

שבתי בן דב

תורת דיני הקניין

מחקר-השוואה בקורתי במשפט העברי ובשיטות משפט חדשות

ספר ב

ההחזקה ודיניה

במשפט העברי ובשיטות משפט חדשות

מחקר-השוואה ביקורתי

תוכן הענינים

4	פרק א': מושג ההחזקה ומשמעותו ביבשת אירופה
4	א. הרקע הרומי : פוססיה, דטנציה וקואזי-פוססיה
6	ב. מחלוקת סאוויני ויהרינג בתפיסת מיני ההחזקה
7	ג. מערכת מושג ההחזקה בצרפת ובאיטליה
13	ד. מערכת מושג ההחזקה בגרמניה ובשווייץ
16	ה. משמעות ההחזקה הפוססית ביבשת אירופה
17	1. תביעות "פוססוריות" ו"פטיטוריות"
21	2. זכות ההתגוננות של הפוססור וגדרי רשותו של אדם לעשות דין לעצמו
22	3. "התישנות מקנה"
25	4. הפוססיה כראייה לזכות
26	5. ההחזקה כבסיס לזכיית הקונה בתום לב
27	6. ההחזקה כגורם לזכייה בפירות וזיקת אחריות לבעלים
28	7. ההחזקה כגורם בזכות להחזרת הוצאות וכבסיס ל"זכות-עיכוב" או זכות-פדיון
29	8. העברת ההחזקה כגורם בהקנאה
31	9. ההחזקה כגורם בזכייה מן ההפקר ואבדן ההחזקה כגורם לאבדן הקניין
33	פרק ב': ההחזקה במשפט האנגלי
33	א. זכות-ההחזקה כממלאת מקום הבעלות
34	ב. מערכת מושג ההחזקה
38	פרק ג': מערכת מושג ההחזקה בדיני ישראל
38	א. המשמעויות השונות של המונח "חזקה"
41	ב. עיקר משמעות ההחזקה בדיני ישראל, בהשוואה לשיטות האירופיות ; עשיית אדם
45	ד. חזקת-הזכות שמכוח החזקה ודיני ההתישנות - הערכה ביקורתית
50	ה. חזקת-הזכות ומשטר רישום הזכויות
55	ו. החזקה ישירה ועקיפה, בעל-בית ושומר
57	ז. משמעות ההחזקה לעניין האחריות בנזיקין
59	ח. משמעות ההחזקה לעניין זכות תביעה על הזק החפץ המוחזק
63	ט. תחילת ההחזקה - תפיסה
64	י. העברת ההחזקה
67	1. העברת ההחזקה לשם בעל-בית
67	2. העברת-החזקה לשומר
72	3. העברת-החזקה בדרך החזרה
73	יא. המשך ההחזקה ואבדנה
74	יב. מהות ההחזקה בדיני ישראל
77	יג. החזקה צורך חזקה
78	יד. ירושת ההחזקה ומהות העברת ההחזקה בכלל
79	טו. החזקת החרש, השוטה והקטן
81	טז. החזקת האפוטרופוס
84	יז. השיתוף בהחזקה
84	יח. מושג החפצים ודין ההחזקה
86	
89	פרק ד': החזקה ורשות
89	א. מקורות המזהים "החזקה" ו"רשות"
90	ב. "קרקע אינה נגזלת"
92	ג. בירור ההבחנה בין "החזקה" ו"רשות"
97	פרק ה': מושג "החצר"
97	א. חצר - היינו "רשות היחיד", והגדרתן
98	ב. "בעל-החצר"
100	ג. מיני החצרות
103	ד. משמעות החצר לעניין נזיקין
103	1. דין הפעילות בחצר לפי יחסה לזכות בעל-החצר ודעתו
104	2. "בור" בחצר
108	3. הוצאת זרים וחפצים החודרים לחצר שלא ברשות
111	4. הגנת החצר מפני בעלי-חיים מבחוץ

- 112 ה. משמעות החצר לעניין "יד"
 112 1. חזקה מכוח הבעלות בחצר
 113 2. תפיסה מכוח הבעלות בחצר
 114 3. החצר כ"יד" של בעלים-שותפים
 115 ו. מושג החצר בהערכה השוואתית

117 פרק ו': אחריות השומר לבעל-הבית ודיני פקדון

- 117 א. המסגרת הכללית - סקירה השוואתית
 120 ב. ביקורת הגישות הנכריות השונות
 123 ג. בירור עקרוני של השיטה העברית
 126 ד. אחריות השומר במקום שבעל-הבית גזלן
 129 ה. שמירת עבדים, שטרות, קרקעות והקדשות ושמירה לשאינו ישראל
 133 ו. סולם של שומרים אחדים ו"שמירה בבעלים"
 136 ז. גדרי האחריות במקרים שונים
 136 1. שומר שנסיימה עילתו
 137 2. דינו של שומר-יורש
 140 3. שומר בלי עילה מלכתחילה ואחריותו של המחזיק בחפץ הזולת בשגגה
 144 4. דינו של מקנה חפץ מוחזק בלי מסירה
 146 5. דינו של קונה-הגוף לזמן קצוב
 147 ח. הערכה השוואתית של גדרי האחריות
 147 1. אחריותו של המחזיק בשגגה
 148 2. אחריותו של שומר חנם
 149 3. אחריותו של שותף
 151 4. האחריות של שומר-שכר ושואל
 154 ט. דיני הפקדון
 161 י. מושג השלישות
 163 יא. סיכום עניינו של מושג השמירה - מעמדם של מסעד ובן-בית

165 פרק ז': מושג היאוש

- 165 א. יאוש, הפקר והאבדה-מדעת
 169 ב. קביעת היאוש
 170 ג. יאוש בעל-הבית ויאוש השומר
 171 ד. חשיבות מושג היאוש - הערכה השוואתית

176 פרק ח': דיני גזלה

- 176 א. אחריות הגזלן
 181 ב. זכיית הגזלן בגוף הגזלה על-ידי שינוי
 183 ג. שבח ופירות
 186 ד. הקנאת הגזלן ותקנת השוק
 196 נספח : תקנת השוק במשפט האנגלי ובמדינת ישראל

פרק א': מושג ההחזקה ומשמעותו ביבשת אירופה

א. הרקע הרומי: פוססיה, דטנציה וקואזי-פוססיה

מושג "ההחזקה" חשוב לכמה וכמה עניינים השונים מזה, כפי שיתברר עוד במהלך הרצאתנו, ועיצוב המושג עשוי להתפתח באופנים שונים, לפי העניין המסוים אשר יונח ביאור עיצובו של מושג זה ביחוד. ביבשת אירופה, בעקבות המשפט הרומי, השפיעה על התפתחות מושג ההחזקה ביחוד בעיית ההגנה על מצב עובדתי שנוצר במציאות, בין אם מבוסס הוא בזכות אמיתית ובין לא¹.

הדברים מתקשרים על-ידי כך שהבעייה הנ"ל לא הוצגה מלכתחילה באותו ההקף המופשט שניסחנו, אלא עלתה בצמוד לעניין הרבה יותר מצומצם: פלוני, המחזיק למעשה בחפץ במובן הלשוני-הכללי של החזקה - האם ראוי הוא בגין עצם הדבר הזה להגנה משפטית ואם לא? התשובה היתה, שבעיקרו של דבר אמנם ראוי המחזיק להגנה²; אלא שלמעשה, לא כל מחזיק במובן הכללי ראוי להגנה, כי אם רק אותו מחזיק שנתקיימו בהחזקתו גדרים ענייניים מסוימים - וממילא נפתחה בזה הדרך להבחנה בין החזקה במובן הלשוני-הכללי של הדיוטות לבין החזקה במובן משפטי מיוחד, הנבדלת מן ההחזקה שבלשון-הדיוטות על-ידי כך שהמשפט מכיר בה כהחזקה, כדי להושיט בגינה את הסעד הנחשב כראוי למחזיק³.

[[2]] ההחזקה המוכרת באופן כזה נתפסה במשפט הרומי במושג הפוססיה-סתם (possessio) ואילו ההחזקה הבלתי-מוכרת, שאינה מוגנה כשלעצמה, באה על ביטוי במושג של פוססיה בתוספת התואר "טבעית" (naturalis possessio)⁴; אך יתריג ייחד ל"פוססיה הטבעית" את המונח דטנציה (detentio)⁵, וכך נשתרשה במדע המשפט הרומי של הזמן האחרון ההבחנה בין פוססיה מזה ודטנציה מזה, כאילו היתה מקורית, במונחים אלה, למשפט הרומי עצמו⁶. הגבול העיוני בין השתיים, במשפט הרומי במקורו, לא היה כנראה מבורר⁷; אך על-כל-פנים, המחזיק על-פי סוג מסוים של הסכם, כגון שכירות פשוטה או שליחות, נידון כדטנטור בלבד, בעוד שהמחזיק על-פי סוגי הסכמים אחרים, כגון "אמפיתויזיס", קניין-מקום, משכון או שלישות, נידון כפוססור -

¹ א) סאוויני מונה אמנם במשמעות ההחזקה במשפט הרומי שני עניינים: לא רק את התביעות הבאות להגן עליה (interdicta), אלא גם את הקניין הגמור העשוי להתפתח ממנה (usucapio); אך ההחזקה הנחוצה לשם השגת הקניין לא היתה אלא החזקה מאותו טיב שנדרש לשם הנאת-התביעות, בתוספת תארים מסוימים - ונמצא אפוא כי עיקר מושג ההחזקה התפתח אמנם בצמוד רק לעניין ההגנה כשלעצמו. ר' סאוויני, עמ' 6 ו-60.

² ב) יתריג, עמ' 8.

³ ג) סאוויני, עמ' 1 ואילך.

⁴ ד) שם, עמ' 59.

⁵ ה) יתריג, עמ' 1 ואילך.

⁶ ו) ר', למשל, וינדשייד, א', עמ' 449; מלול, עמ' 224; באקלנד, עמ' 118; אראנג'ו-רואיז, עמ' 276.

⁷ ז) באקלנד, עמ' 118; לי, עמ' 176.

וביחוד הוכר מעמד זה **לבעל החפץ** או למי שגוזל לעצמו⁸. שני מיני ההחזקה יכולו, מטבע הדברים, להתקיים בחפץ אחד, זה בצד זה - כגון שפלוני בעל החפץ השאילו לחברו: המשאיל נשאר מוגן לעניין החזקה כשם שהיה בתחילה, באמצעות "שירות ההחזקה" של השואל⁹, ואילו השואל - אשר החפץ בא למעשה לידו, בלי שהחזקה זו עצמה תהא מוגנה - נעשה "דטנטור" בצידו¹⁰.

אולם, מושג ההחזקה הרומי באמת אינו מתמצה רק בזה. גם לדטנטור חסר-הפוססיה ניתנה לפעמים ההגנה המוכרת לפוססור - אבל לאו דווקא בגין החזקתו כשלעצמה, כביכול, כי אם **ליתר-הגנת טענתו, המוגשמת בפועל, לקניין המזכה אותו בהחזקה**. מקרה מובהק מסוג זה היה מקרהו של הטוען **לקניין-פירות**, ובמשך הזמן הוענקה ההגנה על דרך הפוססיה גם לכל מיני טוענים אחרים לזכויות בחפצי הזולת, אף באין שם מוצא להחזקת החפץ אפילו על דרך דטנציה - ובלבד שטענתם אמנם הוגשמה גם בפועל, באופן שנוצר מצב עובדתי של מימוש הזכות למעשה. את המצב המוגן כך באו לקרוא קואזי-פוססיה (quasi possessio), או "מעין-החזקה", והמוסד נתפס למעשה כמעין-החזקה של הזכות אשר הטענה המתיחסת אליה עומדת להגנה (juris quasi possessio)¹¹.

[3]] והנה, מטבע הדברים, זהו אמנם כמעט קצה הגבול האפשרי להתפתחות מושג הפוססיה - אם אין המושג אמור לחרוג לחלוטין מעניין של תביעות-הגנה הניתנות לתמיכתו של מצב עובדתי באשר הוא. כי, באמת, עוד אפשר להרחיב את הדברים באופן שיחולו לא רק על הגנת טענת-זכות **בחפץ**, אלא גם על ההגנה של טענת זכות "**מוחלטת**" כלשהי (או זכות "in rem" במובן האנגלי המורחב)¹²; אבל אם המדובר יהא בטענת **תביעה** (זכות "in personam") בעלמא - ממילא אין להעלות על הדעת שיהא שם מצב הנתון באיזה אופן שהוא להגנה על המשכו, שהרי טענת-הזכות תבוא על פי סילוקה מאליה על-ידי מימוש חד-פעמי¹³. אולם, אף-על-פי-כן, קיימת גם נטייה למשוך את התפתחות מושג "הפוססיה" עוד מעבר לזה, ואף אם על-ידי כך תינתק היא מן הצמידות לעניין תביעות-הגנה, המונח ביסודה. בכיוון זה מדגישים, שלא רק הקואזי-פוססיה, כי אם גם הפוססיה עצמה ניתנת לתיאור לאו דווקא כהחזקת חפץ ממש, אלא כהגשמה של טענת-זכות ביחס לחפץ - ובאופן כזה נפתח הפתח "לראות את כל מערכת המשפט, לא עוד כמערכת של זכויות וחובות בלבד, אלא כצירוף של שתי מערכות זו בצד זו - האחת מערכת זכויות והאחת מערכת פוססיות", או **טענות-**

⁸ (ח) אראנג'ו-רואיז, עמ' 272-273; באקלנד, עמ' 118; לי, עמ' 174, 175.

⁹ (ט) אראנג'ו-רואיז, עמ' 273: השואל מועיל על-ידי כך, שהוא "alienae possessum praestat ministerium".

¹⁰ (י) לי, עמ' 175.

¹¹ (יא) סאוויני, עמ' 209 ואילך; אראנג'ו-רואיז, עמ' 279 ואילך; לי, עמ' 176-177.

¹² (יב) ר' חיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק א', סעי' א'-ב'.

¹³ (יג) סלמונד, עמ' 312; אראנג'ו-רואיז, עמ' 282.

זכות המוכרות כשלעצמן¹⁴. בתוך המערכת הזאת ניתן מקום גם לטענות של תביעה בעלמא, במידה שהטוען "מוכר בחברה כזכאי"¹⁵.

ב. מחלוקת סאוויני ויהרינג בתפיסת מיני ההחזקה

נקודת-המשבר בתפיסה המשפטית הרומית של מושג ההחזקה היתה בשאלה: מהו באמת קנה-המידה המהותי להבחנה בין "פוססיה" ו"דטנציה" - ועל השאלה הזאת ניתנו בתקופה החדשה שתי תשובות עקרוניות חלופות: האחת על-ידי סאוויני ואחרת על-ידי יהרינג.

[4] לפי סאוויני, ההבדל בין שני מיני ההחזקה הוא, שלשם פוססיה נחוצה **כוונה מוגדרת של המחזיק להחזיק כבעלים, או להחזיק לעצמו** (animus dominii, animus sibi habendi)¹⁶; אם לפעמים מוצאים אנו פוססיה גם אצל אדם המכיר בעליונות בעלותו של אחר, הרי זה רק כשבמקרה הנתון מאפשר המשפט לפוססור המקורי להעביר את הפוססיה שלו לאחר (ואז על-כל-פנים מחזיק המקבל animo jure possessionis, או מתוך כוונה ליהנות מזכויות של פוססור)¹⁷; אבל אם אין שם כוונת החזקה בכלל, או שהכוונה היא להחזיק לאחר ואין המשפט מאפשר את העברת זכויות הפוססיה למחזיק-בפועל, ממילא נשארת החזקתו המעשית של מחזיק זה חסרת משמעות משפטית כשלעצמה. לעומתו, דעת יהרינג היתה שטיב כוונת המחזיק - זהו למעשה הגורם החסר משמעות משפטית: כל החזקה בסתם, מעצם טיבה היא **פוססיה**, ומי שטוען כי אותה החזקה אינה מוגנה כשלעצמה - עליו הראייה שקיימת הוראה חוקית מיוחדת, המונעת משום-מה את דין הפוססיה במקרה הנתון, באופן יוצא-מן-הכלל¹⁸.

בשיטות המשפט של יבשת אירופה בתקופה החדשה, מערכת מושג ההחזקה היא שונה לפי העמדה הננקטת במחלוקת הזאת - ובתחילה נפנה למערכת זו בצרפת ובאיטליה, שם נתקבלה השיטה הקשורה בשמו של סאוויני.

¹⁴ יד אראנג'ו-רואיז, שם.

¹⁵ טו אראנג'ו-רואיז, עמ' 279 - והשווה זוהם, בעמ' 562, המייחס "פוססיה של זכות" לאדם המוכר לכאורה כיורש של עזבון, בעוד שהעזבון הוא תביעה. אף סלמונד (באותו עמ' 312 דלעיל) מסכים בעצם להכיר ב"פוססיה של תביעות בעלמא" - "בתנאי שטבען הוא כזה שצריכות הן לשורה של מעשי-הגשמה החוזרים ונשנים: יכולים אנו לומר כי לבעל הקרקע ישנה הפוססיה של הכנסותיו" וכיו"ב.

¹⁶ יז סאוויני, עמ' 111 ואילך.

¹⁷ יח שם, עמ' 125 ואילך.

¹⁸ יט יהרינג, עמ' 8.

ג. מערכת מושג ההחזקה בצרפת ובאיטליה

בספר החוקים האזרחי הצרפתי מוגדרת ההחזקה בסעי' 2228, אך הגדרה זו - באמת חסרת-ערך היא להבנת מערכת מושג ההחזקה כפי שהוא משמש במשפט הצרפתי למעשה¹⁹, ועל מבנה המערכת הזאת במציאות יכולים אנו לעמוד אפוא רק מתוך דברי הפרשנים. הפרשנים, מצידם, מתלבטים בין שתי נטיות מנוגדות הבאות לביטוי בהגדרה הרשמית. זו, מצד אחד, מבחינה בבירור בין החזקת חפץ והנאה מזכות (הווה אומר: מתוכן של זכות), אך מצד שני - את שתי אלה יחד מצרפת היא במושג "פוססיה" מאוחד. בהתאם לכך גורסים הפרשנים, כי בעצם מחייב היה המושג המאוחד של פוססיה להימנע מדיבור על החזקת חפץ, כדי להכיר גם בזו רק מימוש של טענה או "הנאת זכות"; אך למעשה אין הם מכריעים את הדבר בכיוון זה בעקביות, ואין הם נמנעים גם מלנהוג בדרך **הפיצול** של מושג הפוססיה: החזקה או פוססיה של **חפצים**, מצד אחד - כל [[5]] אימת שמכוונים הדברים **לטענת-בעלות** - ופוססיה של **זכויות**, כל אימת שמכוונים הדברים לטענת-זכות אחרת²⁰.

אשר למיני טענות הזכות שהפוססיה תהא שייכת בהן, נראה שנוסח החוק הצרפתי במקורו אינו מכיר בזה בסייגים כלשהם, ואף בתביעות אישיות ובמעמד במשפחה מזכיר הוא מצב של פוססיה²¹; אך **כשהפרשנים** מדברים על פוססיה, אין הם מתכוונים בסתם אלא לפוססיה של "**זכויות ריאליות**" בחפצים, אשר מסכת דיני הפוססיה מתייחסת למעשה רק אליה בלבד²².

באיטליה, אלה הם גדרי העניין גם על-פי נוסח החוק בפירוש, אך הגישה המושגית מוכרעת כאן בעקביות בכיוון ההפוך: אין החוק מכיר בפוססיה של זכויות, אלא כל פוססיה היא תמיד רק **פוססיה של חפץ**. ההגדרה האיטלקית, בסעי' 1140 של ספר החוקים האזרחי, קובעת לאמור: "הפוססיה היא כוח-השליטה בחפץ, המתגלה בפעילות המתאימה למימוש הבעלות או זכות ריאלית אחרת"; ובהמשך הדברים מוסיף הסעיף כי "יכולה להיות פוססיה במישרין או באמצעות אדם אחר, אשר לו הדטנציה בחפץ". אולם, יש להעיר כי שינוי הכיוון המושגי הננקט בהגדרה זו אינו פותר את הבעיה שעליה ביקש המחוקק האיטלקי להתגבר: הכוונה היתה להימנע מהכפילות המרוקנת מתוכנה, המופיעה בהגדרה הצרפתית הרשמית, וגם מהדימוי הבלתי-טבעי של "החזקת

¹⁹ (כ) הסעיף אינו מכיר עדיין את ייחוד מושג "הדטנציה" לגדרים הטכניים של *possessio naturalis*, כניגוד ל"פוססיה"-סתם, נוסח **יהרינג**, אלא - בדומה לתפיסת **סאוויני** - יוצא הוא מן ההנחה כי מונח "הדטנציה" מוסיף לציין החזקה במובן הכללי שבלשון הדיוטות, בעוד שמושג "הפוססיה" נתייחד **לסוג של "דטנציה"**, במידה שיש לזו משמעות משפטית. בהתאם לכך, נוסח ההגדרה הוא: "הפוססיה היא הדטנציה או ההנאה של חפץ או של זכות, שאנחנו מחזיקים או מממשים באמצעות עצמנו או באמצעותו של אחר המחזיק או מממש אותם בשמנו".

²⁰ (כא) **אוברי ורו**, ב', עמ' 108, 111 ואילך לעומת 117 ואילך; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 159-160 לעומת הרצאת הדברים בהמשך. יותר עקביים הם **קולין וקפיטון**, בכרך א', עמ' 486 ואילך. הם מתרגמים את ההגדרה החוקית לנוסח זה: "הפוססיה היא העובדה שאדם מממש, בעצמו או באמצעותו של אחר, את היתרונות של זכות, בין אם הוא הזכאי האמיתי בזכות ובין אם לא".

²¹ (כב) ספר החוקים האזרחי, סעי' 195, 196, 320, 322, 1240.

²² (כג) **קולין וקפיטון**, א', עמ' 487; **אוברי ורו**, ב', עמ' 110-111; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 160-161.

זכויות", המשתלט על הדברים מבחינה עיונית; אך הנוסח האיטלקי מצידו מחייב, שאפילו מימוש הטענה לזכות-דרך למשל - המתבטא רק בעצם המעבר החוזר ונשנה במקום - [[6]] ייחשב כהחזקת המקום, והרי זה בודאי גם-כן דימוי בלתי-טבעי לא פחות. הפרשן **מסיניאו** מתנבא שהנוסח הרשמי המתוקן לא יצליח לדחות מן השימוש את ההבחנה המסורתית בין "החזקת החפץ", במובן של החזקת-בעלים בלבד, לבין "החזקת זכויות" במובן של מימוש טענות-זכות אחרות.²³

לצרכי סקירתנו בהמשך נתעלם מן ההבדל העיוני בין התפיסה הרשמית בצרפת ובאיטליה, ואת גישתן של שתי השיטות נעמיד על המכנה המשותף הנמצא להן בדברי הפרשנים. המכנה המשותף נשלם על-ידי כך, שגם בצרפת - בדומה לנוסח החוק האיטלקי ובסטייה מנוסח ההגדרה **הרשמית** בצרפת - מייחסים הפרשנים למעשה את "הדטנציה" לאו דווקא למחזיק-החפץ, בהבדל מ"מחזיק הזכות", כי אם ל"**שמש הפוססיה**", המקיים את דרישות-הפוססיה בשביל פוססור-עקיף זולתו.²⁴

בהתאם לכך נקבע אפוא המבחן בין הפוססיה והדטנציה בצרפת ובאיטליה בקנה-מידה ברור כלהלן: לפוססור דרושה כוונה - או "**אנימוס**" - בעלת תוכן מוגדר, אך התוכן הנדרש אינו בדיוק כפי שפירש **סאוויני**, אלא דרוש "**אנימוס**" לממש את היתרונות של זכות ריאלית מסוימת; מי שמחזיק את החפץ או מפיק ממנו יתרונות בלי אנימוס כזה, הרי אם כוונתו היא מכל-מקום לשמש את הפוססיה של אחר שיש לו כוונה מתאימה, נידון הוא כ**דטנטור**, אשר מעשיו מועילים אמנם לאחר, אבל אין להם בדרך-כלל משמעות פוססורית לעצמו (ואין נפקא מינה אם יש בין השניים הסכמה מפורשת, ובלבד שיימצא שם מפגש הכוונות)²⁵ - ואילו אם פועל האיש אפילו בלי כוונה להועיל לאחר, או שהאדם אשר הוא מתכוון לטובתו אין לו כוונה מתאימה מצידו, אין הוא נקרא אפילו "דטנטור", ואין למעשיו שום משמעות בענייננו בכלל.²⁶

[[7]] בהמשך מכאן שוב מתברר שלגבי חפץ אחד ייתכנו פוססורים ודטנטורים רבים בעת ובעונה אחת. לגבי אחוזה מסוימת ייתכנו, למשל, זה בצד זה: פוססור לבעלות, פוססור לפירות, פוססור למקום (superficie) ופוססור לדרך, ועל-ידם עוד דטנטור לדרך (משרתו של הפוססור המתאים) ודטנטור למקום (אדם השוכר על-פי חוזה "אישי" את הבית שנבנה במקום). יתר-על-כן, אם הפוססור לפירות והפוססור למקום אינם פועלים בטעות לטובתו של אדם שאיננו קיים, ואמנם יש שם אדם המוכר על-ידיהם כבעלים, נמצא שכל אחד מהם הוא בעת ובעונה אחת לא רק פוססור, אלא גם דטנטור לגבי טענת הזכות הריאלית שבדרגת הגבוהה מטענת-זכותו שלו: הפוססור לפירות

²³ (כד) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 190.

²⁴ (כה) **אוברי ורו**, ב', עמ' 107; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 175; **קולין וקפיטן** א', עמ' 488.

²⁵ (כו) כאן למעשה עומדים אנו לפני חוסר-דיוק חמור בתפיסה: לעתים קרובות לא יהיה הדטנטור רק מתנדב, שליח או משרת, שכל כוונתו היא באמת לקיים את הפוססיה של אחר, אלא יהא הוא למשל שוכר, שכוונתו היא ליהנות מן החפץ בעצמו, ורק בעקיפין - על-ידי הכרתו במותר זכותו של המשכיר בחפץ - ישתמר למעשה מעמדו הפוססורי של הלה. להבדל זה אין שום ביטוי בנוסחאות המקובלות של תפיסת הפוססיה בשיטות הנידונות.

²⁶ (כז) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 162-163, 178; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 194-196 - ודוק. על המקרה שיש משמעות פוססורית למעשי הדטנטור למען עצמו, ר' להלן, הערה פ"ה.

הוא דטנטור לבעלות, ואילו הפוססור למקום הוא פוססור לפירות ולבעלות גם יחד.²⁷ אולם, לגבי **הפוססור-לדרך** אמנם יש להניח כי אין בו צד של דטנציה לטובת הבעלים - והסברת הדבר תעבירו לבירור ענייני-הפוססיה הקשורים במושג-העזר של "**קורפוס**".

מושג זה מציין את הזיקה המעשית הצריכה להימצא בין הפוססור לחפץ, כדי שיראו את האיש כמפיק למעשה את יתרונות הזכות שהוא טוען לה. זיקה זו צריכה להתבטא ביחס חומרי או גופני - כגון החזקה במובן הפשוט או שימוש, להבדיל למשל מביצוע של מעשי-הקנאה, שאפשר לערכם גם בלי שום נגיעה בגופו של החפץ; ומי שמקיים אמנם את המגע החומרי או הגופני הדרוש (כפי שעוד נסבירו ביתר פירוט להלן), אומרים כי גופו של החפץ נתון לו, או **יש לו הקורפוס**. במונחים טכניים באים אפוא "הקורפוס" ו"האנימוס" לשמש כשני מושגים-תאומים, המציינים את שני היסודות המהותיים, אשר בהצטרפם יחד - ורק מתוך צירופם באמת - מקבלים אנו את מצב הפוססיה.²⁸ והנה, האנימוס צריך אמנם תמיד להימצא אצל הפוססור עצמו, באופן אישי, או לפחות אצל **נציגו**, החשוב מבחינה משפטית כמותו; אבל הקורפוס די לו שיהא נתון לפוססור אפילו באמצעותו של דטנטור הנחשב לו כזר.²⁹ עם זאת חייבת על-כל-פנים זיקת-הקורפוס להיות כזאת, שממנה כשלעצמה תוכל לעלות הנחה בדבר קיום האנימוס הנטען.³⁰ יוצא אפוא שזיקת-הקורפוס המצויה במימוש טענה לקניין-פירות או לקניין-מקום תוכל אמנם לשמש כתמיכה אפילו לטענת-בעלות - שהרי היא כוללת את ההחזקה המלאה של החפץ (במובן [[8]] הפשוט של החזקה), וגם מן הבעל עצמו ודאי אין לדרוש בהכרח פעילות שתהא דווקא יותר רחבה³¹; אבל זהו בודאי גם **מיזער**-הפעילות שלו אפשר [לצפות] מן הבעל - ואם זיקת-הקורפוס אינה מגיעה אפילו כדי החזקה מלאה, במקרה של פוססור-לדרך, מסתבר שהפעילות הגלומה בה אמנם לא תוכל להשלים שום טענת-זכות יותר מקיפה מזכות הדרך עצמה.

מתוך שיקולים אלה מתברר באגב, שעל אף ההגיון העיוני שראינו, למעשה אין השיטות המתוארות יכולות לוותר על מושג של **החזקת החפץ** כשלעצמה, במובן הפשוט של החזקה, שישמש מעבר לבעיית המשמעות המשפטית של החזקה כ"פוססיה או "דטנציה"; ומתוך שלמעשה נשארות שיטות אלו בלי מונח מסוים להחזקה במובן זה, אמנם נוטות הן לעתים קרובות להסתבך בדו-

²⁷ (כח) **קולין וקפיטון**, א', עמ' 488-489; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 198-199.

²⁸ (ט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 161, 166; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 193, 194. תוצאה חשובה מדרישת החומריות, או זיקת-הקורפוס, במבנה הפוססיה, היא שמטבע הדברים נמנעת הפוססיה לעניין של **אפותיקי**: **קולין וקפיטון**, א', עמ' 487-488; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 190.

²⁹ (ל) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 167, 175; **קולין וקפיטון**, א', עמ' 488; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 198.

³⁰ (לא) דוק בהגדרת הפוססיה בחוק האיטלקי ובסעי' 1141 שם, וכן בדברי **פלניול וריפר**, ג', עמ' 160 ו-163, שמעשי הפוססור צריכים להתבטא בפעילות המתאימה לזכות שהוא טוען לה ושאת קיום האנימוס מסיקים בסתם מתוך עצם הפעילות.

³¹ (לב) השווה סעי' 2230 של ספר החוקים הצרפתי, שסתם החזקה (במובן הפשוט של החזקה) אמנם נחשבת כהחזקת-בעלים.

משמעות וחוסר-דיוק לשוני (כפי שמתברר למשל מסעי' 2230 של החוק הצרפתי, שעליו הערנו זה עתה). אולם, נראה עתה כי התקלה היא אף יותר חמורה מחוסר-דיוק לשוני בלבד.

אמרנו כי זיקת-הקורפוס צריכה להתבטא ביחוד באחד מן השניים: בהחזקה במובן הפשוט, או בשימוש; אבל בדומה למה שהסקנו זה עתה ביחס לפוססיה של בעלות, מסתבר שגם בכל מקרה אחר, בו הכוונה היא לפוססיה של זכות הכוללת את רשות-ההחזקה בחפץ במובן הפשוט, לא תספיק זיקת-קורפוס שאינה מגיעה כדי **החזקה** של החפץ - ואילו החזקת החפץ **תספיק**, אף אם לא יהיו עמה מעשי-שימוש כלשהם המכוונים ביחוד לזכות המסוימת אשר לה טוען המחזיק, כגון איסוף היבול משדה שהוא טוען לקניין-פירות בה או ביצוע בנייה במגרש שהוא טוען עליו קניין-מקום. והנה, אם מסקנה זו נכונה היא (ומקל-וחומר הריהי בלי ספק נכונה), יוצא שזיקת-קורפוס המתבטאת במעשי-שימוש בלי החזקה יכולה למעשה לסכון בצרפת ובאיטליה רק לטענה של קניין usage מוגבל³² או שעבוד-שכנים (servitude), ואילו ביחס לכל זכות ריאלית אחרת שיש בה עניין של פוססיה נחוץ באמת - מבחינת "הקורפוס" - לא איזה מימוש בלתי-מסוים של הזכות, כפי שנאמר בהגדרות הרשמיות ובדברי הפרשנים כאחד, אלא נחוצה פשוט **החזקה במובן הפיזי שבלשון-הדיוטות**. מסקנה זו מערערת כמובן את המבנה העיוני של מושג ההחזקה בשיטות אלו מיסודו; אך רק משעמדנו עליה יכולים אנו להמשיך ולעקוב באופן משמעותי אחר דברי הפרשנים בצרפת ובאיטליה גם יחד, כשעל [[9]] אף תפיסתם העיונית המתוארת לעיל נאלצים הם להימשך אחר דיני ההחזקה בשיטותיהם למעשה, כדי לתאר במיוחד את גדרי ההחזקה של חפץ במובן הפיזי המעורטל כשלעצמו³³.

ההחזקה במובן זה יכולה להתחיל באופן "מקורי" או "נגזר" (acquisition originaire ou derivée)³⁴. ההחזקה "המקורית" צריכה מעשה של **תפיסה** (apprehension). בקשר לכך יש להעיר, כי אף-על-פי שדיברנו קודם על דרישה של יחס חומרי או גופני לחפץ - אין משמע כי היחס הזה מוכרח להתבטא במגע ישיר בין גופו של המחזיק לגופו של החפץ: לשם מעשה של תפיסה מספיק שהחפץ

³² (לג) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 860, 862.

³³ לד) מסקנתנו מערערת את התפיסה העיונית המקובלת, כי מצד אחד מפריכה היא ברוב המקרים את תליית הפוססיה במושג "המימוש של זכות" ומצד שני מראה היא כי אמנם אין בסיס עיוני לחתך בדיני הפוססיה בין "הפוססיה של בעלות" מחד ו"הפוססיה של יתר הזכויות" מאידך - אבל יש מקום לחתך, **שנעלם** מעיני הפרשנים, בין פוססיה לעניין בעלות או **זכויות אחרות**, הנבנית על החזקת חפץ, לבין פוססיה לעניין זכויות שאין בהן צד החזקה. נדגיש גם כי במסגרת התפיסה הכללית של פוססיה כזוהי "מימוש זכות" לא היתה צריכה להיות שום משמעות לגדרי עצם ההחזקה של חפץ במובן הפיזי גרידא. בכיוון הביקורת שהעלינו השווה **אוברי ורו**, ב', עמ' 124.

³⁴ (לה) את המונחים הללו אין לתרגם במונחים העבריים המקבילים של זכייה "באין שם דעת אחרת מקנה" וזכייה "ביש שם דעת אחרת מקנה" (בבא מציעא י' א' - ב', ור' **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך דעת אחרת מקנה). הטעם הוא שהמונחים הנוכריים בודקים את העניין מבחינת הרציפות של הקניין או ההחזקה בין אדם אחד למשנהו, בעוד שהמונחים העבריים מכוונים לטיב מעשה הזכייה עצמו, אם הוא דו-צדדי או חד-צדדי. בהתאם לכך, זכייה מכוח ירושה נחשבת במונחים הנוכריים כ"זכייה נגזרת", ואילו המונחים העבריים אינם שייכים בזכייה כזאת בכלל. ביחס למונחים הנוכריים השווה גם **דרנבורג**, א', עמ' 477-478.

יובא למצב המאפשר לתופס לפעול בגופו החומרי לאלתר ובאופן יחודי. לאחר מכן נמשכת ההחזקה כל זמן שמתקיימת יכולתו של האיש לפעול בגוף באופן יחודי כל אימת שירצה, והיא פוקעת עם ביטול היכולת הזאת דרך-קבע. בקבלת ההחזקה "באופן נגזר" יש להבחין: מעשה של תפיסה כדלעיל נחוץ אם ההחזקה מועברת פשוט על-פי הסכם-מסירה מאיש לרעהו; אם המחזיק נפטר, רואים את ההחזקה כעוברת ממילא ליורשיו - אבל זה רק בתנאי שאמנם משמשת ההחזקה זיקת-קורפוס במסגרת של פוססיה או דטנציה, כי דין ההעברה בירושה אינו מתיחס במישרין להחזקה כשלעצמה, כי אם לפוססיה או לדטנציה בכלל; ושלישית, יכול אדם להיעשות מחזיק-פוססור באמצעות חברו כדטנטור, על-ידי עצם ההסכם עם הלה, אם הדטנטור החזיק כבר בחפץ מקודם (כפוססור) והוא מסכים להחזיק מעתה בשביל חברו (constitutum possessorium)³⁵. המשך ההחזקה וסיומה גם במקרה שהושגה "באופן נגזר" הריהם כמו במקרה שהושגה "באופן מקורי"³⁶.

[10]] מצד שני, אשר לזיקת-קורפוס שבאמת אינה צריכה להחזקה, יש אומרים שלפעמים תוכל להספיק כאן התממשות של טענת-זכות אפילו בלי שום מעשה גופני ישיר או עקיף מצד הפוססור או הדטנטור עצמם. הכוונה היא למקרה שמדובר בטענה לשעבוד המתבטא רק ברשות **למנוע** מעשים מסוימים באחוזת השכן. במקרה כזה, אם השכן נמנע מלעשות בתחומו את המעשים האסורים, ויש שם "אנימוס" מתאים מצד השכן-שכנגד, מיחסים לאותו שכן ממילא גם את הקורפוס הדרוש לפוססיה³⁷. אם מימוש הטענה זקוק אמנם למעשים חיוביים, נחוץ שמעשים אלה יתקיימו "בתכיפות רגילה, בהפסקות שהייתה קצרות מספיק כדי לא ליצור פער"³⁸.

בין החזקה ובין מעשים אחרים של מימוש טענת-זכות אינם יוצרים זיקת-קורפוס אם מבוצעים הם באופן שבהם כשלעצמם יש משום עבירה³⁹, או שמבוצעים הם רק בעקב הסכמתו או שתיקתו של הצד **הסובל** את המעשים בתנאי שלא יפגעו בזכותו⁴⁰.

מקום שהקורפוס נתון לפוססור רק באמצעותו של דטנטור, הרי שינוי עובדתי של האנימוס מצד הדטנטור - להיות פוססור לעצמו, או דטנטור לצד שלישי, או לשנות את דרגת "הדטנציה-הפוססורית" שלו, - אינו משנה כשלעצמו את היחס הקיים: נחוץ שהדטנטור-לשעבר יגלה את כוונתו בפירוש לפוססור הקודם, או - כדי שיהפך בלעדי כן לדטנטור לצד שלישי - נחוץ שאותו צד

³⁵ לו אין הפרשנים מקדישים תשומת-לב מיוחדת לעקרון העברת ההחזקה מפוססור אחד למשנהו כשהחפץ מוחזק במישרין על-ידי דטנטור שהוא צד שלישי, אך מזכירים את אפשרות העברת ההחזקה על ידי העברת מסמך המיצג את החפץ: **מסיניאו**, ב/א, עמ' 205.

³⁶ (לז) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 200 ואילך; **אוברי ורו**, ב', עמ' 111 ואילך; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 166 ואילך ועמ' 722.

³⁷ (לח) **אוברי ורו**, ב', עמ' 119.

³⁸ (לט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 171.

³⁹ (מ) שם, עמ' 166.

⁴⁰ (מא) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 201; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 941-939; **אוברי ורו**, ב', עמ' 124 ואילך. על-פי כלל אחרון זה מסבירים גם את מניעת הפוססיה מן הדטנטור.

שלישי יפעל כנותן זכות לדטנטור בחפץ מכוחו, ושהדטנטור יאמין בכוחו של הלה לעשות זאת. הדברים אמורים גם במקרה שהדטנטור הוא מלכתחילה **יורש**⁴¹. מלבד זה יכול הדטנטור להיחפץ לפוססור לעצמו (או לשנות את דרגת "הדטנציה הפוססורית" שלו), אם הפוססור שאותו הוא היה משמש מגיע אתו להסכם על כך (traditio brevi manu, כשיזיקת-הקורפוס מתבטאת מלכתחילה בהחזקת החפץ על-ידי הדטנטור)⁴².

[11]] בתחום העקרונות שסקרנו משלימים את התמונה מספר פרטים משניים הראויים לציון מיוחד. פרט אחד הוא, שהאנימוס הדרוש בפוססיה אינו מוכרח להתיחס דווקא לחפץ מסוים: מספיק שיהיה אנימוס ביחס למכלול של חפצים, קיימים או צפויים, שהחפץ המסוים עשוי להימנות עמהם - ואז, כשיזיקת-הקורפוס נוצרת לגבי החפץ המסוים אפילו מבלי דעת עליו (כגון שהושם מכתב בתיבת-המכתבים של האיש), נוצרת ממילא פוססיה⁴³.

שנית, אדם שאין לו כושר של כוונה משפטית (כגון שוטה או קטן), ממילא נמנע ממנו הכושר של אנימוס בדיני הפוססיה, וממילא נמנע ממנו להיות פוססור או דטנטור שלא באמצעותו של אפטרופוס⁴⁴.

ביחס למושג "החפץ" שתיתכן לגביו פוססיה יש להעיר:

א) מבחינה עקרונית אין מכירים בפוססיה ביחס לחפצים שאינם שייכים בדיני ממונות (נכסי ציבור וכיו"ב)⁴⁵;

ב) אין דין פוססיה עצמאי בחלקים בלתי-נפרדים של חפץ, וכל אימת שמתחבר דבר לחפץ הנתון בפוססיה של אדם, מתפשטת הפוססיה ממילא על הדבר המתחבר⁴⁶;

ג) נחשבים כחפצים לעניין פוססיה כוחות הטבע, כגון מים זורמים או חשמל, וכן זכויות הרעיון (אם כי ב"חפצים" כאלה נמנעת כמובן ההחזקה במובן הפיזי, וזיקת-הקורפוס מוכרחה אפוא להתבטא לגביהם באמת במימוש של טענת-הזכות)⁴⁷.

⁴¹ (מב) **מסיניא**, ב/א, עמ' 199-200; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 179.

⁴² (מג) **אוברי ורו**, ב', עמ' 113; **מסיניא**, ב/א, עמ' 204.

⁴³ (מד) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 163.

⁴⁴ (מה) שם, עמ' 167; **מסיניא**, ב/א, עמ' 194.

⁴⁵ (מו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 160; **מסיניא**, ב/א, עמ' 192.

⁴⁶ (מז) **מסיניא**, שם.

⁴⁷ (מח) שם, עמ' 192, 193. **מסיניא** מדבר גם על פוססיה של **בית-עסק**, אבל בצרפת אין מכירים בפוססיה כזאת: **פלניול וריפר**, ג', עמ' 161.

לעניין **פוססיה של שותפים** חלים בעיקרו של דבר דיני השיתוף בזכות: אנשים המשתתפים במימוש טענת זכות ריאלית לעצמם - דינם כשותפים בזכויות הנובעות מן הפוססיה. שותף כלשהו - ייתכן שישמש כדטנטור לפוססיה של השותפים. ייתכן גם שזיקת-הקורפוס תתבצע במשותף על-ידי פוססורים בדרגות שונות, המשמשים בו בזמן כדטנטורים איש לרעהו. לכל אחד מן השותפים בפוססיה יש גם דין של פוססור עצמאי ביחס לחלקו בשיתוף⁴⁸. [[12]]

ד. מערכת מושג ההחזקה בגרמניה ובשווייצריה⁴⁹

ההבדל הראשון שבו נתקלים אנו במשפט הגרמני והשווייצרי לעומת דיני הפוססיה של המשפט הצרפתי והאיטלקי הריהו זה, שלמושג הפוססיה - או ה-Besitz - מוחזר כאן לכאורה מובנו הטבעי: ה-Besitz הוא **החזקת חפץ, פשוטו כמשמעו**, ולו יהא גם שלא כל החזקה, כי אם רק אותה המוכרת על-ידי המשפט⁵⁰. אין מדברים כאן אפוא על "פוססיה של זכויות", וגם אין מעלים על הדעת שאדם הנוהג לעבור באחוזת רעהו "מחזיק" באותה אחוזה. אולם, אין פירושו של דבר שהבעיה נפתרת בזה פתרון אמיתי. הסיפא של סעי' 919 בצג"ב קובע כי "לגבי שעבודים קרקעיים משווים את המימוש העובדתי של הזכות להחזקת חפץ"; והוראות הבאות לאותה תוצאה מוצאים אנו גם בסעי' 900, 1029 ו-1090 של הבג"ב. למעשה יש אפוא פוססיה של זכויות גם בגרמניה ובשווייצריה; אלא שפוססיה זו **מתיחסת באמת רק לקניינים מסוימים שאינם מזכים את האדם בהחזקת החפץ במובן הפשוט** (בדומה למה שהסקנו כראוי, בביקורת המשפט הצרפתי והאיטלקי לעיל) - ועל-כל-פנים נמנעים כאן החוקים מלהזכיר את מושג "הפוססיה של זכויות" בפירוש. סידור זה מתאפשר על-ידי כך שאת הדינים המעשיים הנוגעים לפוססיה מחילים במישרין רק על אותם המקרים שאמנם יש בהם החזקה כפשוטה, ואילו את דיני "הפוססיה של זכויות" משאירים לנו להסיק מן הדינים הללו רק בדרך אנאלוגיה. לפי זה נצמצם פה גם אנו את הסקירה לעניין הפוססיה במובן של החזקת חפצים בלבד, ואילו את בעיית הפוססיה של זכויות נישא רק בזכרון - כביכול מאחורי הקלעים.

וההבדל השני הוא שבגרמניה ובשווייצריה מרחיבים את מושג הפוססיה ואת ההגנה הפוססורית גם על מי שמחזיק את החפץ לאו דווקא בטענת "זכות ריאלית", אלא - מבחינה עקרונית - על "כל מי שמממש את השליטה העובדתית בחפץ", ויהא זה אפילו בטענת "זכות אישית" בלבד או בלי שום אנימוס מסוים בכלל. המחלוקת על גודל הפוססיה מוכרעת כאן אפוא, בעיקרו של דבר, על-פי שיטתו של **יהרינג**.

⁴⁸ מט) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 534-536.

⁴⁹ נ) על-פי **היילפרון**, ג', עמ' 28 ואילך - ביחס למשפט **הגרמני**, - **וטואור**, עמ' 398 ואילך, ביחס למשפט השווייצרי. השווה גם **וולף-רייזר**, עמ' 18 ואילך, **ורוסל ומנתא**, ג', עמ' 274 ואילך.

⁵⁰ נא) ר' סעי' 910, רישא, של הצג"ב: "מי שיש לו השליטה העובדתית בחפץ הוא המחזיק בו". סעי' 854 של הבג"ב מגדיר את ההחזקה רק מצד **התחלתה**: "ההחזקה בחפץ מגעת על-ידי השגת השליטה העובדתית בחפץ". על החזקה היוצאת מכלל זה ראה להלן.

[13]] אולם, גם את התפיסה העקרונית הזאת אין להבין בצורה פשטנית, כאילו רק מי ששליט בחפץ במו ידיו הוא המחזיק, או הפוססור. אדם יכול לשלוט בחפץ גם באמצעות חברו, אשר מן הבחינה הפיזית הפשוטה אמנם רק הוא שליט בחפץ; ובאופן כזה נוצרת גם בגרמניה ובשווייצריה הבחנה המקבילה במידה מסוימת לזו שראינו בין הפוססיה והדטנציה. ההבדל הנשאר בכל-זאת מתבטא בכך, ש"הדטנטור" אינו מוגן כאן מבחינה פוססורית פחות מן "הפוססור" שאותו הוא משמש: ההגנה עומדת מבחינה עקרונית לשניהם גם יחד, בשווה ובמקביל, ובמלים אחרות - כאן שניהם גם יחד הם **פוססורים** בשווה ובמקביל; וממילא הושמט כאן מושג "הדטנציה" בכלל. במקום ההבחנה בין הפוססיה והדטנציה, המבוססת על הבדל משפטי, הוכנסה בגרמניה ובשווייצריה הבחנה המתייחסת רק **להבדל העובדתי שבאופן השליטה**, ובהתאם לכך מדברים בגרמניה על unmittelbarer besitzer לעומת mittelbarer besitzer, ואילו בשווייצריה - על unselbständiger besitzer לעומת Selbstständiger besitzer. אנו נקרא פה, לפי המינוח **הגרמני**, למחזיק הראשון (המחזיק במו ידיו) **מחזיק ישיר**, ואילו לחברו (המחזיק באמצעותו) **מחזיק עקיף**.

המחזיק הישיר פועל **מכוחו של המחזיק העקיף, על-פי יחס משפטי מסוים ומוגדר הקיים ביניהם** - אולם, אין הדבר תמיד כך. המחזיק הישיר יכול גם להחזיק מכוח עצמו, - ואז, ממילא, אין שם מחזיק עקיף כלל. כשפועל המחזיק הישיר מכוחו של מחזיק עקיף קרוי הוא כפי הפרשנים **"מקשר-החזקה"** (besitzmittler) או מחזיק **"תחתון"** (unterbesitzer), כנגד המחזיק העקיף - **"העליון"** (oberbesitzer). פשיטא הוא כי מחזיק ישיר יכול להיות רק אחד (בכפוף למקרה של **מחזיקים-שותפים**); אולם, המחזיקים העקיפים יכולים גם להיות רבים, בשרשרת של אנשים הבאים איש מכוח רעהו, על-פי יחס משפטי הקיים ביניהם. המחזיק הישיר יכול לבטל את ההחזקה העקיפה (וכן יכול מחזיק עקיף בדרגה נמוכה לבטל את ההחזקה העקיפה שבדרגה יותר גבוהה), אם הם עושים מעשים המראים בבירור כי שוב אין הם מכירים ביחס המשפטי שמכוחו החזיקו עד כה.

עם זאת, אף במסגרת ההחזקה כפי שתיארנו פה, יש יוצא-מן-הכלל - זכר לדטנציה שאיננה פוססיה - ובוזה מגיעים אנו לסייג שאליו רמזנו לעיל, שגם בגרמניה ובשווייצריה לא כל החזקה-שבסתם היא בגדר besitz או פוססיה, כי אם רק ההחזקה המוכרת כך ביחוד. היוצא-מן-הכלל הוא בכך, שמעמד המחזיק-הפוססור (besitzer) נמנע בגרמניה מן האנשים הנתפסים בסעי' 855 של הבג"ב, הקובע לאמור: "מקיים אדם את השליטה העובדתית בחפץ בשביל זולתו, במשק-ביתו של זה, או במערכת עסקו, או בגדר יחס דומה אשר על-פיו חייב הוא למלא אחר הוראותיו לגבי החפץ, הרי רק אותו אדם אחר הוא מחזיק". האיש שהיינו נוטים לראות בו במקרה זה את "המחזיק הישיר" (מסתבר כי תואר זה עובר למי שנוטים היינן לראות בו את **המחזיק העקיף**) [14]] נקרא besitzdiener או "שמש-החזקה", וכל הגנה פוססורית נמנעת ממנו - חוץ מזכות **ההתגוננות הפיזית** שעליה נעמוד להלן, ושגם היא נמנעת כנגד ה-besitzer. **בשווייצריה** אין החוק קובע הוראה מקבילה, אך למעשה מסיקים תוצאה דומה גם שם⁵¹. [15]]

⁵¹ (נב) **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 280-281, 277-278. המסקנה מבוססת על סעי' 920 של הצג"ב, המגדיר את **המחזיק הישיר** (לעומת העקיף) **כמי שניתנה לו זכות ריאלית מוגבלת או זכות אישית**: לפי זה

גם ביחס ל-besitzdiener, לא "האנימוס" הוא הקובע את מעמדו, כי אם מצבו המשפטי האובייקטיבי - ובהתאם לכך שוב אפשר לסכם כי בשיטה הגרמנית והשווייצרית אין האנימוס ממלא שום תפקיד הכרחי בזהו הפוססיה. כתוצאה מעשית מכך יכולה הפוססיה להיות נתונה אפילו לשוטה או לקטן, בלי אמצעותו של אפוטרופוס; אולם, אין אנשים כאלה יכולים ליצור בעצמם את היחס המשפטי שיביאם למעמד של מחזיקים עקיפים. תוצאה נוספת היא, שנמנע כאן איבוד הפוססיה על-ידי אבדן האנימוס בלבד (כפי שאפשר לכאורה בשיטה הצרפתית והאיטלקית, כשהחפץ נשאר בכוח שליטתו של אדם שטען לבעלות בו והגומר בנפשו להפקירו).

אף-על-פי-כן, אין משמע שגורם ה**דעת** הוא כאן חסר-חשיבות לחלוטין. השליטה העובדתית עלולה לעתים קרובות להיות מפקפקת, כגון שמוצאים אנו אדם המחזיק חפץ ברגע מסוים, אבל אינו יודעים אם זה מצב של קבע - כפי שדרוש לפוססיה - או זה מצב רגעי, שאינו עולה כדי שליטה - ואז מבררים את העניין לפי כוונת האדם. בדומה לכך, חפץ הבא לתחום שליטתו של פלוני, והאיש אינו יודע עליו, הרי אם מצפה הוא לבוא החפץ, ומתכוון להחזיק בו במקרה שיבוא, אומרים שהוא מחזיק בו כבר מעכשיו, אבל אם לא - לא. ושוב, אם האיש יודע כי החפץ בא לתחום שליטתו, אך זה בא שלא לרצונו - אין האיש נעשה פוססור עד שיגלה את רצונו להחזיק.

אשר לקבלת ההחזקה, המשכה ואבדנה, הדינים העקרוניים הם שווים למה שראינו בצרפת ובאיטליה, אך יש בכל-זאת לציין מספר הבדלים בפרטים. בצרפת ובאיטליה, קבלת ההחזקה היא עניין שונה מעניין הזכייה מן ההפקר: בשני העניינים נחוצה אמנם **תפיסה**, כפי שתיארנו, אך בתפיסה לשם החזקה נחוץ רק אנימוס של **מימוש** טענת זכות - ואפילו מדעת גזלה - בעוד שבתפיסה לצורך זכייה (occupation) נחוץ דווקא **אנימוס כן של זכייה**⁵². הבחנה מקבילה מתחייבת

יוצא כי מי שמחזיק עבור רעהו אף מבלי זכות אישית, רק על פי חובה בלבד או יחסי כפיפות אחרים, כגון סבילה או הרשאה של עראי - באמת איננו besitzer, אף אם מעמד זה אינו נשלל ממנו בהוראה מיוחדת, כפי שנעשה הדבר בחוק הגרמני. על אחת כמה וכמה כשהגדרת סעי' 920 השווייצרי היא יותר צרה מן ההגדרה המקבילה בסעי' 868 הגרמני, הסביר בהחזקה ישירה (לעומת עקיפה) בין אם היחס המשפטי שבו היא מבוססת מתבטא בזכות ובין אם מתבטא הוא בחובה. - לאור הבדל זה מתבקשת אמנם לכאורה המסקנה, כי האומן - למשל, - שיש לו רק **חובה** להחזיק והנחשב בגרמניה כ-besitzer, אחר שאין הוא נתפס בסעי' 855, צריך על-פי החוק השווייצרי להיחשב רק - besitzdiener; אך ספק אם המחברים היו נוטים להרחיק לכת עד כדי כך. לדידם, הנכון הוא לפרש את החוק השווייצרי כשווה בעניינו - בעיקרו של דבר - לחוק הגרמני, כי הסיבה האמיתית לחוסר-ההסדר המיוחד ל-besitzdiener בשווייצריה היתה רק בכך, שמחברי הצג"ב לא הצליחו להגיע להגדרה מסוימת שתניח את דעתם, ולא בזה שהיתה להם איזו גישה שונה בנידון. עם זאת אמנם נמשך הבדל מעשי מן ההבדל הפורמלי בין שני החוקים, לפחות על-ידי כך, שאם ה-besitzdiener איננו besitzer, הרי באין הוראה מיוחדת בקשר אליו, נמנעת ממנו על-פי סעי' 926 של הצג"ב אפילו זכות ההתגוננות הפיזית (במידה שמתחייבת היא להגנה על החפץ המוחזק, בהבדל מן ההגנה על גוף האדם עצמו). - לעומת כל הדברים האלה מעדיף **טואור** (בעמ' 405-406) את הדעה, שבחוק השווייצרי אמנם אין מעמד של besitzdiener שאיננו besitzer, אך נראה כי דבריו נסתרים מתוכם.

⁵² (ג) **פלייול וריפר**, ג', עמ' 601 ואילך; **מסיניאן**, ב/א, עמ' 316.

גם על-פי סעי' 718 של הצ"ב בשו"צ, הדורש לצורך זכייה שהתופס ירצה להיות לבעל החפץ. לעומת זאת בגרמניה, התפיסה לעניין החזקה ולעניין זכייה הן שוות: גם לעניין זכייה אין צורך שלתופס יהא איזה אנימוס מסוים - וגם הקטן והשוטה, או מי שמתכוון לגנוב, יכולים אפוא לזכות בחפץ על-ידי עצם תפיסתו או קבלת החזקה בו; רק שלעניין זכייה בדרך זו נחוץ אמנם שהחפץ יהיה מלכתחילה חסר בעלים וכשר לזכייה באופן אחר - מה שאין כן לעניין החזקה בעלמא, שזו תיתכן גם בחפץ שייך⁵³. [[16]]

נקודה אחרת היא שבגרמניה ובשו"צ מטפל החוק בפירוש בהעברת החזקה העקיפה בחפץ, המוחזק למעביר בידו של שלישי. סעי' 870 של הבג"ב קובע כי העברת החזקה במקרה כזה נערכת על-ידי התביעה להחזרת החפץ, הנתונה למעביר כנגד המחזיק הישיר. פירושו של דבר הוא, לפי סעי' 398 ואילך, שמבחינה עקרונית נגמרת ההעברה על-ידי הסכם המעביר והלוקח, אך הצד השלישי יכול להוסיף ולראות במעביר את נושאו כל זמן שלא נודעה לו ההעברה, ואין הוא חייב למלא את החיוב כלפי הלוקח אלא אם הודעה לו ההעברה בכתב מטעם המעביר, בין במישרין בין באמצעות הלוקח. לפי סעי' 924 של הצ"ב (שאין לו שייכות לדינים הכלליים של העברת תביעות על-פי חוק החיובים) עוברת החזקה על-ידי הסכם בין המעביר והלוקח, אך אין להעברה תוקף נגד המחזיק הישיר אלא משהודעה לו (באופן כלשהו) על-ידי המעביר.

לפי החוק הגרמני והשו"צ, העברת החזקה - הישירה או העקיפה - היא בדרך-כלל יסוד מהותי בהעברת הבעלות במיטלטלין⁵⁴.

בהבדל ממה שראינו בצרפת ובאיטליה מציינים כאן שההחזקה אינה מוכרחה להיות דווקא בחפץ על כל חלקיו: אף החזקת חלק מסוים של חפץ, כגון דירה בבית, נחשבת כהחזקת חפץ - ובלבד שאמנם אפשר יהיה לשלוט בחלק באופן נפרד מן השליטה ביתר חלקי החפץ.

ה. משמעות החזקה הפוססית ביבשת אירופה

במשמעות החזקה או הפוססיה מונים הפרשנים שלשה פנים. החזקה היא קודם-כל עניין **שבעובדה**. לגבי העובדה הזאת, יתכן שאדם יהא **זכאי** שתתקיים בידו - בין אם אמנם קיימת היא ובין אם לא - ויתכן שהיא תתקיים בידו **בלי** שיהא זכאי לכך; ובאופן כזה נהפכת החזקה גם לעניין משפטי מבחינת השאלה של "jus possidendi". ושלישית - כשאמנם קיימת החזקה בגדרים המתאימים, נמשכות ממנה תוצאות משפטיות מסוימות, שעקרון הוא לטובת המחזיק, ובוה שוב מופיעה החזקה כעניין משפטי מנקודת-הראות האחרת של "jus possessionis"⁵⁵. את מושג החזקה יש מזהים בדיעבד גם עם עצם התוצאות המשפטיות הנובעות ממנה, ובאופן כזה מופיעה

⁵³ (נד) **וולף-רייזר**, עמ' 291.

⁵⁴ (נה) אך יוצאים למשל מן הכלל - ספינות, או חפצים שאדם זוכה בהם במכירה פומבית. ר' סעי' 929 ואילך של הבג"ב; סעי' 714 של הצ"ב וסעי' 235 של חוק החיובים השו"צ.

⁵⁵ (נו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 181-182; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 183-184.

לפעמים ההחזקה לאו דווקא כציון המהותי לעובדה גרידא, אלא כציון המהותי לזכות בחפץ (היינו הזכות הנובעת מעובדת ההחזקה). העושים כן טוענים [[17]] כי רק במובן זה אפשר לדבר - כפי שאמנם נעשה הדבר בחוק - על "העברת" ההחזקה או "ירושתה"; ומכאן שוב נמשכת ערבוביה חמורה במושג "הזכויות החפציות" בכלל, כי הזכויות הנובעות מן ההחזקה אינן נמנות בדרך-כלל עם הזכויות שחלים בהן "דיני החפצים" או דיני הזכויות בחפצים⁵⁶. עם זאת, גם בין המתנגדים לזיהוי ההחזקה והזכויות הנובעות ממנה יש שמכירים בעצם ההחזקה עצמה כ"נכס", או גורם במכלול הרכוש של אדם⁵⁷.

1. תביעות "פוססוריות" ו"פטיטוריות"

אשר לזכויות הנובעות מן ההחזקה, ניתן לומר כי העיקרית שבהן, בשיטות המשפט הנסקרות ביבשת אירופה, הריהי - כמו במשפט הרומי - זכות התביעות העומדות למחזיק-הפוססור להגנת החזקתו כשלעצמה.

תביעות אלו קרויות "תביעות פוססוריות" (actions possessoires, besitzlagen) בהבדל מן התביעות להגנת עצם הזכות שצריך היה המחזיק לטעון לה לשם [[18]] הצדקת הפוססיה והקרויות - מצידן - "תביעות פטיטוריות" (actions petitoires, rechtslagen)⁵⁸.

התביעות הפטיטוריות הן, למשל, התביעה לאישור בעלות המחזיק כנגד מי שכופר בה⁵⁹; תביעה להחזרת החפץ מידו של מחזיק להחזקתו של אדם הטוען לבעלות⁶⁰; תביעת בעליו של חפץ למניעת

⁵⁶ (נז) היילפרון, ג', עמ' 29 בהערה; וולף-רייזר, עמ' 18-20; מסיניאו, ב/א, עמ' 188-189. והשווה דרנבורג, א', עמ' 398; אוברי ורו, ב', עמ' 109-110.

⁵⁷ (נח) דרנבורג, א', עמ' 49. יותר עקבי הוא אנקצרוס-ניפרדי, בכרך א', עמ' 556, המונה את ההחזקה כנכס באשר אמנם היא נמנית לדידו עם הזכויות. אולם, העניין הוא על-כל-פנים מוקשה במידה רבה; כי זכויות-ההחזקה - גם כשקיימת ההחזקה על-פי זכות, כגון זכות בעלות - הריהן חיצוניות לזכות, ואף-על-פי-כן בודאי אין לומר כי הזכאי-המחזיק הוא בעל שני נכסים: הזכות היסודית, המזכנת בהחזקה, מצד אחד, והזכויות הנוספות, הנובעות מן ההחזקה, מצד שני. יוצא אפוא כי ההחזקה - או זכויות-ההחזקה - יכולות להיחשב כנכס בפני עצמן רק אצל המחזיק-הגזלן, היינו אצל מי שאין לו בכלל זכות להחזיק ואשר ממילא צפוי הוא להפסיד את ערכה הממוני של ההחזקה למפרע, לפחות בעיקרו של דבר.

⁵⁸ (נט) אוברי ורו, ב', עמ' 172 ואילך; פלניול וריפר, ג', עמ' 192 ואילך; מסיניאו, ב/א, עמ' 215 ואילך; היילפרון, ג', עמ' 77 ואילך; וולף-רייזר, עמ' 57 ואילך; רוסל ומנתא, ג', עמ' 287 ואילך; טואור, עמ' 412-413.

⁵⁹ (ס) מסיניאו, ב/א, עמ' 341; היילפרון, ג', עמ' 492; רוסל ומנתא, ג', עמ' 296.

⁶⁰ (סא) "rei vindicatio" - revendication; herangabeanspruch: פלניול וריפר, ג', עמ' 348 ואילך;

מסיניאו, ב/א, עמ' 342 (סע' 948 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי); היילפרון, ג', עמ' 493 ואילך (סע' 985 של הבג"ב); רוסל ומנתא, ב', עמ' 295.

הפרעה⁶¹; תביעת הבעלים לתיקון או לסימון של הגבולות בין מקרקעין סמוכים⁶²; תביעה להכרה בקיומו של שעבוד, להחזרת חפץ משועבד או למניעת הפרעה למימושו של שעבוד⁶³; וכן תביעה להחזרת חפץ מכוח "זכות אישית" כנגד המחזיק⁶⁴. תביעות אלו מתוארות אמנם, על דרך השיגרה הרומית, כמוסדות משפטיים בפני עצמם, באופן שיכול להיווצר הרושם כאילו לא היו פשוט פועל-יוצא מושגי מן הזכות שאותה הן באות לממש, אלא אדרבה: כאילו הזכות צריכה היתה לקבל את הגדרתה כפועל-יוצא מן התביעה הנתונה להגנתה. אבל באמת, בשיטות הנידונות, המציאות כבר איננה כזאת: גם אלמלא הוסדרו או נתפרשו כאן התביעות ביחודן, יכול היה האיש המזוכה בהן לעמוד על זכותו - באותו תוכן-דברים בעצמו - מכוח עצם העובדה שיש לו זכות בדיני ממונות, והזכות נפגעה בצורה מסוימת. מניין התביעות ביחודן הריהו כאן אפוא באמת רק עניין של שיגרה מחשבתית, ולמעשה משקף הוא רק - בניסוח חוזר - את ההשתמעות המהותית של הזכויות המוגנות בעצמן.

[19]] הקושי הגדול בתביעות הפטיטוריות הוא, שבהן - אם מעלה הנתבע ספק בעצם קיומה של הזכות הנפגעת - כמובן צריך התובע להוכיח את זכותו; וכשהתביעה איננה על-פי "זכות אישית", כי אם מכוח "הזכות הריאלית" - פירושו של דבר הוא שהתובע עשוי להסתבך בצורך לגלות ולהצדיק את **מקור הבעלות** שעליה הוא מסתמך. והנה, עניין זה אמנם מסויג הוא - ואיננו חמור - במה שנוגע למיטלטלין, כפי שנראה להלן; כמו-כן, **בגרמניה ובשווייצריה**, אפילו במקרקעין, אם הבעלות שעליה מסתמך התובע רשומה בספרי האחווה - נאמן הרישום, אלא אם הוכיח הצד שכנגד כי איננו נכון (ובעוד שהכלל הוא כי רישום המושג בתום-לב נעשה נכון ממילא)⁶⁵. אבל מעבר לכך אין הבעלות מוכחת לחלוטין אלא אם נתברר כיצד היא נמשכת מדין *usucapio* ("ההתישנות המקנה", שעליה נעמוד להלן) או *accessio*⁶⁶ - ועל טיבו של תנאי זה יכולים אנו לעמוד על-פי הכינוי שניתן לו: "*probatio diabolica*" או "דרך-ההוכחה השטנית"⁶⁷.

⁶¹ סב) "*actio negatoria*": **פלניול וריפר**, ג', עמ' 972-973; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 348 (סע' 949 של ספר

החוקים האזרחי האיטלקי); **היילפרון**, ג', עמ' 517 ואילך (סע' 1004 של הבג"ב); **רוסל ומנתא** ב', עמ' 296.

⁶² סג) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 347 (סע' 950-951 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי); **פלניול וריפר**, ג', עמ' 430 ואילך (סע' 646 ו-663 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי).

⁶³ סד) "*actio confessoria*": **פלניול וריפר**, ג', עמ' 767, 813; **מסיניאו** ב/א, עמ' 485-486; סע' 1027, 1065, 1227 של הבג"ב.

⁶⁴ סה) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 351; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 348. בהבדל מתביעת-ההחזרה "הריאלית" (*revendication*) נקראת תביעה זו "*action en restitution*".

⁶⁵ סו) **וולף-רייזר**, עמ' 137-149; צג"ב, סע' 973, 974.

⁶⁶ סז) היינו התחברות חומרית של מיטלטל או מקרקע טפל למיטלטל או מקרקע אחר, עיקרי, באופן שהבעלות מתפשטת מן הנכס העיקרי לטפל ודוחה ממנו כל בעלות קודמת אחרת. ר' למשל **פלניול וריפר**, ג', עמ' 256 ואילך.

⁶⁷ סח) **מסיניאו**, ב/א, עמ' 343-344; **היילפרון**, ג', עמ' 499; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 351 ואילך. בצרפת מסתפקים אמנם בתי-המשפט אפילו ביחס למקרקעין בראייה פחותה מן המושלמת, אם היא נראית על-כל-פנים עדיפה על הראיות שהצד שכנגד מצליח להביא לזכותו.

לעומת זאת, בתביעה פוססורית יכול הנפגע לבוא על תקנתו גם בלי שיצטרך להוכיח את זכותו לפוססיה שנפגעה - ובשתי נקודות נמצאת החפיפה העניינית בין אפשרות התביעה הפטיטורית, המצריכה הוכחת הזכות, לבין תביעה פוססורית הפטורה מצורך כזה: בתביעה **להחזרת החפץ ובתביעה למניעת הפרעה**. כי כשם שיכול אדם לתבוע החזרה או מניעת הפרעה מכוח זכותו היסודית, הנפגעת על-ידי שלילת החפץ או מעשי-ההפרעה האחרים, כן ניתנת לו גם [[20]] היכולת לתבוע זאת מכוח הפוססיה, אשר שלילת החפץ או מעשי-ההפרעה פוגעים ממילא גם בה - אם בשעת-מעשה נתקיימו באדם הגדרים של פוססור; וזהו **תחום החפיפה** בין שני אופני התביעה. מעבר לכך שוב מתפשט **ההבדל** באפשרויות-התביעה: אין הזכאי יכול לתבוע מכוח פוססיה אם בשעת-מעשה לא נתקיימו בו הגדרים של פוססור, - ואילו הפוססור הנפגע אינו יכול לתבוע **אלא** מכוח הפוססיה, אם בשעת-מעשה אין לו זכות לפוססיה או שאין לו היכולת להוכיחה. יש גם להדגיש כי תביעות שאינן מתייחסות למעשה חומרי כשלעצמו, כמו החזרת החפץ או מניעת הפרעה, כי אם לקביעת מצב משפטי - כגון תיקון גבולות וסימונם - יכולות להיות מוגשות **רק** בדרך פטיטורית, ולא פוססורית.

על הפרטים המלאים של דיני התביעות הפוססוריות לא נתעכב כאן. נציין רק שגם תביעות אלו אינן נקבעות כפועל-יוצא מהותי של הפגיעה בזכות נתונה, אלא כדפוס-תביעה אשר המעמד והתוכן של זכות נפגעת חוזר ונוצר רק בדיעבד מכוחם - אלא שכאן, כמוכח, כבר אין זו אנומליה, כי אם תוצאה מחויבת מטבע העניין. דפוס-התביעה הללו הם ביסודו של דבר **שניים**, כפי שאמרנו לעיל: *klage wegen Besitzentziehung* או *action en reintegrade* - לעניין החזרת הפוססיה **שנשללה** מן הפוססור⁶⁸ - ו- *Azione di manutenzione, complainte* או *Klage wegen Besitzstörung* - לעניין מניעת הפרעה כנגד פוססיה הנשארת בעיקרה בעינה⁶⁹. עם זאת, בצרפת ובאיטליה נוצרים גם דפוסים תביעות פוססוריות נוספות, על-ידי הכנסת הבחנות שונות בין תביעה נגד מעשים שהשפעתם המפריעה כבר קיימת לבין מעשים שהשפעתם המפריעה צפויה רק בעתיד⁷⁰. מטבע הדברים הוא, שהתובע בתביעות אלו - אם כי אין הוא צריך להוכיח את זכותו לפוססיה, מכל-מקום צריך הוא להוכיח את עצם קיום הפוססיה שלו - לפחות עד שנשללה מאתו. לגבי טיב הפוססיה שיש להוכיח תיתכנה דרישות שונות: שתתקיים ללא אלימות, בגלוי, ברציפות ובאופן חד-משמעי⁷¹; שתהא בנוסף על כך בת שנה לפחות⁷²; או שלא תהא נמשכת ממעשה שהוא

⁶⁸ סט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 212 ואילך; סע' 1168, 1169 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי; סע' 861 של הבג"ב; סע' 927 של הצג"ב.

⁶⁹ ע) **פלניול וריפר**, ב', עמ' 203 ואילך; סע' 1170 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי; סע' 862 של הבג"ב; סע' 928 של הצג"ב.

⁷⁰ עא) *denonciation de nouvel oeuvre* בצרפת - **פלניול וריפר**, שם - ו- *denunzia di nuova opera e di danno temuto* באיטליה, סע' 1171-1172 בחוק. באיטליה יכולות תביעות אלו להיות או פוססוריות או פטיטוריות.

⁷¹ עב) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 169 ואילך.

כשלעצמו נעשה בלא הרשאה חוקית, נגד רצון הנתבע או נגד רצונם של מביאי-כוחו ("תקיפה אסורה" - verbotene Eigenmacht), [21] תוך שנה לפני המעשה שבגינו מוגשת התביעה.⁷³ מצד שני, גם לגבי טיב המעשים שעליהם מתלונן הפוססור, יש סייגים: הם צריכים להתבטא ב"תקיפה אסורה", כפי שהגדרנו את המונח זה-עתה⁷⁴, או ב"שלילה אלימה או חשאית" של הפוססיה⁷⁵, או שצריכה להירמז במעשה-ההפרעה כפירה בזכותו של הפוססור⁷⁶. את התביעה הפוססורית יש להגיש תוך שנה מן המעשה שעליו מתלוננים⁷⁷. בדיון על התביעה הפוססורית, או במקביל לה, אין לערבב דיון פטיטורי על מצב הזכויות לאמיתו - לפחות לא על-פי רצון הנתבע⁷⁸ - ומשמע לא רק שהנתבע עשוי כאן להצטוות להפסיק מעשים, שיש לו בעצם זכות עקרונית לעשות, אלא עשוי הוא גם להתחייב בהריסת מבנים שהקים כדין⁷⁹ או בהחזרת חפץ שלו לגזלן. רק בשוויצריה יש סייג בנקודה זו, שאם זכותו העדיפה של הנתבע להחזיק בחפץ ניתנת להוכחה מידית - מאפשרים לו להביא את ההוכחה גם בדיון הפוססורי, ואין מחייבים אותו להחזיר לגזלן, כשההוכחה מתקבלת⁸⁰. התקנה נגד התוצאה האנומלית של חיוב הזכאי לטובת הגזלן נמצאת בכך, שההכרעה במשפט הפוססורי אין לה תוקף סופי, והזכאי יכול **אחר-כך** - כשפסק-הדין הפוססורי נגדו כבר הוצא גם לפועל - לחזור עוד ולעמוד בכל-זאת על זכותו, בתביעה פטיטורית⁸¹. [22]

פסק-הדין הפוססורי יכול גם לחייב את הנתבע בפיצויים, ובוה נמצא המשפט הפוססורי מתנגש לא רק עם המשפט הפטיטורי בדיני הזכויות "הריאליות" או החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין⁸². עם זאת, איסור הצירוף של דיון פוססורי ופטיטורי אינו מתיחס אלא לטענת זכות "ריאלית",

⁷² (עג) שם, עמ' 208. כך לגבי plainte, אבל לתביעת reintegrate מספיקה החזקה אפילו בת יום אחר: שם, עמ' 216 - הדין הכללי הוא שתקופות הפוססיה של כל פוססור מסוים ומביאי-כוחו מצטרפות: שם, עמ' 208, 721 ואילך; סעי' 1146 באיטליה; סעי' 943, 944 של הבג"ב; סעי' 941 של הצג"ב.

⁷³ (עד) בג"ב, סעי' 858, 861 סיפא ו-862 סיפא.

⁷⁴ (עה) סעי' 861 ו-862, רישא, של הבג"ב; סעי' 927, 928 של הצג"ב.

⁷⁵ (עו) סעי' 1168 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי.

⁷⁶ (עז) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 203; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 221.

⁷⁷ (עח) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 196; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 1168, 1170, 1171; בג"ב, סעי' 864; צג"ב, סעי' 929. **בשוויצריה** יש מגבלה נוספת, שהתביעה תוגש גם בהזדמנות הראשונה ובלא השהייה, אפילו תוך השנה.

⁷⁸ (עט) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 197 ואילך; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 349-350; **וולף-רייזר**, עמ' 59-60; **טואור**, עמ' 412-413.

⁷⁹ (פ) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 211.

⁸⁰ (פא) צג"ב, סעי' 927, מציעתא.

⁸¹ (פב) ר' המקורות הנזכרים בהערה ע"ט. בקשר להריסת מבנים מציינים אמנם **פלניול וריפר** (בעמ' 211), שיתכן כי בית-המשפט יראה סמכות לעצמו לאפשר לנתבע תביעה פטיטורית אפילו תוך **עיכוב** ההוצאה-לפועל בינתיים.

⁸² (פג) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 211, 219, 203-204; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 223; **וולף-רייזר**, עמ' 51; צג"ב, סעי' 927 סיפא, 928 סיפא.

וכשהנתבע מסתמך על זכות "אישית" (חוזית) נגד התובע - או שגרם בפשיעה נזק לפוססור, בלא התנכלות לפוססיה כשלעצמה - אין המשפט הפוססורי יכול לבוא במקום הפטיטורי⁸³.

יוצא חשוב מן הכלל בדיני הפוססיה בצרפת ובאיטליה הוא, שתביעת ה-reintegrate (או reintegrazione) נתונה לא רק לפוססור, אלא גם ל**דטנטור**, אם הוא מקיים את ההחזקה - אמנם מתוך זיקה לפוססור - אבל למען **עצמו** (כגון שוכר או שואל, להבדיל משליח)⁸⁴. כמו-כן חשוב לציין כי בצרפת אין התביעות הפוססוריות נתונות אלא ביחס ל**מקרקעין** בלבד⁸⁵.

בהתאם לכל זה אפשר לסכם, שהתביעות הפוססוריות - אמנם יש בהן צד של תוספת-הגנה לאדם ה**זכאי** בפוססיה: לבעל החפץ או למי שזכאי בחפץ מכוח הבעלים⁸⁶; אבל באמת אין זו בשום פנים ההצדקה הממצה לתביעות הפוססוריות, ומסתבר שמעבר לסעי' 927 של הצ"ב בשוייצריה אין זה אפילו **חלק** ההצדקה בכלל. שהרי לו ביקש החוק להקל פשוט מקשיי "ההוכחה השטנית", היה לו לפתח את ההקלה בתחום דיני הראיות וביסוס הקניין - ואמנם כבר הזכרנו שהרבה גם נעשה בכיוון זה במציאות. התביעות הפוססוריות, לעומת זאת, ניתנות במנותק לחלוטין משאלת הזכות להחזיק: מבוססות הן בפירוש על הפוססיה כשלעצמה, ועומדות הן אף למי שידוע וברור כי **אין** לו זכות להחזיק, ואפילו כשהצד שכנגד הוא בבירור ובידוע בעל החפץ עצמו, ה**זכאי** להחזיק. נראה אפוא לומר כי ההנאה האפשרית של הזכאי האמיתי מדין התביעות הפוססוריות הריהי תוצאה מקרית גרידא, ואילו כל עצמו של דין זה לא נקבע לתועלת הזכאי האמיתי, כי אם מטעמים צדדיים. הפרשנים הנוטים לתפיסה זו קובעים את טעם התביעות הפוססוריות [[23]] בתכלית **השמירה על השלום**, שלא יהיו אנשים הולכים ופוגעים זה בזה, על דעת עצמם, נגד המצב הקיים ועומד, ואף אם המצב הקיים הוא גרוע ונוגד את הדין. ובמלים אחדות משמע שהשיקולים הם כאן שניים: ראשית, שאפילו הגזלן יהא מוגן מפני מי שאין לו זכות יותר טובה ממנו; ושנית, שאם יש לאדם זכות טובה מזכות הגזלן, הרי הוא רשאי לעמוד עליה רק בדרכי התביעה **הפטיטורית** - או, אמנם, גם הפוססורית, במידה שתביעה כזאת עשויה להועיל אף לו באגב, אף-על-פי שיש לו זכות טובה - אבל אם עושה האיש דין לעצמו, ראוי לעשות חיזוק כנגדו, שהוא יחזור ויפסיד את פירות מעשהו בדרך התביעה הפוססורית של הגזלן, שתהא עדיפה אפילו על הטענות "הפטיטוריות" שלו⁸⁷.

2. זכות ההתגוננות של הפוססור וגדרי רשותו של אדם לעשות דין לעצמו

בגרמניה ובשוייצריה קובע החוק בפירוש, לטובת הפוססור - בין אם יש לו זכות לפוססיה ובין לא - לא רק את האפשרות להגן על הפוססיה באמצעות התביעות שראינו לעיל, אלא גם את הזכות

⁸³ פד' **פלניול וריפר**, ג', עמ' 203-204, 205-206; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 350.

⁸⁴ פה) ספר החוקים האיטלקי, סעי' 1168, פסקה שנייה, **פלניול וריפר**, ג', עמ' 216.

⁸⁵ פו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 192.

⁸⁶ פז) **אוברי ורו**, ב', עמ' 109.

⁸⁷ פח) **וולף-רייזר**, עמ' 53; **רוסל ומנטא**, ג', עמ' 286-287; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 215-216. סקירה על התיאוריות השונות שהועלו להצדקת ההגנה הפוססורית ר' אצל **היילפרון**, ג', עמ' 31-32, בהערה; **דרנבורג**, א', עמ' 402-404; **וינדשייד**, א', עמ' 446-448 בהערה.

להגן עליה באמצעים **פיסיים**, כשמישהו בא לפגוע בה בדרך "תקיפה אסורה": היינו בלא הרשאה חוקית ונגד רצון הפוססור⁸⁸. במסגרת זו רשאי גם הפוססור לחזור ולהוציא בכוח מיד התוקף את החפץ נשוא-הפוססיה שהלה כבר הספיק להשתלט עליו למעשה ולהחזיק בו בעצמו; אך זכות זו עומדת לפוססור רק במסיבות שתיחשבה כהמשך ישיר, ללא הפסקה, מעצם מעשה התקיפה. אמנם, אף אם בינתים תחול הפסקה, אלא שמעשה-ההחזרה יבוצע תוך שנה, לא יוכל התוקף לחזור ולהוציא מיד הפוססור הראשון באמצעות תביעה פוססורית, כפי שראינו לעיל; אך על-כל-פנים, אם אמנם תחול הפסקה בין מעשה התקיפה וההחזרה - הרי מעשה ההחזרה ייחשב כעילה טובה לתביעת נזיקין מצד התוקף המותקף. לעומת זאת, אם לא תחול הפסקה, לא יהא הפוססור-המחזיר אחראי בנזיקין, אלא אדרבה - התוקף יהא אחראי כנגדו, אם יתגונן מפני נסיון-החזרה. זכות ההתגוננות שתיארנו עומדת רק **לפוססור הישיר**, ובגרמניה גם ל-besitzdiener, כפי שראינו, אך לא לפוססור העקיף⁸⁹.

[[24]] עם זאת, אף הפוססור העקיף, **בגרמניה**, יוכל לפעמים להגן על הפוססיה בכוח או להחזיר בכוח את החפץ שנשלל מאתו - על-פי ההסדר הכללי בדבר עשיית אדם דין לעצמו. עיקר ההסדר הוא, שרשאי אדם לעשות דין לעצמו "אם אין להשיג בעוד זמן את הסעד של הרשות המוסמכת, או שנשקפת הסכנה כי באין פעולה מידית שוב אי-אפשר יהיה לממש את הזכות, או שמימושה ייתקל בקשייהם מהותיים"⁹⁰. הסדר זה עומד באופן מקביל הן לפוססור הנפגע - ביחס לזכותו להתמיד בלי הפרעה בפוססיה, אף כשביסודו של דבר היא בלתי-מוצדקת - הן לזכאי האמיתי בחפץ, כנגד הפוססור, כשאמנם נוצרה הפרדה בין הזכות האמיתית והפוססיה. אין ההסדר מועיל אלא למי שעושה לעצמו דין של אמת; והסיכון הוא על שכס העושה את הדין, כי שום טעות - ואפילו בתום-לב - אינה הצדקה כאן. אם הדין שנעשה, אמנם הוא אמת - ממילא אין בדבר "תקיפה אסורה", וממילא גם כן, כשמתבטא העניין בהוצאת חפץ מיד הפוססור, הרי שאין לפוססור הזה תביעה פוססורית (אם כי יתכן שתהיה לו עוד תביעה פטיטורית, במקרה שהוא זכאי אמנם בחפץ, אלא שתפסו מן הצד שכנגד באמצעות "תקיפה אסורה").

באיטליה מתקבלות בעיקרו של דבר תוצאות דומות על-ידי צירוף הסעיפים 52 ו-392-393 של ספר חוקי העונשין וסעי' 2044 של ספר החוקים האזרחי. אך כאן הדינים אינם מיוחדים בשום נקודה לפוססיה, אלא קובעים הם הסדר כללי בדבר זכות ההתגוננות או ההגנה על זכות הזולת וגדרי האסור והמותר לעניין עשיית אדם דין לעצמו, מבחינת האחריות בדיני העונשין ובדיני הנזיקין.

3. "התישנות מקנה"

המשמעות המעשית השנייה שכבר היתה לנו הזדמנות להזכיר בפוססיה האירופית נמצאת במושג ה-usucapio, או - כפי שמקובל לקרוא לזה, בנסיון של תרגום לעברית - **"התישנות המקנה"**. התרגום הוא על-פי השם הנרדף ל-usucapio: prescription acquisitive.

⁸⁸ פט) בג"ב, סעי' 859; צג"ב, סעי' 926.

⁸⁹ צ) ר' **פלנדט** על סעי' 859.

⁹⁰ צא) בג"ב, סעי' 229-231.

תואר ההתישנות - "המקנה" - בא להבדיל מן ההתישנות **המפקעת** (prescription extinctive). זו, לפי המשפט **הצרפתי והאיטלקי**, מפקעת בכפוף לחריגים אחדים בלי זכות או תביעת-זכות בדיני ממונות, אם עברה עליהן תקופה מסוימת - כקבוע בחוק - ללא מימוש (אך אין נפקעות, ביחוד, זכות הבעלות והתביעה הפטיטורית להחזרת-הגוף מכוח הבעלות)⁹¹. **בגרמניה** [[25]] **ובשווייצריה** מוכרת התישנות מסוג זה (verjährung) רק לגבי **תביעות-הזכות** (ausprüche), אך לא לגבי הזכויות בעצמן⁹². אף-על-פי-כן, על-פי סעי' 901 של הבג"ב, נפקעת לגבי המקרקעין גם הזכות בעצמה, אם היא נשארת בלתי-רשומה בספרי-האחוזה, והתביעה למימושה התישנה. לעומת זאת, ההתישנות המקנה - טיבה הוא בהצמחת זכות ריאלית מתאימה לפוססור (למפרע), אם במשך התקופה הקבועה בחוק (עשר, עשרים או שלשים שנה, לפי המסיבות) הוא מימש לעצמו את יתרונותיה למעשה⁹³. אולם, הגדרה זו בעקביותה יכולה כמובן להיות נכונה רק במסגרת התפיסה הפוססורית כפי שראינוה **בצרפת ובאיטליה**. בגרמניה ובשווייצריה, מצידן, אין מקום לעקרון מאוחד של ההתישנות המקנה (ersitzung), שיהא מותאם למלוא ההקף של התפיסה הפוססורית שלהן, כי תחולת ההתישנות המקנה היא מצומצמת כאן למקרים מוגדרים. ראשית, המחזיק **מיטלטל** במשך עשר שנים (או חמש שנים, בשווייצריה), לעצמו, בתום-לב - נעשה בעליו, במשורר מכל שעבוד שנשאר בלתי-ידוע לדידו⁹⁴. ושנית, **במקרקעין**, זוכה הפוססור או הקואזי-פוססור בזכות ריאלית שהיתה רשומה באופן כוזב על שמו בספרי האחוזה, אם הוא מימש את יתרונות הזכות לעצמו במשך שלשים שנה (בשווייצריה עשר שנים, ודווקא בתום-לב)⁹⁵. המחזיק את המקרקע לעצמו במשך שלשים שנה יכול לזכות בבעלות אף אם לא היה רשום בספרי האחוזה - אם שום בעל אמיתי גם-כן לא היה רשום, או שהבעל האמיתי הרשום נעדר, ואין בנמצא רישום שנעשה בספרי האחוזה משמו של זה תוך שלשים שנות ההחזקה. לשם שינוי הבעלות נחוץ ביטול הבעלות הקודמת הרשומה וצו-רישום לטובת המחזיק מטעם בית-המשפט⁹⁶.

[[26]] כהצדקה עיקרית להתישנות המקנה מציניים שוב את **השאיפה ליציבות וביטחון במצב הקיים**, בדומה להצדקה שראינו כבר בתביעות הפוססוריות - אלא ששם המדובר היה ביציבות וביטחון **פיסיים**, סייג להפרת **שלום** של המחזיק, ואילו כאן המדובר הוא בנוסף על כך, **ביציבות**

⁹¹ (צב) **קולין וקפיטון**, ב', עמ' 271 ואילך; **מסיניאן**, א', עמ' 178 ואילך, ב/א, עמ' 339 ו-347.

⁹² (צג) **אנקצרוס-ניפרדי**, ב', עמ' 1397 ואילך; **גוהל**, עמ' 226 ואילך, וביחוד 232. בגרמניה מתישנות גם התביעות מכוח הבעלות (**אנקצרוס-ניפרדי**, שם, עמ' 1372, **וולף-רייזר**, עמ' 263), אך לא כן **בשווייצריה** (**גוהל**, שם, עמ' 227). עם זאת יש לציין, כי אף-על-פי שהתביעות מכוח הבעלות **מתישנות** בגרמניה בדרך-כלל, **אין** מתישנות בדרך-כלל התביעות מכוח זכות הרשומה בספרי האחוזה (**אנקצרוס-ניפרדי**, שם, עמ' 1403).

⁹³ (צד) **קולין וקפיטון**, עמ' 495 ואילך; **מסיניאן**, ב/א, עמ' 294 ואילך, 334 ואילך.

⁹⁴ (צה) בג"ב, סעי' 937 ואילך; צג"ב, סעי' 728.

⁹⁵ (צו) בג"ב, סעי' 900; צג"ב, סעי' 661, 731 מציעתא, ור' **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 11-12. יתכן שהמחזיק הרשום יהא תם לב ושכל זאת יהא זקוק להתישנות, במקרה שהפגם בזכותו אינו מתבטא בפגם ברישום של המקנה שממנו דימה לקנות, כי אם בעובדה חיצונית - כגון **פסלות** המקנה.

⁹⁶ (צז) בג"ב, סעי' 927; צג"ב, סעי' 662. בשווייצריה תיתכן התישנות מקנה כזאת לא רק לעניין זכייה בבעלות, אלא גם לעניין שעבוד שאדם מימש לעצמו כנגד בעל מקרקע נעדר: **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 12.

וביטחון משפטיים, שבהתבסס ההחזקה יהא המחזיק מוגן גם מפני שינוי מצבו אפילו בדרכי התדיינות מתוקנות, שנקבעו על-ידי שיטת-המשפט בעצמה. כפי שמבטא את הדבר **דרנבורג**, "הרעיון היסודי של ההתישנות המקנה הוא, שהזמן מעלה את ההחזקה לכלל הזכות הגמורה"⁹⁷. מבחינה עקרונית תואמת הצדקה זו את ההסבר הניתן גם להתישנות המפקעת, שנועדת היא להבטיח את מצב הרכוש מפני תביעות שנשתהו יותר מדי⁹⁸ - וכך אמנם חוזרים שני מיני ההתישנות ומתמזגים לכלל מוסד מאוחד מבחינה אידיאולוגית, על אף ההפרדה המושגית הברורה המתפתחת ביניהם ברמת העיצוב הטכני.

עם זאת נראה, שהצדקות אלו כשלעצמן לא הניחו תמיד את הדעת, כי הפרשנים משתדלים עוד לחזור ולהצדיקן על-פי שיקולים שמעבר להן. טענה אחת היא, שההתישנות המקנה קובעת גבול מסוים להפלג "ההוכחה השטנית", שבלעדי כן - אם נתאים לדבר מימרה תלמודית - הוא "לא מניח היה בעלות לכל בעל"⁹⁹; טענה אחרת היא שלטובת המחזיק במשך תקופה ממושכת מותר בעצם להניח כי היה לו שטר ואבד, ולכן באמת מן הראוי להכיר בבעלותו אפילו בלעדי השטר¹⁰⁰; ושלישית, אומרים שגם אם המחזיק איננו הבעל האמיתי, הרי אם ניתן לו להחזיק כדרוש להתישנות, ממילא יהא פירושו של דבר ברוב המקרים שהנפגע התרשל על-כל-פנים בעמידה על זכותו, ואולי אף ויתר עליה לחלוטין, בעוד שהמחזיק המפיק פירות מנכס מוזנח ראוי לעידוד¹⁰¹. **בגרמניה ובשווייצריה** [[27]] מסתבר שאף כל ההצדקות הנוספות מסוג זה לא נמצאו מספיקות בפשטות, כי שם נשאר החוק צמוד בעיקרו למסורת הרומית, לפיה לא היתה ההתישנות המקנה מועילה ברגיל אלא על רקע הצירוף של תום-לב סובייקטיבי מצד המחזיק ואסמכתא אובייקטיבית, שעליה יכול היה המחזיק להסתמך לכאורה לשם ביסוס הזכות שהוא טוען לה¹⁰². מצד שני יש לציין כי הפחד מקשיי "ההוכחה השטנית" נשאר בשיטות אלה חסר-משמעות, לפחות במה שנוגע להתישנות במקרקעין, כי הקונה בתום-לב על סמך רישום בספרי האחוזה זוכה כאן במה שהוא מדמה לקנות, ממילא, באופן מוחלט¹⁰³. לגבי הנימוק של "השטר שאבד" - הוא הדין

⁹⁷ צח) **דרנבורג**, א', עמ' 513. והשווה **אוברי ורו**, ב', עמ' 443-444: "ההתישנות המקנה אינה כל כך אמצעי של קנייה כמו שהיא אמצעי לביסוסה של קנייה הצפויה לנישול... מכאן ההשפעה-למפרע, הנמשכת מהשלמת ההתישנות... יסוד ההתישנות המקנה נמצא בצורך להבטיח את יציבות הבעלות..." כמו-כן **פלניול וריפר**, ג', עמ' 698: "ההתישנות המקנה נועדת להפסיק את הפירוד בין ההחזקה והבעלות, על-ידי כך שהופכת היא את המחזיק לבעלים. היא מביאה את העובדה לכלל התאמה אל הזכות (נראה שצריך היה להיות "את הזכות לכלל התאמה לעובדה"), כדי למנוע את ערעורם של מצבים שנעשו מכובדים על-ידי משך הזמן". הרעיון הובע כבר על-ידי המשפטן הרוסי **גאיוס**: ר' **יולוביץ**, עמ' 155.

⁹⁸ צט) **אוברי ורו** שם, עמ' 445; והשווה **מסיניאו**, ב/א, עמ' 300.

⁹⁹ ק) **אוברי ורו**, שם, עמ' 444-445; **פלניול וריפר**, ג', עמ' 697.

¹⁰⁰ קא) **פלניול וריפר**, שם.

¹⁰¹ קב) **פלניול וריפר**, שם, 698; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 299, והשווה כרך א', עמ' 183.

¹⁰² קג) **וינדשייד**, א', עמ' 556 ואילך; **היילפרון**, ג', עמ' 422 ואילך.

¹⁰³ קד) ר' לעיל, הערה ס"ו.

למעשה גם בצרפת ובאיטליה, אחר שקניית מקרקעין צריכה על-כל-פנים רישום פומבי, בארבע השיטות גם יחד¹⁰⁴.

4. הפוססיה כראייה לזכות

התוצאות המשפטיות האחרות של הפוססיה, גם ביבשת אירופה, אינן מכוונות דווקא להבטחת מצב עובדתי באשר הוא, אלא נמשכות הן ממעשים אחרים - צדדיים.

הראשונה מאלו מתבטאת בדין, שהפוססיה היא לכאורה הוכחה לטענת בעלות, ומי שבא להוציא מן הפוססור הטוען לבעלות - עליו הראייה. כמו כן, אם הפוססור מבקש לכפור בטענת בעלות המועלית כנגדו - הראייה היא עליו¹⁰⁵. לעניין זה אין הכרח שהפוססיה תהא דווקא קיימת בשעת הדיון: הפוססיה שבעבר היא ראייה לבעלות שהיתה קיימת עמה, ומשהוכח נגד הפוססור שבהווה כי הפוססיה שלו אינה נושאת סימנים של זכות עדיפה על זכותו האפשרית של הפוססור הקודם - עשוי הפוססור הקודם להיות מוכר כבעל הנכס, מכוח הבעלות המיוחסת לו לשעבר ושלא נסתרה התמדתה¹⁰⁶. **בגרמניה ובשווייצריה**, כך הוא בדרך-כלל הדין רק לגבי **המיטלטלין**; ביחס למקרקעין, הכלל הוא [[28]] שאין אדם יכול להיחשב כבעליהם אלא אם רשומה זכותו בספרי האחוזה¹⁰⁷. במקום שדיני הרישום אינם מפריעים לכך, עשויה הפוססיה בגרמניה לשמש ראייה לא רק לבעלות, אלא גם ל"זכות ריאלית" פחותה יותר שהפוססור רואה לטעון לעצמו - אבל אין היא משמשת ראייה לטענת "זכות אישית"¹⁰⁸. בשווייצריה משמשת הפוססיה ראייה בין לטענת "זכות ריאלית" בין לטענת "זכות אישית", אבל בשני המקרים גם יחד אין הראייה מועילה נגד "מי שהפוססור קיבל את החפץ ממנו"¹⁰⁹.

קרובה למשמעות זו היא התוצאה הנוספת של הפוססיה, - שעשויה היא לזכות את הפוססור הקודם בעדיפות "פטיטורית" כנגד פוססור מאוחר, אף אם מוכח שהפוססור הקודם איננו הבעל,

¹⁰⁴ (קה) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 634 ואילך; סע' 2643 של ספר החוקים האזרחי האיטלקי; סע' 873 של הבג"ב; סע' 958 ואילך, 971, 972 ואילך של הצג"ב.

¹⁰⁵ (קו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 370, 182 ואילך.

¹⁰⁶ קז) שם, עמ' 356, 359, 376. באיטליה הנטייה היא לכפור בחזקת בעלות העשויה להתקבל על סמך פוססיה שבעבר: **מסיניאו**, ב/א, עמ' 344.

¹⁰⁷ (קה) בג"ב, סע' 1006, הפוססיה משמשת כאן כראייה רק לטובת הפוססור, אבל לא כדי ליחס בעלות לפוססור הכופר בבעלות המיוחסת לו: ר' **וולף-רייזר**, עמ' 67-68. **בשווייצריה**, ר' צג"ב, סע' 656, 930, 937. כאן יתכן כי הראייה שבפוססיה תוכל לשמש גם ביחס למקרקעין, כשקרקע נתפסה מן ההפקר והבעלות עדיין לא נרשמה: ר' **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 303-301. - בגרמניה שייך לענייננו גם סע' 851 של הבג"ב, הקובע שאם אדם החייב דבר לבעל החפץ ממלא בתום-לב את חובתו כלפי המחזיק - הריהו פטור.

¹⁰⁸ (קט) **וולף-רייזר**, עמ' 64-65.

¹⁰⁹ (קי) צג"ב, סע' 931 סיפא.

אלא שזכות הפוססור המאוחר מוכחת גם-כן כגרועה. דין כזה מצוי בעיקר רק ביחס למיטלטלין, בגרמניה ובשווייצריה¹¹⁰. [[29]]

5. ההחזקה כבסיס לזכיית הקונה בתום-לב

שלישית, באותו קו-התפתחות, עשויה ההחזקה **במיטלטל** לזכות את המחזיק אפילו בבעלות הגמורה, לאלתר, אם ההחזקה מתקבלת אגב מעשה מתאים של קנייה לשם בעלות בתום-לב, ולו גם ממי שאיננו מוסמך באמת להקנות. אולם, בכפוף לסייגים שונים (ביחוד לעניין מטבע ושטרי למוכ"ז) אין דין זה מועיל נגד מחזיק או בעלים קודמים שהחפץ **אבד או נגנב מהם** - להבדיל מן המקרה שהם עצמם מסרוהו כבר מקודם להחזקתו של אחר, והלה מעל¹¹¹. **בצרפת**, כשהחפץ אמנם אבד או נגנב כאמור, זוכה המחזיק בתום-לב מכל-מקום, אם עברו כבר שלש שנים מיום האבדה או הגנבה; ואף אם הזמן הזה **לא** עבר - אין המחזיק בתום-לב חייב על-כל-פנים להחזיר, במקרה שקנה את החפץ בריד, או בשוק, או במכירה פומבית, או אצל סוחר בחפצים מסוג החפץ הנידון, ואין התובע מחזיר לו את המחיר ששילם¹¹². **בשווייצריה**, אם החפץ אבד או נגנב, נקבע חריג נגד הכלל של אי-התישנות התביעה, ותביעת הבעלים כלפי המחזיק בתום-לב מתישנת כעבור חמש שנים; כמו-כן זוכה המחזיק לאלתר אפילו בחפץ אבוד או גנוב, אם קנה אותו כפי שמנינו בצרפת, במכירה פומבית או בשוק או אצל סוחר בחפצים מסוג החפץ הנידון¹¹³. **באיטליה** נתבטל למעשה ההבדל בין חפצים שנגנבו או אבדו לבין החפצים שהועברו במעילה, והמחזיק בתום-לב זוכה בכלם לאלתר^{114 115}.

[[30]] בדרך-כלל, כשם שעשויה ההחזקה לזכות לאלתר את הקונה לשם בעלות, כן עשויה היא לזכות גם את הקונה לשם זכות ריאלית אחרת מתאימה¹¹⁶. ההחזקה הנחוצה לשם זכייה לאלתר

¹¹⁰ קיא) בג"ב, סעי' 1007; צג"ב, סעי' 932, 934, 936. **בשווייצריה** עשויים הדברים להתייחס גם למקרקעין שנתפסו מן ההפקר, כנ"ל. **בגרמניה** אפשר להזכיר בהקשר זה גם את סעי' 867 של הבג"ב, הקובע כי במקרה שחפץ הגיע מהחזקתו של אחר לתחום המקרקע של אחר, יש למחזיק תביעה להיכנס למקרקע ולקחת את החפץ, כל זמן שלא הוחזק החפץ למעשה על-ידי אחרים - בלי שיהא צורך להוכיח לשם כך בעלות בחפץ או פגיעה בהחזקה.

¹¹¹ קיב) בג"ב, סעי' 933 ואילך.

¹¹² קיג) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 378 ואילך, 392 ואילך.

¹¹³ קיד) צג"ב, סעי' 933-936.

¹¹⁴ קטו) ספר החוקים האיטלקי סעי' 1153 ואילך.

¹¹⁵ קטז) להבחנה בין שני סוגי החפצים ניתנת ההצדקה, שאם בעל החפץ מסרו לחברו שהיה מסוגל למעול - הרי הוא עצמו אשם, ואפשר אפוא לזכות על חשבונו את המחזיק בתום-לב, אשר אלמלא רשלנות הבעלים, ממילא לא היה מזדמן לו לקנות את החפץ. לעומת זאת, אם נגנב או אבד החפץ, אין הבעלים אשמים, ובסתם אין מן הראוי להעדיף עליהם אפילו את הקונה בתום-לב. ר' **קולין וקפיטן**, א', עמ' 511; **מסיניא**, ב/א, עמ' 328-329. הצדקה נוספת היא שבמקרה הראשון, בדרך-כלל יקל לבעלים לתבוע את המועל, שהם מכירים אותו, מה שאין כן במקרה השני: **פלניול וריפר**, ג', עמ' 364.

¹¹⁶ קיז) בג"ב, סעי' 1032, 1207; צג"ב, סעי' 933. **בצרפת** מכירים בכלל האמור לגבי **משכון**: **פלניול וריפר**, ג', עמ' 382 ואילך, - אך אין מכירים לקונה המשכון זכות לעיכוב החפץ **הגנוב או האבוד** כנגד בעל החפץ: שם, עמ' 394.

הריהי דווקא החזקה ישירה או באמצעותו של שלישי, אבל אין מספיקה החזקה באמצעות המקנה בעצמו¹¹⁷. היתה הזכייה בלי תמורה, חייב הזוכה בתשלום הערך לבעלים¹¹⁸.

6. ההחזקה כגורם לזכייה בפירות וזיקת אחריות לבעלים

עוד תוצאה של ההחזקה הכרוכה בתום-לב היא, שהמחזיק המאמין בתום-לב כי יש לו בחפץ זכות-בעלות או "זכות ריאלית" לפירות, זוכה בפירות באמת, אף כשאת החפץ עצמו צריך הוא להחזיר - כפי שיקרה בעיקר כשמדובר **במקרקעין**. הזכייה, לפי גדרי הדין **בצרפת**, מתפשטת הן על הפירות הבאים מן הגוף (fruits naturels) הן על הפירות הבאים מעלמא (fruits civils), אבל רק במידה שהמחזיק "אוכל אותם" למעשה, כלומר שהוא מקבל אותם באופן מופרד להחזקתו או גובה אותם - ותום-הלב צריך להתקיים בשעת האכילה¹¹⁹. מעבר לדין הפירות, אחריות המחזיק בתום-לב (היינו הרואה עצמו בתום-לב-כבעלים) היא יותר חמורה, כי אף-על-פי שאין הוא אחראי על כל נזק או פחת כשלעצמו, חייב הוא על-כל-פנים להעביר לבעלים האמיתיים כל התעשרות בגינו של החפץ הנמצאת במכלול רכשו בשעה שנתבע הוא להחזיר את החפץ; מכר האיש את החפץ, חייב הוא להחזיר את המחיר^{120 121}.

[31]] מצד שני, המחזיק **בשרירות-לב** חייב להחזיר לא רק את כל הפירות שאכל, אלא חייב הוא לשלם גם את ערך הפירות שלא הפיק ואשר יכול היה להפיק לו נהג בשקידה נאותה¹²². **בגרמניה** נכללות האחריות לפירות גם חובה של שכר בעד עצם השימוש בחפץ¹²³. אשר לאחריות הכללית, אחראי המחזיק **בצרפת ובאיטליה** אף **לאונסים**, ואם ניזוק החפץ יש לבעלים ברירה אם לעמוד על

¹¹⁷ קיח) בג"ב, סעי' 933, 934; **מסיניאו**, ב/א, עמ' 323.

¹¹⁸ קיט) בג"ב, סעי' 816; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 2038.

¹¹⁹ (כ) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 183 ואילך; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 1148 רישא; בג"ב, סעי' 955, 993; צג"ב, סעי' 938. **באיטליה** זוכה המחזיק בפירות הבאים מעלמא משעה שהבשילו ואף אם לא גבאם; בפירות הבאים מן הגוף זוכה המחזיק **באיטליה ובגרמניה** אף אם מופרדים ומוחזקים הם בידו של אחר. ביחס לגרמניה ר' גם סייג לדברים בסוף הערה קכ"ב להלן.

¹²⁰ (קבא) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1379, 1380; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 2037, 2038; בג"ב, סעי' 993, 816; צג"ב, סעי' 938; חוק החיובים השוייצרי, סעי' 62 ואילך, ור' **רוסל ומנתא**, ג', עמ' 303-304.

¹²¹ (קב) לאור הדין הזה, מחוויר במקצת הטעם הניתן לזיכוי **הגמור** של המחזיק **בפירות**: לפי **פלניול וריפר**, ג', עמ' 184, זוכה המחזיק בפירות "משום שמניחים כי הוא אכל אותם הלוך ואכול. החזרת ההכנסות המצטברות של מספר שנים היתה מביאה עליו הרס... עומדים אנו למעשה נוכח שני אנשים: האחד, הבעלים, התרשל בעזבו את החפץ שלו בידיו של אחר; השני, המחזיק, אין לו מאומה על מצפונו; טבעי אפוא, "שאם יש לסבול הפסד, נקריב את הבעלים. הפטור מחובת החזרה נקבע אם כן אך ורק כדי למנוע את המחזיק מהתרוששות". **בגרמניה**, אם ההחזקה באה למחזיק שלא בתמורה, משתווה אמנם דין הפירות לדין האחריות הכללי, והמחזיק חייב להחזיר גם את הפירות, במידה שהוא נמצא עוד מתעשר על-ידיהם: בג"ב, סעי' 988.

¹²² (קב) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 183; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 1148 סיפא; בג"ב, סעי' 987, 990; צג"ב, סעי' 940.

¹²³ (קב) **וולף-רייזר**, עמ' 330.

