, הכלליים והמיוחדים כאחד, אינם כוללים הוראות השלמה לגבי היקף האחריות או היקף החיובים החוזיים של בעלי חוזה שונים לגבי השמירה על נכסי הצד האחר. כפי שמצינת רנר, אפילו הוראות ההפניה לחוק השומרים המצויות בחוק השכירות והשאלה ובחוק חוזה קבלנות מברכות על אחריותם של השוכר והקבלן "לענין חוק השומרים"²⁹. משמע, לשיטתה של רנר, שאותן הוראות מבהירות את היקף האחריות השומרית של אותם בעלי חוזה, אך אינן עוסקות בחיוב החוזי לשמור על הנכס. אם לא נראה את חוק השומרים כקובע גם הוראות השלמה חוזיות, נקבל את התוצאה שלענין טיבו של החיוב החוזי לשמור על הנכס, היקפו וסיגיו, אין בדין הישראלי הוראות ספציפיות כלשהן. פער זה משמעו אי-בהירות בנושא זה, והוא אף עלול להוביל למסקנות בלתי-רצויות (לפחות לדעתי) לגבי היקף החיוב החוזי המוטל על השומר. כך, למשל, יכולה עמדתה של רנר להוביל למסקנה שאחריות החוזית של שומר חינוך לשלמות הנכס היא אחריות חוזית מלאה, שאינה מותנית בקיום התרשלות מצדו³⁰. כפי שנראה בהמשך, לא זו בלבד ששיקולי המדיניות המכתיבים את היקף האחריות השומרית לפי חוק השומרים הולמים גם את האחריות החוזית הראויה, אלא שבמידה רבה נגזרים שיקולים אלה מטיב היחסים החוזיים בין הצדדים (אם וכאשר יחסים כאלה קיימים). על כן, מבלי לגרוע ממסקנתה האנליטית של רנר, שלפיה חוק

27 ראו, למשל, G. Gilmore *The Death of Contract* (Columbus, Ohio, 1974); P.S. Atiyah *Promises, Morals, and Law* (Oxford, 1981).

28 לתיאור כללי של התפתחות זו ראו H. Collins *The Law of Contract* (London, 3rd ed., 1997) 21-36; P.S. Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* (Oxford, 5th ed., 1995) 7-34. כי עטייה מצביע על שינוי מגמה, לפחות באנגליה, החל משנות השמונים של המאה הנוכחית); K.Z. Zweigert & H. Kötz *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, 2d ed., trans. from German by T. Weir, 1987), vol. II, 8-10, § 3.29-3.25 (לעיל, הערה 9), בעמ' 69-77: ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ח) 465.

29 ראו סעיף 24 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160; סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, ס"ח 110.

30 ראו על כך להלן, בתת-פרק ד(3).

השומרים הוא בראש ובראשונה חוק נזיקי, אני נוטה להעדיף את הדעה שבתחולתו על יחסים חוזיים מהוות הוראותיו גם דין דיספוזיטיבי המסדיר את אחריותם החוזית של בעלי חוזה שונים לשלום הנכסים של הצד האחר.

בצד הספקות לגבי הסדרת האחריות החוזית בשל הפרת חיוב השמירה החוזי, סיווגו הנזיקי של החוק וההפרדה בינו לבין דיני החוזים מעוררים קושי גם לגבי הסדרת האחריות השומרית במקרים שבהם השומר מחזיק בנכס מכוח חוזה בינו לבין בעל הנכס. לדוגמה, שומר שכר עיקר פטור מאחריות לאובדן או לנזק שנגרמו "עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש..." (סעיף 2(ב), רישא). מאחר שחוק השומרים אינו מתחשב במקור השמירה (אם חוזי ואם אחר), קובעת רנר שהמועד המכריע לראייה "מראש" הוא רגע תחילת השמירה³¹. כלל זה מעורר קושי כאשר השמירה היא מכוח חוזה (וכאלה הן רוב רובן של שמירות השכר "העיקריות"), שכן לפי התפיסה המקובלת, הקצאת הסיכונים בין הצדדים מתגבשת בעת כריתת החוזה. ייתכן שבמועד הכריתה, שעל-פיו רוב יתול לפני תחילת השמירה, לא ניתן לצפות מהשומר לחזות דברים שעליו לחזות במועד המאוחר יותר של תחילת השמירה. כדי להתגבר על קושי זה, מציעה רנר לראות בהקצאת הסיכונים הנגזרת ממצב ידיעתם והסכמותיהם של הצדדים ברגע הכריתה משום התנאה על ההקצאה העשויה לנבוע מהמבחן שבסעיף 2(ב)³². רנר מודה שקונסטרוקציה זו היא "מסורבלת" קמעא, אולם היא מעדיפה אותה על סטייה מהתפיסה הכללית של החוק, שאינה מתחשבת במקור החוזי או האחר של השמירה. נוכח השיקולים העיוניים והפרגמטיים דלעיל, לא הייתי נרתע מפירוש המלה "מראש" כמתייחסת בהקשרים חוזיים למועד הכריתה (כמובן, גם אחרי הכריתה יכולים הצדדים לשנות בהסכמה את הקצאת הסיכונים הראשונית), ובהקשרים אחרים – למועד תחילת השמירה. דרך זו נראית לי עדיפה על עיגון הכלל הראשון בכוונה המיוחסת לצדדים, להתנות על חוק השומרים. אותו גדר ספקות ואותם טיעונים וטיעונים שכנגד קיימים גם לעניין יישום מבחן הצפיות שבסעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970³³ על זכותו של בעל הנכס לפיצויים בשל אובדן הנכס או נזקו לפי העילה השומרית³⁴.

31 ראו רנר, § 60, בעמ' 155-156.

32 שם.

33 ס"ח 16.

34 לפי סעיף 5(א) לחוק השומרים, "היה השומר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זכאי בעל הנכס לפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה". לפי סעיף 10 לחוק התרופות, זכאי הנפגע מהפרת חוזה לפיצויים רק בעד הנזק שהמפר צפה או שהיה עליו לצפות "בעת כריתת החוזה". כאשר מדובר בשמירה שלא על-פי חוזה, המועד הקובע הוא מועד תחילת השמירה (רנר, § 103, בעמ' 222-223). לדעת רנר, אותו דין חל גם כאשר מדובר בשמירה חוזית, אך במקרה זה יש לראות "את ההסכמה החוזית 'להגבלת' שיעור

ג. קנה-המידה לסיווג השומרים

השאלה היסודית השנייה שעמה מתמודד הפירוש היא מהו המפתח לדירוג היקף האחריות של השומרים השונים: שומר חנינם, שומר השכר הטפל, שומר השכר העיקרי והשואל³⁵. מאחר שדרגות האחריות שמטיל החוק על השומרים השונים עומדות במרכז החוק, הקריטריון לסיווג השומרים "מהווה את עיקר ההצדקה לקיומו של החוק במתכונתו הנוכחית"³⁶. התשובה לשאלה תיאורטית זו עשויה לסייע בסיווג שומרים במקרים של ספק ולהשפיע על פירוש החוק.

נר נפתחת את הדיון בהצגת קריטריונים שלדעתה אינם מסוגלים להסביר ולהצדיק את הסיווג שבחוק. קריטריון ראשון הוא היכולת היחסית של השומרים לשאת בסיכון של אובדן הנכס או של נזק. קריטריון זה מצדיק את עצם הטלת האחריות על השומר, משום שבהשוואה לבעל הנכס הוא נושא סיכון עדיף; אולם אין בכוחו של קריטריון זה להסביר את ההבחנה בין השומרים השונים לבין עצמם, משום שאין סיבה להניח שהדירוג שבחוק תואם את יכולתם היחסית של השומרים למנוע את הסיכון של אובדן הנכס או נזק, או את יכולתם היחסית לבטח מפני סיכון זה³⁷. קריטריון אחר הוא מקור ההחזקה בנכס: הסכמת שני הצדדים, רצון חד-צדדי של המחזיק (המתקיים, למשל, במציאת אבדה), רצון חד-צדדי של בעל הנכס (כמו במקרה של שליחת מוצר לקונה פרטנציאלי שלא בהסכמת האחרון) או העדר רצון כלשהו (כגון שליחת נכס בטעות למען שגוי). קריטריון זה בוודאי אינו עומד ביסוד החוק, משום שהמתאם בין מקור ההחזקה לסיווג השמירה הוא חלקי ביותר³⁸. קריטריון אפשרי נוסף הוא מטרת ההחזקה בנכס: שמירה לעומת מטרה אחרת (כגון שימוש או בטוחה). קריטריון זה חשוב לעניין ההבחנה בין שני הסוגים של שומרי השכר (סעיף 2(ב)), אולם לדעת נר, מאחר שאין

הפיצויים, כמתנה על היקפם של הפיצויים השומריים" (שם, בעמ' 225). לשיטתי, יחול במקרה האחרון סעיף 10 לחוק התרופות כפשוטו, מבלי להיזקק לקונסטרוקציה המוצעת.

35 רנר, 35 §, בעמ' 96-104. גרסה מורחבת של דיון תיאורטי זה, שחשיבותו חורגת מניתוח הדין הישראלי, התפרסמה באנגלית: Rethinking "Liability in Bailment in Israeli Law – S. Renner" 31 *Is. L. Rev.* (1997) 744.

36 רנר, 35 §, בעמ' 96.

37 כך, למשל, אין סיבה להניח שלשואל יש עדיפות על פני שומר שכר עיקרי במניעת הפגיעה בנכס, או שלשואל יש עדיפות על פני שומר חנינם או שומר שכר טפל (כגון שוכר) בביטוח הנכס. ראו רנר, 35 §, בעמ' 96-97.

38 כך, למשל, שומר חנינם עשוי להחזיק בנכס מכוח חוזה, מכוח הפעלת סמכות חקוקה או אף שלא לרצונו. בד בבד, כל ארבעת סוגי השומרים שבחוק עשויים להיות שומרים על-פי חוזה. ראו רנר, 35 §, בעמ' 97.

