

”כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?!”*

מאת

פנחס ברגמן**

(שומר שמסר לשומר – לפרשנותו של סעיף 7(א) לחוק השומרים,
תשכ”ז–1967:1)

”שמע לאביך זה ילדך ואל תבוז כי זקנה אמך”

(משלי כג, כב)

”למוד מדברי זקני אומתך לעשות מה שראית

שעשו הם” (רש”י ברכות, נד, א)

א. מבוא. ב. שומר שמסר לשומר – אחריות של שומר-המשנה.
1; אחריותו של שומר-המשנה על-פי סעיף 7(א) לחוק השומרים; 2. העובדות ותמצית פסק-דין; (א) העובדות; (ב) עמדת בית-המשפט המחוזי; (ג) עמדת בית-המשפט העליון; 3. פרשנות סעיף 7(א) על-רקע הוראותיו של חוק השומרים; (א) מטרת חוק השומרים; (ב) עילת התביעה והסעד לפי חוק השומרים; (ג) ה”זוכה” בעקבות הטלת האחריות על שומר-המשנה; (ד) בחינת התוצאה. ג. עמדת המשפט העברי בשאלה; 1. חוק השומרים והמשפט העברי; 2. שומר שמסר לשומר; (א) השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר; (ב) שיטת תנא קמא; (ג) שיטת רבי יוסי. ד. סיכום.

א. מבוא

בערעור אזרחי שהכרעת הדין בו ניתנה זה לא כבר², ניתח השופט גבריאל כך את הדין על-פי חוק השומרים, של שומר שמסר את נכס ההפקדה לשומר-משנה. השאלה שבית-

* מאמר זה מוקדש לאבי מורי, ד”ר ירחמיאל ברגמן נ”י, אשר תחילת לימודו עימי כפרק “המפקיד” והאהבה שנטע בי לתושב”ע איפשרו את כתיבתו.

** המחבר נמנה על אנשי המחלקה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל והינו בוגר הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ס”ח 496 תשכ”ז, 53 (להלן: חוק השומרים).

2 ע”א 626/82, 580/82 אינשורנס קורפוריישן אוף אירלנד לימטרד ואח’ נ’ מ”י נ’ משרד התקשורת ואח’, פ”ד מא(2) 309.

המשפט נזקק לה היתה: כאשר אחריותו של השומר המקורי כלפי בעל-הנכס מוגבלת (בשל הוראת חוק כלשהי) – האם צריכה הגבלת אחריות זו להשפיע על מידת אחריותו של שומר-המשנה כלפי השומר המקורי? מסקנת ניתוחו של בית-המשפט העליון (לפסק-דינו של השופט בך הסכימו השופטים אהרון ברק ושלמה לזין) שונה מהמסקנה שאליה הגיע בית-המשפט המחוזי בפרשה³.

בדברים שלהלן אנסה להגיע לפרשנות הראויה – לדעתי – של סעיף 7(א) לחוק השומרים ביחס לשאלה הנוכרת. כן אערוך השוואה בין פרשנות זו לבין גישתו של המשפט העברי. בכך אשתדל להעמיד בסיס (שניתן למצוא בו תשובה מפורשת לשאלה המשפטית שעמדה בפני שתי הערכאות, אך שני פסקי-הדין נמנעו מלהתייחס אליו) לפרשנותו (הבלתי-מנומקת) של בית-המשפט המחוזי, וזאת בניגוד לעמדתו של בית-המשפט העליון.

ב. שומר שמסר לשומר – אחריותו של שומר-המשנה

1. אחריותו של שומר-המשנה על-פי סעיף 7(א) לחוק השומרים

סעיף 7(א) קובע:

7. (א) שומר שמסר את הנכס לשומר משנה, רואים את מעשיו ומחדליו של שומר המשנה כמעשיו ומחדליו של השומר, ושומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר.

הסעיף קובע כי אין השומר משתחרר מאחריותו עם העברת הנכס (הפיקדון) לשומר המשנה, מחד גיסא, ומאידך גיסא – כי נוצר קשר של שמירה בין שומר-המשנה לבין בעל-הנכס, הגם שלא הוסכם בין שני האחרונים כל הסכם של שמירה⁴. העברת הנכס, או הפיקדון, לשומר-המשנה, חוללה אפוא מערכת שלימה של אחריות: זו של השומר המקורי כלפי בעל-הנכס, הנשארת בתוקפה; זו של שומר-המשנה כלפי בעל-הנכס; וכמובן, זו של שומר-המשנה כלפי השומר המקורי⁵. השאלה העומדת לפנינו היא, האם שומר-המשנה יכול לשאת באחריות כלפי השומר המקורי – אחריות הגדולה יותר מאחריותו של האחרון כלפי הבעלים. הסיבה להבדל בין רמת האחריות של שני

3 ת"א (ת"א) 522/80. המ' 101/81. המ' 303/81 איג'ורנס קורפוריישן נ' מ"י – משרד התקשורת ואח', פ"מ תשמג (א) 469.

4 מצב זה מהווה דוגמא לשמירה "מכות הדין", בניגוד לשמירה מכות הסכס. ראה ג' טדסקי, "השומר על פי דין" משפטים ח 430.

5 אחריות אחרונה זו נובעת כעצם גם ממהותה של הגדרת השמירה בסעיף 1 לחוק ("שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכת בעלות") ומהרכבתה על סעיף 13 לחוק הקובע: "לענין חוק זה "בעל הנכס" כלפי שומר – כל מי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילו". כוונת הסעיף להחיל את הוראות החוק השונות גם על מפקידים שאינם בעלים ממש של הפיקדון. ואולם, דווקא בסעיף 7(א) של החוק, המלים "בעל-הנכס" מתייחסות לבעלים של הפיקדון על-פי דיני הקניין; זאת, מאחר שמכות סעיף 13, השומר המקורי הוא "בעל-הנכס" כלפי שומר-המשנה, שהרי האחרון מחזיק בשבילו את הנכס. ואם כן, תוספת האחריות שסעיף 7(א) מטיל על שומר-המשנה כלפי "בעל-הנכס" (כלשונו של הסעיף) מכוונת אל "בעל-הנכס" על-פי דיני הקניין דווקא. טענה זו מדגימה לנו את המגבלות כמידת הדיוק בניסוח סעיפי החוק.

השומרים עשויה לנבוע מכמה מקורות: (א) הבדל בסוג השמירה — שומר חנם אשר ימסור לשומר שכר⁶ וכדו'; (ב) תניית פטור כלשהי בין השומר המקורי לבין הבעלים⁷ והעדר תנייה דומה בין השומר לבין שומר-המשנה; (ג) הוראת חוק (מחוץ לחוק השומרים, כמובן) המקטינה את אחריותו של השומר המקורי ואשר איננה חלה על שומר-המשנה.

מקרה המדגים הבדל בין רמת אחריות מופחתת של השומר (המקורי) לבין רמה מוגברת של שומר-המשנה — הבדל אשר מקורו בהוראת חוק — נדון בפסקי-הדין הנזכרים לעיל.

2. העובדות ותמצית פסקי-הדין

(א) העובדות

כמות מסוימת של יהלומים נשלחה, באמצעות סניף דואר בארץ, למען באירופה. היהלומים לא הגיעו לתעודתם. החברות שביטחו את היהלומים פיצו את הבעלים ותבעו את המדינה (משרד-התקשורת), רשות שדות-התעופה וחברת "אל-על". עוברתית, לא נקבע היכן בדיוק אבדו היהלומים. המדינה לא התכחשה לחובתה לפצות את הבעלים (למעשה, את המבטחות), אך טענה כי אחריותה מוגבלת לסכום פועט — תקרת הסכום הקבוע בעניין על-ידי אמנת-הדואר הבינלאומית אשר היתה בתוקף כמועד הקובע. חברת "אל-על" ביקשה ליהנות מאותה הגבלת אחריות שממנה נהנה הדואר. נימוקה של חברת "אל-על" היה כי מאחר שהיא נחשבת ל"שומר-משנה" — כהגדרתו בסעיף 7(א) לחוק השומרים — אחריותה כלפי השומר המקורי (הוא הדואר) אינה יכולה לעלות על זו של השומר המקורי כלפי הבעלים.

