

מהות המשפטית של הסכם הכספת הבנקאית

רות פלאטו-שנער*

א. מבוא ב. שמירה 1. יחסי שמירה (א) הנכס שנשמר (ב) החזקה (ג) כדין (ד) שלא מכוה בעלות (ה) תחולת חוק השומרים 2. הבנק כשומר־שכר 3. הסכם שמירה ג. הסכם שכירות 1. מבוא 2. החזקה 3. כוונת הצדדים 4. שימוש 5. שלא לצמיתות 6. בתמורה 7. סיכום ד. הסכם שימוש ה. חוזה קבלנות ו. חוזה ביטוח ז. חוזה מיוחד או חוזה מעורב ח. סיכום

א. מבוא

הכספת הבנקאית הינה נושא שלא זכה בארץ במלוא תשומת-הלב המשפטית הראויה לו. המחוקק לא מצא לנכון לייחד חוק ספציפי שיעסוק בהיבטים השונים של הכספת ויפתור את השאלות המתעוררות בעניינה. ההתייחסות החקיקתית מתמצה כיום בשני סעיפי חוק בודדים.² בנק ישראל, המוציא הוראות והנחיות לבנקים בתחומים רבים ומגוונים, התייחס לכספת בהוראה אחת צרה,³ וכך עשה גם המפקח על מט"ח.⁴ שאלת מהותו המשפטית המדויקת של הסכם הכספת הבנקאית טרם זכתה בהתייחסות חקיקתית או בהכרעת בתי-המשפט בארץ.⁵ היעדר מקורות העוסקים בכספת הבנקאית אינו מצביע על פשטותו של הנושא. נהפוך הוא: אחת השאלות העיקריות המתעוררות היא שאלת אחריותו של הבנק לתלת הכספת במקרה של נזק או אובדן התכולה. לצורך קביעת אחריותו של הבנקיש לקבוע תחילה מהי מהותו המשפטית של הסכם הכספת ומהו מעמדו של

*מרצה, המכללה האקדמית נתניה. תודתי לפרופסור סיני דויטש על הערותיו המעולות.
² סעיף 10(8) לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981, ס"ח 224; וסעיף 13 לפקודת הבנקאות (1941), ע"ר 1334 תוס' 1(ע)69 (א)85. בעבר היה קיים גם סעיף 13(ב) לחוק מס עיזבון, התש"ט-1949, שבוטל בשנת 1981.

³ בנק ישראל, ניהול בנקאי תקין, "ניתוק הקשר עם שוכרי כספות", ע' 1-413.

⁴ הנוסח המשולב של חוזרי המפקח על מטבע־חוץ, פרק 7.9 – השכרת שירותי כספת לתושב־חוץ.

⁵ אם כי בהמ' (י-ם) 870/77 הנדלס נ' מ"י (לא פורסם), בו נידונה מציאת אבידה בחדר הכספות של הבנק, נאמר אגב־אורחא כי מדובר בהסכם שכירות (בע' 9 לפסק־הדין).

הבנק ביחס לתכולת הכספת. האם הבנק נחשב לשומר התכולה, ובמקרה של שומר-שכר מוטלת עליו אחריות גבוהה ביותר ביחס לתכולה? שמא הוא משכיר כספות שאינו אחראי לתכולתן? ואולי הוא מבטח התכולה, החייב לפצות את הלקוח במקרה של נזק? וייתכן גם שהוא בעל מעמד אחר.

היעדר הפסיקה בנושא תמוה כשלעצמו. אירעו בארץ מקרים אחדים של פריצת כספות (כגון שוד הכספות בבנק ברקליס דיסקונט בירושלים בשנת 1976, או שוד הכספות הגדול בירושלים בשנת 1985), ובהם טענו הבנקים, תוך הסתמכות על סעיפים בהסכם הכספת, כי אינם אחראים לנזק שנגרם ללקוחות; בסופו של דבר פיצו את הלקוחות והעדיפו לסיים את העניין בדרך זו מאשר להגיע להתדיינות בערכאות משפטיות.⁶ דבר זה מהווה הסבר אפשרי למיעוט הפסיקה בנושא, אך מעורר שאלות, כגון: מהי אחריותו האמיתית של הבנק כלפי לקוחותיו? ומהי המהות המדויקת של הסכם הכספת?