בכווחו להסביר את ההבחנה בין כל השומרים, אין למצוא בו את ההצדקה לסיווג שבחוק³⁹.

הקריטריון הבא שבוחנת רנר הוא מידת ההנאה של השומר מיחס השמירה. הגם שקנה-מידה זה תואם במידה המרבית את לשון החוק, אף אותו דוחה רנר⁴⁰. ראשית, מאחר שמטרת ההחזקה בנכס משתנה משומר לשומר, קשה לדרג את מידת ההנאה של כל אחד מהם מיחס השמירה. כך, למשל, הנאתו של שוכר (המסווג כשומר שכר טפל) מהמושכר איננה נופלת בהכרח מהנאתו של שומר שכר עיקרי מהשכר המשולם לו. שנית, גם כאשר ניתן להשוות בין הנאות השומרים מהשמירה, אין זה ברור שההנאה עולה במקביל להחמרת האחריות לפי החוק. כך, למשל, שומר שכר עיקרי המקבל את שכרו בצורת זכות להשתמש בנכס עשוי להפיק מהנכס טובת הנאה שאינה נופלת מזו של שואל.

הצעה נוספת שרנר בוחנת ודוחה היא להתחשב לא רק בהנאת השומר מן השמירה, אלא גם ביחס שבין הנאת השומר להנאת בעל הנכס⁴¹. היקף האחריות של השומר גדל ככל שגדלה הנאתו מהשמירה וככל שפוחתת הנאת בעל הנכס מהשמירה. רנר דוחה הצעה זו משני טעמים: הטעם הראשון הוא שהצעה זו אינה מציבה קריטריון אחיד להגברת האחריות. כך, למשל, "בעוד שההצדקה להחמרה באחריותו של שומר השכר ביחס לשומר החינם טמונה בהנאתו של השומר, ההצדקה להחמרה באחריותו של השואל ביחס לשומר השכר טמונה בהיעדר הנאתו של בעל הנכס"⁴². הטעם השני דומה לטעם הראשון שהוביל לדחיית הקריטריון של הנאת השומרים: הקושי לדרג את הנאותיהם בשל גיוון המטרות שלשמן הם מחזיקים בנכס.

לאחר חשיפת חולשותיהן של כל התיאוריות האחרות, מציגה רנר את התיאוריה שלה: הקריטריון היחיד המספק תנאי הכרחי ומספיק להחמרת האחריות במעבר בין כל

39 "ההצדקה להחמרת האחריות, כך נדמה לי, אינה יכולה להיות שונה משומר לשומר" (רנר, § 35, בעמ' 98). כך, למשל, שומר חינם עשוי להחזיק בנכס לשם שמירה עליו או למטרה אחרת. בד בבד, הן השואל הן שומר השכר הטפל מחזיקים בנכס שלא כדי לשמור עליו.

40 רנר, § 35, בעמ' 98-99. השו"ח חשין (לעיל, הערה 4), בעמ' 161 ("עיון קל בחוק מלמד שסיווג השומרים מושתת על עיקרון 'טובת ההנאה' שיש (או אין) לשומר בשמירת הנכס").

41 רנר, § 35, בעמ' 99-100. השו"ח זמיר "אחריות הקבלן כשומר – שיקולי מדיניות" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 95, 101 ("ככל שהנאתו של השומר מזיקתו לנכס גדולה יותר, הן באופן מוחלט והן באופן יחסי לתועלת שמפיק הבעלים מהשמירה, כן גדלה מידת אחריותו לשלום הנכס. היחס הישר בין מידת ההנאה מהחזקת הנכס לבין מידת האחריות לשלום הוא עיקרון הוגן, משום שהוא מבטא איזון ושיקילות בין היקף הנאתו של השומר לבין מידת ההשגחה הנדרשת ממנו כנגד הנאה זו. בד בבד, ככל שהבעלים נותן תמורה גבוהה יותר כן הוא זכאי לצפות להשגחה מעולה יותר על שלום הנכס").

42 רנר, § 35, בעמ' 99.

סוגי השומרים הוא התמורה שנותן בעל הנכס לשומר בגין השמירה⁴³. שומר החינם איננו מקבל כל תמורה בעד השמירה, ולכן מידת אחריותו היא הנמוכה ביותר. שומר השכר הטפל מקבל תמורה כלשהי בעד השמירה: בחוזה השכירות תתבטא תמורה זו בהפחתה כלשהי של דמי-השכירות (בהשוואה לחוזה שבו היה השוכר פטור מכל אחריות לשמירת המושכר); בחוזה משכון מופקד תתבטא התמורה, למשל, בגביית ריבית גבוהה יותר מהלווה (בהשוואה להלוואה שבה היה המלווה פטור מכל אחריות לשלום המשכון המופקד בידיו) וכיוצא בזה⁴⁴. לפיכך מוצדק להחמיר עם שומר השכר הטפל בהשוואה לשומר החינם. אשר לשומר השכר העיקרי, מעצם הגדרתו הוא מקבל שכר בעד השמירה. הסיבה שבגללה אחריותו של שומר השכר העיקרי חמורה מאחריותו של שומר השכר הטפל (שאף הוא, כמוסבר לעיל, מקבל תמורה בעד השמירה) נעוצה בכך ששומר השכר העיקרי מקבל תמורה גבוהה יותר בעד השמירה בהשוואה לשומר השכר הטפל. טענה אחרונה זו איננה מובנת מאליה, והוכחתה היא מהמרכיבים המקוריים והמבריקים ביותר בתיאוריה של רנר.

שתי סיבות גורמות לכך שבאורח טיפוסי התמורה שמקבל שומר השכר הטפל בעד שמירת הנכס (בצורת הפחתה של דמי השכירות, העלאה של שיעור הריבית בהלוואה המובטחת במשכון מופקד, תוספת לשכרו של הקבלן המבצע מלאכה בנכס וכיוצא באלה) נמוכה מהתמורה שמקבל שומר השכר העיקרי בעד השמירה. ראשית, לשומר השכר הטפל יש אינטרס עצמי בשמירת הנכס (כגון שימוש במושכר, הבטחת ההלוואה וביצוע המלאכה לשם גביית שכר בעדה). לכן עמדת המיקוח שלו לגבי התמורה בעד מרכיב השמירה נחותה בהשוואה לזו של שומר השכר העיקרי. שנית, כוחות השוק הקובעים את שיעור התמורה בעד מרכיב השמירה שונים בשוק השמירה לעומת שווקים שבהם יסוד השמירה טפל לעסקה בכללותה. עקומות ההיצע והביקוש בשוק שמירת הנכסים תלויות בין היתר באלטרנטיבות לשמירת נכסים, בעוד שעקומות ההיצע והביקוש בשווקים האחרים תלויות בין היתר באלטרנטיבות למוצר או לשירות הרלוונטיים (השכרת דירות, מתן הלוואות, ביצוע מלאכות וכו'). "כיוון שכך", מסבירה רנר, "הנכונות להציע ולקבל מחיר תמורת האחריות בשמירה הינה שונה בשוק השמירה בהשוואה לשווקים האחרים שהשמירה משנית להם. ככלל ניתן להניח כי התמורה

43 רנר, § 35, בעמ' 100-104.

44 בחוזה קבלנות, כגון חוזה לתיקון מכונית במוסך, תתבטא התמורה בהעלאה כלשהי בשכרו של הקבלן (בהשוואה לחוזה קבלנות שבו אין הקבלן נושא באחריות לשלום הנכס). אומנם סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 סוטה מרמת האחריות שהיתה מוטלת על הקבלן לפי חוק השומרים, אולם אין בכך כדי לשנות את סיווגו לפי קנה-המידה של חוק השומרים. על הוראה זו, ראו גם הערה 52 להלן והטקסט הסמוך לה, וכן להלן, תת-פרק ד(4).

הניתנת בעבור האחריות בשמירה הינה נמוכה בשווקים שהשמירה משנית להם, לעומת שוק השמירה העיקרי⁴⁵.

להסבר האחרון, המבוסס על המודל של שוק משוכלל, שבו פועלים בעלי הנכסים והשומרים למיניהם כ"ממקסמים רציונליים" של תועלותיהם, ניתן כמדומני להוסיף הסבר המבוסס על הארות של מחקרים מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית לגבי תפיסותיהם והחלטותיהם של אנשים. מחקרים אלה מלמדים שתפיסות והחלטות של אנשים מושפעות מאוד ממגבלות היכולת הקוגניטיבית שלהם. בין היתר, כאשר מדובר בהחלטה התלויה בגורמים רבים ומגוונים, אנשים נוטים להתמקד במידע החשוב והמרכזי ביותר, ולהתעלם ממידע נוסף העלול להקשות על ההחלטה⁴⁶. ניתן לשער, למשל, שההחלטה לשכור מכונית מתבססת על כמה נתונים מרכזיים (כגון מודל המכונית, סוג תיבת ההילוכים, שיעור התשלום והמוניטין של חברת ההשכרה), שההיקף המדויק של אחריות השוכר לשלום המכונית איננו אחד מהם. כיוצא בזה, לווה כנגד משכון מופקד עשוי לשקול את גובה ההלוואה ואת שיעור הריבית הריאלית ולהתעלם כליל משאלת האחריות של מקבל המשכון לשלום הנכס. הוא הדין בהחלטה של בעל מכונית לגבי תיקון מכוניתו במוסך פלוני או אלמוני. כתוצאה מכך, יכולתו של שומר השכר הטפל לגבות תמורה גבוהה יותר בעד נשיאתו באחריות לשלום הנכס מוגבלת למדי. לעומת זאת, בחווה שתכליתו המרכזית היא שמירה על נכס, מסתבר שההיקף האחריות של השומר יעמוד בראש מעייניו של בעל הנכס, ומכאן ששומר השכר העיקרי לא יתקשה לגבות תמורה מלאה בעד אחריותו. זוהי, אפוא, סיבה נוספת לכך שהתמורה

45 דנר, § 35, בעמ' 102.