החזקת החפץ בעין בתוספת פיצוי על הנזק או לדרוש את תמורת החפץ כלו. כן יש לבעלים זכות ביחס לריווח שהמחזיק הרוויח על-ידי מכירת החפץ שלא כדין.¹²⁴ **בגרמניה**, אם תחילת ההחזקה איננה ב"תקיפה אסורה" או במעשה פלילי, אין המחזיק אחראי לאונסים, כי אם רק **לפשעה**, והוא הדין **בשווייצריה**, כשהמחזיק אינו יודע למי עליו להחזיר את החפץ.¹²⁵ [[32]]

7. ההחזקה כגורם בזכות להחזרת הוצאות וכבסיס ל"זכות-עיכוב" או זכות-פדיון

המשמעות החמישית ברשימת התוצאות הנוספות שאפשר למצוא בדיני הפוססיה ביבשת אירופה הריהי בזכות המחזיק כנגד בעל החפץ **להחזרת הוצאות** שהוציא המחזיק בגינו של החפץ, כל זמן שנשאר החפץ בהחזקתו.¹²⁶ זהו לכאורה הצד השני, המשלים, של **אחריות** המחזיק, שעליה עמדנו לעיל, אך באמת מסתבר כי יש להבחין: שאלת האחריות מתקשרת אמנם באופן מהותי לעניין ההחזקה, כי לא יעלה על הדעת שמישהו יהא אחראי לשלמותו של החפץ - מעבר לגרימת נזק על-ידי עצמו במישרין - אם לא קיבל את החפץ לשלוט בו כלו כמחזיק; ואילו המחזיק, שקיבל את החפץ לשליטתו - אמנם נראה הדבר טבעי בעינינו, שבעל החפץ יוכל לדרוש ממנו גם אחריות **לשמירה**, כדי למנוע את הזק החפץ לא רק על-ידי המחזיק בעצמו, אלא גם על-ידי נזק שיבוא מעלמא. לעומת זאת, אשר להחזרת הוצאות - הרי גם אדם שאינו מחזיק, יתכן שיוציא הוצאות על חפץ הזולת בלי שהוזמן לכך, ובעיית ההחזרה צריכה להיפתר אפוא במסגרת רחבה יותר, שתכלול את הוצאות המחזיק והוצאותיו של מיטיב אחר כאחד. מסגרת כזאת נמצאת לכאורה ביבשת אירופה בדיני היורד לעסקי זולתו שלא ברשות (negotiorum gestor) ודיני ההתעשרות שלא כדין;¹²⁷ אך למעשה אין מסגרת זו מספיקה, כי דיני היורד לעסקי זולתו מתייחסים כאן דווקא לירידה על דרך **נציגות** - להבדיל מירידה לנכסים בעלמא, - ואילו דיני ההתעשרות שלא כדין מתייחסים דווקא להתעשרות **קיימת**, הנשארת מיוצגת ברכוש המתעשר, ואינם מתייחסים לפיצוי על ההנאה שבינתיים כלתה.¹²⁸ לכן באים כאן הדברים להשלמה בהקשרים שונים, וחלק מן ההשלמה נופל אמנם בקשר למושג ההחזקה¹²⁹; אך שוב, הדברים בתחום זה הם אמנם חלקיים וחסרי כל עקרון מיוחד¹³⁰, וניתוחם הממצה יוציאנו [[33]] אפוא הרחק מעבר לתחומי הנושא שאנו עוסקים בו. על אחת כמה וכמה כך לאור העובדה, שבאמת - יותר מששייך העניין ליחסים

¹²⁴ (כח) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1379; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 2037, 2038.

¹²⁵ (כז) בג"ב, סעי' 989, 990, 992; צג"ב, סעי' 940.

¹²⁶ (כז) **מסיניא**, ב/א, עמ' 214.

¹²⁷ (כח) **קולין וקפיטון**, ב', עמ' 196 ואילך, 205 ואילך; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 2028 ואילך, 2041-2042; בג"ב, סעי' 677 ואילך, 812 ואילך; חוק החיובים השווייצרי, סעי' 62 ואילך, 419 ואילך.

¹²⁸ (כט) השווה, לעומת זאת, **בדיני ישראל**, הכלל 'זה נהנה וזה חסר' - חייב' (בבא קמא כ' א' ואילך), שאליו יש לקשור את כל התפתחות-הדברים בענייננו.

¹²⁹ (קל) ר', למשל, **פלניול וריפר**, ג', עמ' 264 ואילך; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 1149 ואילך; בג"ב, סעי' 994 ואילך; צג"ב, סעי' 940, 939.

¹³⁰ (קלא) ר', למשל, בספר החוקים האיטלקי, שמלבד דיני החזרת ההוצאות בפרק על הפוססיה (סעי' 1149 ואילך) יש גם דיני החזרת הוצאות, העשויים להועיל למחזיק, בפרק על הבעלות (סעי' 936 ואילך); וכן בבג"ב, בנוסף על הסעיפים הנזכרים בהערה קכ"ח - סעי' 951; בצג"ב - סעי' 671 ואילך. בצרפת, השווה **פלניול וריפר**, ג', עמ' 278-279.

האישיים בין "מחזיק" ו"בעל החפץ" הריהו משלים את **דיני הקניין בחפצים** מתחברים. מנקודת-הראות של המשפט העברי ניתן לומר כי העניין הוא עניין של **שילוב בין דיני הקניין בחפצים מתחברים והכלל של "זה נהנה וזה חסר - חייב"**, בעוד שמוסד ההחזקה באשר הוא עשוי כאן להיות מעורב רק באופן צדדי ומשני לחלוטין (למשל בקשר לשאלה מי יהא זכאי להחזיק בחיבור-החפצים, כל זמן שהפיצוי המגיע לאחד הבעלים לא שולם) - ובהתאם לכך נפסח כאן על העניין בכללו ונשאירנו לדיון מיוחד.

מה שהזכרנו לאחרונה, שזכות ההחזקה יכולה להינתק לתביעה של תשלום, מביא אותנו שוב למשמעות אפשרית נוספת של הפוססיה, שהחפץ המוחזק יכול בתנאים שונים להיהפך **לערוכה** ביד המחזיק, מכוח עצם עובדת ההחזקה¹³¹; אך משמעות זו גם-כן יכולה להתברר באופן הטוב ביותר לאו דווקא במסגרת דיני ההחזקה, כי אם במסגרת דיני החיובים או המשכון - ולא נוסיף להתעכב עליה כאן.

משמעות מיוחדת של הפוססיה, הנזכרת בגרמניה, היא הזכות הניתנת למחזיק לפדות את החפץ מתפיסה לטובת נושה-הבעלים, על-ידי סילוק החוב שבגינו יש לנושה זכות של ירידה לנכסים¹³².

8. העברת ההחזקה כגורם בהקנאה

ושוב, עוד משמעות אחת של הפוססיה - או, ביתר דיוק, של "ההחזקה הפוססורית" - אשר גם המקום המתאים לבירורה, כשלעצמה, אינו דווקא בדיני ההחזקה, כי אם בדיני הקניין, מוצאים אנו בחשיבות העברת ההחזקה לגבי העברתה או העמדתה של הזכות להחזיק¹³³; אולם כאן, בלעדי בירור זה, תיעלמנה מאתנו כמה הקבלות חשובות לבעיות מהותיות של ההחזקה **במשפט העברי** - ולפיכך בכל-זאת נתעכב על המשמעויות האמורות בסקירה זו.

[34]] לשם כך נחזור קודם-כל למה שכבר הזכרנו לעיל, שהמחזיק-הפוססור (או המחזיק-לעצמו) יכול להיהפך למחזיק-דטנטור, או למחזיק-לזולתו, אם יסכים על כך עם הזולת¹³⁴. והנה, הסכם כזה יכול להיערך במסגרת של **חוזה-החזקה** מסוים, למשל חוזה שמירה, חוזה שכירות וכו' - ואז נקרא הסדר ההחזקה *constitutum possessorium concretum*, וחיובי החוזה הם הקובעים את היחס ההדדי בין הדטנטור והפוססור, בין "המחזיק התחתון" ו"המחזיק העליון". אם נערך ההסכם שלא במסגרת של חוזה מוגדר כלשהו, קרוי ההסדר *constitutum possessorium abstractum*, ובין שתי דרגות המחזיקים אין נוצר שום קשר הדדי בכלל: "המחזיק העליון" או

¹³¹ קלב בג"ב, סעי' 273; ספר החוקים המסחר הגרמני (*Handelsgesetzbuch*) סעי' 369-372; צג"ב, סעי' 895 ואילך; **קולין וקפיטון**, ב', עמ' 512 ואילך; **מסיניאוו**, ג', עמ' 216 ואילך. המוסד נקרא "זכות עיכוב" (*zurückbehaltungsrecht, droit de retention*). השווה במשפט האנגלי *possessory lien* - **גודיב**, עמ' 72 ואילך; **בדיני ישראל** - למשל - שו"ע חו"מ סי' ד', ק"ה וש"ו סעי' א'.

¹³² קלב בג"ב, סעי' 268.

¹³³ קלד (**היילפרון**), ג', עמ' 32.

¹³⁴ קלה) ביחס לצרפת ואיטליה, ר' הערה ל"ו.

הפוססור נהנה אמנם מהחזקת המחזיק-בפועל לעניין דיני ההתישנות או התביעות הפוססוריות, אבל מעבר לכך אין שום אחריות מצד המחזיק-בפועל כלפי האיש שבשבילו הוא מחזיק ואין הוא כפוף לו גם בשום אופן אחר, כשם שאין הוא זוכה גם בשום זכויות מסוימות כנגדו. את ה- *constitutum possessorium abstractum* אין אנו מוצאים למעשה אף פעם בצורה של הסכם מפורש לעצמו - ויש אפילו כופרים בעצם האפשרות של הסכם שכזה שייערך במכוון; אך נוצר הוא **ממילא** כשהמחזיק-בפועל מעביר את הזכות הפוססורית שעל-פיה הוא מחזיק, ועם זאת אין הוא מעביר למקבל-הזכות את ההחזקה הישירה בחפץ. תוצאה זו היא נכונה בהכרח **בצרפת ובאיטליה**, כי שם תלויה ההבחנה בין "הפוססור" ו"הדטנטור" במבחן אובייקטיבי של כוונות הצדדים: משהעביר המחזיק את זכותו הריאלית לאחר - ממילא משמע שעל-ידי המשך החזקתו אין הוא מתכוון לממש זכות ריאלית לעצמו, ובכך הוא מאבד את הפוססיה שלו ונהפך לדטנטור, ובעזרת שיקול מקביל נמצא מקבל-הזכות פוססור על גביו. לעומת זאת, לפי הגישה **הגרמנית**, השאלה היא יותר קשה, כי כדי שייחשב כאן אדם כ"מקשר-החזקה" לזולתו, נחוץ שההחזקה הישירה תהיה דווקא **מכוח** המחזיק העקיף על-פי יחס משפטי מוגדר ביניהם, - ויתכן שאדם יחזיק חפץ מתוך כוונה להועיל לזולתו, בלי שההחזקה תהא למעשה מכוח אותו הזולת. דוגמה לכך מוצאים אנו, למשל, במקרה של **מוצא אבדה** - ומוצא שכזה, גם כשיועד הוא מי בעל החפץ, ומתכוון להחזיר לו, אינו מוכר בשיטה הגרמנית כ"מקשר החזקה", העושה את בעל החפץ "למחזיק עקיף" באמצעותו. יוצא אפוא כי לפי השיטה הגרמנית יתכן ניתוק גמור בין הזכות בחפץ לבין ההחזקה בו, גם כשהמחזיק-בפועל אינו מתכוון כלל לניתוק שכזה, אלא אדרבה¹³⁵ - ומסתבר כי ניתוק כזה נוצר גם כשהמחזיק-בפועל מעביר את זכותו הפוססורית ואילו ההחזקה המעשית נשארת באופן בלתי מוגדר בידו, כהמשך פשוט להחזקתו שמקודם¹³⁶.

[35]] אולם, גם על-פי השיטה המקובלת **בצרפת ובאיטליה** - אף-על-פי שלא יתכן שם ניתוק בין הזכות בחפץ לבין זיקת-ההחזקה בו, כשהחפץ מוחזק למעשה לשם הזכאי - מכל-מקום גם שם אין הדעת נחה בקשר-החזקה "מופשט-בלבד" בין הפוססור והדטנטור; וכל אימת שעוסק הדין בהעברתה (או העמדתה) של זכות המתפשטת על ההחזקה בחפץ, הרי או שקובע הוא את מסירת החפץ להחזקת המקבל, במישרין או בהשלשה, כיסוד מהותי או צורני בעצם העברתה של הזכות (כמו, למשל, בחוזה של משכון¹³⁷) - או שעל-כל-פנים מצרף הוא להעברת הזכות, המתבצעת בהסכם שבעל-פה או בכתב, את התביעה מצד המקבל למעביר, **שימסור** לו את החפץ להחזקה ישירה או לפחות בדטנציה **מוגדרת**. כך הוא ביחוד בהעברת הבעלות על-פי חוזה של מכר - וכל עוד שהמסירה אינה מתקיימת כאן כדרוש, נשארת ההעברה כפופה לדיני אחריות מיוחדים, החלים על

¹³⁵ קלו) מעמדו של המחזיק במקרה כזה הוא מיוחד במינו: אין הוא "מחזיק לעצמו" - או *eigenbesitzer* - במובן סעי' 872 של הבג"ב, ומשמע כי הוא *freundbesitzer*, או מחזיק-לזולת, ועם זאת אין מעליו "מחזיק עליון", או *oberbesitzer*, שבשבילו הוא מחזיק.

¹³⁶ קלו) על-פי **וינדשייד**, א', עמ' 447-448; **דרנבורג**, א', עמ' 428; **וולף-רייזר**, עמ' 32 ו-242; **מסיניאן**, א/ב, עמ' 204, ג', עמ' 644; **היילפרון**, ג', עמ' 40-41; **פלנדט** על סעי' 868 של הבג"ב, סוף הערה 2a ו-2cc.

¹³⁷ קלח) **פלניול וריפר**, י"ב, עמ' 94 ואילך; **מסיניאן**, ג', עמ' 104 ואילך ועמ' 580.

הצדדים מסתמא, **מכוח חוזה ההעברה של הזכות**¹³⁸. למעשה אף משמיטה הסיפורת המשפטית את "הדטנציה המופשטת" מן התודעה המושגית של מערכת הפוססיה בכלל, - וכל אימת שמדובר בה על "מסירה" או "העברת הפוססיה" נשאר ה-constitutum possessorium abstractum מעבר למשמעות הדברים, באופן כל-כך טבעי ומוכן מאליו, עד שכביכול בלתי-אפשרי היה לחשוב כלל אחרת. על אחת כמה וכמה אפוא במסגרת השיטה **הגרמנית**, שכאן **באמת** לא תיתכן העברת-החזקה בדרך של "קישור-החזקה מופשט" בעלמא - וכך מוצאים אנו בכל השיטות הנסקרות גם יחד הבחנה חתוכה בין גורם העברת הזכות לגורם העברת החזקה, או "**המסירה**", כל אימת שעוסקות הן בהעברת זכות המתפשטת על החזקה ושאינן נדרשת בה מסירה לשם עצם העברתה של הזכות¹³⁹.

[[36]] **בגרמניה ובשווייצריה** משתמרת ההבחנה הזאת רק בהעברת זכויות במקרקעין ובספינות¹⁴⁰ ובהעברת זכויות הנחשבות כ"פרסונליות" בלבד. בהעברה **זכויות "ריאליות" במיטלטלין** (מלבד ספינות) יש לפעולה תוקף רק באמצעות "מסירה" במוכן שאמרנו - אם כי בגרמניה יש גם בזה יוצא-מן-הכלל, כשהחפץ נמצא מלכתחילה בידו של שלישי, שאיננו "מקשר-החזקה" למעביר, שאז עוברת הזכות על-ידי העברת התביעה שיש למעביר כנגד השלישי (בדומה לאופן **המסירה** או העברת-החזקה, כשהחפץ נמצא מלכתחילה בידו של "מקשר-החזקה")¹⁴¹.

9. ההחזקה כגורם בזכייה מן ההפקר ואבדן החזקה כגורם לאבדן הקניין

אם קבלת החזקה נחשבה באירופה רק **לפעמים** כאמצעי נחוץ לקבלת הזכות-להחזיק בהעברה מן הזולת, הרי בזכייה מן ההפקר - קבלת החזקה היא האמצעי הדרוש תמיד (או כמעט תמיד)¹⁴². אולם, דיני ההפקר, בדרך-כלל, חורגים מנושא דיוננו, ולא נתעכב עליהם כאן.

[[37]] מצד שני, יכולה החזקה לשמש גם גורם **באבדן** הקניין - על-ידי אבדנה. **בגרמניה ובשווייצריה** אובד הקניין בבעלי חיים פראיים, אם חזרו לחירותם, ואילו הקניין בבעלי-חיים מבויתים אובד אם יוצאים הם מהחזקת בעליהם תוך חדלון הרגלם לחזור למקומם¹⁴³. **בצרפת ובאיטליה** אובד הקניין ביונים, בשפנים ובדגים המצטרפים לשובד, לשפניה או לבריכת דגים של הזולת, באשר הלה זוכה בהם תוך כדי כך לעצמו - אלא אם נמשכו בעלי-החי בתחבולה של

¹³⁸ קלט) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1604 ואילך; **פלניול וריפר**, י', עמ' 76; **מסיניא**, ג', עמ' 644 ואילך.

¹³⁹ קמ) ביחס לגרמניה ושווייצריה, ר' למשל בג"ב, סעי' 433 ואילך; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 413; חוק החיובים השווייצרי, סעי' 184 ואילך.

¹⁴⁰ קמא) במקרקעין עוברת כאן הזכות דווקא על-ידי רישום בספרים המתאימים: בג"ב סעי' 925 ואילך; צג"ב סעי' 971. ביחס לספינות, ר' בג"ב סעי' 929' וחוק הספינות הגרמני מ-1940.

¹⁴¹ קמב) בג"ב, סעי' 929 ואילך, 1032, 1205; צג"ב, סעי' 714, 746, 884.

¹⁴² קמג) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 601; ספר החוקים האזרחי האיטלקי, סעי' 923; בג"ב, סעי' 958; צג"ב, סעי' 656, 658, 718. **בגרמניה** זוכה אוצר המדינה במקרקע של הפקר אפילו בלי קבלת החזקה - על-ידי עצם רישום הזכייה בספרי האחוזה: בג"ב, סעי' 928.

¹⁴³ קמד) בג"ב, סעי' 960, 961; צג"ב, סעי' 719.

מרמה¹⁴⁴. **בצרפת, בגרמניה ובשווייצריה** עובר הקניין בדבורים, אם נצטרפו לכוורת של הזולת¹⁴⁵.
אבדן ההחזקה, מרצון (על-ידי זניחה) או מאונס, נחוץ גם כתנאי הכרחי להשלמת **הפקרה**, כלומר
הסתלקות רצונית מן הבעלות¹⁴⁶. [[38]]

¹⁴⁴ קמה) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 257; ספר החוקים האזרחי האיטלקי סע' 926.

¹⁴⁵ קמו) **פלניול וריפר**, ג', עמ' 257-258; בג"ב, סע' 964; צג"ב, סע' 725 סיפא.

¹⁴⁶ קמז) **וולף-רייזר**, עמ' 289-290; **רוסל ומנתא**, ב', עמ' 424.

פרק ב': ההחזקה במשפט האנגלי

א. זכות-ההחזקה כממלאת מקום הבעלות

במשפט האנגלי אין לנו תורה מסוכמת ומחייבת בענייני החזקה, ואנו לא נפליג כאן למחקר ממצה משלנו בנידון. נסתפק בציון הנקודות הבולטות ביותר בדברי הפרשנים המקובלים, ואף זה רק במידה שעשויים הם להיות חשובים להשלמת הרקע ההשוואתי להבנת ההחזקה **בדיני ישראל**.

כנקודת-מוצא לתיאור הדברים תשמש לנו העובדה שעיקר משמעות ההחזקה במשפט האנגלי איננו דווקא בהגנה על מצב עובדתי באשר הוא - כמו ביבשת אירופה - אלא עיקר המשמעות הוא בכך, שבאנגליה משמשת זכות-ההחזקה, לפחות מבחינה נוהלית, **כממלאת-המקום הפונקציונלית של הבעלות**. ביחס למקרקעין בא הדבר לביטוי בדברי הפרשן צ'סיר לאמור: "בניתוח היחס בין ה-tenant¹⁴⁷ לקרקע הפנה הקומון-לו את תשומת-לבו לא אל הבעלות, כי אם להחזקה, או כפי שקוראים לזו במקרקעין - ל-seisin. במקום לטפל בשאלה המופשטת של הבעלות, פיתחו בתי-המשפט מערכת כללים שהגנו על ה-seisin של ה-tenant. במידה שאמורים הדברים במקרקעין לא היה קיים משפט בעלות כי אם רק משפט החזקה"¹⁴⁸. את ההתגשמות של גישה זו למעשה מוצאים אנו כיום בדיני תביעת ה-ejectment, המכוונת להוצאת מקרקע מידו של אדם המחזיק במקרקע בניגוד לטענתו של אחר. בתביעה זו, מבחינה עקרונית, אמנם צריך התובע להוכיח את "זכותו", אבל למעשה מתנהל מהלך ההוכחה בדומה למה שראינו באפשרות הדיון הפטיטורי-למחצה והפוסטורי-למחצה ביבשת אירופה¹⁴⁹: ראשית, [[39]] המצב הקיים של ההחזקה הוא ראייה לטובת הנתבע; ראייה זו נסתרת, אם התובע מוכיח החזקה קודמת ומעורר על-ידיה ממילא חזקת-זכות לעצמו; וכדי להתגבר על תוצאה זו צריך שוב הנתבע, מצידו, להוכיח שהחזקתו מבוססת בזכות חיובית משלו, ואין מספיק שיוכיח כי התובע עצמו תפס שלא כדין. הרבנות באנגליה היא, שמהלך-דיון זה אינו נחשב כאן כפתרון בלתי-מושלם בין הארגעה הפוסטורית, הארעית מטבעה, לבין יישוב-הסכסוך באופן סופי על-ידי בירור זכות-הבעלות לאמיתה, עד שרשה, - אלא נחשב הוא כפתרון המובהק, שאין המשפט מכיר מלבדו¹⁵⁰. במיטלטלין, למעשה הוא הדין, כי בכל תביעה להחזרת מיטלטלין (trover or detain, conversion) אין המשפט האנגלי מתעניין בזכות המוחלטת בחפץ, כי אם בהחזקה הקודמת ובשאלה אם יש לנתבע הצדקה נגד התובע, כדי להוסיף ולהחזיק על אף ההחזקה הקודמת של התובע¹⁵¹.

¹⁴⁷ (א) הפירוש הפשוט של המלה tenant הוא "מחזיק", אבל נמנעים אנו מתרגום זה, כי ב"החזקה" מתכוונים אנו בדרך-כלל למעשה עובדתי באשר הוא **עובדה**, בעוד שה-tenant הוא אדם שקיבל **זכות** להחזיק בקרקע, ואף אם אין הוא מחזיק למעשה. הזכות יכולה להיות ממין כלשהו: זכות "ריאלית" או "פרסונלית" ואף הרשאה ארעית, וכדי לציין אדם הזכאי במובן רחב זה אין לנו בשפה העברית שום מונח מיוחד ומקובל.

¹⁴⁸ (ב) צ'סיר, עמ' 28.

¹⁴⁹ (ג) פרק א' סעי' ה/4.

¹⁵⁰ (ד) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 242 ואילך; **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ל"ב, עמ' 370-371.

¹⁵¹ (ה) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 314 ואילך.

גם בתביעות למניעת הפרעה, בין במקרקעין ובין במיטלטלין (trespass, nuisance), האיש המוגן הוא רק **המחזיק**, ואין תביעה לבעל החפץ באשר הוא בעליו, בעוד שאיננו מחזיק¹⁵². סטייה מסוימת יש רק במקרה שמעבר למחזיק בעצמו נפגע גם אדם שמכוחו נמשכת ההחזקה והזכאי להחזרת ההחזקה אליו בתום זמנו של המחזיק-בפועל (היינו מי שיש לו reversionary interest); הפגיעה צריכה כאן להיות כזאת, שהיא תורגש עוד באופן ממשי בעתיד, לכשאמנם תוחזר ההחזקה, או תצטרך להיות מוחזרת, לזכאי, בבוא הזמן - ומשמע שגם במקרה זה, הסטייה על-כל-פנים איננה ממש יוצא-מן-הכלל: זכות התביעה של ה-reversioner איננה בגין עצם ההתערבות בחפץ, אלא בגינה של פגיעה בזכות צדדית כביכול, ואילו זכות זו מצידה, אף היא עצמה אינה מתבטאת אלא ביחס מוכר בין הנפגע למחזיק-בפועל¹⁵³. [[40]]

ב. מערכת מושג ההחזקה

מתוך גישה זו לתפיסת-הדברים, כבר רואים אנו שסתם החזקה באנגליה היא דווקא **החזקה ישירה**. אולם, גם באנגליה אין אנו יכולים להסתפק בתרגום העניין על ידי המושג הפשוט של "החזקה", אלא צריכים אנו לדבוק במושג הטכני המוגדר של "**פוססיה**". קודם-כל, כי גם באנגליה אין העניין מצטמצם בהחזקת חפצים חומריים, אלא מתפשט הוא גם על פוססיה - או קואזי-פוססיה - של **זכויות**. מי שמממש, למשל, את היתרונות של זכות-דרך, מוגן בתנאים מסויסים מפני הפרעה בדומה למי שמחזיק את עצם גוף המקום¹⁵⁴ - ובעקבות זה מסכימים הפרשנים לאחד את החזקת-החפץ ואת מימוש היתרונות של זכות בתפיסה מאוחדת של "פוססיה קורפורלית" מזה ו"פוססיה בלתי קורפורלית" מזה¹⁵⁵. את הפוססיה הבלתי-קורפורלית לפי תפיסת הפרשנים האנגליים אפשר להגדיר כמימוש נמשך ומכוון של יתרונות-זכות, אשר אינם עולים כדי פוססיה קורפורלית¹⁵⁶.

אשר לפוססיה הקורפורלית, מגדיר אותה **סלמונד** כ"מימוש נמשך של טענה לשימוש יחודי בחפץ חמרי"¹⁵⁷. ב"יחודיות" אין סלמונד מתכוון למניעת כל שימוש שהוא מצד אנשים אחרים, כי אם רק למניעת שימוש המתחרה בראשון ברוחב-הקפו: פלוני יכול להיות, למשל, פוססור של קרקע אף-על-פי שמתיר הוא לפלמוני להשתמש בה לדרך. מצד שני, אין הכרח כי הפוססור יטען דווקא לשימוש מלא ובלתי-מותחם, מעשה-בעלים: טענתו יכולה להתיחס לזמן קצוב ולשימוש מוגדר בתוכנו אפילו עד כדי כך שהוא לא יראה זכות לעצמו לעשות בחפץ שום מעשה חיובי, חוץ מלהחזיקו (כגון שהאיש קיבל את החפץ במשכון). יתר-על-כן, האיש אינו חייב אפילו להתכוון בשימוש **לעצמו**: אף המשרת, המתכוון רק להנות את בעל-הבית יוכל לפעמים להיחשב כפוססור.

¹⁵² (ה) **סלמונד**, **נזיקין**, עמ' 227, 251, 273-274, 358, 363.

¹⁵³ (ו) **סלמונד**, **נזיקין**, עמ' 363 ואילך.

¹⁵⁴ (ז) **סלמונד**, **נזיקין**, עמ' 273-274.

¹⁵⁵ (ח) **סלמונד**, עמ' 288; **פייטון**, עמ' 423.

¹⁵⁶ (ט) **סלמונד**, עמ' 288, 309-311; **פייטון**, עמ' 441-442.

¹⁵⁷ (י) **סלמונד**, עמ' 289.

מה שנחוץ הוא רק שתהא על-כל-פנים כוונה למניעת כל שימוש חומרי מצד אחרים בהקף רחב מזה שהאיש מבקש לקיים בעצמו - וזהו יסוד "האנימוס" (animus possidendi), שבלעדיו אין פוססיה קורפורלית במשפט האנגלי¹⁵⁸. תוך כדי כך מגיעים אנו כאן לנקודה השנייה, שבגינה - גם באנגליה - יש מקום להבחין בין החזקת-חפץ במובן הפיסי גרידא לבין הפוססיה של החפץ במובן משפטי: כי על המשרת שקיבל חפץ בשביל בעל-הבית ועדיין לא העמידו לרשותו - אומרים אמנם שהוא פוססור, אף-על-פי שהוא מחזיק לזולת, אבל אם כבר העמיד את החפץ לרשות בעל-הבית או שמלכתחילה לא קיבלו אלא ממנו - אין המשרת נחשב כפוססור, אף-על-פי שהחזקה נשאת למעשה בידו, ורק בעל-הבית נחשב כפוססור¹⁵⁹.

[41]] עניין זה מעביר אותנו מבעיית "האנימוס" לבעיית "הקורפוס", שגם הפרשנים האנגליים קוראים כך לגורם של **מימוש האנימוס בפועל**, הדרוש להשלמת הפוססיה. מתוך האמור יוצא כי במקרה של בעל-בית ומשרת (master and servant) יכול הקורפוס להתגשם אפילו שלא על-ידי החזקה ישירה, כי אם עקיפה. אשר לעצם תוכנו של "הקורפוס" - מסביר **סלמונד** כי התוכן הזה מופיע "כאשר החפץ נמצא ביחס לאנשים אחרים במצב כזה, שהפוססור יכול לבטוח כי טענתו לגבי החפץ תכובד והריהו מוכן אפוא להניחו במקומו". לאחר מכן, משנתקיים פעם מצב כזה, שוב אין ההחזקה והפוססיה אובדות אפילו כששודדים משתוללים בבית והפוססור עצמו הוא במקום אחר - עד שמימוש הטענה לא יהא אפשרי עוד באופן סופי ומוחלט¹⁶⁰. במה שנוגע לקואזי-פוססיה, אין הקורפוס מתקיים בה בצורה מספיקה אלא על-ידי מימוש יתרונות הזכות באופן מתמיד בפועל: התמיד הפוססור **באי-מימוש**, מאבד הוא את הפוססיה אפילו כששום דבר אינו מונע את המימוש, ואף אם האנימוס נשאר בעינו¹⁶¹.

אלה הם גדרי מערכת מושג ההחזקה והפוססיה המקובלים כנראה כנכונים על דעת הכל. אולם, מעבר לזה מתחילה ערבוביה מסוימת הנותנת מקום למחלוקת. על אף מה שאמרנו יש לפעמים שהתביעה להחזרת החפץ או למניעת הפרעה בו עומדת לא רק למי שהוא פוססור לפי מה שהגדרנו, אלא גם ל-reversioner, באשר גם הוא מוכר כפוססור במקביל - כגון במקרה של החזקה על פי זכות העומדת לסיום בכל עת¹⁶². כמו-כן, קשורות במושג הפוססיה לא רק התוצאות שמנינו לעיל: קשורים בו, למשל, גם יתרונות **ההתישנות** - ולהתישנות יכול לטעון לא רק מי שהוא הפוססור לפי מה שהגדרנו, אלא גם אדם אחר שאותו פוססור בא מכוחו, כמו במקרה של שוכר ומשכיר¹⁶³.

כדי להסביר את התופעות האלה וכיוצא בהן מכיר **סלמונד** גם בתחום המשפט האנגלי לא רק בהבחנה שהזכרנו לעיל, בין מחזיק-בפועל שאיננו פוססור לבין פוססור, שאיננו מחזיק במישרין כי

¹⁵⁸ יא) **סלמונד**, עמ' 290 ואילך, והשווה **פייטון**, עמ' 427-428.

¹⁵⁹ יב) **פייטון**, עמ' 438.

¹⁶⁰ יג) **סלמונד**, עמ' 293 ואילך.

¹⁶¹ יד) **סלמונד**, עמ' 309.

¹⁶² טו) **פייטון** עמ' 440.

¹⁶³ טז) **פייטון** עמ' 441.

אם באמצעותו של הלה - אלא מכיר הוא גם בשיטה שלמה של פוססיה ישירה ועקיפה. לדעתו יש שלשה סוגים של פוססיה עקיפה. הסוג הראשון הוא זה שאמרנו, שבו האדם המממש את הקורפוס בפועל איננו פוססור במובן המשפטי בכלל, באשר הוא פועל רק בשביל זולתו ובלי שום עניין עצמי משלו, כגון משרת או סוכן. בסוג השני יש למי שמממש את הקורפוס בפועל גם עניין עצמי משלו בדבר, אבל על-כל-פנים פועל הוא מכוח זולתו ומוכן להחזיר לו את המעמד הישיר לפי דרישתו בכל עת. כאן שני הצדדים הם פוססורים, וכזה הוא המצב, למשל, בין שואל ומשאל או - לפעמים - בין [[42]] משכיר ושוכר. בסוג השלישי, מי שמממש את הקורפוס בפועל אינו מוכן להסתלק מן המעמד הישיר עד שיתקיים תנאי כלשהו או יעבור זמן מסוים, אבל על-כל-פנים טענתו הפוססורית מוגבלת היא על-ידי אותו תנאי, ומעבר לכך מכיר הוא בזכות זולתו ופועל רק מכוחו¹⁶⁴. **פייטון**, לעומת זאת, מעדיף להכיר באפשרות עקרונית של פוססיה רק במקף של דרגה **אחת**, ולו גם בכפוף למה שהוא קורא "אנומליות". את פעולת ההתישנות לטובתו של אדם שאיננו מחזיק את החפץ במישרין או באמצעותו של "משרת" בעלמא מסביר הוא בכך, שהרקע להתישנות איננו כאן החזקת החפץ, כי אם הקואזי-פוססיה של הזכות המתהווה - וקואזי-פוססיה זו, אמנם היא ישירה ולא עקיפה. לפי זה יוצא כי פייטון רואה את הקורפוס של הקואזי-פוססיה לאו דווקא ביתרונות המופקים על-כל-פנים על-ידי המחזיק **הישיר** של החפץ (כפי שתופסים את הדבר בשיטות הרומניסטיות), כי אם רק בעצם היחס המתקיים בין המחזיק הישיר לבין הקואזי-פוססור. הקושי הוא שיחסים אלה עשויים להיות מופשטים לחלוטין ותלויים רק באנימוס של הצדדים, ללא כל גילוי חיצוני במשך התקופה שבה אמורה ההתישנות להתקדם¹⁶⁵.

מסביב לגרעין זה של הדברים מקובלת בספרות המשפטית האנגלית ערבוביה של מונחים, החוזרת והופכת למעשה את כל מערכת מושג ההחזקה למבוך, שכל אחד רשאי לנסות ולמצוא בו את החוט המקשר כדרכו. קודם-כל, מתוך חוסר-החפיפה הנוצר בין ההחזקה במובן הפיסי לבין ההחזקה במובן המשפטי, יש שמגיעים להבחנה בין legal possession - היינו "פוססיה משפטית" - לבין possession סתם, detention או custody, האמורות לציין החזקה שאיננה מוכרת¹⁶⁶. פייטון, מצידו, מעדיף לזהות את ה-possession "לפוססיה משפטית"; את ההחזקה הגמורה שאיננה מוכרת משום-מה כפוססייה, כגון החזקת המשרת, קורא הוא custody ; detention היא אצלו "החזקה מפוקפקת", כגון החזקתו של קונה בחפץ בחנות, לצורך בדיקה, לפני השלמת המיקה. כן מזכיר הוא את המונח המקובל constructive possession, שיש מבינים בו **החזקה עקיפה**, או פוססיה המיוחסת לאדם שחדל להחזיק בחפץ שהחזיק בו ושאדם אחד לא תפסו לעצמו, או את זיקתו של אדם שאינו מחזיק בחפץ למעשה, אך הזכאי להחזיק בו¹⁶⁷. הבחנה נוספת, שהוכרה

¹⁶⁴ יז) **סלמונד**, עמ' 500 ואילך. באשר לסוג הראשון מסתבר שהתיאור המובא כאן מפי סלמונד אינו ממצה. גם **המורשה הארעי** (bare licensee), אף-על-פי שיש לו עניין עצמי במימוש הקורפוס, מעמדו הפוססורי הוא למעשה כמשרת: ר' **סלמונד**, **נזיקין**, עמ' 275 ואילך.

¹⁶⁵ יח) **פייטון**, עמ' 437 ואילך.

¹⁶⁶ יט) **סלמונד**, עמ' 286.

¹⁶⁷ כ) **פייטון**, עמ' 425-426.

כבעלת משמעות רבה על-ידי בית-המשפט אך שקשה מכל-מקום לעמוד על גדריה, נמצאת גם בין occupation-ו¹⁶⁸.

על המשמעויות הנלוות של ההחזקה במשפט האנגלי לא נעמוד כאן בסקירה רצופה, אחר שהדבר מחייב היה מחקר מקורי של תורת ההחזקה [[43]] האנגלית - דבר שאינו מענייננו. אף-על-פי-כן נחזור עוד ונכיר את הנושא בעקיפין, בסקירה בלתי-מאוחדת, תוך הערות-ההשוואה שתהיינה צמודות למהלך מחקרנו במשפט העברי. [[44]]

¹⁶⁸ כא) פייטון, עמ' 439; והשווה מילונו של סטראוד, בערך occupation, ביחוד סי' 5.

פרק ג': מערכת מושג ההחזקה בדיני ישראל

א. המשמעויות השונות של המונח "חזקה"

עניין ההחזקה בדיני ישראל מסתבך במקורותינו בסבוך של מונחים מתנגשים ומעורבבי-משמעות שאינם על-כל-פנים קל יותר ממה שראינו באנגליה וביבשת אירופה; אבל תוכן הדברים ניתן להסתכם באופן חד-משמעי למדי, וכדי להגיע לכך ננסה תחילה להבדיל בין המשמעויות השונות של המונח היסודי ביותר בענייננו, הוא מונח החזקה.

עיקרה של מלה זו הוא החזקת חפץ¹⁶⁹, ולציונו של מובן זה - שהוא בעצם עיקר הנושא של חיבור זה - נשתמש להלן רק במונח המוחלף החזקה.

לאחר מכן, אחת המשמעויות החשובות ביותר של ההחזקה הריהי בכך שיוצרת היא את ההנחה בדבר קיום הזכות הנטענת להצדקתה, כפי שנראה להלן - ובהתאם לזה באה ה"חזקה" לציין גם הנחה, או מה שנקרא בלע"ז praesumptio¹⁷⁰. להלן נשתמש במונח "חזקה", סתם, רק לציונו של מובן נגזר זה.

אולם, אף בשלב מוקדם יותר - בהמשך מדימוי ההתדבקות שבהחזקת חפץ - בא השורש "חזק" לציין גם התדבקות לאו דווקא לשליטה בחפץ כי אם לנוהג כלשהו, כגון "מחזיק בתומתו"¹⁷¹ או "כל מצווה שהחזיקו בה כותים"¹⁷²; מכאן התפתחו ביטויים שיש בהם כדי לזהות ממש את הפעלים [[45]] "להחזיק" ו"לנהוג", כגון "הוחזקו להיות גומרין כל הפרשה"¹⁷³, "החזיק לעשות מלאכת דם"¹⁷⁴ או "החזיק בנזק שאין לו חזקה"¹⁷⁵ - וכך נמצא לכאורה דמיון מרובה בין מושג ההחזקה או ה"חזקה" לבין מושג ה"קואזי-פוססיה" בשיטות המשפט של אירופה. אך בנקודה זו יש לדייק היטב ולהבחין: ב"קואזי-פוססיה" מתקיימת כביכול הפוססיה - או ההחזקה - בזכות שהיתה יכולה להצדיק את הנוהג; לעומת זאת בשימוש הלשוני העברי מתקיימת ה"החזקה" בנוהג עצמו, ואין לנו כאן אפוא מושג משפטי, אלא ביטוי מושאל גרידא, העשוי לשמש גם בשפת הדיוטות. ההחזקה במובן זה, תוצאותיה המשפטיות בדיני ישראל - בדרך-כלל גם שונות הן מן

¹⁶⁹ (א) למשל, "נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה" (משנה קדושין פ"א מ"ה), או "הבתים... - חזקתן שלש שנים מיום ליום" (משנה בבא בתרא פ"ג מ"א).

¹⁷⁰ (ב) למשל, "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה" (כלומר כל החזקה שיש בה כדי להיות הנחה בדבר קיום זכות, אינה על-כל-פנים הנחה כזאת אם אין עמה טענה מתאימה - משנה בבא בתרא פ"ג מ"ג), או "חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו" (בבא מציעא ג' א').

¹⁷¹ (ד) איוב ב' ג'.

¹⁷² (ה) ברכות מ"ז ב'.

¹⁷³ (ו) משנה יבמות פ"ב מ"ו.

¹⁷⁴ (ז) פ"א מהל' שכנים הל' ה'.

¹⁷⁵ (ח) שם, הל' ז'. פירוש הדברים: קיים נוהג של גרימת נזק בעניין שאינו מביא זכות לקיים את הנוהג, כפי שעוד נחזור להבהיר להלן.

התוצאות של החזקת חפץ, הן בתוכן הן בעניינין¹⁷⁶ - ואין אפוא חשיבות מעשית בהעלאת שני מיני ההחזקות במושג משפטי מאוחד. אדרבה, למען הבהירות המושגית רצוי דווקא לנתק את שני המובנים, ובהמשך סקירתנו לא נשתמש במושג של "החזקת נוהג" בכלל. המושג הפשוט של "קיום נוהג" יספיק לנו בנוחות לכל הצרכים.

[46] אף-על-פי-כן, עוד פעם אחת נזכיר את "החזקת-הנוהג" בקשר למובן נוסף של "חזקה" המתפתח על יסוד זה. כפי שהערנו פה, לפי שיטת הרמב"ם, עשוי נוהג קיומו של תשמיש או נזק להגיע לכלל זכות להתמיד בנוהג - ומתוך שזכות זו צומחת על סמך "החזקת הנוהג", קרויה אף היא חזקה¹⁷⁷. בהמשך ההתפתחות באו לציין במונח "חזקה" גם זכויות אחרות הצומחות מן הנוהג ושאינן מתבטאות דווקא בשעבוד של נזק או תשמיש¹⁷⁸ - וכך נעשתה ה"חזקה" מונח מקביל להתיישנות המקנה, או ל-usacapio של השיטות האירופיות. אנו נבחין מושג זה במונח "זכות-חזקה".

מלבד זה יש להבחין ב"חזקה" גם מובן חמישי, הקרוב למובן של חזקה מחד והחזקה מאידך, אך הנבדל למעשה משניהם. כוונתנו ל"חזקה" או "מוחזק" - כאנטינום כללי למושג "המוציא מחברו", המציין את בעל-הדין שעליו חובת הראייה בהתדיינות עם חברו¹⁷⁹. ניגוד זה בין "מוחזק" ו"מוציא" נוצר אמנם בדרך-כלל בין אדם המחזיק בנכס בפועל לבין אדם התובע את העברתו לידו - ובמסיבות אלה, ממילא מתלכד המובן הנידון של "מוחזק" או "חזקה" עם המובן של החזקה¹⁸⁰; וכן מצד שני, מאחר שההחזקה גוררת כאמור חזקה - ומאחר שאפילו חזקה שלא על סמך החזקה מעבירה כמובן את נטל הראייה על הצד שכנגד - ממילא נוטה המובן הנידון של "חזקה" ו"מוחזק" להתלכד גם עם המושג של חזקה במובן הנחה¹⁸¹.

¹⁷⁶ ט) כך הוא לפחות לפי שיטת הרמב"ם: עצם הנוהג העובדתי שאינו מתבטא בהחזקת חפץ אינו יוצר לפי שיטתו אף פעם חזקת-זכות לטובת האדם המקיים את הנוהג (פ"א מהל' שכנים הל' ז') - ומצד שני, בעוד שהחזקת חפץ, כשלעצמה, אינה מצמיחה למחזיק אף פעם את הזכות להחזיק, הרי נוהג מתאים אחר עשוי לזכות את בעל-הנוהג בשעבוד גמור, על-פי חזקת-מחילה (פ"ח מהל' שכנים הל' א'). לדעת בעלי התוספות, לעומת זאת, אמנם יש זהות בין דין החזקת קרקע ודין קיומו של תשמיש או נזק נגד קרקע הזולת, שבשני העניינים יוצר הנוהג הנמשך חזקת-זכות - וחזקת-זכות בלבד (מגיד משנה על פ"א מהל' שכנים הל' ד'). אך גם לדעה זו, זהו כל תחום ההתלכדות כלו, ומעבר לכך הדברים נפרדים.

¹⁷⁷ ה) למשל פירוש ר' עובדיה מברטנורה על המשנה בבבא בתרא פ"ג מ"ו: "ואין לו (למרזב) חזקה" - היינו "שיהיה תמיד עומד" באותו מקום.

¹⁷⁸ יא) ר' גולאק, א', עמ' 172 ואילך.

¹⁷⁹ יב) ביחס לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" ר' למשל משנה בבא קמא פ"ג מ"א; ודוק שאין לכלל הזה משמעות אלא בצירוף לכלל שכנגד, שכל עוד אין לנו ראייה מכרעת לסתור, הדין הוא "אוקי ממונא בחזקת מריה" (בבא קמא ק"ח א').

¹⁸⁰ יג) ר' למשל תוספות על כתובות ע"ו א', ד"ה על בעל החמור: "אעפ"י שהוא מוחזק (במובן מחזיק בפועל)... ולהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה"...

¹⁸¹ יד) ר' רש"י על כתובות ע"ו ב', ד"ה ואכתי לא דמי התם: "משום דחזקת הגוף (היינו החזקה שדברים מתמידים במצבם) מייפה כח האב (בהתדיינות על בתו, כנגד בעלה), וי"ל העמידנו על חזקתו, הלכך בעל מיייתי ראייה"; ולפי זה לכאורה אי-אפשר להכריע אם "אוקי ממונא בחזקת מריה" משמע להעמיד את

[[47]] אולם, המובן הנידון של "חזקה" ו"מוחזק" עשוי באמת לשמש גם במקום ש"המוחזק" אינו מחזיק כלל¹⁸², גם במקום שברור לנו מלכתחילה כי אין ל"מוחזק" זכות אמיתית¹⁸³ או שזכותו מופקפקת¹⁸⁴, ואף במקום ש"המוחזק" הוא התובע ומעמד "המוציא מחברו" ניתן לנתבע¹⁸⁵ - ובסך-הכל מסתבר כי עומדים אנו כאן בפני מושג של "חזקה" במובן המיוחד לעצמו. את החזקה במובן זה נציין במונח של חזקת-הדין (היינו שמלכתחילה רואים את הדין כאילו הוא עם "המוחזק"), אחר ששייכת היא יותר לעצם סדר מהלכו של הדין מאשר לתוכן המהותי של דיני הראיות.

ולבסוף, יש עוד ל"חזקה" ו"מוחזק" גם מובן משפטי ששי: כי נכס נחשב כ"מוחזק" לפלוני גם כשפלוני אינו מחזיק בו למעשה, או שמוחזק הנכס אפילו כנגדו בידו של אחר, אלא שיש לפלוני קניין הווה בנכס - בהבדל מנכס ראוי, שקניינו צפוי רק על-פי דין לעתיד¹⁸⁶. כאן, במלים אחרות, ה"חזקה" היא אפוא באמת לא חזקה או החזקה כלשהי, במובנים שאמרנו, כי אם רק מונח טכני מקוצר למושג של קניין הווה. אף-על-פי-כן, בנקודה זו לא נתנזר מן הרב-משמעות שבמונח הנידון, כי ההבחנה בין קניין "במוחזק" וקניין "בראוי" נשתרשה כבר כשם-הדבר המובהק בעניינה, - וגם סכנת הטעות מכיוון זה היא קרובה לאפסית, אחר שהשורש "חזק" אינו משמש כאן אלא בצורה היחידה של שם-התואר "מוחזק" ודווקא בהקשר המיוחד של קניין.

[[48]] על הזדהות המושגים "חזקה" ו"רשות" נעמוד להלן בפרק מיוחד.

הממון בהחזקת הבעלים, ולהימנע פשוט מלהוציאו מידם בלי ראייה, או הפירוש הוא להעמיד את הממון בחזקת זכותם של הבעלים - לאמור שהחזקתם מוכיחה בינתים את זכותם באופן חיובי, ולכן אין להוציא מידם.

¹⁸² טו) ר' תוספות על בבא מציעא ב' ב', ד"ה התם, שגם בלי החזקה בפועל - אלא על סמך חזקת הזכות שבהחזקה קודמת - עשוי אדם להיקרא "תפוס" (או "מוחזק"), כדי שחברו יחשב כמוציא מחברו, שעליו הראיה.

¹⁸³ טז) דוק בשו"ע חו"מ סי' קל"ט סעי' א'-ב' וסי' קמ"ו סעי' ט', שאף מן המחזיק שאינו טוען זכות לעצמו לא יוציאו את החפץ אלא בראייה.

¹⁸⁴ יז) מקור הכלל "אוקי ממונא בחזקת מריה" הוא דווקא במקום ש"המוחזק" עצמו אינו טוען זכות ברורה לעצמו, אלא טוען רק "שמא".

¹⁸⁵ יח) ר' הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' ד', ובאר הגולה שם, שבענייני מסים - "הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד", "ואמרינן ליחיד ברר ראיותיך, כי המוציא מחברו עליו הראייה".

¹⁸⁶ יט) ר' ניתוח הדברים בחיבור על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ב' פרק ה', וביחוד הערה ל"ח, וכן סעי' ב' בפרק ז' והפרקים ח' וט'.

ב. עיקר משמעות ההחזקה בדיני ישראל, בהשוואה לשיטות האירופיות; עשיית אדם דין לעצמו, חזקת-הדין ומעמד הגזלן

כדי להגיע עתה למטרת פרק זה, שהיא חישוף המבנה העיוני של מערכת מושג ההחזקה בדיני ישראל, במובן המיוחד שצינו לעיל, נתחיל להתחקות על השתקפותו של מבנה זה בדינים המעשיים שבהם הוא מתגלם במקורות - והעובדה היא, כפי שכבר הזכרנו, שאת ההחזקה מוצאים אנו קודם-כל מעורה ומעורבת לחלוטין בדיני החזקה¹⁸⁷.

ואמנם, אם בשיטות של יבשת אירופה ראינו את המשמעות הפוסטורית המקבילה לכך רק בסעיף הרביעי של רשימת משמעויות הפוססיה (אחר ששלשת הראשונים הם: תביעות פוסטוריות, זכות התגוננות וההתישנות המקנה), הרי בדיני ישראל נעדרים שלשת הסעיפים האירופיים הראשונים לחלוטין, ומשמעות ההחזקה לעניין חזקה - היא היא כאן המשמעות הראשונה. יש אפוא מקום לשאול, האם הדילוג על שלשה סעיפי משמעות איננו חסרון לשיטה המשפטית העברית - או שמא, להפך, הוא דווקא יתרון לה, ואולי יש פנים לכאן ולכאן, - ועל שאלות אלה ננסה להשיב לפני שנמשיך.

לצורך זה יש לכרוך יחד את שני הסעיפים על התביעות הפוסטוריות וזכות ההגנה העצמית של הפוססור, אחר שבצד - עניינם הוא אחד: העדפת דרכי השלום, אפילו על-פני דין-אמת שייעשה בדרכי האלימות הפרטית. והנה, על בעייה זו - כמובן גם דיני ישראל לא דילגו סתם בעלמא, אלא נתבררה גישתם אליה בעינים פקוחות¹⁸⁸, וההכרעה נפלה בהפך מן הגישה שביבשת אירופה, ביודעין ובפירוש. המחלוקת מתבררת והולכת בבבא קמא כ"ז ב' - כ"ח א': "אתמר, רב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה, רב נחמן אמר עביד איניש דינא לנפשיה. היכא דאיכא פסידא כ"ע לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי היכא דליכא פסידא. רב יהודה אמר לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא. ר"נ אמר עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד - לא טרח". ובהתאם לכך פוסק הרמב"ם בפ"ב מהל' סנהדרין הל' י"ב: "יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח; הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית-דין, ואף-על-פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית-דין. לפיכך, אם קבל עליו בעל-דינו והביאו לבית-דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה, ודין אמת דן לעצמו, אין [[49]] סותרין את דינו". על זה מוסיף בעל הטורים ומבהיר אף יתר על כן, בחו"מ סי' ד': "ואם האחר עומד כנגדו למחות בו - יכול להכותו עד שיניחנו ליקח שלו, אם הוא בענין שאינו יכול להציל את שלו מידו אם לא על-ידי הכאה", - וגם זה לא רק בדאיכא פסידא, אלא "אפילו הוא דבר שלא יפסיד אם ימתין עד שיעמידו בדין". רק שלעניין אחרון זה, היינו צד האחריות לנזקי החייב, אחראי הזכאי-התוקף מכל-מקום, אם תקיפתו אינה נועדת להצלת ממון הקנוי לו במוחזק, אלא רק ממון המגיע לו בראוי, שאז - מלכתחילה - אין לזכאי רשות לעשות דין לעצמו בדרך תקיפה ותפיסה¹⁸⁹.

¹⁸⁷ (כ) בבא בתרא פרק ג'.

¹⁸⁸ (כא) השווה בבא מציעא ח' א': "התם תקינו להו רבנן דלא ליתי לאנצויי", וכן גיטין נ"ט א' ואילך, בעניין הקונצסיות ל"דרכי שלום".

¹⁸⁹ (כב) שו"ע, חו"מ סוף סי' ד', והגהת הרמ"א שם, וסי' ק"ה.

יוצא אם-כן במלים אחרות כי בדיני ישראל - ההחזקה כשלעצמה, שאין עמה זכות להחזיק, אינה מוגנה כלל וכלל - לפחות לא כנגד האדם אשר הזכות להחזיק היא שלו; ולא רק לעניין שהמחזיק בלי זכות - הקרוי במקורותינו במונח הטכני גזלן¹⁹⁰ - אינו יכול לחזור ולהוציא את החפץ מיד הזכאי שתפס מאתו, אלא גם אין הוא רשאי להתגונן מפני תפיסת הזכאי. האין בזה אפוא עידוד מסוכן להפרת שלום הציבור - ערך שהוא ודאי חשוב לחברה במקביל לעדיפות המוחלטת של דין-האמת? התשובה הנראית היא שלא - והתוצאה הזאת מתאפשרת בעזרת המוסד של חזקת-הדין.

[50]] הדין הכללי הוא שאדם המקיים מצב עובדתי, בין בדרך החזקת חפץ בין על-ידי מעשה אחר כלשהו - הרי לכתחילה, מבחינת סדר-הדין וכל זמן שלא הובאה חזקה סותרת או ראייה טובה אחרת כנגדו, הוא הוא **המוחזק**, אף אם אין הוא טוען שום זכות לעצמו, ומי שבא למנעו הוא "המוציא מחברו" ועליו הראייה שאמנם הזכות לכך בידו. במלים אחרות פירושו של דבר הוא כי המוחזק, כל זמן שנשאר הוא בחזקתו, מוכר כזכאי להוסיף ולקיים את המצב הנתקף - ואגב כך גם את **החזקתו** הנתקפת, כשהמצב הוא החזקה - לפחות כנגד "המוציא", ואף אם המוחזק הוא למעשה ובידוע גזלן¹⁹¹; ומשמע שבינתיים תינתן לו גם כל תמיכה אפשרית מצד הרשות נגד תקיפת "המוציא", אם המוציא יבוא אמנם לתקפו באלימות או לשנות את המצב באופן אחר בניגוד לרצונו. ועד המקום שדברים אלה מגיעים, למעשה מגן אפוא גם הדין העברי על כל החזקה, ואף החזקת הגזלן. אלא שהגנה זו, בדין העברי, רק ניתנת **על תנאי** וכל זמן שלא נתבררו הזכויות בין הצדדים. אם התוקף מצליח איך-שהוא לפרוץ את קו ההגנה הזה, והנתקף בא כבר לא לבקש את הגנת המצב הקיים, כי אם רק להתלונן **בדיעבד** על פגיעה במצב **שהיה** - שוב אין בית-הדין עומד למעשה לפני שאלה של שמירת השלום, כי אם לפני שאלה של הכרעה בזכויות הצדדים, - והדין העברי נוהג אמנם בהתאם לכך. בשלב זה כבר יש לו שהות לברר ולפסוק, שאם הזכות האמיתית היתה **לתוקף**, הרי לא הוא הפר את השלום במה שדן דין לעצמו, אלא הנתקף-כביכול הוא למעשה התוקף הראשון, שהתחיל בהפרת השלום בעצמו -ויתר על כן, הוא מצידו עשה כן לאו דווקא למען זכות של אמת, כי אם למען גזלה ופגיעה בזכותו של אחר; ולכן, לא זו בלבד שאין טעם להחזיר לטובתו את המצב הפגום לקדמות, אלא אדרבה: הוא עצמו צריך להיות מוכר כאחראי הן לפגיעת המצב מלכתחילה הן לנזק שנגרם תוך הפרת השלום למען החזרת המצב לתקנו¹⁹². חילוף הגיוני

¹⁹⁰ כג' ר' למשל "הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן" - לעניין שמתחייב באונסין (בבא קמא ק"ה ב'); או "כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה" (משנה בבא קמא פ"ט מ"א) - דין החל לאו דווקא על גזלן במובן המקורי של תופס בלי זכות ובאלימות גלויה (שו"ע חו"מ סי' שני"ט סעי' ז' וסי' שמ"ח סעי' ג'), אלא גם על הגנב, שתפיסתו ללא זכות נעשית בהסתר (שם, סי' שמ"ח סעי' ג'); והשווה גם שם, סי' שני"ט סעי' ה', שאף אם מתכוון האיש להחזיר, ופשוט לוקח הוא שלא מדעת הבעלים, הרי בגין עצם העובדה שאין לו זכות להחזיק נקרא הוא גזלן.

¹⁹¹ (כד' שו"ע חו"מ סי' קמ"ו סעי' ט', וביחס למצב עובדתי שאינו החזקת חפץ ר' באר הגולה על סי' קנ"ה סעי' ד' שם, ס"ק ק').

¹⁹² כה' אם התוקף אינו מוכיח את זכותו גם בדיעבד - ממילא יהא הוא אחראי לכל נזק שגרם בתקיפתו, שהרי פעל שלא כדין; אבל לעניין החזרה - מכל מקום לא יוצאו מיד התוקף לטובת הנתקף, אם משום-מה

למסקנה זו גם איננו קיים: שהרי הבטחת השלום בדרך האירופית של החזרת יתרונו ההפרה לגזלן, פירושה הוא רק עידוד כפול ומכופל להפרת השלום מלכתחילה.

[51]] ואמנם, גם **במשפט האנגלי**, הגישה בנקודה זו היא דומה לדין העברי. מי שזכאי בפוססיה כנגד הפוססור-בפועל זכאי גם לתפוס את הפוססיה בכוח, בלי שום פנייה לבית-המשפט - לפחות במה שנוגע לתחום דיני הממונות: הפוססור שנושל כדין, ולו גם בתקיפה פרטית, אין לו תביעה להחזרת הפוססיה, ואין לו גם תביעה לפיצוי על הנזק שנגרם, אם התוקף לא נקט בכוח מוגזם. רק בדיני העונשין תיחשב אפילו התקיפה המוצדקת כעבירה, אם היא מתבטאת בתפיסת **מקרקעין**¹⁹³. לגבי התביעות הפוססוריות שביבשת אירופה כותב הפרשן האנגלי **סלמונד**, כי במידה שנועדות הן להגן על השלום, הרי "בתקפו של טעם זה אפשר להכיר רק במצב של חברה, אשר בו התוצאות הרעות והסכנות, הכרוכות בכך שיעשה אדם בכוח דין לעצמו, הריהן הרבה יותר חריפות מאשר הן בזמננו. כיום נמצא הדבר מספיק לחלוטין, שיענישו על האלימות בדרך הרגילה, בבחינת עבירה פלילית, בלי שיכריחו את הבעל האמיתי להחזיר לגזלן נכסים אשר אין לו שום צד של זכות בהם ושאפשר לחזור ולהוציאם ממנו לאלתר בדרך המשפט הרגילה. במה שנוגע למיטלטלין, למעשה לא מצא משפטנו לנחוץ להגן על הפוססיה אפילו במידה זו"¹⁹⁴. ואילו במידה ש"התביעות הפוססוריות" מתימרות לאו דווקא לשמור על השלום, אלא להקל על תביעת הבעלים, מעיר **סלמונד**, שגם "שיקולים אלה, יהא אשר יהא התוקף שהיה להם במשפט הקדום, הרי כיום שוב אין להם משקל בשיטת דיון הגיונית, תפקידו של התובע אינו קשה יותר מתפקידו של הנתבע"¹⁹⁵. הצדק שבמסקנות אלה, יש שהוא מוכר גם ביבשת אירופה עצמה, וגם שם יש באמת המטילים ספק בטעם להמשך קיומן של התביעות הפוססוריות¹⁹⁶.

[52]] אך המשמעות העיקרית של ההחזקה בדיני ישראל, סוטה לא רק מעיקר המשמעות ביבשת אירופה, אלא גם מעיקר המשמעות האנגלית. באנגליה, כפי שראינו, עיקר משמעות ההחזקה הוא בכך שמשמשת היא כממלאת-המקום הפונקציונלית של הבעלות, ובהתאם לכך - כל אימת שנפגעת

לא יהא בידו להסתמך על החזקתו הקודמת כראייה, שהרי בלעדי כן יהא מעתה מוחזק **התוקף** (באר היטב על חו"מ סי' קל"ט ס"ק ד').

¹⁹³ (כו) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 216 ואילך.

¹⁹⁴ (כו) **סלמונד**, עמ' 314.

¹⁹⁵ (כח) שם, עמ' 315.

¹⁹⁶ (כט) ר' **וולף-רייזר**, עמ' 53. אגב כך מציין וולף-רייזר, כי למעשה כבר אין משתמשים כיום בתביעות הפוססוריות בגרמניה, אלא בעיקר כשלמחזיק-הנפגע יש "זכות פרסונלית" בלבד, ובלעדי התביעות הפוססוריות לא היה בידו להגן על החזקתו מפני צד שלישי. לכן סובר הוא כי במקום לקיים את התביעות הפוססוריות מוטב היה להכיר מעמד "ריאלי" לכל מיני הזכויות שהן למעשה זכויות בחפצי הזולת (תקנה הקיימת אמנם בדיני ישראל מקדמת דנא, ושכלל לא עלה בהם על הדעת אחרת: ר' חיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממוין", חלק א', פרק ב' סע' ד' ופרק ג' סע' ג'. עם זאת יש לציין כי נכונות מעשית לתת תוקף למסקנות מסוג זה עדיין אינה מתגלה ביבשת אירופה, והתביעות הפוססוריות משתמרות עוד אפילו בהצעה חדשה כמו הצעת ספר החוקים האזרחי של **פרופ' מאירס** בהולנד (סע' 3, 5, 17), וכן גם בספר החוקים האזרחי החדש **בהונגריה** (סע' 188-192).

ההחזקה על-ידי מי שאין לו זכות יחסית עדיפה, מוגן המחזיק כאילו היה הבעל ממש, - ואף אם למעשה הוא גזלן. לעומת זאת, בדיני ישראל, כפי שהערנו, מעבר לחזקת-הדין בלבד, אין הגזלן מוגן אפילו כנגד מי שהוא גזלן בעצמו: אמנם, במסגרת דיני הנוזיקין הכלליים, מטבע הדברים יוצא הוא מוגן מפני כל נזק אישי שייגרם לו במהלך של תקיפה המכוונת לגזול מאתו; אבל במה שנוגע לעצם החפץ הגזול בידו - אין גזלן ראשון יכול לחזור ולהוציאו מידיו של גזלן שני, ובשום מקרה גם אין הגזלן יכול לתבוע על נזק שנגרם לחפץ או על הפרעה אחרת כלשהי במהלך ההחזקה¹⁹⁷.

נשאר אפוא שמשמעות ההחזקה לעניין חזקה, בדיני ישראל, חוזרת ומתדמה דווקא לעיקר-משמעות זו ביבשת אירופה - כפי שנראה ביתר פירוט להלן; - היינו שמכוונת היא רק למערך-ההתדיינות על הזכות לאמיתה; ואילו מערך זה - הריהו כאן מערך-ההתדיינות האפשרי היחיד. ההחזקה כשלעצמה, מצידה, אינה משמשת יסוד למערך-התדיינות - לא במקביל למערך-ההתדיינות על הזכות, כפי שראינו ביבשת אירופה, ולא במקום מערך-ההתדיינות על הזכות, כפי שראינו בדין האנגלי (וביחס למטלטלין - גם בגרמניה ובשווייצריה). שני סוגי-השיטה האירופיים הללו גם יחד - מאי דנפקא מיניהו הוא שנותנים הם מעמד חיובי לגזלן: השיטה היבשתית - בהקף יותר רחב ועל סמך הנחה של עראי, השיטה האנגלית - בהקף יותר מצומצם ועל סמך העקרון של עדיפות יחסית. לעומת זאת, על-פי הגישה של הדין העברי, אין נותר לגזלן מעמד חיובי כלשהו. חזקת-הדין אף היא אינה מעמד שכזה, אחר שאין היא מעניקה לגזלן שום זכות חיובית אפילו על בסיס ארעי או יחסי, כי אם רק מועילה היא לו באופן רפלקסיבי, כל אימת שאין זכות חיובית גם למי שבא להוציא מאתו.

משהגענו עד כאן, שוב אפשר לשאול, האם אין הדין העברי מעודד אפוא מעשי גזלנות והפרת השלום - לפחות בין גזלן לגזלן? אך התשובה הראשונה היא, שאם הוא עושה כן - הרי זה רק במידה שמונע הוא עידוד ממעשי גזלנות והפרת השלום מלכתחילה, בין גזלן לצדיק. מלבד זה, ההבדל החשוב בין הגישה האירופית והעברית אינו נמשך למעשה מן הבעייה הפרגמטית אם העדפת הגזלן הראשון עשויה להועיל לשמירת השלום, כנגד גזלנים אחרים; [[53]] שהרי משקל החישוב, אם הגזלן השני יצטרך או לא יצטרך להחזיר את שללו לגזלן הראשון, במציאות הסטאטיסטית של סכנת הגזלה מגזלן - ודאי בטל בששים. השאלה המכרעת היא כאן פסיכולוגית ומוסרית: אחר שהגזלן השני כבר השלים את מעשהו, על-פי חישוב כלשהו שאיננו מוזכר, והוא מובא לפנינו לדין על ידי הגזלן הראשון - כלום מן הצדק הוא להשאיר את הגזלה בידו? השיטות האירופיות משיבות שלא - וכך, מנמקות הן, מפני שהוא הפר את "הסטאטוס קוו". הדין העברי, לעומת זאת, הוא יותר הגיוני ועקבי באותו ערך של "הסטאטוס קוו" בעצמו: כי "הסטאטוס קוו" של הגזלן הראשון, כל זמן שהוא קיים, אמנם ראוי להגן על שלומו מפני גזלנותו של אחר; אבל כש"הסטאטוס קוו" זה כבר איננו, ובכל-זאת, בין שני הגזלנים, עדיין אין לנו יסוד להכריע אלא על-פי "הסטאטוס קוו" - למה נחזור ונפר באמת את "הסטאטוס קוו" של הגזלן השני, לטובת מי שאינו אלא גזלן כמותו?

¹⁹⁷ (ל) שו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ה'-ו'.

בזה, נראה לנו, יוצאת הגישה העברית מוסברת לחלוטין ביחס למעמד הגזלן, בעדיפות רעיונית ומעשית כנגד השיטה האירופית היבשתית והאנגלית כאחת. אשר להתישנות המקנה, שהזכרנו - נעריך את עניינה מנקודת-הראות של דיני ישראל בסעיפים אחרים של מחקרנו, בקשר לדין חזקת-הזכות של המחזיק ובקשר לדין היאוש.

ג. משמעות ההחזקה לעניין חזקה

על הדינים החיוביים של משמעות ההחזקה לעניין חזקה, הנכון הוא להתחקות מבחינה שיטתית החל מחזקת-הדין של המחזיק, כשבא אדם ותובע ממנו להחזיר את החפץ אליו.

הכלל הוא, כפי שאמרנו, שהתובע צריך להוכיח את זכותו; והדבר יתכן כמובן קודם-כל על-ידי כך, שהמחזיק יודה לתובע, או שהתובע יביא ראיה אובייקטיבית מכרעת נגדו. עם זאת, יתכן שהתובע יצליח גם בדרך יותר עקיפה ופחות משכנעת; כי די שיוכיח (על-ידי הודאת המחזיק או בראיה אובייקטיבית) כי המחזיק כשלעצמו אינו זכאי בהחזקה, ואז - אם לא יוכח באופן חוזר נגד התובע כי חובת המחזיק להחזיר היא דווקא לאחר, וגם לא תהא טענה מסתברת נגד התובע שעל-כל-פנים עוד נשאר למחזיק מקום לפקפק, בלי פשיעה מצידו, שמא הזכאי בהחזרה הוא אחר - יהא התובע נאמן, על-פי עצם טענתו הנתמכת בשבועה, כי הזכות אמנם היא שלו. אם, לעומת זאת, יוכח כי הזכאי בהחזרה הוא אחר, או שמכל-מקום נותר למחזיק מקום לפקפק, בלי פשיעה מצידו, שמא הזכאי בהחזרה הוא אחר - לא יוציאו בינתיים את החפץ מידו, בלי הודאה או ראיה אובייקטיבית לזכות התובע [[54]] גם אם יוכח שהמחזיק כשלעצמו אינו זכאי להחזיק, ואף אם התובע יהא מוכן להשבע כי הזכות היא זכותו¹⁹⁸.

אולם, במהלך ההתדיינות הזאת באמת יכול המחזיק להקשות עד מאוד על סתירת זכותו, אם לא יודה מעצמו שהוא חייב לתובע - או שעל-כל-פנים הוא גזלן, ואפשר שאמנם הוא גזלן מן התובע (ובפשיעתו נעלם ממנו אם כך הוא או לא) - אלא יטען כי מחזיק הוא בזכות, או שגם אם גזלן הוא,

¹⁹⁸ (לא) שו"ע חו"מ סי' קל"ט סעי' ב', וסי' שס"ה, וסי' ש' סעי' א'. ביחס למידת הראיה האובייקטיבית הנחוצה לתובע כדי להתגבר על הספק שמא הזכאי בהחזרה הוא אחר, אפשר לסכם כי די לו בחזקה מסיבתית, ואין הכרח בראיה ניצחת: ר' שו"ע חו"מ סי' ר"ס סעי' ה' וחי', וסי' רס"ב סעי' כ"א, וסי' רס"ז סעי' ה'-י"ד.

הטעם להבחנה בין המקרה שהמחזיק פשע לבין המקרה שלא פשע במה שנותן לו מקום לספק אם בעל-דברו האמיתי הוא התובע - נראה שעניינו כלהלן. אם פשע המחזיק (כגון שגנב מכיסו של פלוני ברחוב, ולא דק לדעת ממי גנב), אין מקום להנותן מן הספק שהוא עצמו אשם ביצירתו, ואין להבטיחו מפני סכנת תביעה מקבילה של צד שלישי: אם יבוא שלישי ויהא גם-כן מוכן להישבע, באופן מסתבר, כי הזכות היא שלו - יהא הגנב אחראי מתוך הספק גם כלפיו. לעומת זאת, במקרה שלא פשע המחזיק, יש להנותן מן הספק אפילו כנגד הזכאי האמיתי, כל זמן שלא הצליח זה לבסס את אמיתו בבירור - כדי שלא ייצא המחזיק אחראי אלא כנגד אחד. המחזיק שלא פשע יוכל גם להיפטר על-ידי כך שיניח (או יחייבוהו להניח) את הנכס בבית-הדין, כדי שזה יכריע בין המתחרים לבין עצמם; אך המחזיק שפשע אינו יכול להיפטר בדרך זו, כי כל זמן שביט-הדין אינו יכול להכריע בין המתחרים באופן חד-משמעי, נשאר האיש אחראי למלוא ערך הנכס כלפי כל מתחרה שיהא מוכן לתמוך את ספקו המסתבר בשבועה.

הרי הזכאי בהחזרה הוא אחר¹⁹⁹. במקרה כזה תהיה החזקתו-בפועל ראייה לטענתו, באופן שהמחזיק יוכר לא רק כבעל מעמד של עדיפות יחסית כנגד כל הבא להוציא מידו, אלא הוא יוכר גם כנושא זכות חיובית, אם לעצמו ואם לזולתו, כל זמן שלא ייסתר הדבר - וכך מתרוממים אנו מן ההחזקה כבסיס לחזקת-דין בלבד, במופשט, אל ההחזקה כיוצרת גם חזקה במוגדר²⁰⁰.

בקשר לכך יש לציין, שהחזקת-הזכות נוצרת אמנם לא רק על-ידי טענת המחזיק לעצמו, אלא יכולה היא להיווצר גם על-ידי טענת הצד שכנגד, שיבקש משום-מה לייחס למחזיק את הזכות בחפץ, בעוד שהמחזיק - מצידו - מבקש דווקא להשתמש מן הזכות וכופר בה או בחלקה, היינו מיחס הוא אותה לאחר²⁰¹. דברים אלה אפשר גם לצרף בסיכום ולומר, [[55]] שההחזקה משמשת כראייה לזכות המקיפה ביותר הנטענת לגביה לטובת המחזיק, בין אם המרחיב הוא המחזיק בעצמו ובין אם המרחיב הוא הצד שכנגד²⁰²; ולכאורה יש מקום לשאול כיצד מתיישב הדבר עם האפשרות שאמרנו, שהחזקת המחזיק תהפוך ראייה לזכותו של שלישי בניגוד לטענת התובע. התשובה הפשוטה היא, שהתובע אינו מבקש כאן לייחס למחזיק שום יתרון-זכות בכלל, וממילא - מתוך שהמחזיק נאמן היה להתגבר על טענת גזלנותו בטענת זכות לעצמו, נאמן הוא גם לחוב לתובע על-ידי טענת זכות לשלישי. הטעם המהותי להבדל הוא כמובן זה, שכשהצד שכנגד מיחס זכות למחזיק, הריהו מבקש להפיק בכך אחריות מצד המחזיק, המגיעה לו כבר במוכח - בתנאי שהזכות היא אמנם זכותו של המחזיק, כפי שמסתבר מהחזקתו (ולכן נהפך כאן המחזיק למוציא מחברו); לעומת זאת, כשהצד שכנגד מיחס גזלנות למחזיק, הריהו יכול להתכוון בכך רק לייחס

¹⁹⁹ (ב) אין מעמד מיוחד למצב הביניים שבו לא יטען הנתבע בפירוש לא כך ולא כך, אלא ישתוק. במקרה שבעל-הדין שותק, הרי "הכל כפי מה שב"ד יכולים להבין דעתו... - כך דנין": ש"ך על חו"מ סי' פ"א ס"ק י"ז, בשם מהר"ם רקנטי וריא"ז.

²⁰⁰ (ג) ר' למשל שו"ע חו"מ סי' קל"ט סעי' ב', ודוק בסי' שס"ה.

²⁰¹ (ד) פ"א מהל' מלוה ולווה הל' ד, וכן פסק הריב"ש בתשובה, סי' רס"ד.

²⁰² (ה) השווה שו"ע חו"מ סי' קל"ג סעי' א'. דבר זה, אמנם הוא נכון רק בסתם - כל זמן שהמחלוקת נסבה רק על הזכות או חוסר הזכות שיש לייחס למחזיק לאור החזקתו כשלעצמה. כשגדרי המחלוקת הזאת נפרצים, ומוכח כי ההחזקה נתקבלה בעסק אחד מסוים, ועם זאת מועברת המחלוקת לשאלת התוכן או התוצאה המעשית של אותו עסק מסוים - הרי רק המחזיק הוא הנאמן להגדיר את התוכן או התוצאה, ואף אם מיחס הוא לעצמו זכות מצומצמת יותר מכפי שמבקש ליחס לו הצד שכנגד. דין זה חל בין אם הצד שכנגד הוא בעל-דברו של המחזיק בעסק עצמו ובין אם זה צד שלישי כלשהו (שו"ע חו"מ סי' רמ"ה סעי' ז'). טעם ההבחנה הוא, שבסתם אמנם אין המחזיק נאמן לסלק מעצמו זכות ולייחסה לשלישי, בעוד שהוא חב בכך לבעל-דברו; אבל אם מוכח שהמחזיק בא באמת מכוחו של שלישי, שוב אין סכנת החובה של בעל-דברו של מחזיק יכולה להיכבד יותר מסכנת החובה שתיגרם למביא-כוחו של מחזיק, אם יופחת משיוור זכותו של הלה - ולכן חוזר המחזיק להיות נאמן, מכוח החזקתו וחזקתו בדין. באותו אופן המחזיק הוא נאמן גם, בעקב חזקתו בדין, במחלוקת בינו לבין מביא-כוחו. מצד שני, מתעוררת כאן שאלה ביחס להבדל בין נאמנות המחזיק גבי טיבו של העסק שעל-פיו הוא מחזיק בחפץ רגיל לבין חוסר נאמנותו של מחזיק-שטר כשטוען הוא (נגד צד שלישי) שהשטר הוא פרוע או נמסר לו באמנה (שו"ע חו"מ סי' מ"ז). הטעם של הבדל זה הוא, שחזקת תוקפו של השטר מתבררת מעצם תוכנו הכתוב, בעוד שהחזקת חפץ אחר נתונה מטיבה לפירושים שונים, שחזקת מהימנותם הפנימית היא שווה (דוק בסמ"ע על סי' רמ"ה ס"ק י"ב).

זכות חיובית או פטור לעצמו, שאותם עדיין צריך הוא להוכיח בשלמות מלכתחילה, בעוד שהחזקת המחזיק נוטה דווקא לסתור הנחה של זכות או פטור שכזה.

[56]] משביסס המחזיק את חזקת-הזכות לעצמו או לאחר, כאמור, שוב אין התובע יכול להיות נאמן בטענה כי החפץ מוחזק בגולה מאתו, אלא אם יוכיח בראייה אובייקטיבית שהוא או מביאי-כוחו היו בעלי החפץ מלפני שהוחזק כנגדם - ומטבע הדברים אין ראייה כזאת יכולה להימצא אלא בעובדה, שהתובע או מביאי-כוחו כבר החזיקו בחפץ מקודם כבעלים. מאחר שההחזקה בצרף טענה מתאימה נהפכת לחזקת-זכות, כפי שראינו, ממילא משמע שאם התובע יוכיח החזקה קודמת לעצמו או למביאי-כוחו ויצרף אליה טענת בעלות - הרי שתיווצר שם חזקה כי התובע או מביאי-כוחו החזיקו אמנם בחפץ כבעלים והיו באמת בעליו בשעת אותה החזקה; ואם הנתבע לא יחזור ויוכיח על-ידי חזקת-בעלות אף קודמת יותר ועל-ידי מעשה של תפיסה מאותם בעלים קדומים בלי רשות, שהתובע או מביאי-כוחו היו גזלנים בעצמם, הרי עליו מטיל הדין העברי את החובה ליישב את טענת הזכות מצידו עם חזקת הבעלות הקודמת שנוצרה לתובע. אם החפץ הנידון הוא מיטלטל, ייצא הנתבע ידי חובתו זו אם יטען (ויהא מוכן להישבע על כך) כי החפץ נקנה מהתובע או מביאי-כוחו, בקניין כלשהו המזכהו בהחזקה נגד התובע - ואם ירצה התובע לסתור חזקת-נאמנות זו, הנמשכת מחזקת-הזכות של המחזיק, שוב תהא הראייה עליו.^{203 204}

כדי לסתור את חזקת-הנאמנות של המחזיק, מספק הדין עצמו חזקה נוגדת, כשמוכח נגד המחזיק כי תחילת החזקתו (או החזקת מביאי-כוחו) היתה על-פי זכות פחותה יותר מזו שהוא טוען לה - שאז צריך המחזיק לחזור ולהוכיח כי באמת הורחבה הזכות לטובתו (אלא אם התובע אינו מוכן להשבע על ההפך). אולם, כשתחילת ההחזקה על-פי זכות פחותה לא היתה יכולה להתברר אלא על-ידי הודאת המחזיק, והמחזיק הקדים והודה מעצמו כי תחילת ההחזקה היתה אמנם על-פי זכות פחותה, אלא שטוען הוא כי הזכות הורחבה בינתיים - יש לו "מיגו"; אין נאמנותו נפגמת אפוא, ונטל סתירת ההרחבה נשאר על התובע.²⁰⁵ מצד שני, אם הקניין שהמחזיק טוען לו אינו אלא שעבוד (שאינו מוציא את החפץ מהחזקתו העקיפה של התובע, כפי שנסיביר להלן), ולמחזיק אין "מיגו", שיכול היה להצליח בטענת בעלות או בכפירה גמורה אחרת בזכות התובע, - נאמן התובע לטעון (בתמיכת שבועה) כי השעבוד כבר הסתיים.²⁰⁶

²⁰³ (לו) שו"ע חו"מ סי' קל"ג סעי' א'.

²⁰⁴ (זו) בעקבות המקורות הזכרנו רק את הטענה של קניין הנמשך מהתובע או מביאי-כוחו, אך מסתבר שאפשר להוסיף גם טענת מציאה במסיבות המאפשרות זכייה למוצא.

²⁰⁵ (ח) שו"ע חו"מ סי' קמ"ט ואילך.

²⁰⁶ (ט) שו"ע חו"מ סי' שי"ז סעי' ב', והגהת הרמ"א, וש"ך שם ס"ק ה'. טעם דין זה הוא, שבכל עניין השנוי במחלוקת בין הבעלים לבעל-דברם בקשר למעמדם ההדדי בנכס - הבעלים הם מלכתחילה המוחזקים בדין, ושכנגדם המוציא מחברו. מצד שני יש לציין ביחוד, שאם המחזיק אמנם יכול היה להצליח בכפירה גמורה, והוא מודה כי החפץ אינו אלא משכון בידו - נאמן הוא על התמדת שעבוד-המשכון עד כדי ערך החפץ: שו"ע חו"מ סי' קל"ג סעי' א' וע"ב סעי' י"ז ואילך.

[[57]] תוך כדי כך ייתכן לפעמים שהתובע לא יצטרך אפילו להוכיח נגד המחזיק כי תחילת החזקתו היתה על-פי זכות פחותה יותר מזו שהוא טוען לה, אלא יוכל לפגום את נאמנות המחזיק לאלתר, על-ידי עצם הטענה כי תחילת החזקתו היתה על-פי זכות פחותה - והיינו כשמסיבות המקרה, בהצטרפו לטענת התובע, יוצרות חזקה בכיוון זה לטובתו. חזקה כזאת נזכרת בשלשה מקרים. ראשית, ב"דברים העשויים להשאיל ולהשכיר" - נאמן התובע לטעון עליהם (בשבועה), נגד טענת הבעלות או המשכון של המחזיק, שהחפצים רק הושאלו או הושכרו.²⁰⁷ שנית, חפצים שעשוי אומן לקבלם למלאכתו והנמצאים תחת ידו, נאמן מי שמוחזק בבעלות קודמת לטעון עליהם כי רק מסרם למלאכה; ירד האומן מאומנותו, ונשתהה זמן מספיק להחזרת החפצים שקיבל - הריהו כשאר כל אדם, ונאמן אפילו על חפץ שבא לידו בעודו אומן.²⁰⁸ ושלישית, בהמה או בעל-חי אחר הרגילים להתהלך בלי השגחה ושיתכן כי נכנסו אל המחזיק, או שהמחזיק אספם מן הדרך, - הרי משהוכיח התובע את בעלותו הקודמת בהם, נאמן הוא לטעון גם שאמנם **כך** היתה תחילת החזקתם על-ידי הנתבע.²⁰⁹

[[58]] דינים אלה מצטרפים למעשה לכלל, שנאמנות המחזיק עשויה להיסתר לא רק על-ידי חזקה נגדית הנמשכת מן העובדה שתחילת ההחזקה הנתקפת היתה על-פי זכות פחותה מטענת המחזיק, אלא עשויה היא להיסתר גם על-ידי חזקה מסיבתית אחרת כלשהי. במסגרת זו מוזכרת ביחוד האפשרות שנאמנות המחזיק תיסתר על-ידי טענה מתאימה (ושבועה), כשהמחזיק ידוע מלכתחילה כגזלן או גנב, או כשמלכתחילה יצאה שמועת גנבה על החפץ הנידון.²¹⁰

מצד שני, גם אם המחזיק אינו בא במישרין מכוח התובע או מביאי-כוחו, אלא מכוח אנשים אחרים, ואין הוא יודע להסתמך על מעשה מסוים של קניין שהיה בו כדי לגשר בין טענת-זכותו לחזקת הבעלות הקודמת של התובע - אין הוא דווקא מפסיד: די לו שיוכיח את החזקת קודמו, וכיצד הוא בא מכוחו, ואז, על-פי דין "מיגור", תתקשר מאליה החזקה שקודמו זכה אמנם בהחזקתו כדין, מהתובע או ממביאי-כוחו, בגדרי הזכות הנתענת.²¹¹

²⁰⁷ (מ) שו"ע חו"מ סי' קל"ג סעי' ב' ואילך. וכתב הרמב"ם בפ"ה מהל' טוען ונטען הל' ט': "אל תטעה בין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר לדברים שדרך להשאיל ולהשכיר, כמו שטעו רבים וגדולים, שכל הדברים ראויים להשאיל ודרך להשאיל... אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחילת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן וליטול שכרן... כגון היורות הגדולות של נחושת שמבשלין בהן בבית המשתאות, וכגון כלי נחושת הטוח בזהב, ששוכרין אותו לכלה להתקשט בו... וכן אם היה לאדם משאר הכלים, ויש לו עדים שהוא משכירן תמיד ומשאילן". אבל נראה שהוכרעה ההלכה נגד דעת הרמב"ם, שדבר העשוי להשאיל ולהשכיר הוא גם כל דבר אשר לאור היחסים בין הצדדים ולפי טיבו של הדבר ומסיבות המקרה יש פנים לומר כי מן הסתם הוא רק הושאל או הושכר: ר' שו"ע חו"מ סי' ע"ב סעי' י"ט והגה שם, ועה"ש שם סעי' מ"א. ור' ש"ך שם, ס"ק צ"א, שמפרש את הסייג בענין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר באופן כל-כך מצמצם, שבא הוא כמעט לידי ביטול הגמור.

²⁰⁸ (מא) שו"ע חו"מ סי' קל"ד.

²⁰⁹ (מב) שו"ע חו"מ סי' קל"ה.

²¹⁰ (מג) שו"ע חו"מ סי' צ', סי' קמ"ט, סי' שני' וסי' שס"ד.

²¹¹ (מד) שו"ע חו"מ סי' קמ"ו סעי' י' וי"ד.

במה שנוגע למקרקעין, שוב, אין המחזיק נאמן בטענת הקנייה מהתובע או ממביאי-כוחו, על יסוד עצם העובדה שהוא מחזיק בחפץ, כפי שהדין הוא במיטלטלין, אלא צריך הוא להוכיח יתר-על-כן כי החזקתו - בצירוף אפשרי של החזקת מביאי-כוחו - נמשכת זה שלש שנים רצופות בתנאים הדרושים, כפי שנברר להלן²¹². טעם הדבר הוא, שחזקת המקרקעין היא שהם נקנים בשטר; שלש שנים - חזקת הקונה שהוא שומר את שטרו, ואילו אם אין שטר בידו - יש לפקפק בטענותיו, ואין הוא נאמן אלא בראייה עובדתית; אבל אחר שלש שנים - מתוך שאין לחייב אדם לשמור את שטרותיו לעולם - מחזירים לשכם התובע את נטל ההוכחה שאמנם לא היה שטר למחזיק או למביאי כוחו, ואגב כך גם-כן, בין אם היה שטר או לא, שאמנם החזקת המחזיק איננה כדין²¹³.

[[59]] "התנאים הדרושים" שאמרנו הם משני סוגים מצטרפים. מצד אחד מתייחסים הם לטיב ההחזקה - ועל אלה נעמוד בסעיף מיוחד בהמשך, אחר שנברר מה טיבו של מושג ההחזקה בדיני ישראל בכלל. מצד שני מתייחסים התנאים להתנהגות התובע או מביאי כוחו: הנחוץ הוא שלא יהא מעשה גלוי של מחאה מצידם במשך שלש שנות ההחזקה, ושל העדר המחאה לא יהא הסבר נאות²¹⁴. אמנם, הטיב המיוחד הנחוץ בהחזקה - אף הוא בעצם אינו אלא פרי השיקול, שהעדר התכונות הדרושות בהחזקה הריהו הסבר נאות להעדר מחאה, - ולמעשה חוזרים אפוא התנאים הדרושים ומתגלמים בעקרון מאוחד. אולם, יש הבדל מעשי: המחזיק, מצידו, צריך להוכיח רק את ההחזקה וטיבה המספיק; את המחאה או סבירות העדרה, על אף ההחזקה וטיבה המספיק, צריך להוכיח התובע²¹⁵. על דיני המחאה והסבר העדרה לא נעמוד כאן בפרוטרוט, אך נציין כי המחאה צריכה להיות בפני המחזיק או בפני עדים, באופן ששמועתה תוכל להגיע למחזיק, ואין היא מוכרחה להתבטא דווקא במילות-מחאה מפורשות, אלא די גם במעשה-שליטה הנוגד את טענת המחזיק (כגון התימרות-הקנאה בשטר בהתעלם מזכותו)²¹⁶.

עם זאת יש להדגיש כי חזקת שלש השנים אינה החזקה היחידה העשויה להועיל בהחזקת המקרקעין, לאימות טענת-זכותו של המחזיק. אף אם לא עברו שלש השנים, והמחזיק מוכיח כי התובע או מביאי-כוחו התנהגו בצורה שאין להלמה אלא על-פי הנחה של הכרה בזכות הנטענת - יצטרפו הדברים לכלל חזקה, גם אם אין המחזיק יכול להוכיח את עצם מעשה-הקניין שעליו הוא מסתמך²¹⁷. מצד שני, אף-על-פי שהכלל הוא כי מחאה נגד המחזיק אינה מועילה משעברו עליה שלש שנות החזקה כראוי, ללא מחאה נוספת, - הרי אם נעשתה המחאה בצורת הקנאה הסותרת את טענת המחזיק, לפני שעלתה לו חזקה נגד המקנה על-ידי שלש שנות החזקה ללא מחאה, שוב

²¹² מה) שו"ע חו"מ סי' ק"מ ואילך.

²¹³ (מו) בבא בתרא כ"ט א'; והשווה שם משנה בדף ק"ע עמ' ב' וגמרא בדף קע"א עמ' ב', שאם את הפורע מקצת חובו מחייבים "לשמור שוברו מן העכברים", הרי זה רק משום "עבד לוח לאיש מלוה".

²¹⁴ (מז) שו"ע חו"מ סי' קמ"ג ואילך.

²¹⁵ (מח) שו"ע חו"מ סי' ק"מ סעי' ח', והגהת הרמ"א שם; ותוספות על בבא בתרא כ"ט ב', ד"ה בשכונני גוואי הוא.

²¹⁶ (מט) שו"ע חו"מ סי' קמ"ו.

²¹⁷ (נ) שו"ע חו"מ סי' קמ"ב.

אין המחזיק נאמן נגד הבאים מכוח המקנה על-פי אותה הקנאה, גם אם הוסיף בינתיים והחזיק כראוי יותר משלש שנים²¹⁸. טעם ההבדל הוא, כמובן, שמחאה רגילה אינה מונעת הקנאה מהמוחה למחזיק אף לאחר המחאה, ומשאירה היא מקום אפוא להתקשרות של חזקה חדשה; אך אם נעשתה המחאה בדרך הקנאה - שוב אין המקנה יכול לחזור ולהקנות למחזיק, ואין נשאר אפוא למחזיק על מה להסתמך נגד חזקת-הזכות של התובע, אם אין לו חזקה גמורה לזכותו שלו כבר מלפני אותה הקנאה. [[60]]

ד. חזקת-הזכות שמכוח החזקה ודיני ההתישנות - הערכה ביקורתית

דינים אלה שהזכרנו באחרונה מדגימים באופן מובהק כיצד לא רק חזקת-הזכות שמכוח החזקה במיטלטלין, אלא גם **חזקת שלש השנים** במקרקעין נשארת מעורה לחלוטין מבחינה מהותית, **בדיני הראיות**. אולם, חזקת שלש השנים במקרקעין היא מטבע הרכבה הרבה יותר איתנה מהחזקה במיטלטלין, במה שנוגע לסופיות משמעותה הקניינית. ראינו כי חזקת המיטלטלין כפופה לשלל של חזקות נוגדות, העשויות להפוך אותה על-פיה. לעומת זאת, בחזקת שלש השנים במקרקעין מתערב היסוד של חוסר מחאה מצד בעל-הדין שכנגד - ואחר שבעל-דין זה אינו יכול להביא הצדקה להעדר-המחאה מצידו, קשה כמובן שיוכל לחזור ולטעון שאף-על-פי שהוא לא מחא, באופן המעורר תמיהה, מכל-מקום נוטה חזקת המחזיק להיסתר עוד מכיוונים אחרים. באפשרות כזאת יש מידה של סתירה מושגית ממנה ובה. אמנם, אם בעצם טענות המחזיק בדבר מסיבות מעשה-הקניין שעליו הוא מסתמך נמצאים דברים המוכחים על-ידי התובע כשקר - או אפילו שהתובע מראה כי אין הם מתקבלים על הדעת (**וחזקתם** היא לשקר) - תיפגם חזקת המחזיק, גם אם קיימת תמיהה מדוע שתקו התובע או מביאי-כוחו עד עכשיו. אולם, יש לחזור ולהדגיש כי הסיכוי להתפתחות מסוג זה הוא רחוק ביותר. כי באמת, גם אם ניתנות טענות ועדויות להידרש ולהיחקר, אף בדיני ממונות - כדי להוציא הדין לאמיתו, כשנראה לדיין כי בלעדי כן ייצא הדין מרומה²¹⁹, - הרי לכתחילה פטור המחזיק מלטעון טענות כלשהן על מסיבות מעשה-הקניין, ובית-הדין גם לא יחקור אותו ולא ירשה לחקרו על אותן מסיבות, אם התובע לא יראה כבר קודם-לכן חזקת-שקר נגדו; ואילו חזקת-שקר כזאת כיצד יעלה התובע, כשהוא בעצמו מסובך במצב מפקפק על-ידי שתיקתו, ובדברי המחזיק אין לו במה להיאחז?²²⁰.

תוצאה זו עשויה להיראות כחורגת למעשה מדיני הראיות בעלמא וכמזכירה את ההתישנות של **המשפט העותמני**, שהיתה נוהגת גם במדינת-ישראל עד הכנסתו של חוק ההתישנות החדש בתשי"ח. לפי שיטה זו, אם הוכיח הנתבע החזקה ללא ערעור בדין במשך תקופה מספיקה, וטען טענת התישנות - שוב לא ניתן לתובע להמשיך בתביעה, - אם הנתבע הסתפק אמנם בטענת

²¹⁸ נא) שו"ע חו"מ סי' קמ"ו סעי' ו'.

²¹⁹ נב) שו"ע חו"מ סי' ל' סעי' א'.

²²⁰ נג) ניתוח זה מבוסס על מיזוג השיטות השונות בפירוש הסוגיה של "בשיכונני גוואי הוא", בבבא בתרא כ"ט ב'. ההנחה היא כי הפירוש הנכון של הסוגיה עצמה הוא כשיטת הרי"ף והרמב"ם, אך גם שיטת הרשב"ם, התוספות והרא"ש היא נכונה במקביל, במסקנותיה ההלכתיות, על-פי עיון אובייקטיבי בעקרונות הכלליים של הדין - ור' שו"ע חו"מ סי' קמ"ו סעי' י"א-י"ב, ופתחי-תשובה שם, ס"ק ה', והשווה גם סי' ק"מ סעי' ד'.

ההתישנות ולא פירש את מקור החזקתו; אבל אם פירש את מקור ההחזקה, יכול היה התובע לחקרו ולהוכיח כי בגזלנות החזיק - ושוב לא היתה מועילה לו טענת ההתישנות²²¹.

[61]] אולם, על אף מידת הדמיון הזאת, באמת נשאר עוד בין שתי הגישות הבדל גדול. במסגרת המשפט העותמני - לפחות כפי שפורש בתקופת המנדט ובמדינת-ישראל - ההבחנה בין נתבע הסותם את טענתו לבין נתבע הפותח פתח לסבכו בדברים היא שרירותית לגמרי: הנחת-היסוד היא כאן שבעבור תקופת-זמן ללא ערעור **מתישנות עצם הזכות לערער** (ולו גם בעקב ההנחה שהערער הערער רומז לקיומה של זכות אמיתית ביד הנתבע) - ולפי זה נוטה דעתנו להתקומם נגד ההבחנה החוזרת ונוצרת **בדיעבד**, שההתישנות תועיל רק לנתבע הזהיר, אבל לא תועיל לנתבע שאינו יודע לערוך את טענותיו או אינו שולט בלשונו (בעוד שהסיכוי המכריע הוא, שדווקא הנתבע הדברן הוא דובר אמת, ואילו הנתבע הזהיר אינו נזהר באמת אלא מפני שיש לו מה להסתיר). לעומת זאת, במסגרת הגישה העברית - שום מושג של התישנות התביעה, על-ידי התערבות הלכתית דיאלקטית נגד מהלך הדין הרגיל, אינו שייך בענייננו בכלל. כל התפתחות הלכתית מתחוללת למעשה **בתוך** דיני הראיות, על-פי הגיונם הפנימי-האורגני; וגם אם הנתבע הערמומי יוכל לפעמים לצאת נשכר מהתפתחות זו יותר מן הנתבע תם-הלב, בדומה לתוצאה במשפט העותמני, הרי תוצאה זו לא תהא כאן על-כל-פנים מחויבת על-ידי חיתוך בלתי-מאוזן של המצב ההלכתי - כפי שהדבר הוא במשפט העותמני, - אלא היא תהא נובעת רק מיחס-הכוחות **העובדתי** שביד התובע והנתבע. **מבחינת ההלכה**, ובהבדל מן המשפט העותמני, אין הדין העברי מונע מן התובע להוכיח את חוסר-זכותו של הנתבע, גם כשהנתבע הוא ערום וטוען את טענותיו בגדרים הנוחים לו ביותר; השאלה היא רק אם הוא יצליח לעשות זאת בפועל, אחר שהניח לעצמו להסתבך במצב הנוטה באופן אובייקטיבי להצביע נגדו ולאשר לכאורה את טענות הנתבע. במצב זה "אין לדין אלא מה שענינו רואות" - ובודאי אין לדרוש מן ההלכה כי תחזור ותרחיב באופן מלאכותי את פתחה לתובע בשעה שההגיון האובייקטיבי נוטה להסתגר דווקא לטובת הנתבע. מה שההלכה יכולה לעשות בתנאים אלה הריהו רק זה, שכשם שאין היא **מרחיבה** באופן מלאכותי את הפתח ההולך ונסגר, כן גם היא לא תסגור אותו באופן מלאכותי - כל זמן שלא נסגר מעצמו; ואמנם, את הדבר הזה עושה ההלכה העברית בהחלט: אם יכול התובע להביא ראיות חיוביות מצידו שתסתורנה את חזקת הנתבע ותראינה כי על אף הכל עוד יש מקום לחזור ולחקרו, שמא ייצא הדין מרומה - מותרת היא לו את האפשרות הזאת גם נגד חזקת שלש השנים, כל זמן שהדין לא נחתך נגדו באופן סופי, בפסק שאינו ניתן לערעור עוד.

אך משהגענו עד כאן שוב יכולה השאלה להתעורר מצד שני, הכיצד באמת אין הדין העברי סוגר את הפתח בפני התובע שהזניח את עניינו במשך תקופה ממושכת ללא הצדקה, - וכיצד נמנע הוא בכלל ממוסד ההתישנות, התופס מקום חשוב כל-כך בשיטות של אירופה?

²²¹ (ד) **בן-שמש**, עמ' 64. לפי החוק החדש, כפי שפורש על-ידי הרוב בבית-המשפט המחוזי, אין נפקא מינה, וגם במקרקעין יכולה טענת ההתישנות להצליח אף אם הנתבע עצמו מודה עם טענתו כי מחזיק הוא בלי זכות (ע"א 270/59, בורנשטיין נגד עזבון לוי - פסקים מחוזיים כ"ד, עמ' 120).

[[62]] את הדיון בשאלה הזאת נגביל קודם-כל בגדרים. כפי שהיתה לנו כבר הזדמנות לראות במהלכו של חיבור זה - יש כמה מיני התישנות, ודרך-אגב כבר ראינו גם-כן ששיטת ההתישנות העותמנית, למשל, איננה טובה, ממנה ובה. בדומה לכך אעז ואביע את דעתי במבוא-עניינינו שגם שיטת חוק ההתישנות מתשי"ח במדינת-ישראל - היינו שיטת התישנות תביעות-הזכות בלבד, תוך השארת הזכויות היסודיות בעינין - זו השיטה המקובלת גם, בתחומים מסויימים, בחוק הגרמני והשווייצרי²²² ובמשפט האנגלי²²³ - איננה טובה. הטעם הוא שפתרון כזה נסתר מבחינה הגיונית ומוסרית מתוכו, ובתחום דיני הקניין ממש בלתי-נסבל הוא גם מבחינה מעשית. שהרי אם הזכות קיימת, וידוע שהיא קיימת, וגם ראוי לקיימה למעשה כל אימת שהזכאי מצליח איך-שהוא לתפוס ולהחזיק בדין את שלו - ממילא משמע כי סירוב החייב, מצידו, להיענות לזכאי מוכר כאן כעושה - וכיצד יכול המשפט להכיר בחובה משפטית גמורה ובפטור משפטי לקיימה בעת ובעונה אחת? אין הדבר מסתבר אלא מתוך הסיבוך ההיסטורי שהביא לניתוק הפורמלי הכללי בין מושגי הזכות ותביעת-הזכות במשפט הרומי²²⁴, - כי שום הצדקה מהותית לסוג **מיוחד** זה של התישנות, על מבנהו הפרדוקסלי, איננה נראית. ועל אחת כמה וכמה גרועה שיטה זו בדיני הקניין (שבהם כמעט גם אין היא נוהגת כלל מחוץ לחוק ההתישנות המיוחד של מדינת-ישראל²²⁵), כי כאן מביאה היא לידי כך שנשוא הקניין נשאר בידו של פלוני כדי לממש בו את הקניין בלי זכות למעשה, בעוד שכזכאי בקניין מוסיפים לראות רק את בעל-דברו, אשר הסיכוי המכריע הוא כי לעולם לא יינתן לו להוציא את קניינו אל הפועל²²⁶.

[[63]] נשאר לנו אם-כן להעריך אם דיני ישראל מפסידים משהו על-ידי חסרון ההתישנות שתהא לא רק מפקעת את תביעת-הזכות, אלא גם את הזכות היסודית בעצמה - אבל אף בתחום זה מתעוררת

²²² (נח) ר' לעיל, פרק א' סעי' ה' ס"ק 3.

²²³ (נו) **הלסבורי-סיימונדס**, כך כ"ד עמ' 205. בדומה למשפט הגרמני והשווייצרי, גם במשפט האנגלי העקרון הוא שצמצום ההתישנות לתביעת-הזכות בלבד, בהבדל מעיקר-הזכות, חל רק בזכויות שגם עיקרן הוא **תביעה**. אם עיקר הזכות הוא **קניין במוחזק** (זכות ריאלית), גוררת כאן התישנות התביעה להחזרת הנכס גם את אבדן הקניין בעצמו (**הלסבורי-סיימונדס**, שם, עמ' 204-205). תוצאה זו שונה מן התוצאה המתקבלת על-פי חוק ההתישנות במדינת-ישראל, המסתפק בהתישנות תביעת-הזכות בלבד ("התובענה") גם כשעיקר-הזכות הוא קניין. מבחינה זו מקיים הוא את השיטה של החוק העותמני הקודם.

²²⁴ (נז) ר' **זוהם**, עמ' 283-284; **וינדשייד**, א', עמ' 310-312; **זרנבורג**, א', עמ' 343-346.

²²⁵ (נח) אכן, בגרמניה - כפי שראינו בהערה צ"ג לפרק א' - יש התישנות של תביעת-הזכות גם לגבי זכות הבעלות בחפצים; אך הדברים אמורים רק במיטלטלין ובבעלות קרקעית שאינה רשומה, ועל-כל-פנים נשלמת כאן התישנות התביעה על-ידי דין ההתישנות המקנה של הגזלן, אשר בדרך-כלל היא תפקיע גם את הזכות היסודית של הבעלים הקודמים, במקביל להתישנות תביעתם.

²²⁶ (נט) הסיכוי המכריע - כי בשביל שיוכל הזכאי להיבנות לפחות מדרך **התפיסה** שהזכרנו לעיל, נחוץ - לפי השיטות שבהן התישנות זו נהוגה - לא רק שהזכאי יצליח **לתפוס**, אלא גם שתתישן נגדו התביעה הפוססורית של הגזלן. תביעה כזאת נתונה לגזלן גם במדינת-ישראל - לפחות במה שנוגע למקרקעין - בסיפא של סעי' 24 מחוק שופטי השלום העותמני.

שוב הסתייגות טרומית מתוכו: כי יהא אשר יהא ערך ההתישנות המפקעת, מכל-מקום אין היא יכולה להיחשב כשלעצמה כהסדר מניח את הדעת ביחס לזכויות של קניין.

בזכויות של קניין - וביתר דיוק, קניין **במוחזק**, בהבדל מזכויות של תביעה - משימת ההתישנות היא לא רק לחסן את רכושו של אדם מפני זכויות רדומות של רעהו, אלא גם לקבוע את **שייכותו האקטואלית-החיובית** של הרכוש אשר מבקשים לחסנו מפני זכות בעליו הקודמים: בלעדי כן, עם ההפקעה הגמורה של זכות הבעלים הקודמים, פשוט ייהפך הרכוש מבחינה עקרונית להפקר - דבר שאין בו כמובן פתרון הגיוני להתעצמות המתנהלת רק בין בעלי-דין מסוימים לבדם, - ובמלים אחרות משמע כי בתחום הקניין במוחזק אין ההתישנות המפקעת יכולה להספיק בלי תוצאה מקנה בצידה. צירוף הדברים הזה יכול להתקבל, כפי שראינו, בשני אופנים פורמליים שונים: יכול להיות הסדר שיזכה את המחזיק בקניין בגלל התישנות תביעת הזכאי המקורי והפקעת זכותו כתוצאה מכך - כפי שהדין הוא למעשה בהתישנות המפקעת גבי קניינים במשפט הגרמני והאנגלי, - ויתכן הסדר שלא דווקא יזכה את המחזיק בגלל התישנות תביעת הזכאי, אלא יזכהו מכוח **עצם התמדת החזקתו**, תוך הפקעת זכותם של הבעלים הקודמים רק כפועל-יוצא מן הזכייה הזאת, כפי שמתפתחים הדברים במוסד "ההתישנות המקנה"; אך באמת אין אלה שני פנים של מטבע אחת, ובסיכום הדברים יכולים אנו עתה לרכז סוף סוף את שאלתנו במוקד מסוים זה: האם אמנם מתקבל היה יותר על הדעת לו אימץ גם המשפט העברי איזה דין של זכייה גמורה למחזיק והפקעת הקניין של הזכאי המקורי בעקב התמדת ההחזקה ללא מחאה במשך תקופה ממושכת?

בקשר לכך יש לציין שעצם האפשרות של זכייה גמורה בקניין תוך הפקעת זכות-הערעור מן הצד שכנגד, בעקב נוהג ממושך ללא מחאה, אמנם איננו לחלוטין זר גם למשפט העברי. כוונתנו לזכות-החזקה **בשעבוד-שכנים**. לעניין זה ידועות שתי שיטות עיקריות כפי שהערנו לעיל²²⁷: שיטת הרמב"ם, לפיה זוכה אדם בשעבוד לעשות בחצרו שימוש המזיק לשכנו, או לקיים בחצר שכנו תשמיש לעצמו, אם השכן ידע על הנזק או על התשמיש ושתק, - ולעומתה שיטת בעלי התוספות, לפיה גם כאן אין זכייה גמורה, אלא רק **חזקת-זכות** בעקב נוהג הנמשך לפחות שלש שנים. אולם, יש פנים לומר כי הפירוש הנכון, לפי מקור הדברים במשנה ובגמרא, הוא לא בדיוק כשיטה האחת או אחרת, אלא באמצע: אמנם, אין בעל התשמיש או הנזק זוכה לאלתר, משאך ראה השכן ושתק; אבל אם נתקיים הנוהג שלש שנים רצופות בלי הסבר נאות לשתיקת השכן, באמת אין כאן רק חזקת [[64]] זכות בלבד, הניתנת עוד מבחינה עקרונית לסתירה, אלא יש זכייה גמורה למפרע, מכוח המחילה, המיוחסת לשכן השותק, במוחלט²²⁸. והנה, תוצאה זו, אמנם היא הגיונית וטובה

²²⁷ (ס) הערה ט' בפרק זה.

²²⁸ (א) מסקנה זו מסתברת מטעמים אחדים. ראשית מן הבחינה המעשית הפשוטה, אי-אפשר לתת תוקף לשיטת הרמב"ם באופן מילולי, שבעל התשמיש או הנזק יזכה על-ידי שתיקת חברו "לאלתר"; שהרי השכן השותק יוכל בדרך-כלל להסביר את עיכוב המחאה, בטענה שבשימוש חד-פעמי אמנם לא היה אכפת לו, אבל לו ידע כי חברו מתכוון למצב של קבע - ודאי היה מוחה. הנוהג מוכרח אפוא תחילה להיפך לנוהג נמשך וקבוע, לפני שנאמר כי שהיית המחאה, אפילו רגע אחד עוד, חזקתה הגמורה מחילה; וסתם נוהג נמשך וקבוע בפרק "חזקת הבתים", שבו הדברים מופיעים, הוא נוהג שלש שנים. ובזה מגיעים אנו גם להסבר **הפורמלי** של המסקנה המוצעת, כי במקור הדברים במשנה ובגמרא לא נאמר אף-פעם כי הכלל שדין

ביחסים בין שכנים ; כי כאן אין לנו עניין באדם **הבא מעלמא** ופוגע בזכות חברו, או באדם המפר יחסים חוזיים, אלא העניין [[65]] הוא בפגיעה המתקיימת ללא מחאה במהלך-החיים הרגיל, אשר שני הצדדים מנהלים יחד זה בצד זה - וההנחה העולה על הדעת היא אפוא באמת, שהנפגע לא סתם הזניח את תביעתו משום-מה, אלא מלכתחילה, מתוך רגש של "שכנות טובה", הוא לא ראה עצמו נפגע כלל: הוא הסכים לנוהג השכן וקיבל עליו לשאתו, אם במפורש ואם בסתר-לב, - ושוב אין מן הראוי לאפשר לו לחזור בו ולהוציא בכך את חברו מסדר-החיים, שהלה הספיק להשתרש בו **כדין**.