בחינת מהותו של הסכם הכספת אינה עניין של מה-בכך, אלא מעמידה לבחינה מחודשת את יסודותיהם של מוסדות מוכרים, כגון שמירה, שכירות, ביטוח וקבלנות, ומחדדת את ההבדלים ביניהם, בעיקר בכל הקשור ליסודות של "החזקה", "שימוש", "כוונת הצדדים" ו"מודעות לתנאי העסקה". נבחן את היסודות הנ"ל בכללם ואת האופן והמידה שהם מתקיימים בהסכם הכספת בפרט.

שאלה מקדמית המתעוררת בהקשר זה היא: מדוע חשוב בכלל לסווג את הסכם הכספת? הסכם הכספת מאופיין בהיעדר חקיקה ספציפית. בעיות משפטיות שונות המתעוררות בהקשרו אינן זוכות במענה הולם על-סמך החוקים הקיימים. המקור הנורמטיבי להסדר הוא הסכם הכספת עצמו, שאינו נותן תמיד תשובה הולמת. יתר על-כן, הכספת משלבת היבטים מתחומי משפט שונים, המספקים פתרונות שונים ולעיתים אף סותרים לאותה סוגיה.

בכמה פסקי-דין אמריקאיים שבחנו את אחריות הבנק לנזק שנגרם לתכולת הכספת נפסק שאין חשיבות לסיווג היחסים – אם הם יחסי שמירה או שכירות, שכן כללי האחריות שחלים על המקרה, בהיעדר קביעה אחרת בהסכם, זהים, ועל הבנק לפעול בשני המקרים בזהירות הראויה ולא להתרשל בשמירה על החפצים. אחריות זו מוטלת על הבנק מעצם טיבה של העסקה והיחסים בין הצדדים.⁷

⁶ ראו, למשל, ה"פ 14977/95 **בנק הפועלים נ' רוז** (לא פורסם), בנוגע לפסק-בוררות שנתן הבורר ש' אלוני בעניין שוד הכספות הגדול בירושלים.

⁷ *Johns v. Morgan* 90 N.Y. 4, 8 (1882). פסק-דין זה עוסק במקורו במחסן ערובה, ורק באמרת-אגב התייחסו לכספות. כמו-כן העובדות שם היו מיוחדות: הבנק הבטיח ללקוח אמצעי שמירה מסוימים, והמחיר נקבע בהתאם לכך. למרות זאת אימצו בתי-המשפט הלכה זו לגבי כספות: *Security Storage and Trust Co. v. Martin* (1924) 125 A. 449, 454;

קביעה זו יפה, אם בכלל, לדין האמריקאי, שם אין מוטלת על שומר בשכר אחריות מיוחדת מעבר לאחריות בגין רשלנות.⁸ אך דינו של שומר-שכר בארץ שונה מדינו של משכיר. שומר-שכר אחראי לכל נזק שנגרם לתכולת הכספת, זולת אם נגרם עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא היה יכול למנוע את תוצאותיהן.⁹ ואילו לגבי משכיר, חוק השכירות והשאילה אינו מטיל עליו כל אחריות לחפצי השוכר הנמצאים במושכו. הסיכונים העיקריים לגבי תכולת הכספת הם גנבה ושרפה. שניהם ניתנים בדרך-כלל לצפייה מראש, והבנק יכול בדרך-כלל למנוע את תוצאותיהם. כך, כשומר-שכר יישא הבנק באחריות לנזק שייגרם בעטיים, אך כמשכיר הוא יהיה פטור מאחריות.