בית-המשפט המחוזי קיבל את בקשת המדינה (משרד-התקשורת) למחוק על הסף, מכוח האמנה הנ"ל, את תביעת המבטחות, מאחר שכאמור המשרד הביע את נכונותו לפצות את התובעות בסכום שקבעה האמנה. לעומת זאת, דחה בית-המשפט המחוזי את בקשתה הדומה של חברת "אל-על", בקובעו כי הגבלת האחריות שנקבעה באמנה אינה חלה עליה. לעומתו, בית-המשפט העליון קיבל את ערעורה של "אל-על" והחיל את הגבלת האחריות של הדואר (משרד-התקשורת) גם עליה⁸.

(ב) עמדת בית-המשפט המחוזי

סעיף 7(א) קובע במפורש, כי אחריותו של שומר-המשנה כלפי הבעלים היא כמידת אחריותו כלפי השומר (המקורי). אך האם יש ללמוד מקיומו של קשר זה על קיום של

6 ראה חוק השומרים, סעיף 1, המגדיר את סוגי השומרים; וסעיף 2 הקובע את רמות האחריות השונות שלהם.

7 סעיף 14 לחוק השומרים מאפשר התניה, במסגרת הסכם בין הצדדים, על הוראות החוק.

8 השאלה המרכזית שנדונה בשני פסקי-הדין היתה שאלת תחולתה של אמנת-הדואר הבינ"ל, אך גם פרשנותו של סעיף 7(א) לחוק השומרים עלתה בדיון. שאלה אחרונה זו היא אשר חרצה למעשה את התוצאה המשפטית לגבי אחריותה של חברת "אל-על".

קשרים נוספים בין שלושת סוגי האחריות הנזכרים? בית-המשפט המחוזי⁹ השיב על כך בשלילה:

אכן בענייננו, אל-על היא שומר משנה, ולכן היא אחראית כלפי השוגרים, באותה מידה שהיא אחראית כלפי השומר — במקרה זה המדינה. אולם אין ללמוד מכך שהיא אחראית כלפי השומר באותה מידה שהשומר אחראי כלפי השוגרים. יש כאן שתי מערכות של יחסים משפטיים שחייבים להבחין ביניהם ואין ביניהם זהות. הטענה של אל-על כי הגבלת האחריות החלה על המדינה מוענקת גם לאל-על נדונה, איפוא, לרעה גם על פי חוק השומרים.

כוונת הדברים היא, כי אין לגזור גזירה שווה ממידת אחריותו של השומר המקורי כלפי הבעלים למידת אחריותו של שומר-המשנה כלפיהם; ומכאן, גם אם השומר המקורי הוא בעל אחריות מופחתת (כגון, במקרה הנדון, פטור מכוח האמנה הבינ"ל של השומר כלפי הבעלים), אין מניעה להטיל את מלוא האחריות על שומר-המשנה ביחסיו עם הבעלים. בית-המשפט אינו מפרט מדוע "חייבים להפריד בין שתי מערכות היחסים המשפטיים" (היינו: שומר-משנה — שומר (מקורי), ושומר-משנה — בעלים), אך דומה כי התשובה לכך מתבקשת מעצם קביעת החוק כי נוצרו יחסים ישירים של שמירה בין שומר-המשנה לבין הבעלים. כך גם הובן החוק בעבר:

ההוראה הנ"ל שבחוק השומרים, לפיה "שומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס, באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר" מכוננת למנוע מצב דברים זה (כשלוש הבעלים בתביעתו נגד השומר הראשון, שהוא שומר חנם; ואילו השומר הראשון יזכה בתביעתו נגד שומר-המשנה שהוא שומר שכר — פ' ב'), שכן הבעלים רשאי לתבוע ישירות את שומר המשנה, והבעלים הוא שיהנה במקרה שאחריות שומר המשנה עולה על אחריות השומר הראשון¹⁰.

(ג) עמדת בית-המשפט העליון

על הפרשנות הנזכרת של בית-המשפט המחוזי נחלקה ערכאת-הערעור¹¹:

דעה זו, עם כל הכבוד, אינה מקובלת עלי. עולה ברורות מסעיף 7(א) הנ"ל כי אל-על ("שומר המשנה") אחראית כלפי המשגרים... באותה מידה שהיא אחראית כלפי הדואר — המדינה ("שומר"). נשאלת איפוא השאלה, מה היא מידת האחריות של אל-על כלפי הדואר ביחס למשלוח הנדון? נראה לי, כי התשובה נעוצה בשאלה אחרת, והיא: מהו הסכום המירבי שמינהל הדואר יכול לתבוע מהמוביל, קרי שומר המשנה, כפיצוי על הנזק שנגרם לו? האחריות של אל-על כלפי מינהל הדואר בוודאי לא תוכל לעלות על שווי הנזק

9 (לעיל, הערה 3), 480.

10 מ' קורנילדי, "שומר שמסר לשומר במשפט העברי ובחוק השומרים, תשכ"ז-1967" שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 383, 453.

11 (לעיל, הערה 2), 331.

שנגרם לדואר. אין זה מתקבל על הדעת, שהדואר "ירוויח" מאובדן צורר היהלומים שנמסר לו למשלוח, על ידי שיגבה מאל-על סכום העולה על תקרת אחריותו שלו כלפי המשגרים... על כן, אם, כפי שראינו, מוגבלת תקרת אחריותו של הדואר כלפי המבטחות בסכום של 40 פראנק, הרי שזוהי גם אחריותה של אל-על כלפי הדואר, ועל כן, על פי הוראת סעיף 7(א) הנ"ל, זוהי גם אחריותה כלפי המשגרים, קרי המבטחות.

השופט בך. אם כן, מוכיח כי אחריותו של שומר-המשנה כלפי השומר המקורי אינה יכולה להיות גדולה מזו של השומר המקורי כלפי הבעלים; כי אם תאמר אחרת, יימצא השומר המקורי מרוויח על חשבון הבעלים: מקבל את מלוא שווי הפיקדון משומר-המשנה ומפצה באופן חלקי בלבד את הבעלים. את תוסר-ההיגיון שבמצב דברים זה תיאר התנא רבי יוסי¹² בשאלה הידועה: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?" נמצא — לפי הבנת בית-המשפט — כי אמנם, סעיף 7(א) מאפשר לבעלים תביעה ישירה של שומר-המשנה, אך זו רק בגובה אחריותו של שומר-המשנה כלפי השומר המקורי. אחריות אחרונה זו מוגבלת על-פי המשוואה הבאה:

אחריות		אחריות		אחריות
השומר המקורי	=	שומר-המשנה	=	שומר-המשנה
כלפי		כלפי		כלפי
הבעלים		(ה'דעת נותנת')		(סעיף 7(א))

האם מסקנה זו הכרחית? לדעתי, בכל הכבוד, לאו דווקא.

3. פרשנות סעיף 7(א) על-רקע הוראותיו של חוק השומרים

השאלה שבית-המשפט העליון שאל את עצמו היתה: על מי ל"הרוויח"¹³ כתוצאה מאחריותו המופחתת של השומר (המקורי)? האם השומר המקורי, במקרה שנחייב את שומר-המשנה במלוא אובדן הנכס, או שמא "ירוויח" שומר-המשנה, כפי שהכריע בית-המשפט. ניתן לנסח את שאלת הפירוש של סעיף 7(א) גם באופן אחר: כאשר קיימת הגבלת אחריות בין השומר לבין הבעלים — מי צריך לשאת בנוק של אובדן הנכס? האם הבעלים או שומר-המשנה?