לעומת זאת, מעבר ליחסי השכנים, שאלת ההתישנות בגדרים ההגיוניים שקבענו נשארת באמת רק שאלת ההכשרה של יחס ומצב המוכרים מלכתחילה בהחלט **כנוגדים את הדין**; ונראה לי שהמשפט העברי לא נגרר למתן הכשרה זו, לא רק מפני שהיא בלתי-מוסרית על-פי איזה "צו קטיגוריי", העומד מעל כל שיקול, אלא הוא לא נגרר לדבר מפני שעצם תודעת אי-המוסריות המובלעת במושג של "הכשרת הגזלה" - ולו גם כעבור שנים ארוכות ובעקב הזנחת התביעה - אינה אלא פועל-יוצא משיקול **הגיוני** מכריע, הגלום בטבע העניין.

כי מה פירוש השיקול האירופי, מצידו, שלמען היציבות והבטחון במצב הקיים - כדי לשחרר את הבעל-התובע מחובת "ההוכחה השטנית" לזכותו, או כדי לשחרר את ה**נתבע** מן החובה לשמור את שוברו מן העכברים, או כדי לתת תוקף להנחה שהמזניח את תביעתו הוא בעצם מוחל, וכדי לעודד על-כל-פנים את הטיפול בנכס מוזנח - ראוי לעקור את הזכות המיושנת ולהכשיר את העושק והגזלן כנגדה? הלא בודאי, כדי להתגבר על קשיי "ההוכחה השטנית", מספיק להגמיש פשוט את דיני הראיות ולהצמידם להגיון-החיים, כפי שבאמת ראינו בדין העברי גם בלי התישנות מקנה ומפקעת; כמו כן, גם כדי להתגבר על הספק, שמא היו בידי הנתבע ראיות שאבדו, או שהתובע כבר מחל לו

ה"חזקה" במקרקעין זקוק לשלש שנים אינו חל בשעבודי-שכנים; אדרבה: דין ה"חזקה" במקרקעין בדרך-כלל ודין ה"חזקה" בשעבודי-שכנים נידונים במאוחד, בצילו של הכלל האמור. אולם, מצד שני, יש אסמכתא מפורשת **נגד שיטת בעלי התוספות**, הבאה לאחד את שני מיני ה"חזקה" לגמרי. לפי הגמרא בבבא בתרא כ"ט א', הטעם לדין ה"חזקה" במקרקעין **בדרך-כלל** הוא לאו דווקא בזה ש"שתא קמיינתא לא קפיד איניש, תרתי לא קפיד, תלת קפיד", אלא בזה ש"שתא קמיינתא מיזדהר איניש בשטריה, תרתי ותלת מזדהר, טפי לא מזדהר"; אך במה שנוגע **לשעבודי-שכנים** (או שעבודי שכנים-שותפים, שעניינם באמת היינו הך) מסבירה דווקא הגמרא להפך (שם, דף נ"ז עמ' ב'), שדין ה"חזקה" כאן הוא לא משום סברת איבוד השטר, אלא משום גילוי חוסר-קפידה מצד הנפגע. יוצא אפוא בבירור שבתחום זה באמת אין עוד עניין של חזקת-זכות בלבד, הניתנת לסתירה, אלא העניין הוא במחילה וזכייה במוחלט, - ולו יהא שכך רק כעבור שלש שנים לפחות, ותוך מיזוג כביכול של שיטת הרמב"ם ושיטת בעלי התוספות יחד. מלבד זה, יתכן שלאמיתו של דבר המסקנה המוצעת אף אינה כלל מיזוג של שיטות שונות, אלא היא רק משחזרת את המשמעות הנכונה של שיטת הרמב"ם עצמו (והגאונים שעליהם הוא מסתמך), אחר שנוסח השיטה הזאת, כפי שהוא מצוי בידנו, אולי הוא פשוט מקוצר. כי אכן, גם לפי המסקנה המוצעת, הזכייה היא למעשה **לאלתר**, משראה השכן את הפגיעה ושתק ומחל; אלא שמסקנתנו מבהירה, כי זכייה זו - החלה לאלתר - אינה גם **מתבררת** לאלתר, אלא מתבררת היא רק למפרע, משנתקיימה הפגיעה שלש שנים. עם זאת יש לציין כי במקום שהכוונה לקביעות השימוש עשויה באמת להתברר באופן חד-משמעי גם לפני תום שלש שנים, נראה שאף מבני הסיעה שנגד הרמב"ם יש מודים כי החזקה - או זכות-החזקה - נוצרת מיד כשכוונת הקביעות מתבררת באופן חד-משמעי: הגהה על פסקי הרא"ש על בבא בתרא פ"א סי' י"ד.

את חובו מסתמא, מספיק פשוט לצרף את גורם הזמן למשקל ה**ראיות** הכללי - וכפי שאמנם אף זה נעשה במשפט העברי²²⁹. ואילו כדי לעודד על-כל-פנים את הטיפול בנכס מוזנח, הדרך הפשוטה היא לקבוע שגם הגזלן לא יקופח בשכר המאמץ שהוא משקיע בשבח, ואין הכרח לזכותו דווקא בנכס המושבח בעצמו - שהרי עידוד כזה אינו כבר עידוד לטיפול בעלמא, אלא הוא מלכתחילה עידוד לנסיון של גזלה. יוצא אפוא כי "היציבות והבטחון" הניתנים על-ידי דין ההתישנות האירופי, באמת רחבים הם מן הנחוץ למירב היציבות והבטחון של אינטרסים כשרים, ומחסנים הם את הצד המוחזק גם כשלצד שכנגד יש עדיין ראיות כל [[66]] כך רעננות ומשכנעות שעשויות הן להאפיל על כל החזקות הנוגדות העולות משתיקתו וממשך הזמן כאחד²³⁰. אולם, כשראיות מסוג זה נמצאות, ממילא משמע שמסיבות המקרה לא תהיינה כאלה שבהן השתרש בינתיים המחזיק בסדר דברים שניתן לו להאמין בכשרותו בתום-לב, או לפחות במידה של סבירות, אלא בהכרח ימצא גם שאם אמנם השתרש המחזיק בינתיים באיזה סדר-דברים, הרי הוא השתרש בו **מדעת העושק או הגזלה הכרוכים בו** - ומה טעם לחסינותו של מחזיק שכזה? יתכן שבשיטות האירופיות נמצא הכרח להתפשר עם הפלג זה, משום שלא נמצאה בהן הדרך להעמיד את פתרון-העניין על גדריו המדויקים; אך הדין העברי מצא את הדרך, באותה שיטת חזקות שתיארנו, ושוב לא היה לו צורך - ואין לו גם צורך כיום - בתוספת הפתרון המלאכותית והסוחפת של מיני "ההתישנות".

במידה שגם השיטות האירופיות מצידן מהנות מן התישנות רק את המחזיק תם-הלב לבדו - נחזור עוד ונעריך לעומת המשפט העברי, כשנגיע לדון בזכויות הקונה בתום לב, בפרק האחרון של מחקרנו.

ה. חזקת-הזכות ומשטר רישום הזכויות

אולם, משייצבנו את מעמד חזקת-הזכות של הדין העברי כנגד דין ההתישנות האירופי, עדיין עשויה השאלה להתעורר, מה בכלל ערכה של חזקת-הזכות בימינו, לנוכח התפשטות המנהג של רישום הזכויות במוסד ציבורי מרכזי ופסילת כל מיני טענות שאינן יכולות לבוא על ביסוסן בעסק רשום? הדבר חשוב ביחוד בזכויות מקרקעין, וננסה אפוא לבדוק ביחוד עד כמה באמת ראוי מנהג זה לפגוע במשמעות האקטואלית של **חזקת שלש-השנים**.

²²⁹ (סב) ר' ההלכה הקובעת כי משנשתה מלווה בתביעתו בלי הסבר, עד שנראית בדבר סכנת דין מרומה, הרי גם אם יש ראיות למלווה, הנוטות בסתם לאשר את זכותו ואת התמדתה בעינה, אין הוא נאמן אלא אם יוסיף ויוכיח עוד, באופן חיובי, שעל אף חזקת הזמן המצביעה נגדו, באמת הוא לא מחל על זכותו ולא נפרע אותה באופן אחר: שו"ע חו"מ סי' ס"א סעי' ט' והגהת הרמ"א שם.

²³⁰ (ג) במנין החזקות האלה יש לציין ביחוד את חזקתו של מחזיק הבא מכוחו של אחר. את חזקתו של מחזיק כזה לא יוכל המערער לשבור על-פי הדין העברי, גם אם מביא-הכוח עצמו יבוא ויעיד כי רימה את בא-כוחו וכי הכוח שמסר לו היה כוזב. ההנחה תהיה כי העד משקר דווקא עכשיו, אחר שעשה קנוניה עם המערער - וכדי להעלות חזקת דין מרומה נגד המחזיק יצטרך אפוא המערער להביא דווקא ראיות **אובייקטיביות**, דבר המוכרח ממילא להיות כרוך גם בסתירת תום-לבו של המחזיק בעצמו. ר' פתחי תשובה על חו"מ סי' קמ"ו ס"ק ה.

השאלה תלויה בעמדה שננקוט לשיטת דיני הרישום. נראה לומר, שעצם המשטר של רישום, ביחס לכנסים כמקרקעין, בודאי הוא רצוי גם מנקודת הראות של דיני ישראל; אך השאלה היא אם משטר הרישום **הטוב** צריך דווקא לפסול לחלוטין כל נסיון הקנאה בלי רישום, כשהזכות העומדת להקנאה אמנם הוזקקה מבחינה עקרונית לרישום. אם התשובה תהיה [[67]] חיובית, ממילא יצא כי לגבי כל הזכויות מסוג זה לא תוכל עוד החזקה להועיל; אך נראה לומר כי תשובה חיובית אינה יכולה כאן להיות מעשית. יש אלף סיבות ואחת, שבגללן עשויים בני-אדם לבכר הקנאה שתחול לאלתר, תוך השהיית הרישום (כגון שצופים הם לאפשרות של חזרה, או חוששים לאי-תשלום המחיר, או קשה להם לבצע את הרישום לאלתר מסיבה טכנית כלשהי)²³¹. אין גם אפשרות למנוע שאנשים המעוניינים בכך יגשימו את הדבר למעשה; שהרי גם אם יקבע הדין כי להתיימרות הקנאה בלי רישום לא יהא תוקף, מכל-מקום הוא לא יוכל למנוע, למשל, העברת החזקה תוך קבלת מחיר, ותוך התנאה כי המקבל יאכל פירות ולא יהא אחראי לשום נזק לגופו של הנכס²³². במלים אחרות, פסילה מוחלטת של כל הקנאה בלי רישום מוכרחה מטבע הדברים להיפך רק למשחק מלים בעלמא, כל אימת שהצדדים ידלגו על פני שמו המשפטי של העסק ויגשימו את תוכנו המהותי - ולמעשה, גם אין שום סיבה שהמשפט יתעקש על הפסילה המוחלטת. כל עניין הרישום אינו נועד אלא להגן על **לוקח בתום-לב**, שזה לא יצטרך לחשוש שמא האדם המקובל עליו כבעל הנכס הקנה כבר בסתר לאחר, והאחר יופיע אחר-כך ויתבע זכות עדיפות לעצמו; אבל תכלית זו יכולה לבוא על סיפוקה הגמור גם אם הקנאת-הסתר לא תהא בטלה לגמרי, אלא היא תתקיים לה על תנאי, כל זמן שהדין ודברים לא יחרוג מחוג הצדדים המקוריים שהסכימו עליה, ורק לכשאמנם תתבצע רמאות, ואדם ידמה בתום-לב לקנות את הנכס בהסתמך על רישומו הפומבי של המקנה, תהא זכותו שלו עדיפה והקנאת-הסתר תתבטל למפרע. - במסגרת פתרון כזה, ממילא תישאר גם משמעות חזקת שלש-השנים בעינה, בכל הנוגע ליחס בין המחזיק לבעלים הרשומים. אלא שעם זאת תצטרך להיקבע על-כל-פנים תקנה מיוחדת, כי חזקת-הזכות תועיל לא רק למחזיק **כנתבע**, אלא היא תועיל לו גם **בתביעה אשר יינתן לו להגיש מציאו**, במטרה להשלים בין חזקת-השנים לחזקת-הרישום ולהעביר את רישום הנכס לשמו. [[68]]

²³¹ (סד) השווה דברי השופט לנדאו בפסק-דינו בע"א 73/53 (זילברשטיין נגד פלק, פסקים עליונים י"ז, עמ' 378, בעמ' 401): "אפשר לטעון שאדם הקונה דירה... אל ישלם כסף ואל יכנס לדירה לפני ההעברה בספרי האחוזה. זאת עצה מצוינת להלכה, אבל אין בה שום נחמה לקונה, שלא יוכל להשיג דירה מפני שהקבלן אינו מסכים למכור לו אותה בתנאים אלה".

²³² (סה) בפקודת העברת קרקעות בימי המנדט, נעשה נסיון למנוע את הדבר על-ידי הוראה, שהעברת ההחזקה במקרקעין אגב התיימרות הקנאה בלי רישום תגרור קנס בשיעור רבע מערך המקרקעין (שם, סעי' 12), אך למעשה לא הופעל דין זה מעולם. גם **בגרמניה ובשווייצריה**, ששם מקובל בצורה המובהקת ביותר העקרון כי אין הקנאת מקרקעין אלא ברישום, אין שום מניעה לעקיפת הדין הזה למעשה - ואדרבה: התוכן הממשי של הבעלות בקרקע, היינו הזכות לאכילת פירות ונטל האונסים, עובר כאן מן המקנה ללוקח, על-פי הוראת החוק בעצמו, לאו דווקא עם הרישום, אלא עם המסירה המעשית (בג"ב, סעי' 446), או משעת החוזה (חוק החיובים השווייצרי, סעי' 185), או משעה שנקבעה למסירה (שם, סעי' 220).

ו. החזקה ישירה ועקיפה, בעל-בית ושומר

נחזור עתה מבעיות הביקורת אל המשך הסקירה של מערכת מושג ההחזקה העברית, כפי שהיא בנויה מן הבחינה **העובדתית התוכנית** - ונתעכב קודם-כל על הדין, שכדי שתיווצר חזקת-זכות מכוח החזקת החפץ וטענה בצידה, אין הכרח כי החפץ יוחזק דווקא במישרין על-ידי הטוען בעצמו.

כפי שראינו, יכול המחזיק ליצור בטענתו חזקת-זכות לא רק לעצמו, אלא גם לזולת - אך חזקת-הזכות לזולת יכולה להתקבל גם מתוך צירוף-דברים מורכב קצת יותר, והיינו שמלכתחילה לא תישמע הטענה מפי המחזיק-הישיר, כי אם מפי הזולת בעצמו, וחזקת-הזכות תיווצר כשיוכח כי המחזיק תומך אמנם באותה טענה. לשם הוכחה כזאת אין הכרח שהמחזיק יאשר את המענה במו פיו, אלא די שיוכח בראייה אובייקטיבית כי המחזיק מסמך את החזקתו למעשה על זכות נעלה מזכותו שהוא מיחס לטוען²³³.

אולם, בקשר לכך יש להבחין. אם המחזיק מודה בטענת חברו, או אפילו כשהוא עצמו טוען לו ומייחס לו את הזכות, אלא שהוא מצידו אינו מסמך את החזקתו על אותה זכות שהוא מייחס לחבר, והוא מחזיק שלא בטובתו של הלה - אמנם תיווצר חזקת-הזכות לזולת, אבל שום **זיקה הדדית** במערכת ההחזקה לא תיווצר בין השניים. המחזיק ייחשב ויידון בהכרח **כגזול**, המחזיק בלי זכות (אלא אם למעשה הוא **טועה** או מכזב בייחוס הזכות לחברו, והזכות הגמורה להחזיק בחפץ היא רק שלו בעצמו)²³⁴ - ואילו החפץ ייחשב ממילא כעומד מחוץ להחזקת האדם שהזכות מיוחסת לו, באופן שכל כוח משפטי התלוי בהחזקה יימנע מאתו²³⁵. אם לעומת זאת מסמך המחזיק את החזקתו על הזכות שהוא מייחס לזולת, והיינו שמחזיק הוא לא רק תוך הכרה בעודף-זכותו של הלה, אלא הוא גם מחזיק **ברשותו**, או לפחות על-פי הרשאה שיכול הוא לייחס לזולת מסתמא - אחר שבא הוא להחזיק בחפץ רק כדי לשמרו ולקיימו לטובתו של הלה, בהיות שהחפץ לא היה משתמר כך באופן אחר, - מתקשר מעמד ההחזקה בין שניהם. המחזיק-הישיר נשאר כאן מחזיק באשר הוא **מחזיק בחפץ בפועל**, ואילו חברו נעשה גם-כן מחזיק **באמצעותו**, במקביל, באשר המחזיק-הישיר מחזיק בשבילו, כהמשך או תחליף של **ידו**, או כאילו היה הוא עצמו מחזיק על-ידי מכשיר כלשהו. אף-על-פי-כן, כדי להגדיר את הקשר בין המחזיק הישיר לעקיף בדיני ישראל, לא נסתפק באמירה שזה הראשון מחזיק **בשביל** חברו, אלא נדייק ונאמר כי הוא מחזיק **משמו** של חברו; כי המחזיק הישיר - יתכן אמנם [[69]] שקודם-כל הוא יחזיק לאו דווקא בשביל חברו, כי אם לעצמו (כגון שהוא שוכר או שואל), והחזקתו תועיל לחברו רק באגב - באשר על-כל-פנים, תוך הקפדה על גדרי הרשות של המחזיק הישיר יובטח ממילא גם עודף עניינו של הצד שכנגד. מן הבחינה הסובייקטיבית של **דעת המחזיק**, מכריע כאן אפוא לאו דווקא המבחן של **תכלית** ההחזקה, כי אם מבחן **ההתייחסות לזכותו של הזולת**, ונראה כי בדברנו על החזקה **"משמו"** של הזולת תופסים אנו את צירוף-הדברים הנכון והשלם הנחוץ לענייננו, והיינו **הכרה בזכות הזולת והיזקקות אליה גם יחד, בין בהסכם ובין בלעדיו**. האיש המחזיק משמו של חברו ויוצר באופן כזה

²³³ סו) שו"ע חו"מ סי' ק"מ סעי' ח' וט'.

²³⁴ סז) דוק בכלל, ש"אפילו הלוקח בשאלה, שלא מדעת הבעלים, נקרא גזול" (שו"ע חו"מ סי' שני"ט סעי' ה').

²³⁵ סח) דוק בשו"ע חו"מ סי' שני"ד סעי' ו'.

זיקת החזקה סולמית בין שניהם קרוי **שומר**²³⁶, ואילו את האיש שמשמו מחזיק השומר יכולים אנו לכוונת בכינוי הטכני של **בעל הבית**²³⁷.

בקשר לכך יש לציין, שכשם שחזקת-הזכות יכולה להתקשר לטובתו של אדם באמצעות החזקתו של אחר, שאינו דווקא שומר משמו, כן יתכן גם להפך: שאפילו החזקתו של שומר **לא תועיל** להתקשרותה של חזקת-זכות לטובת בעל-הבית - וזה כשהשומר אינו יודע מי הוא בעל-הבית שלו, - כפי שיכול לקרות, למשל, כשהחפץ בא לשומר בדרך מציאת אבדה או אגב עזבונו של מוריש. במקרה כזה, גם אם בעל-הבית ידע מי הוא המחזיק את החפץ משמו-בעילום, הוא לא יוכל להסתמך על כך לזכותו - לא במשפט עם שלישי שיתבע את הזכות לעצמו, ולא במשפט עם השומר, שיטען כנגדו שמא בעל-הבית האמיתי הוא אחר. כי כמובן, בינתיים - השומר אינו שומר כלל משמו, אלא רק משמו של **פלוני**, - ורק משיתברר לשומר בראיות חיצוניות מספיקות כי הטוען המסוים הוא הוא פלוני, אמנם יושלם ביניהם יחס השמירה אינם מותאמים באופן מהותי לעניין חזקת-הזכות עיונית אפשר לסכם אפוא כי גדרי יחס השמירה אינם מותאמים באופן מהותי לעניין חזקת-הזכות דווקא, אלא יחס זה עשוי להועיל כאן רק באגב, לא בכל אפשרויותיו ובמקביל גם ליחסי מחזיק וטוען אחרים, **שאינם** נתפסים בגדריו. מהו עניינו המהותי של יחס השמירה בעצמו, נברר בשלב מתקדם יותר של מחקרנו.

לגבי המושגים של שומר ובעל-בית יש להוסיף כי היחס הגלום בהם אינו מוכרח להצטמצם דווקא במסגרת דו-צדדית בלבד: השומרים יכולים לבוא בשרשרת, איש משמו של רעהו (כגון קונה-לפירות, שוכר ומוצא, שהשוכר שכח את החפץ בביתו), ואז הם יצוינו במספרים סידוריים, החל [[70]] מן הגבוה שבהם, כשומר ראשון, שני וכו' - וכבעל-הבית נכנה לא רק את בעל החפץ, שכל השומרים מחזיקים ממילא משמו, אלא גם את כל אחד משומרי-הביניים לגבי השומרים הבאים אחריו²³⁸. כנגד השיטות האירופיות נדגיש, שבדיני ישראל אין מוציאים ממערכת ההחזקה גם את מי שאינו מחזיק את החפץ אלא כמסעד או בן-בית: גם אלה, אחר שמחזיקים הם משמו של בעל-הבית במובן שאמרנו, נהפכים הם לשומרים²³⁹. מצד אחר מובהר במקורות העבריים בפירוש כי

²³⁶ (ט) משנה שבועות פ"ח מ"א; שו"ע חו"מ סי' רצ"א, ש"ג, ש"ד, ש"ו, ש"ז, ש"מ, וסי' רס"ז סעי' ט"ז - כל זה לעניין מיני השומרים; ור' בדברי הריטב"א המובאים בשיטה מקובצת על בבא מציעא כ"א ב', שיד השומר "כיד הבעלים", וכן בפ"ו מהל' נזקי ממון הל' ו', שהחפץ העומד בהחזקתו של שומר עומד ממילא גם בהחזקת בעליו.

תקופת מה לאחר שדברים אלה נכתבו נתקבל בכנסת של מדינת ישראל חוק השומרים, תשכ"ז. בסעי' 1(א) של חוק זה מוגדרת השמירה כ"החזקת נכס כדין שלא מכוח בעלות" - תוך התעלמות מדעת השומר להחזיק את הנכס משם הבעלים. פרכת ההגדרה הזאת מתבררת אם נשים לב שעל פיה גם הרמת נכס של הפקר, לשם בדיקתו, היא בגדר שמירה. כמו כן מוציאה הגדרה זו מתוכה את השומר לגזלן.

²³⁷ (ע) על-פי שו"ע חו"מ סי' רצ"א סעי' כ"ד, כ"ה. המושג "בעל-הבית" אמנם אינו מיוחד דווקא לענייננו, אלא מציין הוא יחסי-אדנות שונים בדיני ממונות: השווה סי' של"ב ושל"ג שם.

²³⁸ (עא) דוק בשו"ע חו"מ סי' רצ"א סעי' כ"ג-כ"ו.

²³⁹ (עב) שם וכן סי' שצ"ו סעי' ט'.

שרשרת ההחזקה אינה מוכרחה להיות דווקא חד-כיוונית : בעל-הבית יכול בעת ובעונה אחת להיות גם שומר משמו של השומר המחזיק משמו, כגון שבעל החפץ משכירו לאחר וחוזר ושואלו לשימוש מאתו²⁴⁰. ולבסוף נעיר כי בעל-הבית בשמירה אינו מוכרח להיות כמובן הבעל האמיתי של החפץ : יתכן שהחפץ יוחזק משמו של גזלן²⁴¹, ואז ייחשב הגזלן כבעל-הבית בשמירה, בעוד שהבעל האמיתי ייעדר ממערכת ההחזקה בכלל.

אשר לשאלה אם פלוני מחזיק רק לעצמו או כשומר, ההנחה היא כי טיב החזקתו של אדם נשאר להיות מה שהיה בתחילה²⁴², - ומאחר שסתם מחזיק הוא בודאי מחזיק לעצמו, הרי שהחובה להוכיח את ההפך, שהאיש החזיק כשומר, חלה על הטוען כך²⁴³. והדבר יוכח בדרך-כלל על-ידי הוכחת הקניין או ההרשאה בין הצדדים ביחס לחפץ, אך תיתכן גם הוכחה על-פי המסיבות : אם, למשל, המדובר במוצא אבדה, ההנחה היא כי אין הוא מתכוון לגזול לעצמו, כי אם להחזיר לבעלים²⁴⁴; אדם הפועל בהשגת החפץ בשליחות חברו אינו נאמן לומר בדיעבד כי לעצמו החזיק²⁴⁵; וכן, כשלפי מסיבות אחרות מסתבר שהאיש לא היה בא להחזיק את החפץ אלא בשמירה לחברו (כגון אומן בחפצי מלאכתו), החזקה היא שאמנם החזיק ככה²⁴⁶. הודה האיש כי מלכתחילה החזיק לחברו - שוב אין הוא נאמן לחזור בו ולטעון כי החזיק לעצמו²⁴⁷. משהוכח כי תחילת החזקתו של האיש היתה כשומר, ולא הוכח כי לאחר מכן הוא קנה את החפץ לעצמו, הריהו נהפך על-כל-פנים למחזיק לעצמו (או לשלישי), אם נוהג הוא בחפץ מחוץ לגדרי רשותו כשומר (מעשה "שליחות-יד"), או - כשבתבעו להחזיר, כופר הוא בזכות בעל-הבית הראשון או מעלים הוא את החפץ מלהחזירו; אך עצם ההכרזה בלבד כי מתכוון הוא לכבוש את החפץ לעצמו אינה מספיקה²⁴⁸. [[71]]

ז. משמעות ההחזקה לעניין האחריות בנזיקין

מושג השומרים מביא אותנו למשמעות השניה של ההחזקה בדיני ישראל, היא **משמעותה בדיני הנזיקין** - כי לבד ממה שנוגע לדיני אחריות השומר כלפי בעל-הבית, הרי את עיקר דיני השומרים מוצאים אנו כאן.

כפי שהמעין יווכח, אין משמעות זו נזכרת בכלל במניין משמעויות ההחזקה שסקרנו **ביבשת אירופה**. כאן העקרון הוא שבעיית האחריות בנזיקין נפתרת תמיד בסמיכות ישירה לשאלה המופשטת, אם היתה בדבר פשיעה ואם לא - ואין מיון שיטתי של מיני מצבים כדי לקבוע בהם

²⁴⁰ עג) בבא מציעא ל"ה ב'.

²⁴¹ עד) בבא קמא ע"ט א'.

²⁴² עה) שו"ע חו"מ סי' קמ"ט ואילך.

²⁴³ עו) ר' לעיל, בדברים המוערים בהערות ל"ד ול"ה.

²⁴⁴ עז) שיטה מקובצת על בבא מציעא כ"ב א', בדברי הריטב"א.

²⁴⁵ עח) שו"ע חו"מ סי' רס"ט סעי' ו' וסי' קפ"ג.

²⁴⁶ עט) שם, סי' קל"ד, קל"ה.

²⁴⁷ פ) ש"ך על חו"מ סי' רס"ט ס"ק א'.

²⁴⁸ פא) שו"ע חו"מ סי' רצ"ד וסי' רצ"ב.

כללים להתנהגות האדם ולהערכת הפשיעה מצידו מלכתחילה²⁴⁹. רק במקרים מיוחדים ויוצאים מן הכלל מתקשרת האחריות באופן עקרוני לזיקתו של אדם מסוים אל החפץ שהיה מעורב בגרימתו של הנזק. כך, לנזק הנגרם על-ידי בעל-חי, אחראי **בצרפת ובאיטליה** מי שהוא בעל החי או מי שמשמש בו בשעת המעשה²⁵⁰; **בגרמניה ובשווייцריה** אחראי "המחזיק", אבל לא המחזיק במובן המשפטי שסקרנו לעיל (besitzer) כי אם במובן אחר, בלתי-מוגדר: derjenige welcher das Tier hält, או ה-Tierhalter, וכן מי שמתחייב בחוזה כלפי ה-Tierhalter להשגיח על בעל-החי²⁵¹. שנית, במקרה של **התמוטטות** בניין, אחראי בצרפת, באיטליה ובשווייцריה בעל הבניין²⁵², ואילו בגרמניה אחראי - בכפוף לדיוקים שונים - המחזיק במובן המשפטי שסקרנו²⁵³. מלבד זה, אמנם מדובר **בצרפת ובאיטליה** על אחריות עקרונית הנובעת מן העובדה שהחפץ המעורב בגרימת הנזק היה "בשמירתו" של אדם מסוים (garde או custodia), אך למעשה גם בזה אין הכוונה להסדר כללי של אחריות הקשורה **בחובת שמירה** ובהפרת החובה הזאת, אלא הכוונה היא רק לאחריות מוחלטת החלה במקרים מסוימים על אדם שמיחסי לו את שמירת החפץ - וב"שמירה" אין מתכוונים למשהו המתלכד עם "פוססיה" או "דטנציה", כי אם למשהו מקביל המסתכם במושג של "פיקוח" (surveillance)²⁵⁴. בדומה לכך מטילים חוקים שונים בגרמניה ובשווייцריה אחריות מיוחדת על ה-inhaber או ה-halter (בלשוננו, בלית ברירה, נתרגם שוב: מחזיק) של מתקן-כוח, מכונית או מטוס²⁵⁵ - ונראה שבזה מתמצה הרשימה, לפחות בפרטיה הבולטים, בשיטות של יבשת אירופה הנסקרות על-ידינו.

[72]] יותר קרובה לענייננו היא הגישה **האנגלית**, אך גם כאן אין הדברים מתקשרים לכלל שיטה כלשהי. ביחס לנזקים היוצאים ממקרקע מדברים בדרך-כלל על אחריות ה-occupier²⁵⁶, או לפחות על חזקת-אחריות מצידו, אך כרגיל במשפט האנגלי כפופים הדברים לשורה ארוכה של סייגים, המיוחדים כל אחד לעניינו, והנוטים לעתים קרובות להפוך את עצם הכלל שאמרנו על פיו. הערבוביה מתגברת ביחוד על-ידי כך שאין כאן עקרון מאוחד לקביעת האחריות ביחס למינים

²⁴⁹ (פב) **קולין וקפיטון**, ב', עמ' 145 ואילך; **מסיניאו**, ה', עמ' 530 ואילך; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 918 ואילך; **גוהל**, עמ' 136 ואילך.

²⁵⁰ (פג) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1385; האיטלקי - סעי' 2052.

²⁵¹ (פד) בג"ב, סעי' 833, 834; סעי' 56 של חוק החיובים השווייצרי.

²⁵² (פה) ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1386; האיטלקי - סעי' 2053; חוק החיובים השווייצרי, סעי' 58.

²⁵³ (פו) בג"ב, סעי' 836-838.

²⁵⁴ (פז) **סוואטיה** כרך א', עמ' 421 ואילך; **מסיניאו**, ה', עמ' 586 ואילך. ליתר הסבר אפשר לומר, על-פי מקורות אלה, כי דין האחריות בגין שמירת חפצים משמש כאן את המטרה של הטלת האחריות על אדם פלוני, כשהוא אמור לחזור ולהיפרע ממוסד-ביטוח, או כשעל כל פנים סכנת-הנזק הכרוכה בשימוש בחפץ היא פועל-יוצא מן ההנאה הצמודה לשימוש - בעוד שבלעדי האחריות הזאת היה הנפגע יכול להישאר בלי כל תביעה, אחר שיתכן שלמעשה נגרם הנזק בלי פשיעת איש. מצד אחר, ראה גם בדברי ההקדמה של **ז'ורז' ריפר** לספרו של **סוואטיה**, בעמ' x-xi: "מהי השמירה, שואלים בדאגה בתי המשפט. בעל המכונית, האם הוא עוד שומר אותה אחר שנגנבה? יתכן. ועד מתי? אין יודעים".

²⁵⁵ (פח) **אנקצרוס-להמן**, עמ' 1028 ואילך; **גוהל**, עמ' 138.

²⁵⁶ (פט) ר' ביחס למונח זה לעיל, פרק ב', בסמיכות להערה כ"א.

שונים של חזקות. כי ביחס לנזק מסוג nuisance נוטה המשפט להבליע את חשיבות הגורם של הפגיעה האישית, והדבר עשוי להשפיע בעת ובעונה אחת הן בכיוון של הטלת אחריות מוחלטת על ה-occupier, הן בכיוון שחרורו הגמור כשגורם הנזק הוא זר; מצד שני, בנזקים הנזקקים לדין ה-negligence, לכאורה רק גורם הפגיעה האישית הוא הצריך להכריע, ועם זאת הלא עצם העובדה שפלוני הוא occupier עשויה לעתים קרובות להציגו כפושע גם באופן אישי, אם לא מנע את הנזק שנגרם, ולו בפשיעת הזולת²⁵⁷. מעבר לכך, לנזק הנגרם על-ידי בעל-חי אחראי ה-keeper או הפוססור, אך אין ברור מהי ההבחנה בין שני אלה - וכן שאלה היא האם נפטר **בעל החי** על-ידי מסירה ל-keeper זולתו²⁵⁸. לנזק הנגרם על-ידי מיטלטלין אחרים, שוב, אחראי **הפוססור**, או - במקרה המתאים - מי שהעביר את המיטלטל לזולתו²⁵⁹.

[[73]] לעומת כל אלה, בדיני ישראל, הכלל היסודי והאחיד הוא אמנם - כמו ביבשת אירופה - שעילת האחריות בנזיקין היא הפגיעה, אך במסגרת הכלל הזה הולכת ההלכה וממיינת באופן שיטתי את התנאים שבהם נעשה אדם אחראי לשמירת סדרו התקין של מצב, באופן שהזנחת השמירה או הזהירות הדרושה מצידו - היא תיחשב כפגיעה ותחייבנו בנזק. במלים אחרות פירוש של דבר הוא, שבירור השאלה אם אמנם היתה מוטלת על האיש חובה, שבה הוא יכול היה לפשוע - איננו כאן עניין לשיקול-דעת חפשי של השופט, **בדיעבד**, בכל מקרה מסוים, כמו ביבשת אירופה, אלא קנה-המידה לחובה נקבע **מלכתחילה**, באופן אובייקטיבי, בכללים משפטיים ידועים; ואחד הכללים במסגרת זו הוא, בנוסח המשנה ופירוש הרע"ב, **"כל שחבתי בשמירתו - הכשרתי את נזקו, אם לא שמרתיו כראוי והזיק"**²⁶⁰.

מושג "השמירה" בנוסח זה - מובנו הוא המובן המילוני הפשוט: אין לערבבו עם מושג השמירה במובן המשפטי-הטכני של החזקה משמו של אחר, ומכוון הוא **לחפצים העשויים להזיק מעצמם**, **אף שלא כמכשיר לפעולתו של אדם** (כגון בעלי-חיים, חפצים בעלי השפעה חימית על סביבתם, חפצים שלפי מצבם עשויים הם לשמש תקלה לתנועה או חפצים שלפי מצבם עשויים הם לקבל תנופת-כוח באמצעותו של גורם חיצוני)²⁶¹. חפצים מסוג זה - חובת שמירתם שלא יזיקו מוטלת לפי הנוסח המקובל במקורות, על **בעליהם**²⁶², אך נוסח זה אינו מדויק, כפי שנרמז בנוסח ההלכה בשלחן ערוך²⁶³: חובת השמירה העקרונית היא על מי שהחפץ נמצא **ברשותו** - היינו, כפי שנברר בפרק מיוחד להלן - על מי שהחפץ נמצא **בהחזקתו**, ואין נפקא מינה לעניין זה אם המחזיק הוא

²⁵⁷ (ז) **סלמונד, נזיקין**, עמ' 262 ואילך, 548, 550, 595 ואילך, 614, 627 ואילך.

²⁵⁸ (זא) שם, עמ' 658 ואילך.

²⁵⁹ (זב) שם, עמ' 672 ואילך.

²⁶⁰ (ג) משנה בבא קמא פ"א מ"ב.

²⁶¹ (זד) במושג החפצים אין כאן לכלול **עבדים**. העבדים, אף על-פי שהם ממונו של אדם, הריהם אחראים לנזיקיהם בעצמם, משישתחררו ולמפרע, מכיוון שיש להם דעת; ואילו בעליהם פטורים - גזירה "שמה יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חברו ונמצא זה מחייב את רבו מאה מנה בכל יום" (בבא קמא ד' א', ור' פ"א מהל' גנבה הל' ט').

²⁶² (זה) עה"ש חו"מ סי' שפ"ט סעי' א'.

²⁶³ (צו) חו"מ סי' שפ"ט סעי' א'.

בעלים או גזלן²⁶⁴. אלא שלפני שיכול להיות החפץ גזול, בדרך-כלל יהא הוא כמובן קנוי לבעלים ומוחזק על-ידיהם, ומבחינה זו אמנם חוזר להיות נכון הדבר שחובת השמירה מלכתחילה היא חובת הבעלים; נגזל החפץ מהחזקתם, נכנס הגזלן תחתם²⁶⁵.

[[74]] מצד שני, אם מסר המחזיק את החפץ לשומר המחזיק משמו (או שהחזיק השומר משמו אף בלי מסירה) - נכנס השומר תחת בעל-הבית, ומאותה שעה, אם נגרם למישהו נזק מחמת הדבר שלא נשמר כראוי, בעל-הבית פטור והשומר חייב²⁶⁶. אולם, הדברים אמורים רק באופן כללי ובסתם; אם יש בחפץ נטייה להזיק, שהשומר אינו אמור לדעת עליה בלי הודעה מצד בעל-הבית, ובעל-הבית לא הודיעו, - או שסכנת הנזק היא בעניין שעל-פי התנאים בין השומר ובעל-הבית, בפירוש או מסתמא, אין השומר מופקד על השמירה מפניו, או מחויב הוא אפילו לסבול בדבר את טיפולו החד-צדדי של אחר - או שהשומר ובעל-הבית גם יחד אמנם לא פשעו, אלא שבאופן יוצא-מן-הכלל חלה אחריות מוחלטת בנזק המסוים שהחפץ גרם - נשאת באותו עניין אחריות בעל-הבית גם כשהחפץ הוא ביד השומר, ואילו השומר, מצידו, הוא פטור²⁶⁷. בעל-הבית נשאר אחראי מעבר לשומר, שהוא פטור, גם כשהשומר שבידו הפקיד את החפץ אינו בר-דעת²⁶⁸; ולפי שיטת הרא"ש - בהבדל משיטת הרמב"ם - אחראי בעל-הבית כערב, כשמסר את החפץ ביד שומר מבני-ביתו, והלה נמצא אחראי ואין לו לשלם²⁶⁹. שומר שמסר לשומר אחר בפשיעה נשאר אחראי בצידו של השומר השני, במקביל לו, במידה שהלה אחראי בעצמו²⁷⁰, - ומאחר שהגזלן המוסר לשומר הוא בהכרח פושע, נמצא שמסירת החפץ לשומר אינה פוטרת את בעל-הבית הגזלן²⁷¹.

אחריות המחזיק, כבעל-בית או שומר, כמחזיק בדין או כגזלן, אינה מונעת את אחריותו של מתערב, הגורם למישהו נזק על-ידי חפץ שמוחזק היה בידו של אחר²⁷². פשיעת המתערב לעניין הנזק שנגרם תיקבע על-פי הכללים של דיני דגרימי, שהם ענף אחר של כללי פשיעה ואחריות בנזיקין ואינם שייכים לענייננו. נציין רק כי לאור מה שראינו עד כאן מסתבר שהמתערב יהיה אחראי לבדו,

²⁶⁴ (צז) תוספות על בבא קמא נ"ו ב', ד"ה פשיטא.

²⁶⁵ (צח) שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ג'. מקרה שהחפץ יהא גזול ושלא מן הבעלים הוא כגון שהחפץ אסור בהנאה ונגזל מן המחזיק שיש לו בו זכות של טובת-הנאה (פ"ב מהל' גנבה הל' ד'-ה'). מלבד זה יתכן שהחפץ יהא מלכתחילה במצב, שאין בו אחריות אף על המחזיק כדון, כגון חפץ של הקדש (פ"ח מהל' נזקי ממון הל' א') או שאין בו כלל זכות החזקה (כגון מקרקע של רשות-הרבים) - ובמקרה כזה נראה, שאם נגזל החפץ, לא תחול שום אחריות בגינו אף על המחזיק-הגזלן.

²⁶⁶ (צט) משנה בבא קמא פ"ד מ"ט.

²⁶⁷ (ק) פ"ד מהל' נזקי ממון הל' ח'; שו"ע חו"מ סי' ש"ז סעי' ג' לעומת סי' תט"ז; שם, סי' שמ"ז, בסוף, וסי' שצ"ו סעי' ח'; ודוק בהגהת הרמ"א שם על סי' ש"מ סעי' א'.

²⁶⁸ (קא) שם, סי' קפ"ח סעי' ב'; סי' שצ"ו סעי' ו'.

²⁶⁹ (קב) טור חו"מ סי' רצ"א סעי' כ"ג.

²⁷⁰ (קג) שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ט'.

²⁷¹ (קד) ר' גם רש"י על בבא קמא ע"ט א', ד"ה פטור.

²⁷² (קה) שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ד'.

אם המחזיק החזיק כדין ולא פשע במתן האפשרות להתערבות, - אבל אם היתה פשיעה בהחזקה או במתן האפשרות להתערבות, יהיו המחזיק והמתערב אחראים במקביל.

מחזיק המפצה את הניזוק, בעקב אחריותו המקבילה, יכול לחזור ולגבות את הפיצוי מן האחראי האחר, אם פשיעתו של הלה היתה גורם יותר קרוב בהסבתו של הנזק²⁷³. [[75]]

ח. משמעות ההחזקה לעניין זכות תביעה על הזק החפץ המוחזק

במקביל להסדר השיטתי של אחריות המחזיק לנזקים מחמת החפץ, על-ידי ולחוץ, יש בדיני ישראל גם הסדר שיטתי של מעמד המחזיק ביחס לנזקים הנגרמים על-ידי פגיעה בחפץ המוחזק בעצמו - ובוזה שוב יש הבדל עקרוני בין דיני ישראל לשיטות של אירופה.

ביבשת אירופה ראינו כי העניין מתפצל בין שתי מערכות-תביעה מקבילות: מצד אחד יש זכות תביעה על הפגיעה אפילו למחזיק הגזלן, אף-על-פי שהפגיעה אינה כלל פגיעה בנכסיו, ומצד שני יש גם תביעה לבעל האמיתי, שאמנם נפגע ברכושו, - ובין שתי אפשרויות התביעה האלו, "הפוססורית" ו"הפטיטורית", הניתנות בעת ובעונה אחת לאנשים שונים במקביל, אין תיאום כלשהו. יתר-על-כן, לפי השיטה הצרפתית והאיטלקית מוגבלת מאוד זכות התביעה הפוססורית של **הדטנטור** - ומאחר שעיקר יחודו של הדטנטור הוא בהעדר "זכות ריאלית", ואילו התביעה הפטיטורית בגין פגיעה בחפצים צמודה גם היא דווקא לזכות הריאלית, נמצא שהאדם הזכאי להחזיק בחפץ רק על-פי "זכות פרסונלית" יוצא כאן קרח מכאן ומכאן, - אף-על-פי שבהבדל מן הגזלן-הפוססור, הפגיעה בחפץ היא אמנם פגיעה גם בנכס שלו בעצמו.

מצד שני, **במשפט האנגלי**, ניתנת זכות התביעה בדרך-כלל רק לפוססור הישיר, בהתעלם לגמרי מהעניין הרכושי המקביל - או אפילו היחודי - שיש בדבר לאדם אחר, ורק בנקודות בודדות ומיוחדות בא הפגם הזה על תיקון כלשהו.

לעומת כל אלה, בדין העברי, לפי מה שראינו, מסולקת קודם-כל האפשרות שעל הפגיעה יתבע **הגזלן**, שמאחר שאין לו זכות בחפץ - ממילא אין הוא נפגע כלל על-ידי הפגיעה ואין לו על מה לתבוע²⁷⁴. זכות חיובית של תביעה נשארת אפוא רק מכוח הזכות **האמיתית** - ולעניין זה יש להבחין: אם הזכות הנפגעת על-ידי הפגיעה בחפץ איננה זכות קניינית במוחזק, כי אם, למשל, **טובת-הנאה** - יש לנפגע תביעה בנזיקין, אבל תביעה זו היא על הפגיעה **בזכות**, ואינה מזדהה עם זכות-התביעה על הפגיעה **בגופו של החפץ** כנכס²⁷⁵; אם, לעומת זאת, נפגעת זכות קניינית במוחזק, הריהי מזדהה עם [[76]] זכות-התביעה על הפגיעה בגופו של החפץ כנכס, ומסתבר שאם יש בחפץ

²⁷³ קו) שם, שם, סעי' ט'.

²⁷⁴ קז) אם בכל-זאת הצליח הגזלן בתביעה וגבה פיצוי בגלל הנזק שנגרם - נראה את ההסדר בפרק אחר להלן, בדיני "תקנת השוק".

²⁷⁵ קח) פ"ב מהל' גנבה הל' ד-ה'. על המושג "טובת-הנאה", ראה בחיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממוין", חלק א', פרק ב' הערה ס"ג.

זכויות קנייניות **שונות** במוחזק - היינו בעלות ושעבודים כנגדה - נעשים הקונים-הנפגעים שותפים בתביעה, לפי הערך היחסי של חלקיהם בפגיעה²⁷⁶. והיכן נכנס בכל זה מעמד המחזיק? - התשובה היא, שעל הפגיעה אין צריך לתבוע דווקא הזכאי-הנפגע בעצמו, אלא - במקרה שקרתה הפגיעה בשעת החזקתו של שומר - יכולים גם בעל-הבית וגם השומר לתבוע את זכות בעל-הבית הנפגע; ובמסגרת האחריות, שעליה נעמוד בפרק מיוחד להלן, אף **חייב** השומר לתבוע בשביל בעל-הבית, כל זמן שהדברים בינו לבעל-הבית, ביחס לאחריות השומר, לא נגמרו²⁷⁷. בעל-הבית, מצידו, יכול לתבוע בעצמו או להשתתף בתביעה עם השומר; ויכול הוא לעשות כן לא רק לשם זכותו שלו, אלא גם לשם זכות השומר - אם יש לו עניין מוצדק בדבר²⁷⁸. שומר שקדם ושילם לבעל-הבית את דמי הנזק שנגרם לו על-ידי שליש, חוזר ותובע את המחזיק מכוח עצמו²⁷⁹.

ט. תחילת ההחזקה - תפיסה

בהמשך מחקרנו, בפרקים מיוחדים, נחזור ונראה עוד שיש להחזקה גם כמה וכמה משמעויות נוספות בדיני ישראל; אך המשמעויות שראינו - לענין חזקה ולענין אחריות בנוזיקין - מספיקות להבנת גדריו המהותיים של מושג ההחזקה בעצמו, ולהבנה זו יוקדשו הסעיפים הבאים של הפרק הזה.

כדי להשיב על עצם השאלה, מהי בדיוק ההחזקה לפי דיני ישראל, נראה תחילה כיצד היא נוצרת, ולענין זה יש להבחין בין המקרה שיש בו דעת אחרת מקנה לבין המקרה שאין בו דעת אחרת מקנה²⁸⁰. מושגים אלה, מבחינה מילולית, מכוונים אמנם להבחנה בין סוגי המעשים המשמשים לזכייה **בקניין** - ולא דווקא בין סוגי המעשים שיש בהם תחילת החזקה; אך באין לנו מונחים מקובלים שיהיו מכוונים לענין תחילת ההחזקה במיוחד, אין מניעה - ובעצם אף רצוי הדבר - שנשאל את המושגים מתחום הזכייה בקניין לצרכי ענייננו שלנו, כי בכפוף לסייגים שעליהם נעמוד להלן, הרי למעשה - לפחות מבחינת הצורה - העניין הוא אחד.

[[77]] כשאין דעת אחרת מקנה - והיינו כשאין החפץ נמסר לאדם על-ידי מחזיק קודם, אלא בא הוא לקבל את ההחזקה בחפץ על דעת עצמו - מתחילה ההחזקה תמיד על-ידי **מעשה החזקה** (או לפי המקורות: "**חזקה**")²⁸¹. בקשר לטיב המעשה הדרוש יש מספר הבחנות, וקודם-כל הבחנה בין

²⁷⁶ קט) ר' נתן"מ-משה"א, על סי' ש"מ ס"ק ג'. השווה **בגרמניה**, לתיאום בין תביעות "פטיטוריות" שונות: **וולף-רייזר**, עמ' 73, 479 ו-668.

²⁷⁷ קי) שו"ע חו"מ סי' רצ"ד סעי' ו'.

²⁷⁸ קיא) על-פי שו"ע חו"מ סי' רכ"ו סעי' א'. הדברים עולים כדי דין כללי, שאדם המביא כוח לחברו יכול לתבוע או להשתתף בתביעה להגנת אותו כוח - לא מיבעיא כשיש לו זכות עצמית בדבר, אלא אף כשיש לו בדבר רק עניין מוצדק בעקיפין, כגון שההפרעה באה בהסתמך על דין-ודברים שיש כביכול בין המפריע למביא-הכוח, וזה אינו רוצה שתהיה לבא-כוחו תרעומת נגדו.

²⁷⁹ קיב-1) שו"ע חו"מ סי' רצ"ה סעי' ב', בהגהה.

²⁸⁰ קיב-2) בבא מציעא (י) [י"א] א"ב, ור' אנציקלופדיה תלמודית, ערך דעת אחרת מקנה, ועיין לעיל, הערה ל"ה לפרק א'.

²⁸¹ קיג) שו"ע חו"מ סי' רנ"ט סעי' א', סי' רס"ח - רס"ט, סי' רע"ה, סי' שמ"ח סעי' ד', סי' שצ"ו סעי' ג'.

מקרקעין ומיטלטלין. אשר למקרקעין, שוב מוצאים אנו תיאור במקורות רק ביחס למעשה-ההחזקה הדרוש לשם זכייה בקניין, ואין תיאור של מעשה-החזקה לשם החזקה כשלעצמה; אך לאור הדין במיטלטלין, מסתבר שרשאים אנו ללמוד מן העניין האחד למשנהו²⁸², כי הדין במיטלטלין הוא שמעשי-ההחזקה לשם זכייה, או גזלה, או השבת אבדה, הם שווים, ואין מבדילה ביניהם אלא הכוונה המלוותם²⁸³.

מעשה-ההחזקה, הדרוש לשם זכייה בקניין מן ההפקר, במקרקעין, מתואר בחו"מ סי' רע"ה, תוך הפנייה מסוייגת לסי' קצ"ב, וסיכום הדברים הוא שנחוץ מעשה שליטה חמרי כלשהו המלווה בכוונה לזכות בקניין באמצעותו, ואשר ממנו עצמו עולה חזקת-הכוונה²⁸⁴. ביחס לתחום שלגביו מועיל מעשה-ההחזקה נקבע כי שדה המסוימת במצריה נתפסת כלה, "ואם אינה מסוימת במצריה קונה ממנה... כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור". חוץ מזה יש גם מכשולים טבעיים או משפטיים מסוימים המפסיקים את התפשטות ההחזקה, כגון שביל החוצה את השדה, חצב (היינו "גדר חיה"), נחל, אמת-מים, תחום טומאה וכו'. "בקעה גדולה שיש בה שדות רבות וכלם של גר אחד, ולא היה ביניהם לא מצר ולא חצב ולא דבר מדברים המפסיקים, ובא אחד והחזיק במקצת הבקעה לקנות את כלה - כל הנקרא על שם אותו הגר, קונה אותו".

אשר למיטלטלין, גם-כן נחוץ שהמעשה יהא לשם הכוונה המלווה אותו²⁸⁵, אך אין מבחר חופשי של מעשי-שליטה, אלא נקבעים רק שני מיני מעשים אפשריים בלבד: הגבהה או משיכה²⁸⁶, ובמשיכה יש להבחין כלהלן. אם מתבצעת [[78]] היא בדרך הנעה (כגון רכיבה, הנהגת הבהמה או היענות הבהמה לזירוז) הריהי מועילה בכל מקום, אבל אם מתבצעת היא בדרך גרירה מרשות הרבים או מרשות הזולת, אין היא מועילה אלא משמובא החפץ לרשות הגורר או לכרמלית²⁸⁷. אם מתבצעת הגרירה מלכתחילה ברשות הגורר או בכרמלית, מספיק שיוצא החפץ ממלוא שטח המקום שהיה תפוס על-ידיו²⁸⁸.

²⁸² קיד) ההקש אמנם איננו פשוט, כי ביחס למקרקעין חלות המימרות ההלכיות ש"קרקע אינה נגזלת" ו"קרקע בחזקת בעליה עומדת", הבאות כביכול להשמיענו שבמקרקעין אין בכלל דין החזקה שלא אגב קניין. יתר על כן, את העדר המקורות בענייננו אפשר בודאי לייחס להשפעה העיונית של אותן המימרות. אולם, כפי שנברר בפרק מיוחד להלן, אין מימרות אלו ממצות את הדין לאמיתו: אף ביחס למקרקעין יש בדיני ישראל משמעות להחזקה שלא אגב קניין, ומתעוררת אפוא הבעיה של גדרי ההחזקה הזאת.

²⁸³ קטו) שו"ע חו"מ סי' רנ"ט סעי' א', סי' רס"ח - רס"ט, סי' שצ"ו סעי' ג'.

²⁸⁴ קטז) ר' לנקודה זו ביחוד סי' רע"ה סעי' י"ז ואילך.

²⁸⁵ קיז) שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ג'.

²⁸⁶ קיח) שם, סי' רע"ג סעי' יא, ובאר-היטב, שם ס"ק י'.

²⁸⁷ קיט) "כרמלית" (ר' שו"ע או"ח סי' שמ"ה סעי' א') היא תחום שאינו רשות היחיד (כפי שנבהיר מושג זה בהמשך) ואינו גם רשות הרבים (כלומר מקום המושעבד לשימוש מסוים של הציבור) - והיינו מקרקעין-בר, מקרקעין של הפקר וצידי רשות-הרבים.

²⁸⁸ קכ) עה"ש חו"מ סי' רצ"ז סעי' ב', ד' ו' וסי' רע"א.

אולם, לצורך זכייה או התחלת החזקה במיטלטל, במקום שהוא רשות האדם עצמו או כרמילית, אין הכרח דווקא במעשה-החזקה ממשי, כי מעשה החזקה יכול להתבצע גם באופן מופשט, באמצעות מושג "החצר". על משמעותו של מושג זה והדינים הקשורים בו נעמוד בפרק מיוחד להלן.

נשאלת עתה השאלה מהי הכוונה הצריכה ללוות את המעשה כדי שאמנם יימצא בו מעשה-החזקה. במקורות, כפי שראינו, מדובר בקשר לכך על כוונות **משפטיות** שונות, כגון כוונה של **זכייה**, כוונה של **גזלה** (היינו שלילה מן הבעלים), או כוונה להשיב אבדה (שאף בה יש צד משפטי, ברצון להחזיר דווקא למי **שזכאי** לכך). אולם, נראה שהכוונות מסוג זה אינן ממצות את העניין. בכתובות, דף פ"ד עמ' ב', מדובר על מעשה-החזקה כמעשה של **תפיסה** - היינו, מבחינה מילונית, **מעשה של השתלטות על החפץ תוך מניעתו מאחרים** - ומסתבר שלפחות אצל הגזלן הרגיל, באמת אין למצוא כוונה לשלול את החפץ מבעליו דווקא, כי אם רק כוונה כללית של תפיסה. יתר-על-כן, כשנקבע בשו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ג' שהאחריות לנזקי החפץ עוברת לגזלן משעה שביצע בחפץ מעשה-החזקה על דעת גזלה - אין ספק שהאחריות תעבור באותו אופן אף אם הגזלן לא יתכוון לגזול, אלא ידמה שהוא בעל החפץ ויתכוון רק להחזיר לעצמו, - ושוב יוצא כי לא כוונת ה**תוצאה המשפטית** של התפיסה היא הקובעת, כי אם עצם כוונת התפיסה. בסך-הכל ניתן להסיק אפוא, כי במידה שדורשים המקורות כוונת-גזלה בענייננו, באמת אין הם מתכוונים למלוא משמעות המלה, אלא דיוק-כוונתם הוא רק **לכוונה של תפיסה** - וזוהי הכוונה המספיקה כדי להפוך את המעשה למעשה-החזקה. לאחר מכן יכולה כוונת התפיסה להיבלע בכוונה הרחבה יותר של **תכלית התפיסה**, ובדרך-כלל, כשהתפיסה אינה מעשה גזלנות בעלמא, או גזלה בטעות, או השתלטות חוזרת על חפץ שאבד, - אמנם כך יהיה בהכרח; אך היבלעות זו ממילא מעלה את הדברים לרמה הגבוהה יותר, בה השאלה איננה עוד כיצד נוצרת ההחזקה כשלעצמה, אלא לצורך מה ובאילו דרכים עשויה ההחזקה להועיל בהיווצרה. אשר לשאלתנו שלנו - כיצד היא נוצרת כשלעצמה, נראה שאפשר לסכם כי **נוצרת היא על-ידי תפיסה מכוונת**, [[79]] **בין אם לתכלית משפטית שמעבר לה ובין אם למען עצמה**. המיזער הדרוש לפי זה בכל מעשה-החזקה, היינו **כוונת השתלטות תוך מניעה מאחרים**, מקרב את מסקנתנו ביחס למשפט העברי לתיאור ה-animus possidendi, הנדרש לפי **סלמונד** לצורך פוססיה במשפט האנגלי; אולם, בערכו של דמיון זה אין להפריז, כי אין הוא מרחיק לכת, כפי שנראה להלן.

מעשה-ההחזקה יכול גם להתבצע על-ידי אדם למען חברו. לשם כך נחוץ שהתופס יתכוון לחברו בשעת המעשה, וחברו יסכים ליהנות מן התפיסה, אם על-ידי מתן הוראה לבצעה מלכתחילה ואם על-ידי אישורה בפירוש או מסתמא, בהזדמנות הראשונה, בדיעבד. במקרה כזה נעשה התופס שומר, וחברו נעשה בעל-בית, משעת התפיסה. אולם, במה הדברים אמורים? בתפיסה שהיא מותרת לתופס, או לפחות שהתופס אינו יודע כי אסורה היא לו. אם התופס יודע שהתפיסה אסורה לו - "אין שליח לדבר עבירה", ואין העובר יכול לחייב את חברו, על-ידי עצם הסכמתו של הלה

להשים עצמו בעל-בית במעשה-העבירה. במקרה כזה אין התפיסה קובעת את ההחזקה אלא לתופס בעצמו²⁸⁹.

י. העברת ההחזקה

1. העברת ההחזקה לשם בעל-בית

כשיש דעת אחרת מקנה, והיינו כשמועברת ההחזקה מאדם למשנהו, יש להבחין בין העברה לשם בעל-בית, העברה לשומר והחזרה לבעל-הבית מיד השומר או הגזלן.

ההעברה לשם בעל-בית מתקשרת מבחינה השוואתית לבעיות שהעלינו בסי' 8 מסעי' ה' בפרק הראשון של מחקר זה. שם ראינו כי השיטות האירופיות נוטות להבדלה חתוכה בין גורם העברת ההחזקה לבין גורם העברת הזכות. בדיני ישראל, לעומת זאת, נראה שאפשר להסיק כי העברת ההחזקה לשם בעל-בית תיתכן רק אגב העברת הזכות - או הקנאת החפץ - ובאמצעותה; כל הקנאת חפץ מוחזק, בקניין שיש עמו זכות-החזקה, הריהי ממילא גם העברת ההחזקה בו, ואילו מי שאיננו מקנה או אינו יכול להקנות, ממילא אינה שייכת בו גם העברת החזקה.

[[80]] התלכדות זו מתחייבת על-ידי שלשה גורמים משלימים. הגורם האחד הוא, שהדרכים הראשוניות לגמירת הקנאה אינן אלא **מעשי-החזקה** מן הסוג שתיארנו לעיל, ולו יהא שמעשים אלה מבוצעים כאן דווקא על-פי הרשאת המחזיק הקודם ולשם הגשמת הסכס-הקנאה שנערך קודם עמו; ויוצא אפוא כי גם ההקנאה עצמה אינה יוצאת כאן לפועל אלא על-ידי עצם אותו המעשה שעל-ידיו נעשה הקונה למחזיק²⁹⁰. עם זאת, הכוונה שבמסגרתה מתקיים פה מעשה-ההחזקה אינה רק כוונה של תפיסה בלבד, אלא היא כוונה קניינית - ומשמע כי המעשה כלו מתעלה פה לרמת **דיני הקניין**, והעברת ההחזקה מופיעה כתוצאה שבאגב של **העברת-הקניין**, בלי שיהא לה שום מעמד עצמאי²⁹¹.

הגורם השני הוא, שאם ההקנאה אמורה לצאת אל הפועל **שלא** על-ידי מעשה-החזקה, הרי דיני ישראל מכירים בפירוש וללא סייג במה שהאירופים קוראים *constitutum possessorium* - ועל-ידי עצם אותו המעשה הגומר את ההקנאה נעשה המקנה ממילא שומר ללוקח, והלוקח נעשה מחזיק-בעל-בית (ובלבד שהזכות המועברת תהא אמנם כוללת בה את זכות ההחזקה, ושבשעת מעשה יהא אמנם החפץ מוחזק על-ידי המקנה). גישה זו מתאפשרת על-ידי כך שהיחסים ההדדיים בין בעל-הבית ושומר, באין חוזה מפורש בקשר לכך ביניהם, מוסדרים בדיני ישראל במישרין על-פי דין, כפי שנראה עוד בפרוטרוט בפרק מיוחד להלן; אין אפוא בדיני ישראל מקום לפחד מפני הערטילאות הכרוכה ב-*constitutum possessorium abstractum*: "הקונסטיטוט"

²⁸⁹ (כא) שו"ע חו"מ סי' רס"ט סעי' א', ובבא בתרא קל"ז ב' - קל"ח א', ובבא קמא ע"ט א', ותוספות שם, ד"ה נתנו - ור"י גם בבא מציעא י"ב, ותוספות שם, ד"ה אי בעי לא עביד.

²⁹⁰ (כב) שו"ע חו"מ סי' קצ"ב, קצ"ו, קצ"ז, קצ"ח ור"י.

²⁹¹ (כג) השווה סעי' 929 בבג"ב הגרמני.

הזה איננו כאן "אבסטרקטי" בכלל - ובסך-הכל שוב חוזרות כאן אפוא העברת-ההחזקה והעברת הקניין ומתלכדות לאחת, במסגרת של העברת הקניין²⁹².

[[81]] אך יתר-על-כן, ההכרה ב"קונסטיטוט פוססוריי", בכל הקנאה המתבצעת במסיבות המתוארות, מתחייבת באמת לא רק בתוקף הנתונים המיוחדים של המשפט העברי, אלא גם מטבע העניין; שהרי המקנה הנשאר להחזיק בחפץ בפועל, בעוד שאת הקניין שהיה מזכהו בהחזקה זו מעביר הוא לאחר, ממילא נעשית החזקתו כפופה, מטבע העניין, לזכויות הלוקח - ובמידה שהשיטות האירופיות מתעקשות לראות במקנה אף בתנאים אלה, מחזיק עצמאי, הריהן רק מתעקשות אפוא על ראייה של כזב.

ומצד שני, כשהשיטות האירופיות מכירות אף הן בפה מלא ב"קונסטיטוט פוססוריי" - היינו ב-constitutum possessorium concretum, המסדיר בפירוש את יחסי האנשים שאנו קוראים להם בעל-בית ושומר, - ומדמות הן למצוא אפשרות ל"קונסטיטוט" כזה לא רק אגב הקנאה או העברה של זכויות, אלא גם בנפרד מהעברה של זכויות, וכאילו היה "הקונסטיטוט" מוסד מיוחד של דיני ההחזקה כשלעצמם, - הרי שוב מפליגות הן לראייה שהיא כוזבת מטבע הדברים. כל "קונסטיטוט", בין "אבסטרקטי" ובין "קונקרטי", הריהו - כזכור - הסכם, שבו נהפך המחזיק לשומר לזולתו, או **מקבל עליו עול בעל-בית**; ואין צריך לומר כי הסכם שכזה, מעצם טיבו, אינו יכול להתרחש אלא תוך העברת זכויות המחזיק, כלן או מקצתן, לבעל-הבית החדש. אכן, העברת זכויות כזאת היא **כל התוכן כלו** של "קונסטיטוט פוססוריי"; ואם אין למחזיק זכויות אמיתיות בחפץ - להבדיל ממעמד של החזקה בלבד - ממילא אין לו מה להעביר במובן שיחייב אותו לשאת את עליונות הזולת, ו"קונסטיטוט פוססוריי" אמיתי לא יתכן בו²⁹³. במלים אחרות, אפוא, פירוש של דבר הוא, כי לא זו בלבד שכל הקנאה מתאימה ראויה להיחשב באמת כ"קונסטיטוט פוססוריי", אלא גם מטבע הדברים הוא שלא יתכן כלל "קונסטיטוט פוססוריי", אשר לא יהא אלא פועל יוצא של הקנאה מתאימה בעלת-תוקף - ובדיני ישראל נראה באמת ש"קונסטיטוט פוססוריי" אחר אף לא עלה מעולם על הדעת²⁹⁴.

²⁹² (כד' דוק בבבא מציעא מ"ז ב', "אמר ר' יוחנן, דבר תורה מעות קונות" וכו', וכן כתובות ע"ו א'-ב'. מסקנה הפוכה עשויה אמנם להשתמע לכאורה מדברי רבנו ירוחם בספר משרים נ"ט סוף ח"ד, שהובאו בב"י על חו"מ סי' קצ"ח, בסוף, ומשם שוב בנתה"מ על סי' רצ"א ס"ק ג', שסתם מוכר בקנין סודר אינו נעשה שומר חנם בחפץ, אלא רואים אותו כאילו העמיד את החפץ לרשות הלוקח, והוא עצמו הסתלק מאחריותו. אולם, באמת מסתבר שאין בדברים אלה סתירה למסקנתנו העקרונית, אלא רק פירוש מסיבתי - ופירוש מפוקפק למדי - ביחס לכוונת הצדדים, על רקע של תפיסה עקרונית המזדהה דווקא עם המסקנה שהעלינו. ר' גם להלן, פרק ו', סעי' ז, סי' 4.

²⁹³ (קכה) ר' בכיוון זה סעי' 1938 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 1778 של ספר החוקים האיטלקי, סעי' 479 של חוק החיובים השוייצרי - היוצאים מן ההנחה כי השומר לגזלן אינו אחראי לאמיתו של דבר כלפי בעל-הבית שלו, כי אם לבעל הנכון; ור' סעי' 933 של הבג"ב, לפיו אין ה"קונסטיטוט הפוססוריי" של הגזלן גומר הקנאה אפילו ללוקח בתום-לב.

²⁹⁴ (קכו) כך לאור העובדה שבמקורות העבריים אין אנו מוצאים אף פעם את מוסד "הקונסטיטוט הפוססוריי" כמוסד עצמאי - באמת אין לו אפילו שום ביטוי מושגי מיוחד, - והריהו עולה רק באופן אנליטי,

[[82]] ובזה מגיעים אנו לגורם השלישי המחייב את התלכדות-הדברים שאמרנו. כאן מתברר העניין מתוך השאלה, מה אם-כן דין העברת ההחזקה מן הגזלן - אחר שאין הוא מסוגל, לפי מה שראינו, ל"קונסטיטוט פוססוריי"²⁹⁵ - ומה דין העברת ההחזקה בהקנאה תקפה, כשהחפץ אינו בשעת-מעשה ביד המקנה?

נתחיל מן השאלה השנייה. העובדה שהחפץ איננו בהחזקת האדם הזכאי להחזיק בו אינה מונעת בדרך כלל מאדם זה את האפשרות להקנותו²⁹⁶, אך ההקנאה לא תוכל כמוכח לשמש כאן "קונסטיטוט פוססוריי" ולהעביר החזקה שאיננה. הקונה יצטרך ללכת ולהשיג לו את ההחזקה בעצמו, מן המקום שהחפץ נמצא בו²⁹⁷ - וזה [[83]] יוכל להימצא רק או מחוץ להחזקת כל אדם, או

בכל מקרה מתאים, מתוך **דיני הקניין**, כפי שמובא בהערה קכ"ד לעיל. - לעניין חוסר-יכולתו של **גזלן** להקנות (וממילא גם להעביר החזקה בדרך "קונסטיטוט פוססוריי") ר' דברי ר' יוחנן בבבא קמא ס"ח ב', ושוי"ע חו"מ סי' ר"א וסי' שע"א. עם זאת מתעוררת שאלה ביחס לגזלן במיטלטלין אחר יאוש הבעלים. גזלן זה **יכול** להקנות; אך לפי הגהת הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' א' תלויה יכולת זו בשינוי גמור ומוחלט של הרשות - ומאחר שהקנאה המתבצעת שלא על-ידי מעשה-החזקה, הרי אף אם יש בה "קונסטיטוט פוססוריי", אין בה מכל-מקום שינוי גמור ומוחלט של הרשות, נראה שאין הקנאה כזאת יכולה להועיל לגזלן. הגזלן - אף כשהוא יכול להקנות - הריהו יכול להקנות אפוא רק על-ידי **מעשה-החזקה**, ונראה שהוא הדין לא רק בגזלן אחר יאוש, אלא גם בגזלן המתימר להקנות את המיטלטלין **לפני יאוש**, לקונה הבא בתום-לב והזוכה על-פי "תקנת השוק", כפי שנראה להלן. סייג מסויים לדברים אלה מתחייב רק במקום שההקנאה נעשית לזכותו של אדם המחזיק כבר בחפץ מלכתחילה, כפי שיתברר בהמשכו של סעיף זה.

²⁹⁵ קכו) לחוסר-יכולתו של גזלן להעביר החזקה בדרך "קונסטיטוט פוססוריי" (היינו בדרך-הסכם, בהבדל מהעברת ההחזקה בפועל ממש) אפשר לצרף גם הצדקה מעשית, בנוסף להסבר העיוני שראינו. כי אמנם, יכול אדם להיעשות שומר לבעל-בית גזלן, כדי שדיני ההחזקה יחולו על השומר, המחזיק בפועל, בלי שגם בעל-הבית הגזלן יחדל להיחשב כמחזיק, אחר שהחזקתו נמשכת למעשה באמצעות השומר; אך ודאי אין טעם להכיר באדם כגזלן בחפץ הזולת, כשהוא מצידו כלל לא נגע בו, ורק נכנס לגביו בהסכם חסר-תוקף, אשר הצד שכנגד אף יכול להתכחש לו בכל עת. - שיקול זה אינו נסתר מבבא קמא דף ע"ט ע"א, שם מדובר על אפשרות של שמירה לגזלן אפילו כשהגזלן בעל-הבית לא החזיק מלכתחילה בעצמו, ורק נעשה הוא גזלן באמצעות התפיסה שתפס השומר תם-הלב בשבילו. ההבדל הוא ששם על-כל-פנים מתחילה ההחזקה באמת מכוח תפיסה המגלמת בה את כוונת הגזלה של בעל-הבית, בעוד שכאן עוסקים אנו בהסכם שבו מתיימרים אנשים ליצור מעמד הדדי ביניהם לגבי חפץ של שלישי, המוחזק כבר על-ידי אחד מהם בגזלה.

²⁹⁶ קכח) כשהמדובר במקרקעין תוכל ההקנאה להתבצע בדרכים הרגילות (תשלום כסף, חליפין או מסירת שטר) - מלבד המקרה האחד, שהמקרקעין נגזלו ואין הבעלים יכולים לצייד את המבקש לקנותם בראיות שתאפשרנה לו להוציא את המקרקעין בדין (בבא מציעא ז' א'). לעומת זאת, במיטלטלין, יש להבחין. אם החפץ איננו גזול - והיינו שאין הוא מוחזק על-ידי שום אדם, כגון בהמה העומדת באגם - אפשר להקנותו בדרכים הרגילות (שו"ע חו"מ סי' קצ"ה סעי' א', ור' בבא מציעא ק' א'). אם החפץ גזול - אי-אפשר להקנותו אלא בדרך העברת התביעה נגד הגזלן, היינו במה שנקרא **הרשאה** (שו"ע חו"מ סי' שני"ד סעי' ו' וסי' קכ"ג סעי' א').

²⁹⁷ קכט) כך מסתבר לאור העובדה, שבדיני ישראל - בהבדל מן השיטות האירופיות - אין אנו מוצאים "חובת מסירה" הצמודה להקנאה והחלה על המקנה. הבדל זה כמוכח נובע מכך, שבדרך-כלל תשמש בדיני

בידו של גזלן. במקרה הראשון לא תהיה כמובן ברירה אלא **לתפוס** את החפץ, בלי דעת אחרת מקנה, כדרך שראינו בסעיף הקודם ובלי שמושג "ההעברה" יוכל כלל להיות מעורב בכך. במקרה השני עולה על הדעת לכאורה גם דרך חילופית, היינו שההחזקה "תועבר" ללוקח בהסכמת הגזלן בעצמו - ובוזה חוזרים אנו לשאלה הראשונה. והנה, אחר שאין הגזלן יכול להעביר החזקה על-ידי הסכמתו להיות שומר למקבל, ממילא משמע שאם תיתכן בו העברת-החזקה בכלל, הרי זו תיתכן רק בדרך מסירה להחזקתו הישירה של המקבל בעצמו - או, במלים אחרות, בדרך **הסכמה למעשה-החזקה**. והנה, לפי השיטות האירופיות, אמנם יש להסכמה כזאת של הגזלן משמעות, באשר היא מכשירה את מעשה-ההחזקה נגד הגזלן-המוסר, שלא תהא לו תביעה בגין אותו מעשה, כפוגע בהחזקתו הקודמת. אך לפי הדין העברי, כפי שהסברנו, אין הגזלן מוגן מפני תפיסת הזולת, אף אם תיעשה שלא מדעתו - בעוד שמעבר לכך אין להסכמתו, או לכל מתן-רשות מצידו ביחס לחפץ, שום תוקף מכל-מקום, - ויוצא אפוא כי הסכמת הגזלן למעשה-החזקה שיבוצע בחפץ המוחזק על-ידי גזלה היא חסרת משמעות כלשהי. מי שיחזיק את החפץ על-פי הסכמה זו, יהא דינו ממש כאילו החזיק או תפס מדעת עצמו; כל הגורמים שראינו בתפיסה שבאין דעת אחרת מקנה יידרשו גם בהחזקה זו, והם כשלעצמם יספיקו להשלים החזקה זו מכל הבחינות, בלי שהסכמת הגזלן תוכל לשנות בתוצאתם שום דבר²⁹⁸ - וזהו אמנם כל עצמו של הגורם השלישי, המשלים אותה מסקנה שאמרנו, שאין בדיני ישראל העברת ההחזקה לשם בעל-בית אלא אגב הקנאה. עם זאת נחזור ונדגיש, שאכן, אף הגזלן יוכל לפעמים **להעביר** החזקה - והיינו באותם המקרים ובאותם התנאים שבהם אף הגזלן מקבל אפשרות להקנות²⁹⁹; אך מעבר לכך, הסיכום הוא **שכל אימת שמתקבלת החזקה לשם בעל-בית מיזו של גזלן או שלא אגב הקנאה, הרי גם אם מתקבלת היא מדעתו של אחר, אין היא מתקבלת מבחינה הגיונית-משפטית אלא בדרך תפיסה מקורית**.

ישראל ההקנאה עצמה כ"קונסטטוט פוססוריי", ואילו לאותם המקרים הבודדים שבהם לא יהיה כך - אין צורך בדין מיוחד: אם העדר ההחזקה ביד המקנה ייעלם מן הלוקח, ממילא יהא זה **מיקח טעות** (ר' עה"ש חו"מ סי' ר"ט סעי' ט"ו וסי' ר"א), ואם הוא ידע על העדר ההחזקה, והוא יסבור ויקבל, אף-על-פי שהמקנה לא יקבל עליו **בפירוש** את הדאגה להשגת ההחזקה, הרי שממילא תחול הדאגה להשגת ההחזקה על **הלוקח** (שם, סי' קצ"ח סעי' ד').

²⁹⁸ קכט-1) יש להדגיש כי הסכמת הגזלן-המוסר אינה חשובה אמנם לגבי **תוצאות ההחזקה**, אך אין משמע שהיא חסרת חשיבות גם מבחינת **יומרתה הקניינית**, כי מבחינה זו גוררת היא אחריות כל אימת שלא הותנה אחרת והלוקח פעל בתום לב: השוה שו"ע חו"מ סי' שע"א ואילך, ולהלן במחקרנו, פרק ח' סעי' א, בסמיכות להערות י"ג-י"ד-1.

מצד שני, יש לציין כי העקרון המתואר כאן כפוף בנקודה אחת לסייג: במיטלטלין, כשמקבל אדם חפץ גזול על דעת מיקח בהסכמת הגזלן - הרי אף על פי שלפני יאוש (ובהעדר תום לב) אין המיקח מועיל, ודינו העקרוני של הלוקח אמנם הוא גם כן כגזלן לגמרי, מכל מקום זוכה הוא בכל שבח של המיטלטל הגזול, מכוח "תקנת השבים", שלפי שיטת הרמב"ם אין היא מועילה בטרם יאוש לגזלן התופס בלי הסכמה. ר' להלן, פרק ח', סעי' ג', בסמיכות להערה ל'.

²⁹⁹ קל ר' הערה קכ"ו לעיל.

אולם, אף-על-פי שהזכרנו פה "סיכום", עוד צריכים אנו לחזור על עקבינו כדי לעמוד על בעיות צדדיות אחרות, שדילגנו עליהן במהלך דיוננו, והנוגעות אף הן להעברת ההחזקה לשם בעל-בית. הבעייה האחת היא בעיית "הקונסטיטוט הפוססור" - או העברת ההחזקה בהקנאה שלא על-ידי מעשה-החזקה - כשהחפץ נמצא אמנם בשעת-מעשה בהחזקת המקנה, אבל לא בהחזקתו הישירה, כי אם בהחזקת שומר בשבילו. הדין הוא שאפילו במיטלטלין מועילה במקרה כזה הקנאה הנערכת באחת הדרכים הרגילות, - ואין צורך דווקא ב"הרשאה" או ב"מעמד שלשתן", שיעבירו ללוקח את תביעת המקנה על השומר, כפי שנחוצה הדבר כשהמחזיק הישיר הוא גזלן³⁰⁰. אולם, הקנאה שלא בדרך העברת התביעה אינה מועילה במקרה כזה אלא לעניין שאם השומר יפעל על [[84]] פיה, יהא הוא פטור, - ואין היא מועילה כדי לחייב את השומר שיפעל על-פיה באמת³⁰¹. לדידו של השומר, ההקנאה שנערכה באחת הדרכים הרגילות אינה אלא מעשה שנערך בין אנשים אחרים ושאינו הוא יכול להיות בטוח בהקף-תוכנו ובמידת-תוקפו לגביו; רשאי הוא אפוא להתעלם מן ההקנאה ולראות את עצמו קשור בגדרי החזקתו המקוריים, עד שיבואו הדברים על תיקונם בהסדר משולש, שגם הוא עצמו יהיה צד בו - ולו גם צד סביל גרידא, - והסדר שכזה הוא הסדר של העברת תביעת המקנה, "במעמד שלשתן" בדרך "הרשאה"³⁰². בהתאם לכך יוצא כי ההקנאה באחת הדרכים הרגילות אינה מוציאה כאן את המקנה ממערך-ההחזקה, כדי להכניס את הלוקח במקומו, אלא שוב היא יוצרת רק "קונסטיטוט פוססור", באופן שנעשה המקנה שומר ללוקח - ולו גם לאו דווקא שומר ישיר, כפי שהנחנו בניתוחנו מקודם, אלא שומר עקיף, הנשאר הוא עצמו בעל-בית ביחס לשומר [[85]] או לשומרים האחרים, הממשיכים בינתיים להחזיק רק משמו. עם זאת, אין לומר שנוצר כאן ניתוק בין הקניין ומערך-ההחזקה. אף כאן נשארים מערך-הקניין ומערך-ההחזקה בליכודם העקרוני, ואם נוצרת התפצלות הרי זה רק במידה שלגבי שהשומר - בגדר מעמדו כשומר - נשארת בעינה חזקת-הקניין של בעל-הבית המקורי.

אם נערכת ההקנאה במישרין "במעמד שלשתן" או בדרך "הרשאה", הרי כנגד גזלן, מטבע הדברים, אין היא משנה כשלעצמה בעניין ההחזקה ולא כלום; לעומת זאת, כשנערכת ההקנאה בדרכים אלה כנגד שומר - מסתבר שיש לה השפעה גם לעניין העברת-החזקה בצורה שאינה ידועה בשיטות של

³⁰⁰ קלא) דוק בשו"ע חו"מ סי' קכ"ג סעי' א' ובי"ח על חו"מ סי' קכ"ו סעי' א'.

³⁰¹ קלב) שו"ע חו"מ סי' קכ"ב סעי' ד' ור' גם תוספתא בבא מציעא פ"ט הי"ב.

³⁰² קלג) "מעמד שלשתן" הוא הודעת התובע לנתבע, במעמד צד שלישי, כי מעביר הוא את תביעתו לצד השלישי (שו"ע חו"מ סי' קכ"ו). לעומת זאת, "הרשאה" היא שטר של העברת התביעה בצורה המיפה את כוחו של הצד השלישי לתבוע בבית-הדין, במקומו של המעביר, - ואין היא מועילה אלא משעה שהוצגה על-ידי הצד השלישי לנתבע (שם, סי' קכ"ב-קכ"ג). - בהעברת התביעה נגד הגזלן מוצאים אנו רק את דרך "ההרשאה" בלבד - בהבדל מהעברת התביעה נגד שומר, שבה מוצאים אנו את שתי הצורות. את ההבדל אפשר כנראה להסביר בכך ש"מעמד שלשתן" עם גזלן הוא מטבע הדברים בלתי-מעשי, שהרי אמור הגזלן להתכחש לתביעה המועברת, באופן המונע את סמיכת-הדעת הדרושה. דומה לזה הוא כנראה גם ההסבר להבדל, שהקנאת החפץ הנשמר מועילה באופן עקרוני גם בלי העברת התביעה, בעוד שהקנאת המיטלטל הנגזל אינה מועילה אלא בדרך העברת התביעה (ר' לעיל, הערה קכ"ח): בשומר אפשר לסמוך שסוף סוף הוא יעמיד את החפץ לרשות הלוקח, בעוד שבחפץ הנגזל אין תקווה להגשמת ההקנאה אלא בדרך התדיינות.

אירופה בכלל: את המקנה, בהכרח, מוציאה היא ממערך ההחזקה, ואילו את הלוקח מכניסה היא במקומו.

והבעיה האחרונה שיש לנו לעמוד עליה בקשר להעברת-החזקה לשם בעל-בית היא בעיית העברת-ההחזקה כשבעל-הבית, הוא עצמו, בא להקנות את החפץ לשומר או לגזלן, המחזיק בו בפועל, כדי שיעשה הלה מחזיק לעצמו או מחזיק על-פי דין. במקרה זה, גם-כן, גומר מעשה-ההקנאה ממילא ובהכרח את השינוי המכוון בהחזקה³⁰³ - אך שוב מסתבר שנחוץ כי ההקנאה תהא דווקא **תקפה**. אם בעל-הבית המקנה הוא גזלן, נראה להסיק, שעל-ידי ההקנאה הבטלה אין הוא יכול להסתלק מאחריותו כמחזיק³⁰⁴. [[86]]

2. העברת-החזקה לשומר

יכולים אנו לפנות עתה לבעיות העברת ההחזקה **לשומר** - ובקשר לכך צריכים אנו להדגיש קודם-כל כי ההבחנה בין העברה לבעל-בית והעברה לשומר אינה לגמרי חד-משמעית. כי באמת, מאי משמע "העברה לשם בעל-בית"? לא התכוונו בכך רק להעברה **שלא לשומר, או למחזיק-לעצמו**, שהרי לפי מינוחנו אין כלל הכרח ש"בעל-הבית" יהא מחזיק-לעצמו - ועשוי אדם להיקרא "בעל-בית" רק על שם עליונותו כלפי פלוני אחר, בעוד שהוא עצמו אינו אלא **שומר** לפלוני אחר. ואמנם, גם העברת-החזקה לאדם, אגב הקנאת החפץ לזכותו להחזיק בו כשומר בלבד, נתפסת לחלוטין, בלי שינוי כלשהו, בגדרי מה שאמרנו על "העברה לשם בעל-בית" - וכמעט נכון היה לתקן ולומר שבדברנו על "העברה לשם בעל-בית" לא התכוונו למעשה אלא **להעברת-החזקה כלשהי, לשם זכות קניינית להחזיק, בין אם הזכות היא להחזקה כבעלים ובין אם הזכות היא להחזקה כשעבוד, כשומר למקנה או כשומר לשלישי** (כגון שראובן מעביר לשמעון חפץ שהוא מחזיק בשכירות מלוי). אולם, תיקון שכזה לא היה נוח מבחינת צרכינו האנליטיים³⁰⁵, ועל-כל-פנים הוא לא היה נכון גם אלא **כמעט**. הסייג הוא, שכאשר ההעברה היא באמת לשומר, ולא לאדם המחזיק לעצמו, הרי לפחות לדעת הרא"ש יכולה ההחזקה לעבור גם **שלא אגב הקנאה**, אפילו כשהעברה היא לשם זכות-החזקה קניינית. וביתר דיוק: לפי תפיסה זו, אפילו בלי מעשה-הקנאה ובלי מעשה-החזקה נעשה אדם שומר בחפץ הזולת, משעה שהמחזיק האחראי הניח לו לשם כך את החפץ וסילק ממנו את שמירתו, מדעתו; העברה בדרך זו מועילה גם במסגרת של כוונת-העברה לשם זכות-החזקה **קניינית**, והאחריות שהיא מטילה על השומר נקבעת לפי **גדרי הזכות המכוונת** - אבל על-כל-פנים,

³⁰³ קלד) לשם הקנאה מספיק במקרה כזה אפילו הסכם-דברים בלבד (שו"ע חו"מ סי' רמ"א סעי' ב'). - הזדהות ההקנאה והשינוי במערך-ההחזקה מתחייבת כאן בהכרח על-פי הגיון דומה למה שראינו ב"קונסטטוט הפוסטורי": עם העברת זכותו של המקנה, ממילא מוסקת עליונותו בהחזקה, ואילו הסכם על הסרת העליונות בהחזקה - תוכנו המעשי הוא הסתלקות מן הזכויות שבעל-הבית טען להן כנגד המחזיק-בפועל.

³⁰⁴ קלה) אמנם, בנקודה זו יש מקום לעיון, כי אין המסקנה מתחייבת בהכרח על-פי טבע הדברים; אולם, מתחייבת היא על-כל-פנים בדרך הסברה, על-פי ההגיון המשפטי שראינו עד כאן.

³⁰⁵ קלו) חוסר-הנוחות הוא, שהמחלקה שכנגד צריכה מכל-מקום להכיל את ההעברה לשומר באשר הוא שומר (בין שומר מכוח מסירה בלתי-קניינית על-פי דין ובין שומר-גזלן) - ואין המיון מתקשר בין העברה **לשומר** מצד אחד והעברה **לשם קניין** מצד שני.

אין היא מועילה אלא להעברת ההחזקה (או **השמירה**) כשלעצמה, על האחריות הכרוכה בה, ואין היא מועילה להעברת הקניין מעבר לכך³⁰⁶. יוצא אפוא כי דיני העברת-ההחזקה [[87]] שסקרנו מקודם שייכים רק בהעברה למחזיק-לעצמו, וכן אפילו בהעברה לשומר, כשהעברה כוללת בה יסוד של **שעבוד בעל-הבית עצמו לשומר**, באופן ששומר זה אמור גם לחזור ולהיעשות מצידו, לפחות במובן מסוים, בעל-בית לבעל-הבית שלו - ולכן ריכוזו סקירה זו במושג של "העברה לשם בעל-בית". לעומת זאת, כשהעברה היא אפילו לשם זכות קניינית, אבל אין היא מגיעה להיות היא עצמה העברה קניינית, לשם בעל-בית, מתאחד עניינה עם מכלול דיני העברת ההחזקה שבמיוחד **לשומר** - ואת המכלול הזה נסכם בשורות הבאות.

ההעברה לשומר יכולה להתקיים באחד האופנים הבאים: ראשית, **אגב הקנאה**, כפי שראינו לעיל; שנית, על-ידי **הסכם-דברים**, כפי שגם-כן כבר ראינו, - והסכם-הדברים הנחוץ יכול להיות חלק מהותי מהסכם-הקנאה, או יכול הוא להיות הסכם מיוחד לעניין העברת השמירה; ושלישית - כשאמור החפץ להימסר לשומר שלא לשם זכות קניינית או שעבוד, אלא לשם עצם עניין השמירה - יכולה ההעברה להתקיים על-ידי מעשה-החזקה שהשומר יבצע לשם כך בחפץ, מדעתו של בעל-הבית³⁰⁷. לעניין זה אין נפקא מינה אם בעל-הבית יכול להרשות את מעשה-ההחזקה או שמא אין לו עצמו שום רשות ואין הוא יכול להרשות: החשוב הוא שעל-ידי מעשה-ההחזקה תיווצר זיקת שומר ובעל-בית בין המחזיק למי שבא הוא להחזיק משמו - ולשם כך מספיק שהמעשה יתבצע מתוך שיתוף דעת הצדדים, ואפילו שלא ברשות³⁰⁸. בדומה לכך ראוי כאן להזכיר את הדין שהזכרנו כבר לעיל, בהערה קל"ה, ושנחזור עוד אליו ביתר פרוטרוט להלן: שגם אם אין בהקנאה בטלה כדי להעביר החזקה לשם **בעל-בית**, הרי כשמבוצעת או נשלמת היא על-ידי מעשה-החזקה, יש בה על-כל-פנים כדי לעשות את הלוקח **שומר** למקנה.

3. העברת-החזקה בדרך החזרה

החזרת ההחזקה לבעל-הבית מיד השומר או הגזלן דומה בעיקרו של דבר להעברה לשומר: אין היא צריכה הקנאה או מעשה-החזקה צורני, אלא די לה בכל מה שייחשב כהחזרה לדעת בעל-הבית. **שומר אבדה** אינו זקוק אף לזה, אלא נפטר הוא משהחזיר את החפץ למקום שבו מובטח בעל-הבית

³⁰⁶ קלז' פסקי הרא"ש על בבא מציעא פ"ח סי' ט"ו, ור' בעה"ש חו"מ סי' רצ"א סעי' ט"ו - על סמך פ"ב מהל' שכירות הל' ח' - שיש פנים ליחס עמדה דומה גם לרמב"ם. - להצדקת הגישה הזאת מבחינה מעשית נראה לטעון כלהלן: יהא שמעשה-ההקנאה הפורמלי נחוץ כדי לקבוע בבירור את הרגע שאחריו שוב אין הצדדים יכולים לחזור בהם מהסכם הקניין, הרי במציאות קורה שהשמירה על החפץ מתחלפת כבר לפני שנתקיים מעשה-ההקנאה הפורמלי, ואין להטיל את האחריות לכל נזק הנגרם בינתיים אלא על אותו צד המופקד בפועל על השמירה בשעת-מעשה. עם זאת, באמת אין פיצול כזה בין העברת הקניין והעברת השמירה יכול להתרחש אלא בקשר להקנאת **שעבוד**, ולא בקשר להקנאת הגוף. כי הסכם על הקנאת שעבוד כולל בו ממילא - בפירוש או מכללא - גם גדרים ידועים לעניין חובת השמירה כלפי בעל-הבית; אבל הסכם על הקנאת **הגוף** אינו כולל בו גדרים של שמירה לזולת, ואין השמירה כשלעצמה יכולה להתחלף אפוא על-פיו, אלא נחוצה לשם כך תוספת של הסכם מיוחד ומפורש.

³⁰⁷ קלח' שו"ע חו"מ סי' רצ"א סעי' ה'.

³⁰⁸ קלט' דוק בתוספות על בבא קמא ע"ט א' ד"ה נתנו.

למצאו בהקדם. הגזלן שלא נודע מעשהו, אף הוא אינו זקוק להחזרה-מדעת ממש, אלא נפטר הוא משמוצא בעל-הבית את החפץ כפי שהיה³⁰⁹. עם זאת יש להדגיש כי החזרה מן השומר לבעל-הבית עשויה ואף חייבת להיות חלק ממעשה-הקנאה, כשהחזרה מכוונת למתן שעבוד לבעל-הבית כנגד קניין השומר, או שמכוונת היא לסיים את השעבוד שהיה לשומר ושעדיין לא נסתיים מתוכו³¹⁰.
[[88]]

יא. המשך ההחזקה ואבדנה

ממה שראינו בסעיפים הקודמים מתברר, שגם הדין העברי דורש, בהתחלת ההחזקה - בין בהתחלה בדרך תפיסה ובין בהתחלה על-ידי העברה מאחר, - מה שהאירופים קוראים "קורפוס" ו"אנימוס": היינו חפץ המתקבל בפועל לשליטת המחזיק, במישרין או באמצעותו של שומר, תוך כוונה להמשיך ולשלוט בו, לצורך המחזיק עצמו או לשם בעל-בית, במניעה מאנשים אחרים. אולם, משנוצרה ההחזקה כראוי, נראה שאין הדין העברי עומד על שום תנאים **חיוניים** שמתוכם יוכר המשך קיומה של ההחזקה למעשה. יכול המחזיק להניח את החפץ אי-שם ברשות הרבים, וללכת לו, תוך סילוק דעתו הגמור מכל המשך של עניין בו - אבל על-ידי כך בלבד, גם אם יספיק הדבר לשם הפקרה וסילוק בעלות, מכל-מקום לא יהא בו משום סילוק החזקה, והאיש יישאר אחראי בנוזיקין³¹¹. לעומת זאת נפטר המחזיק כשהחזקה עוברת ממנו לידו של אחר³¹² או כשמאבד הוא את שליטתו על החפץ באונס³¹³ - ונראה לומר כי כל זמן שאחד הגורמים הללו לא נתקיים בהחזקה, הוא הוא המבחן שעל-פיו רואים אותה כמתמידה בעינה.

אשר להעברת ההחזקה לאחר, יש להבחין בה כמה אופנים, בצמוד למה שראינו עד כאן. ראשית, תיתכן **העברה לשומר**, העשויה אמנם לפטור את המעביר מאחריותו לעלמא, אך שאינה מפסיקה את עצם ההחזקה. שנית, תיתכן **היהפכות המחזיק לשומר לזולת**, אך גם זו אינה מפסיקה את ההחזקה למעשה, ואין היא פוגעת גם באחריות לעולם. שלישית, כשמדובר במחזיק באמצעותו של שומר, תיתכן **העברה על-ידי כך שהאיש יסתלק מזכותו לטובת השומר** - וכאן כבר נפסקת ההחזקה, מצד מי שהיה בעל-הבית, אבל החזקת מי שהיה השומר נמשכת מכל-מקום, והסיכוי המכריע הוא שגם בגדרי האחריות לא ישתנה שום דבר. רק מעבר לכך באים אופני ההעברה המפסיקים את ההחזקה והאחריות במוחלט. ראשית, העברה **בגזלה**, או אפילו בדרך **תפיסה מוצדקת**, אבל על-כל-פנים שלא בטובת המחזיק בעצמו - והרי זו ממילא גם אחת האפשרויות של

³⁰⁹ קמ) בבא קמא נ"ז א' וק"י א', ותוספות שם, ד"ה שלא לדעת; ותוספות על בבא בתרא פ"ח א', ד"ה מר סבר; שו"ע חו"מ סי' רצ"ג סעי' א'-ב', וסי' רס"ז סעי' א' וסי' שני"ה.

³¹⁰ קמא) שו"ע חו"מ סי' קפ"ט, בהגהה.

³¹¹ קמב) בבא קמא כ"ט ב', ור' גם שו"ע חו"מ סי' תי"א סעי' א' וסי' תי"ב סעי' א'. - מבחינת כיוון ההתפתחות, הסדר ההגיוני אמנם הוא הפוך - האבדה מדעת אינה פוטרת את המחזיק מאחריות, ולכן רואים אותו כאילו החזקתו נמשכה; אך בסיכומו של דבר למעשה אין הבדל, כי על-כל-פנים יוצא שההחזקה יכולה להיות מוכרת לאדם בלי "אנימוס" ואף בלי מימוש "קורפוס". על חריגים מסוימים בנקודה הנידונה נעמוד להלן, בסעי' י"ח לפרק זה ובפרק ה', סעי' ד', סוף ס"ק 2.

³¹² קמג) ר' לעיל, סעי' ו', ודוק בפ"ו מהל' נזקי ממון הל' ו'.

³¹³ קמד) בבא קמא כ"ט ב', ור' שו"ע חו"מ סי' תי"ב סעי' ד'.

אבדן השליטה על החפץ באונס. שנית, יכולה ההחזקה לעבור מדעת המחזיק **לאדם אחר שיכנס לחלוטין תחתיו**, אם כמחזיק-לעצמו ואם כשומר לשלישי. ולבסוף, תיתכן העברה בדרך **החזרה מידו של שומר או מידו של גזלן**.

[[89]] אשר לאבדן השליטה על החפץ באונס - אין פירושו דווקא אבדן גמור של היכולת לחזור ולהשתלט על החפץ, אלא די באבדן השליטה אפילו באופן רגעי - ובלבד שהמחזיק ישלים אמנם בכנות ולאחר עם האבדן ולא יתכוון לחזור ולקיים את החזקתו³¹⁴. אם המחזיק מתכוון לחזור ולהשתלט על החפץ - או שמסתבר כי רק **מתיימר** הוא להשלים עם האבדן, כדי להיפטר מאחריות, - נראה שאבדן השליטה אינו מפסיק כשלעצמו את ההחזקה, אלא אם תקוות ההשתלטות החוזרת איננה סבירה³¹⁵.

ההצדקה לגישה זו טמונה ודאי בכך, שאם אבדה למחזיק השליטה בחפץ ברצונו הוא עצמו, על-ידי **האבדה מדעת**, בלי העברה לאחר ובעוד שהחפץ קיים, והאיש יכול לחזור ולהשתלט עליו, אם ירצה - הרי למעשה, אבדן השליטה איננו אבדן כלל, באשר החפץ נשאר על-כל-פנים עומד **לכוח-שליטתו**; ומאחר שאין ראוי לאפשר לאדם להיפטר מאחריותו על-ידי האבדת החפץ מדעת - נמצא כי הדברים מצטרפים, מבחינה מהותית ופרגמטית גם יחד, כדי שההחזקה, על האחריות הכרוכה בה, תהא מוכרת כאן כמתמידה בעינה. לעומת זאת, אם אבדה למחזיק השליטה בחפץ **באונס**, נמצא כי לא רק השליטה-בפועל אבדה לו, אלא אבד לו גם **כוח-השליטה**. לאחר מכן, יתכן אמנם שהאיש יהא מסוגל לחזור ולהשתלט על החפץ מיד; אך אין לחייב אדם להיטפל בחפץ שאין הוא מעוניין בו - ולכן, אם הוא באמת לא היה מעוניין לחזור ולהיטפל בחפץ לטובתו, הרי אף אם הזיק החפץ בעוד שהמחזיק-לשעבר יכול היה לחזור ולהשתלט עליו, מכל-מקום יש לראות את הנזק כהמשך מן **האונס** שהוציא את החפץ משליטת המחזיק, ואין לראותו כתוצאת הפגיעה-כביכול שבהעדר ההשתלטות החוזרת. הבחינה המהותית והפרגמטית מתלכדות אפוא כאן, כדי לחייב הכרה **בהפסקת-ההחזקה**. אולם, אם המחזיק נשאר עדיין מעוניין בחפץ, ויש בידו - או לפחות מסתבר שיש בידו - לתת תוקף לעניין הלזה, נמצא כי אבדן השליטה הזמני שקרה בינתיים, ולו גם באונס, אינו משנה ולא כלום, לבד ממה שנוגע לאחריות לנזק שנגרם כתוצאה ישירה מאותו אונס עצמו. מעבר לכך נמשכים פה הדברים כאילו לא קרה אבדן-השליטה מעולם: האיש עומד מובן ומסוגל לשלוט בחפץ **לטובתו**, כפי ששלט בו מקודם; ממילא אין מקום לפטרו גם מן **האחריות** הנלווית - ובסך-הכל שוב מתלכדות אפוא הבחינה המהותית והבחינה הפרגמטית כדי לחייב במקרה זה את **התמדת-ההחזקה**.

[[90]] עם זאת יש להדגיש כי האפשרות של גמר ההחזקה לחלוטין, על-ידי אבדן-שליטה זמני בלבד, אינה חלה - מטבע הדברים - אלא באדם המחזיק לעצמו. **השומר** - אמנם מסתיימת החזקתו על-

³¹⁴ קמה) שו"ע חו"מ סי' תי"ב סע' ד'; והשווה סוף סי' קס"ו.

³¹⁵ קמו) מסקנה זו מתחייבת, מצד אחד, מן הדין שבהערה הקודמת, כי אבדן השליטה תוך כוונת חזרה אינו פוגם את ההחזקה, ומצד שני מן הפשיטא שאין אדם יכול להישאר אחראי לחפץ אשר אין בידו לשלוט בו למעשה - זה העקרון המונח גם ביסוד הדין שבהערה הקודמת.

ידי אבדן השליטה באונס, אפילו באופן זמני בלבד³¹⁶; אולם, על-ידי אבדן-ההחזקה כשלעצמו אין השומר נפטר מאחריותו לבעלים, וכל זמן שהדברים בין השומר לבעל-הבית לא נגמרו חייב השומר לדאוג להחזרת החפץ. לכן, אם בתוך הזמן הזה מתחדשת יכולת השומר לשלוט בחפץ, אפילו אחר אבדן השליטה באונס - חייב הוא לחזור ולהיטפל בו, - ורואים אותו ממילא כחוזר ומחזיק בחפץ, אף אם יכולת-השליטה חזרה אליו שלא בטובתו³¹⁷. כשלפי מסיבות הענין מסתבר שגם בעל-הבית עצמו אינו מעוניין עוד בהחזרת החפץ בעין (כגון שהמדובר הוא בכלי, אשר נפל מיד השומר ונשבר) - יש להניח כי גם השומר יוכל להסתלק ממילא מהמשך ההחזקה ולהיפטר מן מאחריות הכרוכה בה.

לתוך המסגרת הזאת יש לשלב גם כמה אפשרויות אחרות שיש בהן יחוד מסוים, לפחות מבחינה מילולית. האפשרות האחת היא שהחפץ אשר המחזיק מזניחו, והנשאר בינתיים מכל-מקום בהחזקת המזניח, ילך כתוצאה מן ההזנחה לאיבוד, באופן שהמחזיק-המזניח שוב לא יוכל לחזור ולהשתלט עליו גם אם ירצה. מסתבר שאם חפץ כזה יזיק לאחר-מכן, עדיין יהיה המחזיק אחראי לנזק, בגין ההזנחה שקרתה בזמן החזקתו³¹⁸, אבל החזקתו כשלעצמה תבוא על-כל-פנים לקיצה עם אבדן כוח-שליטתו **מאונס**, אף-על-פי שהוא מצידו איבד כבר את שליטתו בפועל מקודם, ברצונו הגמור. האפשרות השניה היא שהחפץ **יושמד**, שלא בטובת המחזיק. במקרה כזה, ההשמדה אינה אלא אבדן כוח-השליטה באונס, ואם המחזיק לא יבקש לחזור ולהשתלט על השרידים - תיפסק ההחזקה עם אבדנו של החפץ, והיא לא תתחדש בשרידיו³¹⁹. לעומת זאת, אם יושמד החפץ ברצון המחזיק עצמו, ממילא תימשך ההחזקה במישרין בשרידים, והיא לא תיפסק אלא משיגיעו אלה למצב כזה שהמחזיק לא יוכל עוד להשתלט עליהם אף אם ירצה. בשני אופני ההשמדה גם יחד, למעשה אין אפוא למנות את ההשמדה כגורם מיוחד של אבדן-החזקה, מעבר לגורמים שהזכרנו מקודם.

[91]] עוד נקודה הראויה לציון היא שאבדן כוח-השליטה, העולה כדי אבדן-החזקה, אינו מוכרח להיות דווקא לגמרי אובייקטיבי - ויתכן שהוא יוכר כמושלם מבחינה אובייקטיבית בגלל גורמים שהם לחלוטין **סובייקטיביים**. דבר זה עולה מן ההלכה כי דיני **היאוש**, המפקיעים חפץ מזיקת הקניין-במוחזק ושעוד נעמוד עליהם בפרק מיוחד להלן, עשויים לחול גם באבדה הנמצאת למעשה בתחום השג-ידם של הבעלים - אם הבעלים אינם יודעים את יכלתם ומסלקים הם את דעתם מן החפץ³²⁰. בהתאם לכך יוצא, במלים אחרות, כי העדר התודעה של יכולת-שליטה, המגיע עד לדרגה

³¹⁶ קמז) ר' בעיית רבה זוטי בבבא קמא ק"ח ב'.

³¹⁷ קמח) ר' דברי הרמ"ה על בעיית רבה זוטי הנ"ל, בשיטה מקובצת.

³¹⁸ קמח-ב) שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ה'.

³¹⁹ קמט) שם, סי' תי"ב סעי' ד'.

³²⁰ קט) ר' קצוה"ח ונתה"מ על סי' רנ"ט ס"ק א'. ונראה לי כקצה"ח, ולא כנתה"מ, שהדברים צריכים לחול אף **בחצר המשתמרת**, שהרי גם החצר המשתמרת אינה קונה לבעלים אלא מדעתם המשווערת (שו"ע חו"מ סי' רס"ח סעי' ג' בהגהה), ואילו היאוש הלא כל כלו אין הוא בעצם אלא סילוקה של הדעת. מסקנה זו אינה פוגעת בהלכה אשר נתה"מ מסתמך עליה, שלפי סי' ר"ס, אבדה בחצר המשתמרת אינה אבדה, מפני ששם

של "יאוש", עשוי הוא עצמו להיות המבחן שעל-פיו נקבע אם החפץ נמצא עדיין בכוח שליטתו והחזקתו של האדם ואם לא.

הדברים מצטרפים למה שראינו לעיל, שגם כשהחפץ יצא מכוח שליטת המחזיק מבחינה **אובייקטיבית-חומרית**, אלא שעדיין יכול האיש לחזור ולהשתלט על החפץ, בלי צורך להוציאו מידינו של אחר - עדיין אין רואים את ההחזקה כמופסקת, אלא אם האיש השלים אמנם עם האבדן, על אף יכלתו. דין זה פירושו הוא, במלים אחרות, שגם במסיבות אלו תלוי אבדן ההחזקה **ביאוש** - אך בקשר לכך יש להיזהר מלהיסחף לדימוי כי אבדן ההחזקה, **סתם**, תלוי ביאוש. בדיני היאוש הכלליים, ההלכה היא, שאם מוחזק האדם **בהעדר** של יאוש - אין החפץ נפקע מזיקתו, אף כשלמעשה, לו ידע האיש את המצב אל-נכון, היה העדר היאוש מצידו בלתי-סביר לגמרי³²¹; לעומת זאת, בענייני הדין הוא, שכאשר ההשתלטות החוזרת אינה אפשרית, או שעבר החפץ להחזקתו של אחר, נפסקת ההחזקה הקודמת מכל-מקום - ואף אם חזקת המחזיק הקודם היא **שלא התיאש**, ואף כשמאמציו להוציא את החפץ מיד המחזיק החדש עשויים להיות יעילים. [[92]]

יב. מהות ההחזקה בדיני ישראל

לאור המסקנות האלה יש כבר בידנו להשיב על השאלה, מהו עצם ההחזקה עצמה לפי הדין העברי, ונראה לומר כי ההגדרה העברית צריכה להיבדל מן ההגדרות האירופיות באופן כפול. ראשית, לא ראינו בדין העברי הבחנה בין החזקה בלשון הדיוטות והחזקה השווה לזו במהותה, אך המוכרת ברמה המשפטית רק למחזיקים מסוימים. הגישה העברית מחייבת את המסקנה כי ההחזקה מוכרת במשפט לפי אותם הגדרים שבהם יש לה משמעות מהותית בחיים - וכי אותה הגדרה של החזקה, העולה מדיוקי המשפט החיובי, היא היא ההגדרה היפה גם למה שמכוון במושג זה באופן מהותי בלשון הדיוטות.

ואילו ההבדל השני הוא בתוכן ההגדרה המהותית כשלעצמה. בשיטות של אירופה ראינו לעניין זה גישות המחייבות צירוף של "קורפוס" ו"אנימוס" וגישה המסתפקת ב"קורפוס" בלבד. בדין העברי, לעומת זאת, נחוץ אמנם הצירוף **בתחילת** ההחזקה, אבל לאחר-מכן ההחזקה היא פשוט **יכולת-השליטה בחפץ**, **כפי שזו מתקיימת בהמשך מתפיסתו או מקבלתו המכוונת**. עם זאת עשוי כאן יסוד הדעת לחזור ולהיות חשוב גם כמבחן **לאבדן** ההחזקה - והיינו כשיכולת-השליטה נפסקת, אבל לא באופן אובייקטיבי-חומרי במוחלט, כי אם רק באופן זמני או מבחינה נפשית-סובייקטיבית. במלים אחרות, יש אפוא בתפיסה העברית מעין פשרה או סינתיזה בין שני מיני הגישות הנאבקות באירופה - במה שנוגע ליסוד "האנימוס", - בעוד שלעניין "הקורפוס" משמיטה היא על-כל-פנים באופן ברור את הדרישה למימוש פעיל כלשהו בהמשך ההחזקה.

מדובר רק **בחזקה** שבחצר המשתמרת אין הבעלים מתיאשים - ובאבדה שעל-כל-פנים כבר נתגלתה, ואילו אנו מתכוונים לאבדה הנשארת עלומה וליאוש שאין עליו מחלוקת.

³²¹ קנא ר' ההלכה ד"יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש": בבא מציעא כ"א ב'.