מעניין כי למרות זאת נקבע באותם פסקי-דין אמריקאיים, בדרך-כלל לאחר בחינת הנושא, כי מדובר בשמירה, כלומר, בסופו של דבר סיווגו פסקי-הדין את היחסים. אילו באמת לא היה צורך בסיווג, לא היו צריכים להכריע בשאלה של מהות היחסים.

יתר על-כן, העובדה שבתי-המשפט בארצות-הברית הכירו בשמירה דווקא, ולא בשכירות, אכן מטילה על הבנקים את החובה, על-פי דיני המשפט המקובל, לא להתרשל. אולם אילו הגיעו לכלל מסקנה שמדובר ביחסי שכירות, האומנם גם אז היו קובעים כי חלה על הבנק כמשכיר, ומסיבה זו עצמה, חובה לא להתרשל ביחס לחפצי הלקוח?¹⁰ נראה שהאמירה נגד הסיווג נועדה רק כאמצעי להגנת בתי-המשפט, למקרה שמסקנתם בדבר שמירה לא תתקבל, כאילו נקבעה רק באמרת-אגב ולא היתה נחוצה לעצם העניין. אולם בפועל, כאמור, אכן ביצעו בתי-המשפט את הסיווג.

McDonald v. William d. Perkins & Co. 40 A.L.R. 859, 865 (1925); *Wilson v. Citizens Central Bank of Nelsonville* 11 N.E. 2d 118, 119 (1936); H.J. Fletcher (ed.) "Bailment - Landlord and Tenant - Licences - Warehousemen - Relation between Renter of Safe Deposit Company" *Minn. L. R.* (1928) 440, 441-442. 446, אם כי הוא מציין שלשאלה זו תהיה חשיבות כאשר צד שלישי יהא מעוניין לתפוס את התכולה. ראו גם: *O'Mally v. Putnam Safe Deposit Vaults Inc.* 458 N.E. 2d 752, 758 (1983), שם נאמר כי אין חשיבות לשאלה אם התביעה נזיקית או חוזית, מהטעם הנ"ל.

⁸ American Jurisprudence 2nd. V. 8 (1980, 1997) 749.

⁹ סעיף (ב2) לחוק השומרים, תשכ"ז-1967, ס"ח 52 (להלן: חוק השומרים).

¹⁰ בעניין *Carples v. Cumberland Coal & Iron Company* 39 A.L.R. 1211, 1213 (1925), שבו פסק בית-המשפט כי אין חשיבות לסיווג, הוכרו אומנם יחסי שכירות, אך הדבר התעורר לגבי תוקף צו עיקול על תכולת כספת, ולא לגבי אחריות הבנק לשאירע לתכולה.

ועוד: הנימוק של בתי-המשפט האמריקאיים הוא שאין טעם בסיווג משום שכללי האחריות זהים. אולם מלבד כללי האחריות, קיימים נושאים נוספים שאין בהם זהות בין שכירות לשמירה, כגון נטל ההוכחה, סעיפי פטור, האפשרות לקבל פיצויים מעבר לסכום הנזק האמיתי ועוד.¹¹ לפיכך יש חשיבות לסיווג היחסים.

במאמר שפורסם בקנדה נאמר שסיווג היחסים חשוב לצורך קביעה מדויקת יותר של החיובים החוזיים החלים על הבנק, עוצמתם ואפיונם כחיובים תוצאתיים (*obligations de resultat*), המטילים על הבנק להשיג תוצאה כלשהי; חיובים התנהגותיים (*obligations de moyens*), המטילים על הבנק לנהוג בדרך כלשהי; או כחיובי אחריות (*obligations de garantie*), המטילים על הבנק אחריות במקרים מסוימים.¹² ההבדל העיקרי ביניהם הוא שבחיובי תוצאה יישא החייב באחריות במקרה של אי-השגת התוצאה או השגת תוצאה פגומה; בחיובי התנהגות יישא החייב באחריות רק אם ניתן לייחס את אי-השגת התוצאה או את השגתה החלקית לחוסר מיומנותו, להתרשלותו וכיוצא בזה;¹³ ואילו בחיובי אחריות יישא החייב באחריות בהתאם למהות החיוב.