הוראות החוק יש בהן כדי ללמד על מטרותיו של המחוקק שהוא שואף למלאן באמצעות העילה המשפטית אותה העניק לתובע ובאמצעות הסעד המוקנה לו על-פי החוק, נתחקה-נא אחר יישום עקרונות אלו בחוק השומרים באמצעות ניתוח הוראותיו¹⁴.

12 משנה, בבא-מציעא ג, ב; בבא-מציעא, לה, ב.

13 כלשונו של השופט בך בפסק-הדין.

14 לא אדון כאן בשאלה הרחבה של פרשנות של חוק, אך ציטוט אחד יפה לדברים: "אך עליו (על הפרשן — פ' ב') להתחשב במגבלות האנוש... אין אני מוכן כלל להעמיד את המחוקק כמי שעושה 'מלאכת מחשבת'. הנסח, כמו השופט, עושה מלאכה אנושית, על חולשותיה ופגמיה. את פרשנותו של החוק יש לבסס על לשונו ועל הגיונו ועל מטרתו ועל תכליתו..." (השופט ברק בע"א 165/82 קיבוץ תצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 77.

(א) מטרת חוק השומרים

קיים הכרל בסיסי באופן שבו שיטות-משפט שונות מסדירות את "מוסד השמירה". שיטת המשפט ה"קונטיננטלית" מחייבת חוזה בין המפקיד לבין הנפקד¹⁵. גישה זו רואה במוסד השמירה דרך שבה מתערב המחוקק במערכת-היחסים החוזיים בין הצדדים, בקובעו מבנה כללי לאופי ההתקשרות של "שמירה". באופן דומה המחוקק נוהג בחוזה-מכר למיניהם, בחוזה-משכון ואחרים. לעומת זאת, בשיטת-המשפט האנגלית¹⁶ אין צורך בחוזה כדי לבסס את יחסי השמירה בין הצדדים; די בהחזקה של הנכס על-ידי השומר, כדי ליצור בינו לבין בעל-הנכס יחס של שמירה¹⁷. מחוקק אשר מצא לנכון להחיל יחסי שמירה גם בהעדר הסכם בין הצדדים הביע את דעתו, כי רצינו בשמירתם של נכסי הזולת על-ידי המחזיק בהם. לרצון זה עשוי להיות טעם מוסרי¹⁸ כמו גם טעם כלכלי. בנמקו את הטלת האחריות על "שומר מכוח הדין", לעומת השומר על-פי הסכם¹⁹, ג' טרסקי כתב²⁰:

אם מטרת החוק היתה להבטיח שמירת הנכסים הקיימים במדינה מבחינה אובייקטיבית (ולא בכדי, לפי הצעת החוק, נשא חוק השומרים את השם "חוק שמירת נכסים"), היה עליו להטילה על אלה המחזיקים בהם למעשה. מחאתו האפשרית של המחזיק — שלא הסכים לשמור — נגד הדין הנרוץ ("השומר לנכסי הזולת אנכי?") היתה מתנכרת למידת הסולידאריות האנושית והלאומית. המשפט בימינו ובארצנו אינו רוצה להיות "תנ"ך של האנוכיות", לפי כינוי הקיטרוג שהטית היינה כלפי ה-*Coprus Juris* של הרומאים. כל עוד הנכס נמצא אצלו, כדאי שהוא יהיה הדואג לשמירה עליו²¹.

- 15 ז' צלטנר, "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי היובל מאז קום המדינה" הפרקליט כט, 56, 88. בהערה 243 שם הוא כותב: "Verwahrung בדין הגרמני, כ.ג.ב. ס' 688, הקובע כי 'על-ידי חוזה ההפקדה מתחייב הנפקד לשמור על נכס נד שנמסר לו על-ידי המפקיד'. Hinterlegung בדין השוויצרי. ס' 472 (1) של חוק החיובים השוויצרי משנת 1911 קובע כי 'על ידי חוזה ההפקדה מתחייב הנפקד כלפי המפקיד לקחת לידי נכס שנמסר לו על-ידי ולשמור עליו במקום בטוח'. גם הדין הצרפתי דורש חוזה ליצירת ה-*Depot*, קוד סיביל, ס' 1917 ו-1921".
- 16 כך גם במשפט העברי, ולא כפי שכתב צלטנר. ראה להלן, הערה 49.
- 17 "...Any person is to be considered as a bailee who otherwise than as a servant either receives possession of a thing from another or consents to receive or hold possession of a thing for another..."
- 18 צלטנר (לעיל, הערה 15), 89; ראה שם, עמ' 88. כי כך היה הדין גם לפי המגילה.
- 19 "יהי ממון חברך חביב עליך כשלך" (אבות, ב, יב).
- 20 ראה לעיל, הערה 4, 446-447.
- 21 וראה גם מ' חשין, "שמירה ושומרים — לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ"ז — 1967" משפטים ג 137, 138: "שמירת נכס כוללת סוגי עסקות ומערכות — שונות זו מזו — המקיימות אחרי שלושה תנאים כאמור בסעיף 1 (א) ("החזקתו", "כדין", "שלא מכח בעלות") ואשר המכנה המשותף להן הוא הצורך והרצון להבטיח את שמירתו הראויה של הנכס על ידי המחזיק בו, וכמקביל — להעניק זכויות מסוימות למחזיק" (ההדגשה הוספה).

אופי ההסדר שהמחוקק משתמש בו להגשמת מטרה זו של "שמירת נכסים" מתבסס על איזון בין התנהגותו של השומר (רשלנות כדוגמא) והתועלת המופקת לו משמירתו (טובת-הנאה) מחד גיסא, לבין מידת האחריות המוטלת עליו במקרה של אובדן הנכס, מאידך גיסא. איזון זה בשמירה "מכוח הדין" דומה בקווים הכלליים לאיזון הקיים בדיני הניזקין המסורתיים בין "אשמה" לבין "אחריות". בשמירה מכוח הסכם יתבסס האיזון על מִפְגֵש הרצונות של הצדדים בהתאם לשיקוליהם. שומר שכר, למשל, יקבע את עלות השמירה בהתאם למידת המאמץ שעליו להשקיע במתן שירות השמירה ובהתאם לערך הנכס; מובן שמחיר השמירה תמיד יהיה נמוך מערך הנכס.²²

חוק השומרים שלנו מגדיר כיצד נוצר מצב של שמירה: "החזקתו כדן של נכס שלא מכח בעלות"²³. היינו: אין נדרש חוזה ליצירת יחסי-השמירה, אלא די בהחזקה.²⁴ בנוקטו עמדה זו, הביע, כאמור, המחוקק שלנו את רצונו ב"שמירת נכסים" – אם מן הטעם המוסרי ואם מן הטעם הכלכלי.

(ב) עילת התביעה והסעד לפי חוק השומרים

מאחר שלצורך יחסי-השמירה, על-פי חוק השומרים, די בהחזקה (כדין) בלבד של הנכס, הרי שומר-המשנה עונה על הגדרה זו גם בהתעלם מן ההסכם אשר בינו לבין השומר (המקורי). יתר על כן: החוק קובע במפורש, כי יחסי "שומר" – "בעל הנכס" עשויים לחול גם עם מי שאינו הבעלים ה"קנייניים" של הנכס.²⁵ גם ללא הוראתו המפורשת של סעיף 7(א) לחוק השומרים, המדברת על שומר שמסר לשומר-משנה, היינו יודעים על קיומם של יחסי-שמירה בין השניים.²⁶ סעיף 7(א) בא ללמד על המשך אחריותו של השומר (המקורי) כלפי הבעלים, על ה"אחריות מכוח הדין"²⁷ של שומר-המשנה כלפי הבעלים²⁸ ועל היות אחריות זו "באותה מידה" של אחריות כלפי השומר (המקורי).²⁹ לאור זאת, מדוע לא יחולו הוראות החוק בדבר אחריותו של שומר, על שומר-המשנה ביחסיו עם השומר (המקורי) – ככתבן וכלשונן?