במה שנוגע ליסוד "האנימוס", או **הדעת**, יש שוב להעיר כי במידה שהוא נדרש - הרי ביסודו שונה הוא אמנם ממה שראינו ביבשת אירופה, ומתדמה הוא למה שדורש **סלמונד**, בשיטת המשפט האנגלית. אולם, גם סלמונד, בדומה לפרשני היבשת, דורש את דעת-ההחזקה בכל משך ההחזקה, ועל-כל-פנים הרי זה לדידו יסוד העומד תמיד מוגדר בתוכו. בדין העברי, לעומת זאת - לבד ממה שנדרשת הדעת רק בתחילת ההחזקה או במקרה של משבר - אין היא מוכרת תמיד כיסוד אוטונומי, אלא ניתן לה להיבלע לעתים קרובות בדעת תכליתית כלשהי, וביחוד **בדעת-קניין**. במידה שנעשה כן, ממילא מתרחק כאן יסוד הדעת מן ה-animus possidendi של סלמונד ומתדמה הוא דווקא ל"אנימוס" כפי שזה נדרש ביבשת. [[93]]

יג. החזקה צורך חזקה

אולם, ההחזקה העברית, כפי שהגדרנוה בסעיף הקודם, היא רק עצם ההחזקה, במהותה המעורטלת, ומספיקה היא בגדרים אלה רק לקשירת האחריות בנוזיקין, ולא לעניין חזקה. לעניין חזקה, כפי שכבר היתה לנו הזדמנות לציין, דרושה החזקה מטיב מיוחד, וכאן נעמוד על גדריו של טיב מיוחד זה.

את הטיב המיוחד הזכרנו אמנם רק בקשר למקרקעין, אך למעשה נדרש טיב-החזקה מיוחד גם במיטלטלין. הדבר מתברר מתוך כך שחזקת-הקניין במיטלטלין מבוססת על ההחזקה **בהוה**, בלי פנייה לבירור מוצא אותה החזקה בעבר - וממילא משמע כי מבחן-ההחזקה שהעלינו בסעיף הקודם והמבוסס על **המשכיות** כוח השליטה, מרגע מכריע אחד, המוכרח להימצא **דווקא בעבר**, אינו יכול לשמש כאן. מהו מבחן ההחזקה המיוחד לעניין חזקת-הקניין במיטלטלין יכולים אנו ללמוד מנוסח שו"ע חו"מ סי' קל"ג סע' א'. כאן נדרש שהמיטלטל יימצא **"ביד האדם בחזקת שהוא שלו"** - ונוסח זה יכול לשמש לנו מפתח בשני אופנים: ראשית, מתברר בו כי ההחזקה צריכה להיות כזאת, שממנה עצמה - כמות שהיא לפנינו - תוכל לעלות חזקת-הקניין, - ומשמע כי צריכה היא להיות באמת לא סתם **כוח** לשלוט, כי אם החזקה **פעילה**, או **שליטה ממשית**; ושנית, המלה "יד" עשויה ללמדנו מה ראוי להיחשב לעניין זה כשליטה ממשית מספיקה. במלה "יד" נרמזת כמובן, קודם-כל, אחיזת מגע מכון, באמצעות היד האנטומית ממש; אך מלה זו משמשת במקורותינו לא רק לציון של מובן ראשוני זה בלבד, אלא גם כמונח טכני לציון אמצעים שיכול אדם להחזיק בהם דברים **כמו** בידו. ברמה זו מתפשט המונח "יד" קודם-כל על **חצרו** של אדם³²² - מושג שעוד נחזור לעמוד עליו בפרק מיוחד להלן, - ומכאן על **ד' אמותיו** של אדם "בסמטה, או בצדי רשות הרבים, שאין הרבים דוחקים בהם, או בשדה שאין לה בעלים"³²³ - והחפץ הנמצא בתחומים אלה, מדעת האדם, נחשב "בידו". כמו כן בהתאם למה שכבר ראינו, יכולה להספיק לעניין חזקה העובדה, שהחפץ נמצא בידו של שומר המחזיק בו משמו של בעל-בית ידוע - באשר ידו של שומר מסוג זה הריהי כיד בעל-הבית³²⁴.

³²² קנב) בבא מציעא י"ב.

³²³ קנב) בבא מציעא, דף י"עמ' א'-ב', ושו"ע חו"מ סי' רס"ח סע' ב'. [הערת עורך: הערה קנד חסרה במקור]

³²⁴ קנה) בבא מציעא י"א, ור' לעיל, סע' ו' של פרקנו.

במקרקעין דרושה לעניין חזקה שליטה אף יותר פעילה, והיינו **שימוש מעשי במקרקע כדרך הנאותו ותשמישו**. השימוש הזה צריך ללוות את כל משך ההחזקה הדרוש, אך הפסקות שהן עצמן מדרך התשמיש - אין בהן פגם.³²⁵

[94]] טיב ההחזקה הדרוש לחזקת-הדין, מטבע הדברים שווה הוא לזה הדרוש לשם חזקת-הקניין.

לפי זה ניתן לסכם, מבחינה השוואתית, כי ההחזקה הדרושה בדיני ישראל לעניין חזקה מתדמה מאוד להחזקה נוסח **סאוויני**, כפי שראינוה בצרפת ובאיטליה; אולם, כאן אין זו כל ההחזקה כלה, כי אם רק **סוג של החזקה**, - ומבחינה זו אפשר לראות דמיון בין ההחזקה לעניין חזקה **במקרקעין** לבין מושג ה-occupation, שנתקלנו בו ברשימת סוגי ההחזקה המובחנים **במשפט האנגלי**.

יד. ירושת ההחזקה ומהות העברת ההחזקה בכלל

נשאר לנו עתה לעמוד על מספר בעיות מיוחדות, הנחוצות להשלמת התמונה של מערכת מושג ההחזקה בדיני ישראל - ונפנה קודם-כל לבעייה של **ירושת ההחזקה**.

כבר רמזנו לעיל כי תקופת ההחזקה הנחוצה לחזקת-קניין במקרקעין עשויה להצטרף גם מכוח ירושה.³²⁶ הדברים מתייחסים אף למקרה שלמעשה לא היה למוריש קניין-אמת בדין, - ולפי זה אין להבין את ההצטרפות אלא אם נאמר כי אף ההחזקה כשלעצמה עשויה לעבור בירושה, בנפרד מכל ירושה של קניין. ואכן, דבר זה נקבע בפירוש בשו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ז' - ביחס להחזקת הגזלן - ובסי' שס"א סעי' ג'-ד', ביחס להחזקת השומר.³²⁷

ירושת ההחזקה בדיני ישראל - כמו גם העברתה בין חיים שלא בדרך הקנאה - ודאי אינן צריכות להיתפס כהעברת **זכות**, - אף-על-פי שעצם אפשרות הפעולות האלו נחשבת באירופה כמופת לכך כי הנשוא שלהן הוא זכות.³²⁸ הדבר מתברר באופן כפול. ראשית, מתוך כך שהנאות ההחזקה לפי הדין העברי אינן באות ממנה עצמה, במהותה המעורטלת, אלא רק בצמוד למימושה הפעיל - וזה, כשלעצמו, אינו ניתן כמובן להעברה. ושנית, מתוך שהמקורות העבריים העוסקים במישרין בהעברת ההחזקה - בין בירושה ובין באופן אחר - צמודים באמת לאו דווקא להעברת הנאות הנובעות מן [95]] ההחזקה, כי אם להעברת **האחריות** הכרוכה בה. אולם, נראה לומר שאת העברת ההחזקה בדיני ישראל אין לזהות גם עם העברת האחריות, אלא יש להכיר בהעברת האחריות **תוצאה** של העברת ההחזקה. דבר זה מסתבר גם-כן באופן כפול. ראשית, מתוך כך שהאחריות המועברת אינה חלה על המקבל, כשלעצמה ובמחלט, אלא רק בצמוד להחזקה העוברת אליו -

³²⁵ קנו) שו"ע חו"מ סי' ק"מ סעי' ז', סי' קמ"א, סי' קמ"ו סעי' י' וי"ד.

³²⁶ קנו) בפתשגן להערה מ"ה בפרקנו, ור' ביחוד שו"ע חו"מ סי' קמ"ד סעי' ג'.

³²⁷ קנח) בסי' שמ"א יש אמנם מקום לתהות אם יסוד הדין הוא בירושת הקניין או בירושת הרשות (היינו ההחזקה); אולם, לאור הקשר הדברים במקור, בבבא קמא קי"ב א', וביחוד לאור הדין בסעי' ד', לא נותר מקום לספק כי היסוד הוא בירושת ההחזקה.

³²⁸ קנט) ר' לעיל, פרק א', סעי' ה', במבוא.

ובגינה של אותה החזקה. ושנית, מפני שהאחריות העוברת ליורש אינה חלה - כפי שנראה ביתר פירוט בפרק אחר - על נכסי העזבון (כדרך חובות אחרים של המוריש, שנעשה היורש אחראי להם), אלא חלה היא על נכסי היורש העצמיים ובגדרים חדשים³²⁹ - ומשמע שוב כי אין כאן פשוט העברה של אחריות המוריש, אלא התהוות של אחריות חדשה, בעקב עילה שנולדה ביורש עצמו, והיינו העילה **שעברה אליו ההחזקה בחפץ**.

וכיצד יכולה ההחזקה לעבור כשלעצמה? - לפחות לפי התפיסה העברית אין בדבר שום קושי. כאן מוכרת ההחזקה, במהותה, ככוח-שליטה הנמשך מעובדה מסוימת בעבר, ואין שום קושי במושג, **שיתקיים ביורש כוח-שליטה הנמשך מעובדה שארעה במוריש**. אכן, חפצים העומדים לעת פטירת המוריש בכוח-שליטתו - חזקה על העולם שיכבד את כוח-השליטה הזה ביורשים, בהמשך מן הכבוד שחלק לו במוריש, על סמך עצם העובדה שאנשים אלה יורשיו הם; דבר זה עצמו - הוא היוצר ביורשים את כוח-השליטה למעשה, באותה מידה שכוח זה נתון היה למוריש ברגע פטירתו, - וכך מתברר כי לא זו בלבד שאין כאן קושי במושג העברת ההחזקה כעניין עובדתי גרידא, אלא אדרבה: הריהו כאן מטבע העניין.

דומה לזה הוא המצב בהעברת ההחזקה בדרך הקנאה או בהעברה לשומר - אם כי כאן אפשר לראות את ההתפתחות גם באופן אחר. החזקת המקבל יכולה כאן להיתפס לא רק כהמשכיות ישירה של כוח-השליטה ממעשה ההחזקה שנתקיים על-ידי המחזיק הראשון בשרשרת, אלא אפשר לראותה גם ככוח-שליטה אשר די לנו בביסוסו במעשה-ההעברה בעצמו. במקרה של העברה לשומר, בין בדרך הקנאה ובין בדרך הנחה, מכריעה האפשרות הראשונה, כי בהחזקת השומר עדיין חשוב לנו לזהות את החזקת בעל-הבית; לעומת זאת, במקרה של העברה בדרך הקנאה לאדם האמור להחזיק לחלוטין לעצמו, מכריעה האפשרות השנייה - כי הקשר המעשי בין שני שלבי ההחזקה ניתק כאן לגמרי. על אחת כמה וכמה אפוא, שבאמת אין מקום לדבר על רציפות ההחזקה מגזלן לגזלן האמור להחזיק לחלוטין לעצמו - שהרי כאן, לא זו בלבד ששני שלבי ההחזקה מנותקים ביניהם מבחינה מעשית, אלא אין הם מתקשרים גם מבחינת **דין העברת הקניין**.

[96]] במקרה של החזרה משומר או מגזלן לבעל-הבית - נשמרת אמנם רציפות ההחזקה של בעל-הבית, בהמשך ממעשה-ההחזקה שמכוחו הוא מחזיק מלכתחילה, אך תקופת-הביניים של החזקת השומר או הגזלן אינה משנה ברציפות זו מאומה. החזרה יכולה אפוא להיחשב כהעברת-החזקה רק מבחינה זו, שמסיימת היא את החזקת השומר או הגזלן, ומחדשת את החזקת בעל-הבית, בלי אמצעותו המחויבת של מעשה-החזקה - ולא כדרך העברת-ההחזקה הרגילה, שמהותה **כהעברה** נקבעת על-ידי כך שמשמשת היא **כחוליה ברציפות כוח-השליטה מאדם לאדם, בהמשך ממעשה-מסוים**.

על חשיבות הרציפות בכוח-השליטה בין בעל-הבית לשומר או בין מקנה לקונה אין אנו צריכים לחזור ולהתעכב כאן, אך כדאי לנו לראות ביחוד מהי חשיבות הרציפות בכוח-השליטה בין מוריש

³²⁹ (ס) בבא קמא קי"ב א', ור' להלן, פרק ו' סע' ג'.

לדורש. החשיבות העיקרית היא כמובן, שרק מכוח עצם הרציפות הזאת עצמה - ולא על-פי שום מבחן אובייקטיבי שבנוסף או מעבר לכך - נעשה הדורש למחזיק מלכתחילה; אך יש עוד גם חשיבות עקרונית-צדדית. זו מתבטאת בכך **שהחזקת היורש נמשכת מלכתחילה, בהכרח, באותו מעמד עצמו שהיה לה בחיי המוריש**. לא מבעיא, שאם המוריש החזיק על-פי קניין, נמשך אותו קניין בהחזקת היורשים, על-פי דיני הירושה הכלליים. היחוד הוא **מעבר** לדיני הקניין, כשהמוריש החזיק **נגזלן או כשומר**. במקרה כזה, נשאר יורשו של הגזלן - גזלן, כל זמן שלא החזיר לדעת הבעלים, ואף אם הוא מצידו לא התכוון מעולם לגזול, ומתכוון הוא להחזיר; וכן להיפך, אין יורשו של **השומר** נעשה גזלן, כל זמן שלא שלח יד בחפץ, ואף אם כבר מתחילת החזקתו כדורש מתכוון הוא להחזיק לעצמו³³⁰. יחודן של תוצאות אלו מתבלט ביחוד על רקע ההלכה, שאם מלכתחילה קיבל אדם את ההחזקה בחפץ הזולת שלא כדין, אבל על-פי טעות בתום-לב, נעשה הוא **שומר-אבדה**, על-ידי עצם שינוי-הדעת בלבד, משעמד על טעותו תוך כוונה להחזיר לבעלים³³¹. טעם ההבדל הוא שכאן מדובר ב"גזלן" שמתחילת "הגזלה" אמנם פעל בתום-לב; אך **בדורש**, אין חשיבות לתחילת החזקתו העצמית, אלא מונים את החזקתו **מתחילתה האובייקטיבית** - ואם זו היתה מלכתחילה **שלא** בתום-לב, הרי כשם שהמוריש לא יכול היה להיפך לשומר-אבדה על-ידי שינוי הדעת בלבד, כן אין יכול לעשות זאת גם היורש מצידו³³².

[97]] אשר לחשיבות מעמד ההחזקה - אם זו החזקת שומר-אבדה או גזלן, הרי היא שייכת ביחוד לגדרי האחריות כלפי בעל-הבית, כפי שנראה להלן. אולם, אף-על-פי שמעמד היורש כמחזיק שווה למעמד המוריש, אין משמע שגם **אחריות** היורש שווה לאחריות המוריש. על פרטי ההבדלים בעניין זה נעמוד גם-כן להלן.

טו. החזקת החרש, השוטה והקטן

כשהחזקה עוברת בירושה, עשויה היא לעבור ליורשים קטנים³³³, ומשמע שבאופן עקרוני יכולים גם החרש, השוטה והקטן להיחשב **מחזיקים** בדיני ישראל; אולם, התוצאות המעשיות של

³³⁰ קסא) כך נראה מבבא קמא קי"א ב' - קי"ב א'.

³³¹ קסב) דוק בשו"ע חו"מ סי' קל"ו וסי' ר"ס סעי' ט'.

³³² קסג) עם זאת, במקרה שמקבל אדם בתום-לב חפץ **לשמירה** מגזלן, ומשמתגלה לו האמת, מתכוון הוא להחזיר - נראה שיחול בו דין היהפכות לשומר-אבדה, אף-על-פי שגם במקרה זה יש רציפות מוכרת של ההחזקה עד **התחלה שלא בתום-לב**. ההבדל בנקודה זו הוא שהרציפות בהחזקת השומר אינה חד-משמעית: בהתחלה של החזקת השומר כשומר יש מעשה-העברה מכוון, המלווה בדעת מיוחדת לעצמו, וכפי שאמרנו - יש פה אפוא גם **צד של התחלת החזקה חדשה**. במידה שצד ההחזקה החדשה מבוסס על תום-לב, יכול אפוא המחזיק להסתמך על תום-לב זה, כדי לומר שהחזקת-גזלן הוא לא קיבל על עצמו, ומשנודע לו על גזלנות בעל-בית, נמצא כי החזקתו כל כלה היא החזקה-בטעות, המנותקת ממקורה וניתנת לביסוס מיוחד במסגרת הראויה לה. לעומת זאת היורש - כוח-שליטתו והחזקתו נמשכים מהחזקת המוריש באופן חד-משמעי **ובעל-כרחו**; גם אם הוא, מצידו, הוא תם-לב, אין הוא אפוא על-כל-פנים מקבל החזקה בטעות; הוא באמת ובתמים מקבל החזקה של **גזלן** - וכשם שאין דעתו קובעת בקבלת ההחזקה, כן אין שינוי-דעתו ראוי להשפיע לשינוי מעמדה. ר' בכיוון זה גם מה שיצא לנו לברר להלן, בפרק ו', סעי' ז', סי' 3.

³³³ קסד) בבא קמא קי"ב א'.

החזקתם מצומצמות עד מאוד. החזקת החרש, השוטה והקטן אינה מועילה, קודם-כל, לעניין **חזקה**, משום שאין להם דעת טענה³³⁴; כן פטורים הם מאחריות בנוזיקין³³⁵, וממילא פטורים הם מאחריות השומרים³³⁶.

אולם, מכל-מקום, אף החזקת החרש, השוטה והקטן קובעת את **חזקת-הדין** ("מפני דרכי שלום"), ואין להוציא דבר מידם בלי יתרון של זכות או שלא בדרך המשפטית - אפילו כשברור כי אין להם קניין, ומי שיעבור ויוציא מידם לא יצטרך להחזיר³³⁷. כן חשובה החזקתם לגבי כמה עניינים שיוזכרו להלן (יכולת הקנאה וזכות הפירות במיטלטלין, ירושת הבכור, ועוד), וביחוד, כמובן - בבחינת בסיס לעלייתן של תוצאות ההחזקה המלאות, מיד כשיתפקח החרש, ישתפה השוטה, או יגדיל הקטן.

[98]] בעייה מתעוררת בקשר **להתחלת ההחזקה** על-ידי החרש, השוטה והקטן. ראינו שיכולה החזקתם להתחיל בדרך ירושה, והדין הוא ברור שיכולה החזקתם להתחיל גם על-פי דעת אחרת מקנה, בתנאים מסוימים³³⁸; אולם, יש מקום לתהות על **תפיסה**, בשאין דעת אחרת מקנה. הדין העקרוני מדאורייתא הוא, שהחרש, השוטה והקטן **אין** להם דין תפיסה - לעניין שיוכלו לקנות דבר מן ההפקר, בקניין גמור, בשאין דעת אחרת מקנה³³⁹, ומכאן היה מתחייב שלא תהא להם תפיסה גם לעניין **גזלה**, שהרי גם הגזלה, כמו הקניין, צריכה באופן עקרוני לדעת וכוונה. אולם, נראה שתוצאה זו נמנעת מכוח אותה תקנת חכמים שקבעה לחרש, לשוטה ולקטן את **חזקת-הדין**, אפילו כשהחזקתם באה להם מכוח תפיסתם העצמית. בתקנה זו גלום בהכרח הכלל, שאף-על-פי שהחרש, השוטה והקטן אין להם **דין תפיסה לקניין** - מכל-מקום ניתן להם **דין תפיסה להחזקה**; וממילא משמע שניתן להם גם להעביר את ההחזקה מבעל-הבית לעצמם בדרך גזלנות - אם כי אחריותם, לבד מחובת ההחזרה (בעין או בממון המשתרש³⁴⁰), נשארת מותלית, ומצידה העונשי אין היא מתעוררת בכלל (לבד מאפשרות העונש **החינוכי**, לקטנים³⁴¹). מסתבר לפי זה, שאם כי אין הדין העברי מכיר לחרש, לשוטה ולקטן את כושר **הכוונה המשפטית**, מכל-מקום מכיר הוא להם את כושר **הכוונה העובדתית**, להשתלט על חפץ במניעה מאחרים - לפחות במידה שכוונה כזאת אמנם מתגלה אצלם למעשה.

לפי זה יוצא גם-כן, שאמנם אין החרש, השוטה והקטן יכולים להיעשות **שומרים**, לעניין שהחזקתם תוכל לעלות כדי החזקת בעל-בית, שהם יחזיקו **משמו** - שהרי החזקה משמו של אחר

³³⁴ קסה) שו"ע חו"מ סי' קמ"ט סעי' י"ח; אך ר' סמ"ע על סי' קמ"ד סעי' ג'.

³³⁵ קסו) משנה בבא קמא פ"ד מ"ד ופ"ח מ"ד.

³³⁶ קסז) שו"ע חו"מ סי' קפ"ח סעי' ב' וסי' שצ"ו סעי' ז'.

³³⁷ קסה) שו"ע חו"מ סי' ק"י סעי' ו' וסי' ר"ע סעי' א'.

³³⁸ קסט) שו"ע חו"מ סי' רל"ה.

³³⁹ קע) שו"ע חו"מ סי' ר"ע סעי' א', ור' תוספות על בבא מציעא י"א א', ד"ה ילפינן.

³⁴⁰ קעא) שו"ע חו"מ סי' שמ"ט סעי' ג' וסי' שס"א סעי' ז', ופתחי תשובה על סי' שמ"ט ס"ק ב'.

³⁴¹ קעב) שו"ע חו"מ סי' שמ"ט סעי' ה'.

צריכה כוונה משפטית; אולם, אם יקבלו את החפץ על-ידי מעשה-החזקה, ולו - כביכול - על דעת שמירה, הרי החזקתם, על-כל-פנים, תהא החזקה. כמו כן, אם התחילה ההחזקה על דרך שמירה באופן תקף, ואחר-כך נשתטה השומר, או שמת - ויורשו הוא חרש או שוטה, או קטן - מסתבר שעצם מעמד השמירה לא ישתנה בכך.

[99] מן העובדה, שהחזקת החרש, השוטה והקטן יכולה להיווצר גם בדרך ירושה, משתמע שגם ההחזקה מסוג זה, משנוצרה, די לה - בעיקרה - ביכולת-שליטה, ואין היא צריכה דווקא שליטה ממשית; ובהמשך מכאן היה נראה לומר שגם ביחס **לאבדן**, אין דינה של החזקה זו שונה מן הדין הרגיל.

אולם, מסקנות אלה נתקלות בקושי הגיוני מצד העמדה המקובלת בהלכה בקשר ל"יד" החרש, השוטה והקטן. לפי עמדה זו, אין ההתפשטות הרגילה של מושג "היד" חלה אלא בחרשת, השוטה והקטנה, **הנקבה**, ואילו הזכר - אין לו "יד", לבד מן היד האנטומית ממש³⁴². ובהתאם לכך - מאחר שהעיקר הוא אפוא כי אין ההחזקה מוכרת לחרש, לשוטה ולקטן אפילו על-ידי שליטה ממשית, כשאין זו מתבטאת באחיזת מגע גופני וישיר - על אחת כמה וכמה שאין מקום להכיר להם החזקה, כשלמעשה אין הם שולטים בחפץ אפילו באמצעים עקיפים, ויש להם רק, באיזה אופן שהוא, **יכולת-שליטה**. אולם, נראה לע"ד כי העמדה המקובלת בהלכה בנקודה זו אינה מבוססת אלא בסיכום חסר-הצדקה ובלתי-בשל של המקורות הנוגעים לעניין, ולפי אמיתו הפנימית של הדין אין מקום להבדיל כאן בין זכר לנקבה, ולשני המינים גם יחד יש להכיר את התפשטות "היד" בהקף הרגיל³⁴³.

במה שנוגע לשליטה הממשית במקרקעין, נראה שלכל הדעות, דין החרש, השוטה והקטן הוא כדין הגדול, הפיקח והשפוי. בגמרא מובא מקרה שבו הוכרה לקטן חזקת-הדין במקרקעין כאשר סגר את השער בפני אדם שבא לנשלו³⁴⁴ - וגם מכאן מתחייבת באגב המסקנה, שאמנם גם לחרש, השוטה והקטן הזכר יש דין "יד" ו"חצר". [100]

³⁴² קעג) ר' סיכום העניין בעה"ש חו"מ סי' רמ"ג סע' כ"ב.

³⁴³ קעד) כך לפי ה"אי בעית אימא" השני של פירוש דברי ר' יוחנן בבבא מציעא, ריש דף י"א. ההלכה היא כר' יוחנן לכל הדעות, וכשהגמרא עצמה מציעה לנו סברה של פירוש המעמיד את דעת ר' יוחנן על תוצאה הגיונית - תימה מה הכריח את הפוסקים לקבל דווקא סברה אלטרנטיבית, המביאה לתוצאה בלתי-הגיונית. אמנם, הסברים פורמליים כלשהם לבחירה זו ישנם, אך אף אחד מהם - וגם לא כלם יחד - אינם עושים את הבחירה הזאת מחויבת בהכרח; ומאחר שעל-כל-פנים נפטר הענין **בסברה**, ודאי יש להעדיף את הסברה הסבירה. על אחת כמה וכמה שהעמדה המקובלת בענייננו סותרת את ההלכה המפורשת בדבר העברת ההחזקה בירושה אף ליורשים קטנים, ואף כשהחזקה אינה מבוססת בזכות: החפץ העובר בירושה, ודאי אינו נמצא בידו האנטומית של היורש הקטן, ואלמלא חל בו דין "היד" המורחבת, היה מושג ירושת ההחזקה - לפחות במיטלטלין - נמנע בו מעיקרו.

³⁴⁴ קעה) בבא קמא קי"ב א'-ב'.

טז. החזקת האפוטרופוס

החזקת האפוטרופוס - מסתבר שגם בדיני ישראל מזדהה היא לחלוטין עם החזקת בן-החסות, או, כפי שמנסח את הדבר **הרשב"א**: "אפוטרופוס עדיף ליה משומר דעלמא, וכבעלים ממש עשאוהו"³⁴⁵. המסקנה מתחייבת מהגיון ההלכות בבבא קמא דף ל"ט ע"א - דף מ' ע"ב, ור' פ"ו מהל' נזקי ממון להרמב"ם הל' ו', ומגיד-משנה שם.

התוצאה החשובה ביותר במסגרת התפיסה הזאת היא, שאף-על-פי שהחרש, השוטה והקטן - כשלעצמם - פטורים בנזיקין, הרי כשיש להם אפוטרופוס נעשים נכסיהם שלהם (ולא נכסי האפוטרופוס) אחראים לנזקים הנגרמים על-ידי רכושם; אלא שלפי שיטת הרמב"ם (שם, הל' ד') אין לגבות מנכסי בן-החסות שיתפקח, ישתפה או יגדיל, ובינתיים גובים את הנזק מנכסי האפוטרופוס - וכך נמצאת פשרה בין הצורך להפחית ככל האפשר מן המכשלה שבאפוטרופוסות לבין הצורך להניע את האפוטרופוס שלא יתרשל בשמירת הדברים המסורים לפיקוחו.

מעמדו של הבעל בנכסי המילוג של אשתו, נראה שמתדמה גם הוא מבחינה עקרונית למעמדו של אפוטרופוס, ולא של שומר: ר' להלן, הערה ק"א לפרק ו'.

יז. השיתוף בהחזקה

השיתוף בהחזקה - נראה שיכול הוא להיווצר בגדר הדין העברי, בחמישה אופנים: א) על-ידי השתתפות בקנייה על-פי דעת אחרת מקנה, שיש עמה העברת ההחזקה לשותפים; ב) על-ידי הסכם על קבלת החפץ לשמירה משותפת; ג) על-ידי השתתפות בירושת ההחזקה, בין אם אגב ירושה של קניין ובין לא; ד) על-ידי תפיסה המבוצעת על דעת שיתוף, בהסכמת השותפים; ה) על-ידי תפיסה המבוצעת במשותף, בין על דעת שיתוף ובין על דעת כל תופס לעצמו³⁴⁶.

שיתוף בגזלה, שלא בתום-לב של כל השותפים, אינו יכול להיווצר בדרך הרביעית, כי אם רק בחמישית - לאור מה שראינו לעיל, בסוף סעי' ט', - ומשמע כי שיתוף בהחזקה בגזלה, שלא בתום-לב, ושלא בירושה, ושלא בשמירה משמו של אחר, יוכל להיות מוכר לפי הדין העברי רק לעתים רחוקות ביותר, כשהגזלנים ממש **תפסו את הגזלה כאחד**³⁴⁷. אם הם רק פעלו בתכנית משותפת, ומישהו מהם תפס בשביל כלם - יישאר בכל-זאת רק הוא לבדו המחזיק. עם זאת, יוכלו הם כמובן לחזור ולהשתתף בהחזקה - אם החפץ יונח לפניהם, והם יחזרו ויתפסוהו, כלם כאחד, לשם כך. אולם, במקרה כזה יעשו הם על-כל-פנים שותפים רק **בגזלה מן הגזלן**, - ואילו מעמד **הגזל מן הבעלים**, על האחריות המיוחדת הכרוכה בכך, יישמר על-כל-פנים רק למי שתפס בעצמו מן הבעלים במישרין.

³⁴⁵ קעז) שיטה מקובצת על בבא קמא מ' ב'.

³⁴⁶ קעז) שו"ע חו"מ סי' רס"ט סעי' ב' וד'.

³⁴⁷ קעח) ר' מגיד-משנה על פ"ב מהל' גנבה הל' י"ד.

[101]] לאחר שהשיתוף בהחזקה כבר קיים, נראה שעל מהותו העקרונית יש לנו להקיש מן המהות העקרונית של השיתוף בזכויות. לפי התפיסה הנראית לי בעניין זה נכונה - היא תפיסת הרשב"א - השיתוף בזכות הוא **משא של זכות על-ידי אנשים רבים במאוחד, בכפוף לזכויות העשויות להימשך מתוך כך באופן עצמאי לכל אחד מהם**³⁴⁸; ובהתאם לבך מסתבר כי השיתוף בהחזקה הוא **משא ההחזקה על-ידי אנשים רבים במאוחד**, - אך יותר קשה להתאים לכאן את הסיפא של ההגדרה האמורה. ההחזקה כשלעצמה, על-פי דיני ישראל, אינה מזכה את המחזיק בזכויות כלשהן - וממילא אין שום זכויות עצמאיות יכולות להימשך מעצם העובדה של ההחזקה המשותפת. מצד שני, אמנם, כרוכה ההחזקה **בחובת-אחריות**, אך שום אחריות עצמאית אינה נמשכת על השותף בהחזקה, ואין השותפים אחראים מכוח ההחזקה המשותפת אלא ביחד. ושוב, **למעשה** אמנם עשויים השותפים להימצא אחראים גם באופן אישי; אולם, דבר זה יכול לקרות רק כששותף מסוים קיבל עליו את **השמירה היחודית** - ואז אין הוא אחראי כשותף, אלא כשומר; כמו-כן, עשוי השותף להימצא אחראי לבדו, כשהוא פשע וחבריו לא פשעו - אך התפתחות זו כבר תהא נובעת מחלקו בחובת-האחריות עצמה, ולא דווקא מחלקו בהחזקה³⁴⁹. אף-על-פי-כן מתברר כי גם לעניין ההחזקה כשלעצמה יש על-כל-פנים צד של מעמד עצמאי לשותף: שותף בגזלה, הפועל בחפץ בהתעלם מדעת שותפו, נחשב **כגוזל מן הגזלן**, לאו דווקא על כלל החפץ, או כלל ההחזקה, כי אם רק על **חלק שותפו**³⁵⁰ - ומשמע שאם מעמד עצמאי לזכויות וחובות אין כאן, הרי מעמד עצמאי **לטענות** על-כל-פנים יש כאן, - והיינו מעמד עצמאי לכל שותף ושותף לטעון, שאין להשתמש בחפץ אלא תוך כיבוד דעתו ועניינו. בזה אין רצוננו לומר כי בהחזקה המשותפת יש לנו לסטות ממסקנותינו דלעיל, כדי לדרוש אצל כל שותף, במשך כל תקופת ההחזקה, איזה "אנימוס" חיובי, ברוח הטענה שניסחנו. רצוננו לומר רק כי ההחזקה המשותפת אינה רק כוח שליטה הנתון לכל השותפים יחד, אלא היא כוח שליטה הנתון להם **תוך נכונות הדדית מצידם לכבד את העניין העצמאי העשוי להימצא לכל אחד מהם בגדרי השיתוף** (אם על-פי גדריו בדין ואם על-פי גדריו בהסכם, בפירוש או מכללא) - **ואילו משנשמטת הנכונות הזאת כלפי אחד השותפים, ממילא מוצא הוא מחלקו בהחזקה**. במלים אחרות אפשר גם לומר כי ההחזקה המשותפת היא כוח שליטה הנתון לכל השותפים יחד, בכפוף לכוח-השליטה העשוי להימשך מתוך כך לכל אחד מהם בגדרי השיתוף; דבר זה שוב אפשר לתרגם לנוסחה, **שהשיתוף בהחזקה הוא משא החזקה על-ידי אנשים רבים במאוחד, בכפוף להחזקה העצמאית העשויה להימשך מתוך כך לכל אחד מהם בגדרי השיתוף** - ובזה הגענו להקבלה המלאה להגדרת השיתוף בזכויות. הגדרה זו מתאשרת גם לאור ההלכה המפורשת, כי שותף, המחזיק בחפץ בגדרי עניינו בשיתוף, איננו - בעיקרו של דבר - שומר, כי אם **מחזיק משמו של עצמו**³⁵¹.

[102]] אף-על-פי-כן, מסקנה זו אמנם נכונה היא רק **בעיקרו של דבר** ובמידה שמתיחסת היא לשותף כמחזיק בחפץ בגדר עניינו בשיתוף; כי השותף - אפילו בהיותו מחזיק כך - ממילא נעשה

³⁴⁸ קעט) הר"ן על נדרים מ"ו א'.

³⁴⁹ (קפ) ר' בבא קמא נ"א ב', סוגיית "עבר עליו הראשון ולא כשהו"; שם דף נ"ב ע"א א', משנה וגמרא; שו"ע חו"מ סי' שצ"ו סעי' ז'; ש"ך על חו"מ סי' ע"ז ס"ק א'; פסקי הרא"ש על בבא קמא פ"א סי' טו'.

³⁵⁰ קפא) בבא קמא ע"ח ב'.

³⁵¹ קפב) רש"י על בבא קמא נ"א ב', ד"ה והאי מדידה קממלא.

הוא גם מחזיק בחפץ, המוחזק באותו אופן עצמו על-ידי חבריו, - ומבחינה זו נעשה הוא גם **שומר לחבריו**; אכן, לא שומר לכלל השותפים במאוחד, כי אם שומר לכל אחד מהם לחוד³⁵².

כפילות זו במעמדו העיוני של השותף משקפת את כפילות מעמדו במעשה: כי מצד אחד יש לו טענה עצמאית ביחס לשליטתו שלו בחפץ וביחס לפעולות הנעשות בחפץ על-ידי אחרים, בעוד שמצד שני כפוף הוא עצמו לטענות העצמאיות המקבילות של כל אחד מחבריו. חשיבות הדבר מתגלה ביחוד כשהחזקה היא כדין, והטענה העצמאית שאמרנו היא **תביעה**, הניתנת גם למימוש על-פי דין³⁵³. דוגמה אחרת היא, שאף-על-פי שהחזקת כל שותף היא עצמאית, מכל מקום אין היא יכולה לשמש בסיס לחזקת-זכות יחודית, כל זמן שלא נסתרה חזקת השמירה ההדדית³⁵⁴. מלבד זה חשובה התפיסה שהתוויון כבסיס ההגיוני לחישוב אחריותם של השותפים, הן כלפי חוץ הן ביניהם. כלפי חוץ, יוצא מן ההחזקה העצמאית של כל שותף, שכל זמן שכלם יחד לא ייחדו את השמירה לפלוני, הריהם נשארים על-כל-פנים אחראים - כפי שכבר הזכרנו - ביחד ובמשותף³⁵⁵. במה שנוגע לאחריות ההדדית בין השותפים, נעמוד עליה בפרק המיוחד על אחריות השומר כלפי בעל-הבית (פרק ו'), הערה פ"ג, וסעי' ח' סי' 3).

יח. מושג החפצים ודין ההחזקה

לבסוף נברר למה בדיוק התכוונו כשדיברנו כל הזמן על החזקה **בחפצים**, - והיינו מה הם חפצים, בקשר לדיני ההחזקה העבריים, האם בכל החפצים תיתכן החזקה, והאם תיתכן החזקה כדרך החזקת-חפץ גם בנושא שאינו בדיוק חפץ?

[103]] אשר לשאלה הראשונה, פשוט וברור קודם-כל כי חפץ הוא **דבר של חומר**, אך אפשר להוסיף ולשאול, האם באמת כל דבר של חומר הוא חפץ? על זה נראה להשיב בשלילה. **אדם**, לפחות מבחינה מסוימת, הוא דבר של חומר, אבל אין אנו נוטים לראותו כחפץ - לפחות כל זמן שאין הוא **עבד** ואין גם כוונה להביאו למעמד של עבדות. בדומה לזה, האדמה בכללותה היא דבר של חומר, אבל אין אנו רגילים לדבר על קרקע כ"חפץ" - ועם זאת מוכנה אנו להסכים שקרקע היא חפץ, אם הכוונה היא לאדמתו של **מגרש מסוים**, העשוי לשמש נשוא של משא-ומתן מסחרי. ושוב, אור וגזים אחרים הריהם דברים של חומר, אבל בהתפשטותם הבלתי-מוגבלת הרינו מתיחסים אליהם כאל "דבר שאין בו ממש"³⁵⁶, ורק משרוכו והובאו לכלל **זהות מסוימת**, על-ידי שהוחזק בהם **למעשה**, מוכנים אנו להתחיל לראותם **בדיעבד** כחפצים.

³⁵² קפג) דוק בבבא בתרא מ"ג א'-ב'.

³⁵³ קפד) משנה נדרים פ"ה מ"א.

³⁵⁴ קפה) בבא בתרא מ"ב ב'.

³⁵⁵ קפו) בבא קמא נ"א ב', ורש"י שם.

³⁵⁶ קפח) ר' שו"ע חו"מ סי' רי"ב סעי' ב' ופכ"ג מהל' מכירה להרמב"ם הל' י"ד ("ריח התפוח"). בשו"ע, כאן, כשמדובר ב"אוויר" - אמנם אין הכוונה לגז האוויר, כי אם לחלל שבו הוא נמצא, אך על-כל-פנים מתברר דימוי האוויר למשהו שאין בו ממש.

לפי זה, אמנם אפשר לומר כי מגיעים אנו להסתבך פה במעגל-קסמים מושגי: אמרנו מקודם כי ההחזקה היא **החזקת חפצים**, ואילו עתה, מה שאומרים אנו למעשה, הריהו שחפצים הם דברים של חומר, **במידה שהם עומדים להחזקה**. אולם, סייג זה - חשיבותו המעשית היא פחותה לאין ערוך מכפי שהיא נשמעת. אין הסייג שייך אלא בשלש הדברים הבודדים שהזכרנו, ואילו כל יתר הדברים של חומר, הריהם חפצים בלי סייג כלשהו. ושוב, אפשר אמנם לטעון - וכנראה במידה מרובה של צדק, - כי דברי-החומר האחרים נחשבים כחפצים בלי סייג, **מפני שאמנם עומדים הם להחזקה בלי סייג**; ומשמע כי העיקר המיוחד את מושג "החפץ" אינו בחומריות הדבר, כי אם **בהיותו עומד להחזקה** - ואילו הזדהות "החפציות" והחומריות אינה אלא תוצאה משנית, הנובעת מן העובדה כי לכאורה, רק דברים של חומר אמנם עומדים להחזקה במובן שתיארנו, וכמעט כל דברי-החומר אמנם עומדים להחזקה בלי סייג כלשהו. אולם, יהא הדבר כאשר יהא, מבחינה מעשית מכל-מקום חוזרים אנו בזה לקנה-מידה **אובייקטיבי** של "החפציות", העוקף את שאלת העמידה-להחזקה והמתגלם **בחומריות** - ובהתאם לכך נחזור ונסכם כי **בייחדנו את מושג ההחזקה ל"חפצים", ייחדנוהו לדברים של חומר, אלא ששלשה מיני דברים של חומר - חפציותם היא מסויגת, וגם עמידתם להחזקה מסויגת היא במקביל**.

[104]] אולם, בזה עדיין לא פטרנו את השאלה השנייה: האם בכל החפצים - המוכרים כחפצים - תיתכן החזקה לפי הדין העברי? כי אכן, כפי שאמרנו, מעצם הגדרתו של "חפץ" הוא, שהוא עומד להחזקה; אולם, יתכן שחפץ יהא עומד להחזקה מבחינה **מהותית** ושכל-זאת לא תהא ההחזקה מוכרת בו מבחינה **משפטית**, כפי שהזכרנו ביבשת אירופה, בקשר לנכסי ציבור וכיו"ב.³⁵⁷

מניעת ההחזקה בנכסים אלה באירופה, עניינה הוא למנוע מעמד בתביעה פוסטורית נגד הציבור, וכן למנוע זכייה נגד הציבור בדרך ההתישנות המקנה - ובדומה לזה אמנם מוצאים אנו גם בדיני ישראל שאין לאדם **חזקה** בנכסי הקדש או בנכסי הקהל³⁵⁸. אולם, בדיני ישראל אין לקביעה זו שום משמעות עקרונית. החזקה נמנעת כאן רק בגדר השיקולים הרגילים: שהנכסים אינם עומדים להקנאה, ולכן, ממילא, אין החזקת זרים יכולה לשמש בהם ראיה לקניין; או שאין על נכסים אלה פיקוח מספיק, ולכן אין חוסר-המחאה נגד החזקת-הזרים יכול לשמש תמיכה לטענה כי אותה החזקת-זרים יסודה במיקח, ואילו כשישקולים אלה נופלים, והיינו כשהנכסים אמנם עומדים להקנאה, ויש עליהם פיקוח מספיק, חוזר בהם דין החזקה לתוצאותיו החיוביות הרגילות. יוצא אפוא, במלים אחרות, כי באמת אין כאן שום דין מיוחד, כי אם רק הדגמה מיוחדת של הדין הכללי בדבר משמעות ההחזקה כראיה - ועל-כל-פנים אין כאן שום מניעת-הכרה מן ההחזקה עצמה כהחזקה. מצד שני, ראינו אמנם בהערה צ"ח שבחפצים מן הסוג הנידון, בדיני ישראל, יתכן שלא יהא בכלל דין אחריות בנזיקין, שהוא גורם מכריע בעצם ההגדרה של מושג ההחזקה בדינינו. אולם, גם מכאן אין לסתור את תחולת מושג ההחזקה בחפצים מן הסוג הנידון במשפט העברי, כי על-כל-פנים - אף בחפצים שאין בהם דין אחריות בנזיקין, ודאי יש בהם יתרון חזקת-הדין למי שאותם חפצים נמצאים בידו. בסך-הכל יוצא אפוא, **שאין בדיני ישראל חפצים אשר מושג**

³⁵⁷ קפט) פרק א', סוף סעי' ג'.

³⁵⁸ (צ) שו"ע חו"מ סי' קמ"ח סעי' ל"א והגהת הרמ"א שם.

ההחזקה לא יחול בהם מבחינה משפטית ומהותית כאחת - ואף בחפצים שמושג "הנכסים", במובן המדויק, נמנע ונמנע מהם, כפי שהמצב הוא, למשל, באמת, בנכסי ההקדש ואיסורי-הנאה אחרים.³⁵⁹ עם זאת יש לציין כי במידה שהחפצים מוצאים מדין של אחריות בנזיקין, אמנם לא תהא לגביהם משמעות למושג ההחזקה במובן המורחב של **יכולת-שליטה**, ותחול בהם רק החזקה בגדרי ההחזקה ב"יד", או שליטה בפועל ממש.

[[105]] נשאלת אם-כן השאלה השלישית, האם תיתכן בדיני ישראל החזקה בנשוא שאינו בדיוק חפץ? וקודם-כל נסב את השאלה על **חלקי חפצים**.

נראה כי התשובה היא חיובית, שגם בחלקי חפצים תיתכן החזקה נפרדת³⁶⁰; אולם, מטבע הדברים, החשיבות המעשית של אפשרות זו היא מבוטלת כמעט, במה שנוגע ל**מייטלטלין**. לעומת זאת, **במקרקעין** יתכן שתהיה לאפשרות זו חשיבות מרובה³⁶¹ - ובזה מגיעים אנו לנשוא אחר של שאלתנו: כי יחידת-הקרקע כנכס כוללת לא רק את החלקים החומריים של הקרקע והמחובר אליה, אלא גם את החלל המקיף חלקים אלה לרום ולעומק³⁶² - ויש לשאול, היתכן החזקה בחלל הזה כשלעצמו, או בחלקים ממנו, אף-על-פי שבהיותו בלתי-חומרי אין הוא נתפס לכאורה בגדר של "חפץ"?

גם על שאלה זו נראה כי התשובה היא חיובית: אף-על-פי שאין החלל הקרקעי יכול לשמש נשוא נפרד של בעלות, עשוי הוא - ועשוי כל חלק ממנו - לשמש נשוא נפרד של החזקה (וכשהחזקה תהא על-פי קניין, יהא בזה שעבוד כנגד הבעלות ביחידה הקרקעית השלמה)³⁶³.

אפשרות זו מסתברת מתוך כך, שאף-על-פי שהחלל הקרקעי אינו חומר - מכל-מקום תיתכן בו שליטה חומרית. אולם, אין להעלות על הדעת אפשרות של שליטה חומרית בנשוא אחר שהוא בלתי-חומרי - ומשמע כי את אפשרות-ההחזקה, שייחדנו ל**חפצים**, יש אמנם להרחיב גם על **חלקי חפצים** ועל **החלל שבו החפצים נמצאים** - והרחבה זו היא אמנם כל ההרחבה הדרושה, כי בזה מתמצות כל אפשרויות-התחולה של אותו מושג ההחזקה שהיה נשוא-דיוננו. [[106]]

³⁵⁹ קצא) ר' חיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממוין", חלק א', פרק ב', הערה מ"ז, וחלק ב', פרק ו'.

³⁶⁰ קצב) שו"ע חו"מ סי' רס"ט סעי' ד'; ור' גם לפי באר-היטב ס"ק ג', כי שניים התופסים חלקים שונים של חפץ, ומוכח כי אין בדעתם להיות שליחי-תפיסה זה לזה, כדי להיחפך לשותפים לפחות בדיעבד - אמנם אין נהפכים לשותפים, אלא כל אחד מהם יוסיף להחזיק לעצמו את החלק שתפס.

³⁶¹ קצג) ר' שו"ע חו"מ סי' רי"ד.

³⁶² קצד) שם, ור' חיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממוין", חלק א' פרק ב', הערה ל"ו.

³⁶³ קצה) כך מתחייב מתוך צירוף הדברים בשו"ע חו"מ סי' רי"ב סעי' ב' וסי' רי"ד סעי' ג' ואילך, ור' נתנ"מ על סי' ר' ס"ק ח'.

פרק ד': החזקה ורשות

א. מקורות המזהים "החזקה" ו"רשות"

בפרק הקודם נהגנו אחידות גמורה כמעט בציון הנושא של הרצאתנו, וחץ ממקרים בודדים ומיוחדים לא הזכרנו בזה אלא **החזקה** בלבד. אולם, האמת היא שבמקורות אין אחידות כזאת מקובלת, והרושם הנוצר הוא שלמעשה משמשים לציון הנושא שדנו בו שני שמות נרדפים: **החזקה** (או, ביתר דיוק, חזקה) - **ורשות**. באופן המפורש ביותר באים שני המונחים הללו לידי זיהוי (אמנם לא בקשר ישיר להחזקה במובן שלנו, כי אם בקשר **לקניין במוחזק**) בשו"ע חו"מ סי' רע"ח סעי' ג'-ד': "אין הבכור נוטל פי שניים בנכסים הראויים לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים **המוחזקים לאביו, שבאו לרשותו**". המלים "שבאו לרשותו" אינן באות כאן להוסיף משהו שאין במושג "המוחזקים לאביו", אלא משמשות הן פשוט **כהסבר וכפאראפראזה** של המשנה בבכורות פ"ח מ"ט, הנוקטת רק את הקונטרס "ואינו נוטל בראוי כבמוחזק" בלבד.

כשם נרדף להחזקה מופיע המונח "רשות" בבירור גם בפ"ד מהל' נזקי ממון להרמב"ם, הל' ט': "שאלו כשהוא תם, והועד בבית השואל, והחזירו לבעליו, חוזר לתמותו: הואיל **ונשתנית רשותו**, בטלה ההעדה..." - ותמונה שלמה נקבל אם נשווה הלכה זו להל' ו' בפ"ו שם: "שור שהועד, ונמכר או ניתן במתנה, חזר לתמותו, שהרשות שנשתנית משנה דינו, אבל אם השאילו או מסרו לשומר הרי הוא בחזקתו"³⁶⁴. וכן שור שהועד בפני אפוטרופסין, ונתפקח החרש, ונשתפה השוטה והגדיל הקטן - הרי הן מועדין בחזקתן, שהרי ברשות בעלים הן". כלומר: מצד אחד, רשות הבעלים ורשות השומר הן שתיהן **רשויות** - כל אחת בפני עצמה, - והוצאה מרשות השומר לרשות בעל-הבית היא שינוי רשות; אבל מצד שני, אין זה שינוי גמור כגון זה המתהווה על-ידי הוצאת הדבר מרשות הבעלים לרשות בעלים אחרים: כי אף-על-פי שרשות השומר היא רשות לעצמה, מכל-מקום יש בה גם צד זהות עם רשות בעל-הבית - **יש ברשות האחת משום התפשטות חז-סטרית של רעותה** - והוצאה מרשות בעל-הבית לרשות השומר אינה בבחינת שינוי רשות. דין מיוחד יש לאפוטרופוס, אשר הן הכניסה לרשותו הן החזרה מרשותו אין בהן משום שינוי רשות - ולפי זה מתברר מה שביססנו על הרמב"ם את המסקנה כי **החזקת** האפוטרופוס אינה החזקה מיוחדת לעצמה, אלא היא החזקתו של בן-החסות לחלוטין.

[107]] והנה, רושם זה של זהות, הנוצר בין מושגי "החזקה" ו"הרשות", מעלה כמה וכמה בעיות עיוניות והלכתיות קשות; ואם עד כה הקפדנו על השימוש במושג **ההחזקה** בלבד, ואת מושג **הרשות** השתדלנו לשמור מאחורי הקלעים - אמנם היה בזה עיקר כוונתנו להתקדם מן הקל אל הכבד, כדי שלא נצטרך לפתוח בהגדרות והבחנות מסובכות, אשר אינן מפורשת במקורות ושיש להסיקן רק בדרך אנליטית. אולם, משהגענו עד כאן, שוב לא נוכל להתחמק מן הקשיים, וחובה עלינו לחזור ולברר את הדברים - למפרע. כל הבעיות שאמרנו נוגעות למשמעות החזקה במקרה של גזלה, ונפתח במשמעותה לעניין **הקנאה**.

³⁶⁴ א) פירוש "בחזקתו" הוא "בחזקת תמותו", ולא דווקא "בחזקת בעליו"; אבל למעשה אין כאן הבדל בדבר, כפי שנראה מיד.

ב. "קרקע אינה נגזלת"

כפי שכבר הערנו³⁶⁵ יש לעניין הקנאה הבדל מרחיק-לכת בין מיטלטלין ומקרקעין. במיטלטלין הדין הוא שבעליהם יכול להקנותם רק כל זמן שהם "ברשותו" (הישירה או העקיפה, ובמובן של "החזקה" על-פי הגדרים שראינו עד כאן), אבל אין הוא יכול להקנותם אם יצאו מרשותו - לפחות אם יצאו מרשותו בדרך גזלה³⁶⁶; ואילו הגזלן יכול להקנות את המיטלטלין שברשותו, משנתיאשו הבעלים³⁶⁷. לעומת זאת, המקרקעין, תפיסתם - כשלעצמה - אינה מועילה כדי לבטל את יכולת ההקנאה של הבעלים, ואלה יכולים לעשות פעולות משפטיות במקרקעין אפילו כשנתונים הם ביד התופס הזר³⁶⁸; ואילו פעולת התופס אינה מועילה אף אם הבעלים נואשו³⁶⁹. כטעם לדין הזה ניתן הכלל ש"קרקע אינה נגזלת לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת"³⁷⁰ - ולכאורה נמצאים אפוא גדרי ההחזקה שהעלינו בלתי-נכונים לגבי המקרקעין, באשר אין כאן מקום לרשות, או להחזקה, של הגזלן.

[108]] אולם, מראית זו היא במידה רבה מדומה. אף-על-פי שהקרקע כביכול "אינה נגזלת", העובדה היא שהמקורות אינם מהססים כלל לדבר על גזלנים ונגזלים - גם במקרקעין, ואף בנשימה אחת עם הקביעה שהקרקע אינה נגזלת³⁷¹. יתר-על-כן, ברור שלפחות לעניין חזקה יש ויש רשות במקרקעין אפילו לזר התופס אותם בניגוד לרצון הבעלים; וכל זמן שראיות התופס הן חזקות יותר מן הראיות העומדות לבעל האמיתי, ואין זה יכול להוציא את רכושו בדיינים - המקרקעין הם בפירוש מחוץ לרשותו אף לעניין הקנאה³⁷²: כלומר שאם באותו זמן מתיימר הגזלן להקנות את המקרקעין, ולבסוף נמצאת זכותו בטלה, ממילא בטלה אמנם הקנייתו למפרע³⁷³, - אבל גם ההקנאה שהבעל האמיתי התיימר באותו זמן להקנות בטלה באותה מידה³⁷⁴. מכאן ניתן לסכם שהקביעה כי "הקרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת" היא על-כל-פנים מופרזת, ואף הקביעה המקבילה, שהקרקע אינה נגזלת - כלומר שלעולם אין מעמידים את הקרקע בחזקתו או ברשותו של הגזלן, - אינה דווקא נכונה לחלוטין.

³⁶⁵ (ב) לעיל, פרק ג', הערה ק"ח.

³⁶⁶ (ג) דברי ר' יוחנן בבבא קמא ס"ח ב', ור' גולאק, א', עמ' 167. ור' בבא מציעא ק' א', שאין ההגבלה חלה כשהמיטלטל יצא מרשות הבעלים שלא בגזלה.

³⁶⁷ (ד) שו"ע חו"מ סי' שני"ז סעי' ג'.

³⁶⁸ (ה) בבא מציעא ז' א'.

³⁶⁹ (ו) שו"ע חו"מ סי' שע"א סעי' א'.

³⁷⁰ (ז) שם. בנקודה זו - דרך אגב - מוצאים אנו לכאורה ראייה נוספת לזיהוי המושגים "רשות" ו"החזקה": השווה "קרקע ברשות בעליה עומדת" והנוסח המקביל של אותו הכלל עצמו "קרקע בחזקת בעליה עומדת" (שם, בהמשך).

³⁷¹ (ח) ר', למשל, שם, בשו"ע חו"מ סי' שע"א: "קרקע אינה נגזלת לעולם... אפילו נמכרה לאלף זה אחר זה, ונתיאשו הבעלים, הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים, וכל מי שיצאה מתחת ידו חוזר על זה שמכרה לו... עד שיחזור הלוקח מן הגזלן על הגזלן", "גזל שדה, ונטלה מצידי", וכו'.

³⁷² (ט) שם, סי' שני"ד סעי' ו'.

³⁷³ (י) שם, סי' שע"א סעי' א'.

³⁷⁴ (יא) ר' דברי הרמ"ך בשיטה מקובצת על בבא מציעא ז' א'.

הגבלה נוספת של שתי הקביעות הנדונות עולה לנו מן המשנה במסכת כלאיים, פ"ז מ"ו, ופיתוחה בירושלמי (ה"ד). נראה כי הפירוש הנכון של הדברים הוא שלעניין כלאיים עוברת הקרקע לרשות הגזולן משנשתקע שם בעליה ונקרא עליה שם הגזולן, או - אף קודם לכן, - משנתייאלו הבעלים. לא נתפרש מהם בדיוק התנאים לחזרת הקרקע לרשות בעליה לעניין זה, אך מסתבר מן המשנה ומפרשיה, וממ"ה ומ"ו בפ"ה שם, שנחוץ סילוק ידו של הגזולן ושהבעלים יחזרו למקום למעשה. כל זמן שהקרקע היא **ביד** הגזולן (ועד שהבעל חוזר למקום למעשה) פטור הבעל מחובתו לעניין כלאיים, אפילו כשלא נתיאש, ושמו לא נשתקע, והקרקע נחשבת לכאורה ברשותו.³⁷⁵

[109]] נשאלת עתה השאלה, אם גם לעניין נזיקין רשאים היינו לומר כי הקרקע נגזלת אף-על-פי שבסתם קיימא לן דקרקע ברשות בעליה עומדת. והנה, לכאורה אמנם נקבעה ההלכה בבירור שהכלל כי קרקע **אינה** נגזלת אמור גם לעניין נזיקין: ר' שו"ע חו"מ סי' שע"א סע' ב' לעומת סי' שס"ג סע' א'. הדין הוא שהגזול את המקרקעין פטור בפני הבעלים מנזק שנגרם באונס שלא מחמתו, בעוד שהגזול את המיטלטלין אחראי גם לנזק כזה; והטעם הוא שהגזול את המיטלטלין מקבל אותם לרשותו, ואחראי הוא גם מחמת **רשותו**, ולא רק מחמת פשיעתו, בעוד **שהקרקע** ברשות בעליה עומדת, והגזול אותה יכול להתחייב רק מחמת פשיעתו. אולם, דברים אלה אמורים לגבי היחס שבין **הגזולן ובעל המקרקעין**, והפוסקים מתרצים אותם לא רק בטעם הדוגמתי, אלא גם בטעם הענייני שהגזולן יכול לטעון "שאף אם היה ברשותך, אירע לך כן"³⁷⁶. טעם זה אינו שייך כמובן בתביעת נזיקין שאינה בין **הבעל** לגזולן כי אם בין **השכן**, או בין זר אחר, לגזולן - ולגבי תביעה שכזאת לא מצאתי שום הלכה מפורשת. לא מיבעיא אמנם כשהנזק נגרם על-ידי **פעולתו החיובית** של הגזולן, שאז פשיטא כי דינו ככל אדם המזיק בכוחו, אבל השאלה קיימת במקרה שהגזולן עמד ולא עשה כלום, כגון שנפל הכותל של הבניין הגזול לחצר השכן. האם נשאר תחובה לפנות את המפולת³⁷⁷ חובתו של בעל הכותל, או שמא עוברת החובה לגזולן? והנה, שלשה נימוקים עיקריים עמדו כדי להסיק שגם במקרקעין - בדיני נזיקין, כלפי כלי עלמא - נכנס הגזולן תחת הבעלים, כשם שנכנס הוא תחתם במיטלטלין.

דבר זה יש לנו להסיק, קודם-כל, מתוך שאין שום הלכה מפורשת בנידון: למרות ההבדלים הרבים בין דין המקרקעין לדין המיטלטלין, הרי על-כל-פנים, בסתם, דינם הוא שווה, ומקום שאין אנו מוצאים הבדל מפורש - מסתמא יש להחיל בשניהם את הדין שמוצאים אנו באחד מהם. שנית, הרי הטעם המובא בתוספות³⁷⁸ לדין שנכנס הגזולן תחת הבעלים לעניין חיוב נזיקין: "וי"ל דסברא הוא דגזולן נכנס תחת הבעלים, דכיון שהוציא מרשות הבעלים שהיו חייבים בשמירתה, ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם - יש על הגזולן לשומרה, דלענין נזקים אקרו בעלים כל מי

³⁷⁵ (יב) פני משה על המשנה בפ"ז ה"ד, ד"ה האנס.

³⁷⁶ (יג) ר' יהונתן והרב המאירי בשיטה מקובצת על בבא קמא קט"ז ב'. אבל **במיטלטלין** - מכל-מקום - אין הגזולן יכול לטעון טענה זו, ואף-על-פי שאצל השומר אמרינן גם במיטלטלין "מלאך המוות מה לי הכא ומה לי התם". ר' בבא מצינא ל"ו ב'.

³⁷⁷ (יד) שו"ע חו"מ סי' קס"ו סע' א'.

³⁷⁸ (טו) בבא קמא נ"ו ב', ד"ה פשיטא.

שבידו לשומרה.³⁷⁹ טעם זה יפה לכאורה במקרקעין באותה מידה ממש שיפה הוא במיטלטלין; ומאחר שהדין נלמד כאן מסברה - בודאי אין מניעה להחילו כאשר הדעת נותנת. ושלשית, נראה שההגיון הגלום כאן אמנם [[110]] כבר הוחל על המקרקעין - בדין הפוטר את בעל הקרקע לעניין כלאיים כל זמן שתפוסה אדמתו, ואף לפני השיקוע או היאוש³⁷⁹. דין זה מראה גם שהגדרים המפורשים בגמרא לגזלת קרקעות (היינו השיקוע או היאוש, בכלאיים, וחוסר-היכולת להוציאם בדיינים, לעניין הקנאה) אינם מכריעים כאשר מחייב העניין גדרים אחרים; ומכל שלשת הנימוקים הנ"ל מתחייב, שאם אמנם דין הוא כי **הקרקע נגזלת** לעניין נזקים הנגרמים לזרים - הרי נגזלת היא באותם הגדרים הקבועים לעניין זה במיטלטלין.

בסיכום הדברים, בשלב זה, ניתן אפוא להסיק כי תיאור ההחזקה שהעלינו מקודם עומד במקומו, אלא שיש להבהירו בכמה פרטים. בתיאורנו הנחנו כעקרון יסודי שתפיסת הגזלן מוציאה את החפץ מרשות בעליו ומעבירתו לרשות הגזלן; ואכן, חוזר אני ומביע את דעתי שמבחינת התיאור **השיטתי** של דיני ההחזקה במיטלטלין ומקרקעין כאחד הרי זו הנחה נכונה, - ואילו את הדינים הסותרים את העקרון ביחס **למקרקעין** יש לראות רק בבחינת יוצאים מן הכלל. אולם, סיבוך נוצר על-ידי כך שמבחינה דוגמתית רואים את העקרון ש"קרקע ברשות בעליה עומדת" בבחינת **הכלל במקרקעין** - ולפי זה מופיעים דיני המקרקעין **המתאימים לשיטה** כחריגים לגבי הכלל הדוגמתי, ואילו אותם דיני המקרקעין הסוטים הן מהשיטה הכללית הן מהדוגמה הקרקעית המיוחדת מתקבלים כחריגים כפולים. והרי רשימת החריגים לגבי השיטה הכללית שהספקנו לראות עד כאן:

א-ב) **לעולם** אין המקרקעין נחשבים מסולקים מרשות הבעלים ולעולם אין מעמידים אותם ברשות הגזלן, לעניין יכולת **הגזלן** להקנותם ולעניין אחריות הגזלן כלפי הבעל האמיתי בקשר לאונסים שלא באו מחמתו;

ג) המקרקעין שנתפסו על-ידי הגזלן אינם נחשבים מסולקים מרשות הבעלים לעניין יכולת הבעלים להקנותם כל זמן שיש ביד הבעלים להוציאם בדיינים;

ד) לעניין כלאיים אין הקרקע נכנסת לרשות הגזלן כל זמן שלא נתיאשו הבעלים או לא נשתקע שם (אך מרשות הבעלים מכל-מקום יוצאת כאן הקרקע משעת התפיסה). [[111]]

ג. בירור ההבחנה בין "החזקה" ו"רשות"

אולם, משייבנו את הדברים על הדרך הזאת, שוב חוזר יישוב זה עצמו ומעורר קושיות חדשות **מתוכו**.

³⁷⁹ טז) אמנם, הכלל הוא דמיונא מאיסורא לא ילפינן, אבל כאן ברור שהטעם לשחרור בעל **המיטלטלין** בנזיקין ולשחרור בעל **הקרקע** בכלאיים הוא אותו הטעם עצמו. עם זאת נראה שבאמת אין להמשיך את האנלוגיה, כדי לומר שעד השיקוע או היאוש יהיו פטורים גם שניהם - הן בעל המקרקע הן הגזלן, אף לעניין נזיקין. כאן כבר ברור שהעניינים באמת הם שונים, ועירובם עשוי רק להפוך תוצאה הגיונית לאבסורד.

בתיאור דיני ההחזקה שהעלינו בתחילה הגדרנו את החזקת החפץ, או הרשות, **כעובדה של שליטה ממשית, או לפחות יכולת להמשיך ולשלוט בחפץ (במישרין או בעקיפין)**³⁸⁰; ובכן - על אף ההבדלים הגדולים - כמשהו הקרוב למדי למהות "הפוססיה" בהגדרות החוקיות באירופה. ואכן, מסתבר שהגדרה מעין זו ריחפה לנגד עיני ר' יוחנן כשאמר: "גזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהן אינן יכולין להקדיש - זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו". כלומר: **הרשות** היא יכולת שליטה עובדתית, ויכולת זו היא תנאי לכוח-הקנאה; אלא **שהרשות** כשלעצמה אינה מספיקה, ואף-על-פי שלגזלן יש רשות ויכולת-שליטה - אין לו כוח-הקנאה, משום שאין לו קניין והבעלים לא נואשו. אולם, לפי הגדרה זו נעשים כל החריגים המנויים לעיל לאבסורדים. יש אמנם טעם להבדיל את המקרקעין ולומר שתפיסתם על-ידי הגזלן אינה מועילה כדי להוציאם מתחום סמכותו וכוח הקנייני של הבעל, אף-על-פי שבמטלטלין היתה התפיסה מועילה, - אבל אם-כן לכאורה צריך היה לומר את ההפך ממה שאומרים המקורות: היינו **שלמרות** יציאת הקרקע מרשות בעליה יכולים בעליה להקנותה, ואילו הגזלן פטור מאונסין ואינו מקנה אותה אף אחר יאוש **למרות שבאה הקרקע לרשותו**. שהרי אם גם במקרקעין יוצא הדין מן ההנחה שכדי להקנות זקוק הבעל ליכולת-שליטה עובדתית - הא ליכא! - ואם גם במקרקעין רק זקוק הגזלן ליכולת-שליטה כדי שיתחייב באונסין ויוכל להקנות אחר יאוש הבעלים - הא איכא! מצד שני, אם נפרש שגם במקרקעין אמנם דורש הדין יכולת-שליטה עובדתית, אלא שנקבעת **הפיקציה** כי יכולת זו נתונה לבעלים אף מעבר לכוחו הפיסי של הגזלן ומעבר לחזקת-הדין העומדת לו, בעוד שמן הגזלן יכולת זו נמנעת, **על אף** כוחו וחזקתו שבעין³⁸¹ - שוב יש לתמוה לא רק על הפיקציה הזאת כשלעצמה, אלא גם על חוסר-העקביות בהחלתה של הפיקציה, שפעמים מסתמכים עליה ופעמים מכירים בהיפוכה, פעמים מכירים בה לעולם ופעמים מכירים בה כפוף ליכולת להוציא בדיינים - נוהג שהוא מוזר עד מאוד לרוח המשפט העברי. ולבסוף, אם ההחזקה אמנם היא זהה ליכולת השליטה **העובדתית** - כיצד אפשר לפצלה ולומר כי לעניין [[112]] משפטי פלוני יכולת השליטה העובדתית היא לזה, בעוד שלעניין משפטי אחר יכולת השליטה העובדתית היא לזה?

והנה, הנוהג של פיצול הרשות הוא נפוץ בדיני ישראל עד מאוד, ונובע הוא לא רק על-פי מסקנה העולה בדיעבד, באופן אנליטי, מתוך השוואת הדינים - כי אם גם במשמעות **דוגמתית-דינמית**, המשפיעה מלכתחילה, על-פי הנמקה מפורשת המצויה במקורות, - וכך לא רק במקרקעין, כי אם דווקא ואפילו במיטלטלין. את הדוגמה המובהקת ביותר מוצאים אנו בעניין **אכילת-פירות**. במה שנוגע לאכילת הפירות במקרקעין, הדין הוא שהבעל אוכל את הפירות לעולם, ואילו הגזלן לעולם אינו זוכה בהם³⁸² - והרי זה אפוא חריג נוסף שבו אין הקרקע נגזלת; ואילו לגבי המיטלטלין נפסק בשו"ע חו"מ סי' שס"ב סעי' ז' כי הגזלן אוכל אותם אמנם זוכה בשבח ובפירות המתקבלים לאחר יאוש הבעלים, אך בסעי' ח' מוסיף המחבר: "ואם לפני יאוש... ילדה או גזזה, הרי הגיזות והולדות של בעלים, ואף-על-פי שנתעברה או נטענה ביד הגזלן: **הואיל ולא נתיאשו הבעלים... היא ברשות בעליה, אעפ"י שהגזלן חייב באונסים**". כלומר - במלים אחרות - אף-על-פי שלעניין חיוב

³⁸⁰ (ז) לעיל, פרק ג' סעי' י"ב-י"ג.

³⁸¹ (ח) ואמנם, כך ניתן לפרש לכאורה על-פי בבא מציעא ו' א', בסוף.

³⁸² (ט) שו"ע חו"מ סי' שע"ב סעי' א'; סי' שע"ג סעי' ב', סי' קמ"ו סעי' ט', י"ג וי"ד; סי' קל"ט סעי' ד'.

האונסים, הגזלה היא **ברשות הגזלן**. יתר-על-כן, בסי' שני' סעי' ו' פוסק המחבר בפירוש את הדין כמימרת ר' יוחנן שהבאנו לעיל, ובכן גורס הוא שוב **שאף לפני יאוש, הגזלה כבר איננה ברשות בעליה**. כדי להציל עוד את ההגדרה העובדתית אחר זה, נשאר רק לומר שאם-כן - גם **במיטלטלין** הגזולים עשו את הפיקציה, שלעניינים מסוימים רואים אותם ביכולת השליטה העובדתית של הבעל כל זמן שלא נתיאש³⁸³; אך דבר זה יהא כבר ממילא הודאה שההגדרה העובדתית היא פיקטיבית ברובה ועיקרה, והיינו **שאינה נכונה**. סותם עליה את הגולל הנוסח שמוצאים אנו, למשל, בשו"ע חו"מ סי' שמ"ג סעי' א', ושעל-פיה אין לו שום מובן כלל: "השואל חפץ או כל דבר לזמן - מיד כשיכלה הזמן חוזר הדבר השואל לרשות [[113]] המשאיל, להיפטר השואל מאונסים, אפילו הוא עדיין בביתו, ומכל-מקום חייב הוא בגנבה ואבדה" (והחפץ נשאר אפוא ברשות השואל מבחינה זו, - ואף-על-פי שכבר מלכתחילה היה החפץ ברשות המשאיל והשואל גם יחד באופן כללי).

לאור כל הדברים האלה נראה לומר בהכרח כי תהא אשר תהא משמעות דבריו של ר' יוחנן, מכל-מקום אין ההגדרה שייחסנו לו השלטת במקורות, ומסתבר ש"הרשות" היא בכלל לא יחס עובדתי, כי אם משפטי, והנכון הוא להגדירה כמיקשה של זכויות, סמכויות יכולות, השפעות-שבדין³⁸⁴ וחובות-אחריות, היתה אמנם בדרך-כלל לקניין-החפץ³⁸⁵ ונבלעת בתוכו, אך העשויה גם להתפצל מן הקניין ולהתחלק בשיעורים שונים בין הקונה לאנשים אחרים, והעשויה גם להתקיים בלי שום קניין כלל (כגון במקרה של האיש המפקיר את בורו)³⁸⁶. מסתבר שלעולם זקוקה "הרשות" לנשוא, אך הנשוא אינו חייב להיות דווקא חפץ העשוי לשמש נשוא של קניין: הנשוא יכול להיות גם אדם, כגון הנערה שנאמר עליה כי "לעולם היא ברשות האב עד שתיכנס לרשות הבעל לנישואין"³⁸⁷. במלים אחרות, כל קניין הוא "רשות", אבל "רשות" היא מושג יותר רחב, וניתן גם להגדירה כקניין שאינו עולה דווקא ובהכרח כדי בעלות והעשוי גם להתפצל מן הבעלות לאו דווקא על-ידי מעשה משפטי מחייב, כי אם על-פי הסכמה חד-צדדית של מי שיש לו האפשרות להרשות (כגון רשות השליח), או - במישרין - מכוח הדין (כגון רשות הגזלן).

³⁸³ (כ) השווה, למשל, בבא קמא קי"א ב': "כל כמה דלא נתיאשו הבעלים, ברשותיה דמריה קא"י" - לעניין אחריותו של מי שחוזר בינתיים וגזול מן הגזלן; או בהמרדכי על בבא בתרא סי' תקע"ד, שמביא פסק-הלכה כי האלמנה גובה את כתובתה מגזלת מיטלטלין שהוחזרה אחר שבעלה לא נתיאש: "דכל כי האי גוונא אינו נקרא ראוי, דכל היכי דאיתיה - ברשות בעלים איתיה ובחזקתם".

³⁸⁴ (א) היינו מעמד של השפעה על דינו של נשוא הרשות, כגון החזרת השור המועד לתמותו או השפעה לדין כלאיים. לצרכי השוואה אפשר להזכיר, למשל, את ההשפעה שהיתה פעם בחוקי מדינת-ישראל לעובדה, שבית כלשהו היה שייך למדינה, שעל-ידי כך לא חלו בו דיני "הגנת הדייר".

³⁸⁵ (ב) את הקניין מגדיר אני כמיקשה של זכויות, סמכויות, יכולות, השפעות-שבדין וחובות-אחריות העולות יחד עד כדי בעלות בחפץ, או המתפצלות מן הבעלות על-ידי מעשה משפטי מחייב. ר' על כך ביתר פירוט בחיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ראשון, פרק ב'. שם גם מוסיף אני לברר ביתר דיוק את מושג "הרשות".

³⁸⁶ (ג) בבא קמא כ"ט ב'.

³⁸⁷ (ד) משנה כתובות פ"ד מ"ה.

[[114]] הגדרות אלו צריכות לכאורה לחול ממילא גם על מושג **"ההחזקה"** - אחר ש"החזקה" ו"רשות", כאמור, מזדהות - ומשמע לכאורה כי בניגוד למה שהסקנו נבדל מושג **"ההחזקה"** העברי מן **"הפוססיה"** האירופית לא רק בפרטים, כי אם במהותו ועניינו בכללם. אולם, בו ברגע שהדבר נאמר - מיד מרגישים אנו כי דווקא מסקנה זו מתבקעת ואינה יכולה לעמוד. שהרי מצד אחד - כלום לא ניתן להגדיר גם את **"הפוססיה"** האירופית במונחים של הגדרת **"הרשות"** לאמור: ש"הפוססיה" היא מיקשה של זכויות, סמכויות, יכולות, השפעות-שבדין וחובות-אחריות, **הנוצרת בתוקף השליטה העובדתית בחפץ** והנבלעת בדרך-כלל בקניינו, אך העשויה גם להתפצל מן הקניין - ביחוד על-ידי תפיסת השליטה העובדתית באיסור? ואמנם, כבר ראינו שמהו מעין זה אף קורה למעשה, כשכמה וכמה חכמי-משפט באירופה מזהים את **"הפוססיה"** עם ה-³⁸⁸ *jus possessionis*. ומצד שני, אף בדיני ישראל - מה נעשה בדיני ה"חזקה" והאחריות בנזיקין, אשר **"הרשות"** נקבעת בהם מכל-מקום מכוח **המצב העובדתי**, ולו גם במובן שונה במקצת ממובן השליטה העובדתית באירופה? ומה נעשה באמירתו של ר' יוחנן, שמכל-מקום נקבע על-פיה כי **במצב העובדתי** תלויה הרשות להקנות את המיטלטלין? - ואכן, גם הרשות הרחבה הניתנת לגזל המיטלטלין לאחר יאוש, אף היא, למעשה, בהמשך יכולת שליטתו **העובדתית** היא תלויה, כמושג הכרחי שברקע.

באופן כזה חוזרים אפוא הדברים ומתלכדים, ונראה לומר שאם כי מושג **"הרשות"** במובנו הכללי הרחב חורג אמנם מגדרי **"ההחזקה"** במובן העובדתי-בלבד שהעלינו מקודם, הרי בכל-זאת קשור הוא בהם במידה ש"הרשות" נקבעת דווקא על-ידי יכולת השליטה העובדתית; ואילו הקשיים ההגיוניים שנתקלנו בהם נוצרים רק מתוך כך שלכאורה לא נותר בלשון המשפטית העברית מושג מיוחד לציונה של יכולת השליטה העובדתית בחפץ בבחינת מוסד משפטי לעצמו, **הקובע את "הרשות"** לעניינים מסוימים. במלים אחרות אומר אני שמקור התקלה הוא בטשטוש הגבולות שבין מושגי **"ההחזקה"** ו"הרשות" ובתפיסתם כשמות נרדפים. אם נחזור ונפריד בין השניים, ונניח את **"הרשות"** להגדרה המשפטית שקיבלנו בסוף ואילו את **"ההחזקה"** להגדרה העובדתית שקיבלנו בתחילה - ושהיא אמנם המובן העממי הטבעי של המושג הלזה, - נוכל אמנם לומר שוב ש"ההחזקה" היא מכל-מקום **"רשות"**, אבל כבר לא מפני ששתייהן מציינות מהות אחת, אלא מפני שמשמעותה **המשפטית-החיובית** של ההחזקה **העובדתית** היא רשות [[115]] מסוימת, המתפצלת מן הקניין על-ידיה והעוברת - אוונטואלית - עמה³⁸⁹; וטענתי היא כי רק במידה שההחזקה נושאת אמנם רשות מסוימת כזאת מותר היה לערבב את המושגים, אבל לא מעבר לכך³⁹⁰.

כשהבחנה זו נקוטה בידנו מתישבים כל הדינים באופן הגיוני ועל הצד הטוב ביותר:

³⁸⁸ (כה) לעיל, פרק א', ראש סעי' ה'.

³⁸⁹ (כו) אפשר להשוות ולומר **שההחזקה היא רשות** כשם שלמשל **חזקה השכירות** הוא קניין.

³⁹⁰ (ז) ההבחנה המוצעת כאן בין **"רשות"** מזה ל"החזקה" מזה מקבילה, כמובן, כפי שנרמז כבר, להבחנה האירופית בין *jus possessionis* ל"פוססיה" עצמה, במובנה המדויק. מצד שני, גם הערבוב שראינו במושגים אלה במשפט העברי מקביל לערבוב בין מקביליהם בתורת המשפט באירופה. אולם, יש לשים לב: *jus possessionis* הוא מושג המציין באופן מיוחד את הזכויות הנובעות מן ההחזקה; לעומת זאת **"רשות"** אינו שם מיוחד לתוצאה המשפטית של ההחזקה, אלא הוא מושג רחב יותר, המציין מין מסוים של מעמד משפטי, אשר המעמד המשפטי של המחזיק הוא רק אחד מן האופנים האפשריים המתייחסים על מין זה.

א) **במיטלטלין** קובעת ההחזקה את הרשות לעניין חזקה ואחריות בנזיקין, ולאחר יאוש הבעלים הריהי קובעת את הרשות גם לגבי כמה עניינים אחרים (כגון הקנאה, אכילת פירות ועוד);

ב) יציאת החפץ המיטלטל מהחזקת הבעלים להחזקתו של גזלן מונעת מהם את הרשות להקנאה;

ג) **במקרקעין**, הכלל הוא שאין הם נגזלים, כלומר - קודם-כל - **שהחזקתם על-ידי הגזלן אינה מעניקה לו רשות בהם** (ולפיכך אין הגזלן מקנה את המקרקעין אף פעם, אין הוא זוכה בפירותיהם ואין הוא מתחייב כלפי הבעלים באונסים שלא באו מחמתו, **ובאופן קורילטיבי** נשארים המקרקעין לעולם ברשות בעליהם לעניין ביטול יומרת ההקנאה של הגזלן, לעניין הזכייה בפירות ולעניין סבל האונסים);

ד) הכלל האחרון הנ"ל אין פירושו כי המקרקעין נשארים **לעולם** ברשות בעליהם אף במקום שהעניין איננו קורליטיבי **לחוסר-הרשות** הגזלן: הכלל שהקרקע אינה נגזלת - מבחינתו של בעל המקרקעין כשלעצמו, פירושו הוא רק שהמקרקעין אינם יוצאים מרשות הבעלים כל **זמן שיש בידם להוציאם בדיינים**, אבל אבדן ההחזקה מעבר לזה מוציא ומוציא את המקרקעין מרשות הבעלים, לפחות לעניין הקנאה;

ה) למרות הכללים מס' ג' וד' קובעת ההחזקה את הרשות במקרקעין לעניין **כלאיים** (בכפוף לסייג היאוש והשיקוע שראינו מקודם), וכן קובעת היא את הרשות לעניין **חזקה** - וכפי שמסתבר, גם לעניין האחריות בנזיקין כלפי כלי עלמא - ובשתי נקודות אחרונות אלו חוזרים אפוא דיני ההחזקה במקרקעין ובמיטלטלין ומתאחדים.

פרק ה': מושג "החצר"

א. חצר - היינו "רשות היחיד", והגדרתן

מושג "הרשות" העברי, בנוסף על מה שנוטה הוא להתלכד עם מושג "ההחזקה" ובנוסף על מובנו המשפטי הרחב יותר, כפי שהגדרנו לעיל, יש לו גם מובן שלישי השייך לענייננו³⁹¹ ושעל כה הזכרנוהו רק באקראי.

[116]] מתכוון אני למובן המשתלשל מן המובן המקורי של "הרשות" - היינו שלטון וסמכות - והמרחיב את תחולת המושג הנידון מן השלטון והסמכות עצמם אל התחום הפיסי שעליו הם חלים³⁹². מכאן הוסיף עוד מושג "הרשות" להתפתח, עד שנעשה הוא לפעמים שם נרדף ל"תחום", בסתם³⁹³; אבל אנחנו מעוניינים פה רק בשלב-הביניים שבו עוד מציינת "הרשות" את התחום רק במידה שהתחום מיוחד הוא על-פי השלטון והסמכות החלים עליו, כגון "רשות היחיד" ו"רשות הרבים" שבדיני ממונות³⁹⁴ (להבדיל מ"רשות היחיד" ו"רשות הרבים" שבהלכות שבת), - ומן "הרשויות" השונות האפשריות במסגרת זו נשים את לבנו לרשות היחיד, המופיעה במשפט העברי כמוסד מיוחד, שאין לו הקבלה מפורשת בשיטות משפט אחרות.

סוג זה של "רשות" חשוב לנו כאן, כי את רשות היחיד אפשר להגדיר כמקרקע אשר יש לפרט או לפרטים מסוימים רשות להחזיקו³⁹⁵, ובניסוח זה מתכוון אני להדגיש שלשה יסודות: ראשית, שאם כי כל "החזקה" עשויה להיחשב כ"רשות", הרי בכל-זאת - לא כל מחזיק הוא גם מחזיק ברשות, או בהתר; ואילו מקרקע נחשב כ"רשות היחיד" רק אם אמנם יש למישהו רשות להחזיק בו. אם, למשל, תופס ראובן חלק מרשות הרבים ומחזיק בו למעשה, עדיין אין אותו שטח נהפך ל"רשות היחיד", וכל דיני רשות הרבים יוסיפו לחול בו³⁹⁶.

שנית: עניין ההחזקה. אם אמנם תהא למישהו רשות פרטית במקרקע, אבל הרשות לא תהא לשם החזקה, ואף לשום אדם אחר לא תהא רשות להחזיק באותו מקרקע - מסתבר שוב גם-כן, שלמרות

³⁹¹ (א) יש למושג "הרשות" גם כמה מובנים נוספים שאינם שייכים במישרין לענייננו: ר' מילנו של יסטרוב, וחיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק ראשון פרק ב'. המובן החשוב ביותר בין אלה הוא המובן הראשוני של סמכות, התר וחרות משפטית לפעול.

³⁹² (ב) ר', למשל, "גנב ברשות הבעלים" וכו', משנה בבא קמא פ"ז מ"ה.

³⁹³ (ג) ר' שו"ע או"ח סי' שמ"ה.

³⁹⁴ (ד) ר', למשל, "המבקע ברשות היחיד והזיק ברשות הרבים", משנה בבא קמא פ"ג מ"ז.

³⁹⁵ (ה) כמה הצעות להגדרת חצר - היינו רשות היחיד - מובאות במשנה מעשרות פ"ג מ"ה, אך אף אחת מהן לא נמצאה שם מספיקה.

³⁹⁶ (ו) אמנם, בהתאם למה שכבר ציינו לעיל (פרק ג' סעי' י"ח) אין פירושו של דבר שהמקום לא ייחשב מוחזק לעניין חזקת-הדין וכל התוצאות האחרות של ההחזקה במקרקעין, חוץ מדיני "רשות היחיד". עם זאת, מחזיק שיוכח נגדו כי הקרקע שהוא מחזיק הוא רשות הרבים - ממילא יוכח נגדו שהוא גזלן, ושום חזקה של שלש שנים ללא מחאה כמובן לא תעמוד לו עוד. ר' שו"ע חו"מ סי' שע"ז.

הרשות הפרטית לא ייחשב המקרקע כ"רשות היחיד": כגון שתינתן לפלוני הרשות היחודית לדוג בנהר של ציבור. בקשר לכך יש להבהיר שהרשות לדייג לא תיחשב כהחזקת הנהר, ולא נאמר שהאיש "מחזיק את הנהר לדייג" (כדרך שאומרים כי אדם קונה את החפץ לעניין פלוני), מפני שההחזקה במובן שלנו היא יכולת שליטה בנשוא [[117]] הפיסי של ההחזקה במלוא הקפו (ולו היא שלפעמים יוכל נשוא זה להתגלם, כאמור, לאו דווקא בחפץ שלם, כי אם רק בחלק מסוים של החפץ³⁹⁷): רק שלטון או יכולת שליטה המתיחסים להקף השלם של הנשוא מעלים את תוצאות ההחזקה שראינו לעיל, ורק רשות לשליטה בהקף השלם תעשה את הנשוא ל"רשות היחיד"³⁹⁸.

ושלישית, נחוץ שרשות ההחזקה אמנם תהא נתונה **לפרט או לפרטים מסוימים** - בהבדל מן המקרה שרשות ההחזקה נתונה לכל, בלי הבדל ובלי הגבלה, כמו בשטח הפקר: שטח הפקר איננו "רשות הרבים", ששום אדם אינו רשאי לתפסו לעצמו, אלא הוא שטח שכל אחד רשאי לתפסו לעצמו, אבל דווקא משום כך אף הוא איננו "רשות היחיד"³⁹⁹.

והנה, המושג של "רשות היחיד" - חשיבותו היא לא רק כאנטינום בעלמא למושגים כמו "רשות הרבים", או "כרמילית"⁴⁰⁰, או "הפקר", אלא חשוב הוא בעיקר בזכות עצמו, בדיני ההחזקה, בקשר לתוצאות המיוחדות הכרוכות בו כפי שנראה להלן. אולם, אף-על-פי-כן, האמת היא שצירוף-המלים השלם "רשות היחיד" מופיע במקורות, בדרך-כלל, רק לציון **ההפך מ"רשות הרבים"**, ואילו בדינים הנוגעים להחזקה נוהגים לבטא את המושג על-ידי המונח המקוצר "רשות" (במובן הפיסי), בסתם, או על-ידי שמו הנרדף **חצר**. לשם הנוחות, וכדי להימנע מבלבול מושגים, נציין להלן את "רשות היחיד" רק במונח זה "חצר", ואילו במלה "רשות" נשתמש בדרך-כלל רק במובנים המופשטים. [[118]]

ב. "בעל-החצר"

אמרנו כי "חצר" היא מקרקע שיש בו רשות-החזקה, אך הגדרה זו אמנם מספיקה רק כדי להבדיל את החצר מ"רשות הרבים" או ממיני תחומים (או "רשויות") אחרים; ואילו כשבאים אנו למשמעות החיובית של מושג זה כשלעצמו, חשוב לנו לדעת לא רק שהמקרקע המסוים עומד לרשות-החזקתו של מישהו, אלא גם **מי הוא** האיש אשר רשות-ההחזקה היא שלו: **זהותו** היא הקובעת את התוצאות למעשה. אולם, גם ניסוח זה של הדברים עדיין אינו מעמיד את הסייג על הקפו השלם. כי העניין הוא פשוט רק כשרשות-ההחזקה נתונה אמנם לפלוני אחד ותו לא: אז,

³⁹⁷ ז' לעיל, פרק ג' סעי' י"ח.

³⁹⁸ (ח) השווה בבא מציעא י' א'-ב', וביחוד בעמ' ב' שם: "כי זכה ליה רחמנא - להלוכי בה ולנקוטי פיאה; למיהוי חצרו - לא זכה ליה רחמנא". מצד שני, אין לטעות בנוסח כגון זה המופיע בטור חו"מ סי' קנ"ג סעי' ב': "כותל... וראובן החזיק בו ג' שנים להכניס בו קורותיו". הכוונה כאן איננה, למעשה, להחזקת הכותל, כי אם לזכות-חזקה שהבשילה בעקב השימוש המסוים.

³⁹⁹ ט) אמנם, בשו"ע חו"מ סי' רמ"ג סעי' כ"ב, למשל, מוצאים אנו "חצר שאין לה בעלים" - אבל מטבע הדברים מסתבר שמדובר כאן בחצר במובן המילוני הפשוט, ולא ב"חצר" במובן המשפטי של "רשות-היחיד".

⁴⁰⁰ י' שו"ע או"ח סי' שמ"ה, סעי' א'.

זהותו של האיש היא הקובעת ממילא את משמעות החצר, כאמור. אך כפי שראינו, יתכן שרשות-ההחזקה לא תהא נתונה רק לאדם מסוים אחד לבדו, אלא היא תהא נתונה לאנשים שונים בשרשרת, איש משמו של רעהו - ונשאלת השאלה, זהותו של מי תקבע את משמעות החצר במקרה שכזה? התשובה היא כי "אזלינן בחצר בתר רשות השתמשות"⁴⁰¹: הקובע הוא **מי שיש לו רשות להחזיק במקרקע ולהשתמש בו לצורך עצמו** - ואת האדם הזה נכנה להלן "בעל-החצר"⁴⁰².

את בעל-החצר אין בשום-פנים לערבב עם בעל המקרקע - היינו מי שקונה את המקרקע לגופו - או עם "בעל-הבית" - היינו מי שיש לו מעמד של עליונות בהחזקה, ואף אם גוף המקרקע איננו שלו⁴⁰³. בעל המקרקע או בעל-הבית - עם כל החזקתם העליונה, יתכן שלא תהא [[119]] להם אפילו רשות להיכנס לחצר, כנגד השומר המחזיק במקרקע משמם, כשהחזקתו של זה היא לצרכו, ולא לצרכם⁴⁰⁴; ורק כשהמחזיק העקיף, העליון, הוא גם האדם שלשמו נעשה השימוש על-ידי השומר, או שהשומר איננו כלל רשאי להשתמש, ורשות השימוש נשארת למחזיק העליון, חוזרים המעמדות של "בעל-בית" ו"בעל-החצר" ומתלכדים בידו. אם בעל-הבית והשומר רשאים **שניהם** להשתמש בחצר, כל אחד לעצמו - נראה שההכרעה הנכונה היא כי שניהם נעשים **שותפים בבעלות-החצר**, על התוצאות שנברר במושג זה בהמשך; ומשמע, במלים אחרות, כי במקום שפלוני משעבד את חצרו להחזקתו ולשימושו של אחר, בכפוף לשיוור של זכות-שימוש או "**תפיסת-יד**"⁴⁰⁵ לעצמו⁴⁰⁵, הרי בסתם לא יראו את קונה השעבוד כמחזיק היחיד בדרגתו, אשר תפיסת-היד של בעל-הבית היא רק שעבוד חוזר נגדו, ללא חלק באותה דרגת-החזקה, אלא **יראו את שניהם כשותפים בדרגת-ההחזקה הראויה לקונה-השעבוד** (בנוסף על דרגת-ההחזקה העקיפה, העליונה, הנשארת עם זאת לבעל-הבית לבד)⁴⁰⁶. מצד שני יש להדגיש כי העובדה, שבעל [[120]] החצר - והיינו מי שזכאי להחזיק

⁴⁰¹ (א) קצוה"ח על סי' ש"ג ס"ק א'.

⁴⁰² (ב) השווה שו"ע אה"ע סי' קל"ט סעי' א'.

⁴⁰³ (ג) יש אמנם נטייה לערובב כזה בחלק מן המקורות: ר' ש"ך על חו"מ סי' ש"ג ס"ק א'; אך גישה זו נדחית בדרך-כלל, ובודאי אין הלכה כמותה: ר' פשט לשון הגמרא בבבא מציעא ק"ב א'; ודעת רש"י והרא"ש ופשט לשון הר"י"ף על סוגיה זו; ודעת ר' יהונתן והרמ"ך בשיטה מקובצת שם; ותוספות בבא מציעא י"א ב', ד"ה וכו'; והשגת הראב"ד על דעת הרמב"ם בפ"ו מהל' שכירות; ותשובת הרא"ש כלל א' סי' א'; וטור חו"מ סי' ש"ג סעי' ג', ודעת הבית-יוסף שם; והגר"א על שו"ע חו"מ סי' ש"ג ס"ק ה'; והסמ"ע שם ס"ק ה'; וקצוה"ח שם ס"ק א'; וערוך השלחן שם סעי' ד' ה' וסי' ר"ס סעי' ו' וט'.

⁴⁰⁴ (ד) פכ"ג מהל' מכירה הל' ז'. החזקת השומר תהיה במקרה כזה, בהכרח, בתוקף **שעבוד**; אך לא בכל מקרה של החזקה בתוקף שעבוד יהיה המחזיק בהכרח גם בעל-החצר: כגון שהשעבוד הוא שעבוד של משכון, שאין בו זכות שימוש.

⁴⁰⁵ (טו) ביחס למושג "**תפיסת-יד**" כציון לשיוור של זכות-שימוש במקום הנמסר לשעבוד של החזקה ושימוש לזולת, ר' משנה נדרים פ"ה מ"ג.

⁴⁰⁶ (טז) מסקנה זו מבוססת על תשובת הרא"ש כלל א' סי' א', המובאת בעיקרה גם בטור חו"מ סי' ר"ס סעי' ג'. תשובה זו נוגדת, מצד אחד, את המסקנה העשויה לעלות מן התוספות על בבא מציעא י"א ב', ד"ה וכו', וכן מן התוספתא בבא מציעא פ"ח הי"ב או מקצוה"ח על סי' ש"ג ס"ק א', שבעלות-החצר מתחלקת בין השומר קונה-השעבוד לבין בעל-הבית באופן מקביל, לכל אחד בגדרי עניינו, לפי מסיבות המקרה. מצד שני נוגדת היא גם את המסקנה העשויה לעלות מפסק **הרמ"ך**, המובא בשיטה מקובצת על בבא מציעא ק"ב א', שאם זכות-השימוש החיובית של השומר היא בלתי-מוגבלת, הרי גם אם נותרת תפיסת-יד לבעל-הבית,

ולהשתמש בחצר - איבד את החזקתו למעשה, אינה פוגעת במעמדו של האיש: אם האבדן היה, למשל, בדרך גזלה, אין הגזלן נעשה "בעל החצר" במקומו של הנגזל⁴⁰⁷, וכל התוצאות המשפטיות הנובעות מן העובדה שבעל-החצר הוא פלוני הנגזל מוסיפות להתקיים בעינין גם כשהמחזיק למעשה הוא הגזלן לבדו.

ג. מיני החצרות

את מה שראינו בסעיף הקודם יכולים אנו לצרף עתה להגדרה מושלמת של מושג החצר; ונאמר כי **חצר היא מקרקע, אשר לפרט או לפרטים מסוימים יש רשות להחזיק ולהשתמש בו לצורך עצמם**. אולם, לא כל המקרקעין שהגדרה זו תוכל לחול עליהם הריהם שווים מבחינת היותם חצרות. המקרקעין השונים נבדלים בשני אופנים: ראשית, **על-פי האופן שבו הם נעשים חצרות**, ושנית - **על-פי טיבם כחצרות**.

מבחינת **אופן ההיווצרות**, יש לנו קודם-כל אותם המקרקעין אשר מלכתחילה - מאז חלוקת הארץ על-ידי יהושע או בהתאם להתפתחות אחרת הכשרה על פי דין ישראל - הריהם מסורים לקניין הפרטי, וממילא מסורים הם גם דרך קבע לרשות ההחזקה והשימוש של פרטים לעצמם. בקשר לאלה אין מתעוררת שום בעייה מיוחדת: הם מתקיימים בחצרות מאב לבנו ומבעל-בית ללוקח, כל זמן שאין הם נפקעים לרשות הרבים, או אינם נעשים הקדש⁴⁰⁸, [[121]] או אינם נעשים הפקר וכיו"ב - ולו יהא שתוך כדי כך עשויות החצרות להשתנות בזהותן מדי פעם בפעם, על-ידי שתתפצלנה או תאוחדנה ביניהן, או שגבולותיהן יורחבו או יוצרו באופן אחר.

יתר ייחוד יש בחצרות שהן מטבען **ארעיות**, והיינו החצרות הנוצרות על-ידי כך שאדם מקבל רשות להחזיק ולהשתמש לעצמו במקום שהקניין הפרטי הוא נמנע בו. רשות כזאת ניתנת בדיני ישראל לכל אדם ביחס לתחום הנמצא ברדיוס של ד' אמות מסביבו לכל רוח⁴⁰⁹, במקום אשר אף-על-פי שאין הוא עומד לקניין, הריהו גם איננו הקדש או רשות-הרבים, ואף אינו מסור באופן אחר

מכל-מקום אין הדבר מזכהו בשום חלק כלל במה שאני מכנה כאן כבעלות-החצר. עם זאת יוצא מצירוף המקורות כי המסקנה המוצעת אינה מונעת את האפשרות שעל ידי התנאה מפורשת תישאר לבעל-הבית רק זכות-שימוש מסוימת מוגבלת, בעוד שבעלות-החצר תועבר לשומר קונה-השעבוד לבדו, - אך מסתבר שאין היא משאירה על-כל-פנים אפשרות שבעלות-החצר תישמר על-פי תנאי השעבוד לבעל-הבית לבדו, בעוד שעיקר זכויות-השימוש תימסרנה לשומר-הקונה.

⁴⁰⁷ (ז) ר' רש"י על בבא קמא קי"ח א', ד"ה פרה רבוצה. הדין שהמקרקעין הגזולים אינם נעשים חצר לגזלן מופיע כאן כמשמעות חיובית נוספת אחת, שיש לנו לייחס לכלל ש"קרקע אינה נגזלת, אלא ברשות בעליה עומדת".

⁴⁰⁸ (ח) כך על-פי מה שנראה לי נכון, שאין דין חצר בהקדש, על אף הדעות המסוימות שישנן גם בכיוון ההפוך. ר' המקורות הנזכרים בקשר לכך באנציקלופדיה התלמודית, ערך **הקדש**, עמ' תל"ט. הטעם המכריע בידי הוא שהקדש למעשה אינו קניין, כי אם איסור הנאה - וממילא מוכח שאמנם לא יתכנו בו מושגי "היד" ו"השליחות" המקשרים בין חצר לבעליה על-פי בבא מציעא י' ב' - י"א א'.

⁴⁰⁹ (ט) ר' הרא"ש על עירובין פ"ד סי' י"א.

לשימוש מסוים כלשהו בדווקא⁴¹⁰. בדרך החיוב קובעים המקורות כי הרשות להשתלט על ד' האמות שסביבו, כל זמן שהוא נמצא במקום, ניתנת לאדם **בסימטה או בצידי רשות הרבים, שאין הרבים דוחקים בהם** - והיינו, לפי פירוש רש"י - בקרנות-הזווית הסמוכות לרשות-הרבים ובצידי רשות-הרבים שכנגד הבתים⁴¹¹; ועל זה יש להוסיף גם את **תחום המדברות, הימים, הנהרות והנחלים**, אשר גם אם הם עצמם - בארץ-ישראל - **אינם** הפקר (בהיותם קניין ציבורי משותף), על-כל-פנים "כל שבהם הפקר", והריהם כ"שדה שאין לה בעלים"⁴¹². מלבד זה יש לציין כי רשות דומה, להחזקה בתחום ד' אמות, יכול אדם לנצל גם במקום שמטבעו הוא נתן לקניין, אלא שבינתים הוא הפקר ואין האיש **מתכוון** לזכות בו בקניין⁴¹³. את כל המקומות מסוג זה, שאינם מלכתחילה לא רשות היחיד ולא רשות הרבים, יכולים אנו לכוון במושג של רשות-**כרמילית**⁴¹⁴ - ואפשר לסכם כי מלבד החצרות המתקיימות מלכתחילה וממילא כנ"ל בכל תחומי המקרקעין העומדים בקניין הפרטי, הרי גם בכל תחום **כרמילית**, כל אימת שנמצא שם אדם (או לפחות אדם אשר דין חצר יתכן בו⁴¹⁵), נעשות ממילא ד' האמות שסביבו [[122]] לכל רוח לחצר אותו אדם. משזו האדם, זזה החצר עמו, ובמידה שאובדות לו ד' האמות - אובדת לו חצר-הכרמילית. מצד שני, כל זמן שחלק כלשהו של הכרמילית נשאר חצרו של פלוני - ממילא משמע שאין אדם אחר רשאי להחזיק שם כנגדו, ואין אותו מקום יכול להיעשות חצר לאחר.

אולם, חצר יכולה להיווצר בכרמילית לא רק על-ידי שנוצר שם תחום ד' אמות לאדם - ובזה מגיעים אנו לנקודה מרכזית בענייננו, השייכת לא רק בכרמילית, אלא גם בחצרות בתחומי הקניין הפרטי. כוונתנו לעובדה, שחצר היא אמנם מקרקע - אבל מקרקע הוא לאו דווקא גוש אדמה, או בית, או עץ, אלא גם כל חלק של **חלל העולם**, המתפשט לרום או לעומק משטח אדמה מסוים, יש לו דין מקרקע, העשוי להיות נתון לרשות החזקה ושימוש כשלעצמו⁴¹⁶. והנה, כיצד יתכן שחלק כלשהו של חלל העולם ייוחד למעשה כחצר לעצמו, **שלא** אגב מקרקע מוצק כמו גוש האדמה, או העץ, או הבית? הדבר יתכן כשהחלל המסוים יובדל על-ידי גוף מוצק **כלשהו** - ולו יהא זה אפילו לא מקרקע, כי אם רק **מיטלטל** - ובמלים אחרות רצוננו לומר, **שגם תחום החלל האצור בתוך כלי, והנחשב לנו לכאורה כחלק בלתי-נפרד של הכלי, בלי קשר למקום הקרקעי שבו הוא נמצא, באמת נשאר הוא תמיד מקרקע ויכול להיות לו דין חצר לעצמו**. היפרדות כזאת של תחום הכלי, להיותו חצר לעצמו, לא תקרה כמובן כשהאדם הזכאי להחזיק ולהשתמש בתחומו של הכלי הוא הוא

⁴¹⁰ כגון "דבר של עולי בבל" או "חבר-עיר", במשנה נדרים פ"ה מ"ה, ור' ביצה ל"ט א' - ב'.

⁴¹¹ (א) שו"ע חו"מ סי' רס"ח סעי' ב', ובאר-היטב שם, ס"ק ג'.

⁴¹² (ב) דוק בשו"ע חו"מ סי' רע"ג סעי' י"ב וסי' רס"ח סעי' ב', וסמ"ע על סי' רע"ג ס"ק י"ז, והשגת הראב"ד על פ"א מהל' זכייה ומתנה הלי' א', והפירושים שם.

⁴¹³ (ג) שו"ע חו"מ סי' רס"ח סעי' ב'.

⁴¹⁴ (ד) על-פי שו"ע או"ח סי' שמ"ה סעי' א'.

⁴¹⁵ (ה) בהתאם לפירוש המקובל, שדחינו לעיל, בפרק ג' סעי' ט"ז, לא תיתכן חצר לקטן - והוא הדין בד' אמות בכרמילית (בבא מציעא י' ב'). כמו כן, אם מסכימים שדין חצר נלמד לאו דווקא מדין "יד", אלא מדין שליחות (בבא מציעא, שם) - יש להסיק שאין דין חצר בגוי; אבל נראה שבאמת יש להכריע את ההלכה **שיש** חצר לגוי: ר' מקורות באנציקלופדיה התלמודית, ערך **גוי**, עמ' של"ב.

⁴¹⁶ (ו) ר' לעיל, פרק ג', סוף סעי' י"ח.

האדם הזכאי גם להחזיק ולהשתמש בכל התחום **המקיף**, שהכלי נמצא **בתוכו**: אז, התחום שבפנים והתחום שבחוץ הריהם רק חצר אחת מאוחדת; וההיפרדות האמורה לא תקרה, אפילו כשבעל החצר המקפת **איננו** זכאי להחזיק בגוף הכלי שבפנים, והכלי לא הגיע לשם אלא בדרך גזלה, או להפך, בדרך חדירה אסורה מצד בעל הכלי: כי העובדה שאין לבעל-החצר זכות להחזיק בכלי שאיננו שלו אינה פוגעת בזכותו להשתמש ב**אווירו** של הכלי, שהוא עדיין אויר **חצרו** - לפחות במידה שהשימוש לא יפגע בעצם הכלי בעצמו. אולם, כשהכלי הוא זר באמת, אלא שבעל הכלי קיבל רשות להחזיק את כליו באותו המקום - ואף להשתמש שם בחללו של הכלי, - קורית ההפרדה שאמרנו, ומקבלים אנו חצר מיוחדת של "**כלי**", לפנים מן החצר המקפת, שבעליה אחר. זהו תיאור הדברים במקום שהוא מלכתחילה חצרו של פלוני. אך יתכן שאדם יזכה בחצר-כלי אף במקום שאיננו מלכתחילה חצרו של שום אדם כלל, והיינו **בכרמילית**: בכרמילית רשאי **כל** אדם להניח את כליו, ומשעשה כן - נעשה תחום הכלי חצרו⁴¹⁷. חצר-הכלי [[123]] חוזרת ומתאחדת עם סביבתה כשמסולק הכלי או כשפוקעת הרשות להחזיק ולהשתמש באופן עצמאי בתחומו.

כל זמן שחצר-הכלי מתקיימת, אין תחומה מתפשט רק מן הכלי ולפנים, אלא גם מן **הכלי ולחוץ**, על סביבו, **ככל שנאחזים בו כלים אחרים**; ודבר זה מאפשר שלא רק **כלי-קיבול**, אלא גם כלים **גושיים** יוכלו לשמש באופן מעשי כגדר לחצר. אולם, בקשר לשימושם של כלים בענייננו יש להבחין בין כלים רגילים לכלים "**מהלכים**" (או, בלשון המקורות, "**חצרות מהלכות**"). כלים "**מהלכים**" הם אלה העשויים לנוע מכוח עצמם - היינו בהמות, - ואין הם יוצרים חצר אלא בתנאי שהם "**כפותים**", כלומר מנועים מלנוע חופשית כרוחם. לעומת זאת כלי שתנועתו אינה מעצמו - נקרא לו "**כלי מונע**", - דינו ככלי רגיל, אפילו כשהוא נמצא בתנועה. כלי מונע יכול ליצור חצר לא רק במקום שיש לאדם רשות להניחו, אלא גם במקום שיש לאדם רשות **להניעו**, כגון הספינה, המשמשת חצר נעה לבעליה ככל שהיא מתקדמת בים. מטבע הדברים יוצא כי **חצר מונעת** עשויה להימצא לאדם לא רק בתוך רשות היחיד או בכרמילית, אלא גם בתוך רשות הרבים⁴¹⁸.

אלה הם מיני החצרות לפי האופן שבו הן נוצרות. אשר למיון החצרות **לפי טיבן**, הרי הן שתיים: חצר **המשתמרת לדעת בעליה** וחצר **שאינה משתמרת**. חצר משתמרת היא חצר מגודרת או חצר שיש לה שמירה מספיקה אחרת, באופן שיכול בעליה לצפות כי אחרים לא יבואו לשלוט בתחומה שלא מדעתו⁴¹⁹. חצר שתנאים אלה אינם מתקיימים בה היא חצר שאינה משתמרת.

⁴¹⁷ (ז) שו"ע חו"מ סי' ר' סעי' ג' ואילך, ור' ביחוד נתה"מ שם, ס"ק ח'. בקשר לכך נראה נכון להסיק, שהכלי לצורך זכייה בחצר אינו מוכרח להיות דווקא מוחזק כדין: אף אם הכלי הוא גזול, אלא שעצם פעולת הנחתו במקום היתה ברשות - מסתבר שנעשה תחום הכלי חצר לגזלן, כל זמן שהכלי נשאר שם משמו; שהרי גופו של הכלי משמש כאן רק **להתנויות גבולות החצר**, ואין הוא נעשה חצר בעצמו, כדי שיימשך עליו הדין שאין החצר הגזולה נעשית חצר לגזלן.

⁴¹⁸ (ח) שו"ע חו"מ סי' ר"ב סעי' י"ג וסי' רע"ג סעי' ט"ו.

⁴¹⁹ (ט) ר' במלון של **לוי**, ערך **חצר**, וט"ז על אה"ע סי' קל"ט ס"ק ב'.

ד. משמעות החצר לעניין נזיקין

1. דין הפעילות בחצר לפי יחסה לזכות בעל-החצר ודעתו

נעבור עתה לדון בעצם משמעותו של מושג החצר למעשה, ויכולים אנו לקבוע כי משמעות זו היא כפולה: לעניין נזיקין ולעניין "יד".