הסיווג דרוש גם לשם השלמת החוזה ופירושו. כאשר קיימת לקונה בחוזה, יש להיעזר במקורות השלמה. לפי סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), השלמת החוזה תיעשה, בהיעדר נוהג קיים בין הצדדים, לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג. "אותו סוג" יכול להיות סוג מסוים, למשל הסוג של הסכמי כספות, או סוג רחב יותר, כגון הסכמי שמירה, שכירות וכיוצא בזה, כאשר חוק שונה, העשוי לקבוע תוצאות משפטיות שונות, חל על סוג שונה. במקרה האחרון יש להחליט כיצד לסווג את החוזה לתוך אחת המשבצות של חוקי החוזים הקיימים. יתר על-כן, אם אין פתרון בנוהג המקובל, יש להשלים את החסר על-ידי הוראות ההשלמה שבחוק החרות. וכדי לדעת מהו חוק זה, יש לסווג את החוזה לפי סוגי החוזים השונים המוכרים על-ידי המחוקק.

גם כאשר התייחסו הצדדים לנושא מסוים בחוזה באופן מפורש, ייתכן שהוראה זו תיפסל מכוח הוראת חוק או עיקרון קוגנטי. למשל, אם אותה הוראה הינה

¹¹ N.E. Palmer *Bailment* (Australia, 2nd ed., 1991) 49–61.

¹² בגישה זו מחזיקים משפטנים צרפתיים וקנדיים, ויש לה ביטוי בפסיקה הקנדית. ראו: A.L.Stein "The Safety Deposit Vault or eased Metal Box: The Responsibility of a Bank to its Customers" 18 *McGill L.J.* (1972) 45, 47–51. לדעת בן-אוליאל, חוזה הכספת מטיל על הבנק חיוב תוצאתי של השגת מצב ביטחון בחדר הכספות ובכספות עצמן, להבדיל מחיוב התנהגותי של נקיטת אמצעי ביטחון מסוימים. א' בן אוליאל **דיני בנקאות** (תשנ"ו) 463.

¹³ א' זמיר **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד - 1974** (תשנ"ז) 34–35.

בלתי-חוקית, בלתי-מוסרית או פוגעת בתקנת-הציבור,¹⁴ אם מדובר בהוראה מקפחת במובן חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, או בהוראה הנוגדת את עקרון תום-הלב. במקרה כזה נימצא שוב עם חסר שיש להשלימו. עניין זה רלוונטי במיוחד להסכמי כספות, כפי שנראה בהמשך.¹⁵

חשיבות נוספת יש לסיווג כאשר צדדים שלישיים מעורבים בעניין. למשל, כאשר מוטל עיקול על תכולת הכספת, ונשאלת השאלה אם הבנק הוא המחזיק בתכולה.¹⁶ ספק אם הצד השלישי כבול להגדרות וליחסים שקבעו הבנק והלקוח בהסכם שביניהם, בפרט אם החוק קובע הגדרות משלו.¹⁷

אם כך, יש לקבוע את מהותם המדויקת של יחסי הבנק והלקוח בנוגע לכספת. לכאורה, שאלת הסיווג של הסכם הכספת וקביעת אחריותו של הבנק נהפכת לשאלה תיאורטית גרידא במקרים של היעלמות תכולתה של הכספת, כגון עקב פריצה וגנבה. במקרים אלה מתעוררת בעיית הוכחתה של התכולה שנגנבה, ועימה הקושי להוכיח את הנזק שנגרם ללקוח. לכאורה, אם לא יצליח הלקוח להוכיח את נזקו, ממילא תידחה תביעתו, וקביעת אחריותו של הבנק תיעשה מיותרת. אולם לא כך. על-פי סעיף 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971,¹⁸ ניתן להסתפק בעדות יחידה של בעל-דין שאין לה סיוע, דהיינו, בעדות יחידה של הלקוח התובע. מקל וחומר אם יביא התובע ראיות נוספות התומכות בעדותו. לפיכך ייתכנו בהחלט מקרים בהם יצליח התובע להוכיח את נזקו. מובן כי במקרים אחרים של נזק לתכולה קיימת, למשל בשל שיטפון או שרפה, אין הקושי האמור מתעורר כלל.