- 22 למעשה, יתקרב מחיר השמירה למכפלה של ערך הנכס בסיכוי לאובדנו.
 23 סעיף 1 לחוק השומרים.
 24 "לו היתה השמירה חוזה בעיני המחוקק, היתה הוראה ס' 1(1) מיותרת. ההוראה קובעת כי שומר אחראי צריך לפצות את הניזוק ב"פיצויים הניתנים בשל הפרת תוזה" (צלטנר [לעיל, הערה 15], 88. הערה 239; וראה עוד להלן, הערה 40.
 25 ראה לעיל, הערה 5.
 26 על נקודה זו עמד, בקיצור נמרץ, ד' צלטנר, (לעיל, הערה 15), 91.
 27 ראה לעיל, הערה 4.
 28 גם הוראה זו מיותרת למעשה, וכפי שצלטנר כותב (לעיל, הערה 15): "...אך מכל מקום, בין אם המסירה היתה מותרת ובין אם לאו, נוצר קשר בין שומר המשנה ובין המפקיד (הוא הבעלים – פ' ב'), אשר מתוסף לקשר בין השומר הראשי ובין המפקיד. הדבר בעצם מובן מאליו, כי הרי אין צורך בחוזה בין מפקיד ל"שומר המשנה", ולגבי הבעלים או מי שזכאי להתזיק במשמרת, הרי הקשר הוא קשר של שמירה, ועל פי עקרונותיו יצטרך למסור אותו".
 29 את המלים "באותה מידה" שבהן משתמש הסעיף, ניתן לפרש גם באופן הבא: שומר-המשנה יהיה, ביחסיו לבעלים, שומר מאותו סוג (שומר חינום, שכר או שואל) כמו השומר (המקורי). כאשר החוק קובע כי אחריותו של אחר לא תעלה על אחריותו של אחר, הוא משתמש בניסוח שלילי: "...ובלבד שאחריותו (של שואל – פ' ב') לא תהיה תמורה משל מחזיק בנכס שלא כדן" (סעיף 2(ב)). אך גם לפי פירושו של השופט כך נגיע לאותה מסקנה, כפי שאראה בהמשך.

כי זאת יש לזכור: עילת התביעה של המפקיד³⁰ כנגד השומר — עילה המתבססת על חוק השומרים — אינה עילה "חוזית" ואף לא עילה "נזיקית". זו עילה הקמה — על-פי חוק השומרים — עם היווצרותן של הנסיבות המתארות מצב של "שמירה":

כוונת ההוראה הנ"ל (סעיף 1(א) לחוק השומרים³¹ — פ' ב') אינה להגדיר מהי שמירה...לסעיף 1(א) שלנו כוונה נורמטיבית מובהקת; מלבד תחמת תחומי של החוק, כולל הכלל במילים "שמירת הנכס" ביטוי תמציתי לדין שברצון החוק להטיל על המחזיק הנדון: כלומר, הוא כורך בהחזקה הנדונה את אחריות השומר, זכויותיו וסמכויותיו.³²

שר המשפטים (דאז), אשר הביא לכנסת את הצעת החוק, אמר בין היתר:

...חוק זה הוא תוצאה מעבודה מאומצת של ועדה ציבורית ומומחים מקצועיים במשרד המשפטים. הדעה שנתקבלה היתה, שאין צורך לפתור את השאלה, אם דיני שמירת נכסים הם חלק ממערכת דיני החוזים, דיני הנזיקין או דיני הקניין. ההנחה היתה, שיתכן כי מוסד משפטי זה הוא, כפי שכבר העירו מלומדים בתורת המשפטים, מוסד "סואי גנריס", עיסקה מיוחדת ונפרדת, שאמנם חלק משרשיה יונקים ממערכת דיני החוזים, הנזיקין או הקניין.^{33/34}

מהותה של עילת התביעה על-פי חוק השומרים היא מימושה של זכות הבעלות של המפקיד על הנכס אשר בידי השומר. ושוב: גם אם ה"מפקיד" אינו בעל-הנכס מבחינת דיני הקניין, הרי חוק השומרים רואה בו "בעל-הנכס" לצורך תחולת הוראותיו. המפקיד זכאי להשכת הפיקדון³⁵ או לקבלת ערכו במקרה שהפיקדון אבד בנסיבות שבהן השומר נושא ב"אחריותו".

30 ואין נפקא-מינה אם המפקיד הוא הבעלים או מישהו אחר עבורו מתוק השומר בנכס (סעיף 13 הנ"ל).

31 סעיף 1(א) לחוק השומרים: "שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכח בעלות".

32 ב' טדסקי (לעיל, הערה 4), 430.

33 דה"כ 44 (תשכ"ו), 214.

34 על עצמאותה של עילת התביעה על-פי חוק השומרים ביחס ל"עילה החוזית" ראה מ' חשין (לעיל, הערה 21), 151: "מטרת החוק היא להוציא קטע מסויים מדין החוזים וההסכמים — במונחי הרחב של המושג — ולהסדירו בחוק מיוחד. פירוש הדברים אינו אלא זה, שחוק השומרים הוא-הוא דין החוזים וההסכמים החל על מערכת ששמה 'שמירה' (במקום שיש הסכם), והכל בתחום אותה מסגרת שיצר החוק...אלא שנועדה היא (המסגרת — פ' ב') באורח עקרוני להסדיר יחסי שומר בעל-נכס עד כמה שהדברים אמורים בנכס השמירה עצמו ובשלימותו (האספקט 'הקנייני') בעוד אשר על כל אותם עניינים שהחוק לא השתלט עליהם, ממשיך לחול דין החוזים הכללי (במקום שיש הסכם; ואילו אם אין הסכם, כגון באבידה ובמצויאה, יחול הסדר הדין המיוחד)". על עצמאות העילה ביחס ל"עילה הנזיקית" ראה גם ס' סלטון, "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים, תשכ"ז — 1967" עיוני-משפט ה' 653, 656-657; ובאופן כללי על עצמאותה של העילה לפי חוק השומרים ראה י' אנגלרד, "האחריות לגניבת מכונית מתוך חניון — קשר השמירה ובעיותיו" משפטים יא 295, 296; וראה גם ע"א 500/82 עיוני נ' עזקר בע"מ וערעור שכנגד, פ"ד מ(2) 733, 736-737.

35 בחוק השומרים אין הוראה מפורשת על החזרת הפיקדון. הוראת כזאת קיימת בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 (ס"ח 633 תשל"א, 160; להלן: חוק השכירות והשאלה), סעיף 20(א): "בתום השכירות חייב השוכר להחזיר את המושכר והמשכיר חייב לקבלו". סעיף 27 לחוק מחיל הוראה זו גם על השאלה. וראה ז' צלטנר (לעיל, הערה 15), 91 והערה 265.

נקודת המוצא היא, כביכול, שהמקבל נכס מחבירו בעסקת שמירה חייב להחזיר אותו נכס וגם הגבלת אחריות השומר (שומר חנם ושומר שכר) הינה כבחינת זכות³⁶.

מאחר שכוונת המחוקק היא להטיל אחריות על המחזיק כדי להביא ל"השבת" הנכס, תתיישב יותר עם כוונה זו הטלת אחריות על שומר-המשנה — גם ביחסו עם השומר המקורי — על פני אי-הטלתה של אחריות כזאת. במקרה שלנו, הדואר זכאי לתשלום מלוא האחריות עבור אובדן הצרור מאחר ששילם לשומר-המשנה, חברת "אל-על". על שומר-המשנה חלה האחריות ללא קשר לאופי הזכות של השומר המקורי בנכס (מאחר שהוא מחזיק בו כדין). רק בדרך זו תוגשם המטרה של "שמירת הנכסים".