אשר לנזיקין, יש להבדיל בבירור בין מה שראינו לעיל, בדבר האחריות לנזקי החפץ המוחזק, לבין תוצאות הבעלות-בחצר. מה שראינו מקודם הוא, שההשתלבות במערכת ההחזקה של החפץ משלבת את האדם במעמד [[124]] של אחריות לנזקים הנגרמים על-ידי החפץ שלא בבחינת מכשיר לפעולה אנושית; ואחריות שכזאת אמנם יכולה להתייחס גם לחפץ-מקרקע, כגון שהבנין המוחזק מתמוטט, או שצמחי השדה המוחזק מתפשטים לשדה השכן. לעומת זאת, הבעלות-בחצר, הריהי לאו דווקא גורם של משא האחריות לנזקי המקרקע - משא העשוי לחול על המחזיק בין אם מחזיק הוא ברשות ובין לא, - אלא היא גורם לבחינת המעשים הנעשים במקרקע והמסיבים למישהו נזק בתוכו, אם נעשו הם ברשות ואם בכלל תהיה אפוא בגינם אחריות.

בעלות-החצר היא גורם לעניין זה, כי במקום הנחשב כרשות היחיד אין גדרי הפעילות מוסדרים בפרוטרוט על-פי דין, כמו ברשות-הרבים או בהקדש, - ואף אין שם כל בני-האדם חפשיים בשווה לפעול כרצונם, כמו ברשות-כרמילית, - אלא בעל-החצר הוא מעין ריבון שם, לקבוע את גדרי הפעילות כרצונו: הוא הוא האדם הרשאי לעשות שם בפועל, בהסכמתו שלו תלויה שם רשות הפעולה של כל איש מלבדו אשר אין לו שעבוד או זכות על-פי דין כנגדו, ואילו כל פעולה שלא בהסכמתו היא שם ממילא בבחינת אסורה, כל זמן שחובת בעל-החצר לסבלה איננה מוכחת. זהו המצב בין אם בעל-החצר הוא גם בעל המקום לגופו ובין לא, בין אם הוא מחזיק במקום למעשה ובין לא, ואף כשלמעשה מוחזק המקום בידו של גזלן; ובמלים אחרות ניתן לומר כי כל אימת שרשות-הפעולה של אדם בחצר אינה נקבעת בפירוש, לחיוב או לשלילה, על-פי דין או על-פי תוכנו של שעבוד, הרי רק גדרי זכות-הרקע של בעל-החצר וגדרי דעתו המופעלת על-פיה הם הקובעים אם הרשות נתונה ואם לא. והנה, בכל דין-ודברים בעניין נזיקין, שאלה מרכזית להערכת הפגיעה והאחריות היא, באיזו מידה היתה פעילות הצדדים ברשות או שלא ברשות מלכתחילה; לעניין זה, שוב, מבחן מרכזי הוא מה טיב המקום שבו הפעילות נערכה; ואילו כשהמזיק והניזוק פועלים שניהם בחצר, יוצא אפוא כי היחס בין פעילות זו לבין זכותו ודעתו של בעל-החצר הוא המבחן המרכזי לתשובה על אותה שאלה מרכזית שאמרנו⁴²⁰.

[[125]] השאלה בדבר רשות הפעולה של המזיק והניזוק בחצר יכולה להשפיע על האחריות ביניהם בארבעה אופנים. ראשית, כששניהם פועלים בחצר ברשות. במקרה כזה, אם אחד מהם ניזק מכוח

⁴²⁰ (ל) דווקא כשהמזיק והניזוק פועלים שניהם בחצר; כי במקרה שנגרם הנזק מן החצר ולחוץ או מן החוץ לתוך החצר, נתקלים אנו במשפט העברי בכלל, שכל הזק מתוך רשות אחת לחברתה נושא בו ממילא הנחה של פגיעה, אף אם ברור שכל אחד מן הצדדים פעל ברשות במה שנוגע להתנהגותו בתחומי הרשות שבה הוא נמצא, כשלעצמה. כלל זה עולה מתוך ניתוח הלכות נזקי השכנים (שו"ע חו"מ סי' קנ"ה, ור"י גם סי' תכ"א סעי' ט'), ואין כאן מקום להאריך.

פעילותו של רעהו - הכלל הוא **שפטור** המזיק, שהרי פעל הוא ברשות, - ואין הוא אחראי אלא אם למעשה ידע או היה לו לדעת על פעילות חברו, ואף-על-פי-כן לא נזהר כראוי (והיינו פשע ב"רשלנות") או אף צירף לפעולתו **כוונה** להזיק. **שנית**, אם שני הצדדים פעלו **שלא ברשות**, שוב הכלל הוא **שפטור** המזיק, שהרי בסתם לא היה לו לצפות לפעילות הבלתי-מוסמכת של הצד שכנגד - ורק אם למעשה הוא ידע או היה לו לדעת עליה, ועם זאת הוא התרשל או הזיק בכוונה, הריהו חייב. **שלישית**, אם המזיק פעל ברשות והניזוק שלא ברשות - שוב פעם אחת הדין הוא כנ"ל, מהטעמים האמורים בשני המקרים הראשונים כאחד; ויש להדגיש, כי במקרה של כוונה או רשלנות חייב גם כאן המזיק, אף-על-פי שהניזוק פעל **שלא ברשות**⁴²¹. **רביעית**, כשהמזיק פעל **שלא ברשות** והניזוק פעל ברשות. במקרה כזה אחראי המזיק מכל-מקום, אף אם נקט את כל אמצעי הזהירות שהיו מספיקים לפטור את המזיק בשלש המקרים הקודמים - שהרי כאן, עצם הפעילות עצמה היתה בבחינת פשיעה מלכתחילה, אשר הצד הניזוק רשאי היה לקיים את פעילותו שלו בצידה, תוך סמיכות-דעת גמורה כי פעולת המזיק לא תקרה. אולם, גם בגדרי מקרה זה עדיין יהא פטור המזיק, אם למעשה אשם הניזוק עצמו ברשלנות, והיינו שלמעשה ידע על פעולת המזיק, והיה בידו להיזהר ממנה, והוא לא נזהר, - או שאמנם הניזוק לא התרשל, אלא שתחילת פעילותו של המזיק בחצר וגם גרם-הנזק על-ידי קיומה היו באונסו הגמור של המזיק⁴²².

[126]] אותם הכללים חלים, בשינויים המחויבים, גם כשהנזק נגרם בחצר לאו דווקא במישרין מכוח המזיק לגוף הניזוק, אלא על-ידי פעולתו העצמית של חפץ העומד באחריותו של אדם - או **לחפץ** העומד בזכותו של אחר - הכל לפי מה שהחפץ המזיק או הניזוק נמצא בחצר ברשות או שלא ברשות⁴²³. בקשר לכך יש לציין, כי ביחס לכניסת החפץ לאחריותו או לזכותו של אדם חלים רק הכללים שראינו בפרק ג' לעיל, ואין אדם נעשה מחזיק או שומר בחפץ על-ידי כך בלבד שנתן רשות להכניסו לחצרו או לחצר הזולת שיש לו רשות בה; אולם, במסיבות מתאימות, אמנם עשוי מתן-הרשות להיחשב **כהסכמה מסתמא** להיות גם לשומר⁴²⁴.

2. "בור" בחצר

משמעות אחרת של מושג החצר לעניין נזיקין נמצאת לנו בכך שמכל מיני התחומים או "הרשויות" הידועים במשפט העברי, **חצר** היא המין היחיד של רשות, אשר אם נוצר בו "בור" - והיינו תקלה שאנשים או בעלי-חיים הבאים למקום עשויים להיפגע בה - ייתכן שיהא אדם אחראי לבור בתוקף עצם מעמדו במקום, ולא דווקא משום שהוא עצמו חפר את הבור או גרם לתקלה. תוצאה זו נובעת

⁴²¹ לא) בשלש המקרים האלה, שהדין בהם שווה בין אם פעלו הצדדים ברשות או שלא ברשות, מיטשטשת לכאורה חשיבות השאלה אם פעלו כך או כך, שהרי האחריות נקבעת כאן רק לפי גדרי הדעת וההתנהגות של המזיק **כלפי הניזוק**; אולם, באמת אף במקרים אלה יש חשיבות למעמד פעילותם ביחס לדין המקום, שהרי יחס זה הוא הקובע אם אמנם יהא פטור המזיק אף כשעצם מהלך פעילותו התנהל בלי רשלנות או זדון ביחס לניזוק, - והדבר יתברר לגמרי בהשוואה **למקרה הרביעי**.

⁴²² (ב) שו"ע חו"מ סי' תכ"א סי' ז'-ח'; סי' שע"ח סע' ב' ו-ז'; וסי' שצ"ד סע' א'.

⁴²³ (ג) שם, סי' שצ"ג, שצ"ד ושצ"ח.

⁴²⁴ (ד) שם סי' רצ"א סע' ג' וסי' שצ"ג סע' א' וד', וסי' שצ"ח סע' ה'. השווה סע' 12 של חוק השומרים, תשכ"ז, העושה כל בעל מלון לשומר בחפצי האורחים המוכנסים למלון.

מכך שבמיני רשויות אחרות - רשות-הרבים, כרמילית או הקדש - מטבען אין בהן מחזיק; ממילא אין מי שתחול עליו אחריות של שמירה בגינן - ולכן, אף אם למעשה החזיק בהן אדם, מכל-מקום אי-אפשר לחייבו בשמירה יותר משהיה בלעדיו, ואין מי שיהא אחראי לבור שנחפר שם, מלבד החופר בעצמו. דבר זה, מסתבר שהוא נכון אפילו **בחצר** - אם זו חצר של ד' אמות בכרמילית; שהרי זו חצר **ארעית**, שמלכתחילה לא היה בה ועוד מעט לא יהא בה בכלל מחזיק כלשהו - ולמה יוטב מצבו של אדם, שבמקרה נפגע באותו המקום על-ידי בור הזולת דווקא ברגע המסוים שפלוני שלישי השתמש בו? יתר-על-כן, פלוני זה, שהשתמש אז במקום כבחצר, על-כל-פנים לא היה זכאי למנוע שם שימוש מקביל כלשהו שלא פגע בעניינו, ואף אם היה זה חפירה של בורות⁴²⁵ - וממילא משמע כי אחריות "המחזיק" לבורות שאינם מלכתחילה שלו לא תיתכן כאן. אולם, בחצר מסוג **אחר**, ממילא יש לנו זכות להחזקה של ממש, עם זכות פיקוח על מעשי הזולת ואחריות לשמירת המקום אף לאחר שאותם מעשים נשלמים - ולכן קיימת כאן גם אחריות **לבורות** הזולת, או לבורות שממילא, כפועל-יוצא מן מאחריות הכללית לשמירת המקום. יש להדגיש כי אחריות זו ודאי אינה חלה [[127]] דווקא על **בעל-החצר**, כי אם על **המחזיק הישיר** סתם, לפי הכללים הרגילים שראינו, ובין אם זה בעל-החצר, או שומר משמו, או גזלן שתפס לעצמו ומנע בכך את אפשרות השמירה החוקית.

גדרי האחריות הזאת, הריהם כלהלן. אם נחפר הבור בהסכמת המחזיק, נעשה זה אחראי לאלתר. אם לא כן - ובין אם נחפר הבור ברשות, בין שלא ברשות ובין באונס, - הרי עד שנודע הדבר למחזיק, והיה בידו "לכסות" את הבור, מתקיימת בעינה אחריות החופר (במידה שמישהו כזה ישנו שם), אך משנודע דבר-הבור למחזיק, והיה בידו לכסותו, נעשה הוא עצמו אחראי לנזקי הבור. האחריות היא רק כלפי מי שנפגע תוך היותו עושה בחצר ברשות או - לפחות - בהיותו עושה בה באופן צפוי, ואפילו שלא ברשות⁴²⁶. נראה לומר שבדינים אלה אין אמנם שום יחוד מהותי כנגד הכלל הרחב שאפשר להכיר בדיני ישראל, שהעושה את החפץ המוחזק על-ידי חברו למסוכן - נעשה אחראי לאותה סכנה, כל זמן שלא ידע עליה המחזיק בעצמו; ואילו משנודע דבר הסכנה למחזיק - או שהיה לו לדעת עליה - אחראי הוא לסכנה בעצמו (תוך אפשרות אוונטואלית לתבוע את גורם הסכנה על התערבות בחפץ הזולת שלא כדין)⁴²⁷. אולם, בדיני הבור בחצר בא כלל זה על הדגמתו

⁴²⁵ (לה) ר' בבא מציעא י' א', שכל עניין חצר ד' אמות אינו אלא תקנת חכמים, כדי למנוע מריבה בין המשתמשים בכרמילית, שהמייחד לעצמו דבר שם תוך ד' אמותיו, ידו תהא על העליונה נגד כל מתחרה.

⁴²⁶ (לו) שו"ע חו"מ סי' שצ"ח סעי' ג'; סי' ת"י סעי' ד' ואילך וסעי' כ'; סי' תט"ו; ובבא קמא כ"ט ב', בדברי רב אחא בריה דרב איקא, גבי המצניע את הקוץ בגדרו דרך צמצום.

⁴²⁷ (ז) השווה לעיל, פרק ג' סעי' ז', פסקה שלישית ושניה מן הסוף, ור' הגהת הרמ"א על חו"מ סי' ת"י סעיף ד', ודוק בבבא מציעא מ"ב ב', שכך מתחייב על-פי הגיון המשפט העברי - גם אם קשה למצוא בענייננו הלכה ישירה מפורשת, שלא תהא נוגעת דווקא לבור בחצר. - בניסוח הכלל שהסקנו, נראה שיש מקום להדגיש כי המחזיק פטור מאחריות לסכנה הנסתרת **רק אם אין הוא גזלן**. אם הוא גזלן - נראה שיהא הוא אחראי על-כל-פנים, גם אם לא ידע ולא היה לו לדעת על הסכנה, שהרי מכל-מקום הוא פשע על-ידי הוצאת החפץ מרשות המחזיק הקודם, שאולי היה יודע לסלק את הסכנה או למנעה מלכתחילה. מצד שני מסתבר שאפשר **להרחיב** את הכלל, שלא רק מי שגורם את הסכנה הנסתרת **בחפץ הזולת** יהא אחראי לה כל זמן שנשארת היא עלומה מן המחזיק, אלא גם אם מלכתחילה אחראי היה אדם לסכנה נסתרת שבחפץ **מוחזק על-ידי**, היא

המעשית וביטוי [[128]] המובהק, תוך כל הייחוד הכרוך בכך לגבי ההבחנה בין דיני הבור בחצר לדיני הבור במיני רשויות אחרות - ומכאן עיקר ייחוד דיני הבור בחצר בחיבורנו שלנו.

מלבד זה יש לנו להתעכב כאן על דין הבור בחצר גם מנקודת-ראות אחרת - והיינו, מבחינת השפעתו של הבור על עצם **דין ההחזקה בחצר**.

ראינו לעיל כי החזקת חפץ אינה מסתיימת על-ידי הזנחתו או הפקרתו, כי ההנחה היא שאין ההזנחה צריכה לפטור את המחזיק מחובת השמירה, אשר ההזנחה אינה בעצם אלא גילוי מובהק של פשיעה בה. אולם, ראינו גם-כן כי דין זה מאבד את משמעותו כשמלכתחילה אין בכלל על המחזיק חובה של שמירה⁴²⁸; ואם כי הסייג הזה עשוי להתייחס גם ל**מיטלטלין** - כגון שור של הקדש, - הרי עיקר עניינו הוא **במקרקעין**: בשטחי רשות הרבים ובכרמילית. עתה צריכים אנו להוסיף כי במקרקעין עשוי אותו הסייג לחול גם במקום שמלכתחילה, מבחינה עקרונית, **מוטלת** בו על המחזיק חובה של שמירה, והיינו **בחצר**. כך הוא קודם-כל, **כשהחצר נקייה מבורות** - בין בורות שתהא בהם תקלה כלפי פנים ובין בורות שיהיו תקלה מן החצר ולחוץ. חצר כזאת רשאי המחזיק להשאיר בכל עת בלי פיקוח, שהרי חובת השמירה והאחריות של המחזיק היא רק לגבי סכנה המצויה בחפץ בעין או הצפויה באמת להיוולד בו - ולא לגבי סכנה שעדיין לא נולדה, ושגם אינה צפויה, אלא רק עשויה אולי להיוולד במקרה מן המקרים. ביחוד, במה שנוגע לחצר - הריהי מטבע

והוא העביר את ההחזקה לאחר (או **שהתימר** להעבירה למקבל בתום-לב), בלי שגילה לו את דבר הסכנה, הריהו נשאר אחראי - אף אם המחזיק החדש **אינו** שומר משמו, אלא הוא מחזיק כבעל-בית לעצמו. כך על-פי ההלכה שהמיקח - ברשות המוכר הוא למומים (שו"ע חו"מ סי' רל"ב סעי' כ"א); ועוד, שהמחזיק הראשון ודאי צריך להיעשות כאן כמי שכרה בור בחצרו ופתחו לחצר לחברו: כי אף-על-פי שמלכתחילה החזיק בבור ברשות, בחצרו שלו עצמו, הרי כשהעביר את החצר, ולא גילה את דבר הבור, דומה הוא כמי **שלא העביר** כלל את הבור, אלא רק **הגניבו** - עם ההעברה - לחצר שנעשתה בינתיים חצר הזולת (ר' שו"ע חו"מ סי' ת"י סעי' ו', וצרף את דין המצניע זכויותיו בכותל הרעוע של חברו - משו"ע חו"מ סי' תט"ו סעי' ב' - עם הכלל העולה ממושג "גטה וחצרה באין כאחד" - בגטין ע"ז א' - שדברי המעביר הנמצאים בחצר בשעת העברתה הריהם כמובאים לחצר **המקבל** באותה שעה). ואין העניין דומה לדין השור המועד, שנמכר כתם, שהמוכר נפטר בו (פ"ד מהל' נזקי ממון הל' ט'), כי שם תלויה האחריות **בדין** השור, ולא בטיבו האמיתי. כמו כן שונה העניין מדין המפקיר את חצרו על הבור שבה, שעל-פי שו"ע חו"מ סי' ת"י סעי' ו' הוא פטור - כפי שעומדים אנו להסביר בפתשגן מיד, ובהערה מ' להלן.

בהקשר זה עשויה גם להתעורר השאלה, מה יהא על אחריות המחזיק לבור, כשהמחזיק הוא שומר לבעל-בית, ועל-פי גדר היחסים שבין בעל-הבית לשומר - "סתירת הבור" היא משיורי עניינו של בעל-הבית. לפי הדין הכללי שראינו לעיל, בפרק ג' סעי' ז', מסתבר שיש לדייק כלהלן. אמנם, בעל-הבית הוא המופקד כאן על "**סתירת**" הבור, אבל בסתם לא יהא בזה כדי לשחרר את השומר **משמירתו** של הבור ומן החובה **לכסותו**, במידה שהדבר הוא ביכולתו, בגדר רשות-פעולתו במקום - ולו גם על-ידי עצם **אזהרת** האנשים הבאים לחצר ועל-ידי מתן הודעה לבעל-הבית שנוצר בור המחייב סתימה מצידו. בעל-הבית, שפשע לשומר על-ידי אי-סתירת הבור, יהא בכל-זאת פטור כלפי הניזוק, אם השומר יכול היה למנוע את הנזק על-ידי נקיטת אמצעי זהירות מתאימים מצידו הוא, - ורק אם השומר באמת לא פשע, כי הדרך היחידה לכסות את הבור במסיבות המקרה היתה על-ידי **סתירתו**, יחול הדין שהשומר פטור ובעל-הבית חייב.

⁴²⁸ לח) פרק ג', סעי' י"ח.

הדברים נכס שאינו יכול כלל להזיק, אלא באמצעותם של בורות; ואם אין בה בור, אין מחייבים את המחזיק שישאר תמיד צמוד אליה, שמא ייכנס [[129]] איזה זר ויחפור בה או שמא יפגע בה הרעם. פירושו של דבר הוא, במלים אחרות, שהזנחת החצר, הבטוחה בשעת-מעשה, איננה פשיעה. **בהתאם לבן מכיר הדין העברי בהזנחת החצר הבטוחה או בהפקרתה מעשה גמור, הפוטר את המחזיק מלחזור ולהיטפל בה, אף אם בדיעבד אמנם נחפר בה בור על-ידי מישהו זר או בטבע;** וכפועל-יוצא מן הדין הזה, גם סיום ההחזקה בחצר הבטוחה הוא לאו דווקא על-ידי אבדן כוח השליטה באונס, אלא יתכן שהוא יבוא אפילו על-ידי עצם הפסקת השליטה בפועל, מתוך דעת שלא לחזור עוד ולשלוט בחצר. דומה הדבר למה שראינו בקשר לאבדן ההחזקה לעניין חזקה, אלא שיש להדגיש כי כאן עשוי סיום זה של ההחזקה לשמש לא רק לעניין חזקה, אלא גם לעניין אחריות בנזיקין.⁴²⁹

מצד שני יש לחזור ולהדגיש כי דין זה אמור אמנם רק בחצר שבשעת-מעשה היא בטוחה; אם יש בה בורות שבשעת מעשה הם מסוכנים מן החצר ולחוץ (לשכנים או לבני רשות הרבים), או שמסוכנים הם לאנשים או לבעלי-חיים העשויים להיכנס ברשות או באופן צפוי, בלי הדרכת המחזיק, לתוך החצר - יחול הדין הכללי, והמחזיק לא יוכל להיפטר מן ההחזקה ומן האחריות הכרוכה בה, על-ידי עצם הזנחת החצר. אלא שכאן שוב יש להדגיש כי ביחס לבור פנימי, אמורים הדברים דווקא במקום שאנשים או בעלי-חיים עשויים להיכנס אליו בלי הדרכת המחזיק. אם המקום הוא כזה, שאנשים ובעלי-חיים אינם צפויים להיכנס אליו שלא בהדרכת המחזיק, וזה אף כשהמחזיק עצמו לא יעמוד וישמור על המקום - ממילא יוצא כי רשאי המחזיק להשאיר את המקום בלי פיקוח אף אם יש שם בורות, שאמנם יהיו [[130]] עשויים לשמש תקלה למי שייכנס שם בינתיים בניגוד לצפוי. חצר כזאת - דינה אפוא כחצר בטוחה, שהמחזיק יכול להזניחה ולהיפטר מאחריותה בכל עת, אפילו מדעת, - וכך על אף השיקול שאם בעל המקום עצמו הוא המחזיק המזניח, וההזנחה עולה אפוא כדי הפקרה, ממילא ייעשה כל אדם רשאי וצפוי להיכנס לחצר, והבור ייעשה אפוא סכנה לציבור.⁴³⁰

⁴²⁹ (לט) תוצאה דומה אינה יכולה להתקבל ביחס למיטלטלין, אף-על-פי שגם במיטלטלין יתכן לכאורה שלא תימצא בהם שום סכנה, באופן שהסרת הפיקוח מהם לא תיחשב כפשע. כך הוא, מפני שאם המיטלטלין הללו נמצאים בחצר המחזיק - ממילא אין הזנחתם הזנחה, והריהם נשארים על-כל-פנים "ביד" המזניח. אם, לעומת זאת, נמצאים הם בחצר הזולת, ברשות הרבים או בכרמילית, ממילא יש בהזנחתם פשיעה כאשר הנפכים הם לבור בתחום זר, שאינו של המחזיק (השווה הערה ל' לעיל).

⁴³⁰ (מ) שו"ע חו"מ סי' ת"י סע' ו', ור' פסקי הרא"ש על בבא קמא פ"ה סי' ז'. - דיוקו של הדין האמור באחרונה עשוי להיראות מוזר לכאורה, שהרי לו הרחיב בעל המקום את זכויות הזרים בחצרו ללא הפקרה, ממילא הוא מתחייב היה בתוספת שמירה על הבור; והשאלה היא - מדוע ראוי לו להיפטר כשעושה הוא אותו הדבר עצמו של הרחבת זכויות הזרים, אלא שעושה הוא זאת על-ידי הפקרה? התשובה היא ודאי, שהמפקיר אינו מרחיב את זכויות הזרים אלא בתנאי המפורש, שהוא מצידו יסתלק לגמרי; הזרים שאינם רוצים בתנאי זה, רשאים להינזר מן ההרחבה שניתנה להם, ואילו מי שבחר לקבלה צריך לעשות כן על סיכונו הוא, בכפוף לתנאי שבו היא ניתנת. לעומת זאת אין שיקול זה חל כשבשעת מעשה כבר אחראי המפקיר כלפי אנשים הצפויים לפעול באופן בלתי-תלוי בו, כי מהאחריות כלפי אנשים אלה אין המפקיר יכול להסתלק על-ידי פעולה חד-צדדית. מצד שני, אין השיקול חל גם כשבעל המקום אינו מפקיר אותו, - אלא רק מעבירו לזולת כשבור עלום בתוכו: במקרה כזה, אמנם גם-כן יש תנאי מפורש של הסתלקות

3. הוצאת זרים וחפצים החודרים לחצר שלא ברשות

משמעות שלישית של "החצר" לעניין נזיקין היא, **שהאדם הזכאי להחזיק בה** (ושוב: לאו דווקא בעל-החצר, הזכאי גם להשתמש בה לעצמו⁴³¹) רשאי להוציא מתוכה כל זר או חפץ החודרים אליה או הנשארים בה בלי [[131]] רשות. גם דין זה הוא בעצם פועל-יוצא מכלל רחב יותר, החל גם מעבר לחצר, שכל מי שיש לו זכות כלשהי רשאי לדחות כל פגיעה בה, - והדברים מתקשרים על-ידי כך שההחזקה, כפי שראינו, היא יכולת שליטה על החפץ על פי כוונה שמלכתחילה למנעו מאחרים; **זכות להחזיק** היא אפוא, מטבע המושג, **זכות למנוע את החפץ מן הזולת**; ואם אדם או חפצו מתערבים בחפץ המוחזק, שלא ברשות, ממילא עומדים הם אפוא להוצאה על-ידי המחזיק, בין אם החפץ המוחזק הוא "חצר" ובין אם זה מיטלטל המוחזק במקום כלשהו. אולם, אף-על-פי-כן, בדין החצר יש ייחוד חשוב גם בהקשר-הדברים הלזה. הייחוד הוא, שסתם מחזיק מגן על החפץ שלו רק **מבחוץ**, אבל הזכאי להחזיק בחצר רשאי להגן עליה גם - ובעיקר - **מבפנים**, והדבר מקבל משמעות כשהפגיעה היא לאו דווקא על-ידי חדירה של אדם, כי אם על-ידי חדירת חפצים. כי במקרה של פגיעת **חפץ** בחפץ מוחזק **שאיננו** חצר - רשאי המחזיק לדחות פשוט את החפץ הפוגע, ובזה מסתיים עניינו (ולו גם בכפוף למעמד היחסי של שני החפצים השונים במקום שבו הפגיעה מתארעה)⁴³². אבל כשהפגיעה היא על-ידי חפץ החודר או הנשאר שלא ברשות **בחצר**, ממילא אין הפגיעה יכולה לבוא על תיקונה השלם אלא על-ידי הוצאת החפץ הפוגע **אל מחוץ לחצר** - וכאן מתעוררות שתי שאלות מיוחדות: ראשית, ביחס לזכותו של הנפגע להטיל את החפץ לתחום החיצוני, שאיננו שלו, ושנית - משהעביר האיש אי-שהוא את החפץ, מה יהא דינו לגביו ביחס להמשך שמירתו, הן מבחינת הסכנות הצפויות לו הן מבחינת הסכנות הצפויות ממנו במקומו החדש.

הרקע להסדר העניין נמצא לנו בהלכה הכללית, שהמגן על זכותו רשאי אפילו להזיק תוך כדי כך את הצד שכנגד, במידה שמובא הוא בזה לחוסר-ברירה - אבל אם יש לו ברירה, והוא הזיק את הפוגע בזדון או ברשלנות, "לא שנא בגופו, לא שנא בממונו - חייב לשלם; דנהי שיש לו רשות להוציאו - אין לו רשות להזיקו"⁴³³. דין זה הוא כל מה שיש לומר בענייננו, במה שנוגע להוצאת **האדם** הזר, החודר או הנשאר בחצר בלי רשות. אך כשהפגיעה היא על-ידי **חפץ** של זר, באים אנו

המעביר, ואין אחריות קודמת לטובת המקבל; אולם, המעביר חייב על-כל-פנים לנהוג בתום-לב כלפי הצד שכנגד, שעמו הוא נושא ונותן, ואין ההסתלקות יכולה להועיל ביחס לבור שבכלל לא נכלל בתנאיה.

⁴³¹ (מא) כך הוא אמנם לפי דיוק העניין, אך אין להגזים בחשיבותו של דיוק זה. ראשית, אם זכותו של האיש המבקש לפעול להגנת החצר היא זכות של **בעל-בית** ביחס לבעל-החצר, ובעל-החצר לא יסכים להתערבותו - ממילא תשותק זכות ההתערבות של בעל-הבית, אלא אם יש לו שעבוד נגד בעל-החצר להוצאת החדירה, שהרי בלעדי כן ממילא תיעשה החדירה כאילו היא ברשות, לפחות במה שנוגע לבעל-הבית. מצד שני, אם האיש שיבוא להוציא את החדירה הוא בדרגת **שומר** לבעל-החצר, ממילא הוא יהיה כשלוחו של הלה - ובסך-הכל יוצא אפוא כי למעשה בעל-החצר הוא השליט-בענייננו. יוצא מכלל זה רק המקרה הנדיר, שלא יעלה כמעט על הדעת, שבשעת מעשה יהא אדם זכאי להחזיק בחצר, בלי שיהא שם כלל בעל-חצר - כגון שהחצר ממושכנת ללא זכות-שימוש.

⁴³² (מב) ר', למשל, שו"ע חו"מ סי' שפ"ג סעי' ב'.

⁴³³ (מג) שו"ע חו"מ סי' ד', וסי' שע"ח סעי' ו', וסי' שצ"ח סעי' א'.

לשאלות שאמרנו, שהרי הדרך להיפטר מן החפץ בפשטות, על-ידי השמדתו - על-כל-פנים נסתמת בכך⁴³⁴.

[[132]] שתי השאלות מעורות זו בזו, ולא נוכל להשיב עליהן אלא ביחד. כך הוא, מפני ששאלת הרשות להוציא את החפץ מן החצר ולחוץ - היא כשלעצמה אינה אלא שאלה של אחריות לחפץ המוצא, ונעבור עתה לבדוק את הדבר לפרטיו.

נראה **שבארבעה** מקרים אמנם יוכל הנפגע להיפטר מן החפץ על-ידי סילוקו החד-צדדי לרשות שאינה שלו, בלי שהסילוק יסבכנו באחריות כלשהי. המקרה האחד הוא, כשהחפץ נמצא בחצר **בבחינת אבדה** - היינו שלא מדעת בעליו - והנפגע יודע להחזיר אותו לרשות הבעלים אפילו שלא מדעתם: במקרה כזה, אמנם ייעשה הנפגע אחראי **כשומר אבדה**, משעה שיחזיק בחפץ כדי להחזירו, אבל משהחזירו לרשות הבעלים, הריהו ייפטר⁴³⁵. המקרה השני הוא כשהחפץ הוא בעל חי מסוג הרגיל לשוטט ברשות הרבים, והוא נתעה לחצר בהיותו משוטט ברשות הרבים **שלא בבחינת אבדה** - היינו משוטט כהפקר או מדעת בעלים, - שאז מסתבר כי רשאי הנפגע להחזירו למקום שממנו בא⁴³⁶. שלישית, כשהחפץ מיוחד לחצר במכוון על-ידי בעליו, ממקום שבו נמצא החפץ מלכתחילה ברשות - גם-כן, בודאי, יהא הנפגע רשאי להחזיר את החפץ למקום שממנו בא. ורביעית, כשאין לחפץ בעלים, ואין בו גם טובת הנאה לאדם, אין לראות מניעה משפטית שהנפגע

⁴³⁴ (מד) למען הדיוק יש לציין כי השאלות מתעוררות אפילו כשהחפץ איננו של זר, אלא הוא אסור בהנאה, ויש בו לאדם **טובת-הנאה**. יתר-על-כן, השאלות עשויות להתעורר אפילו ביחס לחפץ **הפקר** - כשהנפגע אינו רוצה לזכות בו, והשמדתו היא קשה.

⁴³⁵ (מה) שו"ע חו"מ סי' רס"ז סע' א'.

⁴³⁶ (מו) ההכרעה בכיוון זה איננה פשוטה. ראשית, הכלל הוא שאם הועבר חפץ ממקום שבו הוא נמצא מדעת בעליו, שוב אין להחזירו לאותו מקום שלא מדעת בעליו (שו"ע חו"מ סי' ר"ס סע' ט'), - אלא שנראה לתרץ כי הדברים אמורים דווקא בחפץ שניטל בטעות כמצאיה, ולא בחפץ אשר ברור מלכתחילה כי **אינו אבדה**, ומבקשים רק להיפטר מתקלתו: שהרי החזרת החפץ במסיבות אלה אינה יכולה לפגוע בבעלים, אלא אדרבה, היא עשויה רק לסייע להם. ושנית, נתקלת מסקנתנו בקושי על-ידי כך שגם בעל-חי מסוג שמקובל לתת לו לשוטט ברשות הרבים - מכל-מקום צפויים **ממנו** נזקים כלשהם, בין שילך ויזיק כדרכו ובין שלא כדרכו; לכן, באמת אין אדם רשאי להוציא בעל-חי כזה לרשות הרבים, אלא על אחריותו, - ויש מקום לסבור שאם עזב בעל-החי את רשות הרבים ונכנס לרשותו של אדם שלא בטובתו, הרי אף אדם כזה לא יהא רשאי להיפטר מן התקלה פשוט, על-ידי החזרתה אל החוץ. על אחת כמה וכמה שביחס לחיה כמו חתול, למשל, מוצאים אנו הלכה מפורשת, שאם הוא "רע ומזיק לקטנים" - אין צריך להשיבו לבעלים, אלא כל המוצאו הורגו וזוכה בעורו" (שו"ע חו"מ סי' רס"ו סע' ד') - ויוצא לכאורה כי החזרת חתול שכזה לרשות הרבים היא פשיעה בודאי. אולם, באמת מסתבר שגם כאן יש דיוק: הריגת החתול אינה חובה, רק רשות, והמחזירו לבעלים **איננו** פושע; יוצא אפוא, שאם באמת יש לחתול בעלים, והוא מסתובב ברשות הרבים מדעת בעליו, באופן שהחזרתו לרשות הרבים היא בעצם החזרת אבדה - הרי שהחזרה היא מותרת. אם, מצד שני, **אין** לחתול בעלים, והוא מסתובב הפקר, הרי גם אז אין על כל המוצאו **חובה** להרגו; מי שתופס את החתול, **לא על מנת לתפסו**, כי אם רק תוך מאבק עמו, להיפטר ממנו, ממילא אין מתקיימים בו התנאים הדרושים להיותו מחזיק; **אין הוא נעשה אפוא למחזיק האחראי לשמירת החתול**, - ואם, במאבקו, הוא רק מחזיר את החתול למקום שבו הוא נמצא מלכתחילה בלעדיו - ודאי אין בכך פשיעה.

יעבירו לתחום כרמילית, בתנאי שיניחנו במקום שבו לא יהיה החפץ "בור", וגם לא יהא זה בעל-חי העשוי ללכת ולהזיק שלא כדרך הסביבה.

[133]] אולם, אפשרויות אלו - לא זו בלבד שהן מוגבלות בתוכנן, אלא גם כשמבחינת תוכן הן באות בחשבון, אין הן יכולות להיות מעשיות תמיד, מבחינת הקשיים הכרוכים במימושן, - ואילו מעבר להן נראה כי במסגרת הדין הרגיל, הרי כל אפשרות סילוק אחרת שנעלה על הדעת תהא ממילא כפופה לחוסר-רשות, או - מה שהוא היינו הך, - לחובת אחריות מצד הנפגע-המסלק. ראשית, אם החפץ הובא מלכתחילה **ברשות** לחצר, מדעת בעליו, ורק בדיעבד פקעה הרשות, הדין הכללי הוא שאין להחזיר את החפץ לבעליו אלא **מדעתו**, שהרי אין החפץ אבדה, שהבעלים תרים אחריה בכל מקום למצאה, אלא סומכים הם על המשך השתמרותה במקומה⁴³⁷. שנית, אם החפץ הגיע לחצר **שלא ברשות**, ממקום שמלכתחילה נמצא בו החפץ שלא כדין - ממילא אף אין **הנפגע** רשאי להחזיר את החפץ לשם, שהרי בהחזרתו יעשה הוא עצמו לפושע ביחס לדין המקום. שלישית, אם יועבר החפץ לתחום כלשהו שאינו חצר הנפגע, שלא בדרך החזרת החפץ כדין למקומו הראשון, הרי אף אם תהא לנפגע הרשות להביא לשם את החפץ - מכל-מקום הוא לא יוכל לעשות כן אלא בכפוף לאחריות שיקבל על עצמו כלפי בני המקום; ואם נאמר, במסגרת זו, שהחפץ יועבר **לכרמילית**, והנפגע ידאג אמנם לערוך את הדברים בצורה ששום תקלה לא תהא צפויה מן החפץ, הרי במקרה שיהיו לחפץ בעלים - מכל-מקום לא ייצא הנפגע פטור מאחריות **כלפי הבעלים**, בגין סילוק החפץ מפניהם. ולבסוף, אם החפץ יועבר רק למקום אחר בחצר הנפגע עצמו, הרי על-פי הדין הרגיל ייהפך האיש לשומר-אבדה או גזלן - לפי כוונתו להחזיר או שלא להחזיר ולפי מה שהחפץ נמצא מלכתחילה במקום הפוגע מדעת הבעלים או שלא מדעתם.

אולם, התוצאה שהצד הנפגע יישאר דבוק לחפץ, ולא יוכל להיפטר ממנו - או, לפחות, מאחריותו, - אף-על-פי שכל עיקר הנטל הזה בא עליו שלא כדין ולא בטובתו, הריהי כמובן בלתי-נסבלת, ומכאן התקנות שהמשפט העברי אמנם מפתח בענייננו כנגד הדין הרגיל.

ראשית, על-פי שו"ע חו"מ סי' קס"ו, יכול הנפגע לתבוע את פינוי החפץ הפוגע, - ובעל החפץ לא יוכל להיפטר מחובה זו, אף אם החפץ הגיע למקום רק באונס, והבעל יתימר **להפקיר** את החפץ - אלא אם יהא מבורר הדבר, כי ההפקרה אמנם היא כנה ומכוונת משעה שהאונס נודע לבעלים, ואינה באה רק להיפטר מאחריותו. מסתבר גם שחובת הפינוי היא לא דווקא על **בעל** החפץ, כי אם על מי שהחפץ נמצא בשעת-מעשה באחריותו, כנגד הצד הנפגע. אולם, אין צריך לומר, שגם השלמה זו של הדין הכללי אינה פוטרת את הבעיה כשהתביעה נגד האדם האחראי אינה מעשית כלל או שכרוכה היא במשך-זמן מרובה - ולמקרה כזה מוצאים אנו הסדר בשו"ע חו"מ סי' שי"ט.

[134]] ההסדר הוא⁴³⁸, שאם מלכתחילה הובא החפץ למקום בפשיעת בעליו, שלא כדין, רשאי הנפגע לפנות את החפץ החוצה - והווה אומר, בהכרח, למקום של כרמילית שבו הוא לא יהיה

⁴³⁷ (מז) בבא קמא נ"ז א': "הכל צריכין דעת בעלים חוץ מהשבת אבדה".

⁴³⁸ (מח) לפי פירוש הב"ח על הטור באותו סימן, והשווה שו"ע חו"מ סי' רצ"ג סעי' ג', ור' סי' שי"ט בעה"ש.

"בור" ולא יהא עשוי להזיק באופן אחר; אך יש אומרים כי הנפגע לא יהא פטור מאחריות כלפי בעל החפץ, אם לפני הפינוי לא התרה בו. אם ההתראה או הפינוי אינם מעשיים במסיבות המקרה, יכול הנפגע לבקש את עזרת בית-הדין, ובית-הדין יפנה את החפץ ויאחסנו לטובת הבעלים. גם במקרה שיש אפשרות מעשית להתרות בבעל החפץ ולפנות את החפץ החוצה משלא ייענה - "מידת-חסידות" היא שלא לפנות החוצה, כי אם לאחסן את החפץ באמצעות בית-הדין. אם מלכתחילה הובא החפץ כדין למקום - או, על-כל-פנים, שלא בפשיעת הבעלים, - אין לפנותו בשום מקרה החוצה, והנפגע רשאי רק לפנותו באמצעות בית הדין. הפינוי והאחסנה הם על חשבון הבעלים (או מי שאחראי לחפץ במקומם); ואם הובא החפץ למקום בפשיעת הבעלים, ניתנות ההוצאות להיגבות אלתר מגופו של החפץ, על-ידי מכירה ממנו, במידת הנחוץ.

מסתבר גם שתמיד רשאי הנפגע לסלק את החפץ מן המקום בו נמצא הוא שלא ברשות, למקום אחר כלשהו שבו הוא שמור לבעלים על אחריות הנפגע עצמו, כאילו היה שומר אבדה. אולם, מצד שני יש לשים לב כי כל רשות הסילוק מתבטלת מעיקרא כשהחפץ לא רק חדר אלא גם נתחבר לגוף החצר, בצורה שעצם עקירתו תגרום נזק, בעוד שהחיבור יש בו שבח. במקרה כזה צריך הנפגע לזכות בחיבור - לפי מה שנראה בסעי' ה' ס"י 2 להלן - או יכול הוא לחייב את בעל החפץ שיקנה ממנו את כל זכותו בחצר. על פרטי הדברים לא נעמוד כאן, כי אין הם שייכים בעיקרם לדיני ההחזקה, כי אם לדיני הקניין בחפצים מתחברים.⁴³⁹

לבסוף נראה נכון לציין כי מי שזכאי להחזיק בחצר זכאי ממילא לפעול, בגדרי מה שאמרנו, כנגד חפץ הנמצא שלא ברשות בחצר, באין נפקא מינה באיזו פינה ובאיזו צורה החפץ נמצא (ובלבד שעמידת האיש על זכותו לא תעלה כדי מידת סדום⁴⁴⁰); אך גם מי שאיננו זכאי להחזיק, דינו כנפגע הזכאי לפעול כאמור - אם החפץ נמצא בחצר באופן הפוגע בזכות מסוימת שלו, ואף אם החפץ הונח שם על-ידי בעל-החצר בעצמו. [[א134]]

4. הגנת החצר מפני בעלי-חיים מבחוץ

עוד בעייה קרובה לעניין הסעיף הקודם מתעוררת על-ידי המחלוקת המתנהלת סביב הסוגיה "הנהו עיזי דבי תרבו" וכו' בבבא קמא, דף כ"ג עמ' ב'. הרמב"ם, בפ"ה מהל' נזקי ממון הל' א', מסיק מאותה סוגיה כי בהמה הרגילה להיכנס לחצר הזולת וצפויה להזיק - אפשר להתרות בבעליה שלש פעמים, ואם לאחר מכן היא מוסיפה עוד לבוא - "יש רשות לבעל השדה לשחטה שחיטה כשרה ואומר לבעליה בואו ומכרו בשר שלכם", מפני שאין שומעים לאדם האומר שקודם יארע-נא הנזק ואחר-כך ישלם. אולם, על-פי המפרשים האחרים נראה שמכל-מקום אין הדין מרחיק לכת כל-כך, ולכל היותר נכון הוא שאין לחכות עד שהנזק הצפוי יארע באמת, אלא יכול בית-הדין לצוות בשמטת על בעל-הדבר שינקוט צעדים למניעת הנזק מראש⁴⁴¹. מעבר לזה נראה שההלכה היא כדעת

⁴³⁹ מט) ר' שו"ע חו"מ סי' שע"ה, ועה"ש שם סעי' י"ד.

⁴⁴⁰ (ג) ט"ז על חו"מ סי' שיי"ט.

⁴⁴¹ נא) ר' דברי ר' יהונתן בשיטה מקובצת.

הרמב"ם רק במקרה שהבהמה אמנם עומדת לשחיטה בין כך ובין כך⁴⁴²; ובודאי רשאי האדם הניזוק לתפוס את השור שנגח, ושהניזוק נעשה בו שותף כדי לגבות את הנזק מגופו⁴⁴³; אך חוץ מזה אין אדם רשאי לתפוס את הבהמה שהזיקה או הצפויה להזיק, וכל שכן אין הוא רשאי לחזור ולהזיקה - והמחלוקת בסוגיה האמורה מוסיפה להתנהל רק בקשר לחובת הגידור. לדעת התוספות והרי"ף, הדין הוא שבין בעיר ובין בכפר אין אדם חייב לגדור את חצרו, ואין בעל הבהמה המזיקה יכול להיפטר מחובו בטענה שהמקום היה פרוץ⁴⁴⁴. לדעת רבנו חננאל, לעומת זאת, אמנם אין קיימת חובת גידור בערים, "והרועה יש לו לשמור הבהמה כשמוליכה דרך העיר, שלא תיכנס לבית ותזיק, אבל כשמתפשטים בשדה אינו יכול לשמור את כלם שלא יכנסו לשדות אחרים, הלכך צריך אדם לגדור שדהו"⁴⁴⁵ - ואם הזיקה הבהמה בשדה פרוץ הרי בעליה פטורים, אלא אם נפרץ השדה באונס, ועדיין לא נודע הדבר לבעליו⁴⁴⁶.

[134ב]] לדעה זו טוען הש"ך - במרץ רב, כדרכו - בשו"ע חו"מ סי' שצ"ז ס"ק א', אך מהר"י קארו עצמו פסק כדעה הראשונה, וכן הכריע גם בעל ערוך השלחן, וכן נראה אפוא עיקר.

ה. משמעות החצר לעניין "יד"

1. חזקה מכוח הבעלות בחצר

משמעות החצר לעניין "יד" מתפצלת שוב לשני חלקים: ראשית, כפי שכבר ראינו⁴⁴⁷, לעניין חזקה, והיינו שכל חפץ מיטלטל הנמצא בחצר, רואים אותו בסתם⁴⁴⁸ כמוחזק על-ידי בעל-החצר, באופן שעל-ידי תוספת-טענה מצד בעל-החצר או נגדו⁴⁴⁹, תעלה ממילא חזקת-זכות של בעל-החצר באותו חפץ. תוצאה דומה קיימת גם לגבי מקרקעין שונים, הנמצאים בתחום הקפה של החצר: מקרקעין אלה, אם החזקה תיסתר לגביהם, יימצאו אמנם בדרך-כלל להיות חצרות בפני עצמם; אבל כל זמן שהחזקה לא נסתרה, חזקתם כי נכללים הם בחצר המקיפה⁴⁵⁰. אולם, תוך כדי כך יש להדגיש כי בניסוח זה שנקטנו מובלט גם הבדל חשוב בין חזקת המיטלטלין לבין חזקת המקרקעין הנמצאים בחצר: המיטלטלין הם פשוט בחזקת בעל-החצר; המקרקעין, לעומת זאת, הם בחזקת היותם חלק

⁴⁴² (נב) שו"ע חו"מ סי' שצ"ז סעי' ב'.

⁴⁴³ (ג) שם, סי' ת"א.

⁴⁴⁴ (נד) בעיית הגידור שאנו עוסקים בה היא רק בעיית הגידור כפי שהיא מתעוררת בין בעל הבהמה המזוקת למי שניזוק בחצר. אין אנו עוסקים בבעיית הגידור של חובת גידור החצר, העשויה להתעורר בין דיירי החצר לבעל המקום או בין בעלי המקום לשכנים. בעיית הגידור בצורתה השנייה היא בעיית הנספחת לחלוטין על דיני הקניין, ואילו אנו מעוניינים כאן רק בבעיות החצר באשר היא חצר, הנתונה לזכות החזקה.

⁴⁴⁵ (נה) ר' בפסקי הרא"ש.

⁴⁴⁶ (נו) ר' בגוף הסוגיה. וצריך עיון, בגדר שיטה זו, כיצד ישפיעו על האחריות יחסי-הגידור בין בעל-החצר לבעל גוף המקום, מצד אחד, ושאלת מעמדו של הניזוק כאורח בלבד, מצד שני.

⁴⁴⁷ (נז) לעיל, פרק ג' סעי' י"ג.

⁴⁴⁸ (נח) השווה לעיל, בפרק זה, סוף סי' 2 בסעי' ד'.

⁴⁴⁹ (נט) השווה לעיל פרק ג' סעי' ג'.

⁴⁵⁰ (ס) דוק בשו"ע חו"מ סי' רט"ו סעי' א'.

מן החצר - והיינו שאם בעל-החצר איננו קונה גוף-המקום, כי אם, למשל, רק שוכר, הרי המיטלטלין שבחצר יהיו בסתם בחזקת **בעלותו הגמורה**, ואילו המקרקעין ייחשבו רק כשכורים **אגב החצר**.

על-פי אותם העקרונות שניתחנו בזה, דברים **שבמיצר בין חצרות אחדות**, חזקתם כי **משותפים** הם: המיטלטלין משותפים **לבעלי-החצר**, המקרקעין משותפים **לקוני-הגוף** בחצרות השונות ומוחזקים במשותף על-ידי **מחזיקי החצרות**, בכפוף לכל זכות החלה על כל אחת מן החצרות בנפרד⁴⁵¹.

2. תפיסה מכוח הבעלות בחצר

ושנית, חשיבות החצר כ"יד" היא לעניין **תפיסה** - היינו לעניין עצם קבלת ההחזקה במיטלטלין הבאים לתחום החצר או במקרקעין המתחברים אליה. אולם, כפי שראינו⁴⁵², יכולה להיות חשיבות למעשה-החזקה לא רק מבחינת היותו יסוד למצב של החזקה גרידא, אלא גם באשר משמש הוא יסוד להעמדה או להעברה של קניין - הכל לפי הכוונה והרשות שבמסגרתן המעשה נעשה, - ובאופן כזה, חשיבות החצר לעניין "יד" היא גם - ובעיקר - חשיבות לעניין **קנייה והקנאה**.

[134]] בקשר לכך, הדינים הם כלהלן. **חצר משתמרת** תופסת לבעליה כל חפץ מיטלטל הנמצא בתחומה שלא דרך מעבר בעלמא, בתנאי שבעל-החצר יודע על מציאות החפץ בחצרו ומתכוון הוא לתפסו - או שלפחות יכול הוא להעלות בדעתו כי החפץ ייכנס, והיה מתכוון לתפסו לו ידע שנכנס⁴⁵³. לשם כך אין צורך שבעל-החצר יימצא דווקא בקרבת החצר⁴⁵⁴. **חצר שאינה משתמרת לדעת בעליה** - אף היא תופסת לבעליה את המיטלטלין הנמצאים בתוכה, אבל זה רק בתנאי שיהא בעל-החצר או שלוחו⁴⁵⁵ מצוי בצד חצרו ויתכוון לתפוס את החפץ, - ונחוץ שהחפץ גם לא יהא עשוי להתחמק, אלא יהא נתון לתפיסה אף ביד הפיסית ממש⁴⁵⁶.

החצר משמשת מכשיר של תפיסה רק לבעל-החצר, ולא למישהו אחר, ולכן - מי שגזול את המקרקע ומתכוון אגב כך לגזול גם את המיטלטלין שבפנים, אינו נעשה מכל-מקום גזולן במיטלטלין עד שיתפוס כל אחד מהם לחוד ובפועל⁴⁵⁷. אולם, הזוכה במקרקע מן ההפקר יכול אגב כך לתפוס גם את המיטלטלין המצויים שם, על-ידי עצם אותה פעולת-התפיסה שבה נעשה המקרקע חצרו⁴⁵⁸.

⁴⁵¹ סא) דוק בשו"ע חו"מ סי' קס"ז סעי' ב', וסי' קנ"ז סעי' ה' ואילך, וסי' קנ"ח סעי' ה'.

⁴⁵² סב) לעיל, פרק ג' סעי' ט' וי'.

⁴⁵³ סג) שו"ע חו"מ סי' רס"ח סעי' ג', הגה; סי' ר' סעי' א'; סי' רמ"ג סעי' כ"ד-כ"ה; סי' שמ"ח סעי' ד'.

⁴⁵⁴ סד) שם, סי' רמ"ג סעי' כ"א. אך לעניין **גט**, בעינן דווקא שתהא האשה עומדת לצד חצרה, ואפילו משתמרת זו לדעתה, מאחר שהגט חוב הוא לה: שם, אה"ע סי' קל"ט סעי' א'.

⁴⁵⁵ סה) תוספות גיטין ע"ט ב', ד"ה פנימית.

⁴⁵⁶ סו) שו"ע חו"מ סי' רס"ח סעי' ג' סיפא וסעי' ד', ור' מגיד משנה על פי"ז מהל' גזלה ואבדה הלי' י"א.

⁴⁵⁷ סז) רש"י על בבא קמא קי"ח א', ד"ה פרה רבוצה.

⁴⁵⁸ סח) קצוה"ח על סי' (רע"ב) [רע"ה] ס"ק א'.

אשר **למקרקעין** המתחברים לחצר, אין כמובן בעייה כשהמקרקעין מתחברים **ברשות**, ובגדרי הרשות נקבע בפירוש מה יהא דינם של המקרקעין החדשים לעניין החזקה וקניין. אם גדרי הרשות **אינם** קובעים את הדבר בפירוש, אין מתעוררת למעשה גם-כן שום בעייה מיוחדת, שהרי אם גדרי הרשות אינם מורים אפילו מסתמא, שהחיבור יישאר בקניינו הנפרד של המחבר, ממילא יוצא כי הרשות ניתנה על דעת שהחיבור ייכלל בחצר (אם בכפוף לסולם-זכויות הכללי החל בחצר ואם בבחינת רכוש המיוחד שעל בעל-החצר, לפי מסיבות המקרה). בעייה מתעוררת מבחינתנו רק כשנעשה החיבור **בלי שום רשות כלל**; ובמקרה כזה הדין הוא שהחיבור נעשה על דעת שבעל-החצר יזכה בו כל אימת שירצה (כנגד תשלומי השבח המתאימים)⁴⁵⁹. גם כאן, העקרון הוא אפוא כמו במיטלטלין, אלא שאין נפקא מינה בין חצר משתמרת לשאינה משתמרת - ואף בחצר משתמרת אין מיחסים כאן לבעל-החצר שום כוונת-תפיסה שמסתמא, אלא נחוץ דווקא גילוי חיובי של הכוונה. אולם, בנוסף על כך יש לציין כי הברירה הניתנת לבעל-החצר ביחס לזכייה במקרקעין המתחברים [[134ד]] בלי רשות - ודאי אינה ממצה את העניין כשמעל לבעל-החצר יש בעל-בית. במקרה כזה מסתבר שלבעל-הבית תהא ברירה לזכות בחיבור בכפוף לשעבוד של בעל-החצר, ואילו לבעל-החצר תהא הברירה לזכות לעצמו רק בכפוף לברירה העדיפה של בעל-הבית. כל זמן ששום ברירה כזאת לא הופעלה, מסתבר שיישאר החיבור בהחזקתו וקניינו של האיש המחבר, אך הדבר לא יפגע במעמדו של בעל החצר המקפת כבעל-החצר אף במקום המקרקעין המתחברים בעצמם.

3. החצר כ"יד" של בעלים-שותפים

בקשר למשמעות החצר לעניין "יד", יש לנו גם לחזור ולברר את הדין כשבעל-החצר איננו אחד, אלא יש לחצר בעלים-שותפים.

בעלות-החצר היא משותפת כשיש אנשים אחדים הזכאים להחזיק ולהשתמש בחצר המשותף לעצמם, **בכפוף לזכותו של כל אחד מהם לעצמו הוא, בגדרי השיתוף**. והנה, בשיתוף כזה אינה מתעוררת שום בעייה מיוחדת לעניין דיני הנזיקין, וכן גם לא בקשר ל"יד" - במידה שאמורים הדברים בין כולי עלמא לבין השותפים כשהם עומדים כאחד. אולם, בעייה מתעוררת קודם-כל בקשר **לתפיסה** באמצעות החצר, כשאחד השותפים אינו שותף לכוונה. במקרה כזה אין החצר תופסת את החפץ לשותפים - אבל כל אחד מהם, או כל האחרים יחד, יכולים בכל-זאת להשתמש בחצר כ"יד" לעצמם, במידה שלא יפגע הדבר בזכות המקבילה של חברים; ויכולים הם אפוא לתפוס את החפץ **להם** - אלא אם השותף האחר רוצה דווקא לתפוס לעצמו⁴⁶⁰.

מתוך שהחצר יכולה לשמש "יד" גם לכל אחד מן השותפים בנפרד, הרי כשמתגלעה באמת מחלוקת כזאת, ושותפים שונים טוענים לזכות שלמה, כל אחד לעצמו, רואים אותם **כמוחזקים בשווה** - וחולקים ביניהם. זהו גם הדין לעניין **חזקה**, במקרה שהשותפים נחלקים ביחס לשייכות **הטרומית**

⁴⁵⁹ (ט) נימוקי יוסף על המשנה בבבא בתרא דף ה' עמ' א', ד"ה אבל למעלה מד' אמות, ור' שו"ע חו"מ סי' שע"ה.

⁴⁶⁰ (ע) שו"ע חו"מ סי' ר"ס סעי' ד', ונתה"מ שם ס"ק ט', ותשובת הרא"ש כלל א' סי' א'.

של חפצים הנמצאים בחצר המשותפת. כשמגיעים הדברים לידי חלוקה, חולקים בשווה, בלי שים לב לחלק היחסי של כל שותף בשיתוף - חישוב שאינו שייך לעניין⁴⁶¹.

ולבסוף, אף-על-פי שהחצר יכולה לשמש "יד" לכל אחד מן השותפים בנפרד, וביחוד כשחבריו אינם מתנגדים, מתעוררת השאלה אם החצר יכולה לשמש כך גם כשהתפיסה אינה מתיחסת לחפץ הבא מבחוץ, כי אם להעברת החזקה משותף אחד למשנהו. התשובה היא פשוטה, שהעברה כזאת היא בדרך-כלל אפשרית, אם תיעשה באמצעות **כלי** של השותף המקבל; כי בסתם רשאי כל אחד מן השותפים להניח את כליו במקום כלשהו בחצר המשותפת - ובמידה שכך הוא, נעשה תחום הכלי לחצרו המיוחדת של בעל הכלי⁴⁶². אולם, במידה שאמורים הדברים בהעברה [[135]] על-ידי החצר המשותפת **כשלעצמה** (שפירושו, למעשה, העברה על-ידי עצם ההסכם שבין השותפים), משאירה הגמרא את העניין ב**תיקו**, והתוצאה היא אפוא כי ההחזקה איננה עוברת⁴⁶³.

ו. מושג החצר בהערכה השוואתית

דיני החצר, כפי שסקרנו אותם עד כאן, נראים כלם כמחויבים על-פי עצם ההגיון האובייקטיבי של העניין הנידון - ובודאי גם בשיטות אחרות, במידה שבעיות מן התחום הנידון התעוררו או תתעוררנה בהן, יימצא שפתרון הוא זהה או דומה למדי, או לפחות צריך להיות כן, על-פי הגיון אותן השיטות בעצמן. אולם, בשיטות האחרות אין להגיע לפתרונות הללו אלא בדרך החציבה מעקרונות-יסוד מופשטים ביותר בכל מקרה מחדש - כי שום מושג מקביל למושג "החצר" איננו קיים כאן, וגם שום שיטה מודעת של העניין בכללו איננה קיימת. ממילא משמע כי מלכתחילה - כל זמן שהבעייה המסוימת לא הוכרעה למעשה - נשאר דינה בשיטות אלה מעורפל לחלוטין, וגם משהוכרעה - אין הכרעתה שופכת שום אור על סביבתה, כי עצם הגישה כאן היא גישושת ולא שיטתית⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ (א) ר' תשובת הריב"ש סי' רס"ד ועה"ש חו"מ סי' קל"ח סעי' א'.

⁴⁶² (ב) שו"ע חו"מ סי' ר' סעי' ט'.

⁴⁶³ (ג) קדושין ח' ב', ותוספות שם, ד"ה אם, ושו"ע אה"ע סי' ל' סעי' ג'.

⁴⁶⁴ (ד) כך הוא ביחוד דווקא בשיטות המשפט של **יבשת אירופה** - וקצר כאן המצע מהשתרע, כדי להוכיח את הדבר בראיות. המשפט **האנגלי**, שהוא קזואיסטי, הוא ממילא גם מפורש יותר בתחום הנידון, שאינו בעצם אלא אחד ממוקדי-המפגש של המוסדות המשפטיים הרחבים יותר של **אחריות בנזיקין** מזה **ודיני ההחזקה** מזה. אולם, בהבדל מן המשפט העברי, שהקזואיסטיקה שלו אינה אלא מדגם דייקני של עקרונות מקיפים-כוליים, הרי הקזואיסטיקה האנגלית היא רופפת ונוטה להסתיים בתוכה. לכן - על אף יתרון הבהירות של המשפט האנגלי בענייננו, בהשוואה לשיטות של יבשת אירופה, הרי במה שנוגע לשלמות של תפיסה בעניין הנידון, נשאר גם הוא רופף ומעורפל למדי. ראה מה שמקביל לדיני "הבור כחצר", תחת הכותרת של Occupiers' Liability (חוק מ-1957), Liability to Persons Injured on Dangerous Premises (סלמונד, נזיקין עמ' 547) או Liability for Land and Structures (וינפלד, עמ' 275) - וכן דיני ה-Trespass to Land (סלמונד, נזיקין, עמ' 227 ואילך). בקשר לכך יש לציין, כי במקביל לדיני "הבור בחצר" היתה באנגליה הבחנה בין אחריות המחזיק כלפי אדם מוזמן (invitee) לאחריות כלפי מי שנכנס ברשות בלי הזמנה (licensee); אך אם כי הבחנה זו בוטלה, הרי חובת-הזהירות האחידה של המחזיק, הנשארת באנגליה כיום, היא עדיין מסובכת מאוד בגדריה. כלפי אדם הנכנס שלא ברשות היא מוגבלת מאוד, אף

[136]] לעומת זאת, באמצעותו של מושג "החצר" ודיניו במשפט העברי מובאים הדברים לעמוד על הגיונם המודע השלם; **שיטתם** מתגלה לתודעה, וגם מלאכתו של השופט, גם משימת ההדיוט הרוצה לדעת מה דינו, זוכות כאן בהקלה יתרה.

כשבואו הוא צפוי. בעל-הבית האחראי כלפי המחזיק לעניין **תחזוקת** המקום, אחראי **במקביל עמו** לנזקי תקלה בתחזוקה. הדינים חלים בעיקרם רק על מקרקעין, אבל מתפשטים הם גם אל אניות, רכבות, מכוניות, וכיו"ב. אשר לחפצים הנמצאים במקום בלי רשות, יש לציין כי המחזיק רשאי לסלקם החוצה, אם הם הוכנסו שלא כדין או שגורמים הם נזק במקום (סלמונד, נזיקין, עמ' 230-231). המחזיק רשאי גם לתפוס את החפצים כערוכה לנזק שנגרם על-ידיהם (שם, עמ' 222 ואילך). אשר לגידור החצר, הדין הוא באנגליה שבעל הבהמה המזקת **פטור** אף אם החצר מגודרת והבהמה פרצה את הגדר (וינפלד עמ' 465-486), אך בספר האמריקאי של **סקלטון** (עמ' 503) מובא כי בכמה מדינות באמריקה בכל-זאת מתפרש הדין באופן שיכול המחזיק לתבוע על trespass במקרה שהחצר היתה מגודרת. - דוגמה מובהקת, כיצד צריך הגיון המשפט האנגלי להתפתל עם עצמו כדי להתגבר על חוסר מושג "החצר" וחוסר המיון בין מיני הרשויות, אפשר למצוא בספרו של **אברהם הורי** The Place of Negligence in the Law of Torts (עמ' 82 ואילך): מגיע הוא להכרה כי גורם יסודי בקביעת האחריות בנזיקין הוא גורם הסיגול היחסי של התנהגות הצדדים לתנאי המקום שבו הם פועלים; אך גורם זה נשאר אצלו מופשט לחלוטין, כי אין בידו למצוא במשפט האנגלי שום תפיסה מוגדרת, שעל-פיה אפשר יהיה לשפוט את הסיגול למעשה, בכל מקרה מסוים.

פרק ו': אחריות השומר לבעל-הבית ודיני פקדון

א. המסגרת הכללית - סקירה השוואתית

כבר הזכרנו כי מקור המושגים "שומר" ו"בעל בית" בדיני ישראל, יותר ממה שנתון הוא בדיני ההחזקה שכבר סקרנו - דיני החזקה ודיני האחריות בנויקין **לכולי עלמא** - מצוי הוא בתחום האחריות של השומר כלפי **בעל-הבית**; ואת דיני האחריות הזאת באים אנו לסקור עכשיו.

והנה, בדומה למה שראינו ביחס לאחריות המחזיק בנויקין לכולי עלמא, וכן בדיני "החצר", הרי גם בתחום זה שאליו אנו באים עכשיו, למעשה אין אנו מוצאים תפיסה שיטתית, ברורה ומיוחדת, של העניין הנידון, אלא במשפט העברי לבדו. דבר זה מתקשר לעובדה, שבמושג "**השמירה**" העברי ניתן ביטוי ממצה ומקיף לכל סוגי הקשר שעל-פיהם עשוי אדם להחזיק משמו של אחר, וממילא - לכל סוגי הקשר שעל-פיהם עשוי אדם להיות אחראי כלפי בעל-בית, או כלפי מישהו שמעליו, בגין החזקה שכזאת. אכן, ניתן לומר, כי כל מושג "השמירה" לא נוצר מלכתחילה אלא לצרכי קביעת האחריות הלזאת - ואחריות זו היא ביסוד העניין **המהותי**, שאותו הבטחנו לעיל לברר⁴⁶⁵, ושאליו מותאם מושג "השמירה" בייחוד. על בסיס זה מתפתחים לאחר מכן דיני האחריות הזאת, במשפט העברי, למעשה; ובקיצור - לצרכים של מבוא - הריהם מסתמכים כלהלן.

קודם-כל יש להדגיש כי אחריות השומר דומה כאן לאחריות כל אדם במה שנוגע לנזק-החפץ שנגרם על-ידי השומר בעצמו. האחריות **המיוחדת** של השומר הריהי רק אחריות לנזק שנגרם **מעלמא**, בשעה שהחפץ היה בשמירתו - ולעניין זה מחלק המשפט העברי את כל קשרי השמירה האפשריים לשלשה סוגים עקרוניים: "שומר חנינם", "שומר שכר" ו"שואל"⁴⁶⁶. **שומר חנינם** הוא זה שאין לו הנאה משלו **בקשר-השמירה**, ואין הוא אחראי אלא אם מתקשר הנזק לעובדה, שבמסיבות המקרה לא נהג השומר כפי שהיה נוהג בהן אדם זהיר רגיל, או שנהג באופן אחר שלא לפי חובתו בחריגה מגדרי רשות⁴⁶⁷. **שומר שכר** הוא זה שיש לו הנאה משלו **בקשר-השמירה**, [[137]] ואחראי הוא לכל נזק שהיה בידו למנוע בלא סכנת הפסד הגדול מערך הנזק⁴⁶⁸. ואילו **שואל** - כשמו כן הוא, היינו שהוא עצמו שאל את החפץ: לא זו בלבד שיש לו הנאה בקשר השמירה, אלא גם כל הנאת ההתקשרות היא שלו, ואחראי הוא גם לנזק שלא היה בידו למנוע, מלבד כמה מקרים יוצאים-מן-הכלל, שבהם אף השואל איננו אחראי לאונס⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ (א) לעיל, פרק ג' סעי' ו'. את הברור נשלים לפרטיו בסוף פרקנו, להלן.

⁴⁶⁶ (ב) משנה בבא מציעא פ"ז מ"ח.

⁴⁶⁷ (ג) שו"ע חו"מ סי' רצ"א. בקשר להגדרה של השומר-חנינם, ר' מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר בבא מציעא פ' ב', וההלכה היא כר' יהודה - שגם שומר שאין לו הנאה ישירה כנגד עצם שמירתו איננו שומר-חנינם, אלא שומר-שכר כשיש לו הנאה במכלול-הקשר, אשר במסגרתו השמירה נעשית.

⁴⁶⁸ (ד) שו"ע חו"מ סי' ש"ג.

⁴⁶⁹ (ה) שם, סי' ש"מ. מספר החריגים הוא ארבעה: (א) כשהנזק נמשך מעצם אותו השימוש שלשמו הושאל החפץ; (ב) כשהנזק חל בעניין שהוצא מרשות השואל על-פי גדר הסכם-השאלה (כגון שחל הנזק מחמת פגם שהדאגה לתיקונו יוחדה בפירוש או מסתמא לבעל-הבית, או מחמת התערבות שהשואל חייב היה לסבלה);

לעומת זאת, משעוברים אנו מכאן למערכת שיטות המשפט של יבשת אירופה, מתעלם לכאורה ענייננו בכלל מן העין. אכן, בעניין משמעויות ההחזקה שסקרנו ביבשת אירופה היתה לנו הזדמנות לעמוד על אחריות מסוימת של המחזיק, והיינו כשהמחזיק מדמה בטעות ובתום-לב שהוא **בעל החפץ**, או להפך, כשיודע הוא שהוא מחזיק כגזלן⁴⁷⁰; אך זוהי אחריות כלפי הבעלים באשר הם הבעלים האמיתיים, שעל הקבלותיה במשפט העברי עוד נעמוד להלן, ואילו במה שנוגע לאחריות כלפי **בעל-בית** - העובדה היא שבמניין משמעויות ההחזקה בשיטות שסקרנו ביבשת אירופה אמנם אין לה הקבלה כלשהי. תוצאה זו מתקשרת לכך שבשיטות אלו, בעקבות המשפט הרומי, אף אין בכלל הקבלה מדויקת לעצם היחס שבין "שומר" ו"בעל-בית" - מושג "השמירה", ביחוד, נעדר כאן לחלוטין⁴⁷¹, - ואם אפשר בכל זאת למצוא כאן איזו הקבלה **מעשית** בענייננו, הרי זה על-כל-פנים לא בתחום דיני ההחזקה, כי אם בדיני החוזים והירידה לעסקי הזולת.

[138]] במסגרת זו היו במשפט הרומי שלש דרגות פשיעה עיקריות, שהצד האחד בקשר יכול היה להתחייב בגינן במקרה של נזק לרעהו: חוסר שקידה של "בעל-משפחה טוב" (culpa levis in abstracto); חוסר שקידה של אדם רגיל בעסקי עצמו (culpa levis in concreto); ומעשה-אווילות (culpa lata) או זדון (dolus). בדרך-כלל היתה האחריות בדרגת הראשונה, אבל במקרה של עניין משותף היתה האחריות רק עד כדי הדרגה האמצעית, ואילו במקום שכל הנאת הקשר היא רק לצד שכנגד (כגון חוזה שמירת פקדון בחינם) לא היה השומר אחראי אלא במקרה של פשיעה מן הדרגה השלישית. לפי שיטה אחרת היתה גם האחריות במקרה של הנאה חד-צדדית לזולת עד הרמה האמצעית. בהתאם לעובדה, שמבחן האחריות לא חל על אדם באשר הוא **שומר**, אלא באשר הוא

ג) כשהנזק (שאינו מתבטא **באבדה**) אינו ניכר בגופו של החפץ (היינו שפחת ערך החפץ מסיבות חיצוניות - ר' בבא קמא ס"ה א'; וד) כשעשוי החפץ לחזור לתקנו מאליהו (כגון בהמה שאולה שחלתה ועשויה להירפא בלי הוצאות). ר' גם פרק ח', להלן, בהערה ז'.

⁴⁷⁰ ו) לעיל, פרק א', סעי' ה' סי' 6.

⁴⁷¹ ז) לכאורה אמנם מופיע מושג "השמירה" גם במשפט הרומי, בכינוי של custodia - ויתכן שיש לראות בדינים הנוגעים למושג זה ניצנים של התפתחות בכיוון התפיסה העברית. אולם, על-כל-פנים, כפי שהדברים נשארו, אין ה-custodia מציינת "שמירה" במובן הרחב, כי אם רק **רמת-אחריות** מסוימת של השומר, בקשרי שמירה מסוימים. ר' ערך custodia במילון של **ברגר**, וכן אצל **באקלנד**, עמ' 340-341. - אשר להבחנות הידועות במשפטים של אירופה, בין "פוססיה" ל"דטנציה" ובין "החזקה ישירה" ל"עקיפה", גם-כן אין בהן הקבלה מתאימה למושג השמירה. אף "הפוססור" - יתכן שיהיה שומר חינם ולא בעל-בית, ואילו "המחזיק הישיר" - יתכן שלא יהיה שומר, אלא מחזיק לעצמו. במשפט הגרמני, אמנם מוציאים אנו תרגום ל"שומר" במושג ה-Besitzmittler או ה-Unterbesitzer, כפי שראינו לעיל; אך מושגים אלה אינם מופיעים בגופו של החוק, אלא הם רק המצאת הפרשנים, וממילא - לפי מבנה המשפט הגרמני - אין יכולה להיות להם שום משמעות מעשית בענייננו, שתצמח בדיעבד. מצד שני, מושג ה-Bewahrsau, הנזכר בסעי' 246 של חוק העונשין הגרמני, הרי למרות הקבלתו הסמנטית ל"שמירה", אין הוא מציין דווקא שמירה לבעל-בית, אלא החזקה מודעת בדרך-כלל. המושגים custodia, garde ו-Aufbewahrung המופיעים בקשר לפקדון בחוק הצרפתי, האיטלקי והגרמני (סעי' 1915, 1766 ו-688, לפי סדר החוקים) - אין להם משמעות משפטית, אלא טכנית בלבד.

צד להתקשרות (חוזית או "קואזי-חוזית") - נמצא שבעסקי שמירה חל אותו סולם-אחריות לא רק לגבי השומר, אלא גם לגבי בעל-הבית, בקשר לשקידה הראויה במילוי חובותיו שלו **כלפי השומר**⁴⁷². בשיטות החדשות של יבשת אירופה חלו כמה שינויים במערכת האחריות, אבל מבחינה עקרונית נשארו הדברים גם לעניין זה כפי שהיו במשפט הרומי⁴⁷³.

לעומת כל אלה, **במשפט האנגלי**, גם-כן מצוי אמנם מושג "השמירה", בכינוי של bailment; אבל נראה שעדיין לא הוכרע כאן אם אחריות השומר נמשכת ממעמד השמירה, ושייכת היא לדיני ההחזקה וה-property⁴⁷⁴ - או ששייכת היא לדיני החוזים (וה"קואזי חוזים"), כמו במשפט הרומי⁴⁷⁵ - או שבכלל מקומה הוא בדיני הנזיקין⁴⁷⁶. גם ביחס לגדרי האחריות למעשה, המצב הוא [[139]] מעורפל למדי. נראה שאין באנגליה קנה-מידה כללי לשקידה הנדרשת במילויים של חוזים, מעין מה שהיה במשפט הרומי; ואף **סאטון**, הרואה ב"שמירה" עניין של חוזה, נאלץ להיזקק כאן אפוא למבחן אחריות מיוחד⁴⁷⁷. מבחן האחריות המיוחד מבוסס על המבחן החוזי הכללי של המשפט הרומי, אבל התאמתו למשפט האנגלי היתה רצופה אי-הבנות ושיבושים⁴⁷⁸, ולבסוף נמצאים לפי זה במשפט האנגלי שלשה מיני שומרים עיקריים, כמו במשפט העברי, אלא שדיניהם הם בכל-זאת אחרים. על השומר-חינם (gratuitous bailee) אומרים כי אחראי הוא רק ל-gross negligence; על שומר-השכר (bailee for reward) אומרים כי אחראי הוא ל-ordinary negligence; ואילו על השואל (bailee in commodatum) אומרים כי אחראי הוא אפילו ל-slight negligence⁴⁷⁹. אולם, בהבחנות אלו, ה-gross negligence אינו שווה באמת רק ל-culpa lata, אלא כולל גם את ה-culpa levis in concreto, ואילו ה-ordinary negligence אינה שווה ל-culpa levis in abstracto, אלא גם היא מגעת רק כדי culpa levis in concreto, בעוד שה-slight negligence לא נבחנה כנראה מעולם למעשה⁴⁸⁰ - ולאור זה יש אומרים כי מיון גדרי אחריות השומרים במשפט האנגלי הוא מופרך מיסודו, או על-

⁴⁷² (ח) **לי**, עמ' 281-282, ור' שם להלן, בסוגי ההתקשרות השונים, כגון שאלה, פקדון, משכון, שכירות החפצים וכו', ודין היורד לעסקי חברו שלא ברשות, בעמ' 365-366. השווה **מלויל**, עמ' 347 ואילך.

⁴⁷³ (ט) ר' **דרנבורג**, ב', עמ' 104; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 188.

⁴⁷⁴ (ז) כפי שגורס **וינפילד**: ר' **פייטון**, **שמירה**, עמ' 29-30 ו-40. ר' גם **גודיב**, עמ' 43 ואילך, המרצה את דיני השומרים על בסיס זה.

⁴⁷⁵ (יא) כפי שגורס **Ralph Sutton בהלסבורי-סיימונדס**, כך ב', עמ' 94 ואילך; ור' שם, בעמ' 17 ובהערה m בעמ' 126, כיצד עוקף הוא את הטענות הנראות כמכריעות נגד תפיסה זו בעיני יריביה. השווה **פייטון**, **שמירה**, עמ' 37-40.

⁴⁷⁶ (יב) כגירסת **סלמונד-ויליאמס**, עמ' 109, והשווה **סלמונד**, **נזיקין**, עמ' 10. **פייטון (שמירה)**, עמ' 40 מזכיר כמקור לדעה זו גם את **צ'שיר ופייפוט**; אך מחברים אלה כותבים רק (בעמ' 66) כי השמירה איננה בעיקרה עניין של חוזה, אלא היא "קשר sui generis" - ולפי זה נראה כי מתלכדת דעתם עם דעת **וינפילד**, שהרי הקשר כשלעצמו ודאי אינו עניין למיקום בדיני הנזיקין (ואמנם, זוהי טענה ניצחת נגד המדמים להסתפק במיקום שכזה).

⁴⁷⁷ (יג) **הלסבורי-סיימונדס**, כך ב', עמ' 96.

⁴⁷⁸ (יד) ר' **פייטון**, **שמירה**, עמ' 66 ואילך, 101 ואילך.

⁴⁷⁹ (טו) **הלסבורי-סיימונדס**, כך ב', עמ' 96; **גודיב**, עמ' 44 ו-53-50.

⁴⁸⁰ (טז) לפי **פייטון**, **שמירה**, עמ' 101 ואילך ו-147-148, ור' גם ראש עמ' 83.

כל-פנים נוטה להיות מופרך. דעתם של אלה היא כי למעשה חל - או ראוי לחול - בכל סוגי השומרים מבחן ה-negligence הפשוט, המקובל בדיני הנזיקין בדרך-כלל, והבודק כל מקרה ומקרה לפי מכלול מסיבותיו המיוחדות.⁴⁸¹

בהקשר זה כדאי גם להזכיר את המג'לה, אשר בשעת עריכת המחקר עדיין ראו את הוראותיה כמחייבות במדינת ישראל. במג'לה גם-כן מוצאים אנו את מושג השמירה - או, לפי תרגומו של פרומקין, "משמרת", - אך כל המשמעות המעשית של מושג זה הריהי כאן בכך, שמשמש הוא לריכוז דיני המציאה, הפקדון והשאלה במדור מיוחד⁴⁸². במסגרת הריכוז הזה נידונה אחריות השומר בכל סוג קשר לחוד, וכך מוצאים אנו ציון מיוחד של אחריות השומר בשכירות החפצים⁴⁸³, בשכירות המלאכה בחפצים⁴⁸⁴, [[140]] בעיכוב חפצי המלאכה על ידי בעל המלאכה⁴⁸⁵, בעיכוב מטען על ידי המוביל⁴⁸⁶, בעיכוב מיקח על ידי שליח⁴⁸⁷, ובצורה סתומה - במחזיק המשכון⁴⁸⁸. עם זאת נראה שאפשר להכליל ולומר כי בדרך כלל אין השומר על-פי המג'לה חייב אלא על פשיעה שלפנים מדרך-הרגיל או זדון - ואף אם הוא שוכר או שואל; אבל השומר הנושא שכר בשמירתו חייב על כל נזק שיכול היה להימנע, ואילו המעכב חפץ בחובו, שלא משום משכון, חייב בגדרים שונים גם על אונס. מבחינת התפיסה המהותית, נראים הדברים כאילו היתה המג'לה תופסת את הדברים כענין של חוזה ו"קואזי חוזה"⁴⁸⁹ - בדומה למשפט הרומי - אך גדרי האחריות של השומר אינם נראים כהשתקפות בלבד של עקרון חוזי כללי, אלא כמוסד מיוחד, בדומה למצב בדיני ישראל⁴⁹⁰.

חוק השומרים, תשכ"ז, מבטל את הדינים המיוחדים של "המשמרת" ונוטה כביכול להתקרב לגישה המקורית של דיני ישראל. על פרטי הדברים נעיר מדי פעם בפעם להלן.

ב. ביקורת הגישות הנכריות השונות

את הסקירה ההשוואתית שערכנו, נשלים עתה בעיון ביקורתי, ובכיוון זה נראה שיכולים אנו לפסול מיד את ההצעה האנגלית, לדחוק את כל תפיסת ענייננו כלו לתחום הפשיעה בנזיקין - סתם. הפשיעה הרגילה בדיני הנזיקין היא פשיעה נגד סתם אדם העשוי להיפגע, במופשט; והפשיעה

⁴⁸¹ (ז) סלמונד, נזיקין, עמ' 511-512; ור' גם פייטון, שמירה, עמ' 110, ואף הלסבורי-סיימונדס, כךך ב', עמ' 96 בסוף. תפיסה זו אושרה בבית-המשפט לערעורים במשפט Sloughland v. Low, 1962, 2 W.L.R. p. 1015.

⁴⁸² יח) סעי' 762 ואילך.

⁴⁸³ יט) סעי' 600 ואילך.

⁴⁸⁴ כ) סעי' 607 ואילך.

⁴⁸⁵ כא) סעי' 482.

⁴⁸⁶ כב) סעי' 483.

⁴⁸⁷ כג) סעי' 1492.

⁴⁸⁸ כד) סעי' 701.

⁴⁸⁹ כה) דוק בסעיפים 762, 776, 801 סיפא.

⁴⁹⁰ כו) דוק ביחוד בסעי' 710.

בענייננו, לעומת זאת, היא פשיעה נגד אדם מסוים, שבעל-דברנו - השומר - נעשה אחראי כלפיו בגין ההחזקה בחפץ משמו. האחריות נמשכת כאן אפוא מקשר משפטי המוגדר בהכרח מעבר לדיני הנזיקין, כפי שהערנו⁴⁹¹ - ולנקודה עיונית זו יש תוצאות גם מבחינה מעשית. ראינו שאף בעלי ההצעה הנידונה מסכימים כי שאלת אחריות השומר צריכה להיפתר תמיד "לפי המסיבות" - אבל "לפי המסיבות" כאן משמע ביחוד **לפי טיבו של הקשר**, וממילא משמע גם שגדרי הפשיעה מוכרחים להיחתך כאן לא רק לפי מבחן מסיבותי, סתם, כרגיל בדיני הנזיקין, אלא גם על-פי מבחן שיש בו משום מיון משפטי טרנסצנדנטי (גדריו של הקשר שמעבר לדיני הנזיקין). ההצעה הנידונה מעלימה רק את האמת הזאת, אבל אין בה כדי להתגבר עליה למעשה.

אחרי זה נשאר לנו בעצם להכריע רק בין הגישה העברית והגישה הרומית. כי יהא שהתפיסה "הקניינית" של ה-bailment באנגליה אינה זהה אמנם לתפיסה העברית בדיוק - כפי שנראה עוד ביתר פירוט להלן - הרי מכל-מקום **דומה** היא לה מבחינה עקרונית, - ואילו המגילה, מצידה, אינה מעלה שום אלטרנטיבה מיוחדת, אלא פשוט משאירה היא בצריך עיון אם הולכת היא אחר השיטה העברית או השיטה הרומית.

[141]] בין שתי השיטות האלו, יש לומר לכאורה לזכות השיטה הרומית שיש בה יתר מיצוי של העקביות והאחידות המשפטית. השמירה, אמנם היא בדרך-כלל עניין של חוזה בין השומר לבעל-הבית, ומה טעם לכאורה להבדיל בין חובת השקידה של השומר לבין חובת השקידה של מתחייב מסוג אחר ביחס לענייני חברו? - ואילו במקום שהשמירה אינה מחוזה, הרי מכל-מקום יש בה משום התעסקות בענייניו של אחר בלי הסכם - ושוב, למה להבדיל בין התעסקות השמירה לבין התעסקות מסוג אחר?

אולם, בעיון קל יתברר כי צירוף המושגים של חוזה וירידה לעסקי הזולת בלי הסכם אינו ממצה למעשה את ענייננו. בירידה לעסקי הזולת בלי הסכם מוטלת חובת השקידה על היורד אחר שהוא עצמו, מדעתו, בא לפעול לטובת חברו, והחובה מוטלת ביחס לניהול אותה פעולה למעשה. אך חובת השמירה שלא על-פי חוזה אינה מוכרחה דווקא להתקשר על הדרך הזאת. הדוגמה המובהקת ביותר היא במקרה של **ירושת השמירה**. למשל, ראובן, ששאל חפץ משמעון, נפטר, ולוי בנו מוצא את עצמו מוחזק בחפץ, אף-על-פי שאין לו שום עניין בו; לוי זה אף אינו נוגע כלל בחפץ ואינו עושה בו שום דבר - אבל דווקא זהו מה שהדעת מתקוממת נגדו: שלוי יוכל להתעלם מחפץ הזולת המוחזק על-ידיו - והחוק אמנם בא ומטיל על לוי חובה להיטפל בחפץ, אפילו שלא בטובתו, **בגין עצם העובדה שהוא מוחזק בו ובגין חובת השקידה המוטלת עליו מכוח עובדה זו מלכתחילה**⁴⁹².

⁴⁹¹ (זו) הערה י"ב בפרק זה.

⁴⁹² (ח) כך פשוט לפי הדין העברי בשו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ג'. בשיטות של יבשת אירופה נראה כי צריך העניין למצוא את פתרונו בגדר ההוראה הכללית בדבר אחריות היורש לנושים, בקשר להנהלת נכסי העזבון, בעוד שאחריותו לחובות המוריש מוגבלת כשלעצמה בנכסי ירושתו (ספר החוקים האזרחי הצרפתי, סעי' 803-804; בג"ב, סעי' 1978). במגילה נידון העניין בסעי' 801, והדין הוא שאם כי נעשים היורשים שומרים, מכל-מקום אין הם חייבים אלא בגדר בכסי העזבון. **חוק השומרים, תשכ"ז**, מתעלם מן הבעיה.

בדומה לזה מתעוררת בעיית השמירה באופן שאינו נתפס בצירוף המושגים האמור, כאשר חוזה של שמירה מסתיים ואף-על-פי-כן נשאר החפץ ביד השומר: כגון שאומן מסיים את המלאכה בחפץ שנמסר לתיקונו או שהשואל או השוכר באים להחזיר את החפץ בתום זמנם, וההחזרה משום-מה אינה אפשרית. גם במקרים אלה אין מתקבל על הדעת שהשומר יהא זכאי להזניח את החפץ - באירופה יוצא הדבר בהכרח מן העובדה שהשומר אינו נפטר בינתיים מחובת ההחזרה המוטלת עליו לפי החוזה⁴⁹³ - אבל על בסיס זה מתברר ממילא כי חוזה של שמירה בעלמא אינו מספיק לעצמו, ומוכרח הוא להיזקק לתוספת של חובת-החזרה, הרומזת ליחסי קניין והחזקה שמעבר לעניין החוזי גופא.

[142]] שלישית, המקרה שהצדדים מתכוונים לחוזה של שמירה, והחפץ נמסר, ואף-על-פי-כן אין החוזה נקשר בעטיו של מכשול משפטי, כגון שאחד הצדדים פסול לדינים. החוק הצרפתי, בסעי' 1925, קובע שאם **המפקיד** הוא פסול, אחראי השומר מכל-מקום, ואילו על-פי סעי' 1926 - אם **השומר** הוא פסול - חלה על השומר על-כל-פנים חובת ההחזרה; והרי זה פגם מפורש בתיאוריה החוזית. ושוב, גם להיפך, כשהחפץ נמסר לאדם שלא לשם שמירה, ולבסוף מתברר כי החוזה שעל-פיו נעשתה המסירה היה בטל - או מתבטל הוא למפרע, - והמקבל נהפך למעשה לשומר לחברו: לפי השיטה האירופית נקבעת אחריות המקבל במקרה כזה בגדר המושגים של "תשלום בלי חוב" ו"התעשרות שלא כדין"⁴⁹⁴ - אבל באופן כזה רק מערבת השיטה האירופית מין בשאינו מינו, כי עניין "ההתעשרות שלא כדין" (או גדרי החיוב **בתמורה** במקום שזה נהנה וזה חסר) הריהו בבירור משהו שונה לחלוטין מעניין **האחריות לחפצי הזולת** שנתקבלו בלי יסוד - ובמידה שאמנם נידונה במסגרת זו שאלת האחריות, התוצאה היא שלמעשה נזקקת גם השיטה האירופית באופן מיוחד לעניין של **שמירה**, אלא שאין היא מוסרת לעצמה דין וחשבון על כך⁴⁹⁵.

⁴⁹³ (ט) ר', למשל, בחוק הצרפתי סעי' 1730-731, 1789-1790, 1875, 1915; בג"ב, סעי' 556, 604, 644, 695. השווה שו"ע חו"מ סי' שמ"ג וסי' ש"ו סעי' א'. בחוק השומרים, תשכ"ז - ר' סעיף 11, סיפא.

⁴⁹⁴ (ל) סעי' 1235, 1376 ואילך בספר החוקים האזרחי הצרפתי; בג"ב, סעי' 812 ואילך וסעי' 989-991; איטליה, סעי' 2033 ואילך, 2041-2042; חוק החיובים השווייצרי, סעי' 62 ואילך וצ"ב, סעי' 940; והשווה לעיל, פרק א' סעי' ה' סי' 6.

⁴⁹⁵ (לא) חוסר התודעה הנכונה של העניין מוביל כמובן - גם בנקודה זו, כמו בנקודות אחרות - לתוצאות מסולפות למעשה. כפי שראינו לעיל, בפרק א', סעי' ה' סי' 6, התוצאה המעשית של הגישה הנדונה היא כי המחזיק אחראי לשלמות החפץ רק אם החזיק בשרירות - והיינו **כגזלן**; אך החזקה מסוג זה אינה נכנסת כלל לתחום הבעיות שבהן עוסקים אנו כאן. שייכת כאן לענייננו רק ההחזקה **בתום-לב** - ובמקרה של החזקה מסוג זה, כפי שראינו, המחזיק הוא **פטור**, ומשמע שרשאי הוא גם להזניח את החפץ; אך תוצאה זו היא גרועה בבירור - לפחות משנודע למחזיק כי החפץ איננו שלו או כשמלכתחילה היה לו לדעת כי זכותו עשויה להתבטל למפרע. פגם זה בא אמנם על תיקונו **בחוק הגרמני**, כי במקרים אלה משווה הוא את המחזיק בתום-לב למחזיק בשרירות (בג"ב, סעי' 347 ו-990); אך החוק הגרמני אמנם גם יוצא בהקשר זה משגרת השיטה הרומית, וקובע הוא את האחריות בפירוש על סמך **ההחזקה**, בפרק על "תביעות מכוח הבעלות" (כנגד המחזיק). - על דיני המשפט העברי בנקודה זו נעמוד בפרוטרוט להלן. **באנגליה** נידון העניין על-ידי **פייטון** (שמירה) בעמ' 114-117, תחת הכותרת involuntary bailment. כאן העיקר הוא שאין על השומר אחריות, אך המצב המשפטי כלו אינו מגובש. **חוק השומרים, תשכ"ז**, מתעלם מן הבעיה.

[143]] ולבסוף, מוכח חוסר-ההתאמה של התפיסה החוזית בענייננו על-ידי סעי' 1946 לספר החוקים הצרפתי. סעיף זה קובע ש"כל חיובי שומר הפקדון (היינו : חיובי החוזיים) נשמטים אם הוא מגלה ועולה בידו להוכיח כי הוא עצמו הוא בעל החפץ המופקד" - והרי הוראה זו, שהיא מטבע הדברים⁴⁹⁶, מראה בבירור שמעבר וממעל להתחייבות החוזית שליטים **יחסי-הקניין** על גדרי אחריות השומר⁴⁹⁷.

לכן, נראה שהנכון הוא לפסול גם את הנסיון שנעשה בספר החוקים האזרחי החדש **בהונגריה**, שעל אף שרשיו בשיטת המשפט הרומי והתפתחויותיה בשיטות-המופת של יבשת אירופה, אמנם הוכנס בו בפירוש המושג של **אחריות השומר**, בפרק מיוחד לכך בדיני ההחזקה (המסונפים לבעלות)⁴⁹⁸ - אלא שתוך כדי כך הוכנסה בו גם הפרדה בין דיני השומר "**שלא על-פי זכות או חובה**", שפרק זה חל עליו, לבין דיני השומר המחזיק על-פי זכות או חובה, היינו השומר **החוזי**, שעניינו נשאר כלו בתחום החיובים החוזיים. נגד נסיון זה יש לומר, שאם מכירים כבר בכך כי אחריות השומר היא עקרונית ובלתי-תלויה בחוזה בהכרח, ממילא צריך להיות ברור, שאף אם במקרה מסוים הוסדרה השמירה בדרך חוזית - מכל-מקום אין בזה שום הסדר-יחסים מקורי, כי אם רק **התנאה על חיוב עקרוני, בלתי-חוזי**, הקיים למעשה או המתחייב לפחות מבחינה הגיונית מלכתחילה, - ועל ההבדל המעשי הכרוך בהבחנה זו נעמוד תיכף ומיד, בבירור התפיסה העברית. [144]]

ג. בירור עקרוני של השיטה העברית

גישה דומה למה שראינו זה עתה בהונגריה מוצאים אנו גם במקורות העבריים, בשיטת **הרמב"ם**⁴⁹⁹; אך נראה שאין ההלכה בנקודה זו כהרמב"ם⁵⁰⁰, והנכון הוא - לפי התפיסה שמוכרע בדיני ישראל על-פיה - כי אפילו במקום שמבוססת השמירה בהסכם, אין החיובים היסודיים של השומר נובעים מן ההסכם, אלא מן העובדה שמחזיק הוא בחפץ הזולת - דבר המטיל עליו אחריות כשלעצמו; ואילו ההסכם עשוי רק **לסווג** את השמירה, לעניין ברירת הדינים המסוימים - מתוך

⁴⁹⁶ (לב) הוראה דומה אינה מופיעה אמנם בפירוש בכל החוקים של המשפחה הרומית, אבל אין ספק כי למעשה מוכרח להתקבל בכלם אותו הדין עצמו. באנגליה נמנע הדין על-ידי כך שקבלת הפקדון בבחינת חפץ הזולת משתקת מבחינה נהלית כל טענה אפשרית של השומר שהחפץ שלו (**גודיב**, עמ' 49-50). ר' גם להלן, הערה נ"ד, בדבר חוסר-ההתאמה הכללי של התפיסה החוזית כשבעל הבית בשמירה הוא גזלן.

⁴⁹⁷ (לג) באנגליה מזכירים עוד נימוק נוסף נגד התפיסה החוזית, שבפקדון הרגיל נקשרים חיובי השומר אף-על-פי שאין להם תמורה (**צ'שיר ופייפוט**, עמ' 66), אבל נימוק זה הוא מיוחד לשיטה האנגלית ואין לו משמעות אובייקטיבית.

⁴⁹⁸ (לד) סעי' 196-197. בספר-מחקרים על החוק ההונגרי קוראים אנו על כך במאמרו של **ד"ר ז. צ'ונארי**, בעמ' 123, לאמור: "המשפט הסוציאליסטי קובע... את שיתוף-הפעולה החברי כהוראה כללית. אין אדם רשאי לנהוג התעלמות גמורה ברכוש זולתו, אף כשהרכוש איננו רכוש ציבורי. הדברים אמורים לא רק כדרישה מוסרית, אלא מופיעים הם גם במקרים טיפוסיים-פרטיים כחובה משפטית. לכן - ולדעתנו בצדק - מסדיר ספר החוקים האזרחי ההונגרי את חובת-השמירה, על האחריות הכרוכה בה, בין דיני הבעלות, כחובה קיימת, המוטלת על כל חבר בחברה, כאות לנכונותו החברית, ביחס לרכוש הזולת".

⁴⁹⁹ (לה) פ"א מהל' שאלה ופקדון הל' ה', בסוף.

⁵⁰⁰ (לו) שו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ג'-ד'.

כלל דיני השמירה העקרוניים - שיחולו עליה, או לסייג את תחולת דיני השמירה העקרוניים בסייגים כלשהם, לפי רצון הצדדים.

ההבדל המעשי בין שתי הגישות מתגלה במקרה של מות השומר והימשכות השמירה ביורשו. לפי שיטת הרמב"ם, אמנם נעשה היורש שומר, האחראי לא רק בנכסי העזבון, אלא גם בנכסי עצמו, מכוח אחריות השומרים העקרונית, שאינה דווקא תלויה בהסכם; אבל אחריותו העצמית הזאת, בגדרים המיוחדים של אחריות היורש, באמת היא רק אחריות מקבילה, שאינה פוגעת באחריות החוזית, הנשארת מוטלת על נכסי העזבון - ואף-על-פי שאחריות מקבילה זו צריכה כנראה להיחשב כאחריות העדיפה בין השתיים, שמלכתחילה יש לנסות ולהיפרע רק ממנה, הרי במקרה שגדרי האחריות החוזית הם יותר גבוהים, ויש שם נכסי עזבון מספיקים, יכול בעל-הבית להשלים את זכותו מנכסי העזבון - גם כשהפשיעה היא כלה רק פשיעת היורש. לעומת זאת, לפי התפיסה האחרת, אין נכסי השומר משתעבדים לאחריות-השומרים על-ידי הסכם-השמירה, כבר מהתחלת תחולתו ואילך, אלא הם משתעבדים לאחריות זו רק משעה שהנזק אירע ולמפרע, משעה שמופרת חובת השומר, המוטלת עליו על-פי דין - ממש כדרך שנכסי המזיק משתעבדים על-פי דיני הנזיקין, לא משעת הסכם כלשהו, ולא משעה טרומית אחרת כלשהי, שבה נעשה הוא כפוף לחובה שלא להזיק, אלא משתעבדים הם רק משעת אירוע הנזק ולמפרע, משעה שחובת הזהירות הופרה למעשה⁵⁰¹; ויוצא אפוא כי אחריות השומר יכולה להתקיים בנכסי העזבון רק במקרה שהנזק אירע לפני מות השומר, או לפחות כשהשומר הפר כבר את חובתו בטרם מותו - ובמקרה כזה, האחריות היא אמנם כלה רק אחריות העזבון; אבל אם אירע הנזק כשהיה כבר החפץ בשמירת היורש, ושום פשיעה של המוריש לא היתה בדבר - מוטלת האחריות רק על היורש לבדו, לפי גדרי אחריותו שלו⁵⁰².

[145]] והנה, לאור ההבדל הזה שוב אפשר לטעון לכאורה נגד התפיסה השלטת בדין העברי, ולמען התפיסה החוזית בנוסח הרמב"ם, שזו נאמנה יותר למציאות, באשר היא שומרת על זכות בעל-הבית כפי שניתן לו לסמוך עליה על-פי הסכם השמירה. כי יהא אשר יהא מקור אחריות השומר - בהסכם או בדין, - הרי על-כל-פנים העובדה נשארת לכל הדעות, שהסכם-השמירה הוא הקובע מהם בדיוק גדרי האחריות שיחולו; ולכאורה, ראוי אמנם שהגדרים הללו יתקיימו בעינם גם כנגד היורש - לפחות במידה שאין הוא רק שומר שלא-בטובתו, אלא הוא שומר בתוקף ירושת החוזה, על זכויותיו וחובותיו כאחת. אולם, בעיון יותר מעמיק נראה להשיב כי אין בטענה זו ולא כלום. אם בעל-הבית רוצה להבטיח לעצמו גדרי אחריות מסוימים של השומר - יתנה נא על כך בפירוש, ואז גם התפיסה השלטת בדין העברי תנהג בדבר לפי גישת הרמב"ם⁵⁰³; אך כשאין שם התנאה מפורשת - ההנחה לפי תפיסה זו היא, שאין השומר נושא באחריות בגדרים מסוימים משום שעל דעת כך נמסר לו החפץ על-ידי בעל-הבית, אלא משום שהמוסר והדין של תורת-ישראל מחייבים אותו כך, כאמור, בשים-לב למסיבות שבהן הוא מחזיק בחפץ הזולת; ולפי זה, באמת לא מן הצדק יהיה,

⁵⁰¹ (זו) ר' בעניין זה חיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממוין" חלק ב', פרק ז' סעי' ב' והערה י' שם, ופרק ט' הערה י"ט.

⁵⁰² (ח) ר' מקור הדברים בבבא קמא קי"ב א', ועיין בבית-יוסף על טור חו"מ סי' שמ"א ס"ק ו'.

⁵⁰³ (ט) דוק בבבא מציעא נ"ח א' וצ"ד א'; שו"ע חו"מ סי' רצ"א סעי' כ"ז, סי' ש"ה סעי' ד' וסי' שמ"ד סעי' א'.

אם בעל-הבית יוכל להיפרע מן היורשים לא רק על-פי המוסר והדין החלים עליהם לפי מסיבות-החזקתם שלהם, אלא גם בגדרים יותר גבוהים, שהיו אולי מתאימים למסיבות החזקת המוריש. במלים אחרות, התשובה היא שאם גדרי אחריות-השומר אינם כלל מזכויות-ההסכם של בעל-הבית, אלא הם תלויים במסיבות האישיות של השומר כשומר, ממילא אין לחייב את השומר - לא מנכסיו המקוריים ולא מחלקו בעזבונו - במקום שעל-פי מסיבותיו האישיות הריהו על-כל-פנים פטור; ואם יש בגישת הרמב"ם יתרון, שמכל-מקום מונעת היא שינוי מפתיע בזכויות בעל-הבית לרעתו, הרי יתרון זה ודאי יוצא כלו ביתרון הגישה-שכנגד, שזו מצידה מונעת שינוי מפתיע וגם מוזר בזכויות בעל-הבית **לטובתו**, שבמקום אחריות-שמירה אחת תעמודנה לו שתיים: זו של נכסי השומר המקורי, כמקודם, מטעם הסכם, וזו של נכסי היורש, בנוסף, מטעם תורה ומוסר.

נשאר לנו עתה לברר כיצד משתלבת גישה זו, השלטת בדינינו, במערכת דיני הממונות בכללה - ובכיוון זה כבר ראינו את הקרבה המהותית שבינה לדיני הנזיקין. ואכן, אחריות השומר נתפסת במקורות העבריים בפירוש כאחד האבות של דיני הנזיקין⁵⁰⁴. אולם, מיון זה נעשה בדרך שונה מאוד ממה שראינו [[145]] במקביל לו במשפט האנגלי. שם, כשמונים את אחריות השומר עם דיני הנזיקין - בא הדבר כדי לצרף את יחס השומר ובעל-הבית לכל מיני המסיבות האחרות שבהן נחתכת אחריות לנזק על-פי הכללים הרגילים של אחריות להתנהגות רשלנית; וכבר ביקרנו את הגישה הזאת. בדיני ישראל, לעומת זאת, צירוף אחריות השומר לדיני הנזיקין - פירושה קביעת האחריות הזאת כאב-נזיקין מיוחד. בהתאם לכך, מתברר כאן קודם-כל **ההבדל** שבין אחריות השומר לבין מבני-אחריות אחרים בנזיקין: עומדים כאן על העובדה כי אחריות השומר איננה בגין "הזק בידים", היינו **גרם** של הזק, אלא היא בגין "הזק שממילא" - והיינו אי-מניעת הזק **שנגרם מן הצד**; יתר-על-כן, שאחריות השומר להזק שממילא איננה כאחריות הגזלן, שהיא מלכתחילה בעקב החזקה בפשיעה, אלא היא דווקא בגין **החזקה בחפץ הזולת בהתר**; ולבסוף, שאף החזקה מסוג זה איננה עניין אחיד בכלל, אלא יש להבחין בה בין מיני השומרים לפי טיב הקשר שבמסגרתו הם שומרים. על בסיס זה, ובדיעבד, מתאחדת פה אחריות השומר עם דיני הנזיקין הכלליים, כדי שאלה יחולו כל אימת שצידי ייחוד העניין **מסתיימים** (למשל, במה שנוגע לטיב החיוב וגדרי גבייתו)⁵⁰⁵; ובאופן כזה מגיעים אנו לתפיסה של אחריות השומר כעניין של **מוסד החזקתי-קנייני** - **ועל-פי רוב גם חוזי** - **ודיני נזיקין במשולב**, תוך סיום-מצרים ברור בין שלשת התחומים האלה, שהתלכדותם מערפלת את הראייה בענייננו בשיטות האחרות⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ (מ) בבא קמא ד' ב' - ה' א'.

⁵⁰⁵ (מא) שם.

⁵⁰⁶ (מא-1) הראייה נשאת מעורפלת לחלוטין גם בחוק השומרים, תשכ"ז. הדברים אף מסתבכים כאן על ידי שתי הוראות משונות. האחת היא בסעי' 2(א), הקובע כי שומר חנם אחראי אם הנזק "**נגרם ברשלנותו**" - ומשמע לכאורה כי שומר חנם אינו אחראי אלא ככל אדם אחר שיש קשר סיבתי בין התנהגותו לבין הנזק, ואילו במקום שרק **לא מנע** את הנזק, שנגרם על ידי אחרים, הריהו פטור. ההוראה המשונה השניה היא בסעי' 5(א), הקובע כי שומר הנמצא אחראי על פי דיני השומרים חייב בפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה. מתוך הוראה זו משתמעת התחייבות חוזית לשמור, אפילו כשהשמירה אינה מבוססת בחוזה.

ד. אחריות השומר במקום שבעל-הבית גזלן

אולם, גם אחר שעמדנו על התפיסה העקרונית הכללית של דיני ישראל ביחס לאחריות השומר, עוד נשאר לנו לברר כמה נקודות עקרוניות שבהן הדברים מסויגים, ונעבור אפוא עתה אליהן.

הזכרנו בסוף הסעיף הקודם כי אחד מטעמי הייחוד של אחריות השומר הוא שהשומר מחזיק בחפץ הזולת **בהתר**; כי בהיות ההחזקה **באיסור**, חלים הגדרים של אחריות **הגזלן**⁵⁰⁷. אולם, דברים אלה כשלעצמם מסבירים רק את ההבדל בין אחריות השומר לאחריותו של גזלן המחזיק **לעצמו**, ואילו אחריות האדם שהוא **שומר לגזלן** באמת צריכה עוד עיון מיוחד.

והנה, הדין הוא פשוט, שכלפי הגזלן **פטור** השומר, ואחריותו היא רק כלפי הבעל האמיתי⁵⁰⁸. אולם, פחות מפורש הדבר, מהם גדרי האחריות [[147]] הלזאת. נראה שאם השומר יודע מלכתחילה כי בעל-הבית גזלן, הרי ביאת החפץ ליד השומר היא על דרך נטילת אבדה⁵⁰⁹, ולכן - אם אין האיש משים עצמו שומר לבעלים, כדי להשיב את האבדה אליהם, נעשה הוא על-ידי עצם הדבר הזה, ממילא, כמי שגוזל במישרין מן הבעל; ואף-על-פי שאין הוא גוזל לעצמו, כי אם החזיק בשביל חברו, מכל-מקום אחראי הוא - במקביל עם חברו, הגזלן המקורי - כגזלן לעצמו⁵¹⁰.

מצד שני, אם מלכתחילה מקבל האיש את ההחזקה בתום-לב, נראה כי דינו כשומר לבעל האמיתי על-פי אותם הגדרים שבהם שומר הוא כביכול לגזלן⁵¹¹. כי אמנם, קשר-השמירה עם הגזלן, מטבע הדברים - וכשלעצמו - הוא בטל⁵¹²; אבל עצם ההחזקה בחפץ-הזולת מחייב את המחזיק לפחות כשומר חנם, מכל-מקום, כפי שנברר עוד להלן - ואם על-פי גדרי הקשר עם הגזלן בא השומר להתחייב באחריות גבוהה מזה, הרי כל זמן שנשאר השומר מוחזק על דעת הקשר הזה, שוב מועילה התחייבותו לבעל האמיתי, מכל-מקום, לפי אחד משני אלה: או משום שיש שם התיימרות לזכות את השומר בשעבוד כלשהו בחפץ הנשמר - ואז, כשהאיש הוא תם-לב, אמנם מתקיימים הדברים אף נגד הבעל האמיתי ולטובתו, בדין **תקנת השוק**, כפי שנברר עוד גם זאת להלן; או משום שהשומר קיבל את החפץ לשם מילוי התחייבות כלשהי מצידו, כנגד הנאה שתגיע לו מצד הגזלן -

⁵⁰⁷ (מב) בבא קמא ד' ב'.

⁵⁰⁸ (מג) שו"ע חו"מ סי' ש"ז סע' ה' וסי' שס"א סע' ה'.

⁵⁰⁹ (מד) אבדה מוגדרת על-ידי רש"י כחפץ שאומדן מוכח הוא כי נמצא הוא במקום שלא מדעת בעליו (בבא מציעא ל' ב', ד"ה כלל) - ואין הבדל אפוא מהו טיב המקום שבו נמצא החפץ, אם זה רשות הרבים, או חצר המוצא עצמו או חצרו של גזלן.

⁵¹⁰ (מה) ר' שו"ע חו"מ סי' שמ"ח סע' ז'-ח', והגהות הרמ"א שם, והשווה סי' שס"א סע' ה', ור' גם נת"ה על סי' שמ"ו ס"ק (ט') [י']. הדברים אמורים רק כשהחפץ בא ליד השומר כשהבעלים **לא נתיאשו**. אם נתיאשו הבעלים, פטור הגזלן השני מאחריות (שו"ע, חו"מ סי' שס"א סע' ו'); ואף-על-פי שמלכתחילה רואים אנו את האיש לאו דווקא כגזלן, אלא כמוצא אבדה, - באמת נפטר הוא רק מאחריות, **כגזלן**, ואיננו זוכה לעצמו, **כדין מוצא אבדה**, מפני שאין לו כוונה של זכייה לעצמו.