בחינתם של הסכמי הכספת הנהוגים בארץ אינה מובילה למסקנות חד-משמעיות: על-פי הסכמי הכספות של בנק דיסקונט בע"מ, בנק המזרחי המאוחד בע"מ ובנק הפועלים בע"מ, נראה על פניהם כי מדובר בהסכם שכירות. כותרת הטופס היא: "הסכם שכירות כספת". במבוא להסכמים מצוין כי הלקוח פנה לבנק בבקשה לשכור ממנו כספת, וכי הבנק הסכים לבקשת הלקוח להשכיר לו

¹⁴ סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

¹⁵ על כך ראו בהרחבה בסעיף ב.1(ה) להלן.

¹⁶ ראו על כך למשל: State ex. rel. Rabiste v. Tillinghast v. Johnson 82 A. 788 (1912); Southern 254 S.W. 166 (1923); *Trowbridge v. Spinning* 62 P. 125 (1900); *West Cache Sugar Co. v. Hendrickson* 11 A.L.R. 216 (1920); *Carples v. Cumberland Coal & Iron Company*, supra note 11. T.K. Cummins "A Review of the Law of Safe Deposit Companies" 9 *Harv. L. Rev.* (1895) 135-141: Fletcher, supra note 7, at p. 449.

¹⁷ השוו: Fletcher, *ibid.*, at p. 446.

¹⁸ נ"ח 421.

כספת. כן מופיעים בהסכמים הביטויים "תקופת השכירות", "סיום השכירות" וכולי.

בכל ההסכמים הנ"ל מופיע סעיף פטור מאחריות, לפיו לא יהיה הבנק אחראי בשום נסיבות שהן לכל נזק או אובדן של תכולת הכספת. בהסכם של בנק הפועלים אף נאמר במפורש שהבנק לא ייחשב לשומר הכספת ו/או תכולתה. ייתכן שכוונת הסעיפים האלה היא, בהמשך לביטויים הנ"ל, להבהיר שהבנק כשוכר אינו אחראי לתכולת הכספת. אולם אם מדובר בשכירות, קביעה זו מיותרת לכאורה. מאידך גיסא, ייתכן שהבנקים חששו שמא יתפרש ההסכם כהסכם שמירה, ולכן רצו לקבוע שגם כשומר – לא ישאו באחריות.

בהסכם של בנק דיסקונט כלול גם סעיף בדבר התחייבות הלקוח לבטח את תכולת הכספת. מסעיף זה יוצא שהסכם הכספת אינו חוזה ביטוח, שכן לו היה הבנק אחראי כמבטח, לא היה צורך בביטוח נוסף.

האמור לעיל מופיע גם בהסכם הנהוג בבנק לאומי לישראל בע"מ, אלא ששם נאמר כי אחריות הבנק לנזק שייגרם היא כשל שומר-שכר, כפוף למגבלות מסוימות: הבנק לא יישא באחריות לנזק שייגרם לפריטים שהחזקתם בכספת אסורה על-פי ההסכם; הבנק לא יישא באחריות בגין נזקים שאינם נזקי ממון או שהינם מניעת רווח; וכן, הסכום המרבי שיהיה ניתן לתבוע מהבנק לא יעלה על סכום מסוים. אולם אם יבקש זאת הלקוח והבנק יסכים לכך, תחול על הבנק, תמורת תוספת לדמי-שכירות המכונה "דמי-שמירה", אחריות נוספת כמפורט באותה בקשה.