46 M.A. Eisenberg "The Limits of Cognition and the Limits of Contract" 47 *Stan. L. Rev.* 211, 214-216 (1995). ראו גם T.H. Jackson "The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law" 98 *Harv. L. Rev.* 1393, 1410-1411 (1985). השווה T.D. Rakoff "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction" 96 *Harv. L. Rev.* 1173, 1248-1283 (1983) (הצגת הטיעון שכל התניות בחוזים אחידים, שאינן עוסקות בעניינים הספורים שבמרכז התעניינותו של הלקוח, הן למעשה "בלתי-נראות" וליבון ההשלכות של תופעה זו). בהקשר הנוכחי, עלולות להצטרף להטיה הפסיכולוגית הנזכרת הטיות נוספות, ובהן הנטייה להתעלם מסיכונים שהסתברות התממשותם נמוכה והנטייה להתעלם מנתונים שאינם מתיישבים עם הרצונות או ההחלטות של אנשים. על הנטייה הראשונה, ראו, למשל, C.F. Camerer & H. Kunreuther "Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications" 8 *J. Pol'y Analysis & Management* (1989) 565, 570; P. Slovic, B. Fischhoff & S. Lichtenstein "Regulation of Risk: A Psychological Perspective" in: *Regulatory Policy and the Social Sciences* (Berkeley, Los Angeles & London, R.G. Noll ed., 1985) 241, 259-262. על הנטייה האחרונה, ראו, למשל, D.M. Grether "Bayes Rule as a Descriptive Model: The Representativeness Heuristic" 95 *Q. J. Econ.* (1980) 537.

בעד השמירה בשמירת שכר עיקרית צפויה להיות גבוהה מזו הניתנת בשמירת שכר טפלה.

לבסוף, רנר מראה כי התמורה שנותן בעל הנכס לשואל גבוהה מזו שהוא נותן אפילו לשומר השכר העיקרי. שאילה שקולה להשכרה בדמי שכירות כשיעור אפס. התמורה שנותן בעל הנכס לשואל שווה אפוא לדמי השכירות שניתן היה לגבות בעד ההנאה מהשימוש בנכס, כלומר: למלוא השווי הכספי של הנאה זו. לעומת זאת, דמי השמירה המשולמים לשומר שכר עיקרי יהיו כמעט תמיד נמוכים יותר משווי ההנאה שניתן להפיק מהנכס; ומשמע ששומר השכר מקבל תמורה נמוכה יותר מהשואל. השערה זו מבוססת לא רק על ניסיון החיים הרגיל, אלא גם על שיקולים שבהיגיון כלכלי. נכס שעלות שמירתו עולה על ההנאה שניתן להפיק מהשימוש בו איננו "נכס" אלא "נטל". אין להניח ששואל יחפץ לשאול נכס כזה, ואין להניח שבעל נכס ירצה להתקשר עם שומר שכר עיקרי בחוזה לשמירה עליו. יוצא אפוא שלשואל נותן בעל הנכס את התמורה הגבוהה ביותר בעד אחריותו לשלום הנכס.

התיאוריה שמציעה רנר, עם היותה מקורית לחלוטין לא רק בספרות הישראלית על דיני השמירה אלא גם בספרות של שיטות משפט אחרות, עולה על כל התיאוריות הקיימות. שום קריטריון אחר, או אפילו שילוב של קריטריונים, אינו מסוגל לספק הסבר כה משכנע ואלגנטי לסיווג העומד במרכזו של חוק השומרים. קריטריון התמורה הניתנת בעד השמירה מבטא ומתקשר לשיקולים של הגינות, איזון ושקילות, ולמושגים של צדק קומונטיבי ("צדק מתקן" בהקשרים לבר-חוזים), שלפיהם אין זה ראוי שאדם אחד ירוויח על חשבון רעהו⁴⁷. על כן הוא תואם את תחושות הצדק הרווחות.

מעדיפותה של התיאוריה של רנר על כל התיאוריות האחרות לא נובע שהיא חסינה מביקורת. ההשגה המתבקשת על התיאוריה הנדונה היא זו: אף בהנחה שאין שום קריטריון מוצלח יותר להצדקת הדירוג של אחריות השומרים השונים, האומנם ראוי לדבוק בקריטריון התמורה בעד השמירה כקריטריון בלעדי לדירוג? רנר נותנת דעתה להשגה זו, ותשובתה כפולה. ראשית, במסגרת הקריטריון הנדון ניתן ביטוי גם לחלק מהשיקולים שאינם מסוגלים, כשהם לעצמם, להסביר את החוק. כך, למשל, מטרת ההחזקה – שמירה או אחרת – משפיעה על שיעור התמורה הניתנת בעד השמירה⁴⁸. שנית (וחשוב יותר), הגם שהקריטריון הנדון הוא היחיד שמסוגל להסביר ולהצדיק את דירוג האחריות של השומרים השונים, אין להתעלם מהבחנות או משיקולים אחרים במסגרת הוראות האחריות השונות שבחוק. ואכן, בבואה לפרש את כלל הוראות החוק מתחשבת רנר במגוון רחב של שיקולים ואמות-מידה נוספים – שיקולים של רצון

47 על שקילות התמורות בהקשרים חוזיים ועל ההצדקות הנורמטיביות לעמידה על קיומה של שקילות כזו, ראו, באופן כללי, א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 89-98.

48 רנר, § 35, בעמ' 104.

והסכמה (אקטואליים או היפותטיים), צדק חלוקתי, יעילות, שיקולים של טכניקה חקיקתית ואדמיניסטרציה שיפוטית, וכיוצא באלה⁴⁹.

החשובות הללו אומנם מקהות את חודה של ההשגה על האופי ה"מוניסטי" של תיאוריית רנר, אך אין בהן כדי להפיש לחלוטין את דעתם של אלה המבכרים "פלורליזם תיאורטי". גם אם מקבלים שתיאוריית רנר היא התיאוריה ההולמת ביותר את הסיווג הפוזיטיבי של חוק השומרים (כפי שאני אכן מציע לקבל), כאשר באים להעריך, לפרש, למלא פערים וליישם את הדין הנוהג ראוי להתחשב בתיאוריות נורמטיביות נוספות⁵⁰. כך, למשל, בהנחה שרוב רובם של מחזיקי משכון מופקד הם בימינו מוסדות פיננסיים גדולים (כגון בנקים) המחזיקים בחפצי-ערך יקרים (כגון ניירות-ערך או יהלומים), ניתן לפקפק אם אומנם אחריות בדרגה של שומר שכר טפל הולמת אותם. יש בסיס לסברה, שבמציאות זו, כהתחשב בשיקולי היעילות (בפרט פיזור סיכונים) ובשיקולים החלוקתיים הרלוונטיים, ראוי להטיל על מחזיקי משכון מופקד אחריות כשל שומר שכר עיקרי⁵¹.

בתחום חשוב אחד, תחום הקבלנות, אכן סטה המחוקק מהסיווג שבחוק השומרים, והורה שלעניין נכסי המזמין המוחזקים בידי הקבלן לשם ביצוע המלאכה או מתן השירות, אחראי הקבלן כשומר שכר עיקרי ולא כשומר שכר טפל (סעיף 6(ב)(1) לחוק תווה קבלנות, תשל"ד-1974). במקום אחר דנתי ב"סטייה" זו וניתחתי בפירוט את הצדקותיה המגוונות⁵². בהתאמה לתיאוריה שבה היא דוגלת, חולקת רנר על ההצדקה לסטייה זו⁵³.

49 ראו הדוגמאות המצוינות לעיל, בהערה 5 והסקסט הסמוך לה.

50 השווה ד' פרידמן "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 153, 171.

51 ראו זמיר (לעיל, הערה 41), בעמ' 110-111.

52 זמיר (לעיל, הערה 41). בין היתר, ניתן להצדיק את הטלת האחריות החוזית המלאה על הקבלן בכך שהמזמין ובתי-המשפט עלולים להתקשות להעריך מהם אמצעי הזהירות האופטימליים שעל הקבלן לנקוט כדי למזער את העלות הכוללת של תחלת הסיכון לנכס ואמצעי הזהירות להקטנתו. אחריות מלאה, לא זו בלבד שהיא ממריצה את הקבלן, שבידו המידע העדיף, לנקוט אמצעים אופטימליים (תוצאה המושגת גם על-ידי אחריות המותנית ברשלנות), אלא גם מקלה על המזמין להעריך את כראיות העסקה, משום שהוא יודע את עלותה (השכר שעליו לשלם) גם אם אינו מסוגל להעריך את עלות הסיכון לשלום הנכס. כלל זה אף מקטין את א-הוודאות שמקורה בטעויות אפשריות של בתי-המשפט בקביעת הזהירות האופטימלית הנדרשת תחת כלל של התרשלות. נוסף על כך, מאחר שקבלנים הם ברגיל פירמות, בעוד שמזמינים עשויים להיות אנשים פרטיים, לקבלן יש עדיפות מבחינת פיזור הנזק על-ידי הכללתו בשכר שהוא גובה מכלל המזמינים. יתר על כן: גם אם אחריות המותנית ברשלנות היא הכלל היעיל ביותר, ניתן לומר שסעיף 6(ב)(1) נועד להמריץ את הקבלנים למסור למזמינים מידע על רמת אחריותם בדרשו מהם להתנות על הוראות השלמה "עונשית" זו. מאחר שבאורח טיפוסי קשה לקבוע אם נכס המזמין אבד או ניוק בידי הקבלן בשל אופן הביצוע של

ד. דעה נוספת

1. כללי

בחלק זה ברצוני לעמוד על עניינים אחדים, חשובים יותר וחשובים פחות, שבהם תיתכן כמדומה מסקנה אחרת מהמסקנה של הפירוש לחוק השומרים, או שניתן להתחשב לגביהם בשיקולים נוספים על אלה שנדונו בספר. כאמור במבוא, חשוב להצביע על נקודות שבהן תיתכן דעה אחרת מהדעה המובעת בפירוש לחוק השומרים דווקא משום כוח השכנוע הרב של הפירוש בכללותו והיותו, מעתה ואילך, המקור המרכזי לפירוש חוק השומרים. כפי שיתבהר, לעתים מדובר בהבדלי ניואנסים או בהבדלים שבהנמקה, ולא במחלוקת לגבי המסקנה הסופית.