⁵¹¹ (מו) ר' דברי הרמב"ן בשיטה מקובצת על בבא קמא ע"ט א', וכן נימוקי יוסף, בסוף דבריו על המשנה שם.

⁵¹² (מז) ר' נתיבות המשפט על סי' שמ"ח ס"ק ד'.

ואז יש תוקף להסכם הזה, בין השומר והגזלן, גם אם קשר-השמירה כשלעצמו הוא בטל⁵¹³ - ואם ההסכם הזה, כל זמן שפועלים על-פיו, גורר אחריות מוגברת, הרי הבעל האמיתי נמצא ממילא מזוכה בכך, אף שלא מדעתו, על-ידי הגזלן. נשאר רק לברר, האם אמנם - וכיצד - חל הדין האמור, כשעל-פי הסכם עם הגזלן גדרי האחריות אינם מוגבהים, אלא [[148]] מופחתים הם לעומת מה שצריך היה להיות. לפי הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' שמ"ו סעי' י"ז, הדין הוא לכאורה שהפחתת הגדרים על-ידי הגזלן (אפילו על-פי דין מיוחד שהיה ראוי לחול נגדו, לו היה הוא הבעל) אינה מועילה אפילו לטובת שומר בתום-לב⁵¹⁴. אולם, בעל נתיבות-המשפט, בס"ק ט', דוחה פירוש כזה - מכוח העקרון, שעליו נחזור עוד ונעמוד להלן, כי לעולם אין שומר או גזלן מתחייב בגדרים חמורים יותר מכפי שדימה בתום-לב, בלי פשיעה. בעיני בעל הנתיבות פשוט הדבר, שעקרון זה חל גם במסיבות שבהן דנים אנו פה; ואף-על-פי שהתירוץ שהוא מציע להגהת הרמ"א הוא דחוק ביותר, נראה כי ההלכה למעשה היא על-כל-פנים כמותו⁵¹⁵.

[[149]] לאחר מכן, אפשרות שלישית היא שמלכתחילה יקבל השומר את החפץ בתום-לב, ובעוד שהוא מחזיק יתגלה לו כי הבעל האמיתי הוא אחר. אולם מטבע הדברים הוא כי שום גילוי של הבעל האמיתי לא יוכל להיחשב כגילוי המחייב את השומר, אלא אם בעל הבית הגזלן הודה לפניו בעצמו כי פלוני אחר הוא הבעל, או שהומצא לו פסק-דין הקובע את זכותו של הלה, במשפט בעל-תוקף נגד בעל-הבית הגזלן⁵¹⁶. בהתאם לכך, באין הודאה או פסק-דין, אם יפעל השומר על-פי טענה כלשהי בדבר גזלנות בעל-הבית, הרי הוא יעשה כן על אחריותו וסיכונו, למקרה שהטענה תתברר ככוזבת; ומצד שני, אם באותו זמן הוא אפילו יחזיר את החפץ לבעל-הבית או יפרע לו דמי-אחריות שהתחייב בהם, הריהו ייפטר גם כנגד הבעל האמיתי⁵¹⁷ - שהרי חזקת-הזכות של בעל-הבית, המקוימת על-ידי החזקתו מלכתחילה, ראויה עדיין להיחשב כעדיפה על כל שמועה או טענה

⁵¹³ (מח) ר' בבא מציעא ע"ו א'.

⁵¹⁴ (מט) ר' בערוך השלחן שם, סעי' כ"ו.

⁵¹⁵ (נ) דברי הרמ"א הנוגעים לענייננו, זה לשונם: "גזלן שהפקיד או השאיל דבר הנגזל - אע"פ שהיה במלאכת השואל, חייב השואל באונסין, דלא מיקרי שאלה בבעלים אלא בבעל החפץ עצמו". הדברים מבוססים על המרדכי, בבא קמא, ריש פרק הגזול בתרא, וכאן מוצאים אנו את המקור מחולק בשני סימנים, סי' קמ"ב וסי' קמ"ג. והנה, סי' קמ"ב עוסק אמנם בדיני חפץ גזול, אך אינו מתייחס ל"שאלה בבעלים"; סי' קמ"ג, לעומת זאת, עוסק אמנם בדין "שאלה בבעלים", כשבעל-הבית הישיר איננו הבעל, אבל אין בו שום דבר מפורש ביחס למצב כשבעל-הבית הישיר אינו פועל כדין, אלא בדרך גזלנות. נקבע כאן רק זה, שאם שומר מפקיד את החפץ בידי שומר שני - במסיבות, שלו היה הוא הבעל, היה השומר השני נפטר מאחריות, - אין הפטור מועיל נגד הבעל האמיתי. את הדין הזה, אין מניעה לפרש - ואדרבה, נראה נכון לפרש, - שמתחילתו הוא רק למקרה שההפקדה השנייה נעשת **כדין**, והשומר השני **יודע** כי המפקיד איננו הבעל. הגהת הרמ"א, המחילה את הדין דווקא בגזלן, נראה אפוא שהיא מפותחת ואינה מוצדקת כלל על-פי המקור שעליו היא מבוססת, ואין בה אפוא כדי לפגוע בעמדתו של בעל הנתיבות, גם אם לא ניזקק לתירוץ.

⁵¹⁶ (נא) שו"ע חו"מ סי' רכ"ה סעי' ב'.

⁵¹⁷ (נב) לעניין החזרה - דוק בשו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ד' - בדומה ליורשים, שטבחו ואכלו בתום-לב את הפרה שהיתה שאולה לאביהם, שאין הם אחראים להפסד, אלא רק לממון שנשתרש להם. לעניין פרעון - דוק בטור חו"מ סי' שס"ג סעי' ה', בהבדל מסי' שס"א סעי' ו', שפרעון ששולם בתום-לב לגזלן, חייב הגזלן לשלמו לבעלים.

מנוגדת, ואף אם תהא זו מסתברת לכאורה כל כמה שתהא. במלים אחרות, אפוא, יש קנה-מידה אובייקטיבי ברור, שרק על-פיו רשאי וצריך השומר להעביר את שמירתו משם הגזלן לשם הבעל האמיתי - ומסתבר כי ברגע שקנה-מידה זה מתקיים בשומר, נעשה הוא כמי שמוצא את אבדת הזולת ברשותו, אחר נטילה בטעות ובתום-לב⁵¹⁸. הדין יהא לפי מה שראינו לעיל, בפרק ג', סוף סעי' ו': השומר יוחזק כמוצא המתכוון להחזיר, ובהתאם לכך תוחלף אחריותו, מאותה שעה, לאחריות של שומר אבדה; אולם, במקרה שהשמירה היתה אגב שעבוד - עדיין יתמיד השעבוד בעינו, כאמור, לפי דיני תקנת השוק, וגדרי האחריות לא ישתנו אפוא⁵¹⁹. [[150]]

⁵¹⁸ (נג) שו"ע חו"מ סי' קל"ו.

⁵¹⁹ (נד) **בשיטות של יבשת אירופה** נראה כי השומר אחראי לבעל האמיתי על-פי דיני "התשלום בלי חוב" ו"ההתעשרות שלא כדין" - לפי מה שסקרנו לעיל, בפרק א', סעי' ה' סי' 6, ובפרק זה, בהערות ל' ול"א; אך לא זו בלבד שהאחריות הזאת עשויה לחול כאן רק באופן מקרי ובלתי-מותאם לעניין, אלא גם אין שום תיאום מפורש בין תחולתה לבין האחריות החוזית של השומר כלפי בעל-הבית הגזלן, הצריכה לכאורה להתקיים בעינה - לפחות כל זמן שהחפץ לא נטרף כדין, שאז על-כל-פנים ייפטר השומר משום אונס (דוק בסעי' 1937, 1938 של ספר החוקים האזרחי הצרפתי; סעי' 1777 באיטליה; סעי' 479 של חוק החיובים השווייצרי; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 713). עם זאת יש לציין כי לדברי **וולף-רייזר**, בעמ' 356, תביעת-האחריות של בעל-הבית הגזלן אינה אלא תביעה בעד הבעל האמיתי - ולפי זה מתברר שוב כי אמנם גם ביבשת אירופה נשברת התפיסה החוזית בענייננו, לפחות מבחינה עקרונית, לחלוטין. בחוק הגרמני יש לציין בהקשר זה גם את סעי' 991, הקובע כי השומר בתום-לב לגזלן אינו אחראי לבעל האמיתי אלא באותם הגדרים שבהם היה אחראי על-פי החוזה לבעל-הבית. מצד שני קובע סעי' 851 הוראה כללית, כי השומר הפורע את חובו בתום-לב לבעל-הבית הגזלן - פטור גם נגד הבעל האמיתי.

מלבד זה יש להזכיר ביבשת אירופה את ההוראות הבאות, השייכות לענייננו. **בצרפת** (סעי' 1938) **ובאיטליה** (סעי' 1778), אם יודע השומר כי החפץ נגזל בעבירה פלילית, ויודע ממי נגזל, חייב הוא להודיע לנגזל, ואינו רשאי להחזיר לגזלן אלא אם לא הגיעה התנגדות מהנגזל. **בשווייצריה**, לפי סעי' 479 של חוק החיובים, פטור השומר להחזיר לבעל-הבית משעה שהוגשה תביעה נגדו על-ידי צד שלישי. **באיטליה**, לפי סעי' 1777, נפטר השומר מחובתו לבעל-הבית על-ידי הפקדת החפץ לפי הוראות השופט, אחר שהוגשה תביעת צד שלישי - וההפקדה היא על חשבון בעל-הבית. הוראות אלו מופיעות רק בדיני חוזה-ה**פקדון**, ואין כמותן בקשרי-שמירה אחרים - אפילו חוזיים.

באנגליה מנוע השומר מלכפור בזכותו של בעל-הבית אלא אם כבר נטרף ממנו החפץ בדין או שהוא עצמו נהפך לבא-כוחו של הצד השלישי, שלו הוא מיחס בעלות. עם זאת אין השומר פטור מאחריות לבעל האמיתי, כגזלן לפי דיני הנזיקין (בגין trespass או conversion) - ומשמע שבדרך-כלל תהא האחריות כפולה, אלא שהשומר המכיר את המצב יכול לעקפה על-ידי האמצעי הנהלי של interpleader, היינו הפקדה בבית-הדין להכרעה בין תובעים מתחרים (ר' **פייטון, שמירה**, עמ' 380 ואילך, 390 ואילך; **גודיב**, עמ' 49-50; **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ב', עמ' 139-138).

חוק השומרים, תשכ"ז, מתעלם מבעיית השומר כשבעל הבית גזלן. את פתרון הבעיה גם אין לחפש בו בין השיטין, כי לפי הגדרת השמירה בסעי' 1(א) מתייחס הוא רק להחזקה שלא מכוח הבעלות, המתקיימת **כדין**. מאחר שהשומר לגזלן אינו מחזיק כדין, אפילו כשמחזיק הוא בתום לב, ממילא אין חוק השומרים חל עליו.

ה. שמירת עבדים, שטרות, קרקעות והקדשות ושמירה לשאינו ישראל

סייג עקרוני אחר לדיני אחריות השומר הוא שאין האחריות הזאת חלה כלל בארבעה מיני חפצים: בעבדים, בשטרות, בקרקעות ובהקדשות⁵²⁰ - ונברר עתה מה משמעות הדבר ומה טעמו.

שאינן האחריות חלה - לפי שיטתנו - משמע אחריות השומרים **המיוחדת**, הנובעת מן הדין; אבל אין מניעה שהשומר יקבל עליו אחריות חוזית אף בחפצים אלה⁵²¹. ובנקודה זו חוזרים אנו למחלוקת הרמב"ם עם חבריו, שהזכרנו לעיל, בסעי' ג'.

[151]] לדעת הרמב"ם, לא זו בלבד שאחריות השומר החוזי היא **תמיד** חוזית, ממילא, אלא יתר-על-כן, הוא מרכיב את האחריות הזאת על שני גורמים חוזיים מקבילים. מצד אחד רואה הוא את דרגות האחריות השונות, הנקבעות בהלכה, **כחזקות** של גדרי אחריות, אשר בסתם - באין התנאה מפורשת אחרת - מקבל עליו השומר את דינה של אחת מהן, לפי טיב החוזה שבו הוא מתקשר; והרמב"ם מסכים כי חזקות אלו אינן חלות בארבעת מיני החפצים שבהם עוסקים אנו כאן. אולם, יש לדעתו בסיס חוזי לאחריות השומר החוזי גם בלי כל אותן חזקות ובלי התנאה כאחד: כי מהו הסכם של שמירה? הוזה אומר, קבלת התחייבות מן השומר שיעשה את הנחוץ כדי לשמור את החפץ; ואם השומר מפר את ההתחייבות, ונגרם נזק המתקשר להפרה, הרי השומר אחראי על-כל-פנים, בגין ההפרה, על-פי דיני החיובים והנזיקין הכלליים⁵²². את גדרי האחריות הזאת מעמיד הרמב"ם על גדרי אחריותו של שומר-חינם, אם כי לא במלוא הקפס: לפי חזקתו של שומר-חינם, לא זו בלבד שמתחייב השומר לקיים שקידה מסוימת, אלא גם מקבל הוא עליו שלא להיות נאמן על קיום השקידה הדרושה אלא בשבועה - והרמב"ם גורס כי החמרה זו היא אמנם מיוחדת **לחזקתו** של שומר-חינם, אבל מצד דיני החיובים והנזיקין הכלליים נשאר הכלל בעינו כי "המוציא מחברו עליו הראייה", ונטל הוכחת הפשיעה יהא אפוא מוטל כאן כלו על בעל-הבית. האחריות במסגרת זו חלה לדעת הרמב"ם, בהכרח, גם בכל הסכם שמירה המתיחס לחפץ ממין הארבעה דידן - והתנאה מפורשת נחוצה כאן אפוא לא רק כדי להטיל אחריות בגדרי אחת החזקות הרגילות, אלא גם כשרוצים **להפחית** מגדרי אחריות-המזער, שתחול פה על-כל-פנים, אף מעבר להן.

לעומת זאת, לפי שיטת המפרשים האחרים, כל המבנה הזה הוא מוטעה. ראשית, כפי שראינו, סתם הסכם של שמירה אינו לדידם **התחייבות** לשמור, כי אם **הגדרת יחסים של בעל-בית ושומר**. אבל אף במקום שיש אמנם **התחייבות לשמור** - כפי שיש מן הסתם בהסכם הקובע שכר כנגד עצם מעשה-השמירה - ואף במקום שהתחייבות זו הופרה, הרי דיני החיובים והנזיקין הכלליים אינם מובילים כלל לשום אחריות מעין אחריות השומר. אכן, הדינים הכלליים הללו גוררים אחריות לנזק שנגרם על-ידי הפרה של חיוב; אבל בין הפרת חיובים של שמירה לבין נזק החפץ אין שום

⁵²⁰ (נה) משנה בבא מציעא פ"ד מ"ט.

⁵²¹ (נו) שו"ע חו"מ סי' ש"א סעי' ד'.

⁵²² (נז) "החיובים והנזיקין", כי נראה שיש להבחין: שעבוד הנכסים לערך מעשה-השמירה חל אמנם משעת ההסכם, אבל שעבוד הנכסים **לנזק** הנמשך מהפרת חיובי השמירה יחול במסגרת זו - גם לפי שיטת הרמב"ם, - רק משעת הפשיעה.

קשר מחויב של גרמא⁵²³. קשר כזה נוצר רק כשההפרה מתבטאת במעשה שהנזק יהא לא רק איך-
שהוא **אפשרי** [[152]] בגינה, אלא יהא גם **צפוי**, לפי מהלך-העניינים הרגיל⁵²⁴; אבל חיובי-השמירה
- אף ברמת-המזער המקובלת של שומר-חינם, "כדרך השומרים"⁵²⁵ - יתכן לעתים קרובות שיופרו,
בעוד ששום נזק לא יהא צפוי בגין כך אלא אם יקרה עוד משהו **מיוחד**: אלא אם תבוא עוד איזו
"רוח שאינה מצויה", בדמותו של גנב, למשל, שינצל את חולשת המנעול, אשר לא הוחלף על-ידי
השומר בפשיעה - ובמקרה כזה, על-פי דיני החיובים והנזיקין הכלליים באמת דינו של השומר הוא
להיות **פטור** מן הנזק, ולו יהא כי הוא יפסיד את שכרו, במידה שלא נתן לו תמורה על-ידי שמירה
כראוי. לפטור זה יש תקנה רק בדין השומרים **המיוחד**, שלפיו אחראי השומר אף אם לא גרם את
הנזק במובן הלכות הגמרא, אלא רק **לא מנעו** - ויתרון-אחריות **מהותי** זה, הוא שתחולתו נמנעת,
לפי שיטת המפרשים המתנגדים לרמב"ם, בארבעת מיני החפצים הנדונים. לפי שיטה זו, ממילא
גם אין כאן ליתרון-אחריות מהותי זה תחליף - אלא אם הותנה הדבר בפירוש, - וזוהי ההלכה כפי
שהוכרעה בשו"ע חו"מ סי' ש"א⁵²⁶.

אשר **לטעם** ייחודם של ארבעת מיני החפצים - אין לנו בגמרא אלא רמזים צורניים בלבד: "דת"ר:
'כי יתן איש אל רעהו' - כלל, - 'כסף או כלים' - פרט, - 'וגונב מבית האיש' - חזר וכלל; כלל ופרט
וכלל - אין אתה דן אלא כעין הפרט: מה הפרט מפורש וגופו ממון, אף [[153]] כל דבר המטלטל
וגופו ממון: יצאו **קרקעות** - שאינן מטלטלין, יצאו **עבדים** - שהוקשו לקרקעות, יצאו **שטרות** -

⁵²³ (נח) ניסוח זה של הדברים מבוסס על ההנחה שברקע, כי אין הבדל "גרמא" ל"גרמי": "גרמי" אינו אלא
הריבוי של "גרמא", וההלכה היא כי "גרמא בנזיקין - חייב" - ובלבד שאמנם יימצא קשר מספיק של
"גרמא" בין המעשה והנזק. השווה שו"ע חו"מ סי' שפ"ו - ודוק.

⁵²⁴ (נט) השווה שו"ע חו"מ סי' קנ"ה סעי' ל"ד וסי' תי"ח סעי' ט'. סעיפים אלה אינם דנים אמנם בפירוש
במושג "גרמא", כי אם בקשר-הסיבתיות הנדרש כדי שזק ייחשב כנגרם ב"ידיים"; אבל באמת אין ספק כי
הדברים הם היינו הך, ובענייננו שלנו אף נמצא כך **בפירוש** - כי המקורות בענייננו, כפי שיצוינו בהערה ס"א
להלן, אמנם אף הם מדברים על "הזק בידים", ולא על "גרמא", בעוד שלפי המיון הצורני של אבות הנזיקין
אין ספק כי מתכוונים הם ל"גרמא", ולא רק ל"הזק בידים" ממש, במובן המצומצם של נזק "חיצים".

⁵²⁵ (ס) בבא מציעא ל"ו א'.

⁵²⁶ (סא) לביורור השיטה דוק במגיד משנה על פ"ב מהל' שכירות הל' ג', ופסקי הרא"ש על בבא מציעא פ"ד
סי' כ"א, וקצוה"ח על סי' ש"ה ס"ק ב'. - במלים אחרות אפשר גם להעמיד את מחלוקת הרמב"ם וחבריו על
כך: לדעת הרמב"ם, הפרת חיוב חוזי היא ממילא גם פשיעה בנזיקין, ולכן גוררת היא אחריות לא רק לנזק
הנובע מן הפשיעה "במישרין" אלא גם לנזק "עקיף", הנגרם בהתערבותה של "רוח שאינה מצויה" - על-פי
הכלל ש"תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב" (בבא קמא כ"א ב', ועוד). לעומת זאת, לפי המפרשים
האחרים, הפרת חיוב חוזי אינה כשלעצמה פשיעה בנזיקין - בהבדל, למשל, מהפרת חיוב-שומרים, החל על-
פי דין השומרים המיוחד. לדידם נהפכת הפרת החיוב לפשיעה בנזיקין רק אם יש במעשה-ההפרה פשיעה
כזאת על-פי דיני הנזיקין הכלליים, במנותק מהיותו גם הפרה של חוזה - ורק משנתקיימו בו דינים אלה,
והיה צפוי בגינו נזק "ישייר", יחול בו הכלל "תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב", ותהא כרוכה בו אחריות
אף לגבי נזק "עקיף". עם זאת יש להדגיש כי אף לפי שיטה זו, ודאי יש להפרת החיוב החוזי מעמד **מיוחד**
כלשהו גם לעניין הנזיקין; כי בדרך-כלל, אם תהיה כרוכה כאן במעשה-ההפרה איזו צפיות של נזק, הרי זה
יהיה רק ודווקא משום כך שהצד שכנגד סומך כי החיוב יקויים כמוסכם - וממילא נוצר כאן אפוא רקע חוזי
מיוחד לאחריות.

שאע"פ שמטלטלין, אין גופן ממון, **הקדשות** - אמר קרא 'רעהו' - רעהו, ולא של הקדש"⁵²⁷. אולם, נראה כי מאחורי הקביעות הצורניות יש גם הצדקה עניינית-מהותית, לכל דבר כטעמו המיוחד.

א) "יצאו קרקעות, שאינן מטלטלין" - ודאי משום כך שבקרקעות (וגם **במקרקעין** אחרים, למיניהם) אין שייכת סכנת גנבה, אבדה והעלמה, שרק בגינן ודאי נקבעה אחריות-השומר המיוחדת, שהיא מעין אחריות של ביטוח. במקרקעין - אם נזקים אף בהם לשומר, הרי זה בדרך-כלל לא כדי להגן על עצם קיומם מפני סכנות **חיצוניות**, אלא כדי להבטיח את **תחזוקתם** או כדי למנוע התערבות של זרים במה שנמצא **בתוכם**; והנה, במקרה הראשון, ודאי אין צורך באחריות של ביטוח, אלא מספיקים גדרי האחריות החוזית הרגילה, ואילו במקרה השני ממילא נהפך הדבר למעשה לשמירה של **מטלטלין** - ואחריות הביטוח באה אפוא על תיקונה מכל-מקום במסגרת הזאת"⁵²⁸.

[[154]] ב) "יצאו עבדים, שהוקשו לקרקעות" - כי באמת, גם העבדים בדרך-כלל משמרים את עצמם; אין שומרים עליהם מפני סכנת גנבה ואבדה, ואין בהם סכנת העלמה - ואם שומרים עליהם בכלל, הרי זה שלא יפשעו או לא יברחו. בשני המקרים מספיקה האחריות החוזית הרגילה.

⁵²⁷ סב) בבא מציעא נ"ז ב'.

⁵²⁸ סג) השווה שיטות המשפט ביבשת אירופה, שחווה-הפקדון - לפי עצם הגדרתו - מתיחס בהן רק למטלטלין, ואין הן יודעות פקדון של מקרקעין (סעי' 1918 מספר החוקים האזרחי בצרפת; סעי' 1766 באיטליה; סעי' 688 של הבג"ב; סעי' 472 של חוק החיובים השוייצרי). דעות הפרשנים על סיבת התופעה - חלוקות. **וינדישייד** (כרך ב', עמ' 429-430) סובר כי חווה הפקדון הוא בעיקרו של דבר השאלת מקום להנחת חפץ, וממילא אין העניין שייך אלא במטלטלין. **דרנבורג** (כרך ב', עמ' 248) שולל תפיסה זו וגורס כי על-פי עקביות הגישה הרומית המקורית אמנם צריך הפקדון להיות שייך גם במקרקעין. **פלניול** (כרך ב', עמ' 873-874) סובר כי העניין הוא מילולי גרידא: "אין משמע שאין אדם יכול להתחייב להשגיח על מקרקע בהעדר בעלי, כדי להחזיר לו את ההחזקה בשובו: חווה כזה מופיע לעתים קרובות למדי. אם נקבעה בו תמורה, הרי זה שכירות עבודה; אם לאו, הרי זה חווה של שמירה, קרוב לפקדון". לפי **בקלנד** (עמ' 274) מסתבר כי טעם ההגבלה הוא **היסטורי**, באשר מקור דיני הפקדון באירופה הוא בתביעה פטיטורית על **אי-החזרה**, שהיא מיוחדת למטלטלין - בהבדל מן המקרקעין שבהם אין מדברים על אי-החזרה כי אם באים בדרישה של **פינוי** או כיו"ב. **קולין וקפיטן** (בהוצאה השלמה, כרך ב', עמ' 807) מסבירים - בדומה למה שאמרנו בדיון העברי - כי ההפקדה נעשית מפחד אבדה או גנבה, ואין חשש סכנות אלו שייך במקרקעין; אך בדיון האירופי, שאין בו אחריות שומרים מיוחדת, קשה לראות למאי נפקא מינה בזה.

גם במשפט **האנגלי** מוגבל מושג ה-bailment למטלטלין בלבד (**פייטון, שמירה**, עמ' 5, והשווה **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ב', עמ' 94, והגדרת המושג במילונים). המשמעות המשפטית של הגבלה זו נשארת בצריך עיון: ר' משפט 668, 159 E.R., p. 528, William v. Jones (1864).

בחוק השומרים, תשכ"ז, אין הבחנה בין מיני נכסים, ואחריות השומרים חלה בכולם בשווה. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם סעי' 5(א), לפיו רואים תמיד את אחריות השומר כהפרת חובה חוזית לשומר, אך סותרת היא את סעי' 1 ו-2 של החוק, לפיהם משתמע (אם נתעלם מטעויות הניסוח) כי אחריות השומר איננה חוזית, אלא אמורה היא להיות אחריות ביטוח מכוח הדיון.

(ג) "יצאו שטרות, שאע"פ שמטלטלין, אין גופן ממוך" - ומשמע כי דין השומרים אינו נמנע בשטרות כשאמנם מוחזקים הם **לגופם**, לחומר הנייר שממנו הם עשויים, שאז דינם הוא ככל נייר אחר⁵²⁹. אולם, כשנשמרים הם מפני **ערכם המשפטי**, כראייה לערך-הממון **שמעבר להם** - הרי אם ארעה בהם תקלה כלשהי מפני פשיעת השומר, מכל-מקום אין נזקו של בעל-הבית ודאי: יתכן שיקיים את זכותו אף בלעדי השטר - אם כי אולי רק אחר טרחה מסוימת, - ואף אם יאבד את זכותו הרי על-כל-פנים לא תהא לו הצדקה להיפרע מן השומר בגין עצם התקלה בלבד, אלא הוא יצטרך להוכיח כי התקלה אמנם הזיקתו⁵³⁰; אבל אם-כן, נמצא כי מטבע הדברים חוזרים אנו לתביעה שלא דווקא על סמך האחריות הפשוטה של השומר, כי אם בפירוש על סמך גרמא בנזיקין. והנה, בנקודה זו אמנם נתקלים אנו בקושי חשוב - לפחות כשמקבלים אנו את השיטה, שפשיעה בחוזה איננה כשלעצמה פשיעה בנזיקין; כי לפי השיטה הזאת, כל אימת שהנזק נגרם על-ידי תקלה, שהיא מצידה לא נגרמה במישרין על-ידי עצם מעשי השומר, כי אם רק בעקיפין, בעקב פשיעתו בחיובי-השמירה - הרי באין אחריות שומרים מיוחדת, יצא השומר **פטור** - בעוד שכאן דווקא נוטה הרגשתנו המוסרית לחייב את האחריות של ביטוח. אולם, העובדה מבוארת כי את ההרגשה הזאת אי-אפשר על-כל-פנים לספק על-ידי דין השומרים הרגיל - והדבר מצדיק אפוא על-כל-פנים את המצב המסוים שאותו בודקים אנו כאן, שדין השומרים הרגיל אינו חל בשטרות.

אשר לתוצאה שבאגב, שאם-כן, לפי שיטתנו, נשארת ההרגשה המוסרית בלתי-מורגעת, יש לומר כי דבר זה - מצידו - על-כל-פנים אינו פוסל את השיטה, כל זמן שהיא נראית לנו טובה **בדרך-כלל** ובלתי-מספקת רק בנקודה המסוימת הזאת. במסיבות מסוג זה, המוצא הנכון הוא בתיקון תקנה מיוחדת להשלמת הדברים; ולעניות דעתי - הרי אף-על-פי שבדרך-כלל נראה כאן דווקא הגיון שיטתם של החולקים על הרמב"ם, ואף-על-פי שנראה לי גם-כן ההגיון שבהוצאת השטרות מתחולת דין השומרים, נראה לי גם - משום עצם הדבר הזה - רצוי, כי דיני ישראל אמנם יושלמו בנקודה זו על-ידי תקנה מיוחדת, שתקבע [[155]] **כי השומר שטר יהא אחראי לנזק המוסב בעקב נזק השטר באותם הגדרים שבהם אחראי הוא על-פי דין השומרים הרגיל לנזק גופו של השטר בעצמו**⁵³¹. באופן כזה תנוח כאן דעתו של המבקר מכל הבחינות⁵³².

(ד) "הקדשות - אמר קרא 'רעהו' - רעהו, ולא הקדש": כלומר שאין דין שומרים בהקדש, משום שאין לו בעלים⁵³³; אין מי שאפשר לחייבו באחריות לנזק שגרם חפץ של הקדש לאחרים⁵³⁴, ואין גם

⁵²⁹ (סד) השווה בבא מציעא נ"ו ב'.

⁵³⁰ (סה) השווה שו"ע, חו"מ סי' שפ"ו סע' ב'.

⁵³¹ (סו) השווה התקנה מסוג זה, שאמנם תוקנה גם למעשה, כבר בתקופת התלמוד, בקשר לשמירת **הקדשות** - כדי שעל אף הוצאת ההקדשות מדין השומרים מדאורייתא "לא יהו בני אדם מזלזלים בהקדשות": ר' בבא מציעא נ"ח א'.

⁵³² (סז) בשיטות האירופיות מוצאים אנו הקבלה לכאן בדברי הפרשנים **בצרפת: פלניול**, למשל (בכרך ב', עמ' 873) מדגיש כי אף-על-פי שדין הפקדון חל **במיטלטלין**, אין הוא חל אלא במיטלטלין חמריים - להבדיל מתביעות (כפי שמתחייב אמנם מטבע הדברים); אבל עם זאת מציין הוא, כי **שטרות** יש להם לעניין זה, על-כל-פנים, דין מיטלטלין חומריים.

⁵³³ (סח) אנציקלופדיה תלמודית, ערך **הקדש**, עמ' תכ"ד.

שום אדם הנפגע כשאחרים הזיקו חפץ של הקדש. אולם, חפצים של הקדש - כמובן יש בהם על-כל-פנים ענין לציבור ויש מערכת ציבורית הממונה על הטיפול בהם. ולכן, אף-על-פי שהדין מדאוריתא הוא על-פי טבע הדברים כאמור, הרי - כפי שכבר הערנו לעיל, בהערה ס"ו - יש לדין מדאוריתא השלמה מדרבנן. במסגרת זו, המחבל בחפץ של הקדש - חייב⁵³⁵; הגונב חפץ של הקדש חייב לשלם את הקרן⁵³⁶; ובענייננו, השומר חפץ של הקדש, תקנו בו שבועה שלא פשע, בדומה לשומר הרגיל⁵³⁷ - ומשמע שאם פשע, אף חייב הוא בתשלום.

[156]] כל הדברים האלה אמורים **בהקדש לגבוה**. **בהקדש צדקה** חלים בדרך-כלל דיני האחריות הרגילים, ורק כשהופקד הממון לרשותו הגמורה של הגבאי, בלי שיהא זכאי משהו לתבוע אופן-שימוש מסוים, **פטור** הגבאי - באשר הוא נעשה אז ממש כבעלים⁵³⁸.

בסמיכות למה שנלמד בקשר להקדשות, ש"אמר קרא **רעהו** ולא הקדש", עומדת ללימוד גם מסקנה מקבילה: "רעהו" - ולא עכו"ם; ואמנם מלשון התורה לומדים אנו כי דין השומרים המיוחד אמור רק ביחסים בין **בני-ישראל**, ולא ביניהם לנכרים, או בין נכרים לבין עצמם, אף כשהם באים להתדיין בדינינו⁵³⁹. ביחסים מסוג זה יש להתנות את דין השומרים בפירוש, ואם לא כן תיקבע אחריות השומר רק על-פי הדינים הכלליים שמעבר לכך - בדומה למצב המתקיים עדיין למעשה בגויים, לפי חוקיהם שלהם, כפי שראינו לעיל.

ו. סולם של שומרים אחדים ו"שמירה בבעלים"

ראינו לעיל כי התפיסה החוזית של אחריות השומר נשברת כשהשומר עצמו הוא בעל החפץ או כשבעל-הבית החוזי הוא גזלן. מהי דרך הפתרון **העברית** כשבעל-הבית החוזי הוא גזלן - ראינו כבר גם-כן לעיל; אך נשאר לנו לראות כיצד פוטרת השיטה העברית את המקרה שבעל החפץ עצמו נהפך לשומר.

אפשרות זו, שבעל החפץ עצמו ייהפך לשומר, תיתכן בשני אופנים. האופן האחר נרמז בדין הצרפתי שהזכרנו - והיינו שהוא יקבל את החפץ בטעות מגזלן. לפי השיטה העברית אין במקרה שכזה בעיה כלשהי: הבעל פשוט פטור מאחריות, באשר שמירתו איננה שמירה - ובזה נפטר העניין, אף בלי שיהא צורך לתת עליו את הדעת במקורות בפירוש.

⁵³⁴ (ט) אנציקלופדיה תלמודית, שם, עמ' תכ"ג ואילך. ודוק שאם ישולם הנזק מתוך ההקדש - הגובר מה אכפת לו, ואילו הגובר הוא ודאי כאפוטרופוס שאין לחייבו לשלם משלו: השווה בבא קמא ל"ט א'-ב', ור' באנציקלופדיה התלמודית, ערך **גזבר**.

⁵³⁵ (ע) אנציקלופדיה תלמודית, ערך **הקדש**, עמ' תכ"ה-תכ"ו.

⁵³⁶ (א) שם, עמ' תכ"ט.

⁵³⁷ (ב) בבא מציעא נ"ח א'.

⁵³⁸ (ג) שו"ע חו"מ סי' ש"א סעי' ו', ור' גם שם סעי' י'.

⁵³⁹ (ד) פ"ב מהל' שכירות הל' א', ור' מגיד משנה שם.

את האופן השני הזכרנו לעיל, בפרק ג' סעי' ו', בסמיכות להערה ע"ג. המקרה השכיח ביותר במסגרת זו הריהו כשהבעל מקבל עליו את החפץ בשמירה בשביל מי שקונה שעבוד כנגדו - כגון שהושכר החפץ מעכשו, ועדיין לא נמסר לשימוש בפועל; או שניתן החפץ במשכון והושאל לשימוש לבעלים; או שהושאל לבית השכן, והשכן מפקיד את כלי ביתו לשמירת בעל החפץ. אולם, תיתכנה במסגרת זו גם אפשרויות מסוג אחר: כגון ששוליה בבית-מלאכה מוסר את כליו לתיקון לבעל-הבית, ובעל-הבית מוסרו ליד השוליה לעשות בו דבר. בכל המקרים האלה מופיע בעל החפץ כשומר בסולם של שומרים אחרים: הוא שומר משמו של שומר, ולו גם - בסופו של דבר - משמו של עצמו; וכדי להבין את הדין במקרים האלה, יש לנו קודם-כל לדעת את הדין בסולם של שומרים אחרים **סתם**, כשבעל החפץ נמצא רק מעליהם, כבעל-בית, ואיננו אחד מהם.

[157]] השאלה במקרה כזה היא, כלפי מי אחראי השומר הנמוך, כלפי שומר-הביניים או כלפי הבעלים? והתשובה הטבעית היא כי האחריות היא כלפי הבעלים - אלא אם הסכימו הבעלים עם שומר-הביניים (כשנתנו לו רשות להפקיד כרצונו) כי לא יהא להם חשבון אלא עמו, והוא יוכל לגבות לעצמו מן השומר הנמוך, ככל שיימצא הלה מחויב⁵⁴⁰. חשיבות העניין אמנם מיטשטשת מאוד, כשעל-פי דיני השומרים נמצאים שני השומרים כאחד אחראים לנזק שנגרם ביד השומר הנמוך - כגון ששומר-הביניים הוא שואל, האחראי אף לאונסים, והנזק נגרם בפשיעתו של השומר הנמוך. במקרה כזה, אם יגבו הבעלים משומר-הביניים, ממילא יימצאו מעבירים אליו את החשבון עם השומר הנמוך, כדי לחזור ולהיפרע ממנו⁵⁴¹; ואם יגבו מן השומר הנמוך, ממילא יימצא הנזק מבוטל ושומר-הביניים פטור. הדברים באים פה אפוא על איזונים על-כל-פנים - וביחוד לאור מה שראינו לעיל, בפרק ג' סעי' ח', שהאחריות המגיעה לבעלים תוכל מכל-מקום להיגבות בשבילם גם על ידי שומר-הביניים עצמו. אך חשיבותו של הדין מתגלה בייחוד, כשעל-פי דיני השומרים פטור שומר-הביניים, באשר הוא אחראי רק לפשיעה, ופשע רק השומר הנמוך - או שנגרם הנזק באונס, ורק השומר הנמוך אחראי לאונסים. במקרה כזה, השאלה היא מי יזכה **בעודף-האחריות**, - והזכות היא לבעלים (גם אם תיגבה באמצעות שומר-הביניים), כי לא יתכן ש"הלה (שומר-הביניים) יהא עושה סחורה בפרתו של חברו"^{542 543}.

בהתאם לכך פשוט הדבר, שאם **בעל החפץ** הוא השומר הנמוך, הריהו פטור מאחריות - לפחות במידה שלא פגע בשום זכות שעבודית של השומר שמעליו, ובתנאי שלא יתבע שום אחריות אפשרית מן השומר שמעליו, בעוד שהוא היה אחראי גם בעצמו לו היה שומר רגיל⁵⁴⁴. אולם,

⁵⁴⁰ עה) שו"ע חו"מ סי' ש"ז סעי' ה'.

⁵⁴¹ עז) דוק בבא מציעא, ריש ל"ד א'.

⁵⁴² עז) משנה בבא מציעא פ"ג מ"ב.

⁵⁴³ עח) הדברים אמורים על-פי ההנחה שזק החפץ אינו פוגע בשום שעבוד שיש בו לשומר-הביניים. אם הנזק פוגע בזכות כלשהי של שומר הביניים, ודאי יצטרך הבעל להתחלק עם שומר-הביניים בכל פיצוי שייגבה, לפי מה שראינו לעיל בפרק ג', בסמיכות להערה ק"ט.

⁵⁴⁴ עט) כך מסתבר על-פי בבא מציעא ריש ל"ד א'; כי במידה שבעל החפץ נפרע מן השומר, מאבד הוא את הבעלות למפרע, מסמוך לשעת הנזק, לטובתו של הלה - ובנידון שלנו יוצא כי הבעל-השומר שייפרע משומר-הביניים ייהפך למפרע לשומר רגיל, אשר שומר הביניים יוכל לחזור ולהיפרע ממנו.

השאלה עשויה להתעורר, מה יהא כשהבעל-השומר הנמוך היה יוצא פטור גם בהיותו שומר [[158]] רגיל, ואילו השומר שמעליו - שומר-הביניים - אחראי, לפי גדרי אחריותו, אף לנזק שיארע ביד השומר הנמוך? לפי מהלך-הדברים הפשוט היה יוצא כי שומר-הביניים יישאר במקרה כזה אחראי לבעלים אף כשהנזק יארע ביד הבעלים עצמם - כגון ששומר-הביניים הוא שואל, האחראי לאונסים, והוא הפקיד את החפץ לשעה ביד הבעלים, והאונס אירע בידם; וכדי לסייג את התוצאה הזאת בא הדין המיוחד של "שמירה בבעלים".

לפי תפיסת רב המנונא, בבא מציעא צ"ה ב', משמעותו של דין זה היא הגיונית לגמרי: קובע הוא כי (באין התנאה אחרת) יהא שומר-הביניים פטור, אם **מלכתחילה** קיבל את החפץ על דעת שהבעלים יהיו עושים בו משמו, והחפץ ניזוק אמנם בשמירת הבעלים. התנאי ששמירת-הבעלים תהא מכוונת מלכתחילה מסתבר מתוך כך, שכאשר כוונה כזאת קיימת - אפשר בסתם להסיק כי מלכתחילה העמידו הצדדים את שמירת-הביניים על דרגת אחריות מופחתת⁵⁴⁵; אבל כשמלכתחילה הועמדה שמירת-הביניים על דרגת-האחריות הרגילה, ורק לאחר מכן נמסרה השמירה הנמוכה לבעלים, יש בסתם להניח כי בחירת הבעלים בשומר הנמוך אינה מהותית לעניין, אלא מקרית היא בלבד, ואין אפוא סיבה להפחית את אחריות שומר-הביניים ממה שאמורה היא להיות בהיות השומר הנמוך אדם אחר כלשהו. אולם, פירוש זה של הדין לא נתקבל בהלכה, וההלכה המקובלת היא כי שומר-הביניים פטור בתנאי היחיד **שבעל החפץ ימצא מלכתחילה בשרותו, בצורה כלשהי** - ואף אם לא לשם שמירתו של החפץ, ואף אם הנזק מתארע כשהחפץ אינו מסור כלל לשמירת הבעלים⁵⁴⁶. בגדרים אלה, הנלמדים על-פי המשנה וברייתא בבבא מציעא, ריש פרק השואל, משני פסוקים מקראיים המוצאים מידי פשוטם (שמות, כ"ב י"ג-י"ד) - נראה שאין לדין האמור הצדקה עניינית כלשהי⁵⁴⁷. תוצאתו היא שכל המשתמש ברשות בכליו של פועל שלו, או גם של סתם משמשו-מיטיבו, פטור מאחריות השומרים, אף אם ניזקו הכלים בפשיעתו - והרי זו תוצאה שלכאורה אין הדעת סובלת⁵⁴⁸. [[160]]

⁵⁴⁵ (פ) כגון שהמדובר הוא בשאלת מכונית, על תנאי שבעליה ישמש כנהג שכיר לשואל, או ששכן שומר-חינם בביתו של חייט מזמין אצל בעל-הבית חליפה מאריג שלו, והאריג נגנב בשעת השמירה, בלי פשיעת השומר.

⁵⁴⁶ (פא) שו"ע חו"מ סי' שמ"ו.

⁵⁴⁷ (פב) ר' ערוך השלחן חו"מ סי' רצ"א סע' ו', ופירוש "תורה תמימה" על שמות, פרשת משפטים, סי' קנ"ג, **והרב הרצוג**, ב', עמ' 190.

⁵⁴⁸ (פג) לדין "השמירה בבעלים", בגדרי ההלכה המקובלת, מיחסים אמנם גם שתי תוצאות-לואי שהן חשובות כשלעצמן והנראות כרצויות. האחת היא, שאחריות-השומרים אינה חלה על הבעל בנכסי-המילוג של אשתו, משום שהיא "עמו במלאכתו": שו"ע אה"ע סי' פ"ה סע' ב'. אולם, למעשה, אין לנו כלל צורך בהסמכה זו, כי אחריות-השומרים מצד הבעל בנכסי-מילוג אין לה מקום ממילא, על-פי עצם דינם של נכסי [[159]] המילוג (תוספות על בבא מציעא צ"ו ב', ד"ה אמר רבא), וכן מכוח תקנת אושא, שלפיה יוצא כי הבעל "לא שואל הוי ולא שוכר הוי, אלא (כ)לוקח הוי" (בבא מציעא, שם, ור' עה"ש חו"מ סי' שמ"ו סע' כ"ז והערה ק"א, להלן).

תוצאת-הלואי החשובה האחרת היא, שאין למעשה אחריות-שמירה בין **שותפים**, כל זמן שהם פועלים בחפץ במעורב. אמנם, מבחינה עקרונית הריהם אז שומרי-שכר זה לזה - איש בשכר שמירתו של רעהו; אבל על-כל-פנים, על-ידי עצם הדבר הזה אף נמצאים הם **בשרות** זה לזה כל אחד כשכיר-שמירה של חברו, ולפי

ז. גדרי האחריות במקרים שונים

את עיקר גדרי האחריות של מיני השומרים על-פי דיני ישראל ראינו כבר בסעיף הראשון של פרקנו - ולא נבוא כאן לברר מהו בדיוק **מין-השמירה** שאליו משתייך כל קשר-שמירה מסוים שאפשר להעלות על הדעת. הדבר צריך לבוא על פתרונו על-פי הקש מן העקרונות הכלליים שראינו; ואם יש לגביו מקום מיוחד לספק בקשר-שמירה מסוים כלשהו, צריך הדבר לבוא על פתרונו במסגרת הדינים המיוחדים הנוגעים לאותו קשר-שמירה (כגון דיני שכירות-חפצים, דיני מציאה, דיני שכירות-אומנים, דיני משכון וכיו"ב) - ולא דווקא במסגרת הדינים הכלליים של אחריות השומרים, שרק בהם עוסקים אנו כאן. אולם, בירורם של ספקות מסוג זה כרוך לעתים קרובות בהתרת ספקות המתייחסים למשמעות הנכונה של העקרונות בעצמם - ובמידה שכך הוא, אמנם יש לנו לחזור ולעסוק עוד בגדרי-האחריות.

1. שומר שנסתיימה עילתו

הבעייה הראשונה שנשיב עליה במסגרת זו היא, **מה דינו של השומר אחר שפגה העילה שבגינה שמר הוא את החפץ מלכתחילה, וכשהחפץ עדיין אינו מוחזר ונשאר בידו שלא בפשיעה**. צירוף מקרים כזה יזדמן בדרך-כלל כשמלכתחילה החזיק השומר **על-פי הסכם**, ודבר-ההסכם הגיע לקצו, כגון שהחפץ הופקד או שועבד לזמן, והזמן נסתיים, או שהחפץ נמסר למלאכה מסוימת, והמלאכה הושלמה. אולם, יתכן שצירוף המקרים הנידון יזדמן גם באופן אחר - כגון שהאיש

ההלכה המקובלת - אדם השומר למשמשו הוא פטור, אף אם פשע. רק אם אחד השותפים מסתלק מן הפעולה המעורבת, ומשאיר את החפץ ביד חבריו בלבד - יוצא הוא משרותם, לפחות עד שישבו, ואז נעשים הם שומרים רגילים משמו. אם יש ביניהם הסכם של **התחלפות** בשמירה, הרי בשעת משמרתו של כל אחד - חבריו בינתיים אינם בשרותו, ואחראי הוא כלפיהם כשומר-שכר - בשכר שרות-השמירה של חבריו שהוא זכאי לו **לעתידי** (בבא (מציעא) [בתרא] מ"ב ב' ומ"ג א'-ב).

אולם, תוצאה זו בדין השותפים מתקבלת גם לפי שיטת רב המנונא. כי מהו באמת ההבדל בין "פעולה מעורבת" ל"התחלפות בשמירה"? הווה אומר, שב"פעולה המעורבת" - אף כשפועל אחד השותפים לבדו, מכל-מקום אין הוא פוטר את חבריו מלשמור את החפץ **עמו**, אף באותו רגע עצמו, - והשמירה מוסיפה אפוא להיחשב כמשותפת. למעשה מתבטא ומוסבר הדבר, בכך, שגם אם אחד השותפים פועל כאן בינתיים לבדו, הרי עם זאת - אף חבריו יכולים ומורשים להתערב בפעולה בכל רגע ורגע; אין כאן אפוא העברה - אף של ההחזקה הישירה - באופן יחודי אל השותף-הפועל, ואין חבריו של זה מסולקים מן ההשתתפות אף בהחזקה הישירה, לפי מה שהסקנו בדיני העברת ההחזקה לשומר, בפרק ג' לעיל. יוצא אם-כן כי במצב זה, לא רק השותף-הפועל הוא שומר לחבריו, המופיעים כשומרי-ביניים לגביו, בין פעולתו הוא משמם לבין בעלותו כנגדם, אלא גם הוא מצידו הריהו שומר-ביניים לגביהם, בין בעלותם כנגדו לבין שמירתם-הם משמו; ומשמע לפי רב המנונא, שכשם שהם פטורים במצב זה לגביו, ביחס לכל נזק שנגרם לחלקו בחפץ, שלא "בידיהם", תוך כדי שמירתו, - כן גם הוא פטור לגביהם, ביחס לכל נזק שנגרם שלא "בידיו" לחלקם, תוך כדי שמירתם.

יש להדגיש, כי בין לפי שיטת רב המנונא ובין לפי ההלכה המקובלת, קו-הגבול בין "הפעולה המעורבת" ל"התחלפות בשמירה" הוא עדין ביותר; וכל אימת שהשותפים יפעלו כביכול במעורב, אלא שהעירוב יהיה כרוך למעשה בהסתלקות חלק מן השותפים מן ההחזקה הישירה בשעה שחבריהם פועלים - הרי זו תהיה למעשה התחלפות בשמירה, והשותפים-הפועלים יהיו אחראים. פירושו הנכון של המצב, בין שתי האפשרויות הבאות בחשבון, צריך אפוא להיערך תמיד מחדש, לפי המסיבות.

החזיק כמוצא אבדה, והזמין את הבעלים לקחת את החפץ, והם לא נענו; או שהחזיק האיש **כיוֹרש** בשעבוד, והשעבוד נסתיים; או שהחזיק מאיש על-פי זכות-עיקוב בלתי-מוסכמת, והתביעה שהחפץ עוכב כנגדה סולקה. בכל המקרים האלה, יש מקום לכאורה לכלל פשוט, שאפשר להסיק אף ממה שכבר ראינו: שאם החזיק האיש כשומר-חינם, הריהו יישאר כזה על-כל-פנים, אבל אם היתה דרגת אחריותו יותר גבוהה, באשר היתה לו הנאה בקשר-השמירה - ירד הוא לדרגת שומר-חינם, שהרי הנאתו באה ודאי ממילא גם-כן לקיצה בתום עילת השמירה; ואמנם, בעקרונו של דבר, זהו גם הדין למעשה⁵⁴⁹. אולם, עקרון זה מסויג הוא בכמה נקודות. ראשית, **שואל**, משתמה זכות-שאלתו, רואים את ההנאה שקיבל עד כה בחינם כמוסיפה לתת את השראתה גם בקשר-השמירה הנמשך אחריה, והאיש אינו נהפך אפוא לשומר-חינם, כי אם **לשומר-שכר**, "דהואיל ונהנה - מהנה"⁵⁵⁰. שנית, לעתים קרובות יתכן שהשומר יהא זכאי לעכב את [[161]] החפץ כמשכון לחובות המגיעים לו עוד מבעל-הבית בגינו של קשר-השמירה המקורי שנסתיים - וגם במקרה כזה, כשאמנם מעכב הוא את החפץ כמשכון, ממילא נמצאת לו הנאה בהמשך השמירה, והוא נעשה שומר-שכר⁵⁵¹. ושלישית, אף כשהאיש הוא שומר-חינם, ודאי לא יתכן להדביק לו את אחריות החפץ לעולם, כשאינו עליו חובה מיוחדת להוסיף ולהחזיקו; ולכן, מלבד האפשרויות להיפטר מן החפץ בכלל, שנעמוד עליהן להלן, הדין הוא שאם שומר-חינם הזכאי להחזיר את החפץ הזמין את בעל-הבית לבוא ולקחתו ממקום שבו זכאי הוא להחזיר, ובעל-הבית לא נענה - נפטר השומר מאחריות, אף אם בינתיים משאיר הוא את החפץ בידו^{552 553}.

2. דינו של שומר-יורש

שנית, בעיית אחריותו של **השומר-היורש**. הדברים אמורים ביורש היודע את מעמד המוריש כשומר; כשהיורש טועה - נכנס העניין לתחום שבו נעסוק לחוד להלן. והנה, גם כאן, אם המוריש לא נפטר עדיין מאחריות בכלל, לפי מה שראינו לעיל, משמע שהיורש יהא אחראי לפחות **כשומר-חינם**, - וכך אמנם יהא הדין בדרך-כלל כשהמוריש עצמו לא היה אלא שומר-חינם. יתר-על-כן, כך יהא הדין בהכרח אף כשהמוריש היה שומר-שכר או שואל, אלא שעילת שמירתו פגה עם מותו -

⁵⁴⁹ (פד) דברי גאונים, כלל צ"ו סי' מ"א ושו"ע חו"מ סי' שמ"ג סעי' ב'.

⁵⁵⁰ (פה) בבא מציעא פ"א א', ור' שו"ע חו"מ סי' שמ"ג סעי' א'.

⁵⁵¹ (פו) שו"ע חו"מ סי' ש"ו סעי' א'.

⁵⁵² (פז) דברי גאונים, כלל צ"ו סי' מ"א. לדעת הש"ך בחו"מ סי' ש"ו ס"ק ב', יש מקרים שבהם אף שומר-שכר שנסתיים עניינו והמזמין את בעל-הבית לנטול את שלו - נפטר לחלוטין; אך לע"ד קשה להעמיד את ההבחנה שהוא מציע על בסיס של ממש, ותירוצו לקושיית התוספות בבבא מציעא מ"ט א', ד"ה אלא, נראה לי רחוק לא פחות מתירוץ התוספות עצמן, שאותו הוא דוחה, מצידו, בטענת דחוקות. למעשה, הקושייה אינה קושייה כלל, כי מוסבה היא על דברים שהגמרא בהמשכה מספרת כי לא נאמרו מעולם, בעוד שמן הגמרא בבבא מציעא פ"א א' משתמע פשוט כי שומר-שכר המזמין את בעל-הבית לבוא ולנטול את שלו - בסתם הוא רק מודיע לו בכך כי נסתיים עניין-השמירה, והריהו נהפך לשומר-חינם. רק אם השומר יחזור ויזמין את בעל-הבית **לאחר** שנהפך כבר לשומר-חינם, יוכל הוא להיפטר לגמרי; ובשואל שכלתה שאלתו, מסתבר שהוא לא יוכל להיפטר בדרך זו אף פעם, כי בהנאת השאלה נעשה הוא שומר-שכר עד שיחזיר.

⁵⁵³ (1-1) לפי סעי' 11 של חוק השומרים, תשכ"ז, אין סיום העילה כשלעצמו מפחית את האחריות, אבל שואל או שומר שכר שביקשו להחזיר ולא הצליחו נעשים שומרי חינם, ואילו שומר חינם נפטר אם הוא מבקש את הוראות בית המשפט ופועל לפיהן.

כגון שהחפץ נשאר על-פי שעבוד שלא היה אמור לעבור בירושה או על-פי הסכם של שמירה בשכר או עשיית מלאכה אחרת בחפץ. אולם, כשהמוריש היה שומר-שכר או שואל בגינו של שעבוד המתקיים גם ליורשים - [[162]] וכן במידה שהיה שומר-חינם במשכון להלוואה של טובה שעדיין לא נפרעה⁵⁵⁴, או שנעשה שומר-חינם על-פי הסכם מיוחד, לפני משורת דינו - מתעוררת שאלה, אשר על פי העקרונות הכלליים שראינו עד כאן, אי אפשר להשיב עליה בפשטות.

התשובה הנקבעת בהלכה ביחס **ליורשו של שואל** היא, כי אין הוא אחראי אלא **כשומר-שכר**⁵⁵⁵ - והדבר מסתבר מתוך כך שלא הוא עצמו שאל את החפץ, ואילו זכות-השימוש שנותרה לו באה לו שלא בטובתו, אולי אפילו בלי שיהא זקוק לה, ואולי בלי שיוציאנה גם בכלל אל הפועל. מצד שני, אין הוא יורד לדרגת שומר-חינם, שהרי מכל-מקום יש לו זכות-הנאה (וכפי שנסביר להלן, יש להדגיש: זכות-הנאה **בחינם**). עם זאת יש לציין כי היורש שלא יהא זקוק לחפץ, אמנם יוכל בדרך-כלל להחזירו למשאל אף בתוך זמן השאלה - ובאופן כזה הוא ייהפך אף ביחס לזמן-הביניים, למפרע, לשומר-חינם בלבד; אך האחריות המוגבהת נשארת בחשיבותה על-כל-פנים אף לגבי יורש שאינו זקוק לחפץ - למקרה שזכות ההחזרה לא תהא נתונה⁵⁵⁶. במקביל לכך, יש אומרים כי גם בעל-הבית, מצידו - אם לא יהא לו נוח להשאיר את השאלה בעינה, בדרגת אחריות מופחתת, - הריהו יוכל לדרוש שהחפץ יוחזר לאלתר או שהיורשים יקבלו עליהם חיוב אונסים כבראשונה⁵⁵⁷. אך אף-על-פי שלכאורה "דברים של טעם הם"⁵⁵⁸, [[163]] נראה שבאמת צריכים הם עיון גדול.

⁵⁵⁴ (פח) בדיני המשכון יש סיבוכ מיוחד ביחס לאחריות השומר. כשהמשכון הוא ערובה להלוואה **עסקית**, המסקנה היא פשוטה, שהמלווה הוא שומר-שכר - אם בגין ההנאה שהוא מפק מעסק-ההלוואה ואם בגין ההנאה שהוא מפק מעצם החזקת המשכון, המשמש ערובה לתביעתו. אולם, כשההלוואה היא הלוואה של טובה, אין משמעות להנאת הערובה כשלעצמה, כי המלווה יכול לטעון שבהימנעו ממתן ההלוואה, הוא היה נפטר גם מן הצורך לשמור משכון כערובה. לכן יש המיחסים לו דין שומר-שכר, על-פי הנאה עסקית שמוצאים אף במתן הלוואה של טובה - היינו שמתן הלוואה כזאת הוא מצווה, ובשעת-מעשה פטור הנותן ממצוות אחרות, כגון מתן נדבה לעני. אולם, תפיסה זו אינה מקובלת על דעת הכל, והמתנגדים לה רואים את נותן ההלוואה של טובה - מבחינה עקרונית - כשומר-חינם. עם זאת, אף הללו מעלים אותו למעשה לדרגת שומר-שכר, על-פי הסכמה שמיחסים לו, שמקבל הוא את המשכון כפרעון, במידה שיקרה לו נזק שניתן היה להימנע. אך באופן כזה נעשה המלווה שומר-שכר רק עד כדי ערך ההלוואה: במידה שערך המשכון גדול יותר - נשאר הוא שומר-חינם בלבד. ר' שו"ע חו"מ סי' ע"ב סעי' ב' - ודוק.

⁵⁵⁵ (פט) שו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ג'.

⁵⁵⁶ (צ) כך מתחייב לאור ההלכה, שבעיקרו של דבר אין יורש יכול להסתלק מזכויות-הירושה (טור חו"מ סי' רע"ח סעי' י"א, ועה"ש שם סעי' י"ז), אלא שעל-כל-פנים - כשהזכות היא שעבוד נגד הזולת - ניתן לראות את מות המוריש כאונס המבטל את טעם השעבוד ושאפשרותו צפויה היתה מראש לצד שכנגד (תשובת מהר"ם מרוטנבורג, המובאת בהמרדכי על בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סי' שמ"ה). אונס כזה מאפשר לסיים את השעבוד תוך זמנו, אם הדבר לא יעמיד את הצד שכנגד במצב גרוע יותר מכפי שהיה אלמלא השתעבד - ובמקרה של שעבוד-שאלה אמנם יהא זה המצב בדרך-כלל. אולם, גם בשאלה ייתכן שבעל-הבית השאיל את החפץ בהיותו מתכוון, למשל, לצאת לדרך, ובמקום שיפקיד את החפץ אצל שומר-שכר. במקרה בזה, כשבעל-הבית נמצא אמנם בשעת-מעשה בדרך, יהיו היורשים מחויבים להמשיך ולהחזיק בחפץ.

⁵⁵⁷ (צא) שו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ג'.

⁵⁵⁸ (צב) מהרש"ל בים של שלמה על בבא קמא פרק י' סי' ג'.

ראשית, מפני שלפי שיטת ההלכה המקובלת, גדרי-האחריות של השומר אינם מגופו של הסכם-השמירה, ואין אפוא מקום לבעל-הבית לטעון, שעל דעת גדרים אלה השאיל ועל דעת גדרים אחרים לא השאיל: הוא השאיל על דעת גדרים כלשהם שקובע הדין - והא ראייה שלא התנה על הדין בפירוש, כדי שנכסי השואל ישתעבדו אף לאונס שיארע אחר מותו. ושנית, מפני שלקבל את הדעה הנידונה, משמע לבטל למעשה את גדרי האחריות העקרוניים של היורש, הנקבעים בהלכה בלי מחלוקת כלשהי. כך הוא, מפני שודאי חזקה על המשאיל כי בהיות לו האפשרות לעמוד על גדרי-אחריות מוגבהים, אמנם הוא יעמוד עליהם - כל אימת שנפשו לא תהא יותר מדי עדינה; ואילו הגדרים העקרוניים - ודאי אין להניח כי נקבעו רק כדי לקנוס את המשאיל העדין⁵⁵⁹.

אשר **ליורשו של שומר-שכר**, הזכאי להוסיף וליהנות מן השעבוד, נראה שיש להבחין בין המקרה שההנאה היא בתמורה - כגון שהשעבוד הוא בשכירות - לבין המקרה שההנאה היא בלי תמורה, כגון במקרה של ירושת משכון, ירושת קניין-פירות⁵⁶⁰, או ירושה מיורשו של שואל. במקרה הראשון, מלכתחילה אין לשומר הנאה כנגד עצם השמירה או **ההחזקה**, שבעדה הוא חייב בתמורה, ודינו כשומר-שכר מוצדק רק על-ידי העניין שיש לו במכלול ההתקשרות, אשר במסגרתה נעשה הוא שומר. היורש, מצידו, שוב אין לו עניין גם במכלול ההתקשרות: הוא יורש שלא בטובתו זכויות-הנאה שתמורתן שולמה ואוזנה כבר על-ידי המוריש או צריכה להשתלם ולהתאזן מעזבונו; וכשבאים ומטילים עליו בקשר לכך אחריות עצמית וחדשה משלו, מנכסיו הוא - הרי זו אחריות שאין **כנגדה שום תוספת-הנאה מצידו**, שתצדיק את היעשותו-הוא לשומר-שכר. הוא נעשה אפוא **שומר-חינם** בלבד. לעומת זאת, במקרה השני - בין אם היה לשומר המקורי עניין בהתקשרות, מעבר לעצם הנאת השעבוד בחינם (כמו במקרה של משכון להלוואה עסקית) ובין אם כל עניינו היה רק בעצם הנאת השעבוד בחינם (כמו בדוגמאות האחרות) - הרי היורש, מצידו, מקבל על-כל-פנים הנאה שלא שולמה ולא אוזנה, ממש כמוריש עצמו, שהיה חייב בגין כך כשומר-שכר - ובכן, רק טבעי הוא שגם האחריות המחודשת של היורש תישאר אמנם בדרגה של **שומר-שכר**⁵⁶¹.

[[164]] ואילו במה שנוגע **ליורש של שומר-חינם**, הנשאר זכאי בשעבוד שהיה למוריש, הרי כשהשעבוד היה בתמורה, אמנם נעשה גם היורש **שומר-חינם**, לפי השיקול שראינו בשעבוד כזה לעיל; אבל כשהיה השעבוד **שלא בתמורה**, מגיעים אנו לכך שאחריות היורש **מתגבהת**, ונעשה הוא **שומר-שכר**. הגיונו של דבר מקביל למה שראינו אצל היורש של שומר-שכר, במקרה של שעבוד בתמורה: האחריות החדשה של היורש, אין לה ולא כלום עם ההסכם שבין המוריש לבעל-הבית. יהא אפילו שהמוריש היה שומר-חינם משום שהשעבוד רק היה לו לטורח - כמו במשכון להלוואה של טובה, - הרי ליורש שוב אין נפקא מינה משום מה הלוואה המוריש, ואם היתה זו הלוואה של

⁵⁵⁹ צג) אין מקום לומר שהגדרים העקרוניים נשארים לפי דעה זו בעלי-משמעות על-כל-פנים - אף למקרה שהמשאיל אמנם יעמוד על זכותו להצעת-הברירה - לפחות בזמן-הביניים. כך, מפני שלפי עקרונות המשפט הכלליים יש להסיק כי במקרה של סיום השעבוד בגלל מות השואל או השתנות גדרי האחריות, יחול הסיום **למפרע**, משעת מותו של השואל, והיורש ייהפך אפוא בזמן-הביניים לשומר-חינם בלבד, כפי שיתברר עוד מדברינו בהמשך.

⁵⁶⁰ (צד) עיין אצל **הרב הרצוג**, כרך א', עמ' 324 ואילך, 327 ואילך.

⁵⁶¹ (צה) השווה הגהה על פסקי הרא"ש בבבא מציעא פ"ח ס"י ד' ושו"ע חו"מ סי' ע"ב סע' ו' - ודוק.

טובה או של עסק. לדידו חשוב שזכותו בעזבונו נשארת בצריך גבייה, ושאי-על-פי שזכות זו יכלה להיות גם בלתי-מובטחת, יש בידו משכון להבטחת הגבייה. זוהי לדידו הנאה בלתי-מפוקפקת, ומאחר שאין לה איזון בשום תמורה שהגיעה או המגיעה כנגדה - ראוי לו להתחייב כשומר-שכר, כאמור⁵⁶².

את כל הדברים האלה אפשר לסכם בקיצור כלהלן: הכלל הוא כי השומר-היורש אחראי כשומר-חינם, אך במקום שאגב שמירתו גם יורש הוא שעבוד שנתקבל בלי תמורה אחראי הוא כשומר-שכר. זכות-השעבוד של היורש ניתנת לסיום בתנאים שהסברנו בהערות צ' וצ"ג. השומר-היורש שלא היה לו שעבוד או שעבודו נסתיים יוכל להסתלק מן האחריות לגמרי, כדינו של כל שומר-חינם, כמוסבר בסי' 1.

3. שומר בלי עילה מלכתחילה ואחריותו של המחזיק בחפץ הזולת בשגגה

שלישית, בעיית גדרי האחריות של השומר, שמלכתחילה אין עילה לשמירתו. כוונתנו למקרים העשויים להתהוות בכמה אופנים, כלהלן. ראשית, כשהאיש מקבל את החפץ להחזקה של שמירה, על-פי הסכם, שהוא כשלעצמו בר-תוקף, אלא שזכות-ההחזקה המוענקת על-פיו מתבטלת למפרע, אם על-פי תנאי הכלול בהסכם עצמו, ואם על-פי עילה חיצונית. ובמקביל לכך, יתכן שהאיש יקבל את החפץ בהקנאה לשם בעלות, ולבסוף יתברר לו כי ההקנאה היתה בטלה - אם משום פגם בעצם ההסכם ואם משום תנאי או עילה חיצונית, כפי שאמרנו מקודם.

[165]] אולם, לא כל המקרים מסוג זה נכנסים למעשה לתחום ענייננו. במקרה שההסכם, אשר על-פיו נתקבל החפץ, בטל מלכתחילה, והמקבל יודע את דבר הבטלות - אין צריך לומר, שהריהו גזלן, ושום בעייה של אחריות השומר אינה מתעוררת לגביו. הבעייה מתעוררת רק לגבי המקרים שבהם פועל האיש בתום-לב, כשמלכתחילה ההסכם הוא בר-תוקף, או שהמקבל על-כל-פנים אינו יודע יודע כי ההסכם הוא בטל.

והנה, אף במקרים מסוג זה, יש מקום להסתפק אם האיש הוא שומר; שהרי עם בטלות ההסכם, או משנתבטלה זכות המחזיק למפרע, ממילא נעשה הוא לכאורה למחזיק בחפץ הזולת בלי רשות - ואמנם, הרא"ש פוסק כי על אף תום-הלב, דינו כגזלן⁵⁶³. אך דעת הרשב"ם היא כי האיש הוא שומר⁵⁶⁴, ונראה כי דעה זו היא שנתקבלה למעשה⁵⁶⁵.

⁵⁶² (צו) דוק בש"ך על חו"מ סי' ע"ב ס"ק ל"ו: "משא"כ בנו, שלא הלוח עליו כלום, ועוד המשכון בידו - הוי כמשתכר".

⁵⁶³ (צו) פסקי הרא"ש על סוכה פ"ג סי' ל' (דף מ"א עמ' ב').

⁵⁶⁴ (צח) פירוש הרשב"ם על בבא בתרא קל"ז ב', ד"ה הרי זה מוקדש ומוחזר.

⁵⁶⁵ (צט) ר' מגיד משנה על פ"ג מהל' זכיה ומתנה הל' י'; בית-יוסף על חו"מ סי' רמ"א סעי' י'; סמ"ע על שו"ע שם ס"ק כ"א; באר הגולה שם, ס"ק ק'.

צריכים אנו אפוא לנסות ולהבין קודם-כל כיצד דעה זו אפשרית, ונראה שבאמת אין קשה לתרצה, לפחות במקרה שההסכם היה מלכתחילה בר-תוקף, ורק הזכות המוענקת בו נתבטלה למפרע - זה המקרה שדעת הרשב"ם באמת אינה אמורה בפירוש אלא ביחס אליו. במקרה כזה, אמנם מתבטלת למפרע הזכות שלשמה הורשה האיש להחזיק את החפץ; אבל על-כל-פנים, מאחורי קבלת החפץ לשם הזכות המתבטלת הזאת, היה כאן **הסכם-מסירה** - ותוכנו של הסכם-מסירה זה אינו יכול להיות אלא זה, שמלבד עיקר-ההסכם מקבל האיש רשות-לואי להחזיק את החפץ בינתיים, בין אם הזכות העיקרית תתקיים ובין לא. לאחר מכן, אם הזכות העיקרית, אף היא עצמה, היתה מכוונת רק להחזקה של שמירה - לא מיבעיא שהחזיק האיש כשומר, ולו גם שלא על-פי אותה זכות, שנפלה, כי אם רק מכוח הסכם-הלואי, **הסתמי**. אבל גם אם הזכות העיקרית, שדימה האיש לקבל, אמורה היתה להיות **בעלות** - הרי משנמצא כי זכות זו בטלה, והאיש החזיק את החפץ על-כל-פנים רק על דעת ההסכם שבו הוא קיבלו, תוך נכוונות מודעת או חבוייה להחזירו, אלמלא הבעלות המוענקת לו על-ידי עיקר-ההסכם - יוצא כי לפחות בדיעבד, משנתגלתה לו הבטלות ולמפרע, אמנם החזיק האיש כשומר, משם הזולת - ולו גם, שוב, בלי שום עילת-שמירה מסוימת. [166]

לעומת זאת, כשההסכם היה בטל מלכתחילה, משום שהסכם בין הצדדים בכלל **לא יכול** היה להתקשר, ממילא אין מקום לייחס בו גם שום הסכם מקביל של העברת-החזקה בסתם, אשר יוכל להיות בעל-תוקף ואשר על-פיו יוכל האיש להיחשב מכל-מקום כמי שמחזיק ברשות. יתר-על-כן, למקרה כזה אף אין לנו שום קביעת-הלכה ידועה המכריעה את הדין באופן מיוחד, בפירוש. צריכים אנו אפוא להסיק רק על-פי הסברה, אם דעת הרשב"ם מתיחסת אף למקרה שכזה, או שמא יש להכריע כאן לפי דעת הרא"ש - ולע"ד, האפשרות הראשונה היא עיקר.

קודם-כל, משום שגם כאן, אם אין האיש מחזיק אלא על דעת ההסכם, והוא מוכן בכל עת להחזיר, אם יונח כי ההסכם באמת אינו מזכהו - הרי שמחזיק הוא משם הזולת, לפחות משנודעה לו הבטלות ולמפרע, באותו אופן עצמו שניתחנו בהסכם **המתבטל** למפרע. השאלה היא רק אם אדם המחזיק משם הזולת נעשה ממילא שומר, אף-על-פי שלמעשה לא נתן לו בעל-הבית רשות. ולעניין זה, אמנם נראה לומר, שהחזקה משם הזולת, בלעדי רשותו, **אינה** מספיקה - ולו יהא גם שתתקיים ההחזקה בתום-לב, בלי פשיעה, - וכגון שפלוגי מוצא את חפץ הזולת בעזבון מורישו הגזלן, והוא מדמה כי זאת ירושה בשמירה, או שמקבל הוא את החפץ בשמירה לזולת על-פי הוראה מזויפת. כי במקרים שכאלה, המציאות **האובייקטיבית** היא שאין שום קשר בין החזקת המחזיק תם-הלב לבין דעת-השליטה של בעל-הבית, אשר החפץ הוצא על-כל-פנים מידו, **בניגוד לו**. אך המקרה המיוחד שבו דנים אנו כאן, באמת איננו כזה: פה, החפץ יצא אמנם מיד בעל-הבית שלא מדעתו, אבל **לא בניגוד לו**. המציאות האובייקטיבית היא כי החפץ עבר ליד המחזיק דווקא על-ידי כוח-השליטה של בעל-הבית עצמו, ולו גם בלי דעת; וכשהמקבל לא ניצל את חוסר-הדעת הזה ביודעין, כדי לשלול את החפץ מבעל הבית, בניגוד אמנם לדעתו האמיתית המשווערת, - אלא הוא קיבל את החפץ על דעת **טובתו** של בעל הבית, כפי שבעל הבית דימה לאשר בעצמו, הרי שהקשר בין החזקת המקבל לבין דעת-השליטה של בעל-הבית (**אף זו האמיתית-המשוערת**) **אמנם קיים ועומד**. כי בעל-הבית, ודאי לא יהא נוח לו שבעל-דברו ייחשב כגזלן, באופן שלא יוכל להוציא את החפץ מיד כל מי שיחזור ויגזול מאתו. בעל-הבית, נוח לו שהחפץ יישאר ביד המקבל הנאמן, על דעת הדין-והדברים

שביניהם, ולא שייצא לעלמא במנותק מזיקת-הקשר שנקשר לפחות למעשה על-ידי - ולכן מסתבר, שגם אם הרשאת-החזקה מוסכמת-מלכתחילה אמנם אי-אפשר לייחס כאן, הרי **הרשאה משוערת, הניתנת בדיעבד**, אפשר ואפשר להכיר, בדומה למקרה של מוצא אבידה. בהתאם לכך, אף במקרה הנידון, ניתן להשלים את היחס בין המחזיק לבעל-הבית על ידי **הרשות שאמנם יש למחזיק לקיים את החזקתו, עד שהדין-ודברים בינו לבעל-הבית יבוא על תיקונו** - ובהתאם לכך אף נשלם דינו של האיש כשומר, כפי שהצענו לעיל לקבל.

[167]] עם זאת יש לציין, כי מעמדו של האיש כשומר, במסיבות הנידונות, אמנם אינו יכול להיות מושלם לחלוטין. כוונתנו למקרה שתוך כדי פעולה בתום-לב מעביר האיש את החזקת החפץ לשלישי. הבעייה אינה חמורה, כשהעברה תהא מלכתחילה רק לצורך שמירה; אבל כשהעברה תהא כרוכה ביומרת הקנאה, ודאי תצטרך ההקנאה להידון - לעניין קיום או בטלות - כהקנאת **הגזלן**, באשר דווקא בדיעבד ולמפרע תימצא בה חריגה מגדרי רשותו של שומר בעלמא.

נשאר לנו עתה לברר, משמו של מי בדיוק נעשה האיש שומר במקרים שניתחנו, ומהם גדרי האחריות החלים עליו באמת - ונפנה תחילה לשאלה הראשונה.

נראה לומר, כי האיש נעשה שומר משמו של האיש אשר ממנו קיבל את החפץ. כך מתחייב על-פי טבע הדברים, והנקודה חשובה בייחוד במקרה שהחפץ מתקבל מגזלן. במקרה בזה נעשה המקבל שומר לגזלן - אך בעיית "הרשות", שכל-כך הרבינו לחקור בה לעיל, אינה מאבדת את משמעותה אף במקרה שכזה. גם כאן, אם אין לפחות יומרה או השערת-יומרה של הרשאת-החזקה, אין יחס-השמירה יכול להתקשר; אלא שכאן אמנם מסתיים העניין **ביומרה**: הרשאה אמיתית אין לאיש אפילו במשוער, וכל שמירתו אינה באמת אלא על רקע היותו שומר-גזלן, בעקרונו של דבר. אגב כך יש להעיר כי שמירה לגזלן לא תתהווה אף-פעם בעקב קנייה מגזלן, על סמך העובדה בלבד, שהקנייה מן הגזלן היא בטלה: כך, משום שהקנאת הגזלן לקונה בתום-לב **איננה** בטלה, - ואילו כשהקונה יודע את דבר-הגזלנות, נעשה הוא גזלן לעצמו או שומר-לגזלן, לפי כוונת הצדדים למעשה, ובלי שום קשר ליומרת-ההקנאה שבטלותה ידועה. שומר-לגזלן, בהקשר הנידון, יתכן, למשל, כשהגזלן הקנה על **תנאי**, והקנאתו מתבטלת למפרע, או שהגזלן **הפקיד** את החפץ שלא בשעבוד.

מכאן נעבור לעצם הבעייה של גדרי-האחריות, וכבר ראינו שלדעת הרשב"ם, שאנו הולכים בעקבותיו, דינו של השומר הוא **כשומר-חינם**. אולם, מסקנה זו היא פשוטה ונכונה באמת רק באותו מקרה הנידון על-ידי הרשב"ם בפירוש - והיינו כשמלכתחילה נקנה החפץ על תנאי, ולבסוף מתבטלת הקנייה, לפי האפשרות שהיתה חזויה מלכתחילה. במקרה כזה, אף כשמלכתחילה קיווה האיש להחזיק בבעלות, ולא בשמירה, הרי בדיעבד - אם נמצא החפץ ניזוק - אפשר לטעון נגדו, שמכל-מקום היה לו לחזות שמא יצטרך לבסוף להחזיר את החפץ בעינו, והיתה עליו אפוא חובה כלפי בעל-הבית לדאוג למניעתו של הנזק; ומאחר שבדיעבד מתגלה, כי חובה זו היתה מוטלת עליו בלי שום רקע של הנאה-בדבר מצידו, נמצא כי גדרי האחריות המתאימים לו אמנם הם הגדרים של שומר-חינם. כמו-כן, אפשר להגיע למסקנה דומה כשמלכתחילה לא היה לאיש לחזות שמא עיקר-

זכותו [[168]] בטל או עומד להתבטל, אלא שמלכתחילה ראה עצמו אחראי כשומר, בגדרים חמורים יותר מאלה של שומר-חינם. במקרה כזה, מאחר שמתברר כי האחריות המוגבהת היתה בלתי-מבוססת, נשאר האיש אחראי בגדרי-המזער של שומר-חינם⁵⁶⁶. אך כשמלכתחילה ראה עצמו האיש כשומר שאינו אחראי אפילו כשומר-חינם, או שראה עצמו כבעל החפץ, ולא היה לו לחזות שמא זכותו היא בטלה או עשויה להתבטל, מתעוררת השאלה אם גדרי האחריות האמורים על-ידי הרשב"ם כוחם יפה אף למקרה שכזה.

נראה כי התשובה הנכונה היא, שבמקרה כזה עוברים אנו לתחומו של עיקרון המשותף לדיני השומרים והגזלנים כאחד, ושלפיו **אין אדם מתחייב בגין החזקה בחפץ הזולת בגדרים חמורים יותר מכפי הראוי לו על-פי המעמד שדימה לעצמו בתום-לב, בלי פשיעה**. עקרון זה מופיע כעקרון כללי מוכר בדברי הרמב"ם (בפ"ה) [בפ"ב] מהל' שאלה ופקדון הל' י"א⁵⁶⁷, ומוצאים אנו אותו מוחל - למשל - **ביורשיו של שומר**, המוצאים את החפץ בעזבון ומדמים בתום-לב כי הם יורשי-בעלות⁵⁶⁸, וכן אפילו במקרה של **גזלן**, המחזיק בלי רשות, אלא שגזלנותו (היינו, קבלת החפץ על-ידיו) אירעה לפי תומו ובלי פשיעה מצידו, כגון שמישהו החליף לאדם את חפציו⁵⁶⁹. לפי עקרון זה יוצא כי שומר שלפי [[169]] תומו ובלי פשיעה מצידו אמנם ידע כי הוא **שומר**, אלא שדימה כי פטור הוא מאחריות השומרים - הריהו פטור; אך על-כל-פנים, בהיותו יודע כי מחזיק הוא בחפץ הזולת, הריהו יהיה אחראי לכל נזק שיגרם "בידים"⁵⁷⁰. מצד שני, אם האיש ראה עצמו **כבעל החפץ**, הרי לא זו בלבד שיהיה פטור מאחריות השומרים, אלא הוא יהיה פטור גם מנזק שגרם "בידים", - ורק במידה שנהנה מן הנזק הוא יצטרך לשלם, מדין "זה נהנה וזה חסר"⁵⁷¹. אולם, הדברים אמורים, כמובן, רק כל זמן שהאיש אמנם נשאר בתומתו. משנודע לו כי הזכות שעליה הוא סומך בטלה או עשויה

⁵⁶⁶ ק) הדברים אמורים כשהבסיס לאחריות המוגבהת נופל אמנם עם התגלות בטלותה של זכות-השמירה, כגון שהאחריות המוגבהת היא משום שכירות החפץ, והשכירות מתגלה כבטלה. אולם, כפי שראינו לעיל בשומר-לגזלן, יתכן שזכות-השמירה תתגלה כבטלה ושהבסיס לאחריות המוגבהת יישאר בעינו: כגון שהגזלן מסר את החפץ לבעל-מלאכה לתיקון, שאז אמנם זכות בעל המלאכה להחזיק את החפץ בטלה, אך חוזה-המלאכה עם הגזלן נשאר בתוקפו, ועמו גם הבסיס לאחריות המוגבהת.

⁵⁶⁷ קא) בהסתמך על העקרון גורס כאן הרמב"ם, שאם הבעל מוצא בנכסי המילוג של אשתו חפץ של שלישי, והוא מדמה בתום-לב כי אשתו היא בעלת החפץ, הריהו פטור מאחריות - כדרך שפטור הוא מאחריות לנכסים שבבעלותה. לדעת פוסקים אחרים - שמקור הדברים בבבא מציעא צ"ו ב' מסתבר יותר כמותם - העקרון הנידון אינו שייך כלל למקרה זה, כי פטורו של הבעל מאחריות-השומרים לנכסי-המילוג, תוך דימויו ללוקח, המחזיק משמו של עצמו, כפי שראינו בהערה פ"ג לעיל, אין פירושו ניתוק בין החזקת הבעל לבין בעלות האשה, אלא אדרבה: פירושו הוא שהבעל נעשה מעין נציג של האשה, **המגלם את החזקתה-היא**; ולכן, אף כשיודע הבעל כי חפץ מסוים מנכסי המילוג שייך לשלישי, אין הוא מקבל עליו שום תוספת-אחריות, מעבר לאחריות של אשתו, בנכסיה היא (דוק בעה"ש חו"מ סי' שמ"ו סעי' כ"ז).

⁵⁶⁸ קב) שו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ד'.

⁵⁶⁹ קג) **דברי גאונים**, כלל צ"ו סעי' (א') [מ"א]. הגזלן מסוג זה שגילה את הטעות נעשה שומר-אבדה מאותה שעה: ר' לעיל, פרק ג' סעי' י"ד, בסמיכות להערה קס"ב.

⁵⁷⁰ קד) השווה הראב"ד ומגיד משנה על פ"ב מהל' שכירות הל' ג'.

⁵⁷¹ קה) שו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ד'.

להתבטל - נעשה הוא אחראי כשומר-חינם, מאותה שעה ואילך⁵⁷², ופטורו נשאר רק לגבי הזמן שמקודם⁵⁷³.

העקרון הנידון, נראה כי שייך הוא לא רק במיטלטלין, אלא גם **במקרקעין**. אמנם, במקרקעין, כפי שראינו, אין אחריות השומרים חלה על השומר, מכל-מקום, ואילו האחריות הרגילה של **גוזל** המקרקעין חלה אפילו כשהגזלן פועל מתוך אמונה בזכותו - כי גם במקרה שמקבל אדם מקרקע מן הזולת, ואפילו בירושה - עליו החובה לברר אם אמנם יש לזולת זכות להביא לו את המקרקע (בהבדל מן הדין במיטלטלין)⁵⁷⁴. אולם, כשהמקרקע מתקבל מאדם שבאמת יש לו זכות להביאו, אלא שמשום-מה בטלה ההבאה או מתבטלת למפרע, והמקבל פעל בתום-לב כבעל המקרקע, עד שנהפך הוא בדיעבד ולמפרע לשומר לבעל האמיתי, כפי שראינו לעיל, - מסתבר שהעקרון הנידון **חל**, לעניין שהאיש יהא פטור מאחריות לנזק שגרם "בידים"⁵⁷⁵. [[170]]

4. דינו של מקנה חפץ מוחזק בלי מסירה

בסמיכות לדיון בשמירה בלי עילה, ראוי לנו גם לתת את הדעת על בעיית אחריותו של שומר בעקב הקנאת חפץ מוחזק בידו, בלי מסירה, או על-ידי "קונסטיטוט פוססורי אבסטרקטי"⁵⁷⁶. בקשר לכך נשמעים דברי הפוסקים, לעתים קרובות, כניחושים בעלמא⁵⁷⁷. **הריטב"א**, בחידושו על המשנה בקידושין, דף כ"ח ע"א, שנאמר בה כי הקונה חפץ בחליפין "נתחייב" בתמורתו, כותב ז"ל: "והא דקתני נתחייב זה בחליפין, ולא קתני זכה זה בחליפין, חדא דאית בה תרתי נקיט: דלא תימא אע"ג דזכה ביה הלה בכל מקום שהוא, הרי באחריות בעלים ראשונים לענין גניבה ואבדה, כעין שומר שכר, עד דאתי לרשותיה דאידך, דבההיא הנאה דמחליף אהדדי נעשה עליו שומר שכר - קמ"ל דזכה הלה ונתחייב בחליפין לגמרי, ואין בעלים ראשונים שומר עליו כלל מסתמא, ואפי' ש"ח, כיון שכבר נטל הוא שלו, לא נעשה לו שומר כלל". והנה, אין צריך לומר כי תליית הדברים בדיוק המלה "נתחייב" (ביחוד כשאין מדובר כאן בדרש מקראי, כי אם בפירוש המשנה), - לא זו בלבד שהיא רחוקה מאוד מלשכנע, אלא אדרבה: לו יכלה בכלל להיות למלה זו שייכות לעניין, הרי היא נוטה לרמוז דווקא בכיוון ההפוך. לאחר מכן, נשאר בדברי הריטב"א רק הנימוק ההגיוני, כי משקיבל המקנה את התמורה המגיעה לו, שוב אין לו עניין בשמירת החפץ שהוא הקנה מצדו - ודבר זה ודאי

⁵⁷² (קו) דברים אלה, מצידם, אמורים רק בשומר-לבעלים, ולא בשומר-לגזלן. השומר לגזלן, דינו **כשומר-אבדה**, ורק משעת פסק-דין או הודאת בעל-הבית, כפי שהסקנו לעיל. לענין גזל-האחריות, נפקא מינה, כי השומר אבדה - יש אומרים, כי בגין המצווה שבידו נעשה הוא **שומר-שכר**; והתוצאה למעשה היא שהוא אחראי אמנם רק כשומר-חינם, אבל כך רק בדיעבד, על-פי טענת "קים ליי", ואילו מלכתחילה חייב הוא לשקוד כשומר-שכר, ואם בעל-הבית תפס ממנו כפי שהיה מגיע לו משומר-שכר הריהו זוכה (דוק בשו"ע חו"מ סי' רס"ז סעי' ט"ז, והגהת הרמ"א שם, ובאר היטב ס"ק י"ב).

⁵⁷³ (קז) השווה שו"ע חו"מ סי' רל"ב, וביחוד תה"מ שם, ס"ק ה'.

⁵⁷⁴ (קח) כך מתחייב מתוך השוואת דיני הגזלה במקרקעין ובמיטלטלין, שנעמוד עליהם בהמשך מחקרנו, ור' סמ"ע על שו"ע חו"מ סי' ש"ס ס"ק ו'.

⁵⁷⁵ (קט) כך לאור העובדה, שדיני שו"ע חו"מ סי' רל"ב חלים גם במקרקעין: ר' שם, סעי' ג'.

⁵⁷⁶ (קי) ר' לעיל, פרק ג', סעי' י' סי' 1, והערה קכ"ד, שם.

⁵⁷⁷ קי-1) ר' עה"ש חו"מ סי' קצ"ח סעי' ט"ז וסי' רצ"א סעי' כ"ז.

נכון הוא, וגם מספיק כדי למנוע אחריות בדרגת שומר-שכר; אך השאלה מכל-מקום נשארת אם חוסר-העניין - המתלווה כאן גם לחוסר **הסכס** מפורש בדבר שמירתו של החפץ - אמנם מספיק כדי לפטור את המקנה אף מאחריות של שומר-חנם, - והתשובה השלילית של הריטב"א על שאלה זו מתגלה למעשה כחסרת ביסוס מסוים כלשהו. מסקנתו המצורפת, שהמקנה, במסיבות הנידונות, אף איננו שומר בכלל - אינה יכולה לעמוד על-כל-פנים, שהרי עצם ההנחה היא פה כי החפץ עדיין נשאר בהחזקתו, מדעת הקונה ולזכותו, והיינו **משמו של הלה וברשות**.

נקודה זו באה על תיקונה בדברי **רבנו ירוחם**, בספר מישרים נ"ט סוף ח"ד, לאמור: "מי שקנה בעניין שאין שום א' מהם יכול לחזור בו, והוא ברשות מוכר, יש מן הגדולים שכתבו שהוא עליהם שומר חנם ויש מן הגדולים שכתבו שאפילו שומר חנם לא הוי, והוה ליה כמו הא ביתא קמך, וכן נראה עקר". לפי הכרעה זו, אמנם האיש הוא שומר, אלא שלאור חוסר העניין מצידו, וחוסר הסכס מפורש של שמירה, רואים אנו אותו מעין מה שאמרנו לעיל בשומר-חנם, כשאין עליו חובה של שמירה עוד וכשהעמיד את החפץ לרשות בעל-הבית לקחתו - ושלכן הוא נפטר; אך גם להכרעה זו אין למעשה שום ביסוס.

[171] **במחנה אפרים**, שוב, בהלכות שומרים סי' י"א, מוצע תיקון נוסף, שאם המקנה עדיין לא קיבל את מלוא תמורתו - אמנם נעשה הוא שומר חנם, אף לשיטת הריטב"א; אך כאן יש להשיב, ממה נפשך: אם החפץ מוחזק כמשכון, ייעשה המקנה כשומר-שכר, ואם לא כמשכון - למאי נפקא מינה אם התמורה נתקבלה כבר או לא? זוהי אם-כן שוב רק סברה, שאין ביסודה שום תפיסת-דברים ממשית.

לפי העקרונות הכלליים שראינו עד כאן, מסתבר שהפתרון הנכון הוא כי עצם העובדה שאין לשומר עניין בשמירה אינה מונעת אחריות-שומרים מצידו, אפילו כשאין שם הסכס - שהרי אם לא כן, נמנעת היתה אחריות השומר-היורש, כפי שעמדנו עליה לעיל, וגם לא היה מקום לחייב באחריות את שומר האבדה, לפחות לדעתם של אלה שאינם גורסים כי הנאת המצווה שבדבר יש לה שייכות לעניין. אולם, אם האחריות תחול או לא תחול למעשה, הוא דבר הצריך להישאר באמת תלוי במסיבות, כנרמז בדברי רבנו ירוחם. אם המסיבות מורות כי החפץ אמור להימסר לקונה למעשה רק כעבור זמן - בסתם נשאר המקנה שומר-חנם, אבל אם מורות הן כי ההקנאה היא גם בבחינת מסירה, והיינו שיש עמה הנחת החפץ לפני הקונה לשם נטילה לאלתר, משמע כי המקנה באמת נפטר. תוך כדי כך יוצא, כי במקרה שהמסיבות מורות כאפשרות השנייה, הרי שהחפץ אינו נשאר עוד כלל ברשות המקנה, או בהחזקתו, אלא האיש מסתלק לגמרי - ואז הוא גם לא יהא שומר בכלל, כדברי הריטב"א. מצד שני יוצא שאם המסיבות מורות כאפשרות הראשונה, בסתם פירוש של דבר הוא שהמקנה גם מקבל עליו מרצון לשמור את החפץ בינתיים בשביל הקונה, - שהרי אם לא כן, היה לו להתנות בפירוש כי יהא פטור מאחריות; ובהתאם לכך חוזרים אנו למסקנה, שלמעשה

אין כאן בכלל עניין של שמירה בלי עילה, כי אם באמת **הסכס** של שמירה, ולו בלי הנאה לשומר - ובכן, במלים אחרות, **הסכס רגיל של שמירת-חינם**⁵⁷⁸.

5. דינו של קונה-הגוף לזמן קצוב

ולבסוף, ניתן פה את הדעת על ההלכה המובאת על-פי התוספות בשו"ע חו"מ סי' שמ"ו סעי' י"ח, שאף הקונה את החפץ לגופו, בקניין קיים, אך לזמן קצוב, אחראי עליו כשומר-חינם.

בהלכה זו יש מצד אחד סתירה ברורה לעצם המושג של קניין הגוף. שהרי הקונה את הגוף - יש לו מעין ריבונות קניינית בנכס, השוללת כל אפשרות של כפיפות ל"בעל-בית" מעבר לה, שלא בדרך התפצלות של שעבוד מתוך קניין-הגוף בעצמו⁵⁷⁹. יתר-על-כן, לא רק לגבי קניין-הגוף דרך [[172]] כלל, אלא גם ביחוד, ביחס לקונה את הגוף **לזמן קצוב**, למדים אנו בפירוש שהריהו "בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם"⁵⁸⁰ - ואפילו יכול ורשאי הוא, בשעת הצורך, לסכל תוך כדי-כך לחלוטין את זכותו של מי שגוף הנכס ראוי לו בתום הזמן הקצוב⁵⁸¹. אולם, מצד שני, יש גם פנים לתרץ את ההלכה הנידונה: כי רשות הסיכול של זכות הקונה הראוי, באמת היא נתונה רק **לשעת-הצורך**, ובסתם אין הקונה לזמן קצוב רשאי לסכל את זכותו של הראוי אחריו; וניתן לומר אפוא, שלבד מרשות הפגיעה בשעת הצורך, אמנם אסור לקונה לזמן קצוב להתיחס לחפץ כאדם המחזיק בשלו, ואף בקלות-דעת, אלא חייב הוא לדאוג להשתמרות זכותו של הראוי אחריו בהקף המירבי, ככל המתאפשר בגדר עדיפות הצרכים הכנים של עצמו.

אולם, גם אם ההלכה הנידונה אמנם ניתנת להיתרץ כאמור, נראה שהדין הנכון באמת אינו בה, אלא הוא כדעת הפוסקים הרבים הנוטים לדחותה⁵⁸². כך מתחייב לאור העמדה הברורה של הגמרא, שאף כשלא לצורך כן - איסור הפגיעה בזכותו של הקונה הראוי הוא רק איסור מלכתחילה, שאינו מערער את תוקף המעשה בדיעבד. פירושו של הדבר, כפי שמשתמע גם מפירוש הרשב"ם, הוא, שאף-על-פי שאמנם צריך הקונה לזמן קצוב להתחשב בזכותו של הראוי אחריו, הרי רק הוא עצמו מושם כאן להיות הפוסק לעצמו כיצד עליו להגשים את ההתחשבות הזאת; כי בודאי, רק זה יכול להיות פירוש העובדה, שאמנם הוענק לו **קניין הגוף**, ולא ניתן לו רק שעבוד נגד חברו. ההלכה המבקשת להפוך את הקונה לזמן קצוב לשומר - למעשה היא מוציאה ממנו את ריבונות-המעשה שאמרנו, ואת קניין-הגוף שהוא רק כינוי לריבונות, ומעבירתם למי שעל-פי כוונת-העניין

⁵⁷⁸ קי-2) **בהלסבורי-סיימונד**, כרך ל"ד, עמ' 79, מובעת סברה - לגבי המשפט האנגלי - כי מוכר אשר החפץ המכור נשאר בהחזקתו נעשה שומר שכר. לפי הגדרות השומרים בדיני ישראל נראה שאין להצדיק תפיסה כזאת, כי יהא שיש למוכר הנאה בחוזה המכר, מכל מקום אין שמירתו נעשית במסגרת המכר, אלא מעבר למסגרת הזאת.

⁵⁷⁹ קיא) ר' חיבורי על "מושג הקניין ומערכת זכויות הממון", חלק א', פרק ב', סעי' ד', וחלק ב', פרק ד', סעי' ד, והשווה לעיל, פרק ג', סעי' ו'.

⁵⁸⁰ קיב) פכ"ג מהלי מכירה הלי ו'.

⁵⁸¹ קיג) בבא בתרא קל"ז, א', ודוק ברשב"ם שם, ד"ה ערום וד"ה זה המשיא עצה.

⁵⁸² קיד) ר' עה"ש חו"מ סי' שמ"ו סעי' כ"ח.

זכאי רק **במותר**; ובאשר היא סותרת אפוא לא רק את ההנחות המושגיות שאליהן היא מתיחסת, אלא גם את ההגיון המעשי העולה מאותן הנחות, הריהי באמת בלתי-נכונה.

בהתאם לכך נשאר הכלל בעינו, שלעולם אין בעל החפץ נעשה שומר לבעל-בית שמעבר לבעלותו. [[173]]

ח. הערכה השוואתית של גדרי האחריות

עד כאן היינו מבררים והולכים את המבנה הכללי של השיטה העברית בעניין אחריות השומרים, ואת מעמדו היחסי של המבנה **הכללי** הזה לעומת הגישה בשיטות אחרות. אולם, שאלת ההערכה היחסית מתעוררת לא רק לגבי המבנה הכללי, אלא גם לגבי עצם גדרי האחריות שהשיטה העברית מחילה על השומרים השונים - ונעבור עתה לבירור השאלה הלזאת.

בכיוון זה כבר היתה לנו הזדמנות לבקר את השיטה האנגלית, המשאירה את האחריות בכל מקרה ומקרה, בלי הבחנה, לדיני הנזיקין הכלליים⁵⁸³. מצד שני, הדרך העברית של מיון כל מיני השומרים האפשריים בשלש (או, למעשה, ארבע) דרגות אחריות, יש לה הקבלה עקרונית גם בשיטה האנגלית וגם בשיטה הרומית, וקשה לראות משהו עקרוני שאפשר יהא לטעון נגד מיון זה כשלעצמו, מבחינתו הצורנית גרידא. אכן, כל מיון יש בו משום התעלות על גורמי-ייחוד מסוימים המבדילים בין כל מקרה נתון למשנהו, אך התעלות שכזאת היא תנאי לעצם האפשרות של כללי-משפט ידועים, והשאלה היא רק אם ההתעלות - או המיון - נעשו בעניין שיש בו נפקא מינה, ואם לא נשאר עניין שיש בו נפקא מינה כנגד ושלא נלקח בחשבון. בקשר לכך יש גם להדגיש, כי המיון שאנו דנים בו **אינו** מתעלם מן העובדה שבכל מקרה ומקרה עשויות להידרש חומרות-שמירה שונות, לפי המסיבות. הוא מכליל רק את **מידות הסיכויים למניעתו של הנזק**, אשר לגביהם יהיה אחראי השומר או שמעבר להם הוא יהיה פטור, בנקטו אמנם את החומרות המיוחדות המתאימות למסיבות - ואת טעמי המשפט העברי בעמדתו במסגרת זו נבחן עתה על בסיס השוואתי. אולם, גם בתחום זה יכולים אנו מיד להוציא מן ההשוואה את מיון אחריות השומרים כפי שיש גורסים אותו **במשפט האנגלי**: גדרי המיון הזה אינם קבועים בממשות מספיקה כדי שאפשר יהיה לערוך עמם השוואה, ונסתפק אפוא בהשוואה בין דיני ישראל למשפט הרומי והאירופי-היבשתי החדש.

1. אחריותו של המחזיק בשגגה

כאן נראה, קודם-כל, כי במקרה של מחזיק המדמה על-פי טעות בתום-לב כי הוא עצמו בעל החפץ - עיקר הדין הוא שווה בשתי השיטות, שאין על האיש אחריות לנזק כלשהו, אשר לו עצמו לא היתה בו הנאה; אך הבדל מסוים נמצא על-כל-פנים ביחס לאחריות במקרה **שיש** הנאה. לפי המשפט האירופי אחראי המחזיק רק להנאה שיש בה משום **התעשרות קיימת**, המיוצגת עדיין בנכסיו של האיש⁵⁸⁴, [[174]] בעוד שלפי הדין העברי אחראי הוא גם להנאה שהיתה וכלתה. הטעם לפתרון האירופי הוא ודאי זה, שאין לחייב אדם על הנאה שנטל לעצמו ממה שנראה לו בתום-לב כהונו,

⁵⁸³ קטו לעיל, סעי' (ב') [א'].

⁵⁸⁴ קטו ר' לעיל, פרק א', סעי' ה', סי' 6.

ואשר אולי לא היה נוטלה לו חשב כי יצטרך לשלם בעדה מתוך הונו כפי שהוא באמת, כשערך אותה הנאה איננו נכלל בו. לעומת זאת, לפי הדין העברי מסתבר כי יש להשיב על כך, שאי-אפשר לפטור את האיש לגמרי, על-פי שיקול שכל כלו מפוקפק. יתכן אמנם שהאיש היה נמנע מן ההנאה, אבל יתכן ויתכן גם שהוא היה נזקק לה על-כל-פנים - ומכל-מקום, לא זוהי הבעייה היכולה לשמש קנה-מידה ממצה בענייננו. המבחן המכריע נמצא בעובדה, שהאיש **נהנה**, ונהנה על חשבון הזולת - ובכן, חובה מוחלטת היא עליו לשלם. אולם, מהי באמת ההנאה שנהנה? אין זו יכולה להיערך לפי הערך האובייקטיבי שלה בשעת-המעשה. כי אמנם את הערך הזה מוכן היה האיש לאבד כשנזקק להנאה מתוך מה שהוא ראה כהונו, אבל כשלמעשה נמצא כי ההנאה היתה מחוץ להונו, והוא נאלץ לשלם את תמורתה במצב הלזה - ודאי צריכה ההנאה להיערך בפחות: היינו במה שיש לנו להעריך כי הוא היה מוכן לשלם בעד הנאה מסוג זה לו היו מציעים לו לקנותה **בהזדמנות**, כפי שאמנם בהזדמנות היא נפלה לידו - ואכן, רק בגדרים אלה מחייב הדין העברי את התשלום כשההנאה כבר היתה וכלתה.⁵⁸⁵

2. אחריותו של שומר חנם

לאחר מכן נשארים לנו שלשת גדר-האחריות האמורים בשומרים **המכירים** בשמירתם, ובזה צריכים אנו לחלק את השוואתנו לשניים: בעיית מיון השומרים, מחד, ובעיית גדר-האחריות שכנגד כל מין של שומרים, מאידך.

בתחום **המיון**, יש לנו הקבלה מדויקת למדי בין שתי השיטות במה שנוגע לשומר-חנם; ובשתי השיטות, חשיבותו של גורם הפעולה-**בחינם** הוא, שהאיש יעמוד בדרגת-האחריות הנמוכה ביותר. אולם, משעוברים אנו **לתוכן האחריות**, נמצא כי השומר-חנם בדיני ישראל, האחראי לדרגת-שקידה מעין זו שנוהג בה **האדם הזהיר**, אחראי למעשה בדרגה שהיא ההקבלה המדויקת לדרגת-האחריות **הגבוהה ביותר** במשפט הרומי (האחריות של "בעל-משפחה טוב", או *bonus paterfamilias*). יתר-על-כן, במשפט הרומי, דרגת-האחריות הגבוהה הזאת היא היא דרגת-האחריות **הרגילה**, אשר המתעסק-חנם בענייני הזולת **מורד** לאחריות שלמטה ממנה: נאמר לו אפוא כי בהיותו עוסק-בחינם מותר לו קצת **לזלזל** בנכסי טיפולו - ולא זו בלבד שמותר לו לזלזל בדרך שאדם שאיננו זהיר מזלזל בעסקים של עצמו (*diligentia quam suis*) - ויש להדגיש כי את המלה *diligentia* מובאים אנו כאן לתרגם **כזלזול**), אלא נפטר הוא מאחריות כל אימת שזלזולו לא יגיע עד כדי כך שיוכל להיחשב כמעשה אוילות או זדון (*dolus* או *culpa lata*)⁵⁸⁶.

[[175]] לעומת זאת, בדיני ישראל, אם כי גם כאן דרגת-האחריות של השומר-חנם היא הדרגה הנמוכה - הרי כל הגיון-הדברים הזה שסקרנו, אין לו מקום. כבר השומר-חנם חייב כאן בשקידה

⁵⁸⁵ קיז) ר' שו"ע חו"מ סי' שמ"א סעי' ד', וסמ"ע שם ס"ק י"י.

⁵⁸⁶ (ק"ח) בשיטות החדשות של אירופה, המצב הוא בדרך-כלל אותו בעצמו, אלא שהפחתת-האחריות המוענקת למתעסק-בחינם אינה יורדת עד איסור מעשי-אוילות וזדון בלבד, אלא משאירה היא בגדר איסור גם את מידת הזלזול שאדם רגיל בלתי-זהיר לא היה נוהג בה על-כל-פנים בעסקים של עצמו (סעי' 1927 של ספר החוקים האזרחי בצרפת; סעי' 1768 באיטליה; סעי' 690 של הבג"ב). - בחוק השומרים, תשכ"ז, אחראי השומר חנם אם נהג ברשלנות, אך לא נקבע מהי דרגת השקידה הנדרשת.

של האדם הזהיר, וגם אם שומר-שכר אמנם חייב כאן בשקידה נעלה אף מזו, הרי על מי שמצווה לשקוד לפחות כאדם הזהיר, אי-אפשר על-כל-פנים לומר כי "מפחיתים" לו בזה מדרישות השקידה הרגילה ורומזים לו בכיוון של רשות לזלזול כלשהו. אדרבה, יוצא כי גם בדיני ישראל, דרגה זו של אחריות היא היא הדרגה הראויה להיחשב כ"רגילה" וכקנה-מידה להערכת הדרגות האחרות, אלא שכאן הדרגות האחרות אינן בבחינת הפחתה מדרישות השקידה הרגילה, כי אם בבחינת **החמרה**.

בהתאם לכך ניתן לסכם, כי לפחות במה שנוגע ל**שומר-חינם** מוכחת עדיפותה של השיטה העברית, וגם הצדקתה האובייקטיבית השלמה, באופן חד-משמעי. כי ראשית, משהסכמנו על עצם העקרון של אחריות לנכסי הזולת, ודאי אין זה חינוכי מבחינה חברתית - ואינו הגיוני מבחינה מושגית-משפטית - שהאיש יהיה אמנם אחראי, אבל רק תוך רשות של זלזול מסוים, באשר עושה הוא טובה. שנית, כי מסקנה זו - מצידה - ממילא פירושה הוא, כי שקידת האדם הזהיר היא באמת שקידת-ה**מיזער** שמוותר ואפשר לחייב בה אדם, אם באים בכלל להטיל עליו חובת-זהירות. ושלישית, כי ודאי אין מקום לספק, על-פי מושגי האיזון החברתי העשויים להתקבל כסבירים על-ידינו, שבסתם - וביחוד כשמדובר בדאגה לענייני הזולת בלי שום מניע מיוחד מלבד יחסי הריעות גרידא - אי-אפשר לחייב אדם בזהירות **חמורה יותר** מזו שמקובלת עלינו בדרך-כלל כזהירות **מספיקה וטובה**. השאלה לאחר זה נשארת רק אם בכל-זאת יש מסיבות - ומהן המסיבות - שבהן ראוי להטיל גדרי-אחריות חמורים אף יותר; ונעבור עתה לשאלה הלזאת.

3. אחריותו של שותף

אולם, משהגענו לכאן, מתפרדת השיטה העברית מן השיטה הרומית לגמרי - לא רק מבחינת **תוכן האחריות** בדרגות השונות, אלא גם מבחינת המיון. בדיני ישראל, יותר משומר-חינם אחראי **שומר-שכר**; לעומת זאת, במשפט הרומי, בדרגה שלמעלה מן המתעסק-חינם אחראי **המתעסק בעניין משותף**. בקשר לכך יש לציין כי בין שני מיני האנשים הללו, שומר-השכר העברי והמתעסק בעניין משותף, אמנם יש להבחין בקפידה, כי על נקלה עשויים אנו להשתבש כאן בדמיון שאיננו; ונקודת הדמיון המטעה היא, שגם שומר-השכר הוא תמיד שומר בעניין **הדדי**. אמנם, בהגדרת שומר-השכר לעיל, דילגנו על גורם ההדדיות - כי יותר פשוט הוא להכיר את שומר-השכר על-פי עצם העובדה שיש לו הנאה בדבר, ושאיננו שואל; אך מתוך צירוף זה יוצא ממילא, שהנאת השומר כאן אינה חד-צדדית, אלא גם לבעל [[176]] הבית יש הנאה בדבר - אם על-ידי העניין שיש גם לו בחוזה שבמסגרתו נעשית השמירה (כמו במקרה של משכיר או לווה במשכון), ואם על-ידי העניין שיש לו בעצם השמירה על-ידי הזולת (כמו במקרה של מפקיד-בשכר או משאיל המחויב לסבול את התמדת השעבוד ביד יורשי השואל, ושנוח לו בדיעבד כי היורשים יהיו אחראים לשמירה בעצמם). אולם, עניין **הדדי** איננו זהה לעניין **משותף**. במשפט הרומי, אחראי המתעסק בעניין הדדי - המקביל לשומר-השכר העברי - בדרגה הרגילה, **הגבוהה ביותר**, כפי שנחזור ונראה להלן, - ואילו כנגד דרגת-ה**ביניים** שבה רוצים אנו לעסוק כאן, ושבה נמצא שומר-השכר העברי, נמצא במשפט הרומי רק מי שהוא ממש **שותף** ומתעסק בנכסי **השותפות**. אדם מסוג זה אחראי במשפט הרומי רק בגדרי הזהירות שאדם **שאיננו** זהיר במיוחד נוהג בה בעסקים של עצמו, - ולפני שנמשיך בעניין שומר-שכר יש לנו אפוא להתעכב ולראות עוד מה היחס בין עמדה זו לבין מה שמקביל לה בדיני ישראל.