לפי פרשנות זו, המאפשרת לשומר המקורי לתבוע את מלוא הנזק משומר-המשנה למרות העובדה כי אחריותו של השומר המקורי כלפי הבעלים מוגבלת, נמצאת הקבלה בין הוראות החוק לבין ההלכה בדיני הנזיקין שבמשפט האנגלי המכיר בעיקרון בדבר *Jus Tertii*³⁷. לפי הלכה זו: (א) מנוע מזיק מלטעון כלפי המחזיק, שאינו בעלים: "לאו בעל דברים דידי את"; (ב) מנוע המחזיק מלטעון כי מאחר שהמחזיק אינו הבעלים, אין הוא ראוי למלוא הפיצוי על הנזק כאילו היה הוא בעליו. "כנגד מזיק — חזקה היא בעלות". חוק השומרים קובע את אחריותו של שומר-המשנה כלפי השומר המקורי — הגם שאינו בעל-הנכס. משמעותה של הטלת אחריות זו: קיימת "יריבות משפטית" בין שומר-משנה לבין שומר מקורי בכל תנאי. ואף הפן השני של ההלכה: שומר-המשנה נושא כמלוא האחריות כלפי השומר (המקורי), אף שהאינטרס הממוני של האחרון בנכס (היינו: אחריותו כלפי הבעלים) מוגבל³⁸. להקבלה זו אף ביטוי מעשי, במשפט האנגלי, במישור דיני הנזיקין של יחסי-השמירה: מזיק אשר יגרום נזק לפיקדון, נזק אשר השומר פטור בגינו ביחסו עם הבעלים, יחויב המחזיק בגין ערכו המלא של האינטרס שנפגע; ואף זאת מכוח הדוקטרינה שלפיה לא יישמע המחזיק בטענה *Jus Tertii*, שכן כלפי המחזיק — חזקה שווה לבעלות³⁹. למרות ההבדל — שעליו עמדנו לעיל — בין העילה לפי חוק השומרים לבין עילה על-פי דיני הנזיקין, הרי הרעיון הבסיסי העומד מאחוריהם דומה: ההגנה שהחוק מעניק לרכוש הזולת, גם כאשר אינו מוחזק בידי בעליו, אם מן הטעם המוסרי ואם מן הטעם הכלכלי.

(ג) ה"זוכה" בעקבות הטלת האחריות על שומר-המשנה

הנימוק העיקרי שעליו השתית השופט כך את החלטתו, שלפיה לא תעלה אחריות שומר-המשנה כלפי השומר המקורי על אחריותו של האחרון כלפי הבעלים, הוא: "אין זה מתקבל על הדעת שהדואר "ירוויח" מאובדן צרור היהלומים שנמסר לו למישלוח, על ידי שיגבה מאל-על סכום העולה על תקרת אחריותו שלו כלפי המשגרים...".

36 מ' חשין (לעיל, הערה 21), 152, הערה 55.
 37 ראה ג' טוסקי (עורך), דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (ירושלים, מהדורה שנייה, תשל"ז) 591-592; וראה שם על מידת קליטתה של הלכה זו במשפט בישראל.
 38 הקבלה זו מתיישבת עם הדמיון לדיני הנזיקין שעליו הצבעתי לעיל בגוף המאמר, ליד הערה 32.
 39 הלכת ה" The Winkfield [1902], p. 42, 60-61. ראה נ' כהן, "השפעת פטור על זכות מעין-חחית לקבלת כספים שהגיעו למתקשר מצד ג'" עיוני-משפט ז' 460, 474.

מצב דברים זה בלתי-אפשרי, כמובן. אם לשומר-המשנה "אחריות" כלפי השומר המקורי, הרי מכוח סעיף 5 לחוק השומרים – הנהגה מאחריות זו הינו בעל-הנכס ("אמתי"), ולא השומר המקורי:

5. (א) היה השומר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זכאי בעל הנכס לפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה.

(ב) לא היה השומר אחראי לאבדן 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.

סעיף 5(א) קובע, כי "אחריות" שומר לנכס מזכה את הבעלים בפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה⁴⁰. ואם כן, שומר-המשנה האחראי לפקדון ייחשב כ"צד שלישי" (כהגדרתו של סעיף 5(ב)) ביחסי הבעלים עם השומר (המקורי) – צד שלישי שממנו השומר (המקורי) זכאי לפיצוי, ובעל-הנכס רשאי לתבוע ממנו את נזקו המלא! ובמקרה שלנו, לדואר זכות לפיצוי מכוח הסכם השמירה עם "אל-על", ולמשגרים רשות לתבוע את נזקם מן הפיצוי המגיע לדואר.

ההסדר שסעיף 5(ב) קובע משתלב היטב במבנה של מוסד השמירה: כמערכת היחסים בין מפקיד⁴¹ לבין שומר – כפי שנטען לעיל – זכות המפקיד בנכס נובעת מזכותו הקניינית עליו. זכות זו מועתקת אל ה"תחליף" של הנכס האבוד, היינו: סכום הפיצוי שקיבל השומר (המקורי) משומר-המשנה. המרת הנכס נושא הזכות היא במסגרת העיקרון הכללי של ה"סוכרוגציה הריאלית", שלפיו הזכות הקניינית דבקה בנכס המקורי גם בתחליפו⁴². דוגמא לכך, בנושא השמירה דווקא, בחוק השבת אבידה⁴³, בסעיף 6(ג): "נמכרה האבידה, יבוא, לענין חוק זה, הפדיון כמקומה"⁴⁴. גם עצם הטלת האחריות על שומר-המשנה כלפי בעל-הנכס (סעיף 7(א) לחוק השומרים) משתלבת בתכונות ה"זכות הקניינית" של הבעלים בפיקדון. אחריות זו נובעת באופן טבעי מ"זכות העקיבה" של בעל הזכות הקניינית לעקוב אחר הנכס ולאכוף את זכותו כלפי כל אדם המחזיק בנכס⁴⁵.

הביטוי בחוק לשתי זכויות אלה (זכות ה"תחלוף" וזכות ה"עקיבה") משמש הוכחה נוספת לכך, כי ביסוד המבנה המשפטי המסדיר את מוסד השמירה מונחת זכותו הקניינית של המפקיד בפיקדון, וזכותו להשבה הנובעת מכך.

40 על דרך זו של קביעת הפיצוי לבעלים, היינו: הפנייה אל דיני החוזים, ראה דברי ההסבר להצעת "חוק שמירת נכסים, השכ"ו-1965, ה"ח 676, תשכ"ו 53, שם נאמר כי בשמירה אשר אינה נובעת מהסכם, נדרשה החלה מכוח החוק של פיצויים "חוזיים"; וראה עוד א' סלטון (לעיל, הערה 34), 664 והערה 59 באותו עמוד.

אחד ההבדלים בין קביעה לתשלום פיצויים מכוח דיני הנזיקין לעומת תשלום פיצויים מכוח דיני החוזים הוא בשאלת החלתה של תורת "האשם התורם" של דיני הנזיקין לעומת החלת העיקרון הדומה – אך אינו זהה – של "הקטנת הנזק". ראה על כך י' אנגלרד (לעיל, הערה 34), 301-300 והערה 36 בעמודים אלו.

41 ואני משתמש במושג "מפקיד" במקוון. כי, כאמור, המפקיד אינו בהכרח ה"בעלים" של הנכס.

42 ראה נ' כהן (לעיל, הערה 39), 468 והערה 29 באותו עמוד.

43 חוק השבת אבידה, השל"ג-1973, ס"ח 702, תשל"ג, 172.

44 לענין תחליפי עיזבון שעליהם דין העיזבון חל ראה חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63.

45 ראה על כך י' ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין" משפטים יא 41, 66.

(ד) בחינת התוצאה

לפי דרכנו, עשוי שומר-המשנה להיתכע על-ידי השומר (המקורי) ולשאת כמלוא האחריות על אובדן הנכס (אם כי יצטרך להעביר את הפיצוי לבעלים, כאמור). הואיל וכך, הבעלים יכולים לתבוע את מלוא הנזק ישירות משומר-המשנה האחראי כלפיהם "באותה מידה". נתבונן בתוצאה זו על-רקע העקרונות הנזכרים.