הבקשה כלולה בטופס נפרד שכותרתו היא: "בקשה לאחריות מיוחדת". אף היא נוקבת במונחים "הסכם שכירות" וכולי. נאמר בה כי תמורת דמי-השמירה, יהיה הבנק חייב לשפות את הלקוח על כל הנזקים שייגרמו לו כתוצאה מאובדן תכולת הכספת או נזקים שייגרמו במשך תקופת השכירות, למעט חריגים מסוימים. הסכום המרבי שיהיה ניתן לתבוע מהבנק במסגרת האחריות המיוחדת לא יעלה על שוויה של תכולת הכספת בעת האובדן או הנזק, או - לפי הסכום הנמוך יותר - הסכום שנזכר בהסכם הכספת בצירוף סכום נוסף שישכמו הבנק והלקוח לגבי ההסכם המסוים, ואשר יושפע מהערכת שוויה של התכולה שהלקוח מתכוון להפקיד בכספת.

לכאורה, ההסדר הנהוג בבנק לאומי מהווה הסכם שמירה, שכן הוא מציין במפורש שאחריותו של הבנק היא כשל שומר-שכר, אך כפוף למגבלות שונות.¹⁹ לעומת זאת, בהסדר האחריות המיוחדת יש לכאורה סממנים של הסכם ביטוח.

¹⁹ אם כי ניתן לכאורה לטעון כי העובדה שהבנק מצא לנכון לציין את מידת אחריותו משמעה שאינו רואה עצמו כשומר, ועל-כן הסכים ליטול על עצמו אחריות שווה לזו של שומר.

גם בהסכמי כספות בחוץ-לארץ נוהגים להשתמש במונחים מתחום השכירות²⁰ ולעיתים אף מתחום הרשיון.²¹ רק בשני הסכמים מצאנו קביעה מפורשת שאחריות הבנק היא כשל שומר.²²

המחוקק משתמש במונחים מתחום השכירות. סעיף 10(8) לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981,²³ מדבר על "השכרת" כספות; סעיף 13א לפקודת הבנקאות עוסק ב"השכרת" כספת משותפת; הוראות הפיקוח על מטבע-חוץ מדברות על "השכרת" שירותי כספות לתושב-חוץ;²⁴ והוראות בנק ישראל מדברות על "ניתוק הקשר" עם "שוכרי" כספות.²⁵

במאמר זה נעסוק בהסדר כספות מהסוג הנפוץ בארץ ובעולם. על-פי הסדר זה, לכל לקוח נמסרת כספת פרטית משלו, בדרך-כלל חלק מ"גוש כספות" גדול המצוי בחדר כספות מבוצר. כדי להיכנס לחדר הכספות, דבר שאפשר לעשות רק בשעות הפתיחה של הסניף, על הלקוח למלא אחר הליך מסוים – בדרך-כלל להזדהות לפני פקיד הבנק ולחתום על כרטיס המתעד את הביקור בכספת. לכל כספת יש בדרך-כלל שני מפתחות: האחד מוחזק בידי הלקוח והאחר נשמר בבנק. על-מנת לפתוח את הכספת, יש צורך בשימוש בשני המפתחות, דבר המיועד להבטיח שהבנק לא יוכל לפתוח את הכספת על דעת עצמו. משנפתחה הכספת, נעזב הלקוח לבדו בחדר הכספות, והוא רשאי להכניס לכספת ולהוציא ממנה חפצים בפרטיות מוחלטת. לעיתים מצויים בחדר הכספות תאי התבודדות, על-מנת לאפשר ללקוח לטפל בתכולה בפרטיות מוחלטת. משסיים הלקוח את ענייניו, הכספת ננעלת, אם באמצעות שני המפתחות או במפתחו של הלקוח בלבד. על-פי הסדר זה אין הבנק יודע מהי תכולת הכספת ואם בכלל נמצא בה חפץ כלשהו, או שמא היא ריקה.²⁶

²⁰ כך בהסכמים של Bank Leumi Trust Company of N.Y, Chemical Bank, Bank of New York, Union Bank of Switzerland, Swiss Bank, Credit Swiss, Bank New York של הסכם ועוד. National de Paris, Commonwealth Bank of Australia Stein, Bank of אף נקבע במפורש שלבנק אין חזקה ושליטה בתכולה, וכי אלה מסורות רק ללקוח. *supra* note 12, at p. 47 מצייין שכך נהוג באוסטרליה.