2. על נטל השכנוע ומשמעותו

הן שומרי חינוך, הן שומרי שכר ששמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, אחראים לאובדן הנכס או לנזקו רק אם האובדן או הנזק נגרמו עקב התרשלותם⁵⁴. ההבחנה בין השניים היא שבמקרה של שומר חינוך על בעל הנכס לשכנע שהשומר התרשל, ואילו במקרה של שומר שכר טפל הנטל על השומר לשכנע שהאובדן או הנזק לא נגרמו כתוצאה מהתרשלותו. בהתייחס לרמת האחריות של שומר השכר הטפל קובעת רנר, שבכפוף להעברת נטל השכנוע, "רמת האחריות של שומר השכר הטפל שקולה בעצם לזו המוטלת על שומר החינוך"⁵⁵. רנר מוסיפה, כי "כיוון שכעניין מהותי קרובה רמת אחריותו של שומר השכר הטפל לזו של שומר החינוך ולא לזו של שומר השכר העיקרי, ניתן להטיל ספק במידת ההצדקה לרמת האחריות המוטלת על שומר השכר הטפל"⁵⁶. למרות ספק זה, מאחר ששומר השכר הטפל מקבל למעשה תמורה בעד שמירתו (אף כי נמוכה מזו של שומר השכר העיקרי), היא סבורה שיש הצדקה להבחנה. את המשמעות המעשית של ההבחנה בין השניים מוצאת רנר בגמישותו של מושג

המלאכה או בשל ליקויים בשמירתו, ניתן להצדיק את סעיף 6(ב)(1) גם בכך שהוא חוסך לבחירה-משפט את הצורך להכריע בשאלה זו (שכן רמת האחריות מושווית בשני המקרים), ולכך יש יתרון מנקודת-מבט של הוגנות ויעילות כאחד. לבסוף, נראה שלהוראה הנדונה עשויות להיות גם אי-אלה תוצאות חלוקתיות חיוביות.

53 רנר, § 269, הערה 7 בעמ' 469. ראו גם להלן, תת-פרק ד(4).

54 ראו סעיפים 2(א) ו-2(ב) סיפא לחוק השומרים, המצוטטים לעיל, בהערה 2.

55 רנר, § 63, בעמ' 160.

56 רנר, § 63, בעמ' 161.

ההתרשלות: מושג זה עשוי "לאפשר לנו להבחין בין מידת המאמץ הנדרשת משומר חינם וזו הנדרשת משומר שכר טפל. דהיינו, ההתרשלות משמעה סטייה מסטנדרט התנהגות של סבירות בנסיבות מסוימות, ובמסגרת נסיבות אלו ניתן לתת משקל לסוג השומר"⁵⁷.

יש להסכים עם הקביעה האחרונה בנושא ההבדל במידת המאמץ העשוי להידרש משומר חינם ומשומר שכר טפל כדי שייחשבו כמי שלא התרשלו כשמירת הנכס. אולם לדעתנו, גם להבדל בנטל השכנוע יש משמעות מעשית רבה מאוד. במקרים רבים קשה לברר את הנסיבות והסיבות המדויקות של הינזקות הנכס, וגם כאשר ניתן לברר, ייחזקו ספקות עובדתיים לגבי התנהגות השומר למעשה וחילוקי דעות נורמטיביים לגבי הדרך שבה ראוי היה שינהג כשומר סביר. מכשולים אלה עשויים להקשות על הוכחת העדרה של רשלנות מצד שומר השכר הטפל, ולקרב מאוד את אחריותו לרמה הרגילה של אחריות תוזית מלאה. אומנם חילוקי דעות נורמטיביים אינם מוכרעים לפי כללי נטל השכנוע, אולם עצם העברת נטל השכנוע נתפסת כאיתות מצד המחוקק שיש להגביר את רמת הזהירות הנדרשת מהשומר⁵⁸. כפי שכתב קרל לואלן בהקשר אחר: "Burden of proof is more than burden of proof: it also indicates the base-lines for judging proof, when offered"⁵⁹. נקודת המוצא שמשמיע כלל נטל השכנוע לגבי שומר חינם הוא של העדר אחריות, ואילו נקודת המוצא לגבי שומר שכר טפל היא של קיום אחריות. כשם שעבירות של אחריות קפידה במשפט הפלילי, שבהן חלה חזקת רשלנות, קרובות יותר מבחינה מעשית לעבירות של אחריות מוחלטת מאשר לעבירות של רשלנות, וכשם שכללי הפיכת נטל השכנוע לקיום התרשלות בדיני הנזיקין (כמו הכלל "הדבר מדבר בעדו") הופכים את האחריות לכמעט מוחלטת, גם בענייני הפיכת נטל השכנוע מקרבת את האחריות של שומר השכר הטפל לאחריות של שומר שכר עיקרי⁶⁰. להערכתנו,

57 רנר, § 63, בעמ' 161-162. גם בדיון על סעיף 12(ד) לתוק – התנאות אחריותו של בעל מלון לפי סעיף 12 בקבלת הודעה תוך זמן סביר על הנזק או האובדן – מניחה רנר כי הפער בין שומר שכר טפל לבין שומר חינם הוא קטן למדי: "כיוון שכל ההבדל בין רמת אחריות זו לרמת האחריות המוטלת על שומר חינם הוא בהיפוך נטל ההוכחה..." (רנר, § 249, בעמ' 439-440).

58 לתיאור הפסיקה בנושא זה ראו רנר, § 63, בעמ' 162, ואצל זמיר (לעיל, הערה 41), בעמ' 99-100, הערה 17.

59 K.N. Llewellyn "On Warranty of Quality, and Society: II" 37 Colum. L. Rev. (1937) 341, 385 n. 114.

60 השו"א אנגלרד הכלל "הדבר מדבר בעדו" בדיני הנזיקין (תשכ"ז) 14-16; ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין א (תשמ"ד) פרק י, בעמ' 794 ואילך, ובמיוחד § 944, בעמ' 806. בהקשר זה ראו גם הפולמוס שהתעורר לגבי חוקתיותו של סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (ס"ח 226), כפי שנקבע בתקון מס' 39 לחוק (ס"ח תשנ"ד 348), בשל כך שנטל השכנוע שהוא מטיל על הנאשם מקרב את האחריות בשל עבירות של אחריות קפידה לאחריות מוחלטת: מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי

אחריותו של שומר השכר הטפל קרובה אפוא יותר לאחריות של שומר שכר עיקרי מאשר לזו של שומר חנם⁶¹.

3. חוזי חנם, האחריות שהם מטילים והתרופות בשל הפרתם

אחת הסוגיות שבהן מתחדדת שאלת היחס בין חוק השומרים לדיני התחומים היא סוגיית אחריותו של שומר החנם והתרופות שהיא גוררת אתריה. סעיף 5(א) לחוק השומרים קובע: "היה השומר אחראי לאבדן הנכס או לנזק, זכאי בעל הנכס לפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה". מאז חקיקתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ההוראה המרכזית שאליה מפנה סעיף זה היא סעיף 10 לחוק התרופות. סעיף זה מזכה את הנפגע בפיצויים גם בגין נזק תוצאתי שנגרם לו עקב ההפרה, ובלבד שהמפר "ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". רנר מסבירה, שלעניין זה יש לראות את אובדן הנכס או נזק כשקולים להפרת החוזה, ואת מועד תחילת השמירה כשקול למועד הכריתה של החוזה (תוך נכונות לראות בקיומו של חוזה שנכרת לפני מועד תחילת השמירה משום התנאה על חוק השומרים לעניין המועד הקובע)⁶². ככל שמדובר בחוזי חנם או "חצי חנם" (חוזים שבהם התמורות בלתי שקולות באורח מובהק), מסייג סעיף 12 סיפא לחוק התרופות את זכות הנפגע לפיצויים בגין נזקיו התוצאתיים, בהסמיכו את בית-המשפט להפחית את הפיצויים עד כדי האמור בסעיף 11, כלומר: לנוסחה המובילה לפיצוי בגין נזקים ישירים בלבד (ואף לא בהכרח על כולם)⁶³. אף-על-פי-כן סבורה רנר, שגם בשמירת חנם, ואפילו כאשר מדובר בשומרים שלא לרצונם (כגון אדם שנשלח אליו נכס בטעות או שומר שנאלץ להמשיך להחזיק בנכס בעקבות סירוב בלתי-מוצדק של הבעלים לקבלו),

והלך כללי), התשנ"ב-1992 משפטים כד (תשנ"ד) 9, 32-35; ע' פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם: על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 87, 99-97; מ' קרמיצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109, 111-112; מ' גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה: חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 129, 137-138 (אם כי חלק מהוויכוח בנושא זה מקורו בכך שהחוק אינו מסתפק בהוכחת העדר רשלנות, אלא גם בהוכחה כי הנאשם "עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה"). השור גם זמיר (לעיל, הערה 47), בעמ' 35-37.

61 ראו ביתר פירוט זמיר (לעיל, הערה 41), בעמ' 98-100.

62 רנר, § 103-104, בעמ' 222-226. ראו גם לעיל, פרק ב.