(א) האם "זכו" הבעלים (אשר שילמו לדואר תמורת אחריות מוגבלת) בפיצוי אשר לא הגיע להם? התשובה היא לא ולא. הבעלים קיבלו השבה של פקדונם. השכר ששילמו לדואר כולל בתוכו (מן הסתם) את המחיר שהדואר משלם לחברת "אל-על". זו האחרונה נושאת באחריות בהעדר חוק הפוטר אותה. המחיר אותו "אל-על" קובעת מבטא את האיזון בין השירות שהיא מוכרת לבין האחריות המוטלת עליה בהיכשלה בכיצוע שירות זה (השמירה).

(ב) האם הדואר אשר הוציא הוצאות על שמירתו (דמי המשלוח ב"אל-על") "הפסיד" עקב העברת הפיצוי המלא לבעלים? גם כאן התשובה שלילית. ההוצאה שהוציא הדואר מהווה חלק מהתשלום שגבה תמורת השמירה. גם כאן, גובהם של דמים אלו נקבע בהתאם לאיזון בין השמירה המוטלת עליו לבין רמת אחריותו.

ג. עמדת המשפט העברי בשאלה**1. חוק השומרים והמשפט העברי**

ה"מוסדות המשפטיים" שעליהם עמדתי בדבריים לעיל, וביניהם שומר, שומר-משנה, אחריות, אחריות מוגבלת של שומר ואחרים – כולם מעוגנים היטב במשפט העברי מימים-ימימה. מצער הדבר, כי לא בא זכרה של עובדה זו בפסקי-הדין הנזכרים. לא אעיר מחדש את שאלת הזיקה בין החקיקה הישראלית החדשה ובין המשפט העברי⁴⁶. אך דומה כי חוק השומרים דאוי בכל-זאת ליחס "מיוחד" בכל הנוגע לשאלה זו. כבר דברי ההסבר להצעת החוק⁴⁷ מוכיחים, כי מיון סוגי האחריות של השומרים השונים נעשה בעקבות המשפט העברי. אמנם, סמוך למועד חקיקתו של החוק הודרו⁴⁸ והצהירו על 'עצמאותו' של החוק החדש כלפי דיני השמירה והשומרים במשפט העברי, ויש שאף הדגישו הבדלים מהותיים בין שתי מערכות-הדינים⁴⁹.

46 נזכיר רק את ע"א 546/78 בנק קופת-עם בע"מ נ' הנדלס ואח', פ"ד לד(3) 57; ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת-עם בע"מ ואח', פ"ד לה(2) 785; וראה גם י' שילה, "הבו לנו משפט עברי" הפרקליט כ"ד 363; וכן א' ידן, "כיצד יפורש חוק השומרים" הפרקליט כד 493.

47 (לעיל, הערה 33), 54.

48 ראה א' ידן (לעיל, הערה 46), 493; מ' חשין (לעיל, הערה 21), 137: "שלנו החוק וכשלנו נעשה".

49 ראה ז' צלטנר (לעיל, הערה 15), 89, אשר למד לדעת כי יחסי שמירה במשפט העברי נובעים אך ורק מכוח הסכס ולא מכוח הדין. זו כמובן טעות. שמירה מכוח הדין קיימת אצל שומר אבירה (או שומר מציאה). אמנם חלוקות הדעות לגבי אחריותו של שומר אבירה. האם דינו כשומר חנם או כשומר שכר, אך ברור כי דיני "שומר" חלים עליו. ראה בבלי בבא-מציעא, כט, א; רמב"ם, גיילת ואבירה, יג, י; וראה גם דין "שמירה מכוח הדין" של בעל בנכסי אשתו והקונה לזמן מוגבל ("מתנה על מנת להחזיר"), תוספות, דיבור המתחיל "בעל בנכסי אישתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי", בבלי בבא-

לעומת זאת, בדיקת סעיפי החוק והשוואתם עם המשפט העברי מלמדת על מידה רבה של הקבלה; ואם לא תמיד מבחינת פרטי הדינים, הרי מבחינת הזהות של ה"מוסדות המשפטיים". הקבלה זו ברורה למדי⁵⁰.
כך גם סבר בית-המשפט העליון⁵¹:

כיוון שהמשפט העברי היה לנגד עיניהם של מנסחי החוק, נוכל אפוא להיעזר בו לצורך הבנת מושגים (אם כי לא בכל הוראותיו) הלך החוק לפי דיני המשפט העברי⁵².

למקרה המיוחד של "העדר חפיפה" במידת האחידות של השומר (המקורי) ושומר-המשנה, התייחס מ' קורנילדי^{53,54}. הוא גם משווה בין תשובת חוק השומרים לשאלה לבין תשובת המשפט העברי. ואולם, התייחסות זו מתעלמת מהקושי שעליו הצביע בית-המשפט העליון בפירושו של סעיף 7(א). מ' קורנילדי דן בהרחבה ובאופן ממצה בסוגיית שומר שמסר לשומר על מגוון היבטיה במשפט העברי. בדברים להלן אנסה להאיר את הדברים מן הזווית המיוחדת של השאלה שבה אנו עוסקים כאן.

2. שומר שמסר לשומר

(א) השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר

שנינו במשנה⁵⁵:

השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה. ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו?" אלא, תחזור פרה לבעלים.

לפנינו, אם כן, מקרה שבו שומר בעל אחריות מופחתת, שוכר, אשר אינו אחראי במקרה של אובדן הנכס בעקבות "כוח עליון", מוסר את הנכס לשמירתו של שומר אשר אחריותו חמורה יותר, שואל, התייכ גם בכגון דא^{56,57}.

- מציעא, צו. ב. אם כי, ניתן אולי לגבי שתי דוגמאות אחרונות אלו לטעון כי מדובר בהסכם מכללא. ואין כאן המקום להאריך.
- 50 ראה על כך בפרוטרוט נ' רקובר, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ז-1967" הפרקליט כד 208.
- 51 ע"א 341/80 עלי נ' ששון ואח', פ"ד לו(3) 281, 289.
- 52 הדברים מעטו של השופט א' שינבויס: השופט ג' כך מסכים למסקנות מפקס-הדין של חבירו, זאת מבלי להביע דעה על היוקקותו לפרשנות על-פי המשפט העברי.
- 53 ראה לעיל, הערה 10.
- 54 נ' רקובר (לעיל, הערה 50) פסח על ההשוואה בין עמדת חוק השומרים ובין עמדת המשפט העברי בשאלה זו.
- 55 משנה, בבא-מציעא ג, ב; בבא-מציעא, לה, ב.
- 56 "ארכעה שומרים הן: שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר. שומר חנם נשבע על הכל והשואל משלם את הכל, ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבורה ועל השבויה ועל המתה ומשלמין את האבידה ואת הגניבה" משנה, בבא-מציעא ז, ח; בבא-מציעא, צג, א.
- 57 לא אדון כאן בשאלת הרשות של השומר למסור את הנכס לשומר-משנה. על עמדת המשפט העברי בסוגיא ראה בבא-מציעא, לה, ב; לו, א. וראה גם נ' רקובר (לעיל, הערה 50), 218-223; ומאמרו

המשנה אכן נוקטת דוגמא מיוחדת של שוכר ושואל. היה ניתן לפרש, כי המחלוקת כמשנה למי השואל משלם את ה"פרה" אינה בדיני אחריות השומרים, כי אם במהות הזכות של השוכר בפיקדון: האם זכות קניינית לפנינו, שאותה השוכר יכול להעביר בשאלה לאחר ולגבות את דמי האחריות "שלו" (כדעתו של תנא קמא) או שמא זכות "חזוית" בלבד מסורה לו לשוכר, אך הזכות לפיצוי במקרה של אובדן הפיקדון שמורה לבעלים ה"אמתיים" של הפיקדון⁵⁸. שאלה דומה עולה בשכירות מקרקעין (בעיקר)⁵⁹. אך מסוגיית הגמרא שם עולה, כי מדובר בדוגמא בלבד וכי העיקרון הוא כללי: שומר בעל אחריות פחותה המוסר את הפיקדון לשומר בעל אחריות גבוהה יותר. כך מנסח את ההלכה הרמב"ם⁶⁰:

שומר שמסר לשומר אחר והוסיף בשמירתו ומתה — ההנאה לבעלים. כיצד? השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה ביד השואל, הואיל והשואל חייב בכל — יחזירו דמי פרה לבעלים, שאין זה השוכר עושה סחורה בפרתו של חבירו, וכן כל כיוצא בזה⁶¹.