²¹ כך בהסכם של Midland Bank האנגלי. *M. Soe The Law of Banking and Negotiable Instruments in Singapore and Malaysia* (Singapore, 1977) 189 מציינת כי בסינגפור ובמלזיה משתמשים במונחי שכירות ורשיון.

²² בהסכמים של הבנקים האמריקאיים Bank of Hawaii ו-First Nationwide Bank.

²³ לעיל הערה 1.

²⁴ לעיל הערה 4.

²⁵ לעיל הערה 3.

²⁶ הסדר שונה הוא הפיקדון למשמרת, לפיו הלקוח מפקיד בידי הבנק מעטפה או חבילה תחומה לשם שמירתה. הבנק אינו יודע מהי תכולת החבילה ואינו רשאי לפותחה. מסירת החבילה נרשמת בספרי

מצאנו לנכון לדקדק בפרטים ה"טכניים" של הסדר הכספת הבנקאית מפני שכפי שנראה להלן, לפרטים אלה נודעת חשיבות רבה לצורך קביעת מהותו המשפטית של הסכם הכספת.

ב. שמירה

יש להבחין בין שני סוגים של שמירה הנוצרת בעקבות קשר חוזי:²⁷ הסוג הראשון הוא הסכם שמירה לשמו, בו הצדדים מסכימים במפורש הטלת חיובי שמירה על אחד מהם.²⁸ הסוג השני הוא יחסי שמירה על-פי חוק השומרים, הנוצרים כאשר אדם מחזיק כדין בנכסי אחרים עקב הסכם שאינו שמירה לשמה, כגון שכירות, שאילה, משכון ועוד.

נדגיש: יש חשיבות רבה להבחנה בין שמירת-שכר לשמה לבין שמירה כטפלה למערכת יחסים אחרת, שכן חוק השומרים קובע מידה שונה של אחריות לגבי קטיגוריות אלה. כאמור, על-פי סעיף 2(ב) לחוק, אחריותו של שומר-שכר המקבל

הבנק, והלקוח מקבל אישור על מסירתה. הבנק שומר על החבילה, יחד עם חבילותיהם של לקוחות אחרים, בכספת שלו או במקום מוגן אחר. החזרת החבילה נעשית כנגד הצגת האישור. הסדר אחר הוא כספת-לילה, אמצעי שנועד במקורו לאנשים המבקשים להפקיד חפצי-ערך וכסף מזומן לאחר שעות הפתיחה של הסניף. מדובר בכספת שיש לה פתח בקיר החיצוני של הסניף. הלקוח מקבל מהבנק קופסה או מיכל כלשהו הניתנים לנעילה ואת מפתחותיהם. הוא מפקיד את חפציו בקופסה, נועל אותה, משלשל אותה דרך פתח הכספת שבקיר, והיא נופלת לתוך הכספת עצמה. לאחר ששולשה, שוב אין הלקוח יכול לשלוף אותה בחזרה. עם פתיחת הסניף, עובדי הבנק מרוקנים את הכספת ופועלים לגבי תכולתה כפי שסוכם עם הלקוחות מראש. למשל, אם מדובר בהפקדת מזומן, ניתן לסכם עם הבנק שיפתח את החבילה ויפקיד את הכספים לזכות החשבון. שני הסדרים אלה מהווים שמירה.