63 ראו ד' קציר תרופות בשל הפרת חוזה (תשנ"א, חלק ב) § 395, בעמ' 1012-1014; א' ידן חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' סדסי, מהדורה שנייה, תשל"ט) § 56, בעמ' 114-115.

חייב השומר לפצות את בעל הנכס גם בגין נזקיו התוצאתיים (בכפוף למבחן הצפיות, כאמור לעיל)⁶⁴.

במישור הדין הנוהג מבססת רנר מסקנה זו על כך שסעיפים 11 ו-12 לחוק התרופות אינם ישימים לאחריות בשמירה, ועל כך שגם סעיף 5 לחוק השומרים אינו מכיל סייג כלשהו להיקף הפיצויים שבהם חייב שומר החינם בגין אחריותו⁶⁵. רנר מציינת שמסקנה זו עשויה להיראות קשה לגבי שומרי חינם, ובמיוחד לגבי השומרים שלא לרצונם, אולם היא סבורה שניתן להצדיקה ושאת הדרכים למיתונה יש למצוא במישור של היקף האחריות (להבדיל ממישור התרופות). לדעתה, אם התרשל שומר החינם, "אין טעם טוב לשלול את אחריותו לנזק תוצאתי אם נתקיימו מבחניו של סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות)"⁶⁶. ממילא, ממשיך הטיעון, אם מדובר בשומר חינם חוזי, הוא "עשוי להתחייב בגין הנזק התוצאתי מכוח העילה החוזית", ולא עוד, אלא ש"דיני החוזים מטילים על שומר החינם התוצאות גבוהה מזו שמטיל עליו חוק השומרים. אחריותו החוזית אנלוגית לאחריותו השומרית של שומר השכר העיקרי"⁶⁷. חיובו של שומר החינם החוזי בפיצויים בגין נזקיו התוצאתיים של בעל הנכס מוצדק, משום "שיש לראותו כמי שנטל על עצמו את הסיכון בגין נזק זה עם כריתת החוזה", ולעניין זה אין מקום להבחין בין העילה החוזית לעילה השומרית⁶⁸. מלבד התחשבות בשומרי החינם על-ידי הנמכת הרף של מה שייחשב כהתנהגות סבירה מצדם, סבורה רנר כי במסגרת מבחן הצפיות של סעיף 10 לחוק התרופות, נזק תוצאתי לא ייחשב ככלל כנזק ש"היה על השומר לצפות", ולכן השומר יישא באחריות רק אם הוא צפה אותו בפועל כתוצאה מאינפורמציה מיוחדת שנמסרה לו עובר לתחילת השמירה. ככל שמדובר בשומרים שלא לרצונם, ניתן להניח כי אינפורמציה כזו לא תימצא בידם⁶⁹.

אני שותף לתחושת חוסר הנחת מחיוב שומר החינם בפיצויים בגין נזקיו התוצאתיים של בעל הנכס. אולם, לדעתי תיתכן גם מסקנה אחרת לגבי היקף החיוב בפיצויים החל על שומר חינם לפי הדין הנוהג. לדעתי, הדין הרצוי והמצוי הוא, שהן בעילה השומרית הן בעילה החוזית מותנית אחריותו של שומר החינם בקיום התרשלות מצדו, ובשתי העילות אין הוא נושא – או אין הוא נושא בהכרח – באחריות למלוא נזקיו התוצאתיים

64 רנר, 107 §, בעמ' 228-229.

65 רנר, 102 §, בעמ' 220; 107 §, בעמ' 228.

66 רנר, 107 §, בעמ' 228. בהערת שוליים 57, הנלווית לטקסט זה, מעלה רנר את הטענה שבדיני הפיצויים הכלליים ניתן ביטוי להיעדר התמורה בסעיף 12, ומשיבה שסעיף 12 אינו ישים לאחריות בשמירה.

67 רנר, 107 §, בעמ' 229 (הטקסט והערה 58). ראו גם רנר, 5 §, בעמ' 34-35.

68 רנר, 107 §, בעמ' 229.

69 שם.

של בעל הנכס. אם נכונה דעה זו, הרי שאין צורך לתור אחר הצדקות לחיוב שומר החינם בפיצוי בגין נזקיו התוצאתיים של בעל הנכס ואין צורך למצוא דרכים למיתון חומרתו של דין זה.

הקושי הנוכחי נגזר מבעיה רחבה יותר בחקיקה האזרחית החדשה, שעקב שיטת התקיקה בשלבים אין בה הסדר הרמוני של חווי החינם (כגון מתנה, השאלה, הלוואה ללא ריבית ושמירת חינם חוזית)⁷⁰. בקודקסים זרים ישנה התאמה רבה יותר בין ההסדרים השונים, ובין היתר רווחת ההתנאה של אחריות הנותן חינם להפרה בקיום אשם מצדו⁷¹. ישנן גם הוראות המגבילות את התרופות בשל הפרת חוזים אלה להגנה על האינטרסים השליליים של המקבל ללא תמורה⁷². הסדרים אלה תואמים בקווים כלליים את ההסדרים של המשפט האנגלו-אמריקני, הנובעים מתחולת דיני הנזיקין על אחריותם של נותני מתנות ומבצעי שירות חינם⁷³. רמת האחריות שמטיל חוק השומרים על שומר החינם עולה בקנה אחד עם תפיסה זו, וראוי להקיש ממנה לחווי חינם אחרים שבהם לא הוסדרה בחקיקה רמת האחריות של החייב⁷⁴. מאחר שלדעתי יש לראות בחוק השומרים גם מקור להוראות השלמה חוזית, הרי שלא רק אחריותו השומרית של שומר החינם החווי מותנית בהתרשלותו, אלא גם אחריותו החוזית לשלום הנכס⁷⁵.

70 בין היתר, אין התאמה בין ההסדרים החלים על כל אחד מחוזים אלה מבחינת הדרישות הצורניות בכתיבתה, הכוח לחזור מהתחייבות לנתינת חינם, היקף האחריות להפרה (האם נדרש אשם), היקף התרופות בשל הפרה וכדומה. ראו באופן כללי פרידמן (לעיל, הערה 50); פרידמן וכהן (לעיל, הערה 9) § 11.1-11.26, בעמ' 470-510; מ"א ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טרסקי, מהדורה שנייה, תשנ"ו) § 13-32, בעמ' 56-76; א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן) 366-369.

71 ראו, למשל, סעיפים 521-524, ר"ב 599-600 ל-BGB הגרמני; סעיפים 789, 797-798, 1768, 1812 ו-1821 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיפים 1891, 1917, 1927-1928 ו-1992 לקוד סבייל הצרפתי; J.F.C. Brierley & R.A. Macdonald *Quebec Civil Law – An Introduction to Quebec Private Law* (Toronto, 1993) §§ 418, at pp. 395-396, 576-577, בעמ' 363-366.

72 ראו, למשל, סעיפים 523(2) ו-524(2) ל-BGB הגרמני וסעיף 2290 לקודקס האזרחי של קוויבק (הסמכת בית-המשפט להפחית את הפיצויים שעל השומר במובן הצר לשלם כאשר מדובר בשמירת-חינם).

73 ראו, למשל, Prosser and Keeton on Torts (St. Paul, Minn., 5th ed., W.P. Keeton et al. eds. 1984) 378-382; Clerk & Lindsell on Torts (17th ed., London, D. Alexander et al. eds., 1995) § 7-152, at pp. 362-363.

74 ראו ביתר פירוט זמיר (לעיל, הערה 70), שם.

75 ראו לעיל, פרק ב. הנטייה הרווחת להניח שבניגוד לאחריות נזיקית, אחריות חוזית היא בהכרח אחריות מלאה שממנה נפטרים רק בנסיבות של סיכול, מקורה בהשפעת המסורת האנגלית. בשנים האחרונות גוברת והולכת כמשפטנו גם בתחום החוזים ההיזקקות להבחנה – שמקורה במשפט הצרפתי – בין חיובי תוצאה (חיובים שהחייב נושא באחריות לא-קיומם זולת אם נתקיימו נסיבות של

מכאן לשאלת שיעור הפיצויים המגיעים לבעל הנכס בשל אחריותו (השומרית או החוזית) של שומר החינם. הגם שסעיף 12 לחוק התרופות כפשוטו אינו הולם הפרה של חיובי שמירה (או נשיאה באחריות בשמירה, בהיעדר חיוב), נראה לי שיש להקיש ממנו גם לענייננו⁷⁶. ההצדקות שעליהן מבוסס סעיף 12 חלות בשווה על כלל חוזי החינם. כשם שאין להניח כי אדם המתחייב לתת נכס או שירות ללא תמורה מקבל על עצמו חיוב תוצאה (להכדיל מחיוב השתדלות גרידא), כך אין להניח כי הוא מקבל עליו לפצות את המקבל בגין הנזקים התוצאתיים העלולים להיגרם לו בשל הפרת ההתחייבות. חיוב בפיצויים על נזקים כאלה איננו הוגן בהתחשב באופיה החד-צדדי של העסקה, והוא אף עלול להרתיע נותני-חינם פוטנציאליים מעצם הנתינה. שיקולים אלה חלים ביתר שאת כאשר מדובר בשמירה לא הסכמית (כגון החזקת נכס בידי מוצא אבודה) או לא רצונית (כגון החזקת נכס בידי מי שהנכס נשלח אליו כדי שישקול את רכישתו, שלא לרצונו)⁷⁷. ההסבר לתחולתו החלקית של סעיף 12, שמקורה בדיקתו לסעיף 11, מצוי כנראה בקשיים שניצבו בפני מחוקק חוק התרופות לקבוע דינים כלליים, מופשטים ואחידים לכל סוגי ההפרות בכל סוגי החוזים – משימה שכמעט שום מחוקק לא ניסה לעמוד בה לפני כן⁷⁸.