מכל-מקום, מהמשנה עולה, כי בין לתנא קמא, בין לרבי יוסי, ערך הפיקדון משתלם במלואו על-ידי השומר בעל האחריות החמורה יותר — השואל. השאלה שבמחלוקת היא, מי זוכה בפיצוי: השומר (המקורי — השוכר) או הבעלים (המשכיר) של הנכס. אך לכולי עלמא אין מצב שעל-פיו נהנה השומר שאחריותו תמורה ממגבלות אחריותו של השומר אשר אחריותו פחותה!

(ב) שיטת תנא קמא

הגמרא מסבירה את טעמו של תנא קמא בכך שהשוכר (הוא השומר המקורי) "קונה" את

של מ' קורינלדי (לעיל, הערה 10). סעיפים 3 ו-7 (ב) בחוק השומרים מסדירים את העניין במשפטנו. במקרה שבו דנו פסקי-הדין, ניתן להניח כי קיימת לפחות הסכמה מכללא, של המשגר נכס לחו"ל באמצעות הרואר, לכך שהדואר יעביר את הנכס למשמרתו של המוכיל. לכן מדובר בנדון שלנו בהעברת הפיקדון משומר לשומר — בהרשאה.

מצב זה, שבו הבעלים נותנים לשומר (המקורי) רשות להעביר את הפיקדון לשומר-המשנה, הוא גם המצב במשנתנו, לפי אחד ההסברים, ראה גמרא שם, לו. א.
58 על-פי ביאור זה, המחלוקת בין תנא קמא לבין רבי יוסי היא של מי "הפרה", ולכן — מי זכאי לעשות בה סחורה.

59 על שאלה זו ראה י' ויסמן (לעיל, הערה 45). 81-82; חוק השכירות והשאלה, סעיף 22. בעמדת המשפט העברי בשאלה ראה רמב"ם, שכירות, א. ד: "אין השואל רשאי להשאל...וכן אין השוכר רשאי להשכיר". ולגבי מקרקעין: "מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחברו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו — משכיר לאחרים...שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא במטלטלין" (רמב"ם שם, ה, ה). ועיין ראב"ד בהשגות שם, החולק על דעתו זו של הרמב"ם.

60 רמב"ם, שכירות, א, ו.

61 וראה גם בחידושי הריטב"א החדשים, בבא-מציעא (הוצ' הרב אלטר הלפערן, לונדון תשכ"ב), לה ב. הריטב"א מפרש כי הטעם בשלו נקטה המשנה דוגמת שוכר ושואל דווקא, הוא, כי רק להם שמורה זכות השימוש בפיקדון. שומר חנם ייחשב "שולח יד בפיקדון" אם יעבירו לשומר שוכר ולכן יתחייב גם באונסין כדינו של שולח יד בפיקדון; וראה עוד תוס' בבא-קמא, יא, ב, ד"ה "לא מיבעיא"; שיטה מקובצת שם. אך עיין גם פתחי תשובה על שו"ע חו"מ, שז, א.

הפרה בזמן מיתתה. המפרשים הראשונים⁶² פירשו כי הכוונה לקניית הפיקדון על-ידי השומר בזמן ההפקדה — קנייה המחילה את דיני השמירה (חובות השומר וזכויותיו)⁶³, אך הכפופה לחובת ההשבה בתום תקופת-השמירה; חובה זו פגה עם מות הפרה — אירוע הנחשב ל"אונס" שמאחריותו פטור השוכר. כאמור, אין הכרח לראות פירוש זה כמצומצם לשוכר או לשואל (שלהם זכות שימוש בפיקדון). אלא זהו דין כללי כדיני השומרים: אין יחס השמירה נוצר אלא באמצעות קניין⁶⁴.

מתוך השוואת הסוגיא כאן לסוגיא נוספת⁶⁵, עולה⁶⁶ כי המחלוקת במשנה היא מיהו ה"בעלים" של הפיקדון אשר בידי שומר-המשנה — השואל. לדעת תנא קמא, ה"בעלים" הם השוכר, ואילו לדעת רבי יוסי ה"בעלים" הם הבעלים ה"אמתיים" של הנכס — המשכיר⁶⁷. על-פי פירוש זה, נמצא מקבילה מפתיעה בין דעתו של תנא קמא, הרואה בשוכר (הוא השומר המקורי) "בעלים" ביחס לשומר-המשנה, לבין הראתו של סעיף 13 לחוק השומרים, הקובע כי רואים את המפקיד כ"בעל-הנכס" אם עבורו מבוצעת השמירה, ללא קשר לבעלות הקניינית בנכס! הבסיס של המבנה המשפטי שבאמצעותו מוצג השומר (המקורי) כ"בעלים" (לדעת תנא קמא), הוא זה הרואה את האחריות של השומר (המקורי) כלפי הבעלים האמתיים כנובעת מ"קנייה" של הפיקדון לעניין דיני השמירה. על-יסוד קניין זה ניתן לבסס מערכת-שמירה נוספת כלפי שומר-המשנה (השואל). תוצאת המבנה הזה מאפשרת הטלת אחריות מלאה על שומר-המשנה, וזו מחייבת אותו בפיצוי השומר (המקורי — השוכר).

(ג) שיטת רבי יוסי

להלכה הגמרא פוסקת כרבי יוסי⁶⁸. כמה שיטות הוצעו בהסבר דעתו. (1) השואל אכן חייב לשלם לשוכר (כדעת תנא קמא), אך הבעלים חוזרים אצל השוכר בטענה "פרתי גבך", היינו: פרתי אצלך שהרי השואל שילם את דמיה⁶⁹. פרשנות זו דומה להפליא לתשובה שהצענו לעיל לשאלה שנדונה בפסקי-הדין הנזכרים; שומר-המשנה חייב לפצות את השומר המקורי, בהתאם למסגרת דיני השמירה הרגילים. הבעלים "חוזרים" על השומר המקורי ותובעים את נזקם מן הפיצוי המגיע לו⁷⁰, כהוראת סעיף 5(ב) לחוק השומרים. שתי נקודות-דמיון בולטות לעין: האחת — הנימוק המשפטי של הדין: "שלא יהיה

62 ראה, למשל, ריטב"א (לעיל, הערה 61).

63 השווה עם מ' חשין (לעיל, הערה 21).

64 "כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים", בבא-מציעא, צט, א; רמב"ם, שכירות, ב, ת.

65 בבא-מציעא, צו, ב.

66 ראה תוס' בבא-מציעא, לה, ב, ד"ה "תחזור פרה לבעלים הראשונים"; וראה גם ריטב"א (לעיל, הערה 61).

67 זאת בהקשר לדין "שמירה כבעלים" הפוטרת את השומר מאחריות.

68 בבא-מציעא, לו, ב; דברי רמב"ם הובאו לעיל, בגוף המאמר, ליד הערה 60.

69 תוספות (לעיל, הערה 66). האם אמנם רוחים פירושו זה מכוח פרשנות סוגיא מקבילה (לעיל, הערה 65), עיין שם.

70 וכבר הצבעתי על כך, כי שומר הנושא באחריות מוגדר כ"מפצה" בסעיף 5(א) לחוק השומרים.