והנה, השותף לפי הדין העברי, וכפי שראינו בהערה פ"ג לעיל - תיתכנה בו, לגבי חבריו, שתי אפשרויות-אחריות מתחלפות: או שיהא פטור לגמרי, כשמחזיק הוא בחפץ **בשווה** עם חבריו, או שיהא אחראי על-פי הדינים הכלליים של שומר-חינם, שומר-שכר, שואל או מחזיק בשגגה, לפי מסיבות המקרה - כשבאמת מטפל הוא בחפץ המשותף לבדו. האפשרות הראשונה מאלו מסתברת מתוך כך, שהדברים אמורים - כזכור - במעין אחריות של **ביטוח**, ולהבדיל מאחריות לנזק הנגרם "בידים": כי ודאי שאין השותף צריך להיות פטור מנזק שהוא עצמו גורם לחבריו "בידים" - אף אם הנזק נגרם בהיותם מחזיקים במשותף; אבל כשהנזק נגרם **מעלמא**, והחפץ מוחזק במשותף - אין חלק מן השותפים יכול לבוא בטענה על חבריהם, הלמאי הם פשעו בשמירה, כשאותם המתלוננים בעצמם היו אף הם בשמירה, והיה בידם לתקן מה שעיוותו חבריהם⁵⁸⁷. לעומת זאת, כשהשותף מטפל בחפץ לבדו - נמצא כי מציאות זו, שבה כל פשיעה היא ממילא פשיעה הדדית, שוב איננה קיימת: ביחס לחלק חבריו נראה באמת השותף-הפועל ככל שומר רגיל, שבעל-הבית מניח בידו את החפץ בסמכו רק עליו, - ומתוך שאין כאן הבדל במציאות, אף נמנע כל ייחוד במשפט.

[[177]] אם נחזור מכאן להשוואה עם המשפט הרומי, שוב נראה אפוא כי אין אנו יכולים לשאוב מן הדין הרומי השראה לביקורת על הדין העברי, כי אם אדרבה. אמנם, אפשר להבין מדוע אין המשפט הרומי קובע אלטרנטיבה של פטור השותף מאחריות לגמרי: המשפט הרומי אינו יודע את ההבחנה בין אחריות-שומרים מיוחדת לאחריות לנזק "בידים"; אף את האחריות לנזק "בידים" מודד הוא לאו דווקא על-פי דיני הנזיקין הכלליים, אלא על-פי מעמדו של האיש בקניין או בחוזה אוונטואלי ביחס לחפץ - ומשמע כי אלטרנטיבה של פטור היה פירושה לדידו, לא רק פטור מאחריות של ביטוח, אלא גם פטור מנזק "בידים" ממש. אולם, אף על רקע החטא הקדמון הלזה, עוד יש לתמוה על קביעת הדרגה המיוחדת **לאחריות החיובית** של השותף. כי מצד אחד, מבחינת **ההחמרה** שישנה כאן לעומת השומר-חינם הרומי, הרי למעשה תלויים הדברים על חוט-השערה: בדרגת האחריות של השותף אין דרישה לנהוג כאדם הזהיר, אלא רק כאדם הרגיל, שאיננו מקפיד - והשותף מתחייב אפוא רק אם נהג בפחות זהירות אפילו מ"האדם הרגיל" הלזה. אבל אם-כן, מה למעשה ההבדל בין דרגת חיובו לדרגת חיובו של השומר-חינם המתחייב רק על "פשיעה חמורה", - ויתר-על-כן, מה יכולה להיות ההצדקה להבחנה דקה שכזאת, הנערכת לאו דווקא במיון של מקרים, כי אם בדרגות-אחריות? אכן, קשה להשיב, ונראה שבשיטות החדשות של אירופה אמנם התמזגו שתי דרגות-האחריות לאחת. ואילו מצד שני, מבחינת **ההקלה** שישנה כאן לעומת האחריות הרגילה, הנדרשת בדרך-כלל בטיפול בעסקי הזולת תוך עניין הדדי - שוב חוזרים אנו לביקורת שמתחנו על רמז התר-הזלזול הנכלל בהקלה זו. אכן, מבחינה הגיונית פשוטה, לא היה פגם לו נקבע כי זהירות האדם הרגיל בעסקי עצמו היא קנה-המידה הרגיל והטוב לחובת

⁵⁸⁷ (קט) כנגד שיקול זה אין לטעון שלפעמים אי-אפשר לבצע את השמירה כראוי אלא בכוחות משותפים. כי אף במקרה שכך הוא, אין לנו כאן עניין בחוזה הדדי, שהצדדים התחייבו בו לסייע איש לרעהו, כדי להוציא אל הפועל משימה במשותף. עוסקים אנו כאן בשיתוף בין אנשים **שאינ** ביניהם הסכם הדדי: הם שותפים רק באשר עניינו העצמי והנפרד של כל אחד מהם משתלב בעניין העצמי, הנפרד והמקביל, של חבריו, ובהתאם לכך - גם כשמישהו מהם יפשע בחיובי השמירה המוטלים עליו לטובת חבריו, לא תהא זו אף פעם פשיעה בחיובים של **שמירה במשותף**, אלא רק פשיעה בחיובים כפי שהם מוטלים על האדם על-פי הנחה של היותו שומר יחיד.

זהירותו של אדם גם בבואו להתעסק בנכסי הזולת. אולם, בו ברגע שקנה-מידה זה צורף להנחה כי האדם הרגיל אינו זהיר למדי - ממילא נפסל קנה-מידה זה לגמרי, אף אלמלא נכלל קנה-המידה של הזהירות המתקנת בגוף המשפט; על אחת כמה וכמה, כשקנה-המידה המתקן אף קיבל גושפנקה משפטית מפורשת, שעל-ידי כך אמנם נקבע בפירוש כי "זהירות האדם הרגיל" היא זלוזל.

מכאן, המסקנה בסיכום היא, שהעמדת השותף בדרגת אחריות מיוחדת, בנוסח המשפט הרומי, היא מופרכת; לעומת זאת, הטיפול של המשפט העברי בנידון - לא זו בלבד שנראה הוא מוצדק על-פי שלמות הגיונו, אלא באמת הרי זו שוב נקודה שבה מתגלה עמקו המיוחדת, בעמידה על בקורות-הבחנה **מהותיות** עדינות הנוטות להתעלם מן העין, ואשר בעמדתו עליהן נוכחים אנו כי ההתעלמות מהן עשויה להיות כרוכה דווקא באי-צדק גדול בכל מקרה שבפועל. [[178]]

4. האחריות של שומר-שכר ושואל

אחר בירור-הביניים הזה פנויים אנו לחזור לשאלתנו בדבר ההצדקה של דרגות-אחריות החמורות אף מקנה-המידה של האדם **זהיר**, המתקן - וזה בין בתחום השותפים בין שלא בין שותפים. ברמה זו מוצאים אנו במשפט העברי הבחנה בין **שני** מיני שומרים - שומר-השכר והשואל - שדרגות-אחריותם מוגבהות מעל קנה-המידה היסודי, האמור, זו מעל זו. לעומת זאת, במשפט הרומי, קנה-המידה האמור הוא עצמו כבר הגבוה ביותר, וחל הוא בשומר-השכר ובשואל כאחד - היינו גם באדם המתעסק בנכסי חברו מתוך עניין הדדי וגם באדם שכל הנאת ההתעסקות היא רק לו לבדו.

כדי להשיב עתה על שאלתנו, צריכים אנו קודם-כל לשים את הלב לכך, שתשובה שלילית - בגדר המסקנות שהעלינו עד כאן - היתה מחייבת קנה-מידה אחיד של אחריות לגבי כל מיני השומרים בלי הבדל, לבד אולי מן השומר שהוא מחזיק בשגגה, - והיינו שכלם יהיו אחראים באותה רמה בלבד שבה מחייב הדין העברי את השומר-בחינם. תוצאה הדומה לכך, לכאורה מוצאים אנו כיום במשפט האנגלי, לפי השיטה המשאירה שם את האחריות בכל מקרה ומקרה, בלי הבחנה, לדיני הנוזיקין הכלליים. אולם, משמגיעים אנו לכאן, מסתבר שלמעשה אין תוצאה שכזאת יכולה לעמוד. כי מטבע העניין נוטה השקפתנו להתקומם נגד התעלמות מטיבו של הקשר בין הצדדים בהערכת גדרי הפשיעה ביניהם. אם נתאר לנו, למשל, שני אנשים המקבלים עליהם, במסיבות שוות לחלוטין, לשמור אגרטל - אלא שאחד מקבל עליו את ההחזקה בחינם, דרך-חסד, והשני בשכר, - ואם נאמר, כדרך המשפט האנגלי, שלגבי שניהם אין לנו אלא קנה-מידה אחד ויחיד, היינו כיצד a reasonable man היה נוהג במסיבות המקרה - הרי אף-על-פי שאינני יודע על שום פסק-דין אנגלי מפורש בעניין, נדמה לי שאפשר לשער בלי פקפוק, כי לו נזדמן הדבר למעשה לשופטים אנגליים, הריהם היו פוטרם את השומר-חינם כ-reasonable למדי במסיבות המקרה משהניח את האגרטל על מזונו, מול אגרטל דומה משלו, שנמצא שם בקצה השני, - בעוד שאת שומר-השכר הם לא היו פוטרם מאחריות לגנבה אלא אם סגר את האגרטל על מפתח במגרת שלחנו. שהרי אם לא כן, בעד מה ניתן השכר לשומר השני? האם רק בעד מה שאדם חייב לרעהו אפילו ביחסים של טובה? קבלת תמורה בעד חובה מסוג זה אינה לכבוד **למקבל** - ותשלומה אף אינו יכול להיות, בדרך-כלל, כדאי **למשלם**, אחר שהתחייבות מן הסוג הנידון יש בידו לקבל אפילו בחינם, - ומטבע העניין הוא אפוא,

שהחלת קנה-מידה כלשהו לרמת-האחריות שתידרש אפילו ביחסים של טובה, באמת תגרור אחריה, ממילא ובהכרח, קנה-המידה גבוה יותר ביחסים בתמורה.

[179]] והנה, במשפט האנגלי שיערנו בהקשר זה שמשמעות סטייתו מן המסורת הרומית היא למעשה רק חזרה לאותו המשפט הרומי עצמו, בעקיפין - כי משקבע המשפט האנגלי קנה-מידה אחיד לשומר-חינם ולשומר-השכר במידת-הזהירות של "האדם ההגיוני", ממילא מוכרח הוא למצוא את ההבחנה שלו בין שני מיני השומרים תוך **הפיצול של הגיון-הזהירות**, לזהירות הגיונית גבוהה ונמוכה, כפי שהיה במשפט הרומי. לעומת זאת, בדיני ישראל, כפי שראינו, נשלל כל פיצול מסוג זה מלכתחילה: כבר השומר-בחינם מתחייב כאן, בפירוש, במידת-הזהירות **הגבוהה ביותר** העשויה להיחשב הגיונית במסיבות המקרה, וממילא משמע כי השומר-בשכר מוכרח כאן להתחייב אפילו לנזק שגם במיטב הזהירות הרגילה אי-אפשר היה למנוע.

אך נראה שמסקנה זו כשלעצמה יכולה רק להספיק **כמבוא** להבנת הגישה של דיני ישראל בענייננו, ואילו בעצם תוכנה מבוססת הגישה בשיקולים אף יותר מהותיים. כי באמת, מהו בכלל טעם העקרון שאין אדם מתחייב על נזק שנגרם לזולת אלא אם פשע בגדרי הזהירות שהיה לו לנהוג בהם במסיבות המקרה? מדוע אין הוא מתחייב על כל נזק הנמשך ממעשיו, ואפילו באונס? הווה אומר, שאמנם התשובה היא פשוטה: כי מה לאדם ולנזק שנגרם לזולת, אם לא הוא עצמו גרם את הנזק על-ידי מעשה שהוא לא היה צריך לעשות? אולם, משאך נעיין בדבר, נמצא שקנה-מידה זה מתאים אמנם רק למקרה שלבעל-המעשה עצמו **אין שום שייכות משלו בנשוא שבו הנזק נגרם**. מצב כזה של העדר-שייכות קיים, בדרך-כלל, בכל השטח המכוסה על-ידי דיני הנזיקין, וכן גם ביחס בין **שומר-חינם** לבעל-הבית; אבל **שומר-שכר ושואל** - כלום באמת גם להם אין שייכות בנשוא שבו הנזק נגרם, כדי שאם יתהווה הנזק באונס יחול ההפסד רק על בעל-הבית בלבד? אכן, לא כך הדבר. כי בעל-הבית עצמו, כשהוא רואה את החפץ שווה בשוק כך וכך, ואף-על-פי-כן מעדיף הוא שלא למכרו כנגד משהו שייצרך לאלתר, אלא מחזיק הוא את החפץ אצלו, ומסתכן הוא שבינתיים יוזק החפץ באונס, והוא יפסיד את ערכו לגמרי - משום מה הוא עושה כן? הווה אומר, משום ההנאה המסוימת שיש לו בהחזקה, השקולה כנגד הסיכון הכרוך בה. אך אם-כן, במלים אחרות, **דינה של ההחזקה לפי טבעה, הוא, שסיכון האונס יהא צמוד להנאתה**, ולפי זה, כל אימת שהנאת ההחזקה עוברת, כלה או בחלקה, באמת אין הגיוני הוא שבאותה מידה יעבור גם נטל סכנת האונס העלול להתארע. אם נחזור מכאן לענייננו, משמע **שאת שומר-השכר והשואל יש לראות באמת כאילו בהנאת-ההחזקה שיש להם הריהם קנו גם חלק בסיכון** - וזהו בודאי עיקר ההסבר לגישת המשפט העברי לעניין.

בהתאם לכך יכולים אנו לעבור עתה ולבדוק את משמעות הדברים בדיוק. **שומר-השכר** בדין העברי, באמת אינו רק השומר-בתמורה שעליו דיברנו לעיל, אלא נכלל בזה, כאמור, כל שומר אשר לו ולבעל-הבית יש הנאה הדדית בהחזקה. לכן, דינו של שומר-השכר הוא, שהוא ובעל-הבית **יתחלקו בסיכון האונס**. אולם, אין משמע כי בדבר זה יכולים הם להיחשב ממש שותפים, שהאונס יתחלק ביניהם בשווה. מיני הנאותיהם בהחזקה הם שונים: האחד נהנה כשומר ורעהו כבעל-הבית; השומר - עצם תפקידו הוא למנוע את [180]] הנזק מרעהו - ולכן אין מחלקים ביניהם את האונס עצמו - וכל אונס - בדיעבד, אלא מחלקים ביניהם רק את מיני הסיכון, מלכתחילה. כל

אימת שהאונס איננו מוחלט, אלא הוא אונס רק ביחס למיטב אמצעי הזהירות שהיה על השומר לנקוט ברגיל - ואילו באמצעי זהירות משופרים אף יותר, מכל-מקום יכול היה האונס להימנע - חלה אחריותו על השומר, והרי זה נעשה כמי שהתחייב לנקוט אמצעי-זהירות מוחלטים. אם, לעומת זאת, האונס הוא מוחלט, ולא ניתן היה למנוע בשום אמצעי-זהירות, נשאר הסיכון על בעל-הבית.⁵⁸⁸

אשר לשואל, נראה לחזור ולומר קודם-כל, שעל-פי אותו הגיון - ואף הגיון ביטוח נכסי הזולת בעלמא - המחייב שומר-שכר יהא אחראי בדרגה גבוהה יותר משומר-בחינים, אמנם צריך גם השואל להיות אחראי בדרגה גבוהה יותר משוכר-השכר. ההבחנה בין העדר-הנאה מצד השומר⁵⁸⁹, הנאה הדדית של השומר ובעל-הבית ביחד והעברת כל הנאת-ההחזקה לשומר היא באמת הבחנה מהותית לא רק מנקודת-ראות קניינית, כפי שהסברנו, אלא גם מנקודת-הראות הכלכלית-פסיכולוגית של הצע וביקוש, שעליה עמדנו מקודם. אך בין השתים מכריעה, על-כל-פנים, כאמור, ההבחנה הקניינית. מבחינה זו, משמקבל השואל את כל ההנאה - ממילא אמנם חייב הוא לקבל עליו גם את כל הסיכון לאונסים. אך המשפט העברי אינו מתעלם גם מן העובדה, שהעברת ההחזקה על הנאותיה לשואל אינה עולמית, אלא נשארת היא מושרשת בזכות בעל-הבית להחזרה - ומטעם זה, באמת אין הוא מחייב גם את השואל בכל האונסים כלם, אלא פוטר הוא אותו מן האונסים, שבעל-הבית ודאי היה נפגע בהם מכל-מקום, אף אלמלא השאיל את החפץ, וכן מן האונסים שבעל-הבית קיבל על עצמו בודעין.⁵⁹⁰

באופן כזה, בסך-הכל, נוכחים אנו כי האחריות המוגברת של שומר-השכר והשואל בדין העברי אינה רק עניין של הרגשה מוסרית מסויימת, המוצדקת רק על-פי שרשיה הסובייקטיביים בלבד, אלא באמת היא עניין של הגיון משפטי אובייקטיבי, שכל סטייה ממנו בשיטות אחרות יכולה להיחשב כטעות, פרי של חוסר התעמקות מספיקה בנושא. אך משהגענו לכאן, שוב מסתבר על-כל-פנים שההגיון המקצועי-האובייקטיבי הזה אמנם אינו ממצה את כל טעמי הדין העברי בענייננו, אלא באמת יש לנו להשלימו גם על-ידי המשמעות המוסרית, הנמשכת ממנו, בתוצאתו, למעשה.

[[181]] משמעות זו מתבטאת לא רק בכך, שהדין העברי יוצא באיסור כל זלזול בנכסי הזולת - לעומת השיטות הנוכריות, היוצאות בהתר-הזלזול, - אלא יתר-על-כן: הוא מחנך את האדם

⁵⁸⁸ קיט-1) **בחוק השומרים, תשכ"ז**, סעי' 2(ב), מוכנסת משום מה הבחנה בין שני מינים של שומרי שכר. ההבחנה מביאה לתוצאה דומה לזו שמתקבלת על פי שיטת ר' מאיר, שהזכרנו בהערה ג' לעיל ושעל פיה שומר שיש לו אמנם הנאה בקשר השמירה, אך שהנאתו איננה כנגד עצם השמירה (או ששמירתו איננה מטרה עיקרית של הקשר) - דינו כשומר חינם. תימה הוא מדוע בכל זאת מכליל החוק שומר מסוג כזה במושג של שומר שכר. תוצאה מוזרה מתקבלת גם על ידי נוסח הרישא בסעי' 2(ב). לפי נוסח זה אחראי שומר השכר לאו דוקא לכל נזק שיכול היה להימנע, אלא אחראי הוא לכל נזק שהוא - מלבד אם נגרם הנזק מתוך מסיבות בלתי צפויות שלא ניתן למנוע את תוצאותיהן. יוצא אפוא שהשומר אחראי לא רק כשהנזק ניתן להימנע, אלא גם כשלא ניתן לימנע - אם המסיבות צפויות היו מלכתחילה.

⁵⁸⁹ [הערת עורך: המחבר כתב בגליון את המלים "מציאות לבדו" ולא ברור היכן מקומן].

⁵⁹⁰ קכ) השווה לעיל, הערה ה'.

להתייחס לנכסי הזולת, בבל מקרה מתאים, בתוספת-הקפידה **שבהכרת-התודה**, המגיעה לזולת בגין נכונותו לחלק את הנאת נכסיו עם רעהו; ועל-ידי כך, באמת, אין המשפט העברי מיטיב רק עם אותו הזולת, אלא הרבה יותר מכן מיטיב הוא עם חבריו, הנהנים מטובתו, - בהיות שהזולת גם הוא מתחנך מתוך כך, מצידו, שאמנם לא ימנע מהם את טובתו בכל עת⁵⁹¹.

ט. דיני הפקדון

אולם, גדרי-האחריות הכלליים, כפי שביררנו אותם עד כאן, עוד אינם ממצים, כשלעצמם, את כל ההסדר כולו של אחריות השומר לבעל-הבית, כפי שהוא למעשה בדיני ישראל. בהגדרת גדרי-האחריות של שומר-חינם, בסעי' א' לעיל, הזכרנו שהשומר אחראי לא רק כשלא נהג כראוי, לפי מסיבות המקרה, סתם, - אלא גם כש"נהג באופן אחר שלא לפי חובתו או בחריגה מגדרי רשותו". כוונתנו היתה בזה, כמובן, לגדרי חובה ורשות **הנקבעים בפירוש** - להבדיל מגדרי החובה והרשות, כפי שהשומר צריך להסיק אותם בעצמו, על-פי הבנתו, מתוך גדרי אחריותו הכלליים, כשומר, במסיבות המקרה. והנה, גדרי החובה והרשות המפורשים הללו - אמנם הם יכולים להיקבע בכל מקרה בהסכם בין הצדדים; אך הדין קובע חובות ורשויות מסוג זה גם מתוכו הוא, מלכתחילה - כל אימת שהצדדים לא התנו אחרת ביניהם, - ואת ההלכות השייכות לתחום זה נפרט עתה תחת הכותרת של "דיני הפקדון".

עיקר מושג "הפקדון" מתייחס אמנם דווקא **לחפץ (מיטלטל) הנשמר על-פי הסכם** - ויתר-על-כן, לחפץ הנשמר דווקא על-פי הסכם **בחינם**⁵⁹². אולם, הסכם של שמירת-חינם הוא מטבע העניין הסכם על קשר-שמירה **בטהרתו** בלי תוספת הבעיות של יחסי עובד ומעביד, המתערבבות, למשל, בהסכם של שמירה בשכר, או בעיות של יחסי שוכר ומשכיר, המתערבבות בשמירת חפץ על-פי הסכם של שכירות; ולכן, למעשה בא מושג "הפקדון" לציין גם **כל** חפץ המוחזק בשמירה - מבחינת עצם היותו מוחזק בשמירה - ואף אם מוחזק הוא כך לאו דווקא על-פי הסכם בחינם, אלא בצורה כלשהי⁵⁹³.

⁵⁹¹ (קכ-1) **בחוק השומרים, תשכ"ז**, סעי' 1(ד), הגדרת השואל היא יותר רחבה מאשר בדיני ישראל המקוריים, ונכלל גם שומר הזוכה בכל הנאות הנכס, בלי תמורה, שלא בטובתו (כגון קונה פירות על פי צוואה). נראה כי אין זו הרחבה מוצדקת: שהרי גם אם ראוי לשומר כזה להיות אחראי לאמצעי זהירות מוחלטים, כנגד הנאתו - למה יהא אחראי גם לאונס הגמור של נכס, אשר הוא לא ביקשו כלל, ואשר רק בעל הנכס עצמו ביקש לזכות אותו בו? מצד שני יש לציין כי בסעי' 4 מאמץ לו חוק השומרים את הדין העברי, שהשואל פטור לגבי אונסים שבעל הבית היה נפגע מהם מכל מקום ולגבי אונסים שבעל הבית קיבל עליו מסתמא ביודעין. ההוראה מחילה את הפטור גם על שומרים אחרים - ודאי מתוך כך שהחוק מחייב לפעמים גם את שומר השכר באונס גמור, כפי שראינו לעיל. סעיף 2(ג) קובע כי השואל לא יהא על כל פנים אחראי יותר מגזלן, אך משמעות הדבר היא שתומה: ר' להלן, פרק ח', סעי' א', הערה כ"א.

⁵⁹² (קכא) שו"ע חו"מ סי' רצ"א ואילך לעומת סי' ש"ג ואילך; דוק בהבחנה בין "הלכות פקדון" מחד ו"הלכות שומר-שכר" מאידך, ור' ביחוד סי' רצ"א סעי' ב'.

⁵⁹³ (קכב) ר', למשל, שו"ע יו"ד סי' קע"ז סעי' ב' ואילך, וביחוד סעי' ה', לעניין שהעיסקה היא "פלגא מלוה ופלגא פקדון", בעוד שהמתעסק הוא שומר שכר בחלק הפקדון; וכן בבבא מציעא ט"ו ב', שרב גורס כי הנותן

[[182]] יתר-על-כן, תוצאה זו אינה רק עניין לשוני גרידא, אלא באמת יש לה גם יסוד משפטי-מעשי; כי הסכם השמירה בחינם הוא המוסד המשפטי, אשר הזכויות והחובות של השומר, הצריכות לחול בסתם, באין התנאה אחרת, נטו מלכתחילה - ובדרך הטבע - לקבל את הגדרתם דווקא בקשר אליו; ובאופן כזה נעשו הלכות הסכם הפקדון, במובן המקורי, **למרכו**, שממנו יש בסתם להסיק את הדין גם בכל מיני קשרי-שמירה אחרים. במלים אחרות: דיני הפקדון במובן המקורי נעשו אב-הטיפוס והפתרון-שמסתמא להגדרת הזכויות והחובות הקבועות בכל קשרי-השמירה באשר הם - ונמצא אפוא, שבאמת לא רק **שם** הפקדון התרחב, אלא גם עצם המושג התרחב, כדי לכלול בו אמנם את כל קשרי-השמירה, - בבחינת קשרים הנושאים זכויות וחובות מוגדרות של שמירה - **כמוסד משפטי מאוחד**^{595 594}. זוהי ההצדקה לכותרת שנקטנו בסעיף זה שאנו עומדים בו, ונעבור עתה אל הדינים העיקריים החלים מסתמא בכל פקדון, לגופם.

[[183]] (א) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"א סעי' ד', במקום שנתפרש בין הצדדים ערך הפקדון, אין השומר-אחראי לנזק שלא הוסב בגרמתו אלא עד כדי הערך שנתפרש.

(ב) לפי בבא מציעא מ"ב ב', אם בעל-הבית לא גילה לשומר כל מום או סכנה בפקדון, שיש בידו לגלותם לו ושהשומר אינו עומד עליהם מן הסתם בעצמו, - אין השומר אחראי לנזק המוסב בפקדון מחמת המום או הסכנה⁵⁹⁶.

מעות בעסק בטל - הרי אף-על-פי שידע את הבטלות אין הוא מפסיד את המעות, ונעשות הן פקדון אצל המקבל (אף-על-פי שהלה לא ידע את הבטלות, ונעשה הוא שומר שלא בטובתו).

⁵⁹⁴ (כג) עם זאת יש להדגיש כי מושג הפקדון העברי אינו מאבד גם את משמעותו כציון מיוחד לחפץ הנשמר על-פי הסכם בחינם - **בהבדל** ממיני שמירה אחרים: ר', למשל, ההבחנה בין שמירת-אבדה לפקדון, בבבא מציעא ל' א'; ואם פה, אמנם, עוד נעשית ההבחנה כדי **לדמות** את הדין, ר' בעה"ש סי' רס"ז סעי' ט"ו, שלדעת הרא"ש - בנקודה מסוימת - הדין בשומר-אבדה הוא שונה, **"ולא דמי לפקדון"**.

⁵⁹⁵ (כד) בספרי החוקים של יבשת אירופה מוסדר הפקדון (depositure) **כסוג של חוזה**, היינו חוזה של שמירה בחינם (ספר החוקים האזרחי בצרפת, סעי' 1915 ואילך; איטליה, סעי' 1766 ואילך; בג"ב, סעי' 688 ואילך; חוק החיובים השוייצרי, סעי' 472 ואילך); אולם, בחוק הגרמני, האיטלקי והשווייצרי, רק ההנחה היא שהחוזה בחינם, ויכול חוזה הפקדון להיות גם בשכר. **פלניול**, בכרך ב', עמ' 874, סובר שהוא הדין גם במשפט הצרפתי. **דרנבורג**, לעומת זאת, בכרך ב', עמ' 248, סובר כי שמירה בשכר אינה פקדון, אלא רק חוזה-עבודה - וכן גם בצרפת, **קולין וקפיטן** (בהוצאה השלמה), כרך ב', עמ' 807.

באנגליה מוגדר הפקדון כחוזה אצל **הלסבורי-סיימונדס**, כרך ב', עמ' 97; אך **פייטון** (שמירה, עמ' 99-100) חולק עליו, בטענה שהפקדון הוא דווקא בחינם, ובכן אין הוא חוזה, באשר אין בו תמורה. לדידו, הפקדון הוא עניין מיוחד של דיני השמירה, אבל נדרש בו על-כל-פנים שהחזקת החפץ תתקבל על-ידי השומר על דעת שמירה, כי במקרה שהאיש החזיק בחפץ הזולת שלא על דעת שמירה - ועם זאת הוא לא התכוון לגזלו - הרי זה involuntary bailment ולא פקדון.

⁵⁹⁶ (כה) הדבר חשוב ביחוד לשואל ולשומר-שכר, אך פחות מכן לשומר-חינם, הפטור בלאו הכי מכל נזק, אשר בסתם אין לו לדעת להיזהר מפניו. השווה גם לעיל, פרק ג', סעי' ז' (בסמיכות להערה ק'), ופרק ה', הערה ל"ז, לעניין פטורו של השומר במסיבות הנדונות, כשהנזק נגרם מן הפקדון **ולחוץ**, שאז נשארת לא רק האחריות הסבילה - אלא גם החיובית - על בעל-הבית. בעל-הבית יהיה אחראי באופן חיובי לתשלום, גם

(ג) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"א סעי' כ"א-כ"ו אין השומר רשאי למסור את הפקדון לזולתו, אך פקדון האמור להישמר בביתו של השומר - רשאי השומר למסרו לבני-ביתו שהם בני-דעת, וכן רשאי הוא למסור את הפקדון למסעדי, כל אימת שאמור הוא בסתם לשמור באמצעותם. לפי סי' ש"ג סעי' ח' רשאי הוא גם להיעזר באנשים אחרים, כל אימת שנחוץ הדבר לתועלת השמירה⁵⁹⁷.

(ד) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעי' י' אין השומר רשאי לערבב את הפקדון עם חפצים אחדים, שהפקדון לא יוכר מהם⁵⁹⁸.

[[184]] (ה) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעי' א' וה' אין השומר רשאי להשתמש בפקדון. עבר והשתמש או שלח בו יד, בעצמו או על ידי שליח, לשם שימוש העשוי לחסרו, נעשה הוא עליו גזל⁵⁹⁹.

(ו) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעי' ז', אם היה הפקדון כסף, שלא בצרור סגור על מנת שלא לפתוח, ועסקו של השומר בכספים, רשאי השומר ללוות את הכסף לעצמו - ועד שלא לווה נעשה הוא עליו שומר-שכר. לווה מקצתו, נעשה הוא לווה בכולו⁶⁰⁰.

כשהנזק יגרם לשומר בעצמו: דוק בשו"ע חו"מ סי' שמ"ז, בסוף. - בשיטות הנוכריות מוצאים אנו בהקשר זה דין מפורש רק בעניין אחריות בעל-הבית לנזק שנגרם מחמת הפקדון לשומר בעצמו: ר' גודיב, עמ' 53; ספר החוקים האזרחי באיטליה, סעי' 1781; בג"ב, סעי' 694; חוק החיובים השוייצרי, סעי' 473.
⁵⁹⁷ (כז) לפי המגילה, סעי' 780, העקרון הוא הפוך, ובסתם רשאי השומר למסור את הפקדון לכל מי שנאמן עליו. כך נראה נכון להסיק גם בשיטות נוכריות אחרות, וכן נראה גם על פי נוסח סעי' 3 של חוק השומרים, תשכ"ז.

⁵⁹⁸ (כז) נפקא מינה, שאם מלכתחילה פטור השומר מאונסים, הרי לאחר שערבב בפשיעה יהא הוא אחראי גם לאונסים הקורים בתערובת, לחלקו של המפקיד. מסקנה זו סותרת את עמדת הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ה', לפיה אין הערבוב בפשיעה משנה את גדר-האחריות; אך עמדה זו היא תמוהה, כי מונעת היא כל משמעות מן הדין, שהרמב"ם גורס בעצמו, כי בסתם - ערבוב הפקדון הוא פשיעה. את המקור שהרמב"ם מסתמך עליו, בבבא מציעא מ' א', יש לע"ד לפרש, ששם מדובר דווקא בערבוב שנעשה ברשות (ר' תרומת הדשן, ח"א סי' ש"ד: "מ"מ לאחר שעירבו מדעתו - שם טיבעא חד הוא", וכו'). בשיטות נוכריות נקבע הערבוב כפשיעה בסעי' 788 של המגילה ובסעי' 484 של חוק החיובים השוייצרי.

⁵⁹⁹ (קכח) מעשה העולה כדי שליחות-יד הוא מעשה-שליטה מן הסוג הדרוש לשם תפיסה מקורית, כפי שראינו לעיל, בפרק ג', סעי' ט'. טעם ההבחנה בין נטילת החפץ לשם שימוש שאין בו חסרון - שאין בה משום גזלה כל זמן שלא נתקיים השימוש בפועל - לבין "שליחות-יד", הריהו בודאי בכך, שבמקרה הראשון אין הנטילה פוגעת בכוונה להמשיך ולשמור את החפץ בעינו משם בעל-הבית, בעוד שבמקרה השני - על-ידי עצם הנטילה חדל החפץ להשתמר לבעלים. - **במשפט האנגלי** אין השימוש נחשב כגזלה (conversion) אלא אם עומד הוא "בסתירה גמורה" לתנאי הפקדון (**פייטון**, שמירה, עמ' 111). לפי המגילה (סעי' 779, 787) נראה שאין השימוש נחשב כגזלה, אלא רק כפשיעה, והשומר מתחייב רק לשלם את הנזק שנגרם. בדרך-כלל, דומה לזה כנראה הדין גם **ביבשת אירופה** (צרפת, סעי' 1930; איטליה, סעי' 1770; וכך מסתבר גם משתיקת הבג"ב הגרמני); רק **בשוייצריה** (סעי' 474 של חוק החיובים) מחריפה אחריות השומר עד כדי אחריות לאונסים, אלא אם מצליח הוא להוכיח כי האונס לא נגרם מחמת השימוש.

חוק השומרים, תשכ"ז, משאיר את הענין לפקודת הנזיקין ולעקרונות המשפט האנגלי.

ז) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעי' ט"ו ואילך, אין השומר חייב לטפל בפקדון **לשמרו** (בהבדל **מלשומרו**), אבל אם עומד הפקדון להתקלקל, חייב הוא להודיע לבעל-הבית ולהעמיד את הפקדון לרשותו. במקרה כזה, כשההודעה אינה אפשרית או שעל-כל-פנים אין ביד בעל-הבית להתערב בעוד זמן, חייב השומר להיטפל בפקדון בעצמו (בגדרי יכולתו וזמנו, וכל עוד שאין הדבר כרוך בטורח מוגזם, בשים-לב לכל מסיבות העניין) - כדין שומר אבדה⁶⁰¹, - אך זה בשני הבדלים, כפי שנראה תיכף ומיד⁶⁰².

[[185]] חובת השימור החלה על **שומר-אבדה**, דינה כלהלן: הוא חייב, קודם-כל, לעשות את כל הנחוץ כדי לקיים את האבדה במצב תקין וכדי להפיק את פירותיה, כשעושה היא פירות מטבעה, - ובמידת הנחוץ לשימורה רשאי הוא להשתמש בה⁶⁰³. היתה האבדה עושה פירות מטבעה, או שהיתה בהמה העושה מלאכה, רשאי השומר לשכרה לעצמו או להשכירה בשכר נאות⁶⁰⁴. לא ניתנה האבדה להשתמר בלי טורח מוגזם, חייב השומר למכרה על-פי בית-הדין, אלא אם יקחנה בשום הנכון לעצמו⁶⁰⁵. השכר או המחיר, הנגבים או המגיעים מן השומר על-פי דינים אלה, נעשים מלווה לשומר⁶⁰⁶.

בפקדון רגיל שהשומר חייב להיטפל בו משום השבת אבדה, אין דין מכירה אלא באמצעות בית-הדין ולידו של לוקח שאינו השומר בעצמו - ואילו השכר או המחיר, בגין השכרה או מכירה, אינם נעשים ממילא מלווה לשומר, אלא רק רשאי השומר ללוותם, אם ירצה^{607 608}.

⁶⁰⁰ קכט) והשווה סעי' 1782 של החוק האזרחי האיטלקי, סעי' 700 של הבג"ב וסעי' 481 של חוק החיובים השוייצרי. **בגרמניה**, אם ניתנת לשומר ברירה להפוך את הפקדון למלווה, נשאר הוא שומר רגיל עד שלווה למעשה; **באיטליה ובשווייצריה** נעשה הוא לווה לאלתר. **באיטליה ובגרמניה** נידון העניין בסמיכות לדין **הפירות** (שאף הם, ככסף, הריהם בני-הלוואה); אך בפירות, בהבדל מן הכסף, אין השומר רשאי להפוך את הפקדון למלווה אלא אם הוסכם על כך בפירוש. **בשווייצריה** נקבעת בפקדון של כסף **חזקת-הלוואה** (ולא רק **חזקת רשות ללוות**) כל אימת שנמסר הוא פתוח.

⁶⁰¹ קל) בבא מציעא ל' א'.

⁶⁰² קלא) הדברים אמורים בשומר שאינו זכאי לפירות. שומר הזכאי בפירות - לא זו בלבד שהוא חייב לטפל בשימור החפץ, אלא הוא עצמו נושא גם בהוצאות הכרוכות בכך: ר' שו"ע חו"מ סי' ש"מ סעי' ד', ובאר הגולה שם.

⁶⁰³ קלב) שו"ע חו"מ סי' רס"ז סעי' י"ז-כ'.

⁶⁰⁴ קלג) שם, סעי' כ"ב.

⁶⁰⁵ קלד) עה"ש חו"מ סי' רס"ז סעי' י"ד-ט"ו, ור' שו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעי' י"ז.

⁶⁰⁶ קלה) שו"ע חו"מ סי' רס"ז סעי' כ"ה.

⁶⁰⁷ קלו) עה"ש חו"מ סי' רס"ז סעי' ט"ו, ושו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעי' י"ט. והשווה שו"ע חו"מ סי' ע"ב סעי' א', לענין השכרת משכון משום השבת אבדה לבעלים.

⁶⁰⁸ קלז) בשיטות הנוכריות, השווה סעי' 785 של **המג'לה**, הקובע כי בשעת סכנה - בהעדר הבעלים - רשאי השומר (אך אינו חייב) למכור את הפקדון על-ידי השופט; ור' שם, סעי' 786, שהשומר בעל-חי הזקוק למזונות, הרי כשאין הבעלים מספקים את המזונות - משכיר השומר את בעל-החי, או מוכר אותו על-פי

ח) לפי שו"ע חו"מ סי' ש"ג סעי' ח', אם נשקפת לפקדון סכנה, חייב השומר לפעול להצלת הפקדון, בגדרי הנאות במסיבות המקרה.⁶⁰⁹

[[186]] ט) בשו"ע חו"מ סי' ש"ג סעי' ח' מבואר גם כי שומר-חינם אינו חייב למלא את חיוביו אלא במידה שיכול הוא לעשות כן בלי שיוציא הוצאות מכיסו, בעוד ששומר-שכר חייב גם להוציא הוצאות. אולם, נראה שהלכה זו אינה צריכה להתפרש באופן יותר מדי דווקני - שהרי אין מתקבל על הדעת כי שומר-חינם יהא חייב, למשל, בטורח גדול כמו גיוס מתנדבים לעזרה בהצלת הפקדון, אך כל אימת שיהא עליו להוציא אפילו פרוטה אחת מכיסו, יהא הוא פטור. מסתבר אפוא, שההבדל הנכון בין שומר-שכר לשומר-חינם הוא כזה: שומר-שכר חייב להוציא את ההוצאות בחיוב מוחלט - ובלבד שיימצא הכסף תחת ידו (או אף שיוכל ללוותו), ושההוצאה תהא סבירה במסיבות המקרה. לעומת זאת, שומר-חינם - אף הוא ודאי חייב להוציא כל אימת שסביר הדבר, אלא שחובתו אינה מוחלטת, ויכול הוא להיפטר בטענה כי הכסף שהיה תחת ידו היה נחוץ לו לעניין אחר, או שהיתה לו סיבה סבירה להאמין כי בעל-הבית לא יוכל או לא ירצה להחזיר לו. מסקנה זו מוכחת על-ידי כך, שאף מי שרואה את **שומר-האבדה** כשומר-חינם, ולא כשומר-שכר, אינו מוצא שום סתירה לעמדתו בחיוב המוטל על שומר-האבדה לזון את האבדה כל אימת שנחוץ הדבר, ואף כשמדובר בתרנגולים, שאינם עושים פירות.⁶¹⁰

הוראות השופט. דמי-מזונות שהוציא השומר מכיסו, הריהו חוזר וגובה רק בגדר הנחוץ לשלשה ימים לכל היותר, ורק אם זן את בעל החי בציפיה לגמר-המכירה. בחוק **הצרפתי** (סעי' 1929, 1932, 1933) נראה כי אין השומר צריך להתערב במהלך הטבעי בשום מקרה, אף לא כדי למנוע נזק מן המפקיד. **בבג"ב** (סעי' 692) ובחוק **האיטלקי** (סעי' 1770) אפשר למצוא פתרון עקיף בעניינו, בהוראה הקובעת שאם מתחייב הדבר על-ידי מסיבות של דחיפות רשאי השומר לסטות מדרכי-השמירה המוסכמות, בתנאי שיוודיע לבעל הפקדון בהזדמנות הראשונה. ביחס **לאבדה** נקבע בבג"ב (סעי' 966) ובצג"ב (סעי' 721) כי השומר רשאי למכרה במכירה פומבית, כשעומדת היא להתקלקל או כששמירתה כרוכה בהוצאות מוגזמות. **חוק השומרים, תשכ"ז**, מתעלם מן העניין.

⁶⁰⁹ קלח) נפקא מינה, כמובן, למקרה שהסכנה לא היתה צפויה מלכתחילה, ואלמלא אותה סכנה היה הפקדון נמצא שמור כראוי וכמכוון על-ידי בעל-הבית, באמצעי-השמירה **הרגילים** שהשומר נקט. במלים אחרות אפשר גם לומר, כי ההלכה הנידונה מחייבת את השומר לנקוט אמצעים מיוחדים, כל אימת שנחוץ הדבר, ואף כשתהא בהם סטייה מאמצעי-השמירה שבעל-הבית ציפה להם בסתם. - בשיטות הנוכריות אין אנו מוצאים הוראה מפורשת בדבר חובת-הצלה, אם כי אפשר אולי להסיקה מכללא. בבג"ב ובחוק האיטלקי, כפי שכבר הזכרנו בהערה קל"ז, יש הוראה שאינה מחייבת, אך **מתירה** לשומר לסטות מדרכי-השמירה המוסכמות. סעי' 784 של המגילה מרשה לשומר לסטות מדרכי-השמירה המוסכמות, אף אם אין הדבר מחויב משום צרכי-הצלה, אלא שכך נוח יותר לשומר, ובלבד שיעילות השמירה לא תיפגע. **בחוק השומרים, תשכ"ז**, גם כן אין חובת הצלה מפורשת, אך ס' 6 **מתיר** לשומר כל פעולה דחופה ובלתי צפויה הדרושה באופן סביר למניעת נזק.

⁶¹⁰ קלט) בשיטות הנוכריות אין הוראה מפורשת על החיוב בהוצאת הוצאות, ונראה שהחיוב חל תמיד, לפי הסביר במסיבות המקרה.

(לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ג סעי' א' ועה"ש חו"מ סי' רצ"א סעי' י"ט, הרי בעל-הבית (שאינו שעבוד נגדו) זכאי בכל עת להחזרת הפקדון לידו, על-פי דרישתו. השומר אינו חייב להחזיר אלא במקום שבו נתקבל הפקדון (או במקום שבו נמצא הפקדון למעשה, או במקום שבו התחייב לשמור או להחזיר את הפקדון לעת הדרישה)⁶¹¹.

[[187]] (יא) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ג סעי' א' וג', ועה"ש חו"מ סי' רצ"א סעי' י"ט, אין השומר זכאי להחזיר את הפקדון תוך זמנו, אלא אם נקבע הזמן רק לטובתו⁶¹² או שהמשך השמירה אינו עולה בקנה אחד עם צרכי עצמו שלא היו צפויים מראש. הסייג השני אינו אמור אלא בשומר-חינם בלבד⁶¹³.

(יב) לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ג סעי' א' וב' וסי' רס"ז סעי' א' (והשווה לעיל, פרק ג', סעי' י', סי' 3), אם כלה הזמן המוסכם לשמירה, או שלא נקבע לה זמן, או שזכאי השומר להחזיר את הפקדון תוך זמנו - זכאי הוא נגד בעל-הבית, שהלה יקבל את הפקדון; והשומר נפטר מאחריותו, אם החזיר את הפקדון לדעת בעל-הבית למקום המשתמר לו, או שהניחו לפני בעל-הבית במסיבות דומות לאלו שבהן נתקבל הפקדון, או שבהן יוכל בעל-הבית להיטפל בנכסי הפקדון באופן נאות בעצמו⁶¹⁴.

⁶¹¹ (קמ) השווה **מג'לה**, סעי' 774, 797; **פייטון**, שמירה, עמ' 100; ספר החוקים האזרחי **בצרפת**, סעי' 1942-1944; **באיטליה**, סעי' 1771, 1774; **בג"ב**, סעי' 695, 697; חוק החיובים **השווייצרי**, סעי' 475, 477. בכמה משיטות אלו יש הוראה כי הוצאות ההחזרה הן על בעל-הבית. בדיני ישראל נראה שבעיית ההוצאות צריכה לבוא על פתרונה במסגרת הכללית של דיני הוצאות השומר, שעליה נעמוד להלן. **בשווייצריה** נכללת גם הוראה, כי במקרה שבעל-הבית תובע את ההחזרה לפני הזמן שנקבע מלכתחילה, חייב הוא להחזיר לשומר את ההוצאות שהלה התחייב בהן לחיובי הזמן שנותר. בדיני ישראל נראה, שאף בעייה זו צריכה לבוא על פתרונה במסגרת הכללית. **בחוק השומרים, תשכ"ז**, אין הוראות מקבילות.

⁶¹² (קמא) כגון שהורשה השומר להשתמש בפקדון עד זמן מסוים. אך אם הרשות היא, למשל, בשכירות - אמנם יתכן שהשומר-השוכר יהא זכאי להחזיר את הפקדון תוך זמנו, אבל על-ידי עצם ההחזרה בלבד הוא לא ייפטר על-כל-פנים מיתרת חובת השכר, כשאין לו זכות לסיים גם את כל קשר-השכירות כלו.

⁶¹³ (קמב) 1) **בגרמניה ובשווייצריה** יכול השומר לחזור בו תוך זמנו אם יש לכך טעם חשוב (סעי' 696 בגרמניה, 476 בשווייצריה). **באיטליה** (סעי' 1771) יכול השומר לחזור בו תוך זמנו, אלא אם נקבע הזמן לטובת המפקיד; אבל גם אם לא נקבע זמן לטובת המפקיד, יכול בית-המשפט לעכב את זכות ההחזרה כדי לתת למפקיד שהות. לפי **המג'לה** (סעי' 774) יכול השומר לחזור בו תמיד בכל עת, וכן נראה במשפט **האנגלי. בחוק השומרים, תשכ"ז**, אין הוראות מקבילות.

⁶¹⁴ (קמב) 2) כפי שראינו לעיל בפרק זה, סעי' ז' סי' 1, והערה פ"ז שם, יכולים השומר-חינם ושומר-השכר להיפטר אף בלא החזרת-ההחזקה ממש, אלא על-ידי הודעה כי נסתיים עניין שמירתם והעמדת החפץ לרשות בעל-הבית (בכל מקום שבו נמצא החפץ בשעת-מעשה כראוי). אך, כמובן, דרך זו יכולה להועיל רק לעצם סיום האחריות כלפי בעל-הבית, אבל לא להוצאת החפץ מהחזקת השומר ומאחריותו הכרוכה בכך כלפי כלי עלמא. אם השומר מעוניין להיפטר גם מזה, ובעל-הבית לא נענה להזמנה לבוא ולקחת את החפץ, והחזרה כפויה אינה אפשרית במסיבות המקרה - או שהחזרה כפויה אינה משום-מה לרוחו של השומר, - יכול השומר להיפטר על-ידי העברת החפץ לרשות בית-הדין, כפי שראינו בפרק ה', סעי' ד', סי' 3. מסתבר כי דרך זו עומדת גם לשואל שנסיימה שאלתו, ושהסקנו כי אין הוא יכול להיפטר מן האחריות לבעל-הבית כל זמן שנשאר החפץ בהחזקתו. - בשיטות הנוכריות אין אנו מוצאים הוראות מפורשות במקביל - ולפחות לא

[[188]] יג) לפי שו"ע חו"מ סי' ש"ג סעי' ט', אם הוציא השומר הוצאות לשמירתו של החפץ, חוזר הוא וגובה מבעל-הבית עד כדי ערך הנזק שנמנע⁶¹⁵. פעל השומר כשומר-אבדה, זכאי הוא - לפי הדין המיוחד של שומר-אבדה - להחזרת כל חסרון-כיס שנשא בו תוך כדי כך, לרבות שכר הזמן שהשקיע תוך ביטול כיסו מריווח צפוי^{616 617}.

[[189]] בתביעת ההוצאות - חזקת-הדין היא לשומר, בתנאי שישבע על הוצאת הסכום הנדרש, - ואין החזקה לבעל-הבית הנתבע - בהתאם לדין הכללי, החל במקום שהתובע פעל ברשות, והיכולת לדעת את האמת היא רק לתובע, ולא לנתבע⁶¹⁸. כשפעל האיש כשומר-אבדה, נאמן הוא לכאורה אף בלי שבועה⁶¹⁹.

מלבד זה, לפי שו"ע חו"מ סי' רצ"ה ואילך, חלים בשומר הפקדון סדרי-הדין המיוחדים הבאים. הדברים אמורים כשאין או שלא נותרה עוד בין הצדדים מחלוקת על עצם העובדות של קבלת

בהקבלה מושגית-חיובית. לפי סעי' 785 של **המג'לה** אין השומר לבעל-הבית נעדר יכול להיפטור. **בצרפת** יש חוקים המאפשרים מכירת חפצים שהושארו באכסניה (31 במארכ 1896) או אצל בעל מלאכה (31 בדצמבר 1903). בחוק השומרים, תשכ"ז, ר' סעי' 11 והערה פ"ז-1 לעיל.

⁶¹⁵ (מג) לפי נתה"מ שם, ס"ק ט', יש לכאורה מקום להסיק, שאמנם אין השומר זכאי לגבות את הוצאותיו מבעל-הבית אלא במידה שהנזק **נמנע**; אבל הוצאות שהוציא כדי להציל, ונכשל - אין הוא גובה, אף אם ההוצאה היתה סבירה לכאורה. אולם, מדברי הסמ"ע על חו"מ סי' קפ"ב ס"ק ח', ודברי הש"ך שם, ס"ק ד', מסתבר שבאמת אין הדברים ראויים לחול במלוא חומרתם אלא ביחס **לשומר-שכר** (או שואל), אבל **שומר-חינם** - משניתנה לו הרשות להוציא הוצאות משם בעל-הבית, הרי בסתם ניתנת לו רשות זו "בין לתיקון בין לעוות", בגדרי הסביר במסיבות המקרה, - וזכאי הוא אפוא להחזרת כל הוצאה **סבירה** שהוציא, ואף אם נכשל.

מצד שני, משתמע מתשובת מהרשד"ם חו"מ סי' שפ"ח, שאם היתה אפשרות סבירה להציל מן הנזק בלעדי ההוצאה, אין השומר גובה מה שהוציא אף אם היתה הוצאתו מועילה. הגבלה זו - נראה שהיא חלה גם בשומר-חינם, אחר שמעיקרא חלה היא רק במקום של אלטרנטיבה **סבירה**.

⁶¹⁶ (קמז) שו"ע חו"מ סי' רס"ה וסי' רס"ז סעי' כ"ו. במסגרת זו, נראה שזכאי השומר אף יותר מכדי הנזק שנמנע - אך זה רק בתנאי שהאבדה אמנם תושב. אם בעל-הבית יסתלק מזכותו באבדה, ברצותו להימנע מתשלום ההוצאות - מסתבר שלא תישאר לשומר תביעה נגדו.

⁶¹⁷ (קמה) בשיטות הנוכריות - ר' סעי' 1947 בספר החוקים הצרפתי; סעי' 1781 באיטליה; סעי' 693 ו-970 של הבג"ב; סעי' 473 של חוק החיובים השוייצרי וסעי' 722 של הצג"ב. **בצרפת ובאיטליה** אין החוק קובע להוצאות העומדות להחזרה שום גדרים מסוימים. **בגרמניה** עומדות להחזרה ההוצאות, שהשומר "רשאי היה לראותן כנחוצות". **בשוייצריה**, בפקדון סתם, עומדות להחזרה ההוצאות "הנחוצות" (לפי קנה-מידה אובייקטיבי); המחזיר אבדה, לעומת זאת, זכאי להחזרת **כל** הוצאותיו. לפי סעי' 8 של **חוק השומרים, תשכ"ז**, זכאים השואל ושומר השכר רק להחזרת ההוצאות שהוציאו לצורך פעולת הצלה סבירה, דחופה ובלתי-צפויה. שומר חינם ושומר משכון זכאים גם להחזרת הוצאות סבירות אחרות.

⁶¹⁸ (קמו) רבנו חננאל על המשנה בכתובות ע"ט ב': ר' אוצר הגאונים שם, ומגיד-משנה על פ"ג מהל' שכירות הלי ז'.

⁶¹⁹ (קמז) עה"ש חו"מ סי' רס"ז סעי' כ"ב.

הפקדון ואי-היות הפקדון מוחזר עדיין. במקרה כזה, כשאין השומר מחזיר את הפקדון, ואין מחלוקת על כך שהוא חייב באחריות - הרי כשהחפץ אינו מצוי בשוק לקנות כמותו, אין השומר נפטר על-ידי עצם תשלום האחריות, אלא צריך הוא להישבע גם כי החפץ אינו ברשותו. מצד שני, אם עומד השומר להיפטר מאחריות, אין פוטרים אותו על-כל-פנים אלא אם נשבע הוא את "שבועת השומרים", על שלש עובדות כלהלן: שהוא שמר כדרך השומרים, כראוי, ולא שלח יד בחפץ, ושאיננו מעשה פלוני, שבגינו הוא פטור, ושכל-מקום לא נותר החפץ ברשותו. הרבותא שבשבועות אלו היא, שאם מסרב השומר להישבע, חושדים בו שכבש את הפקדון תחת ידו, ונעשה דינו כגזלן.

י. מושג השלישות

בסמיכות למושג הפקדון ראוי לנו גם לתת את הדעת על מושג **השלישות**. את השלישות אפשר להגדיר **כשמירת חפץ משמו של אחד, בכפוף לשעבוד לטובתו של אחר**⁶²⁰ - ומתברר מהגדרה זו כי השלישות היא [[190]] יצור של דו-פרצופין: מצד אחד, הרי זו מסכת-תנאים מסוימת מחלק מסכתות התנאים האפשריות השונות, שעל-פיהן עשוי אדם להיות שומר בחפץ הזולת - ובכן, היא רק סוג מסוגי הפקדון, ולכאורה אין אפוא בכלל מקום לדון בה במיוחד בחיבור כגון זה שלפנינו, העוסק בדיני ההחזקה רק מנקודת-ראות כללית, עקרונית. אולם, מצד שני מתברר גם כי מסכת תנאי-השמירה המסוימת הזאת אינה פשוט עניין של **הסכם**, שבמסגרתו עשויים השומר ובעל-הבית להתנות על השמירה כך או כך, באופן שקשר-השמירה ייתפס במושג השלישות רק לפי בחירת הצדדים, ובעוד שמן הבחינה האובייקטיבית של שמירת החפץ במסיבות הנתונות יכול היה להיות גם אחרת. כי אמנם, יכולה ויכולה השלישות להיווצר גם בהסכם - ובדרך-כלל, באמת כך יהיה הדבר; אבל השלישות יכולה גם להיווצר **ממילא**, מתוך שמסיבות ההחזקה תחייבנה מעצם טבען שההחזקה תתגבש דווקא במסגרת של שלישות, כביטוי המושגי להגיון המשפטי-מהותי⁶²¹. כך יהא, למשל, כשהחפץ נמסר לשלישות בהסכם, והשליש המקורי נפטר, והחפץ נמצא מוחזק בעזבונו של יורשיו; או כשהחפץ מושלש אבד מן השליש והוחזק על-ידי אדם אחר כשומר-אבדה; או כשראובן הנושה, המחזיק במשכון משמעון, קיבל הודעה מתאימה (במעמד שלשתן או בהרשאה) כי

⁶²⁰ קמח) **בצרפת** (סעי' 1956 של ספר החוקים האזרחי), **באיטליה** (סעי' 1798), **ובשווייצריה** (סעי' 480 של חוק החיובים) מגדירים את השלישות (sequestre) כעניין של פקדון, אשר הזכויות לגביו שנויות במחלוקת; אך הגדרה זו נראית צרה יותר מדי, וגם מטעה - כי אין היא עשויה להסביר את מעמדו של הצד אשר זכויותיו מתבררות לבסוף כבלתי-קיימות. לפי הגדרתנו יש לומר שאם ראובן ושמעון מוסרים את החפץ ללוי כדי שלא יחזירנו אלא למי מהם שבית-הדין יפסוק כי הוא הזכאי להחזיק בו - הרי כשבית-הדין פוסק כי הזכאי הוא ראובן, מתברר למפרע כי ראובן היה **בעל-הבית העיקרי** בהחזקתו של לוי, ואילו לשמעון ניתן רק **שעבוד מטעם ראובן**, שהחפץ לא יוחזר בינתיים לראובן, על אף בעלותו. מלבד זה, באמת, נראה שגם כשהעניין איננו כזה, ואין שום מחלוקת בין הצדדים - אלא שחפץ של ראובן נמסר ללוי כדי להחזיקו מוכן למעשה כלשהו של שמעון, - הרי זה גם-כן עניין של שלישות. - **בגרמניה** אין הגדרה חוקית של שלישות. **באנגליה** אין לכאורה בכלל מוסד מקביל מיוחד, והעניינים השייכים לכאן מוצאים את סידורם במסגרת דיני ה-trust.

⁶²¹ קמט) הערנו אמנם, שבאנגליה נעקף מושג השלישות בדרך ה-trust; אך למעשה, זוהי רק עקיפה מילולית, ולא מושגית-מהותית. ניתן לומר כי ה-trust האנגלי אינו בעצם אלא **שלישות**, בתחפושת של דימויים משפטיים פיקטיביים.

החפץ נעשה משכון, בדרגה שנייה, לזכותו של לוי. בכל המקרים האלה מתחייב מטבע הדברים, כי המחזיק - היורש, המוצא או הנושה - לא יהא רשאי לפעול בחפץ אלא תוך הסמכת מעשיו לשתי מערכות הזכויות המתנגשות, כאחת - ואף אם לא יהא הדבר לרוחו, ואף אם מלכתחילה הוא לא היה מסכים בשום אופן לקבל עליו שמירה מסוג זה; וכל אימת שהמחזיק נמצא במצב האמור, ומתוך חוסר-נכונות להיהפך לגזלן מקבל הוא עליו - או סובל הוא שלא בטובתו - את הדין, ממילא נתפס הוא בהגדרתו, ונעשה הוא **שליש**. במלים אחרות, יוצא אפוא, כי בד בבד עם היות השלישות מין פקדון, הריהי גם **מעין ישות משפטית עקרונית-מיוחדת**: כי השומר אינו מחזיק כאן - לפי ההגדרה הרגילה של שמירה - משמו של בעל-בית אחד גרידא, אלא באמת **מסמיך הוא את החזקתו, במישורין, לזכויותיהם השונות של בעלי-בית אחרים, במקביל**; ומבחינה זו, אפשר גם לומר כי השלישות חדלה להיות רק **תת-סוג, הנמשך ממושג השמירה**, אלא נהפכת היא **לסוג עצמאי של החזקה בחפצי הזולת, בצד השמירה מזה ובצד הגזלנות מזה**. תפיסה כזאת עשויה להיתמך בעובדה, שלפחות בדיני ישראל אמנם הלכה מפורשת [[191]] היא, כי מעמד השלישות, על החובות המיוחדות הנובעות ממנו, נמשך ביורשים⁶²² - כדרך שנמשך בהם מעמד השמירה, או הגזלה, או הקניין⁶²³, - ובהבדל מחובות שבבחירה ובהסכם בעלמא, המתגבשות בנכסי העזבון ואינן נמשכות.

מעבר לבעיית מעמדה העיוני, נראה שאין השלישות מעוררת שום בעיות מעשיות חשובות, שלא תהיינה ניתנות לפתרון על נקל, על-פי העקרונות הכלליים שמעבר לה (וזהו בודאי הסיבה לכך שאין השלישות מוסדרת בפירוש בחוק הגרמני⁶²⁴). בשלחן ערוך, חו"מ, מוקדש לשלישות סי' נ"ו, והעניין העיקרי הנידון כאן מתייחס לגדרי מהימנות השליש כנגד כל אחד מן הצדדים שמשמם הוא פועל. מלבד זה מתברר שם - וביחוד מתוך ההשלמות המובאות בעה"ש באותו סימן, סעי' י"ז ואילך - שבעלי-הבית בשלישות, דינם בסתם כמעין שותפים, שלא תהא להם שליטה על השליש אלא בפנותם אליו בהסכמה הדדית (וכן השליש, מצידו, יהא אחראי כלפיהם, בגדרי אחריותו כשומר, **במשותף**⁶²⁵). באין הסכמה הדדית, מוסמך **בית-הדין** - גם-כן כבדין השותפים הכללי⁶²⁶. במסגרת זו מוסמך בית-הדין, ביחוד, לשחרר את השליש מתפקידו, ואף לקבל את השלישות לידו (ומשמע - גם למנות **חליף** לשליש, שלא בהסכמת הצדדים)⁶²⁷. את הכרעת בית-הדין יכולים לבקש לא רק בעלי-הבית לבדם, אלא גם השליש עצמו, לפי יזמתו.

לפי עה"ש סי' נ"ו סעי' (כ"ב) [כ"ג], אם פועל השליש בשכר - בסתם אין חייבים בשכרו אלא הצדדים שהוא פועל מדעתם, ובסתם חייבים הם בשכר בשווה.

⁶²² קנ) עה"ש חו"מ סי' נ"ו סעי' י"ט.

⁶²³ קנא) השווה לעיל, פרק ג' סעי' י"ד, בסמיכות להערה קס"א.

⁶²⁴ קנב) ר' **אנקצרוס-להמן**, עמ' 712, שעל אף חוסר ההסדר החוקי, מכיר המשפט הגרמני במוסד השלישות.

⁶²⁵ קנג) השווה לעיל, פרק ג' סעי' ח', בסמיכות להערה ק"ט.

⁶²⁶ קנד) השווה תשובת ריב"ש סי' רכ"ז.

⁶²⁷ קנה) השווה בשיטות הנוכריות, סעי' 1960 בספר החוקים האזרחי הצרפתי; סעי' 1801 באיטליה; סעי' 480 בחוק החיובים השוייצרי; סעי' 755 במגילה.

לפי סי' נ"ה, שם, סעי' ד', הרי מלבד אחריותו של השליש כשומר, אחראי הוא גם לפי דיני הנוזיקין הכלליים (דיני דגרמי), כלפי הצד הנפגע, כל אימת שפועל הוא בניגוד לגדרי השלישות. ואפשר גם לתקן נגדו, שהחריגה מגדרי השלישות תיחשב כפשע, כדי שהוא יחויב גם בכל נזק עקיף. [[192]]

יא. סיכום עניינו של מושג השמירה - מעמדם של מסעד ובן-בית

בסעי' ו' לפרק ג', לעיל, הבטחנו לחזור ולברר בשלב מתקדם יותר של מחקרנו, מהו עניינו המהותי של יחס השומר ובעל-הבית במערכת מושג ההחזקה בדיני ישראל - ועתה, משהגענו לסיום סקירת הדינים החלים במסגרתו של יחס זה למעשה, הגיעה גם העת למלא את ההבטחה שאמרנו.

הבעייה, בעיקרה, היא בעייה השוואתית. יחס השומר ובעל-הבית בדיני ישראל מקביל ליחס בין הפוססור והדטנטור - או בין המחזיק העקיף והישיר - בשיטות של אירופה; ובכל השיטות גם יחד, **יסוד** היחס הזה הוא, למעשה, בהחזקה "משמו של אחר", או בהחזקה מתוך היזקקות לזכותו של אחר, כפי שהגדרנו ופירשנו בניתוח דיני ישראל. אם בשיטות האחרות מקובל להגדיר את היחס בנוסח אחר, ההבדל - אפשר לומר - הוא מקרי, ואינו מהותי-אמיתי. אולם, על רקע זה מתבלט בכל-זאת הבדל אחד של ממש: בשיטות האירופיות, החזקה ה"דטנטור" אינה מוכרת כלל כ"החזקה" מבחינה משפטית - ואף בשיטות שבהן מוכרת החזקה "המחזיק הישיר", המקביל ל"דטנטור", הרי לפחות מן ההחזקה הישירה של ה-servant או besitzdiener, המקבילים **למסעד ובן-בית** בלשונונו, מונעים שם את ההכרה המשפטית, וממילא גם את מעמד ההקבלה לשומר.

תופעה זו מתבארת מתוך כך, שבשיטות האירופיות מכוון מושג ההחזקה לדין התביעות הפוססוריות ודין ה-usucapio; מן "הדטנטור", או לפחות מן המסעד ובן-הבית, ראו שם נכון למנוע את ההנאה מדינים אלה - וכבסיס מושגי למניעה זו מנעו את ההכרה בהחזקתו. בדיני ישראל, לעומת זאת, נשמטת בעיית התביעות הפוססוריות ובעיית ה-usucapio בכלל, - וממילא נעלמת כל סיבה לכך, שלא רק "הדטנטור" במובן הרחב, אלא גם מסעד ובן-בית יוכלו להיחשב בדיני ישראל **כשומרים**. אולם הבעייה חוזרת ומתעוררת מצד שני: אם התביעות הפוססוריות ודין ה-usucapio אינם גורם בדיני ישראל, כדי להבחין על-פיו בין מיני החזקה - ומאחר שראינו (בסעי' ו' הנז', בפרק ג', לעיל) שגם דיני **חזקת-הזכות** אינם הגורם אשר היחס בין שומר לבעל-בית עוצב במיוחד לצרכו - למאי **יש** אפוא נפקא מינה בגדרים המסוימים שבהם עוצב היחס הזה למעשה בדינינו?

לפי מה שראינו עד כאן, התשובה על שאלה זו היא מרובעת:

א) ההחזקה משמו של הזולת, או החזקת השומר, נבדלת ממיני החזקה אחרים קודם-כל לעניין זה, שבכל מקרה שהרשות בחפץ נקבעת על-ידי ההחזקה בו, מעמידה החזקת השומר את החפץ ברשות בעל-הבית שמשמו הוא מחזיק; [[193]]

(ב) בעוד שאדם המחזיק כבעל-בית לעצמו, בין בזכות ובין בגזלה, אחראי לכל הנזקים שהחפץ גורם (אלא אם לא היתה שום פשיעה מצידו בדרכי ההחזקה), הרי שומר אחראי רק לאותם הנזקים שלא הוצאו בפירוש או מסתמא מגדרי משמרתו, כדי להישאר באחריות בעל-הבית;

(ג) השומר, באשר הוא מסמיך את החזקתו על זכות בעל-הבית, הריהו בעל-דברים בתביעה על זכות בעל-הבית שנפגעה תוך כדי החזקתו;

(ד) שומר המיטלטליו, במידה שמסמיך הוא את החזקתו על זכות הבעלים, ואין הוא מחזיק מדעת משמו של גזלן, חייב בסתם באחריות-שמירה לבעלים - בהבדל מבעל-בית לעצמו, - ואין הוא מתחייב בגדרי האחריות המיוחדים האחרים, שנראה להלן - דבר המבדיל אותו מהמחזיק-הגזלן.

לאור הדברים האלה שוב חוזר ומתברר כי הכללת המסעד ובן-הבית במערכת ההחזקה והשמירה בדיני ישראל מוצדקת לא רק באופן שלילי, כפי שראינו, אלא גם על דרך החיוב: לא מיבעיא לגבי המשמעות הראשונה של מעמד השמירה; אבל אף במה שנוגע ליתר המשמעויות - ודאי אין הצדקה לפטור את המסעד ובן-הבית מאחריות לנזקים שהחפץ גורם או הנגרמים לחפץ, בשעה שהם הם הממונים על היותו מוחזק כראוי, וכן אין לראות שום רע - אלא אדרבה, נראית תועלת בדבר - שאף המסעד ובן-הבית יוכלו לתבוע על הנזקים הנגרמים לחפץ שנשאר בשמירתם, בשעה שבעל-הבית איננו במקום כדי לתבוע בעצמו.

בקשר לכך נראה שאמנם גם בשיטות של אירופה מושגת התוצאה שמנינו ראשונה - שהימצאות החפץ בשליטת מסעד ובן-בית משאירתו ברשות בעל-הבית - כי בשיטות אלה מזהים פשוט את שליטת המסעד או בן-הבית עם החזקת בעל-הבית עצמו. כמו כן, לפחות ביבשת אירופה מושגת גם התוצאה השנייה, שהמסעד ובן-הבית אחראים לנזקים שהחפץ גורם או הנגרמים לו - כי האחריות לנזקים אלה אינה תלויה כאן מבחינה מושגית בהחזקה, אלא בפשיעה במופשט. אבל באנגליה - לפחות במה שנוגע לנזקים הנגרמים על-ידי החפץ, יש שמתחשבים בפירוש בהחזקה, כמו באחריות לנזק של nuisance - וכאן יתכן שהמסעד או בן-הבית יצאו פטורים, ובעל-הבית חייב, אף-על-פי שרק המסעד או בן-הבית גרמו את הנזק למעשה, ברשלנותם הם בלבד. אשר לנזקים הנגרמים לחפץ - מסתבכת הבעיה במשפט האנגלי למדי: האחריות לנזקים אלה נתלית כאן בפירוש בשמירה (bailment), ונראה שהמסעד ובן-הבית אינם בבחינת bailees ושומרים; אבל מצד שני - אף אחריות ה-bailees הועברה כאן מלהיות דין מיוחד ונתלתה בדין הפשיעה הכללי בנוזקין - ובמסגרת זו יתכן שאף המסעד ובן-הבית יצאו חייבים. אשר לכושר-התביעה של המסעד ובן-הבית בגין הנזק שנגרם לחפץ - נראה אמנם שהשיטות האירופיות אינן מפסידות כלום כשאין הן מכירות כושר זה למסעד ובן-בית, כי שם תביעת המחזיק היא תמיד לעצמו, ויוצא שכושר זה אינו לגמרי במקומו אפילו כשהוא מוכר למי שהוא בלשונו שומר. אבל על רקע ההנחה, שכושר התביעה של השומר ניתן לו לא רק לטובתו של עצמו, אלא גם לטובת בעל-הבית ומעוניינים אפשריים אחרים - ודאי הדין העברי הוא עדיף, ומעמד המסעד ובן-הבית כשומרים מוכרים יוצא אפוא מבוסס לגמרי, מכל הבחינות.

[[194]]

פרק ז': מושג היאוש

א. יאוש, הפקר והאבדה-מדעת

מערכת מושג ההחזקה בדיני ישראל מתקשרת גם במושג אחר נוסף שאין לו הקבלה ישירה בשיטות המשפט של אירופה - הוא מושג **היאוש**; ואת הדיון במושג זה דחינו לחלק הסופי של מחקרנו - עד לאחר שסיימנו למעשה את הדיון במערכת מושג ההחזקה העברי, - כי משמעות מושג היאוש באמת אינה חלה בעיקר בתחום דיני ההחזקה כשלעצמם, אלא בתחום שבו מתקשרים הם בדיני הקניין שמעבר להם.

את היאוש מגדיר **גולק** כ"הכרת הבעלים שהחפץ אבוד להם מעתה וההשלמה בלבם עם המצב הזה"⁶²⁸. **הרב הרצוג**, מצידו⁶²⁹, מבהיר כי ההשלמה פירושה כאן זניחת כל תקווה להחזרתו של החפץ, ובעקבות הבאה **ערוך השלחן**⁶³⁰ ודעת **הרב יצחק אלחנן**⁶³¹ משתדל הוא ביחוד לבאר את היאוש מתוך ההבדלים שבינו **להפקר**, בבחינת שני מושגים קוטביים בדיני הפקעת הקניין. לפי שיטה זו, בלשון ערוך-השלחן, ההבדל הוא, שבהפקר "מפקיר האדם את הדבר מדעתו ומרצונו, ואינו יכול להפקיר רק דבר שברשות, אבל דבר שאינו ברשות - לא יחול ההפקר, ויאוש הוא להיפך, שמפני האונס מסתלק מדבר שאינו ברשותו". משמע אם-כן, שההבדל הוא רק **במסיבות**, אבל לא **בתוצאות או במהות**: גם כאן וגם כאן המדובר הוא בהתפתחות נפשית העולה כדי **פעולה משפטית של הפקעת הקניין**, ובסך-הכל היאוש אינו כביכול אלא **הפקרה מאונסת**, מאותו סוג ותוכן כהפקרה-סתם בעצמה.

אולם, כפי שהרב הרצוג מציין בעצמו - אין זו בשום פנים דעה שאין עליה מחלוקת. אדרבה, מזכיר הוא את התוספות, את קצות-החושן ואת נתיבות-המשפט⁶³² כמקורות שכנגד; ולע"ד אין שמץ מקום לספק - על אף הנימוקים החזקים של הרב יצחק אלחנן - כי התפיסה הנכונה אמנם היא כדעת אותם מקורות שכנגד⁶³³. קודם-כל, משום שהשיטה הנזכרת לעיל אינה אפשרית מטבע ברייתה. כי מאי משמע ש"מפני האונס" גומר אדם בדעתו להסתלק מן הקניין [[195]] בחפץ שאבד? אבדן החפץ - אין בו שום אונס העשוי להכריח אדם לקום ולעשות מעשה-הסתלקות, כדי למנוע מעצמו כל זיקה לחפץ, אף למקרה שזה יחזור וימצא איך-שהוא. אם בעל החפץ קם ועושה מעשה שכזה, הרי זה יהיה תמיד בגלל סיבה או שיקול **חיצוניים** כלשהם, **בנוסף** על עצם האבדן והיאוש, שבגינם רק חדל האיש להאמין כי החפץ עשוי עוד להימצא באמת. כלומר, במלים אחרות, שאם כי היאוש במובן של זניחת התקווה, עשוי אמנם להיוולד שלא בטובתו או "באונסו" של האיש, הרי

⁶²⁸ (א) **גולק**, א', עמ' 137.

⁶²⁹ (ב) **הרב הרצוג**, א', עמ' 281 ואילך.

⁶³⁰ (ג) עה"ש חו"מ סי' רס"ב סעי' ז'.

⁶³¹ (ד) ספר **באר יצחק**, חלק יו"ד סי' כ"ג ענף ד'.

⁶³² (ה) ר' שו"ע חו"מ סי' רנ"ט סעי' א' וסי' רס"ב סעי' ג', וקצוה"ח גם על סי' ת"ו ס"ק ב', בסוף.

⁶³³ (ו) גם ערוך-השלחן, שאותו ציטטנו לעיל, פוסק למעשה (בסי' רס"ב סעי' ח') שלא כפי מה שציטטנו, אלא כדעת המקורות שכנגד.

דעת חיובית של הסתלקות מן הקניין יכולה רק להיות **רצונית** תמיד - אף כשהיא נולדת לאחר האבדן ועם היאוש, ממש כשם שיכולה היא רק להיות רצונית כשהיא נולדת מקודם⁶³⁴; ומכאן מתחייבות שתי מסקנות משלימות: א) שמושג של "הפקרה מאונסת", בגדרים שראינו, מופרך הוא מטבעו, וב) שמושג היאוש ומושג ההפקרה או **ההסתלקות מקניין**, אף לאחר שהחפץ אבד, הריהם מושגים השונים במהותם לחלוטין.

אך השיטה המבוקרת אינה אפשרית בשום אופן לא רק מבחינה מושגית-מהותית, אלא גם מבחינה הלכתית-חיובית. הלכה פסוקה, שאין עוד עליה מחלוקת, היא, ד"יאוש כדי לא קניי"⁶³⁵ - היינו שיאוש כשלעצמו אינו מפקיע את הקניין - ובדאי, אם יש בדבר גם הלכות אחרות כלשהן, הריהן צריכות לבוא על ישובן **בתיאום** להלכה יסודית זו, ולא בסתירה מהותית אליה, בפירוש או למעשה.

הדעה האחרת והנכונה היא, אם-כן, שהיאוש אינו כלל פעולה משפטית, כי אם רק **המצב הנפשי הנלווה על אבדן ההחזקה בחפץ, מלכתחילה או בדיעבד, והמתבטא בהעדר תקווה סבירה להחזרת ההחזקה**⁶³⁶, וכשלעצמו אין לו שום תוצאה של הפקעת הקניין⁶³⁷. אשר לתוצאות **שיש** לו, נראה שקשה להעמידן על הגדרה מסוימת אחת. מסתבר קודם-כל, כפי שראינו לעיל⁶³⁸, שהיאוש עצמו מפקיע את ההחזקה בחפץ, אף כשלמעשה, בהעלם מן המחזיק, עדיין נמצא החפץ בתחום [[196]] השג-ידו; והרי זו הדוגמה הראשונה שבה יש משמעות ליאוש **מלכתחילה**, אף בטרם אבדה ההחזקה למעשה. בהמשך מכאן, כל אימת שהיאוש הוא המפקיע את ההחזקה, ממילא תוצאתו השנייה היא, שגם מפקיע הוא את החפץ מרשות המחזיק לכל עניין המותנה בהחזקה, כגון יכולת ההקנאה במיטלטלין⁶³⁹ וזיקת האחריות בנזיקין⁶⁴⁰.

אולם, נראה שלא בכל המקרים שבהם מופיע היאוש לפני שאבדה ההחזקה למעשה, הריהו ממילא מפקיע את ההחזקה, כתוצאה שבגררא. הפקעת ההחזקה נובעת רק כשהיאוש נגרם על-ידי **חוסר-**

⁶³⁴ ו-1) ואמנם, בדיני ישראל - בהבדל ממה שראינו לעיל, בסוף פרק א', בשיטות של אירופה, - אבדן ההחזקה איננו כלל תנאי מחויב בהפקרה הרצונית, והרי זו שלמה ומסלקת את הקניין אפילו בשעה שההחזקה עוד מתקיימת: דוק בבאר היטב על או"ח סי' תמ"ח ס"ק ט"ו.

⁶³⁵ (ז) בבא קמא ס"ו א' ואילך, ור' גם שם דף קי"ד עמ' א'.

⁶³⁶ ח) אומרים אנו **העדר**, ולא "אבדן תקווה", כי יתכן שמלכתחילה כלל לא ידע האיש שיש לו החזקה - כגון יורש בנכסי עזבון: דוק בשו"ע חו"מ סי' ר"ס סעי' א'.

⁶³⁷ ט) נפקא מינה למעשה, שאם בעל החפץ איבד אותו, והתיאש, ולאחר מכן חזר ומצאו לפני שהחפץ נקנה לאחר - אין הוא צריך לחזור ולזכות בו באחת מדרכי-התפיסה כזוכה מן ההפקר, אלא הקניין מתחדש מאליו, כאילו לא היה שם יאוש מעולם, על-ידי עצם העובדה של החזרת כוח-השליטה וחדלון מצב-היאוש: קצוה"ח על סי' ת"ו ס"ק ב', בסוף, ונתה"מ על סי' רס"ב ס"ק ג'.

⁶³⁸ י) בפרק ג', פסקה לפני האחרונה בסעי' י"א.

⁶³⁹ יא) שו"ע חו"מ סי' שני"ד, סעי' ו. בקשר לכך נראה גם לציין שהתימרות להקנות את החפץ בשעת יאוש נושאת בה ממילא סתירה מושגית: שהרי ההקנאה - ולו גם לשם סיכויי ההחזרה הפחות ביותר - מורה ממילא על תקוות החזרה ו**חוסר יאוש**.

⁶⁴⁰ יב) תוספות על בבא קמא נ"ו א', ד"ה פשיטא.

הדעת בדבר יכולת האדם לשלוט בחפץ. אך היאוש המוקדם עשוי גם להיוולד מתוך כך שהאדם יודע כי במהלך הדברים הרגיל עומדת ההחזקה להיאבד מידו לבלי שוב, והוא נמנע משום-מה מלנקוט את אמצעי-המניעה הדרושים, אף-על-פי שיכולתו לפעול למניעת האבדן **אינה** נעלמת ממנו⁶⁴¹ - ומסתבר על-פי בבא קמא כ"ט ב'⁶⁴² כי במקרה כזה מתקיימת ההחזקה בינתיים על אף היאוש.

מצד שני, כפי שגם-כן כבר ראינו⁶⁴³, עשוי אף היאוש **שבדיעבד** להפקיע את ההחזקה - והיינו להפקיעה **למפרע** - כשיכולת-השליטה של המחזיק בעצם אבדה כבר, אלא שהיא ניתנת להתחדש בלי צורך להוציא את החפץ מידו של אחר, והמשך מעמד ההחזקה נשאר תלוי אפוא בדעתו של האיש.

מעבר לכך אין ליאוש משמעות אלא כשהוא מתארע **בבעל** החפץ, להבדיל משומר או גזלן (וגם אותה אפשרות שניה שהזכרנו של יאוש המתארע מראש, מתוך ציפייה לאבדן ההחזקה, אין לה משמעות אלא אצל בעל החפץ).

במסגרת זו יש קודם-כל עניינים, שבהם תלויה אמנם רשות הבעלים בהחזקת החפץ, אלא שרשות זו - כל זמן שהחפץ קיים ואינו נקנה לבעלותו של אחר - אינה נפקעת מהם על-ידי עצם אבדן ההחזקה, כי אם משעה שבה נהפך האבדן למצב של קבע; ואחת ממשמעויות היאוש היא, **שהריהו מסמך את** [[197]] **היקבעות האבדן**. הדברים אמורים בחובות ובהשפעות-שבדין הכרוכות במעמד הבעלות, כגון חובת תרומות ומעשרות, או קיום זיקת "הזימון", הפוטרת את בעל העופות ממצוות שילוח-הקן בקחתו את הגוזלים - ובעניינים מסוג זה מפקיע היאוש את רשות הבעלים, בין אם אירע בדיעבד ובין אם אירע מלכתחילה (שאז תיחשב ההחזקה כאבודה כבר דרך-קבע למפרע, משעת היאוש - ובלבד שבינתיים גם אבדה אמנם ההחזקה למעשה)⁶⁴⁴. מבחינה מושגית-עקרונית מוכללת התוצאה הזאת של היאוש בהלכה, **שמיטלטל** היוצא מהחזקת בעליו, ובעליו התיאשו - הרי גם אם קניינם אינו אובד על-ידי כך לחלוטין, מכל-מקום חדל **קניינם להיחשב קניין במוחזק, ונעשה הוא קניין בראוי**; ונראה נכון, שאמנם לא עצם אבדן ההחזקה הוא המכניס את השינוי האמור, כי אם רק אבדן ההחזקה המלווה ביאוש⁶⁴⁵. התוצאה המעשית של הכללה זו היא, שעם אבדן ההחזקה המלווה ביאוש, בטלה זכותו של הבכור לרשת מנה כפולה במיטלטל האבוד, והריהו יורש בו כשאר אחיו⁶⁴⁶. מתקשרת לכאן גם-כן התוצאה שעם אבדן ההחזקה המלווה ביאוש, הרי

⁶⁴¹ (ג) כגון שפרי נשר מן העץ אל מעבר לגדר ועומד להינשא על-ידי העוברים-ושבים, או שבעל החפץ נאנס להוציאו ולהניחו לגזלנים שיבואו לקחתו. השווה תוספות על בבא מציעא כ"א ב', ד"ה תאנה; ברכות מ' ב', גבי תמרי דזיקא; פתחי-תשובה על חו"מ סי' קפ"א ס"ק א'; בבא קמא קט"ז א', גבי חמורו של רב ספרא.

⁶⁴² (ד) והשווה לעיל, פרק ג' סעי' י"א, בסמיכות להערה קמ"ב.

⁶⁴³ (טו) בפרק ג', סוף סעי' י"א.

⁶⁴⁴ (טז) לעניין הפקעה מחובת מעשר, ר' ראש השנה ט"ו א' (בעניין אתרוג שהכל ממשמשין בו) וברכות מ' ב' (בעניין תמרי דזיקא). לעניין זיקת "הזימון" - ר' חולין קל"ט א'.

⁶⁴⁵ (יז) נתה"מ על סי' רע"ח ס"ק י', ושלא כקצוה"ח שם בס"ק י"ד.

⁶⁴⁶ (יח) שו"ע חו"מ סי' רע"ח.

אף-על-פי שתביעת הבעלים להחזרת החפץ מיד כל מחזיק שלא בזכות נשארת בעינה - מכל-מקום אין לבעלים תביעה על הזק החפץ או על גרם מניעה להחזרתו, לאחר יאוש, לבד מחובת המזיק להחזיר כל ממון שנשתרש לו על ידי מעשהו⁶⁴⁷.

מצד שני, עשוי אבדן ההחזקה המלווה ביאוש להעמיד את החפץ באופן חיובי ברשות ה**גזלן** - ולא רק לעניין של חובות או השפעות-שבדין, כי אם אפילו לעניין של זכויות מסוימות המועברות אליו מן הבעל, - כגון לעניין חובת תרומות ומעשרות⁶⁴⁸, לעניין אחריות לכלאיים⁶⁴⁹, ולעניין הזכיה בפירות במיטלטלין⁶⁵⁰.

[[198]] ולבסוף, אמנם משמש היאוש כרקע המכשיר את הפקעת הקניין לחלוטין - והיינו במיטלטלין, כשמתקבלים הם להחזקתו של אחר, על דעת בעלות גמורה ומוחלטת ושלא דרך הוצאה בלי רשות מיד מחזיק קודם, - שאז זוכה בהם המחזיק החדש⁶⁵¹.

תוצאה זו, וביחוד כשמצטרפת היא ליאוש שמלכתחילה, מן הסוג שאין בו כשלעצמו כדי להפקיע את ההחזקה - היא היא הסיבה לבך שיש נוטים לדמות את היאוש, מבחינה מהותית, להפקרה: כי כשם שההפקרה היא סילוק-הדעת מן הבעלות בחפץ, באופן המשחרר אותו לזכיית כל אדם⁶⁵² - הוא הדין ביאוש; ואם תמצוי לומר, כפי שאמרנו לעיל, שההפקרה היא סילוק מכוון של הדעת מעצם הזיקה המשפטית של בעלות, בעוד שהיאוש הוא רק מצב-רוח סביל של העדר תקוות-ההחזרה - הרי לפחות ביאוש מן הסוג הנידון מצב-רוח זה אינו לגמרי סביל, אלא באמת נובע הוא מבחירה, המכוונת מדעת, שלא להוסיף ולעמוד עוד על דין הבעלות.

אולם, התירוץ לקושי זה הוא כפול. ראשית, ישנו ההבדל המושגי והמעשי, המתקיים כאן מכל-מקום. ההפקרה היא באמת סילוק-הדעת מעצם הזיקה המשפטית של בעלות, באופן המגיע ממש לידי **התנערות** מן הבעלות, מתוך רצון מפורש להביאה לסיום, - ובהתאם לכך מסיימת ההפקרה את הבעלות לאלתר ומוציאה את החפץ מכל רשויות-הקניין של הבעלים (למשל, לעניין חובת-

647 (יט) שו"ע חו"מ סי' שס"א סע' ו'-ז' וסי' שג"ו סע' י'.

⁶⁴⁸ (כ) פ"ד מהל' תרומות הל' י"א.

⁶⁴⁹ (כא) כך לפי אחת הדעות בירושלמי כלאיים פ"ז הל' ד' (אחריות הבעלים עצמם לכלאיים מסולקת עם אבדן ההחזקה, אף בלא יאוש).

⁶⁵⁰ (כב) שו"ע חו"מ סי' שנ"ד ושס"ב.

651 (כג) ר' שו"ע חו"מ סי' רנ"ט סעי' ג' ואילך; סי' רס"ב סעי' ג' ואילך; סי' שני"ג סעי' ב' ואילך; סי' שס"א; סי' שס"ח וסי' קפ"א. - בהקשר זה יש דין מיוחד ב**דבורים**, ואולי גם ביונים ובעלי-חי כיוצא בהן. בעלי-חי אלה, הקניין בהם אינו מדאורייתא, אלא רק מדרבנן, ומשיצאו מהחזקת בעליהם יכול כל אדם לזכות בהם, כאילו הופקרו. אולם, על-ידי אבדן ההחזקה בלבד אין הקניין הקודם אובד בהם לחלוטין: כל זמן שהבעלים לא התיאשו (היינו שמוסיפים הם לרדוף אחריהם) רשאים הם לרדוף אחריהם אף לתוך רשות הזולת שזכה בהם בינתיים, - ורק עם היאוש נשלמת אפוא באמת לגמרי זכיית המחזיק החדש (ר' בבא קמא קי"ד א'-ב', ופ"יו מהל' גולה ואבדה הל' י"ד ואילך, והשווה חולין קמ"א ב').

652 (כד) שו"ע חו"מ סי' רע"ג סעי' ג' וה'.

מעשר או אחריות מדאורייתא לחמץ בפסח⁶⁵³, אף אם בינתים נשאר עוד החפץ בהחזקת הבעלים⁶⁵⁴. לעומת זאת, ביאוש, ואף יאוש מן הסוג הנידון, אין ממש התנערות פעילה מן הבעלות, כי אם רק יחס של לא-אכפת בה. בהתאם לכך, גם אם מתקבל יחס זה כפרי של ברירה מחושבת, מכל-מקום הוא כשלעצמו אינו מפקיע את הבעלות כל זמן שההרשאה לא נוצלה, - ואם בינתים נשאר עוד החפץ בהחזקת הבעלים, מתקיים בינתים אף כל שאר רשותם הקניינית בעינו.

[199]] ואילו התירוץ השני הוא, שבאמת סוג היאוש המיוחד הנידון פה - אם כי אין הוא ממש הפקרה - מכל-מקום, בטיבו, קרוב הוא יותר להפקרה מאשר ליאוש הרגיל, שאין מאחוריו שום ברירה והוא כולו מאונס. אך העובדה נשארת כי מבחינת הדינים, חלים בו דיני היאוש ולא דיני ההפקר⁶⁵⁵. ובהתאם לכך ניתן לסכם כי מבחינה מהותית באמת אין לערבב בין היאוש במובן המיוחד לבין היאוש הרגיל, כדי להפכם למושג מאוחד לגמרי: יאוש-ממש הוא רק היאוש הרגיל, ודיני היאוש התפתחו אמנם מלכתחילה רק בקשר ליאוש רגיל זה; היאוש "המיוחד", לעומת זאת, הוא מוסד מיוחד, בין היאוש וההפקרה, ושמו המדויק הוא "האבדה מדעת"; אך למעשה, מאחר שדיני ההאבדה-מדעת ודיני היאוש הם שווים, נוטים שני המוסדות להתמזג, ורק מבחינה מעשית זו - ולא מבחינה עקרונית-מהותית - יש הצדקה למיזוג המושגי. משמתברר הדבר הזה, יכולים אנו לעמוד גם ביתר בירור על כך, שהדמיון להפקרה המצוי בהאבדה מדעת - ואף שם "ההפקר" המוסב על מוסד זה לעתים קרובות, ברהט-הלשון⁶⁵⁶ - אינם צריכים להטעותנו ביחס למהותו ודינו של מוסד היאוש בכללו.

ב. קביעת היאוש

מתוך מה שראינו בסעיף הקודם מתברר כי היאוש עשוי לא רק להשפיע על מעמדו של המתיאש עצמו ביחס לחפץ, אלא חשוב הוא גם להתפתחות זכויותיהם של אנשים אחרים, - והשאלה עשויה להתעורר, כיצד יתכן שגורם סובייקטיבי ונסתר כיאוש, כפי שהגדרנוהו, ייקבע כמבחן לעניין שכזה.

התשובה היא כי היאוש, כשלעצמו, אמנם הוא גורם סובייקטיבי ונסתר, אבל קנה-המידה המשפטי להכרתו הוא אובייקטיבי לגמרי. לשם ההכרה ביאוש אין אנו נזקקים דווקא לגילוי-דעת מפורש מצד בעל-הדבר, ואפשר ליחסו לאדם אפילו בעל-כרחו, בניגוד להצהרתו המפורשת, כשמכלול המסיבות מחייב כי אדם בר-דעת היה מתיאש בהן⁶⁵⁷. יתר-על-כן, לא רק היאוש עצמו עשוי להיות מיוחס לאדם לפי המסיבות, אלא מיחסים לו גם את ידיעת העובדות שהיו מחייבות את היאוש

⁶⁵³ (כה) באר היטב על שו"ע או"ח סי' תמ"ח ס"ק ט"ו.

⁶⁵⁴ (כו) כך בהבדל ממה שראינו לעיל, סוף פרק א', כי ביבשת אירופה אין הפקרה נשלמת אלא עם אבדן ההחזקה.

⁶⁵⁵ (כז) השווה עה"ש חו"מ סי' רס"א סעי' ד', ובאר היטב באותו סימן, ס"ק ד'.

⁶⁵⁶ (ח) ר' המקורות המוזכרים בהערה י"ג וכ"ז לעיל.

⁶⁵⁷ (ט) שו"ע חו"מ סי' רנ"ט סעי' ז'.

לזמן הקובע ואשר לאור המסיבות באותו זמן היו מן הסתם ידועות לו⁶⁵⁸. מצד שני, אמנם, עובדות שלא היו ידועות לבעל-הדבר לאור המסיבות מסתמא - אינן מבססות יאוש, אלא אם היו ידועות למעשה, [[200]] ואף-על-פי שלו היו ידועות היה בעל-הדבר מתיאש⁶⁵⁹. כמו-כן, אם על-פי העובדות כשלעצמן לא היה היאוש מתחייב, ובעל-הדבר התיאש בכל-זאת, יש ליאוש תוקף, כפי שכבר ראינו⁶⁶⁰. ואת היאוש מסוג זה, שהמסיבות החיצוניות נוטות לכאורה להצביע בכיוון העדרו, מסיקים אמנם מהתנהגות האדם, בדיבור או בפועל⁶⁶¹. אולם, גם דרך זו הריהי כמובן דרך-הוכחה אובייקטיבית; ויתר-על-כן: אם יש בה פנייה לגורמים אישיים-סובייקטיבים, הרי זה רק כדי להרחיב את אפשרויות הוכחת היאוש - אף למקרה שהמסיבות החיצוניות נוטות להצביע להיפך, - ואי-אפשר להיעזר בגילויים סובייקטיביים, כדי **לסתור** הנחת יאוש, שהמסיבות החיצוניות מספיקות לבססה⁶⁶².

עם זאת חשוב להדגיש כי אין לערבב בין חוסר-האפשרות לסתור חזקת-יאוש אובייקטיבית על-ידי ראיות לעובדת המצב הנפשי הסובייקטיבי, לבין סתירת הנחה של יאוש על סמך גורמים אשר על אף היותם אישיים הריהם שוללים את חזקת-היאוש האובייקטיבית עצמה, מבפנים. כך, למשל, כשהצד שכנגד יודע בזמן הקובע כי בעל-הדבר אינו בר-דעת, באופן שאין הוא מסוגל כלל ליאוש במשמעות משפטית, או שניכר במסיבות המקרה כי יש לבעל-הדבר אמצעים אישיים מיוחדים להבטחת עניינו, באופן שאין הוא צריך להתיאש, אף-על-פי שהעדר היאוש אצל כל אדם אחר במקומו לא היה סביר - הדין הוא שאין מכירים באותו מקרה כיאוש⁶⁶³.

ג. יאוש בעל-הבית ויאוש השומר

לאחר מכן עשויה להתעורר השאלה, מה יהא על דין היאוש כשבמסיבות המקרה ידוע לצד שכנגד כי החפץ היה לאחרונה בידו של שומר, וחזקות-היאוש לגבי בעל-הבית והשומר הן שונות: כגון שחזקת בעל-הבית היא שהתיאש וחזקת השומר שלא התיאש, או להיפך. לגבי ההיפך, השאלה תהא אמנם, בדרך-כלל, רק [[201]] ריטורית בלבד: כי חוץ מן המקרה שהיאוש הוא הקובע את אבדן יכולת-השליטה מלכתחילה (ושאז עשויה החזקת השומר להיפסק על-ידי עצם יאוש, וממילא תיפסק בכך גם החזקת בעל-הבית, אף-על-פי שהלה לא התיאש), אין לראות כיצד יכול יאוש השומר להשפיע על מעמד בעל-הבית שלא התיאש⁶⁶⁴; וממילא, מתוך שלא יושפע מעמד בעל-הבית, לא יושפע גם מעמד השומר.

⁶⁵⁸ (ל) דוק בבבא מציעא כ"א ב'.

⁶⁵⁹ (לא) שם, להלן, עד דף כ"ב עמ' ב', לסיום הסוגיה ד"יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש".

⁶⁶⁰ (לב) ר' ג' פ"ד מהל' גזלה ואבדה הל' ג'.

⁶⁶¹ (לג) שם, והגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' רנ"ט סוף סעי' ז'.

⁶⁶² (לד) ר' הרב **הרצוג**, א', עמ' 307.

⁶⁶³ (לה) בבא מציעא כ"ב ב', בתירוץ קושייה רב אחא בריה דרבא.

⁶⁶⁴ (לו) ר' ג' לעיל, בפרק ג' סעי' י"א, בסמיכות להערה קמ"ח. עם זאת ר' שם, בהמשך, שלפעמים יוכל השומר להיות מוכר כמורשה להאביד את החפץ מדעת, ואז למעשה ייחשב אפוא "יאוש" כהתגלמות בלבד של "יאוש" הבעלים, או כגורם המוציא גם את "יאוש" הבעלים אל הפועל.

אך כשחזקת בעל-הבית היא שהתיאש וחזקת השומר שלא התיאש (כגון שיש לשומר יכולת-פעולה, שבעל-הבית אינו יודע עליה) - השאלה היא ממשית: שהרי המדובר הוא במעמד **בעל-הבית**, ואילו **הוא** התיאש. אולם, נראה לומר, שבהעדר יאוש השומר, גם יאוש בעל-הבית אינו יאוש. בכיוון זה, יש לנו דין מפורש שיאוש בעל-הבית איננו יאוש, כשהחפץ נמצא והוחזק על-ידי שומר-אבדה בשבילו⁶⁶⁵; וגם אם דין זה ניתן לתירוץ על-ידי כך, שהחזקת השומר החזירה על כנה את החזקת בעל-הבית, וממילא אין כאן אפוא בסיס ליאוש - בהבדל מן המקרה שהעדר-היאוש מצד השומר מלווה באבדן-החזקה אף על-ידי שהוא בעצמו, העובדה נשארת שאין אבדן-ההחזקה יכול להיחשב כאבדן של קבע בעוד שלפחות לשומר יש עדיין תקווה סבירה (וממילא גם פעילה) להחזרתו של החפץ, וממילא יוצא שיאוש בעל-הבית לבדו אמנם אינו יכול להיחשב כיאוש.

במלים אחרות אפשר לסכם אפוא, שלפחות במה שנוגע לתוצאות הקנייניות של היאוש, אין דין יאוש בחפץ שהיה בשמירה, אלא אם התיאשו בעל-הבית והשומר כאחד.

ד. חשיבות מושג היאוש - הערכה השואתית

משנתבררו לנו דיני היאוש למעשה, יכולים אנו לעבור להערכת מקומו של המושג במסגרת המשפטית בכללה, ובכיוון זה נראה שיש להבדיל בין חשיבות היאוש לעניין סיום זיקת ההחזקה לבין חשיבותו בתחום דיני הבעלות. אשר לסיום ההחזקה - כבר הסברנו את הגיון הדברים בסעי' י"א של פרק ג' לעיל, וכאן נתעכב אפוא רק על חשיבות היאוש מבחינה קניינית.

[[202]] בתחום זה, הדברים הם פשוטים למדי במה שנוגע להפקעת החובות וההשפעות-שבדין הכרוכות במעמד הבעלות והחדלות להתקיים משאיבדו הבעלים את החזקתם ונתיאשו. אם נסב את הדברים על דוגמה מסוג המורגל בחיינו כיום - למשל, חובת מס-רכוש לגבי יהלום - לא נתקשה לעמוד מיד על ההגיון המחויב שבשלש ההנחות הבאות: אבדן היהלום ודאי אינו צריך, כשלעצמו, להפקיע את קניין הבעלים; עם זאת, ודאי אין בעל היהלום צריך להתחייב במס בגינו, כשלמעשה היהלום אינו בידו ואין הוא יכול להשתמש בו, לא בעצמו ולא באמצעותו של אחר; ואף-על-פי-כן, ודאי גם אין טעם לפטור את הבעלים מן המס כשהאבדן נראה ארעי, והבעלים משתדלים אמנם לחזור ולהחזיק ביהלום, תוך מאמץ העשוי להיות מוכתר בהצלחה בכל עת. כאן באמת נחוץ אפוא קנה-מידה לסימון היקבעות האבדן, בלי פגיעה בעקרון הבעלות ומעבר לסימן הניתן על-ידי אבדן ההחזקה כשלעצמו. מוסד היאוש מספק את קנה-המידה הלזה בדיני ישראל, - ואם בשיטות אחדות אין לכך הקבלה, הרי זה חסרון שלהן.

יותר מסובכת היא שאלת חשיבות היאוש לעניין הפטור מאחריות לנזק והאפשרות לזכות בחפץ. מבחינה זו מקביל היאוש להתישנות תביעת הבעלות בשיטות המשפט של אירופה (וביחוד בגרמניה⁶⁶⁶), וכן במדינת ישראל, לפי חוק ההתישנות מתשי"ח), אם כי יש בין שני המוסדות הבדל

⁶⁶⁵ (לז) ר' קצוה"ח על סי' רנ"ט ס"ק א'.

⁶⁶⁶ (לח) ר' לעיל, פרק א', סעי' ה' סי' 3, בסמיכות להערה צ"ג וגוף ההערה.

מהותי ועמוק. צד השוויון הוא ששניהם מרופפים את הבעלות עם אבדן ההחזקה, ואינם מפקיעים אותה; אולם, בעוד שההתישנות נותנת פטור נוהלי מפני תביעת החזרה או אחריות בנוזיקין, כשעבר זמן מסוים אחר שנולדה עילת התביעה נגד התופס או המזיק, הרי לפי הדין העברי אין הפגיעה בבעלות מתישנת לעולם אם נגרמה בעוד הבעלות היא שלמה, ואילו היאוש יוצר רק פטור מאחריות או אפשרות של זכייה לזולת - אם נעשה מעשה בהסתמך על היאוש שכבר היה. היאוש מועיל אפוא דווקא למי שלא היתה נגדו עילת תביעה מקודם, ובמלים אחרות משמע כי תוצאות היאוש וההתישנות הן ממש הפוכות: במקום שההתישנות פוטרת, אין מועיל היאוש, ובמקום שמועיל היאוש - ממילא אין עדיין התישנות. אם נתרגם את הדברים למשמעותם המעשית, נמצא שההתישנות פוטרת את הגזלן, אבל אין לה משמעות לגבי המוצא אבדה; היאוש, לעומת זאת, תועלתו העיקרית היא למוצא אבדה, ואין הוא פוטר את הגזלן. אולם, מידת הדמיון שאמרנו נשארת אף-על-פי-כן בעינה, וממילא נשארת גם ההקבלה העניינית - כי שני המוסדות הם גורם לפטור מאחריות ואפשרות של זכיית הזולת על סמך השתקעותה של זכות-הבעלות הקודמת; כמו-כן, חוזרים שני המוסדות ומתדמים גם בתחולת תועלתם, ביחס למי שבא **מכוחו של גזלן**⁶⁶⁷.

[203]] והנה, אם נערוך עתה את שני המוסדות זה לעומת זה, לאור הדמיונות וההבדלים שביניהם - נראה לומר שמוסד היאוש, מצידו, מתברר שוב והולך כמבנה שהגיונו הוא מושלם. כי אף-על-פי שיש בו משום סילוק-הדעת מן הבעלות, הרי סילוק זה (בעיקר-מוסד היאוש) הוא מאונס ואינו מכוון - ולכן, לא זו בלבד שאין הוא מפקיע את הבעלות מעצמו, כדין ההפקרה, אלא גם אם נתפס החפץ בינתיים בידו של אחר, הכלל הוא שאין הבעלות הקודמת נפקעת לטובת התופס - באשר עמדת המשפט העברי היא שהתופס שלא כדין אינו צריך לזכות בשום מקרה, והבעל הקודם זכאי לחזור ולהוציא מידו, אם איך-שהוא יצליח לגלות את החפץ אצלו, ואף אם בינתיים הספיק כבר להתיאש. אולם, אם נתפס החפץ לא באופן שרירותי, אלא **בהסתמך על היאוש**, עמדת המשפט העברי היא שהתופס צריך לזכות, על סמך השיקולים שנחזור עוד לבדוק תיכף ומיד, - ובאופן כזה אמנם מוסברת התוצאה, שאם כי היאוש אינו הפקר ואינו מפקיע את הבעלות, מכל-מקום הוא **מרופף** את הבעלות ויש בו רשות-זכייה, כבהפקר.

אשר לשיקולים, שבגינם נוטה המשפט העברי לאפשר זכייה לתופס בהסתמך על היאוש, יש להבחין בין המוצא אבדה לבין מי שבא **מכוחו של גזלן**.

באשר למוצא, נראה לומר שאם מוצא הוא את החפץ במסיבות המעלות חזקה של יאוש הבעלים, הרי בדרך-כלל לא יהא טעם לחייבו לחפש אחריהם, מעצם טבע הדברים. כי לדידו - ממילא נראה לו החפץ כמופקר ועומד, באופן שאין כלל להבחין בינו לבין הפקר גמור; ויתר-על-כן: לו היה נראה במסיבות, שהבעלים עשויים עוד להימצא, הרי בסתם - אותן המסיבות היו מונעות גם חזקה של יאוש. ואילו באותם המקרים הנדירים שבהם יכולה חזקת יאוש לעלות בקנה אחד עם אפשרות למצוא את הבעלים - כגון ארגז טבוע שנמשה מן הים, או פירות הנושרים מן העץ אל מעבר לגדרו של פרדס, - הרי בהכרח כרוכה שם מציאת מחפץ או החזרתו במאמץ או בטורח שהבעלים לא

⁶⁶⁷ (לט) השווה לעיל, פרק ג', הערה קכ"ו.

ראוהו כדאי או אפשרי לעצמם, או שהבעלים אינם צופים כלל להחזרתו של החפץ, באשר ההחזרה היא בניגוד למנהג, או שהסיכוי המכריע במסיבות המקרה הוא שהחפץ ילך לאיבוד על-פי טבע הדברים - ונמצא שהיאוש משתווה כאן למעשה להפקרה מכוונת, או שעל-כל-פנים אין הצדקה להנות את הבעלים ממקרה המציאה המוצלח, יותר מאשר את המוצא בעצמו.

אצל מי שבא מכוחו של גזלן, ואפילו שלא בתום-לב, חלים אותם השיקולים בעצמם, ועליהם עוד יש להוסיף: שאם אדם החשוד כגזלן לא יוכל להעביר בעלות בחפצים, אף כשנראה שכל בעלות קודמת בהם על-כל-פנים נשתקעה כבר, יהא פירושו של דבר שיוטל עליו חרם כללי. הוא לא יוכל [[204]] לפרוע באופן יעיל את חובותיו, והוא לא יוכל לא רק למכור שום דבר, אלא גם לא לקנות⁶⁶⁸. אם אין אנו רוצים לתוצאה שכזו, הכרח הוא אפוא לאפשר העברת בעלות מגזלן, לפחות בגדרים מסוימים, שאף יהיו רחבים למדי - ונראה שחזקת יאוש הבעלים הקודמים היא לעניין זה (כמו גם בנקודות הקודמות שסקרנו) קנה-מידה המכוון במישרין ובאופן מהותי לגדרי הבעייה⁶⁶⁹.

עם זאת יש לחזור ולהזכיר כי אפשרות הזכייה בהסתמך על יאוש [[205]] נתונה רק במיטלטלין, אבל לא במקרקעין⁶⁷⁰. טעם הדבר הוא פשוט, בשים-לב לעקרונות שעליהם מושתת משטר המקרקעין העברי בארץ-ישראל וכן גם בשים לב לכך שכל השיקולים שהבאנו לעיל אינם שייכים למעשה במקרקעין, וכל הבטחון הנחוץ למשא-ומתן במקרקעין מצוי כבר למעשה מכל-מקום בדיני חזקת שלש השנים, שסקרנו בפרק ג'. מצד שני יש לציין, שאף **במיטלטלין** אין ליאוש ערך מכריע,

⁶⁶⁸ (מ) השווה משנה בבא קמא פ"י מ"ב: "נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר, גזלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת, הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן".

⁶⁶⁹ (מא) יש להדגיש שהמוצא - ולפי דעת רבים גם הלוקח מן הגזלן - אינם זוכים בחפץ מדין יאוש, אם תחילת החזקתם היתה על-פי הנחה של **חוסר-יאוש**, וחזקת יאוש הבעלים הקודמים נוצרה רק בדיעבד. אצל המוצא, זהו הדין, מפני שבקחתו את החפץ בטרם יאוש נעשה הוא **שומר**; החזקת הבעלים חוזרת אפוא, לפחות בעקיפין, למקומה; יאוש הבעלים אינו יכול להפסיק החזקה זו, כי יכולת-השליטה אינה תלויה כאן בדעתם; ויאוש בלי אבדן ההחזקה איננו יאוש (ר' בפרק זה, סעי' ג' לעיל). אף-על-פי-כן, יכול שומר-האבדה לזכות בחפץ גם בדיעבד, על-פי הדין המיוחד שאם המשך שמירת-האבדה נהפך לטורח בלתי-מוצדק, רשאי השומר למכור את החפץ או לקנותו לעצמו, והתמורה תיהפך למלווה בידו (שו"ע חו"מ סי' רס"ז סעי' כ"א ואילך). אשר ללוקח מן הגזלן, הרי בקחתו גזלה בטרם יאוש, מן הסתם פוגע הוא ביסוד שעליו תקוות הבעלים מבוססת, ונעשה הוא כמי שגזל מן הבעלים במישרין (הגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סי' שני"ג סעי' ג' וסי' שני"ו סעי' ג').