אונס או סיכול, או שהצד השני מנע את הקיום) לבין חיובי השתדלות (שבהם נשא החייב באחריות רק אם לא פעל במיומנות סבירה או לא נקט את השקידה והזהירות הראויות). כשם שבדיני הנזיקין רווחת יותר ויותר האחריות שאינה דורשת אשם, כך בדיני החוזים מוכרים חיובים ואחריות התלוים באשם. במלים אחרות: גוברת ההכרה בכך שאין חפיפה הכרחית בין סיווג אחריות כחוזית או כנזיקית לבין הסיווג של חיובים כחיובי תוצאה או כחיובי השתדלות. ראו, למשל, ע"א 444/94 אורנה ייצוג אמנים והפקות נ' עטרי, פ"ד נא (5) 241, 252-255; ע"א 2887/91 גול נ' אוריעל, פסק-דין מיום 28 בספטמבר 1995, דינים-עליון, כרך מב 26; ע"א 341/80 עלי נ' ששון, פ"ד לו (3) 281, 289; ע"א 235/59 אלהנקרי נ' פולק, פ"ד יד 2497, 2500 (על אופי חיובי הרופא); זמיר (לעיל, הערה 70), בעמ' 103-108; זמיר (לעיל, הערה 16), § 8, בעמ' 34-36.

76 על דרכים אפשריות נוספות להתחשב באופיין של עסקאות כעסקאות-חינם במישור התרופות, ראו פרידמן (לעיל, הערה 50), בעמ' 161-162.

77 רנר מבקשת להתמודד עם קושי זה באמצעות הטיעון ששומרים לא הסכמיים או לא רצוניים לא ייחשבו כמי שאמורים לצפות מראש את הנזקים התוצאתיים שייגרמו עקב אובדן הנכס או נזק, ולכן לפי מבחן הצפיות שבסעיף 10 הם לא יחובו בפיצויים על נזקים אלה (רנר, § 107, בעמ' 229). דא עקא, שפתרון זה איננו שלם. ניתן להעלות על הדעת מצבים יוצאי-דופן, שבהם תהיה צפיות בפועל כתוצאה מהקשר הקודם שבין הצדדים (כפי שמציינת רנר לגבי שומר החינם מכוח סעיף 11 לחוק) או כתוצאה ממידע שהשומר מפיק מהנכס עצמו (למשל, מידע שצורף למוצר שנשלח לקונה פוטנציאלי כדי לשכנעו לרכוש אותו, או מציאה של מסמך המגלם זכות אוכליגטורית או מעיד עליה).

78 ראו E. Zamir "European Tradition, the Conventions on International Sales and Israeli Contract Law" in: *European Legal Traditions and Israel* (Jerusalem, A.M. Rabello, ed., 1994) 499, 503-507.

4. אחריות בעל מלון

סעיף 12 לחוק השומרים קובע הוראה מיוחדת לעניין אחריות בתי מלון לאובדן או לנזק של נכסי האורחים המתארחים במלון⁷⁹. הוראה זו מייטרת את הצורך להכריע אם לבית המלון נתונה שליטה מספקת בנכסי האורח כדי שייחשב כשומר לפי משמעותו בחוק (במיוחד לאור הזיקה המקבילה של האורח לנכסיו בנסיבות שונות של השהייה במלון). יתרונו היחסי של המלון בנקיטת צעדים למניעת גניבות ונזקים לחפצי האורחים מתקיים אף בהעדר השליטה הנדרשת לקיום "שמירה" לפי סעיף 1 לחוק, ומכאן ההצדקה לגשיאתו באחריות גם בהעדר "החזקה" כהלכתה⁸⁰. בתמצית, סעיף 12 מורה כי "דין בעל המלון כדין שומר שכר" (סעיף קטן (ב)), אך כאשר מדובר ב"כספים, ניירות ערך או חפצי ערך אחרים" לא תחול האחריות לפי סעיף 12 אלא אם האורח הודיע עליהם לבעל המלון ומסר לו אותם למשמרת לפי דרישתו (סעיף קטן (ג)). אחריות בעל המלון "לפי סעיף זה" מותנית בכך שניתנה לו הודעה על האובדן או הנזק תוך זמן סביר לאחר שנודע עליהם לאורח או שהיה עליו לדעת עליהם (סעיף קטן (ד)).

על רקע שיקולי המדיניות שביסוד סעיף 12 עורכת רגר ניתוח מעמיק של הסעיף על פרטיו ודקדוקיו, דבר דבור על אופניו. כעת אתמקד בשאלה מהו היקף האחריות המוטלת על בעל המלון לפי סעיף 12 (ב), ובשולי הדברים אתייחס בקיצור לשתי סוגיות נוספות.

(א) היקף האחריות לפי סעיף 12 (ב)

סעיף 12 (ב) קובע שדין בעל המלון כדין שומר שכר, אך הסעיף אינו מפרש אם מדובר בשומר שכר עיקרי או טפל. כזכור, שומר שכר עיקרי נושא באחריות מלאה, שממנה הוא

79 הסעיף קובע כדלהלן:

(א) בסעיף זה –

"מלון" – לרבות פנסיון ובית אירוח אחר;

"בעל מלון" – לרבות מי שבידו ניהול של מלון;

"אורח" – מי שניתן לו מקום לינה במלון.

(ב) לענין נכסים של אורח הנמצאים במלון, דין בעל המלון כדין שומר שכר.

(ג) היו הנכסים כספים, ניירות ערך או חפצי ערך אחרים, לא יחול סעיף קטן (ב)

אלא אם הודיע עליהם האורח לבעל המלון ומסרם, לפי דרישתו, להחזקתו.

(ד) בעל מלון פטור מאחריותו לפי סעיף זה, אם לא ניתנה לו הודעה על אבדן הנכס

או על נזקו תוך זמן סביר לאחר שנודע על כך לאורח או שהיה עליו לדעת על כך.

(ה) לבעל מלון תהא זכות עכבון על נכסי האורח הנמצאים במלון או שנמסרו

להחזקתו לפי סעיף קטן (ג) כדי המגיע לו הן עקב השמירה והן עקב האירוח.

80 רגר, § 226, בעמ' 391-394.

פטור רק בנסיבות מעין סיכול, ואילו שומר השכר הטפל נושא באחריות רק אם התרשל בשמירה, אף כי עליו הנטל להוכיח שלא התרשל. ככל שמדובר בחפצי ערך שנמסרו להתזקת בעל המלון לפי דרישתו, כאמור בסעיף קטן (ג), אין ספק שאחריותו היא כשל שומר שכר עיקרי⁸¹. אף אם השמירה על חפצי הערך של האורח טפלה למכלול השירותים שמעניק המלון לאורחיו, השמירה על חפצים אלה היא המטרה שלשמה מחזיק בהם המלון ולכן מדובר בשמירה עיקרית. כדי לשלול תמריץ של המלון להימנע מקבלת חפצי ערך להתזקתו לשם שמירתם, תחול עליו אותה אחריות גם אם סירב, או לא ביקש, לקבלם להתזקתו לאחר שהאורח הודיע לו עליהם⁸². לא הודיע האורח על חפצי הערך שלו, "לא יחול סעיף קטן (ב)" (כך קובע סעיף קטן (ג)). האם במקרה זה עשוי המלון לשאת באחריות לחפצי הערך לפי הוראותיו האחרות של חוק השומרים (במקרים שבהם הוא נחשב כמחזיק בנכס לפי מבחניו הכלליים של חוק השומרים)? במקום אחר דנתי בשאלה זו והתקשיתי להכריע בה בגלל כובד השיקולים לכאן ולכאן⁸³. לדעת רנר, התשובה חיובית⁸⁴.

מכל מקום, השאלה הקשה ביותר נוגעת בחפצי האורח שאינם חפצי ערך. לדעת רנר, בניגוד לאחריות המלון לגבי אובדן או נזק של חפצי ערך שנמסרה עליהם הודעה למלון, האחריות לחפצים אחרים היא כאחריות של שומר שכר טפל. רנר מראה שמבחנית מבנה הסעיף ולשונו, ניתן להגיע הן למסקנה שבסעיף קטן (ב) האחריות היא כשל שומר שכר טפל, הן למסקנה שהאחריות היא כשל שומר שכר עיקרי⁸⁵; ולכן יש להכריע בשאלה בעיקר לאור שיקולי המדיניות הצריכים לעניין. מאחר שהאחריות לפי סעיף 12(ב) אינה מותנית בקיום החזקה לפי משמעותה בחוק, ומאחר שהיא עשויה להתקיים גם כאשר האורח הוא המחזיק בנכס ואפילו ללא ידיעת בעל המלון על קיום הנכס, הרי שמדובר באחריות חריגה ומרחיקת-לכת שראוי לצמצמה⁸⁶. רנר מייחסת חשיבות מרכזית לשאלה כיצד היה מסווג בעל המלון לפי מבחניו הרגילים של חוק השומרים (או ביתר דיוק, לפי היקש ממבחנים אלה). המבחן הרלוונטי הוא מבחן המטרה שלשמה "מחזיק" בעל המלון בנכסים. מאחר שהמטרה העיקרית של ההתקשרות בין האורח למלון היא שכירת מקום לינה, הרי שנקיטת צעדים למניעת גניבה או נזק לנכסי האורח טפלה למטרה העיקרית שלשמה נמצאים הנכסים במלון. לדעת רנר, אין הוראת סעיף 6(ב)(1) לחוק

81 רנר, § 238, בעמ' 423. השוו זמיר (לעיל, הערה 16), § 416, בעמ' 643.

82 רנר, § 246, בעמ' 435-436. אותו שיקול עצמו ניתן להציג כשיקול של הוגנות: אין זה הוגן שהמלון ייצא נשכר מסירובו לתת את שירות השמירה על חפצי-ערך של אורחיו.

83 זמיר (לעיל, הערה 16), § 416, בעמ' 644-645.

84 רנר, § 227, בעמ' 394-396.

85 רנר, § 238, בעמ' 421-422.