עושה סחורה בפרתו של חברו", היינו: הרצון להסדרה כללית⁷¹ של מניעת עשיית עושר ולא במשפט. נטייה כללית זו קיימת כמובן גם במשפטנו, והכוונה לסעיף 52 לחוק החוזים⁷²:

נעשה קיומו של חיוב בלתי אפשרי, ויש בשל כך לחייב זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי אדם שלישי, על החייב להעביר לנושה את הזכות, או מה שקיבל על פיה, כדי שוויו של החיוב⁷³.

במקרה שלנו, החייב, הוא השומר, אינו יכול לקיים את חיובו — השבת הפיקדון — בשל אובדנו, אך יש לו כלפי אדם שלישי, הוא שומר-המשנה, זכות לפיצוי. על-כן השומר המקורי חייב לעשות אחת משתיים: (א) להמחות את זכותו למפקיד; (ב) להעביר למפקיד את דמי הפיצוי שגבה. שני סעדים אלו שהסעיף מעמיד לרשות הבעלים נוסחו במפורש בחוק השומרים (הספציפי לצורך העניין): "יצירת "יריבות משפטית" ישירה בין הבעלים לבין שומר-המשנה — סעיף 7(א); והענקת "זכות החזרה" של הבעלים על השומר (המקורי) — סעיף 5(ב) לחוק השומרים⁷⁴.

נקודת-הדמיון השנייה בין פרשנות זו של דעתו של רבי יוסי לבין התוצאה המשפטית המתבקשת מחוק השומרים היא ההגדרה, כי המפקיד טוען כלפי השוכר (אשר פוצה על-ידי השואל): "ממוני גבך". זוהי למעשה מהותו של רעיון "התחליף הריאלי" של נכס הפיקדון בכספי הפיצוי⁷⁵. רבי יוסי עצמו משתמש בכיטוי "תחזור פרה לבעלים הראשונים", היינו: רואים בכסף את ה"פרה"⁷⁶.

(2) פירוש נוסף לשיטתו של רבי יוסי⁷⁷ הוא במישור "היריבות המשפטית": לדעת רבי יוסי, לבעלים זכות תביעה ישירה כלפי שומר-המשנה (השואל) במקביל לזו הקיימת להם כלפי השומר (המקורי, השוכר): בידם לוותר על זכות התביעה מהשומר (המקורי) ולתבוע במישרין משומר-המשנה.

זהו למעשה ההסדר המשפטי שסעיף 7(א) קובע: במצב של "שומר שמסר לשומר"

71 על הרחבת תחולתו של העיקרון שניסח רבי יוסי, גם על נושא נוסף — אפשרותו של השומר לרכוש זכויות בפיקדון (כגון "כפל" במקרה שהפיקדון ייגנב) — ראה בבא מציעא, לו, א.

72 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 694, תשל"ג, 118.

73 ויש לזכור, כי מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), הוראה זו חלה ("בשינויים המחוייבים") גם על "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה" — כלשון הסעיף.

74 על האפשרות, כי לסעיף 52 לחוק החוזים (חלק כללי) תהיה השפעה גם על יחסי "שומר ובעל-נכס" למרות חוק השומרים, ועוד; על היחס בין סעיף 52 הנ"ל לסעיף 5(ב) של חוק השומרים ראה בהרחבה אצל נ' כהן (לעיל, הערה 39), במיוחד בעמ' 481-485.

75 ראה לעיל, בגוף המאמר, סמוך להערות 41-44.

76 נ' כהן (לעיל, הערה 39), 467 ובהערה 25 באותו עמוד; וכן בעמ' 482 והערה 82 באותו עמוד — רואה את המקור להוראת סעיף 5(ב) לחוק השומרים (שעל-פיו הבעלים חוזרים על השומר [המקורי] מקום שיש לאחרון זכות לפיצוי או לשיפוי) בסעיף 1303 בספר החוקים האזרחיים הצרפתי (ה"Code Civil"). לדבריה, "סעיף זה נמנה עם ההוראות המשתיתות במשפט הצרפתי את העיקרון של הסברוגציה הריאלית". היא רנה במקרה שבו "האדם השלישי" הינו מוזק לפיקדון (ואו הוא "מפצה") או מבטח שלו (ואו הוא "משפה"). אך, כנזכר, אין כל מניעה מלכלול בגדר "מפצה" גם את שומר-המשנה, ראה לעיל, בגוף המאמר, סמוך להערה 40.

77 אף הוא בתוספות (לעיל, הערה 66).

נהנים הבעלים מאחריות כפולה כלפיהם — זו של השומר המקורי וזו של שומר-המשנה. ואולם, לשיטה זו בדעתו של רבי יוסי, מותנה היריבות בין שומר-המשנה לבין הבעלים בקיומה של אחריות השומר המקורי כלפי הבעלים, אלא שלאחרונים האפשרות "לוותר"⁷⁸ על ההתדיינות עם השומר ולתבוע במישרין את שומר-המשנה; אם (לפי שיטה זו, כאמור), בטלה זכות התביעה של הבעלים ביחס לשומר (המקורי), כגון במקרה שהבעלים נוכחים במרעיניהם במות הפרה מוות טבעי, יודה רבי יוסי כי השואל (שומר-המשנה) ישלם לשוכר (השומר המקורי).

(ג) פירוש שלישי רואה את השואל (הוא שומר-המשנה) כבעל-הדין של הבעלים מאחר שבא במקומו של השוכר⁷⁹. יש אף שתיארו את מערכת-היחסים כאילו השוכר (הוא השומר המקורי) מפקיד את הפיקדון בשליחות הבעלים⁸⁰. תיאור זה, כמובן, יקיים את אחריותו של שומר-המשנה כלפי הבעלים ללא קשר עם אחריות השומר (המקורי) ביחס אליהם.

כאמור לעיל, בדברים הנזכרים, אין הכוונה למצות את הסוגיא של שומר שמסר לשומר במשפט העברי. הכוונה היא אך ורק להצביע על המושגים המשפטיים שפותחו היטב במשפט העברי והיכולים — ולדעתי, צריכים — לשמש השראה לפירוש הנכון של החוק כבעיה שנדונה בפסקי-הדין.

ד. סיכום

בדברים לעיל נדונה שאלת אחריותו של שומר-משנה ביחסיו עם השומר המקורי, במקום שקיימת הגבלה על אחריות האחרון ביחסיו עם הבעלים. טענתי, כי פירוש החוק מ"תוכו ומתוכנו" מעלה כי אין מקום להחיל את הגבלת האחריות על שומר-המשנה. תוצאה זו מתיישבת גם עם מטרת החוק — שמירת נכסים. אין סיבה לפטור את שומר-המשנה מאחריות, במיוחד במקום שבו הוא קיבל על עצמו את השמירה מכוח הסכם. תוצאה זו מתיישבת היטב עם התוצאה שאליה מגיע המשפט העברי. נראה, כי במיוחד בחוק השומרים יש מקום רב להתחשב במשפט העברי, שעה שבה נדרשת פרשנות של חוק השומרים.

78 "דל אנת ודל שבועתך" (בבא-מציעא, לה, ב) או "אני פוטרך מהבאת עדים" (תוספות, לעיל, הערה 66).

79 ראה נימוקי-יוסף על הרי"ף בבא-מציעא, לה, ב: "שואל שומר דבעלים חשבינן ליה ונכנס תחתיו דשוכר ולא מצי אמר ליה (השואל לבעלים — פ' ב') 'לאו בעל דברים דידי אתה'".

80 ר' אשר בן יחיאל (הרא"ש) על המשנה בבבא-מציעא, לה, ב: "טעמא דרבי יוסי משום דחשיב שוכר כאילו השאלו בשליחות המשכיר, הילכך דין (ההדגשה שלי — פ' ב') המשכיר עם השואל; וכן הריטב"א (לעיל, הערה 61), שם.