מצד שני יש להדגיש שאף מתן-התוקף למיקח שנעשה שלא בתום-לב **לאחר יאוש** - אין פירושו שדיני ישראל משלחים לאחר יאוש כל רסן. אדרבה: בשו"ע חו"מ סי' שני"ו סעי' א' וסי' שני"ח מוצאים אנו איסור לסייע לגזלן על-ידי קניית דברים שחזקתם גזולים - בלי הבחנה בין לפני יאוש ולאחר יאוש. אולם, יש הבדל בין קנייה מכוונת של חפץ **שחזקתו** גזול לבין קבלת חפץ שרק יש בו **חשש** גזלה, בעסק שתכליתו ועניינו ישרים: חשש גזלה בלבד מוציא אמנם את הלוקח מחזקת-תמותו, אך אינו מוציא את החפץ, וממילא גם לא את העסק כלו, מחזקה של **כשרות**. השווה עה"ש חו"מ סי' שסי"ט סעי' ד'-ה'.

⁶⁷⁰ (מב) ר' שו"ע חו"מ סי' שע"א סעי' א': "קרקע אינה נגזלת לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת. אפילו נמכרה לאלף זה אחר זה, ונתיאשו הבעלים, הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים..."

במה שנוגע לאפשרות הזכייה של הלוקח מן הגזלן **בתום-לב**. כפי שנראה בפרק הבא, לוקח כזה, במיטלטלין, הוא מוגן אף כשמיקחו נערך **בטרם יאוש**.

במה שנוגע לפטור מאחריות לנזיקין - הרי זה קל-וחומר מדין הזכייה: במקום שיכול אדם לזכות בחפץ לגמרי, על אחת כמה וכמה שאין לו להיות אחראי כשרק הזיק כלשהו. האחריות לממון שנשתרש למזיק, שהזכרנו לעיל, יכולה למעשה לחול רק במקום שהמזיק אף החזיק בחפץ והיה כפוף לחובת-החזרה, כפי שנראה בפרק הבא. מצד שני, אף הפטור בכללו אינו חל במזיק שהוא עצמו גזל את החפץ בטרם יאוש, כי גזלן כזה מתחייב בכל ערך החפץ, בגין עצם מעשה הגזלה.

לעומת כל הדברים האלה, אם נעבור עתה לדינים המקבילים בשיטות של אירופה, נראה קודם-כל, כי במידה שגם שם התישנות תביעת הבעלות מרופפת אותה ואינה מפקיעתה - אין לכך הצדקה עניינית כלשהי. מצד שני, אם התישנות התביעה מגיעה שם כדי הפקעה - או שכל מוסד התישנות תביעת הבעלות מוחלף שם על-ידי "**ההתישנות המקנה**" - הרי זה הסדר, שלפחות מבחינת המבנה והעקרון מכוון הוא להועיל **לגזלן**, וכבר ביקרנוהו לשלילה בפרק ג' סעי' ד', לעיל. כנגד שני אלה, שוב, יוצא בשיטות האירופיות, שבעוד שמיטיבות הן עם הגזלן, הרי לגבי **המוצא** אין בהן, בדרך-כלל, שום הסדר של זכייה לאלתר, - ואף אם ניכר בעליל שכל טורח חיפוש הבעלים הוא לשוא, או שהבעלים אינם מעוניינים בהחזרה, או שרק המוצא, במאמציו, הוא שהחזיר את האבדה לעולם-המעשה, בעוד שהבעלים רגעו על אבדן החפץ באין⁶⁷¹. כמו כן, המקבל מן הגזלן חפץ, שהגזלן עוד לא זכה בו על-פי דיני ההתישנות - אף הוא אינו זוכה, ואפילו במיטלטלין, לבד מחלק מן המקרים של קנייה בתום-לב⁶⁷². יוצא אפוא, כי מי שנושא ונותן עם אדם הנתון אצלו בחשד גזלנות, עושה כן תמיד על אחריותו.

[206]] עם זאת יש לציין שכמה דינים מיוחדים בשיטות האירופיות מקבילים מבחינה פונקציונלית למוסד היאוש העברי, אף יותר מן ההקבלה שראינו בהתישנות תביעת הבעלות. כך הוא בכלל האירופי בדבר אבדן הקניין בבעלי חיים עם אבדן ההחזקה בהם⁶⁷³; כמו כן, בדין שייכות הפירות הנושרים אל מעבר לגדר⁶⁷⁴; וכן בדין הצרפתי (סעי' 2279 של ספר החוקים האזרחי), שאם חפץ יצא מתחת יד הבעלים שלא מדעתם, זוכה בו המחזיק בתום-לב, אם עברו שלש שנים מיום האבדה (ואף אם כל אותו הזמן או רובו לא היתה לבעלים עילת תביעה נגד אדם כלשהו). אולם, כל הדינים האלה הם מקריים כביכול, ואין בהם שום תפיסת דברים מאוחדת⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ (מג) **גודיב**, עמ' 25; **פלניול וריפר** ג', עמ' 618 ואילך; בג"ב סעי' 965 ואילך; ספר החוקים האזרחי באיטליה, סעי' 927 ואילך; צג"ב, סעי' 720 ואילך.

⁶⁷² (מד) ר' לעיל, פרק א' סעי' ה' מס' 5. לגבי המשפט **האנגלי**, ר' **גודיב**, עמ' 95-98 (או כמובא בתמצית להלן - בפרק ח' הערה נ"ט).

⁶⁷³ (מה) ר' לעיל, סוף פרק א', **והלסבורי-סיימונדס**, כרך א', עמ' 656, וכרך כ"ט עמ' 377.

⁶⁷⁴ (מו) סעי' 911 של הבג"ב; סעי' 986 של החוק האיטלקי.

⁶⁷⁵ (מז) השווה גם לעיל, פרק א' סעי' ה', ס"י 5 ו-9.

במה שנוגע לחשיבות היאוש לגבי העמדת החפץ ברשותו **החיובית** של הגזלן, בלי שיועבר אליו קניין החפץ בשלמות - הדברים הם פשוטים, במידה שמתיחסים הם לחובת תרומות ומעשרות ולאחריות לכלאיים. במידה שמתיחסים הדברים לדין הזכייה בפירות המיטלטלין, נעמוד עליהם בפרק הבא.

[[207]]

פרק ח': דיני גזלה

א. אחריות הגזלן

דיני הגזלה מתקשרים לענייננו על-ידי כך, שבצד דיני השומרים נמצאת בהם ההשלמה לדיני המחזיק בחפץ הזולת. שום בעייה מושגית-עקרונית שוב אינה מתעוררת בקשר לכך, ובהמשך מכאן נוכל להסתפק אפוא בסקירת דיני הגזלה לגופם.

לעניין זה יש להבחין קודם-כל בין מקרקעין למיטלטלין, ובאשר למקרקעין - ניתנים הדברים להסתכם בקיצור. הכלל הוא, כפי שכבר ראינו, ש"קרקע אינה נגזלת לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת; אפילו נמכרה לאלף, זה אחר זה, ונתיאשו הבעלים, הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים - וכל מי שיצאה מתחת ידו חוזר על זה שמכרה לו, וחוזר המוכר השני על המוכר הראשון עד שיחזור הלוקח מן הגזלן על הגזלן ויטול ממנו"⁶⁷⁶. אם החזרת המקרקע בעין אינה אפשרית, כגון שהבית נהרס, או הקרקע נשטפה בנהר, או שנתפס המקרקע על ידי צד שלישי שאי-אפשר משום-מה להוציא מידו, או שנגרם נזק במקרקע בלי האבדתו הגמורה - אין על הגזלן שום אחריות של ביטוח, בדומה להעדר כל אחריות כזאת גם אצל **שומר** המקרקעין, והגזלן אחראי אפוא רק אם גרם את הנזק בעצמו, "בידים", או שנגרם הנזק מחמת גזלתו⁶⁷⁷. דין אחר שיש לנו לציין הוא שלעולם אין הגזלן במקרקעין זוכה בפירותיהם - בין אם היתה החזקתו מדעת הגזלה ובין אם היתה בתום-לב; ואם נגרם על-ידי כך נזק למחזיק בתום-לב, הרי מלבד זכותו כלפי הבעלים להחזרת הוצאות השבח, יכול הוא לחזור ולגבות את עודף-הערך מן הגזלן מביא-כוחו שהטעה⁶⁷⁸.

לעומת זאת במיטלטלין הדברים הם מסובכים הרבה יותר. הכלל היסודי הריהו כאן שוב, שכל מחזיק חייב להחזיר את הגזלה בעינה⁶⁷⁹; אבל לעתים קרובות עשויה חובה זו להתחלף בחוב של תמורה כספית, שיוטל על הגזלן המקורי, והיינו:

[[208]] (א) כשהחזרה אינה אפשרית מבחינה פיסית, כגון שאבד החפץ או נשמד⁶⁸⁰;

(ב) כשהחפץ נקנה למחזיק באופן הפוטר אותו מחובת החזרה, כפי שנראה להלן;

(ג) כשבעקב הגזלה נתחבר החפץ לחפצים אחרים, השייכים לזולת, והפרדתו כרוכה בנזק העולה על שוויו⁶⁸¹;

⁶⁷⁶ (א) שו"ע חו"מ סי' שע"א סעי' א'.

⁶⁷⁷ (ב) שם, בהמשך הסעיפים, וסי' שע"ב סעי' ב', והשווה לעיל, פרק ד' סעי' ב', בסמיכות להערה י"ג.

⁶⁷⁸ (ג) שו"ע חו"מ סי' שע"ג.

⁶⁷⁹ (ד) שם, סי' ש"ס סעי' א' וסי' שס"א סעי' ה' ואילך.

⁶⁸⁰ (ה) שם, סי' שני"ד סעי' ג'.

ד) כשהחפץ ניזוק, שאז הברירה ביד הנגזל לוותר על החפץ ולתבוע את תמורתו בשלמות או לקבל את החפץ בעין ולתבוע רק את ערך הנזק⁶⁸² ;

[[209]] ה) כשהחפץ הושבת, באופן המחייב את הנגזל בפיצוי, שאז הברירה ביד הנגזל לשלם את הפיצוי או לוותר על החפץ ולתבוע את תמורתו⁶⁸³.

⁶⁸¹ ו) שם סי' ש"ס סעי' א'. התחברות חפצים כזאת רק מונעת את זכות ההחזרה, אבל אינה מקנה - כשלעצמה - את החפץ האחד לבעלי החפצים האחרים. החפץ נקנה רק כשמשלם לבעליו הפיצוי - ונפקא מינה שאם בינתים מגיעים החפצים איך שהוא לידי הפרדה, חוזרת זכות ההחזרה של בעל החפץ הנגזל למקומה.

התערבות עם חפצים אחרים שלא ברשות אינה פוגעת בדיני ישראל בתביעת הבעלים להחזרת החפץ בעין, והבעלים נאמנים בכל זיהוי סביר של חלקם בתערובת, אלא אם המחזיק, מצידו, מייחס את הזהות לחלק מתאים אחר - שאז חזקתו עדיפה **(תרומת הדשן, ח"א סי' שי"ד, ור' הגהת הרמ"א בחו"מ סי' רצ"ב סעי' י')**.

⁶⁸² ז) שו"ע חו"מ סי' שני"ד סעי' ה' וסי' שס"ג סעי' א'. בדומה למה שראינו באחריות **השואל** (לעיל, פרק ו'), הערה ה'), כן גם לגבי ענייננו יש מעמד מיוחד לנזק שאינו ניכר בגופו של החפץ ולנזק החוזר לתקנו מאליו. נזק כזה אינו נותן מקום לברירה של ויתור, ויש דעה שהגזלן - בהבדל משומר - אינו חייב לפצות על נזק כזה אף אם נגרם בפשיעה (תוספות על בבא קמא נ"ו ב', ד"ה פשיטא). דעה זו יוצאת מן ההנחה, שאחריות הגזלן לנזקים אינה משום חובה של שמירה, אלא רק משום חוסר-יכולת למלא את חובת ההחזרה של החפץ בעין - ומאחר שדין ההחזרה אינו נפגע כאן, הרי שפטור הגזלן מאחריות. במקביל לכך, מתוך ההבחנה בין אחריות משום חובת-החזרה לבין אחריות משום חובה של שמירה, מגיעה דעה זו למסקנה כי **השואל** אחראי לנזק מן הסוג הנידון אף אם נגרם באונס, - והכל בהסתמך על הגמרא בבא קמא צ"ח ב'. אולם, למעשה רק מתברר שם **אדרבה**: אין הבדל בנידון דידן בין השומר והגזלן; ואף אם נאמר שיש אמנם הבדל עיוני בין עילות האחריות שלהם, הרי מכל-מקום, גם אצל השומר חשוב גורם **ההחזרה**, ומה שמשמש החזרה טובה אצל הגזלן משמש גם החזרה פוטרת אצל השומר. מצד שני, גם אם אין על הגזלן חיוב מיוחד של שמירה - ואף-על-פי שגם השומר פטור עקרונית, כשהחזיר תוך נזק מן הסוג הנידון, - הרי אצל שניהם, כשנגרם הנזק מתוך שלא שמרו כדרך האנשים, יש לבעל טענה בשווה: נגד השומר, משום שהנזק נמשך מפשיעתו בשמירה, ונגד הגזלן - משום שהנזק נמשך מפשיעת הגזלה, שמנעתו מלהיטיב לשומר בעצמו (ור' גם תוספות על גטין נ"ג ב', ד"ה גזלן, ולחם משנה על פ"ג מהל' גזלה ואבדה ה' ד').

אשר לנזק החוזר לתקנו מאליו, מתעוררת עוד בעיה מיוחדת אחרת. אם הנזק הזה עשוי לעבור מאליו, בלי הוצאות של תיקון, יש פנים לומר כי אין הוא גורם חסרון-כיס, כי אם רק **ביטול-כיס**, לגבי הזמן שנפגע שימוש של הבעל בחפץ לאחר ההחזרה - וגם השומר וגם הגזלן צריכים כאן להיות פטורים אפוא אף במקרה של רשלנות בשמירה. אולם, יש חולקים וגורסים כי פגיעה בשימוש על-ידי הזק - ולו גם זמני - בגופו של החפץ, הריהי חסרון-כיס ממש, ואם נגרם הנזק בפשיעה הרי השומר או הגזלן אחראים. הדבר נידון בשו"ע חו"מ סי' ש"ו סעי' ז' וסי' ש"מ סעי' ב', ולע"ד נראית נכונה הכרעת הסמ"ע, בסי' ש"ז ס"ק י' (שגם תומך בה קצוה"ח בסי' ש"ז ס"ק ג' ובסי' ש"מ ס"ק ב'), שהתפיסה השנייה היא הנכונה.

נזק שנראה בשעת-מעשה כי אינו פוגם בהחזרה, ומתברר לבסוף כי נמשך ממנו נזק ניכר ומתמיד - דינו כאילו היה ניכר ומתמיד מלכתחילה: שו"ע חו"מ סי' ש"מ סעי' ב'.

⁶⁸³ ח) בשבח גזלת המיטלטלין נחזור ונדון עוד בסעיף מיוחד להלן. כאן נציין שלמעשה יהא הבעל תמיד חייב בפיצוי על השבח - חוץ מן המקרה שהשבח עלה כלו מאליו, שלא מחמרי הזולת, בטרם יאוש, וביד הגזלן המקורי. במושג "השבח" עשויים להיכלל ביחוד חפצים שנתחברו לחפץ הנידון ושהפרדתם כרוכה בנזק

[210]] לגבי גובה התמורה או ערכו של הנזק, קנה-המידה הוא בערך החפץ כפי שהיה בזמן הגזלה - שאז מתגבשת ומבשילה לאלתר חובת ההחזרה או תשלום התמורה; אבל אם בינתים הוקר החפץ, והתביעה להחזרה בעין נגרמה על-ידי מעשה הגזלן בשעת היוקר - חייב הוא בתשלום כשעת המעשה, שאז הוא חזר והזיק⁶⁸⁴.

עם גמר התשלום רואים את הגזלן כאילו זכות הבעלים עברה אליו למפרע, משעת הגזלה - ויכול הוא אפוא לחזור להיפרע, במידה מתאימה, מכל אדם שלישי שהיתה לו יד של פשיעה בנזק החפץ. אולם, אם נפטר הגזלן בדרך-תשלום במרמה - היינו שהעלים את החפץ מלהחזירו, בעוד שהיתה עליו חובה להחזיר - אין הוא זוכה בחפץ, כל זמן שראוי החפץ לחזור בעינו⁶⁸⁵.

אפשרות הבעלים להיפרע מן הגזלן המקורי אינה פוגעת ביכולתם לבוא לידי הסדר עם כל אדם אחר שיש להם זכות נגדו ביחס לחפץ הנגזל - כגון שהוזק החפץ בידו של שלישי בטרם יאוש, או שהושבח החפץ על-ידי אדם שלישי שהחפץ לא נקנה לו (שאז, לפי שיטת הראב"ד, אם לא ירצו הבעלים לפצותו, הריהם יוכלו לחייב אותו במישרין לשלם להם את ערך החפץ, **כפי שהיה לעת ההשבחה**). ההסדר עם האדם השלישי יפחית כמובן, במידה מתאימה, כל אחריות לנזק שהגזלן המקורי היה נושא בה באופן אחר⁶⁸⁶.

מעמד מיוחד בהקשר זה יש לכל אדם שנעשה גזלן בחפץ בהיותו כבר גזול. כך, הגזל מן הגזלן בטרם יאוש - היינו מי שתופס מן הגזלן בטרם יאוש, שלא ברצונו ולא ברשות⁶⁸⁷ - אחראי הוא עצמו

העולה על **שוים** (השווה מה שאמרנו לעיל, בסמיכות להערה ו'). לפי שיטת **הרמב"ם** אין לבעל החפץ המושבח ברירה, ו**חייב** הוא לשלם בעד השבח (פ"י מהל' שכירות הל' ד'; אך **הראב"ד** חולק על הרמב"ם, בטענה שפסק כן מסברה, ואין סברתו מבוססת. לפי שיטתו, אין ערך מכריע לעובדה, שמבחינה אובייקטיבית השינוי שנגרם בחפץ הוא שבח, אלא יכול הבעל לטעון, כי לדידו השינוי הוא מזיק - ומאחר שסילוק השבח אינו בא בחשבון, מטעמי "בל תשחית", ומישהו צריך לשאת בנטל השינוי שנגרם בפשיעה ושאינו רצוי לבעלים, הרי זה ודאי המשביח שפשע, ולא הבעלים שנאנסו, וכך מגיעים אנו לברירה האמורה. לפי שיטה זו נפסק בעה"ש חו"מ סי' שע"ה סעי' י"ד-ט"ו, גבי מי שמשביח את נכסי זולתו בלי רשות לגמרי - בהבדל ממי שמשביח רק תוך שינוי מגדרי רשותו שהיתה, שלגביו פוסק עה"ש לפי שיטת הרמב"ם (שם, סי' ש"ו סעי' ח'); אך נראה שאף בגדרים אלה, ההבחנה בכיוון שיטת הרמב"ם היא סברה שאינה מבוססת.

⁶⁸⁴ (ט) שו"ע חו"מ סי' שני"ג סעי' א', סי' שני"ד סעי' ג' וסי' שס"ב סעי' י"א.

⁶⁸⁵ (י) דוק בשו"ע חו"מ סי' ש"ס סעי' א' ובבא מציעא, ראש פרק המפקיד.

⁶⁸⁶ (יא) דוק בשו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ה'.

⁶⁸⁷ (יב) היינו - שלא ברשות אובייקטיבית. מי שיש לו רשות אובייקטיבית לתפוס - כגון שבא להציל את שלו ונמצא מוחזק אגב כך גם בגזלתו של אחר - אין לו דין גזלן, אלא הוא **מוצא אבדה**. בהתאם לכך, אם התפיסה היא לפני יאוש, נעשה הוא שומר; לאחר יאוש - יכול הוא לזכות לעצמו: שו"ע חו"מ סי' קפ"ט וסי' שס"ח, ור' בעה"ש סי' שס"א סעי' י"א-י"ג.

כגזלן המקורי, ונעשה הוא ערב-קבלן לגזלן המקורי, - אם כי בודאי בכפוף להבדל, שאין הוא מתחייב דווקא לפי ערך החפץ בשעת הגזלה המקורית, אלא לפי הערך בשעת גזלתו.⁶⁸⁸

[[211]] כמו-כן, הדין שראינו בפרק קודם, בשומר לגזלן שלא בתום-לב⁶⁸⁹, למעשה אף הוא שווה לדין הגוזל מן הגזלן; ועל-פי מקור הדברים בבבא קמא קי"א ב' נראה שהוא הדין גם בלוקח מן הגזלן לפני יאוש שלא בתום לב, ושמיקחו אינו מועיל - שאין הבדל באחריות בינו לבין התופס מן הגזלן שלא בטובתו.⁶⁹⁰

לעומת זאת, יורשו של גזלן - בין אם מקורי ובין אם אחר, ואף בטרם יאוש - אין עליו אחריות עצמית משלו, ואפילו לא כשומר, אלא אחראי הוא רק בנכסי העזבון, לחובות הגזלן-המוריש, כפי שנתגבשו עם מעשה-הגזלה. אם הוא הזיק "בידים", לפני יאוש, שלא מתוך אמונה בתום-לב בזכותו, דינו ככל אדם.⁶⁹¹

הגוזל מן הגזלן לאחר ייאוש, המקבל בשמירה לגזלן לאחר יאוש, וכן יורש הגזלן שהזיק לאחר יאוש, פטורים מאחריות כלשהי - לבד מחובתם להחזיר מה שנשאר להם מן החפץ בעין או מה שנשתרש להם במקומו.⁶⁹²

בנוסף על האחריות לתמורת החפץ או לנזקו, החלה על מיני הגזלנים השונים, בגדרים שסקרנו עד כאן, מסתבר שעשוי הגזלן להתחייב גם על כל חסרון-כיס אחר שנמשך מפשיעת הגזלה - בדומה למה שראינו בהערה ז' לעיל; אך בהתאם לדיני הנזיקין הכלליים אין הגזלן מתחייב על ביטול-כיס⁶⁹³. במסגרת זו בייחוד מתחייב הגזלן על כל שבח ופירות שעלו מאליהם לפני יאוש ושהופסדו לבעלים - בהתאם ובכפוף לדיני השבח והפירות שנראה להלן.⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ יג) שו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ה'-ו'.

⁶⁸⁹ יד) פרק ו', סעי' ד', בסמיכות להערה מ"ה.

⁶⁹⁰ יד-1) ר' הרב המגיד על פ"ה מהל' גזלה הל' ד'.

⁶⁹¹ טו) שו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ז'. - אף-על-פי שהיורש עצמו אינו אחראי בנכסיו אפילו כשומר, אין פירושו של דבר שמצבו דווקא טוב יותר ממצבו של שומר: הוא פטור מאחריות של ביטוח רק מפני שהעזבון כבר נתחייב בביטוח אף לגבי אונסים שיארעו אחר מות המוריש.

⁶⁹² טז) שו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ו'-ז'.

⁶⁹³ יז) ר' פסקי הרא"ש על בבא קמא פ"ב סי' ו'; ויש להבדיל ממה שהרא"ש גורס כאן, שהמזיק על-ידי נעילת ביתו של חברו, בלי שידור בו, נידון בדיני הגרמות והוא פטור כשמלכתחילה אין צפוי שום חסרון-כיס ישיר על-ידי מעשהו: ההבדל הוא, ש"הנועל ביתו של חברו ולא דר בו" איננו גזלן ואין עליו פשיעה בנזיקין כלל כששום חסרון-כיס ישיר איננו צפוי; לעומת זאת, הגזלן - עצם מעשהו, מטבעו, הוא גרם חסרון-כיס, - ואכן אף במקרקעין אחראי הוא גם לכל חסרון-כיס עקיף המתקשר למעשה הגזלה, כפי שראינו לעיל, בסמיכות להערה ב'.

⁶⁹⁴ יח) שו"ע חו"מ סי' שס"ב סעי' ד', ור' להלן בסעי' ב', בסמיכות להערות כ"ז ול'.

[212]] כמו-כן, אם נשא ונתן גזלן בחפץ הגזול בתוצאות קיימות, בין לפני יאוש בין לאחר מכן, חייב הוא להחזיר לבעלים כל ריווח שעשה⁶⁹⁵. מצד שני, אין אדם חייב שכר שימוש בחפץ גזול, אלא אם היה החפץ עומד לשכירות, והאיש ירד אליו על דעת שכירות שלא מדעת הבעלים, והבעלים מסכימים בדיעבד להכיר בו שוכר^{696 697}.

⁶⁹⁵ (ט) טור חו"מ סי' שס"ג סעי' ה' ושו"ע חו"מ סי' שני"ו סעי' י'.

⁶⁹⁶ (כ) שו"ע חו"מ סי' שס"ג סעי' ג' ואילך. הברירה הנתונה כאן לבעלים, פירושה למעשה ברירה לחייב את האיש באחריות לאונסים (כשהדבר בא בחשבון) או לחייבו רק כשומר-שכר ולקבל שכר-שימוש כנגד ההפחתה באחריות.

יש גם להדגיש שוב כי דברים אלה אמורים דווקא **במיטלטלין**. במקרקעין, הרי המשתמש בהם שלא ברשות **מתחייב** בשכר, אלא אם השימוש לא הזיק ולא חיסר לבעלים שום דבר (שם, סעי' ו'). טעם ההבדל הוא בעקרון שהמקרקעין "אינם נגזלים", במובן שאין הם נכנסים לרשות הגזלן לאונסים. מתוך עקרון זה יוצא כי המשתמש בלי רשות במקרקעין נהנה מנכס העומד בסיכון בעליו - וכפי שכבר ראינו לעיל, בפרק ו' סעי' ח' סי' 4, גישת המשפט העברי היא שסיכון הנכס והנאתו ראויים ללכת זה אחר זה. בהתאם לכך - דווקא מתוך שהמשתמש במקרקעין אינו נעשה כביכול "גזלן" **עליהם**, נעשה הוא "גזלן" **בהנאתם**; ואף-על-פי שגם הוא פטור אמנם משכר, כשימושו אינו פוגע בבעלים ואינו מפריע להם - משום ש"כופים על מידת סדום", - הרי כשישימוש פוגע בבעלים, מגלגלים על המשתמש לא רק את דמי הנזק שגרם, אלא גם את עודף ההנאה **שגזל מן הבעלים** על-ידי גרם אותו נזק. לעומת זאת, המיטלטלין שנגזלו עוברים מבחינת סיכון האונסים לרשות הגזלן; אם הוא משתמש בהם, הריהו משתמש אפוא בדבר שמבחינה כלכלית, אם לא משפטית, הוא **שלו** - דווקא משום שלגבי החפץ "גזלן" הוא, נעשה הוא **זכאי בהנאתו** בלי שום תשלום נוסף כלשהו. תוצאה זו משתנה רק כשיש שם פנים להכיר בהסכם, שעל-פיו יישאר החפץ מכל-מקום באחריות הכלכלית של הבעלים והגזלן ייפטר מאונסים.

⁶⁹⁷ (א) לצרכי השוואה נעיר כי **במשפט האנגלי** שונה הדין בענייננו לפי התביעה שהבעלים נוקטים בה נגד הגזלן. אם התביעה היא על conversion, ממילא פירושו של דבר הוא כי התובע מסתלק מזכותו לקבל את החפץ בעין, ואין הוא יכול לזכות אלא בפיצוי - אם כי הגזלן, מצידו, יכול אמנם להיפטר מחובת הפיצוי על-ידי החזרת החפץ בעין, אם נמצא הדבר צודק במסיבות המקרה. אם, לעומת זאת, התביעה היא על detinue, יש לבעלים זכות להחזרת החפץ בעין - כל אימת שהדבר נראה נכון בעיני השופטים. אשר לגובה הפיצוי, כשהתביעה היא על conversion, מתחייב הגזלן לפי ערך החפץ בשעת הגזלה, בתוספת ערכו של כל נזק שמעשה-הגזלה הסב לנגזל במידה מספיקה של קרבה סיבתית. כשהתביעה היא על detinue והחפץ איננו מוחזר, זכאי הנגזל לפיצוי לפי ערך החפץ ביום פסק-הדין. כמו-כן, בתביעת detinue, אם עמד החפץ לשכירות, זכאי הנגזל לדמי-שימוש - אף אם הגזלן לא השתמש בחפץ - כפיצוי על נזק ביטול-הכיס. (ר' **סלמונד, נזיקין**, עמ' 314 ואילך). **במדינת ישראל** מקובלים, בעיקרו של דבר, אותם הדינים, מכוח הסעיפים 35-40 של פקודת הנזיקין, אך לעניין הזכות לקבל את החפץ בעין משתווה דין התביעה ב-conversion לדין ה-detinue (או detention). כמו-כן, אף במקום שעל-פי פקודת הנזיקין היתה תביעה להחזרה בעין נדחית, תיתכן במדינת-ישראל תביעה להחזרה בעין על-פי המגילה (ע"א 257/57, ברנט נגד ברנט, פסקים עליונים, ל"ג, עמ' 330, לפי החלטת הרוב).

זה במה שנוגע **למיטלטלין**. במקרקעין, הכלל הוא שחוזרים הם בעין, ועל-כל-פנים חייב הגזלן לשלם "mesue profits", והיינו כל הפסד שנגרם לנגזל בתוצאת הגזלה, לרבות הרווחים שהגזלן הפיק (**סלמונד, נזיקין**, עמ' 245-246). אותו הדין מוכר במדינת-ישראל, על-פי סעי' 41 של פקודת הנזיקין (ר' **גורלי**, עמ' 259). ביחס לדינים המקבילים **ביבשת אירופה**, ר' לעיל, פרק א', סעי' ה', סי' 6, ולהלן, סוף סעי' ב' בפרקנו. כאן נוסף כי בהתאם למבנה הגישה האירופית מסתבר שלעניין הערכת הנזק קובע המצב ביום מתן פסק-הדין,

היתה הגזלה בדרך **גניבה**, והיינו בחשאי, משלם הגנב גם קנס כפל (או ארבעה על השה וחמישה על השור שנטבחו או נמסרו במכירה), לפי הדינים הנסקרים בהלכות גנבה להרמב"ם. [[213]]

ב. זכיית הגזלן בגוף הגזלה על-ידי שינוי

בסעיף הקודם הזכרנו שהמחזיק את המיטלטל הגזול עשוי להיות פטור מן החובה להחזירו בעין, באשר החפץ **נקנה לו** - ובזה יש להבחין בין המקרה שהחפץ נקנה למחזיק **אגב קבלתו** לבין המקרה שהחפץ נקנה בהיותו כבר מוחזק. את המסיבות שבהן עשוי להתהוות מקרה מן הסוג הראשון נשאיר לדיון בחלק יותר מאוחר של פרקנו, ופה נעמוד רק על המקרה השני.

הדין הוא שהמיטלטל הגזול נקנה למחזיק, כשאירע בו **שינוי שאינו חוזר לברייתו ושיש עמו שינוי שמו של החפץ** - ובין אם אירע השינוי בדרך-הטבע בין אם אירע על-ידי מעשה האדם⁶⁹⁸.

[[214]] השינוי בדרך-הטבע קרוי **שינוי-השם**, והכוונה בו לשינויי מהותי המתארכ בדרכי ההתפתחות הרגילות, כגון שנגזלה ביצה ונבקע ממנה אפרוח או שנגזל עגל, והעגל גדל ונהפך לפר. קנה-המידה למהותיות-השינוי הוא בלשון בני-האדם: כל זמן שהשם המקורי חל על החפץ, אין קניינו משתנה אף-על-פי שכל אותו זמן משתנה הוא והולך מן המהות האחת אל המהות האחרת, אבל משעה שמקבל השינוי הכרה בלשון בני-האדם, שלא יחילו עוד על החפץ את שמו המקורי - הרי הוא נקנה לגזלן המחזיק בו.

השינוי המלאכותי נקרא **שינוי-מעשה**, ואף בו הכוונה היא לשינוי מהותי המובחן באופן לשוני - ובעצם אין זה אלא סוג של "שינוי השם". אך כאן יש משמעות מיוחדת גם לדרישה השנייה, שהשינוי לא יהא חוזר לברייתו - היינו שהחפץ לא יהא ניתן להחזירו עוד למהותו המקורית, למשל, היתה הגזלה עצים, ועשאו המחזיק קרשים, הרי זה שינוי גמור וזכה המחזיק, אבל אם היתה הגזלה קרשים, והרכיב מהם המחזיק ארגז - הרי ניתן הארגז לפירוק, הקרשים חוזרים לברייתם, והמחזיק איננו זוכה. היתה הגזלה ביצה, ושלקה המחזיק - גם זה הוא שינוי שאינו חוזר לברייתו, ואף-על-פי-כן נראה כי המחזיק לא זכה: השינוי לא הסיר מן החפץ את שם ה"ביצה", ובכן לא נתקיים כאן מבחן ההבדל במהות, והשינוי נידון כשינוי-שבח בלבד.

זכייה על-ידי שינוי-השם או על-ידי שינוי-מעשה יכולה כמובן להתקיים רק במחזיק, שעצם קבלת החפץ על ידיו אינה מספיקה לזכותו - ובכן, אף לפי מה שכבר ראינו ניתן להסיק כי הדברים אמורים בגזלן המקורי, בגזל מן הגזלן, ביורשיהם, וכן בלקוחות לפני יאוש. אשר למחזיק שהוא שומר לגזלן - ודאי יש להבחין: אין הוא זוכה על-ידי שינוי-השם גרידא, או על-ידי שינוי-מעשה שהוא גורם לשם בעל-הבית ובהסכמתו של הלה - שהרי בשני המקרים החזקתו אינה עצמאית

אך בגרמניה בכל-זאת נתון הדבר לשיקול-דעתו של בית-המשפט: ר' **פלניול**, ב', עמ' 395; **מסיניאו**, ה', עמ' 550; **אנקצרוס-להמן**, עמ' 89.

⁶⁹⁸ (כב) שו"ע חו"מ סי' שני"ג סעי' א' - ור' גם בעה"ש שם - וסי' ש"ס סעי' ה' ואילך.

ומשמשת היא רק כהתפשטות של יד בעל-הבית; אולם, אם גורם השומר שינוי **שלא** בהסכמת בעל-הבית, נפסק קשר-ההחזקה ביניהם, השומר נהפך לגזלן-לעצמו - והריחו זוכה.

על טעם גדרי הזכויות האלה, לא קשה לעמוד. כשהחפץ נשתנה, אך השינוי חוזר לברייתו או שהשינוי אינו מהותי - מסתברת הברירה שראינו לעיל, שבעל החפץ יוכל לבחור בין החזרת החפץ כמות שהוא לבין הויתור עליו. אך כשהשינוי הוא מהותי ואינו חוזר לברייתו - ממילא אין עוד אפשרות שבעל החפץ יקבל אותו חפץ עצמו שנגזל מאתו; החזרה בעין אף במקרה שכזה - משמע להכביד על הצד המתנגד, בלי איזון של הצדקה מבחינת הצד המעוניין. הדבר נכון לא רק כשנגרם השינוי על-ידי מעשה, אלא גם כשנגרם השינוי בדרך הטבע - כגון שנהפך העגל לשור - שהרי בינתיים ודאי צריך היה המחזיק לטפל בעגל ולהזינו, ואף רצוי לעודדו לכך, במקום שימהר וישחט את העגל לבשר.

[215]] בשיטות הנוכריות מוצאים אנו לכאורה הקבלה לעניין הנידון בדן ה-specificatio שביבשת אירופה, אך למעשה ההקבלה היא יותר מושגית מאשר תוכנית או פונקציונלית. מוסד הזכייה מכוח שינוי מהותי מעורה במשפט העברי לחלוטין בדיני הגזלה - הוא מכוון כלו לבעיות הגזלה ואין הוא עשוי לשמש אלא את המחזיק בחפץ גזול. לעומת זאת, דין ה-specificatio האירופי הוא ענף מדיני החפצים המתחברים, המתערבבים או המושבחים - ואף-על-פי שאמנם גם מכלול הדינים הללו עשוי למצוא את שימושו המובהק ביותר ביחסים בין גזול למחזיק בגזלה, הרי מבחינה עקרונית מכוונים דינים אלה לתקף-עניינים רחב יותר, החורג מגדרי נושא-מחקרנו, כפי שכבר היתה לנו הזדמנות לציין⁶⁹⁹.

עם זאת, העובדה היא שגם בסקירת המשפט העברי לא יכלנו להימנע מלהפליג לתחום דינים מקיפים אלה - לפחות במידה שמתפשטים הם לתוך דיני הגזלה ומשפיעים עליהם⁷⁰⁰; ועתה נראה מהי עמדת השיטות הנכריות בקו המקביל לכך ולדין הזכייה מכוח שינוי מהותי כאחד.

אשר ל**משפט האנגלי**, ראינו שהדין המקביל לענייננו הריחו שם למעשה, תמיד, מעין "שודא דדייני", ונשאר לנו אפוא לחקור רק את הדינים **ביבשת אירופה**.

כאן גורמים ההתחברות או הערבוב של מיטלטלין לשינוי אוטומטי בבעלות, לפי סוג המעשה שאירע. ההסדר המפורט ביותר הוא **בצרפת**, בסעי' 565-577 של ספר החוקים האזרחי, ותמציתו כלהלן: א) במקרה של התחברות תוך **השתמרות הזהויות** (adjonction או accession) מבחינים בין חפץ עיקרי וטפל, לפי קני-מידה שונים, ובעל החפץ העיקרי זוכה בדרך-כלל בחפץ הטפל; ב) אם נעשה בחפץ שינוי מהותי (specification), הרי כשערך החפץ כפי ששונה הוא הרבה יותר גדול ממה שהיה בתחילה, זוכה בו עושה-השינוי, ואף אם חוזר השינוי לברייתו; ג) אם חפצים **מתערבבים** (mélange), נוצר שיתוף, אבל אם היה אחד החפצים הרבה יותר חשוב מחבריו בכמותו ובמחירו,

⁶⁹⁹ כג) לעיל, פרק א', סעי' ה' סי' 7.

⁷⁰⁰ כד) סעי' (ב') [א'] לעיל, בסמיכות להערות ו' וח'.

יכול בעליו לזכות בתערובת כלה. כל הדינים האלה כפופים "ליושר הטבעי", והשופט צריך להשתמש בהם כדוגמה ליישובם של מקרים שלא הוסדרו בפירוש. מקבילים לכך סעי' 939-940 של ספר החוקים האזרחי באיטליה; סעי' 93 ו-947-951 של הבג"ב; סעי' 726-727 של הצג"ב. לפי הבג"ב אין שום שינוי קנייני מתהווה כשהחפצים ניתנים להפרדה בלי נזק הדדי או שינוי מהותי ובלי הוצאות מופרזות; לפי הצג"ב יכול השופט לשייך את החפץ לבעליו המקורי אף אם נעשה בו שינוי מהותי שערכו גדול יותר מן החומר הגלמי.

[216]] חובת ההחזרה של החפץ הגזול בעין - או ברירת הנגזל לעמוד על החזרה בעין או על תשלום התמורה - חלות ביבשת אירופה בכפוף לדינים אלה.

ג. שבח ופירות⁷⁰¹

אשר לשבח ולפירות של גזלת המיטלטלין, יש בדיני ישראל שיטות אחדות⁷⁰², אך לע"ד השיטה המסתברת ביותר על-פי דיוק המקורות היא שיטת הרמב"ם⁷⁰³, ועל-פיה מסתכם הדין כלהלן. העקרון הוא שהשבח והפירות העולים מאליהם שייכים לנגזל, אולם, לאחר יאוש עשו תקנה לעודד את הגזלן להחזרת הגזלה, ועל-פי תקנה זו - הקרויה "תקנת השבים" - השבח והפירות הבאים לאחר יאוש שייכים לגזלן. השייכות לנגזל, פירושה הוא שכאשר השבח או הפירות באים לעולם, הריהם נתפסים מיד בקניין הבעלים במוחזק - והגזלן המקורי, או מי שגזל מן הגזלן לפני יאוש, נעשים אחראים לערכם כאילו גזלום בשעה שבאו לעולם⁷⁰⁴. השייכות לגזלן פירושה - לגבי פירות שהבשילו או הופרדו מן הגוף - שהגזלן קנה את גופם, ואילו לגבי שבח ממין אחר, הנשאר מחובר לגוף הגזלה, הפירוש הוא אחד מאלה: אם מוחזרת הגזלה בעינה, חייב הבעל לשלם לגזלן את ערך השבח (במידה שעלה לאחר יאוש), ואם הגזלן הוא המשלם לנגזל את ערך הגזלה - אין השבח שלאחר יאוש נכלל בחובת התשלום. אם זכה הגזלן לאחר יאוש בפירות, שהגזלה כבר היתה מופרה בהם בשעה שנגזלה - כגון שגזל פרה מעוברת, וילדה לאחר יאוש - חייב הגזלן בפחת העיבור, כדינו בשינוי שאינו מהותי⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ (כד-1) בסעיף זה נדון רק בפירות הבאים מן הגוף. אשר לפירות הבאים מעלמא, הריהם מגיעים תמיד לבעלים; ר' לעיל, בסמיכות להערות י"ט וכו', ולהלן, בסמיכות להערות נ"א, נ"ג ונ"ו.

⁷⁰² (כה) ר' עה"ש חו"מ סי' שני"ד.

⁷⁰³ (כו) ר' הסבר השיטה בעה"ש שם, ס"ק ז', על-פי בבא קמא צ"ד א' וצ"ה א'-ב', וביחוד מסיק אני את נכונות שיטת הרמב"ם מתוך כך שרק לפי שיטה זו יש משמעות לעמדת ר' שמעון לפי גרסתו של רב פפא (אם כי הרמב"ם אמנם פוסק לפי עמדת יריבו, ר' יהודה) - ודוק.

⁷⁰⁴ (כז) שו"ע חו"מ סי' שס"ב סעי' ד'; והשווה לעיל, סעי' א', בסמיכות להערות י"ז וי"ח. מאחר שהשבח והפירות נתפסים באופן אוטומטי בקניין הבעלים במוחזק, הפסדס בדיעבד הוא בבחינת חסרון-כיס, ולא ביטול-כיס, ולכן תיתכן כאן אחריות הגזלן להפסד לפי העקרונות שראינו.

⁷⁰⁵ (כח) רש"י על בבא קמא צ"ה א', ד"ה גזלה חוזרת בעיניה. הגזלן חייב גם כשמדובר בפירות שגזעם מחליף ובשינוי החוזר לתקנו מאליו (כגון גיזת הצאן) - כי אף-על-פי שאמנם זוכה הוא מכוח תקנת חכמים, הרי יכול הוא לומר "אי אפשי בתקנת חכמים", ולא יזכה, ומכל-מקום נמשכת זכיותו מפשיעת מעשה-הגזלה.

[[217]] שבת ופירות שעלו בעקב טיפול והשבחה מכוונת - הריהם תמיד של הגזלן, אפילו לפני יאוש⁷⁰⁶.

כמו-כן, מה שאמרנו כי שבת ופירות שעלו מאליהם לפני יאוש שייכים לנגזל - חלים הדברים רק כנגד הגזלן המקורי ומי שגזל מן הגזלן בטרם יאוש; אבל מחזיק הבא מחמתם, כמו לוקח או יורש (אבל לא שומר שאין לו כוונת-זכיה), זוכה בכל שבת ופירות בלי הבדל, אף לפני יאוש ואף אם עלו מאליהם. אולם, כשהבעלים עומדים על החזרת החפץ בעין, ומתחייבים הם על-פי דין זה לשלם אף בעד השבת שעלה מאליו בטרם יאוש - חוזרים הם מכל-מקום וגובים את המחיר מן הגזלן המקורי, או מן הגזלן מן הגזלן, או מעזבונם⁷⁰⁷.

אשר להגיון השיטה המתוארת בזה, יש לכאורה מקום לתמוה, מה עידוד-החזרה יש כאן, כשהגזלן המצליח להחזיק בגזלה עד לאחר היאוש צפוי להרויח אף במקרה שייתפס. התשובה היא כי השבת והפירות העולים מאליהם במיטלטלין, הריהם מטבע הדברים עניין של שבת ופירות **בבעלי-חיים** - ואם תהא נשקפת לגזלן הסכנה שהוא עשוי להפסידם, בודאי הוא לא יטפל בבעל-החי, אלא ימחר למכרו או לשחטו ולאכול את בשרו. כדי למנוע את הדבר הזה, אמנם ניתן כאן עידוד מסוים אף לכוונות-הרשע של הגזלן, אבל על-ידי כך ניתן גם יתרון לנגזל בעצמו, שיגברו סיכוייו להציל לפחות את הקרן, אחר שבעצם התיאש כבר בכלל. מלבד זה, גם אין הדבר מעשי שבעלות הנגזל תשתמר בפירות ופירי פירות, כשהוא מצידו התיאש כבר אפילו מן הקרן. יש גם לציין, כי שיטת הרמב"ם שסקרנו היא בנידון זה המתונה ביותר בדיני ישראל, כי לפי שיטות החולקים עליו זוכה הגזלן בשבת ובפירות אף בטרם יאוש - ולא רק על-פי "תקנת השבים", אלא מכוח דין גמור מדאורייתא. בשיטת הרמב"ם משתמרת תוצאה זו לטובת הבאים **מחמת הגזלן** - שבדרך-כלל הם יהיו-באים בתום-לב, - אם כי גם בתחום זה אמנם נשאר עוד הבדל, שאף הלקוחות והיורשים אינם זוכים לפני יאוש, על-פי שיטת הרמב"ם, על חשבון הנגזל, אלא רק על חשבון הגזלן האשם.

[[218]] תום-הלב האפשרי אצל הבאים מחמת הגזלן מקרב בנקודה זו את הדין העברי למה שראינו לעיל ביבשת אירופה⁷⁰⁸, ששם המחזיק בתום-לב זוכה בפירות. אולם, אין לערבב את הדברים; כי בדין העברי - לא גורם תום-הלב הוא המכריע כאן, אלא התרופפות קניין המיטלטלין על-ידי הגזלה והשאפה להבטיח את הטיפול הנאות בחפץ אף לאחר שנגזל. לכן, בהבדל מן השיטות האירופיות, מבחין הדין העברי בין זכות הגזלן לשבת ולפירות במקרקעין לבין הזכות במיטלטלין. במקרקעין אין סכנה מיוחדת לגוף הנכס הנגזל אף אם הגזלן לא יטפל בו - ובכן אין כאן מקום למשהו שידמה

⁷⁰⁶ (ט) שו"ע חו"מ סי' שני"ד סעי' א' וסי' שס"ב סעי' ט'.

⁷⁰⁷ (ל) שו"ע חו"מ סי' שס"ב סעי' ד'. כאן נראה לפרש שאם הבעלים אינם עומדים על החזרת החפץ בעין, ומסתפקים בפיצוי - הרי שנקנה החפץ למפרע לגזלן, וממילא אין השבת והפירות שעלו בינתים בבחינת הפסד הבעלים. מצד שני, אם נאלצו הבעלים לשלם בעד השבת והפירות - הרי זה חסרון-כיס הנמשך ממעשה-הגזלה, וזכאים הם לחזור ולגבות. אולם, אם נאלצו הבעלים לשלם בעד שבת ופירות שעלו מחמת טיפול מכוון או לאחר יאוש - אין זה חסרון-כיס הנמשך ממעשה-הגזלה, כי במקרה כזה משלמים הם בעד דבר שההנחה היא כי הם לא היו זכאים לו מכל-מקום בלי מחיר.

⁷⁰⁸ (לא) לעיל, פרק א', סעי' ה', סי' 6.

ל"תקנת השבים"; אבל במיטלטלין, וביחוד בבעלי-חיים, אם לא יטפל הגזלן בנכס, עשוי הנכס להיפסד - ואף אם הגזלן עצמו לא יפסידנו בידיים - וכדי לעודד את הגזלן לטיפול נאות בנכס עשו כאן את "תקנת השבים" כאמור⁷⁰⁹.

אשר להבדל, שבמקרקעין אין הדין העברי מזכה את הגזלן בפירות אף אם פעל "בתום-לב" - כבר ראינו שלגבי המקרקעין אין הדין העברי מכיר כלל באפשרות מחזיק שלא כדין בתום-לב⁷¹⁰. מלבד זה, כל עניין זכייית "המחזיק בתום-לב" בפירות באירופה, הריהו ביסודו - כפי שראינו - עניין של פטור מאחריות להנאה שהופקה על חשבון הזולת בתום-לב, כשערך ההנאה שוב אינו [[219]] מיוצג בהונו של האיש - ועל הגיונו השונה של הדין העברי בנקודה זו עמדנו כבר גם-כן לעיל (בפרק ו', סעי' ח', סי' 1). בקשר לכך אמנם יש לציין, שהכלל - אף בדין העברי - בנקודה זו הוא, שהנהנה בתום-לב אינו חייב על-כל-פנים לשלם את הערך האובייקטיבי של ההנאה, כי אם רק את **ערכה בהזדמנות**, בעוד שהמחזיק שלא כדין במקרקעין חייב לשלם את הערך המלא של הפירות שאכל. אולם, התירוץ הוא שוב, שהמחזיק שלא כדין (בהבדל מן הקונה בתום-לב קניין בטל מן הבעלים) - אין לו במקרקעין דין של תום-לב, כאמור, ועל-כל-פנים יכול הוא לחזור ולגבות את ההפסד ממביא-כוחו שאשם. אשר לשבח שמלבד הפירות - היינו שבח מחובר, שערכו יתר על ההוצאה שהושקעה בו - אין הגזלן זוכה בו ביבשת אירופה, לא במקרקעין ולא במיטלטלין, ואף אם פעל בתום-לב. בדין העברי, לעומת זאת, יתכן שאף במקרקעין יהא לגזלן **חלק** בעודף ערכו של השבח - ואף כשפעל שלא בתום-לב - והיינו כשפעל בהתאם לשימוש הראוי במקרקע, והנגזל לא מחה, אף-על-פי שיכול היה למחות⁷¹¹. אולם, דין זה אינו מיוחד למשביח-הגזלן, אלא שייך הוא לדינים הכלליים של השבחה בנכסי הזולת, ולא נפליג פה להעריכו בפרוטרוט.

⁷⁰⁹ (לב) בניסוח זה של הדברים באים אנו להסביר את "תקנת השבים" בהקפה הכללי, באשר היא חלה לא רק לעניין השבח והפירות, כפי שראינו עד כאן, אלא גם באופן אחר. גם מה שראינו לעיל, בהערה ו', שאם חיבר הגזלן את החפץ לחפצים אחרים, באופן שהפרדתו כרוכה בנזק יותר גדול משוויו, משלם הוא את ערך החפץ ואין מחייבים אותו להפריד - אף דין זה מוסבר במקורות ב"תקנת השבים" (משנה גטין פ"ה מ"ה); ואף כאן קשה להסתפק בפירוש שנותן לכך רש"י, שאם נחייב את הגזלן להפריד הריהו יימנע מלעשות תשובה. מסתבר שהפירוש המהותי - והפחות פורמלי - הוא, שהחכמים ביקשו לעודד את הגזלן שלא יחשוש ואף ישתדל להשקיע הון ומאמץ בכל שימוש מועיל בחפץ, כדי שישתמר החפץ בעין - ואז, אף אם הגזלן לא יחויב להחזיר אותו, כי אם לשלם את ערכו, הרי זה על-כל-פנים יהא לו כדאי, ובהיותו בלתי-מצטער על התוצאה הסופית, אמנם יצא הוא בבחינת חוזר-בתשובה באגב. העובדה שתקנת השבים אינה אמורה בעובדי-כוכבים (בבא קמא צ"ו א') אינה סותרת בהכרח את הפירוש המוצע, ונראה שיש להסבירה בעובדה האחרת, שתקנה ישראלית אינה יכולה להשפיע על עכו"ם שאינם צפויים להידון בדיני ישראל. הרחבת התקנה על עכו"ם היתה אפוא מזכה אותם בלי שום תועלת.

⁷¹⁰ (ג) לעיל, פרק ו', סעי' ז', סוף סי' 3, בסמיכות להערה ק"ח.

⁷¹¹ (ד) בבא מציעא ק"א ב'. **השיתוף** בעודף-הערך מוצדק כאן על-ידי כך שעל-ידי העדר המחאה מצד בעל-הבית נעשה המשביח קבלן-השבחה, ועודף-הערך מושג על-ידי שיתוף הונו של בעל-הבית, המתגלם במקרקע, והונו של המשביח (ר' בבא קמא צ"ו ב' ובבא בתרא מ"ב ב').

לעומת כל אלה, **במשפט האנגלי**, נראה שאין בענייננו שום תפיסה מושגית מסוימת. התוצאה היא אפוא - לאור דיני האחריות שראינו לעיל⁷¹² - כי במיטלטלין ודאי זוכה הגזלן בדרך-כלל בפירות שהוא מפריד מן הגוף, ואילו במקרה של שבח הנשאר מחובר לגוף הגזלה, אפשר שהשופט לא יצווה להחזיר את הגזלה בעינה - ביחוד במקרה של שבח הבא בהשתדלות הגזלן. מצד שני, אפשר שלפעמים יחייב השופט את הגזלן לפצות את הבעלים לא רק לפי ערך הגזלה גופא, אלא גם לפי הנזק שנגרם להם על-ידי מניעת הפירות, ולפעמים אולי יוחזרו אפילו הפירות שהופרדו מן הגוף (כי הכלל הוא, למשל לגבי **גורים**, כי שייכים הם לבעל האם⁷¹³). **במקרקעין** יבוא העניין על סדורו במסגרת התביעה על mesue profits. [[220]]

ד. הקנאת הגזלן ותקנת השוק

על כוחו של הגזלן לזכות את זולתו בקניין בעל-תוקף בחפץ הגזול עמדנו כבר בפרק ז' לעיל; אך שם היו הדברים מכוונים רק להארתו של מושג היאוש, ולא להארה שיטתית של דיני הקנאת הגזלן לגופם; יתר-על-כן, שם רק הזכרנו, אך לא פירטנו בכלל את דיני הקונה את המיטלטלין מאת הגזלן בתום-לב - ועתה נסכם את פרקנו על דיני הגזלה בהשלמת הדיון בכל הנקודות שנותרו לנו עוד בתחום זה.

הבעיה העקרונית העומדת כאן לפנינו, הריהי לכאורה יותר רחבה מבעיית ההקנאה על-ידי הגזלן: הריהי בעיית ההקנאה על-ידי **כל מי שהחפץ אינו ברשותו להקנות**, ואף אם אין הוא גזלן (או מחזיק שלא כדיון) - והיינו שומר, המתיימר להעניק קניין שאינו ברשותו, או אדם שבכלל איננו מחזיק. אולם, משמועמדת הבעייה לפנינו באופן כזה, ממילא יש לנו לחזור ולצמצמה מיד להקנאת הגזלן בדווקא. כי ראשית, במה שנוגע **למקרקעין**, הדין הוא שאין בהם בכלל הקנאה שלא ברשות, בין על-ידי הגזלן ובין באופן אחר, לא ללוקח בתום לב ולא ללוקח בידועין⁷¹⁴ - ובזה ממילא פוטרים אנו את המקרקעין לאלתר מתחום ענייננו. ואילו במה שנוגע **למיטלטלין**, כבר הזכרנו לעיל⁷¹⁵ ועוד נחזור ונראה להלן, כי אף בהם אין הקנאה תקפה בלי רשות אלא תוך העברת ההחזקה בפועל, לשם בעל בית, ללוקח - ולא יתכן שההחזקה בפועל תועבר בלי רשות לשם בעל בית, בלי שהמעביר יהיה גזלן בעצמו⁷¹⁶. יוצא אפוא במלים אחרות, כי אין הקנאה תקפה בלי רשות אלא מכוח עצם זיקת ההחזקה בחפץ, ובאופן כזה אמנם נקשר הנושא למסגרת מחקרנו.

⁷¹² לה הערה כ"א.

⁷¹³ לו) **הלסבורי סיימונדס**, כרך א', 656.

⁷¹⁴ לז) לעיל, פרק ז' סעי' ד', בסמיכות להערה מ"ב.

⁷¹⁵ לח) בפרק ג', סעי' י', וביחוד בסמיכות להערה קכ"ו.

⁷¹⁶ לט) כך, משום שאם המקנה מחזיק מלכתחילה כשומר, והוא מורה ללוקח שיטול את החפץ לעצמו, בלי רשות, מטעמו, - ממילא נעשה הוא, על-ידי נטילת הלוקח, **לשולח-יד בפקדון** באמצעותו של שליח (דוק בשו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעי' ה'); ואילו כשהמקנה אינו מחזיק מלכתחילה בכלל, והוא מורה ללוקח שיטול את החפץ לעצמו, בלי רשות, מטעמו, ממילא נעשה הוא **גזלן באמצעותו של שליח**, על-פי בבא קמא ע"ט א'. בשני המקרים, אף-על-פי שהלוקח לא יתכוון להחזיק כשומר, אלא כבעל-בית לעצמו, מכל-מקום הוא יתכוון להסמיך את החזקתו להחזקת המקנה, מדעתו של הלה, ועל-ידי הצלחת ההקנאה ייעשה הלה למחזיק עקיף בגזלנות ומעביר החזקתו כאחד, באותו רגע עצמו.

מצד שני, ראוי להדגיש גם-כן, שכל הקנאה **מכוח עצם זיקת ההחזקה בחפץ** הריהי ממילא גם הקנאה בלי רשות - שהרי לו היתה שם רשות-הקנאה, ממילא היתה ההקנאה מכוח **קניין**, ולא רק מכוח עצם זיקת-החזקה; ואמנם, אף במיטלטלין אין לגזול אף-פעם רשות להקנות, בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש⁷¹⁷. אולם, במה הדברים אמורים? ב"רשות" במובן של התר וסמכות. עבר הגזול והקנה את המיטלטלין - יתכן שיהיה מעשהו תקף, ובמובן של **כוח-הקנאה** אפשר ואפשר אפוא שהמיטלטלין יימצאו ברשותו-להקנות.

[[221]] כוח זה נתון לגזול באופן מוחלט **לאחר יאוש**⁷¹⁸, כפי שראינו והסברנו לעיל - בתנאי שתוך כדי ההקנאה יסתלק הוא מרשותו, והיינו מכל זיקה אל החפץ לגמרי⁷¹⁹. אולם, השאלה מתעוררת אם אמנם נחוץ שההקנאה תהיה דווקא לאחר יאוש או שמספיק כי ההקנאה תהא אפילו לפני יאוש, ובלבד שהיאוש יבוא לפני שתבעו הבעלים את החזרת החפץ מיד הלוקח. דעת הרמב"ם היא כאפשרות השנייה, אבל הרוב הגדול של הפוסקים חולקים עליו, כפי שמביא הש"ך בחו"מ סי' שני"ג ס"ק ד'. לע"ד נכון לקבל מבחינה עקרונית את דעת החולקים, אבל סבורני - כפי שאסביר בהמשך הדברים - כי בתחום מעשי רחב אמנם יש לנו לכוף את העקרון להכרעה על-פי שיטת הרמב"ם, מכוח תקנה מיוחדת.

הכוונה היא לתקנה הקרויה "תקנת השוק", ועל-פי פשוטם של דברים בבבא קמא קט"ו א' מתבטאת התקנה בכך **שהלוקח בתום-לב מיטלטל גזול - אפילו לפני יאוש הבעלים - אינו חייב להחזירו אלא כנגד החזרת המחיר ששילם**. והנה, לפי ביטוי מסוים המופיע בסוגייה ("שרי עביטך"), פטור זה של הלוקח ניתק לשעבוד של **משכון**, הניתן לו בחפץ כערובה להחזרת התשלום; אך מטבע הדברים מוכרחים אנו להגיע למסקנה כי תפיסה שכזאת לא תהא מדויקת. קודם-כל, אין ספק כי אין ללוקח **תביעה** על הבעלים להחזרת המחיר ששילם, ואף אין החפץ נעשה מין "אפותיקי מפורש"⁷²⁰ - שאם בינתיים הוקר החפץ, ואין הבעלים מסכימים לפדותו אפילו במחיר הישן, לא יהא הלוקח זכאי להשתמש בו, אלא יצטרך למכרו כדי לגבות את הוצאותיו ולהחזיר את העודף לבעלים. אדרבה, ברור מסתמא, שאף אם בדיעבד נודע ללוקח כי החפץ גזול - אין עליו לטרוח ולחפש אחר הבעלים, אלא רק אם הבעלים הגיעו **אליו**, ותבעוהו להחזיר, חייב הוא להיענות

⁷¹⁷ (מ) פ"א מהל' גניבה הל' ט"ז, שאף הגנב **שמכר לאחר יאוש** חייב בתשלומי ארבעה וחמישה.

⁷¹⁸ (מא) מכאן משתמע שכוח ההקנאה המוחלט אינו יכול להתקיים אף פעם על-ידי מעשה שהוא עצמו מהווה את הגזלה המקורית - היינו, ביחוד, על-ידי שליחות-יד של **שומר**, המתיימר בכך להקנות את החפץ.

⁷¹⁹ (מב) שו"ע חו"מ סי' שני"ג סעי' ג' וסי' שני"ו סעי' ג', והגהת הרמ"א שם. לעניין שהגזול צריך לסלק את רשותו לגמרי, ר' סי' שס"א סעי' ה', בהגהת הרמ"א, שלמשל מכר בטעות - העשוי עוד לחזור לגזול - אינו מספיק. שם מובא גם-כן, שאפילו מכר באחריות אינו מספיק, אבל על זה השיג הש"ך (בסי' ל"ז ס"ק כ"ט), ונראים דבריו. מצד שני משתמע לכאורה מדברי הב"י וד"מ על טור חו"מ סי' שס"ג סעי' ה' כי הקנאה על דרך שעבוד עשויה להועיל, אך בעל עה"ש באותו סימן הבין שלא כן, וכך נראה עיקר. כמו-כן מסיק בעל חכמת שלמה - בחו"מ סי' שס"א סעי' ד' - שהקנאה על דרך **שיתוף** עם הגזול אינה מועילה.

⁷²⁰ (מג) היינו שעבוד-ערובה בנכס מסוים, שאין מאחוריו תביעה המשעבדת גם את שאר נכסי החייב (ר' שו"ע חו"מ סי' קי"ז סעי' א').

להם, בתנאי [[222]] שיחזירו לו מה ששילם הוא בעצמו. מסקנה שכזאת מתחייבת גם מתוך כך, שאף אם נודע ללוקח כי החפץ גזול - יכול הוא להניח כי בינתיים כבר עשו הבעלים דין עם הגזולן, והריהו זכה אפוא מסתמא לחלוטין⁷²¹ - ובוזה שוב נבדל המצב מן המצב במשכון. כמו-כן, מאחר שהלוקח תם-לב הוא - ברור שאין הוא אחראי כשומר, לפחות כל זמן שמתקיים תום-לבו; אך יתר-על-כן, **לא תיתכן** כאן בכלל אחריות של שומר, אף אם אבד כביכול תום-הלב, שהרי האחריות תצא כאן תמיד בזכות לפדיון - ומשמע, שאף אם אכל הלוקח את החפץ, ונהנה ממנו, על-כל-פנים הוא פטור. ועוד: החובה להחזרת התמורה הלא היא מוטלת על הבעלים כדי שהלוקח תם-הלב לא יפסיד; אבל אם נניח שהבעלים סרבו להחזיר את התמורה, ובכל-זאת יהא הלוקח אסור להשתמש בחפץ, כדין המשכון, הרי הוא יפסיד ממילא - אלא אם נאמר כי צריך הוא למכור ולגבות את זכותו מן התמורה, והלא חובה כזאת לא מצאנו. יוצא מכאן, שכל זמן שלא נפדה החפץ - יש ללוקח אפילו רשות **חיובית** להשתמש בו וליהנות ממנו⁷²², וכבר ראינו שבשבח ובפירות הבאים מן הגוף זוכה הוא מכל-מקום. בהתאם לכל זה יש לנו לומר כי מושג "המשכון" לא ננקט בגמרא אלא כמין דימוי בעלמא, ולמעשה **זוכה הלוקח זכייה גמורה בגופו של החפץ, אם כי אמנם בכפוף לזכות של פדיון.**

[[223]] אולם, משהגענו עד כאן, יש לנו לחזור ולתת את הדעת על המקרים המסוימים שעליהם נעמוד בפרוטרוט להלן ושהם נקבע בגמרא כי אפילו הלוקח בתום-לב, לפני יאוש, חייב להחזיר את החפץ לבעלים בלי שום חובת פיצוי שכנגד. לפי נוסח הגמרא, מקרים אלה "לא עשו בהם תקנת השוק" - ונשאלת השאלה אם פירוש הדבר הוא שלא נקבעה כאן הזכייה הכפופה לפדיון, והלוקח חייב להחזיר משום שלא זכה בכלל, או שמא הזכייה אמנם חלה, אלא שכפופה היא לחובת החזרה עם תביעת הבעלים, **במשוחרר מן החובה-שכנגד להחזרת התמורה**. מעז אני לטעון כי העיקר הוא כאפשרות השנייה, שהרי גם במקרים הנידונים **כאן** - אף אם נודע ללוקח כי החפץ גזול - ודאי אין הוא צריך לחזור אחר הבעלים, כמוצא מציאה, באשר יש להניח כי עשו כבר הבעלים דין עם הגזולן, והוא זכה לחלוטין; ממילא גם-כן, כל זמן שלא נתבע להחזיר, פטור הוא מאחריות של שמירה, ומכל-מקום זוכה הוא בשבח ובפירות, על-פי הדין הכללי - ובכלל לא מצאנו, וקשה גם להעלות על הדעת, שמבחינה קניינית-יסודית יהא הבדל כלשהו בין הלוקח במקרים הנידונים לבין הלוקח הזכאי להחזרת התמורה. דוגמה מובהקת לקשי-המסקנה שהלוקח אינו זוכה תימצא לנו בניתוח שלהלן: המקרה העיקרי הנזכר בגמרא בגדר ענייננו הריהו המקרה שבו קנה הלוקח את החפץ בתום-לב לסילוק תביעה שהיתה לו על הגזולן מקודם, וטעם מניעתה של תקנת-השוק כאן הוא שעל-ידי החזרת החפץ לבעלים אין הלוקח מפסיד מאומה: כשם שהיתה לו תביעה על הגזולן

⁷²¹ מד) משעשה הנגזל דין עם הגזולן במיטלטלין - זוכה הגזולן במיטלטל למפרע, משעת הגזולה, כפי שראינו לעיל, בסמיכות להערה י', וממילא - גם הלוקח ממנו זוכה אז למפרע, משעת המיקח. הבעיות המתעוררות בבבא מציעא ט"ו ב' - ט"ז א', בקשר לגזולן המקרקעין שחזר ולקחם מן הבעלים, אינן שייכות כאן, כי שם אין מדובר במיקח שבעשיית-דין למפרע, אלא רק במיקח-סתם, שעניינו משעת-מעשה ולהבא.

⁷²² מה) הלכה מפורשת בכיוון זה, ר' בשו"ע חו"מ סי' קל"ו סע' א'. כמו-כן אפשר למצוא ראייה בעובדה, שעוד נעמוד עליה בפרוטרוט להלן, שתקנת השוק חלה גם בחפץ שנתקבל מן הגזולן **במשכון**. כאן, ודאי, אם הבעלים אינם פוידים את חפץ, זכאי הנושה למכור את החפץ כדי לגבות את חובו על-פי דיני המשכון הרגילים, וגבייתו תיחשב בלי ספק כגביית החוב **המגיע מן המשכון**, ולא כגביית דמי הפדיון המגיעים מן הבעלים (אם כי אמנם העודף האוונטואלי יצטרך להשתלם לבעלים, כי בעודף אין הנושה זוכה על-כל-פנים).

מלכתחילה, כן תוסיף זו להתקיים בידו אם יחויב להחזיר; והנה, אם נאמר שהלוקח אינו זוכה, הרי שאם אכל את החפץ ונהנה, יהא הוא חייב לפצות את הבעלים, ותביעתו נגד הגזלן תתקיים, אבל אם אכל ולא נהנה - יהא הוא פטור, והגזלן בעל-החוב יוכל לטעון נגדו שאם-כן נשאר החוב מסולק, מפני שאי-אפשר לחייב אותו בערך החפץ גם כלפי הבעלים גם כלפי הלוקח - והרי אין צריך לומר, שהמצב הקנייני להלכה אינו יכול להישאר תלוי בהתפתחויות מקריות מסוג זה.

מתוך כך - מאחר שעל אף הנחת הזכייה שברקע נאמר כי אין במקרים הנידונים "תקנת-השוק" - משמע לכאורה כי "תקנת השוק" מזדהה עם עצם היתרון הניתן בגדרים ידועים ללוקח הבא בתום-לב, שהוא לא יהא חייב להחזיר את החפץ בלי החזרת התמורה - ואילו הזכייה **הכללית** של הלוקח בתום-לב לפני יאוש, הניתנת לו על תנאי שלא יחויב להחזיר את החפץ בעוד הוא נמצא בידו בעין (בין כנגד פדיון ובין בלי פדיון) נשארת מחוץ לגדרי התקנה. אולם, לפי זה היתה נשארת הזכייה הכללית חסרת כל הסבר הלכתי-מושגי; ולע"ד הנכון הוא אפוא לתקן ולומר שאף הזכייה הכללית היא מגדרי תקנת-השוק, וזכות-הפדיון היא רק סייג או **תוספת** לתקנה - ואם בגמרא מתנסחים הדברים אחרת, הרי אין להבינם **בדווקא**, אלא רק על דרך הסגנון המקוצר או הקפנדריה הלשונית, כפי שיתכן בגמרא לעתים קרובות, - ולו יהא שבמקרה הנידון אמנם יש לקפנדריה זו גם הצדקה עיונית, כפי שנראה להלן.

[[224]] מכאן נתקדם ונברר, מהי באמת זכות-הפדיון - האם סייג **כנגד** התקנה, לטובת הבעלים, או **תוספת-תקנה** ללוקח - ובה יתברר לנו עיקר מהותה של תקנת-השוק בכללה. על-פי הנוסח המילולי של הגמרא, לכאורה מזדהה כאמור זכות-הפדיון עם עצם המושג של תקנת-השוק, וממילא צריכים היינו לומר כי הפדיון נתקן לטובת הלוקח, כדי שהבעלים לא יוכלו להוציא מידו, על-פי זכותם המקורית, בחינם. לפי זה, גם-כן, אף בגדרי ההרחבה שלנו במושג תקנת-השוק, לכאורה צריכים היינו לומר כי הזכייה המותנית שניתקנה ללוקח - ניתקנה ביסודה על תנאי-החזרה, ואילו זכות-הפדיון מסייגת את **ההחזרה**, שזו לא תהיה בחינם במקרים מסוימים. אולם, תוך עיון יותר מדויק נגיע בהכרח למסקנה שלהפך מזה. ביסוד הדברים מונחת כאן ההנחה, כי מן הלוקח בתום-לב צריך להימנע ההפסד הנשקף לו על-פי הדין העקרוני, ורק במידה שההחזרה תיתכן בלי הפסד נסוגה תקנת-השוק כדי לזכות את הבעלים בהחזרה. ברוב הגדול של המקרים החזרה כזאת לא תיתכן, ואז בכל-זאת מאפשרת התקנה את ההחזרה, **אם הבעלים יהיו כל-כך כרוכים אחר החפץ שלהם עד שיהיו מוכנים לחזור ולפדותו בכסף מלא**. אך אין צריך לומר שזהו שוב רק פתח צר, שבו מתאפשרת ההחזרה במידה שתוכל לעלות בקנה אחד עם חוסר-הפסד מצד הלוקח; ובסך-הכל משמע כי תקנת-השוק מזכה את הלוקח - מבחינה עקרונית - בשלמות, ואילו זכויות ההחזרה או הפדיון הנקבעות לבעלים הריהן רק סייג לשלמות הזאת, המכוון נגד הלוקח, כדי שגם ענין הבעלים לא ייפגע, אם עניין הלוקח לא ייפגע על-כל-פנים.

אולם, בנקודה זו שוב צריכים אנו על-כל-פנים לחזור ולסייג את דברינו. הדברים נאמרו על רקע המצב שהחפץ נמצא אמנם ביד הלוקח או הבאים מכוחו, או כבר איננו בכלל. אם החפץ נמצא - ולא ביד הלוקח או הבאים מכוחו - נראה שקניין הבעלים המקוריים נשאר עדיף לזכייה מכוח תקנת-השוק גרידא, ואם חזר החפץ ליד הבעלים בלעדי הפדיון המגיע - אין ללוקח תביעה לתשלום דמי-הפדיון. מסקנה זו, לפחות, אמנם יש לנו להסיק מן הנוסח המילולי של הגמרא בענייננו,

ובדיעבד - בגדרי תחולתה ומנקודת-הראות החוזרת הנקבעת מתוכה - מחזירה היא כאמור גם משמעות עיונית לתפיסה, שהזכייה מכוח תקנת-השוק אמנם אינה אלא זכות לעיכוב של החפץ כנגד ההפסד הנשקף ללוקח. מתוך הצירוף ניתן לומר כי **הזכייה מכוח תקנת-השוק הריהי אמנם זכייה גמורה, אבל לא רק בכפוף לתנאי של החזרה או פדיון אלא גם בכפוף לתנאי של השתמרות העדיפות החזקתית ביחס לבעלים המקוריים; מעבר לכך נשאר בעינו הקניין של אותם בעלים.**

נשאלת עתה השאלה, עד מתי זכיית הלוקח מכוח תקנת-השוק נשארת מותנית, - ובזה מוחזרים אנו למחלוקת הרמב"ם וחבריו, שהזכרנו לעיל.

[[225]] לדעת החולקים על הרמב"ם, העומדים על העקרון כי על-פי דין אין הלוקח מן הגזלן זוכה אלא אם לקח לאחר יאוש - אין היאוש שלאחר המיקח משנה ולא כלום, ומאחר שמלכתחילה לא קנה הלוקח אלא מכוח התקנה, או מכוח תוס-לבו, נשאר קניינו פגום וכפוף לחובת ההחזרה לעולם. לעומת זאת, לפי דעת הרמב"ם, מועיל היאוש אף אם נולד רק לאחר המיקח (ואף לגבי הלוקח שלא בתוס-לב), וממילא - גם הלוקח הזוכה מלכתחילה רק מכוח התקנה או תוס-הלב, נרפא קניינו לחלוטין משנתיאשו הבעלים בדיעבד.

מחלוקת זו נמשכת מן הסוגייה שהזכרנו, בבבא קמא קט"ו א'. כאן נתלה העניין בשלש אוקימתות, של רב יוסף, של רב זביד ושל רב פפא - ודעות הפוסקים נחלקות למעשה באופן כזה: אם נפרש שרב פפא חולק על רב זביד, נמצא שמשלימים דבריו את האוקימתא של רב יוסף, וההלכה היא כשיטת הרמב"ם; אם, לעומת זאת, נפרש שרב פפא אינו חולק על רב זביד, אלא דבריהם משלימים זה את זה, נמצא שדברי רב זביד מסייגים את האוקימתא של רב יוסף, וההלכה היא כשיטת החולקים על הרמב"ם.⁷²³

אולם, לע"ד הנכון הוא לפרש את הדברים לא כך ולא כך, אלא בדרך-ביניים שלישית. נקודת-המוצא לעמדה זו היא, שמתוך לשון הסוגייה כשלעצמה אין למעשה הכרעה לכאן או לכאן, והמעין העומד לפני השיטות החלוקות של הרמב"ם וחבריו צריך לכאורה להישאר תקוע ב"ספיקא דדינא". אך באמת, משמעבירים אנו את העיון מלשון הסוגייה כשלעצמה אל תוכן הדברים הענייני, מתברר, מצד אחד, כי העקביות בשיטת הרמב"ם מוכרחה על-כל-פנים להידחות, מקל-וחומר: שהרי הלכה פסוקה היא כי **המוצא מציאה**, המבקש לזכות לאלתר משום "יאוש שלא מדעת", אינו זוכה על-ידי יאוש הבעלים בדיעבד, אף-על-פי שיש גם צד **התר** בתפיסתו - וכיצד אפשר שהלוקח מן הגזלן יזכה, אפילו כשיודע הוא את דבר הגזלה, ואין לו להניח מלכתחילה הנחה של יאוש, והחפץ בא אפוא לידו לחלוטין באיסור?⁷²⁴ ומצד שני, לא פחות קשה היא העקביות בשיטת **החולקים על הרמב"ם**, [[226]] לגבי הלוקח הבא בתוס-לב: לוקח זה, אין לו כלל להעלות על הדעת שצריך הוא לבדוק את שאלת יאוש הבעלים, וכיצד אפשר שקניינו יישאר תלוי בשאלה המוזרה לחלוטין לגביו,

⁷²³ (מו) ים של שלמה על בבא קמא, פ"י סי' (ל') [ל"א]; ור' רש"י על דברי רב יוסף בסוגייה הנדונה.

⁷²⁴ (מז) דוק ביחוד בש"ך על חו"מ סי' שני"ג ס"ק ד', שמביא הוא בהקשר זה גם ראייה מפורשת מדברי רב פפא המובאים במקום אחר (בבא מציעא כ"ב א') והעולים בקנה אחד עם שיטתו של רב זביד.

אם הבעלים הספיקו או לא הספיקו להתיאש לפני שקנה? אכן, כדי לפוטרו מן השאלה הזאת ניתקנה תקנת-השוק, שעל-פיה זוכה הוא אף אם קנה לפני יאוש - וכבר הסברנו שחובת-ההחזרה האונטואלית היא רק סייג לתקנה הזאת, אף אמרנו בייחוד כי זכות-הפדיון, שהיא עיקר-הסייג, אינה שייכת אלא במקרים שבהם יהיו הבעלים כרוכים אחר החפץ שלהם כריכות יתרה. אך לפי זה קשה להניח כי הסייג יוכל להתמיד גם משנתיאשו הבעלים בדיעבד, וכריכותם אחר החפץ חדלה כבר. למעשה יש בהנחה כזאת משום סתירה במושג, ויתר-על-כן, לגבי הלקוחות שבתום-לב אין ספק כי התמדה של זכות-הפדיון לעולם לא יהא בה משום "תקנת-השוק", אלא רק משום הכבדה על השוק בלבד.

והנה, כשם שאת העקביות בשיטת הרמב"ם - לגבי הלוקח שלא בתום-לב - דחינו על-פי קל וחומר ענייני ופורמלי גם יחד, כן גם את העקביות בשיטת החולקים על הרמב"ם - לגבי הלוקח בתום-לב - יש בידנו לדחות לא רק בנימוקים הענייניים שהבאתי, אלא גם בנימוק פורמלי מקביל. הנימוק הוא, שאם אין אדם זוכה על-ידי יאוש הנולד אחר שבא כבר החפץ לידו, הרי זה רק מפני אחד מן השניים: או משום שמלכתחילה נטל האיש את החפץ על מנת להחזיר, ונעשה הוא שומר לבעלים, והיאוש שבדיעבד יאוש בטעות הוא, אחר שאין עמו אבדן-החזקה ו"שינוי רשות"⁷²⁵ - או משום שמלכתחילה התכוון האיש לגזול, והחפץ בא לידו באיסור⁷²⁶; אולם הלוקח בתום-לב, יש אצלו מלכתחילה "שינוי של רשות", ולפחות מן הבחינה הסובייקטיבית לא בא החפץ לידו באיסור, כי אם בהתר. בהתאם לכך נראה פשוט לפרש שבסוגייה בבבא קמא קט"ו א', האוקימתא של **רב יוסף**, אשר על-פיה לכאורה מועיל היאוש בלוקח מן הגזלן אפילו בדיעבד (ושלא כפירוש רש"י), אמורה בלוקח **הבא בתום-לב** (או בלוקח מ"גנב שאינו מפורסם"); האוקימתא של **רב זביד**, שעל-פיה היאוש שבדיעבד אינו מועיל אפילו בלוקח, אמורה בלוקח **שאינו** בא בתום-לב; ואילו האוקימתא של **רב פפא** משלימה את שתי הקודמות גם יחד - ולא פליגי.

[227]] ואמנם, זהו פירוש הסוגייה הנראה נכון בעיני, אלא שעוד רואה אני צורך לתקן בו דבר ולהעמידו על דיוקו. הלוקח בתום-לב מן הגזלן - אמנם בא החפץ לידו בהתר, אבל זה רק מן הבחינה הסובייקטיבית בלבד; מבחינה **אובייקטיבית** בא החפץ **באיסור** אף לידו של הלוקח הזה, ולפיכך נוטה אני לסבור כי על-פי עיקר הדין אמנם אין הבחנה בין לוקח שבתום-לב ולוקח שלא בתום-לב, ואכן לא מצאנו הבחנה עקרונית שכזאת, ובשניהם יסוד ההלכה הוא אפוא על-פי האוקימתא של **רב זביד**. אולם, בקשר לתקנת-השוק אמנם מוצאים אנו את ההבחנה מפורשת, והדעת נותנת שבגדרי התקנה, הכופפת את צירוף הדברים האובייקטיבי למצב הסובייקטיבי, הוכר מעמדו של הלוקח בתום-לב **כאילו בא החפץ לידו בהתר באמת**. את האוקימתא של רב יוסף אמנם יש לנו אפוא לפרש כפירוש שמסתמא של הרמב"ם, ולא כפירוש של רש"י, אבל נכיר שאין זו אוקימתא נוגדת לרב זביד, וגם לא כפופה לה, כי אם מקבילה - ולא מקבילה באשר לעיקר הדין (שבזה, אמרנו, הלכה כרב זביד), אלא מקבילה רק על-פי תקנת-השוק ומכוחה.

⁷²⁵ מח) ר' לעיל, פרק ז' סע' ג', בסמיכות להערה ל"ז, וכן הערה מ"א בסע' ד'.

⁷²⁶ מט) בבא מציעא כ"א ב' ובבא קמא קי"ד א'.

לפי זה יכולים אנו לחזור ולסכם כי מעיקר-הדין אמנם אין הלוקח מן הגזלן קונה, אלא אם היה לו יסוד מספיק להניח כי הבעלים התיאשו כבר; אבל על-פי תקנת-השוק, אם בא הלוקח בתום-לב, זוכה הוא בהתעלם מבעיית היאוש, - ואף-על-פי שאמנם נשאר קניינו כפוף לתנאים, הרי אין תנאים אלה מתמידים אלא כל זמן שמוכח מן המסיבות כי עדיין לא סילקו הבעלים את דעתם מן החפץ ועדיין נמצאים הם בתנופת-עניינם המקורית להחזרתו, ואילו לאחר מכן מבריא קניינו לחלוטין.

מכאן יכולים אנו לעבור לבירורן של נקודות מיוחדות בענייננו, וקודם-כל בעיית המקרים שבהם חייב הלוקח תם-הלב להחזיר אפילו בלי פדיון.

לאור הדברים שראינו מובן מאליו המקרה הפשוט ביותר שבו חייב הלוקח להחזיר, והיינו כשניתן לו החפץ במתנה או שעדיין לא שילם שום דבר ממה שנתחייב לשלם (ואף לא נתן משכון או שטר העשוי להיות משוחרר מטענות-פטור)⁷²⁷. מלבד זה, אף במקום שהלוקח נתן כבר תמורה לגזלן, אין לו זכות להחזרת התמורה מצד הבעלים אלא אם מיקח החפץ היה יסוד העסק שבו החפץ נקנה, אבל אם הוקנה החפץ ללוקח לסילוק חוב שכבר הגיע לו מקודם - חייב הוא להחזיר בלי פדיון.

[228] שנית, יש לנו לעמוד על בעיית מסוימת המתעוררת בקשר לגדרי תחולתה של תקנת-השוק. לפי ניסוחנו מועילה היא ללוקח הבא בתום-לב; אך לפי הנחת הרמ"א בחו"מ סי' שני"ו סעי' ב' מועילה היא אפילו ללוקח שאינו בא בתום-לב, ובלבד שלא ידע ודאי כי החפץ גזול. דעה זו נדחת על-ידי הש"ך, וכן נראה מוכרע.

עוד בעיית מתעוררת בקשר ללוקח שאינו בא בתום-לב והזוכה משום שקנה על-פי הנחה של יאוש. לדעת הרמב"ם (כמובא בשו"ע חו"מ סי' שני"ג סעי' ג'), אמנם זוכה לוקח כזה בגופו של החפץ, אבל על-כל-פנים אחראי הוא עם הגזלן המקורי לתשלום הראוי לבעלים. הרמ"א הגיה שהלוקח לאחר יאוש פטור מאחריות, וכן נראה עיקר - כי טעם דעתו של הרמב"ם נעלם מן המפרשים (ר' בעה"ש סי' ו').

אחרי זה צריכים אנו לחזור לבעיית ההקנאה שאין עמה סילוק גמור של רשות הגזלן. אמרנו שכאן העקרון הוא כי הלוקח אינו זוכה, אף אם לקח אחר יאוש; אך על-כל-פנים, כפי שראינו - גם אם בא הלוקח שלא בתום-לב - זוכה הוא בפירות שאכל, אפילו לפני היאוש, וכן הזכרנו כבר למעשה, בנוסח אחר, שאם הוא נתחייב בשכר כלפי הגזלן שהתיימר להשכיר לו, יכולים הבעלים לאשר את השכירות ולדרוש את השכר לעצמם, בין מן השוכר בעצמו ובין מן הגזלן-המשכיר שהקדים וגבה את השכר⁷²⁸.

⁷²⁷ (ג) עה"ש חו"מ סי' שני"ו סעי' ט"ו.

⁷²⁸ (נא) לעיל, בסמיכות להערה כ', ור' שו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ה'.

אם, לעומת זאת, בא הלוקח בתום-לב, נראה שהצורך בסילוק גמור של רשות הגזלן נדחה מפני תקנת-השוק, וזוכה הלוקח מכל-מקום. בכיוון זה, האסמכתא המפורשת היא במה שכבר הערנו, שתקנת-השוק חלה אפילו כשכל המיקח מכון רק **לשעבוד של משכון** - והנושה תם-הלב זוכה במשכון, אפילו מידו של גזלן, בכפוף לזכות פדיון מצד הבעלים⁷²⁹. לפי דוגמה זו נראה כי אף השוכר בתום-לב, או הלוקח את החפץ לחלק-בשיתוף, או הלוקח על תנאי, זוכים ואינם חייבים להחזיר את החפץ אלא בגדרים המתאימים של תקנת-השוק. בגדרים **המתאימים**, אמרנו, כי הגדרים הרגילים ודאי טעונים כאן התאמה מיוחדת. קודם-כל, מסתבר שהתקנה צריכה לחול כאן אף אם היתה ההקנאה **לאחר היאוש**, שהרי אחרת דווקא לאחר יאוש לא תהא זכייה בכלל, ומצד שני - יאוש המתהווה בינתיים ודאי אינו מפקיע כאן את זכות ההחזרה של הבעלים (כנגד פדיון או בלעדיו), שהרי מלכתחילה מכיר כאן הלוקח בשעור של זכות לבעלים, ברמה שמעבר להשפעת היאוש. במלים אחרות, טעם המסקנה השנייה היא, שלמען זכייה מוחלטת בעקב יאוש הבעלים נחוץ גם הגורם של **"שינוי רשות" גמור** - והא ליכא.

[229]] עוד התאמה מיוחדת, לפנינו ממסגרת זו, מתבקשת למשל במקרה של **שכירות**. לבעלים לא תהיה כאן ברירה שלא להכיר בשכירות - לפחות לגבי הזמן שעבר, - ובמידה שהשוכר פרע כבר את השכר לגזלן-המשכיר, הריהם לא יוכלו לחזור ולהיפרע ממנו, כי אם רק מן מגזלן⁷³⁰. לגבי הזמן שנשאר - הם יוכלו אמנם להפסיק את השכירות, אבל רק בתנאי שיחזירו לשוכר כל מיקדמה שפרע כבר לגזלן לגבי אותו זמן.

בקשר לגדרי תקנת-השוק **במשכון** נחלקות הדעות עד היכן זכותו של הנושה לפדיון מגיעה: האם עד כדי גובה הזכות הנערבת - ואף אם זו גדולה מערך המשכון - או, **לכל היותר**, עד כדי גובה ערכו של החפץ הממושכן בלבד⁷³¹. **הש"ך** פסק, על-פי **מהרש"ל**, כאפשרות השנייה, אבל **הגר"א** דחה ראיותיו, ועל-פיו מכריע גם **ערוך-השלחן**; אולם, לע"ד קשה לראות בנימוקיו של הגר"א הכרעה ברורה ובלתי-מסופקת: הוא מסתמך על דין החפץ המכור, שהבעלים צריכים לפדותו אפילו במחיר גבוה מדמיו - אבל דווקא לפי הלך-המחשבה של הגמרא, שעליו גם-כן מסתמך הגר"א, יש מקום להבחין בין משכון למכר. כי במכר, אם שילם הלוקח ביוקר, הרי שילם כדי לזכות בחפץ, שכל-כך היה שווה בעיניו, אבל במשכון פשיטא ופשיטא שאם הלווה הנושה יותר מכדי דמיו - הרי על

⁷²⁹ (נב) שו"ע חו"מ סי' שני"ו סעי' ז'.

⁷³⁰ (נג) בשו"ע חו"מ סי' שס"א סעי' ה' אמנם מוצאים אנו שהפירע את זכות הבעלים לגזלן אינו נפטר, אף אם פרע בתום-לב; אך שם אמורים הדברים באדם שעצם חובו נולד בעקב פעולה **שלא** בתום-לב. לעומת זאת, המקור הדין באופן מיוחד בשכר המשתלם על-ידי שוכר מגזלן (טור חו"מ סי' שס"ג סעי' ה') מדבר דווקא על זכות הבעלים לחזור ולגבות את השכר מן הגזלן, ואינו מזכיר את הזכות לחזור ולגבות מן השוכר שכבר שילם - ומסתבר שהדברים מתייחסים לשוכר בתום-לב, הזוכה ומוגן מהפסד על-פי תקנת-השוק. יש גם להדגיש שהשכר חוזר לבעלים, אף-על-פי שהמשכיר לא היה צריך לשלם בעד פירות לו אכלם בעצמו; ועל-פי דיני הפדיון שנראה להלן מסתבר שהשכר חוזר לבעלים אף אם שולם למשכיר שהוא עצמו היה קונה בתום-לב.

⁷³¹ (נד) פשיטא שאם הזכות הנערבת פחותה מגובה ערכו של המשכון, לא יצטרכו הבעלים לשלם אלא עד כדי הזכות הנערבת.

ההפרש הוא האמין לגזלן גם בלי המשכון, ואילו על המשכון, מטבע הדברים, הוא יכול היה להלוות רק עד כדי שוויו. יתר-על-כן, הלוואה ביותר מערך המשכון כלל אינה נזכרת בגמרא, והדעה הנדחית שם היא רק זו שאף אם היתה ההלוואה שווה לערך המשכון - אף אז אין בה תקנת-השוק, באשר אדם המלווה במלוא ערך המשכון חזקה עליו כי לא על המשכון עיקר סמיכתו, כי אם על מהימנותו האישית של הלווה. לפי זה יש פנים לומר שאם ההלוואה ביותר מערך המשכון לא נזכרה בכלל, הרי זה משום שכאן - כאמור - **פשיטא ואין חולק על כך** שהעודף ניתן רק על סמך המהימנות האישית, וההכרעה בענייננו צריכה אפוא להתקבל כאן כדעת מהרש"ל והש"ך. ר' גם אבן-האזל על הרמב"ם, פ"ה מהל' גנבה הל' ו'.

[230] אשר לגדרי הפדיון בדרך-כלל, הרי כפי שכבר הזכרנו באגב - צריכים הבעלים לשלם ללוקח את כל ערך התמורה שניתן, ואף אם היא גבוהה מערך החפץ בשוק⁷³². פדו הבעלים את החפץ - הריהם חוזרים וגובים מן הגזלן מה ששולם לו (היינו מה שהרוויח; וקודם הסקנו שאת הריווח מוציאים הבעלים מן הגזלן אף אם לא שילמו דמי-פדיון, וכגון שבינתיים אבד החפץ, או שנמנע הפדיון בגין יאוש, או שלא רצו הבעלים לפדות). היה שם לוקח-ביניים, שקנה מן הגזלן והרוויח (באופן שדמי-הפדיון עלו על מה שניתן להיגבות מן הגזלן) - חוזרים הבעלים וגובים את ההפרש מלוקח-הביניים (ואף אם גם הוא עצמו קנה בתום-לב). קנה לוקח-הביניים שלא בתום-לב, אחראי הוא כלפי הבעלים (כפי שכבר ראינו לעיל) לא רק לריווח שעשה, אלא גם לדמי-הקרן (ואם שילם גם את הקרן, נכנס הוא תחת הבעלים, כדי לחזור ולגבותה מן הגזלן המקורי)⁷³³.

מתוך מבנה-הדברים מתברר, שאם הבעלים פודים את החפץ (או אף מקבלים אותו, במקרה המתאים, בלי פדיון), מועיל ההסדר למפרע - והיינו שקניין הלוקח ומביאי-כוחו מתבטל למפרע, כאילו קנו מן הבעלים על תנאי מפקיע - בכפוף לכמה סייגים: א) דין השבח והפירות, שזכות הלוקח לגביהם מתקיימת מכל-מקום⁷³⁴; ב) דין השוכר שפרע את השכר למשכיר, שהנחנו שקניינו מתקיים

⁷³² (נה) שו"ע חו"מ סי' שני"ו סעי' ה'.

⁷³³ (נו) דין זה - אין לו לכאורה יסוד מפורש בגמרא, ומזכיר הוא מה שדחינו לעיל בשיטת הרמב"ם, שהלוקח שלא בתום-לב, הזוכה לאחר יאוש, אחראי מכל-מקום לערך הגזלה, במקביל עם הגזלן המקורי. אולם, אף-על-פי שעמדת הרמב"ם בלאחר יאוש נדחית, נראה שהפוסקים מקבלים את דעתו באחריות לדמי-הפדיון. טעם ההבדל הוא בודאי בכך שלפי הרמב"ם משתלמים דמי-הפדיון רק לפני יאוש, ולפני יאוש אמנם דין הגמרא הוא ש"האוכל מן הגזלה" אחראי במקביל עם הגזלן המקורי (בבא קמא קי"א ב'). מלבד אחריות זו של הלוקח שלא בתום-לב, נראה שאם לוקח-ביניים הרוויח, ועוד לוקח-ביניים הפסיד, באופן שדמי-הפדיון היו פחותים ממה שקיבל לוקח-הביניים הראשון - אין הבעלים מוציאים מידו של זה את הריווח. כך לפחות מספק; ולדעתי - על-פי העקרון שהלוקח תם-הלב **זוכה**, והחזרת הריווח אינה אלא סייג לכך, כשהלוקח מרוויח תוך הפסד הבעלים. - ביחס לדברים בכללם, ר' שו"ע חו"מ סי' שני"ו סעי' י'.

⁷³⁴ (נז) השווה בדומה לכך, שלמשל גם הלוקח בכפוף לזכות-מצרנות - אף-על-פי שקניינו מתבטל למפרע, מכל-מקום הוא זוכה בפירות (שו"ע חו"מ סי' קע"ה סעי' ו').

על-כל-פנים לגבי הזמן שעבר ; וג) דין הריווח שעשה לוקח-ביניים בתום-לב [[231]] שלא יצא בהפסד הבעלים, שהנחנו כי אין הוא חוזר לבעלים⁷³⁵.

לצרכי השוואה, ר' לעיל, פרק א', סעי' ה' סי' 5, ופרק ז' סעי' ד', בסמיכות להערה מ"ד⁷³⁶. מבחינת ההערכה של הדברים נראה לסכם, כי [[233]] בעוד שדיני ישראל מעלים בעניינינו שיטה הגיונית שלמה, המתואמת בתוכה ועל כל סביבותיה, עשויים כאן הדינים האחרים גישושים-גישושים, העושים פלסטר את עקרון התמדת הבעלות המקורית ועקרון זכיית הקונה בתום-לב, כאחד.

בדיני ישראל, קו-ההכרעה הברור בין שני העקרונות הללו נמצא **בתקנת-השוק**. בהתאם לכך, מצד אחד, מתקיימת תמיד ובלי יוצא-מן-הכלל הבעלות המקורית במקרקעין - כי בשום-לב לטבעם של המקרקעין, שהבעלות בהם מפורסמת, ובעזרת דיני חזקת שלש-השנים, נמצא כאן השוק מתוקן לחלוטין ממילא, כפי שכבר אמרנו לעיל ; ומצד שני, במיטלטלין, שהבעלות בהם מוכחת לכאורה, בהכרח, על-ידי ההחזקה למעשה, בלי שהלוקח יוכל לחקור במידה של כדאיות מעבר לכך - מתקנים את השוק למען הלוקח תם-הלב **תמיד**, בכפוף רק לאפשרות לספק את הבעל המקורי, כשלמעשה לא יפגע הדבר בלוקח. יתר-על-כן, עם יאוש הבעלים מוסר גם הסייג הלזה (לפחות לפי

⁷³⁵ נח) על-פי מסקנתנו, שהפדיון מבטל את קניין הלקוחות למפרע, היה בעצם מקום להנחה, שריווח שלא נעשה על חשבון הבעלים, אלא רק על חשבון אחד הלקוחות שקניינו מתבטל - אמנם לא ישולם לבעלים, אך יחזור ללוקח שהפסיד. אולם הנחה שכזאת נראה נכון לדחות מכמה טעמים : הלוקח שהפסיד - הפסיד לעצמו, מדעתו ; העובדה שקניינו נהפך עתה לבטל, שוב אין בה כדי לשנות משהו למעשה לגביו ; אין אפוא הצדקה **מעשית** להחזרת הריווח אליו, והמשקל המכריע נשאר בטענה המשוערת של בעל-דבר המוחזק, שאין מצטרף כאן שום טעם מספיק כדי להוציא את הריווח מן המקום שבו הוא נמצא מדעת הצדדים. בהמשך מכאן, התוצאה העיונית של אי-החזרת הריווח ללוקח-הביניים שהפסיד, הריהי שעל אף עקרון הביטול של שרשרת הלקיחות למפרע - מכל-מקום אין הביטול פוגע בתוקף קניינו של לוקח-הביניים שהפסיד ; ומאחר שלוקח-הביניים שהרוויח אף לא יצטרך להחזיר את הריווח לבעלים - נמצא שהחיסון מפני עקרון-הביטול מתפשט על פני שני הקניינים כאחד.

אולם, יש להדגיש כי הדברים אמורים דווקא בלקוחות-ביניים, ששניהם קנו בתום-לב. אם המוכר קנה את הגזלה מדעת - אמנם הוא לא יצטרך להחזיר את הריווח ללוקח שהפסיד, על-פי אותם השיקולים שראינו לעיל, וקניינו של לוקח זה יתקיים ; אבל לקניין המוכר לא יהיה בסיס על-כל-פנים, ומאחר שמכירתו תתקיים אף-על-פי-כן - הריהו יצטרך להחזיר את הריווח לבעלים, בבחינת "עושה סחורה בפרתו של חברו". מצד שני, אם הלוקח **המפסיד** יהא קונה מדעת הגזלה, נראה שיש מקום להבחין : אם הבעלים לא יתבעו אותו על שום נזק, אמנם לא יימצא לו מכל-מקום שום קניין שיוכל להתקיים ; אבל מאחר שלא תהא לו תביעת-חזרה על המוכר, על-פי השיקולים שראינו, הרי שהיחסים ביניהם יידונו כאילו הועבר לו קניין בעל-תוקף - ובמקרה שגם המוכר קנה שלא בתום-לב, יוכלו הבעלים לדרוש ממנו את החזרת הריווח, ובזה הם יתנו תוקף להקנאה כאילו נעשתה מטעמים, וירפאוה למפרע. אם לעומת זאת, יזכו הבעלים בתביעת נזק כלשהי על הלוקח המפסיד, יוכל הוא לחזור למוכר, בתביעה להחזרת הקרן - וממילא גם להחזרת הריווח אליו, - ואף אם המוכר, מצידו, קנה בתום-לב. מוכר זה, מצידו, יצטרך לחזור - לגבי הקרן שלו - אל הבעלים שפדו את החפץ, והבעלים יחזרו אל הגזלן המקורי.

⁷³⁶ נט) [הערת עורך : הערה זו הועברה לנספח בסוף הפרק, בגלל אורכה].

השיטה הנראית לע"ד כנכונה), ואף הלוקח שלא בתום-לב זוכה לחלוטין, כי שוק של מיטלטלין הנשאר כפוף לעד לתביעות נוגדות מכוח זכויות קודמות הוא בלתי-נסבל.

לעומת זאת בשיטות האירופיות, כבר ראינו שדיני ההתישנות הכלליים שלהן - כשיש להם השפעה בענייננו, ביחס לזכיית הלוקח - הרי, בהשוואה לדיני ישראל, או שמוגזמים הם, ומזכים את המחזיק מעבר לצורך האובייקטיבי⁷³⁷, או שבלתי-מכוונים הם ומשאירים את השוק משובש, כשאינן יכול מבחינה אובייקטיבית להתנהל כראוי בלי שענייני הנגזל יידחו דווקא מפני תקנת העולם⁷³⁸. ואילו במה שנוגע בייחוד לתקנת הלוקח בתום-לב, הרי לבד מן הדין **באיטליה**⁷³⁹, מוגבלת זכייתו, ואף-על-פי שאין הוא חייב לכאורה לחקור אם החפץ גזול - מכל-מקום עליו מוטל סיכון ההבחנה, המשולל למעשה כל הצדקה של ממש⁷⁴⁰, בין גזלה-סתם וגזלה-על-ידי שליחות-יד. כמו-כן נראה מופרך הדבר, שתקנת הלוקח תם-הלב נתלית בהתישנות-התביעה, בגדרים שנקבעו במיוחד בשבילו. התישנות התביעה היא תקנה להחזקה פגומה, ואין שום קשר הגיוני בינה לבין בעיית תום-הלב: אם אמור הלוקח לזכות רק מפני התישנות התביעה נגדו - הרי כפי שהסברנו אין הוא ראוי לזכות לעולם; ואם אמור הוא לזכות מפני תום-הלב - קשה להבין, מדוע עליו לחכות שנים ארוכות, אולי עד שתומתו תסור בכלל או שתצא נשמתו. ובהמשך מכאן, נראית גם מופרכת ההבחנה האירופית בין זכיית הלוקח תם-הלב, בסתם, לבין זכייתו כשקנה ב"שוק הפתוח", אצל סוחר וכיו"ב. כי באמת, אין שום סיבה הגיונית שהלוקח תם-הלב יזכה בגין עצם תומתו: תום-הלב כשלעצמו איננו בכלל גורם השייך לעניין. אם יש טעם לזכות את הלוקח תם-הלב, הרי זה רק מפני שזיכוי הלוקח הזה - במקרה של מיטלטלין - הוא הכרח **לתקנתו של השוק**, ולאחר-מכן השאלה היחידה הנותרת עוד היא אם הזיכוי אמנם הוא הכרח בכל מקרה של תום-הלב, או רק במקרים מיוחדים. **דיני ישראל** משיבים כי ההכרח כללי הוא - ודאי משום כך שגם כשאדם קונה מיטלטל משכנו, ולא מסוחר, אי-אפשר לחייבו שיחקור את מקורו של החפץ.

נספח: תקנת השוק במשפט האנגלי ובמדינת ישראל

לגבי⁷⁴¹ **המשפט האנגלי** כדאי לפרט כאן שהכלל הוא כי חפצים גזולים אינם נקנים ללוקח; ואף כשהאיש בא בתום-לב, עשוי הוא להתחייב לא רק להחזיר את החפץ בעין, אלא אף לשלם פיצויים בגינו כגזלן המקורי ממש (**וינפלד**, עמ' 535). אולם, יש מספר רב של יוצאים מן-הכלל (במיטלטלין) כפי שמונה **גודיב**, בעמ' 95-98: א) מטבע ומסמכים חריפים נקנים ללוקח הבא בתום-לב ובתמורה⁷⁴²; ב) הלוקח קונה כשהבעלים מנועים לטעון נגדו שלא הסכימו להקנאה; ג) שליח עסקי,

⁷³⁷ (ס) לעיל, פרק ג', סעי' ד'.

⁷³⁸ (סא) לעיל, פרק ז', סעי' ד', בסמיכות להערה מ"א.

⁷³⁹ (סב) לעיל, פרק א', סעי' ה' סי' 5, בסמיכות להערה קט"ו.

⁷⁴⁰ (ג) ר' פרק א', הערה קט"ז. מעניין לציין כי על אף כפיפות ההצדקה וקשי ההכבדה אומצה ההבחנה גם במדינת ישראל, בסעי' 5 של חוק המשכון, תשכ"ז, ביחס למשכון שניתן בחפץ גזול. סעי' 13(ב) ו-13(ג) של החוק מאפשרים לבעל החפץ לפדות את המשכון אפילו תוך זמנו, על ידי קיום החיוב הנערב.

⁷⁴¹ [הערת עורך: נספח זה נלקח מהערה נט, בגלל אורכה].

⁷⁴² נט-1) ר' גם **הלסבורי-סיימונדס**, כ"ט, עמ' 376.

שהחפצים הם בידו מטעם הבעלים, מזכה את הלוקח הבא בתום-לב⁷⁴³; (ד) לוקח המשאיר את חפצי [[232]] המיקח ביד המקנה מפסיד את זכותו כנגד לוקח שקנה בתום-לב⁷⁴⁴ אחריו, מאותו המקנה; (ה) אדם המקנה חפצים שבידו מזכה את הלוקח הבא בתום-לב⁷⁴⁵, במשורר מכל שיוך של קניין שהיה לאדם אשר ממנו קנה המקנה; (ו) הלוקח בהקנאה מכוח החוק זוכה אף אם החפצים הם גזולים; (ז) הלוקח בתום-לב זוכה אם קנה ב"שוק הפתוח"⁷⁴⁶, בהתאם לנוהג השוק".

"השוק הפתוח" - משמע, בדרך-כלל, הכיכר המסוימת שבה נוהגים לקיים שוק בימים מסוימים, ורק ב"סיטי" של לונדון כל חנות היא בבחינת חנות שבשוק, בכל ימות החול. "נכסי המלך" אינם כפופים לדין "השוק הפתוח", וכמו-כן אין הדין חל אם הבעלים הביאו להרשעת הגזולן במשפט. גם במקום שחל על ההקנאה דין "השוק הפתוח", והחפץ חוזר ומתגלגל לידי המוכר הראשון, חוזר קניין הבעלים למקומו. מצד שני, אם הבעלים עצמם באים לקנות את החפץ ב"שוק הפתוח", אין הם מוציאים מיד המוכר אלא אם המוכר עצמו לא קנה מזולתו - ולעניין זה אין נפקא מינה, כשהמוכר קנה, שהוא מצידו לא קנה ב"שוק הפתוח". הגבלה מיוחדת חלה **בסוסים**, שגם מיקח בתום-לב ב"שוק הפתוח" איננו מועיל בהם, אלא אם הוצגו בשוק במשך שעה לפחות, אחרי עשר בבוקר ולפני שקיעת החמה, במקום פומבי הנועד למכירתם, והמכר נרשם על-ידי פקיד השוק, והבעלים לא תבעו החזרה תוך ששה חדשים מן הגנבה. תביעת החזרה אינה מועילה אלא עם החזרת המחיר שהלוקח שילם.

במשפט של **מדינת-ישראל** היה הכלל על-פי המגילה כי הקנאה שלא מטעם הבעלים אינה מועילה - אם כי אמנם יכולים הבעלים לאשר בדיעבד הקנאה שכזאת (סעי' 365, 378). דין זה עדיין מתקיים כנראה, עקרונית, אף כנגד לוקח **מקרקעין**, שקנה בהסתמך בתום-לב על רישום מסולף בספרי האחוזה (ר' ולירו נגד בראשי, ע"א 87/51, פסקים ע', י"ז, עמ' 25; זיברט נגד בית ונחלה, ע"א 136/50, פסקים ע', ט"ז עמ' 141; **ודוכן**, עמ' 409). אך בסעי' 10 של חוק המקרקעין מתשכ"ט נקבע כי ב"מקרקעין מוסדרים" יפה כוחו של הלוקח בתמורה ובתום לב אף אם הרישום לא היה נכון. מצד שני, במיטלטלין התעוררה השאלה אם ניתן לעקוף את הדין על-פי סעי' 38 (עתה 53) של פקודת הנזיקין, שהיה פוטר את הלוקח מחובת החזרה ואחריות (בלי להעניק לו בכל-זאת קניין חיובי), אם דימה לקנות את החפץ בתום-לב, **ב"שוק הפתוח" או בחנות שבה נמכרים בדרך-כלל חפצים שסוג החפץ הנידון. ד"ר שהם** ענה על השאלה בחיוב, וכן יוצא מ-*obiter dictum* של **השופט זילברג** בע"א 8/59, גולדמן נגד גולדמן, פסקי-דין, י"ג, עמ' 1085; אך ההפך השתמע מפסק הרוב במשפט ברנט נגד ברנט, 257/57, פסקים ע', ל"ג, עמ' 328. משמעותו של מושג "השוק הפתוח" בפקודת הנזיקין נשארה בלתי-מבוררת, אחר שבאנגליה כפוף המושג לגדרים סטטוטוריים (ור' אצל **ד"ר שהם**, בעמ' 526 ואילך). כיום מוכרעת התוצאה לחיוב על פי סעי' 34 של חוק המכר, תשכ"ח, שגם

⁷⁴³ (נט-2) ר' גם **גודיב**, עמ' 141.

⁷⁴⁴ (נט-3) שם, עמ' 142.

⁷⁴⁵ (נט-4) שם.

⁷⁴⁶ (נט-5) מעניין הדמיון בין מושג זה לבין דברי רש"י בבבא קמא קט"ו א', בהסבר למושג "תקנת השוק" העברי: "שקנאו לוקח בשוק בפרהסיא ולא הבין בו שנגנב...".

הכניס במקום "השוק הפתוח" (או "החופשי") ובמקום החנות, את מהלך עסקיו הרגיל של כל מי שעוסק במכירת נכסים מאותו סוג.