86 רנר, § 238, בעמ' 423.

חוזה קבלנות משנה מסקנה זו, שכן הסעיף אינו חל על בעל מלון, אפילו לא בדרך של היקש⁸⁷. הטעם לכך הוא, "שבנוגע לנכסי האורח השרות הרלוונטי במשמעות חוק חוזה קבלנות הוא שמירה", ושהוראת חוק חוזה קבלנות חלה רק על קבלן המחזיק בנכסי המזמין, בעוד שהמלון נושא באחריות לפי סעיף 12 למרות שאינו מחזיק בנכס⁸⁸.

עמדת רנר בשאלה הנדונה נגזרת, בין היתר, מעמדתה בשתי שאלות כלליות יותר. האחת היא האם ייתכן מצב שבו שני אנשים שונים נחשבים כמחזיקים של אותו נכס מבלי שמדובר בהחזקה משותפת? בניגוד לדעת חשין, שוללת רנר אפשרות זו⁸⁹. על כן, כאשר שליטת בעל המלון בחפצי האורח ויכולתו למנוע את נזקם או אובדנם אינה עולה במידה משמעותית על אלה של האורח עצמו, לדעת רנר הוא לא ייחשב כשומר לפי מבחניו הרגילים של חוק השומרים (הגם שיחול עליו סעיף 12). השאלה האחרת נוגעת בהצדקה לקיומו של סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, הסוטה ממבחניו הרגילים של חוק השומרים. הגם שאין היא דנה בשאלת ההצדקה או העדר ההצדקה לסעיף זה, התנגדותה של רנר להוראה זו היא חד-משמעית⁹⁰. עמדתו בסוגיה זו שונה⁹¹, ומכך בין היתר נובעת גם עמדתו לגבי סעיף 12(ב) לחוק השומרים.

בתמיכה לדעה שאחריות בעל מלון לפי סעיף 12(ב) היא אחריות חוזית מלאה ניתן להעלות את השיקולים הבאים. ראשית, הגם שהאחריות לפי סעיף 12 עשויה לחול גם במצבים שבהם המלון לא היה נחשב כשומר לפי מבחניו הרגילים של החוק, דומני שבמקרים רבים הוא היה נחשב כשומר. אף בדבריה של רנר מצוי כמדומה רמז לכך, שבמקרה השכיח ביותר שבו יחול סעיף 12 – דהיינו: גניבת חפצי האורח מחדרו בשעות שבהן הוא שוהה מחוץ לחדר – עשוי המלון להיחשב כשומר⁹². אם (בניגוד לדעת רנר) נכונים להכיר בקיומה של החזקה כפולה או מקבילה של אנשים שונים באותו נכס, הרי שהיקף המקרים שבהם ייחשב המלון כמחזיק בחפצי האורח רחב עוד יותר. על כן, בקביעת היקף האחריות לפי סעיף 12(ב) מוטב להעמיד לנגד עינינו את המקרה שבו המלון היה נחשב כשומר גם לפי מבחניו הרגילים של החוק, ולא את המקרים שבהם

87 סעיף 6(ב)(1) קובע: "אבד או ניזק הנכס בעודו ביד הקבלן – (1) אחראי הקבלן, לעניין חוק השומרים, תשכ"ז-1967, כשומר שר ששמירת הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו".

88 רנר, § 238, טקסט והערה 22 בעמ' 424.

89 ראו לעיל, הערה 16, הטקסט הסמוך לה והמקורות הנזכרים בה.

90 רנר, § 269, הערה 7 בעמ' 469 והטקסט הסמוך לה.

91 ראו זמיר (לעיל, הערה 41).

92 רנר קובעת כי, לצורך זכות העיכבון של בעל המלון לפי סעיף 12(ה), לבעל המלון צריכה להיות השליטה בנכס, המוציאה שליטה מקבילה על ידי האורח: "כך למשל שולט בעל המלון בנכסי האורח שנמסרו למכבסת המלון, ואולם אין בעל המלון שולט בנכסי האורח המצויים בחדרו, כל עוד שוהה האחרון בחדר זה" (רנר, § 255, בעמ' 448). מן הסיפא של המשפט עשוי להשתמע, שכאשר האורח אינו שוהה בחדרו נחשב המלון כמחזיק בנכסי האורח.

מטיל החוק אחריות אף בהעדר שליטה ישירה או עקיפה של המלון בנכסי האורח. מאחר שאין חולק כי מוצדק להטיל על בעל המלון אחריות לאובדן נכסי האורח או נזקם אף אם אינו מחזיק בהם, הרי שסעיף 12(ב) איננו כה מרחיק לכת. שיקולים אלה יפים גם לעניין הטענה שסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות איננו ישים בהעדר החזקה של בעל המלון בנכסים: במקרים רבים למלון תהיה החזקה בנכסים כנדרש לפי אותו סעיף, וגם במקרים שבהם הוא לא ייחשב כמחזיק, ראוי להטיל עליו אחריות דומה משום ההצדקה הכללית להטלת אחריות לשלום הנכס לפי סעיף 12 אף בהעדר החזקה⁹³.

אשר לסיווג החוזה בין המלון לאורח, יש לזכור, כי נוסף על עצם העמדת החרר לרשות האורח מספקים בת-מלון שירותים רבים נוספים, כגון אפשרות להשתמש במתקני נופש וספורט, שירותי ניקיון וחדרנות, ארוחות, שמירת חפצים, מסירת מידע תיירותי, הזמנת שירותים חיצוניים (כגון רכישת כרטיסים למופעים או הזמנת מונית), שירותי תקשורת, שמרטפות ולעתים אף פעילויות בידור ותרבות בתוך המלון. מבלי לגרוע מכך שחוזה האירוח בבית המלון הוא חוזה אחד ויחיד, על מרבית השירותים האלה – לרבות השמירה על בטחון האורח ובטחון חפציו – יחול חוק חוזה קבלנות⁹⁴. מטעם זה, בעל המלון הוא לדעתי קבלן כמשמעו בחוק חוזה קבלנות וחל עליו סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות.

בסופו של דבר, אני שותף לדעתה של רנר כי ההכרעה לגבי היקף האחריות שקובע סעיף 12(ב) תלויה בראש ובראשונה בשיקולי המדיניות הרלוונטיים, ובמידה פחותה בטיעונים פרשניים, מבניים או אנליטיים. לדעתי, סטייתו של סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות מרמת האחריות שהיתה חלה על קבלנים לפי מבחניו הרגילים של חוק השומרים מוצדקת מטעמים שונים⁹⁵, וכוחם של אלה יפה גם לגבי היחסים שבין המלון לאורחו.

93 שיקול אחר שמצינת רנר בעד צמצום אחריותו של המלון הוא החשש מפני תביעות-שווא של אורחים (רנר, § 238, בעמ' 423). אני משער שהשכיחות של תביעות כאלה נמוכה ביותר. הסיכון הכרוך בתביעת-שווא והעלויות הכרוכות בה (כגון בזבוז הזמן ועוגמת הנפש הכרוכים בהגשת תלונה ומסירת עדות במשטרה) די בהם, להערכתי, כדי ליצור הרחעה מספקת. יש לזכור שתביעת השווא שלגביה הועלה החשש הנדון מתייחסת רק לחפצים שאינם חפצי-ערך, משום שלגבי האחרונים ממילא אין המלון נושא באחריות אלא אם קיימו דרישות סעיף 12(ג), ומשקיימו דרישות אלה – אין מחלוקת שאחריות המלון היא כשל שומר שכר עיקרי. אין להניח ששאלת היקף האחריות של המלון – כשומר שכר עיקרי או כשומר שכר טפל (שלגביו יש חזקת רשלנות) – תשפיע במידה כלשהי על התמריץ להגיש תביעות-שווא לגבי חפצים שאינם חפצי-ערך, בין אם מדובר באורח תמים ובין אם בנוכל.

94 זמיר (לעיל, הערה 16), § 82, בעמ' 158-159. שם גם עמדנו על כך, שלעניין עצם העמדת החרר לרשות האורח, ספק אם מדובר בהשכרה ולא במתן זכות אובליגטורית גרידא ("דשיון") להשתמש בחדר.

95 ראו זמיר (לעיל, הערה 41); לעיל, הערה 52.

בין היתר, המלון הוא פירמה שבידה לפזר סיכונים בקלות באמצעות הכללתם ברמי-השהייה במלון. בניגוד לאורח, בידי המלון להעריך את תוחלת הסיכון של גניבת נכסי האורחים⁹⁶, וגם מסיבה זו עדיף שהמלון ישמש כמעין מבטח של סיכון זה. הטלת אחריות חוזית מלאה מייתרת את הצורך בהכרעות שיפוטיות לגבי קיומה של התשלום מצד המלון ובכך מונעת את הסכנה של הכרעות שגויות בשאלה זו. לאחריות המלאה עשויות להיות גם השפעות חלוקתיות חיוביות. דעתי היא, אפוא, שבהתאם לחוק חוזה קבלנות, החל ביחסים שבין בעל המלון לאורחיו, יש לקרוא את סעיף 12(ב) לחוק השומרים כמטיל על בעל המלון אחריות כשל שומר שכר עיקרי, וכי תוצאה זו מוצדקת מבחינה עניינית.

(ב) עניינים נוספים

שתי נקודות נוספות שראוי להתייחס אליהן אגב הדין בסעיף 12 הן רגע התחלת האחריות ונטל ההודעה על אובדן הנכס או על נזקו לפי סעיף 12(ד). בשאלה מהו הרגע שממנו נושא בעל המלון באחריות לפי סעיף 12 בוחנת רנר כמה אפשרויות, ובמיוחד היא משווה בין המועד שהחל ממנו הובטח לאדם מקום לינה במלון לבין מועד ההשלמה של תהליך ההרשמה (check in). מאחר שאחריות המלון חלה רק על חפצי האורח "הנמצאים במלון", ההבדל בין האפשרויות מתמקד בפרק הזמן שבין כניסת האורח לשטח המלון לבין סיום תהליך ההרשמה⁹⁷. בין השיקולים שמעלה רנר בתמיכה לאפשרות הראשונה, מצוי השיקול שעיקובים בתהליך ההרשמה מקורם בדרך כלל במלון, ולכן אין זה הוגן (או יעיל) שהאורח ייפגע מהם. מבחינת אמצעי ההשגחה שנוקט המלון לגבי חפצי האורחים שבאזור הקבלה, מעשית לא ניתן כמעט להבחין בין אורח שהשלים את הליך ההרשמה לאורח שעודנו בעיצומו של תהליך זה, כך שאין סיבה טובה לפטור את המלון מאחריותו באחד המקרים. בתמיכה לאפשרות השנייה מציינת רנר, כי כל עוד לא השלים האורח את תהליך ההרשמה, אין בעל המלון מודע בהכרח לעובדת הימצאותו בשטח המלון, ולכן יכולתו לנקוט אמצעים להקטנת הסיכון לנכסיו מוגבלת ביותר. לעומת זאת, משנסתיים הליך ההרשמה יכול בעל המלון להורות מיד על העברת החפצים לחדרו של האורח ובכך להקטין את הסיכון. יתרונה של האפשרות השנייה בכך שהיא מספקת קריטריון פורמלי ופשוט לתחילת האחריות, ללא צורך לברר

96 תוחלת זו תלויה גם בשווי הנכסים של האורח, אך כפי שראינו, לגבי חפצי ערך ממילא חלה על האורח חובה למסור עליהם מידע למלון, ומשנמסר מידע זה אחריות המלון היא אחריות תזוית מלאה.

97 רנר, § 233, בעמ' 408-410.

האם וממתי הובטח לאדם מקום לינה במלון?⁹⁸ בסופו של דבר מכריעה רנר בעד האפשרות השנייה, המצמצמת את אחריות המלון במישור הכרונולוגי.

לדעתי, משקל הנימוקים התומכים באפשרות הראשונה עולה במידה ניכרת על משקלם של אלה התומכים באפשרות השנייה. לעניין מודעות בעל המלון להימצאות האורח בשטח המלון, הלכה למעשה די בכך שעובדי המלון המופקדים על הנושא ידעו שהאורח הגיע, ולעניין זה אין נפקא מינה אם הושלם הליך ההרשמה⁹⁹. אשר ליתרון הוודאות, ספק אם הוא תופס בכל הנסיבות, ומכל מקום לא נראה שיש לייחס לו משקל מכריע. במקרים רבים לא יהיה זה ברור אם חפץ כלשהו נגנב או ניזוק לפני השלמת ההרשמה או אחריה, אך יהיה קל יותר לוודא אם האורח הגיע עם החפץ למלון או איבד אותו (או שהוא ניזוק) לפני כן (שאלה שממילא יש לברר גם לפי כלל מועד ההשלמה של תהליך ההרשמה). כללית, מגמת החקיקה האזרחית היא להימנע ממבחנים מכניסטיים, למרות יתרונם הלכאורי מבחינת האדמיניסטרציה של בירור תביעות. נוסף על השיקולים שהעלתה רנר בתמיכה לאפשרות הראשונה (אחריות המלון לעיכובים בהליך ההרשמה והקושי להבחין בין שמירה על חפצי האורחים שכבר נרשמו לשמירה על חפצי האורחים שעודם נרשמים), ניתן להצביע על השיקול, שבהיותו פירמה המתקשרת עם האורח במסגרת עסקיה, בדרך כלל יהיה למלון יתרון כמפוזר של הנזק באמצעות "ביטוח עצמי", כלומר: באמצעות הכללת ה"פרמיה" במחיר שמשלמים אורחי המלון. אומנם גם האורח יכול לבטח את רכושו בביטוח מסחרי, אולם במיוחד כאשר מדובר בתיירות-פנים, אין להניח שמרבית האורחים יעשו ביטוח כזה. זאת ועוד: על-פי הניתוח של רנר לגבי התשלום שגובים שומרי שכר טפלים בעד מרכיב השמירה (ניתוח שאינו משתנה בעקבות סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות), להרחבה של אחריות המלון צפויה להיות גם השפעה חלוקתית חיובית בשל הקושי של המלון לגלגל עלות נוספת זו על אורחיו (בהנחה שבאורח טיפוס מלונות עשירים מאורחיהם)¹⁰⁰.

הנקודה האחרונה שנוכיר אגב סעיף 12 נוגעת בנטל שמטיל סעיף קטן (ד) על האורח, להודיע לבעל המלון על אובדן הנכס או על נזקו תוך זמן סביר לאחר שנודע או שהיה עליו לדעת עליהם. אי-קיום נטל זה פוטר את בעל המלון מאחריותו לפי הסעיף. לדעת רנר, אם לא עמד האורח בנטל ההודעה יהיה בעל המלון פטור מאחריות אפילו

98 שם.

99 שיקול נוסף שמעלה רנר לתמיכה בכלל השלמת הרישום הוא החשש מהטלת אחריות על בעל המלון גם לחפציהם של אנשים המתעניינים באפשרות השהייה במלון, וכסופו של דבר מחליטים שלא לשהות בו. דומני שאין מקום לחשש זה, משום שאנשים כאלה ממילא אינם נחשבים כ"אורח" לפי ההגדרה שבסעיף 12(א).

100 ראו לגיל, פרק ג.

נודע לו על האובדן או על הנזק ממקור אחר¹⁰¹. הנימוקים שמביאה רנר לתמיכה בדעה זו מתמקדים בנוחיותו של בעל המלון: אם הידיעה מגיעה לבעל המלון ממקור אחר, הרי שהוא עלול שלא לדעת אם כבר ניתנה בעניין זה הודעה והנזק מטופל או שטרם ניתנה הודעה. בעיה זו חריפה במיוחד משום שההודעה יכולה להימסר לכל אחד מעובדי המלון שבמסגרת עבודתם מטפלים בפניות מעין אלה. לדעתי, יש להעדיף את הדעה ההפוכה: הגישה המקובלת לגבי הוראות המטילות נטל למסור מידע היא שידעת האדם שצריך לקבל את המידע מהווה תחליף לקיום נטל ההודעה¹⁰². לאדם היודע דבר מה אין ציפייה סבירה לצאת נשכר מכך שלא מסרו לו מידע על אותו דבר. אם, למשל, נודע לקצין הביטחון של המלון על גניבה שביצע מי מעובדי המלון או מאורחיו, עליו לנקוט את כל הצעדים המתחייבים מכך מבלי להמתין לקבלת הודעה מבעל הנכסים. כלל הדורש הודעה מצד האורח עצמו לא יפתור בהכרח את הבעיות של חוסר תיאום בין עובדי המלון, ומכל מקום זהו תפקידו של בעל המלון להתמודד עמן.

ה. סיכום

חוק השומרים הוא חוק ישראלי מקורי, שחשיבותו המעשית והעיונית הרבה נובעת מהמגוון הגדול של מצבים שאותם הוא מסדיר ומזיקותיו לכל תחומי המשפט הפרטי: דיני הגניבה, דיני החוזים, דיני הקניין ודיני עשיית עושר ולא במשפט. הפירוש לחוק השומרים, פרי עטה של ד"ר שירלי רנר, הוא מלאכת-מחשבת של מחקר משפטי, שתורמתו העצומה לדיני השמירה (בארץ ובעולם) ולמשפט הישראלי בכלל נובעת משילוב של מתודות מחקריות שונות, חשיפת הבסיס התיאורטי של החוק וניתוח מדויק של פרטיו על אותו בסיס. הספר מרגיש כי שילוב נכון בין שיקולים נורמטיביים שונים, תוצאתיים (יעילות כלכלית, צדק חלוקתי) ודאונטולוגיים (כמו אי-פגיעה באוטונומיה הפרטית, חשיבות הרצון וההסכמה), עינן בשיטות משפט זרות ושימוש מושכל בכל הכלים הפרשניים, טקסטואליים ואחרים, הוא המפתח לכתיבה משפטית

101 רנר, § 252, בעמ' 443.

102 ראו ג' טדסקי "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז (תשמ"ו) 335, 360-362; סעיף 3(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; זמיר (לעיל, הערה 16), § 309, בעמ' 499-501; סעיף 26(2) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; זמיר (לעיל, הערה 70), בעמ' 298-299, 302-303. על ההוראה הראויה לביקורת שבסעיף 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (ס"ח 98), אשר במקרה של ידיעת המוכר על אי-התאמה אינה מעניקה פטור מלא מנטל ההודעה, ראו א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשמ"ז) § 325 ו-332, בעמ' 332-334, 339.

במיטבה. שילוב זה, יחד עם הביטחון להציע פתרונות חדשניים ומקוריים, הנסמכים על ניתוח שקול ומעמיק של הבסיס התיאורטי של החוק, הצמיח פרי הילולים.

ברשימה זו עסקתי בשניים מהנושאים המרכזיים הנדונים בפירוש לחוק השומרים: האפיון התיאורטי של החוק כתוק נזיקי ודירוג רמות האחריות של השומרים על-פי קריטריון התמורה שנותן בעל הנכס בעד השמירה. כמו כן, ליבנתי אחדות מהסוגיות הספציפיות הנדונות בפירוש, שבהן אין דעתי מזדהה עם דעתה של רנר. הדיון בנושאים ובסוגיות אלה, יחד עם דברי ההערכה הכללית לפירוש, נועדו לתת מושג כללי על איכותו, חדשנותו וחשיבותו של הספר. עם זאת, אין בהם כדי לתת מושג אמיתי על עושר הרעיונות המקוריים, עומק הניתוח וההנאה האינטלקטואלית המובטחת לקוראים בו. לשם כך יש לקרוא את הספר.