²⁷ ת"א (ת"א) 9813/85 **שילוח חברה לביטוח בע"מ נ' חניון הכיכר בע"מ**, פ"מ תשמ"ח (א) 84, 86. ג' טדסקי "השומר עפ"י דין" **משפטים** ח (תשל"ח) 430-434. ש' רנר **חוק השומרים, תשכ"ז-1967** - (תשנ"ח) 41-42. הצעת חוק שמירת נכסים, תשכ"ו-1965, ה"ח 52, 53. מ' חשין "שמירה ושומרים - לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ"ז-1967" **משפטים** ג (1971-2) 137. ת"א (ת"א) 802/77 **רייזנברג נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עובדים בישראל בע"מ**, פ"מ תשמ"ב (ב) 309. ע"א 130/80 **ביטון נ' חלמיש חברה עירונית לשיקום הדיור בת"א יפו**, פ"ד לו(2) 706, 710.

²⁸ בהצעת חוק שמירת נכסים, שם, הדוגמות המובאות להסכם כזה הן החסנה ופיקדון. ראו גם ת"א (ת"א) 288/81 **רייס נ' ממן מסוף מטען וניטול בע"מ**, פ"מ תשמ"ג (ד) 341, 351, שם למדו שמטרתה העיקרית של חברת ממ"ן היא שמירה מכך ש"החסנה" צויינה בין מטרותיה. לדעתנו, החסנה ראויה לסיווג כיחסי שמירה, ולא כהסכם שמירה.

תשלום או טובת-הנאה בעבור השמירה עצמה הינה מוחלטת כמעט וחלה בכל מקרה, למעט בנסיבות שלא היה על השומר לחזותן מראש ולא היה יכול למנוע את תוצאותיהן. לעומת זה, כאשר המטרה לשמור על הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, השומר פטור בדרך-כלל, אלא אם אובדן הנכס נגרם ברשלנותו. אנו רואים איפוא כי המחוקק מצא לנכון להבדיל בין שני סוגי השמירה הללו. ודוק, לא הבחנה שולית, אלא קביעת שתי רמות שונות לחלוטין של אחריות. יתר על-כן, מהותה של השמירה היא אחריות השומר לנכס שנמסר למשמורתו. ואם בנקודה מהותית זו בחר המחוקק להבדיל, משמע מדובר בשתי קטיגוריות נבדלות של שמירה.

אין חולק שבין הבנק ללקוח נכרת הסכם. על-פי נוסחיהם של רוב ההסכמים, ראינו כי מדובר בשכירות. יחד עם זאת, דעתנו היא שהיחסים בין הבנק ללקוח הינם בכל זאת שמירה, הן יחסי שמירה על-פי חוק השומרים והן הסכם שמירה לשמו.

1. יחסי שמירה

סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ"ז–1967, קובע:

”שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות.”

ננתח להלן את יסודות הסעיף ונבדוק כיצד הם מתקיימים לגבי הכספת הבנקאית.

(א) הנכס שנשמר

בהסכם הכספות הנהוג בבנק הפועלים נאמר:

”הבנק לא יחשב כשומר הכספת ו/או תוכן ו/או תכולת הכספת.”

שנהג ולויתן מעלים את השאלה: מהו הנכס שנשמר, האם הכספת עצמה (דהיינו: הקופסה המתכתית), או תוכנה? לדעתם, הנכס שנשמר הוא החפצים שהופקדו בכספת, שכן מטרת שכירותה של הכספת מבחינת הלקוח אינה לרכוש זכויות בקופסה המתכתית כשלעצמה, החסרה כל ערך לגביו, אלא להגן על רכושו שיופקד בתוך הכספת.²⁹

בעיה מתעוררת כאשר הבנק ”שומר” למעשה על כספת ריקה. כך, למשל, כאשר לקוח קיבל כספת לשימוש, נחתם הסכם בינו לבין הבנק והוא אף שילם את

²⁹ שנהג, ר' לויתן ”הבטים באחריותו של הבנק לרכוש המופקד בכספות לקוחות” הפורקליט לא

(תשל”ז–ח) 119, 120.

מובן כי לא ניתן לראות בקופסה את הנכס שנשמר, קודם-כל משום שהקופסה היא בבעלות הבנק, ולכן אין מתמלא היסוד ”שלא מכוח בעלות” בהגדרת השמירה על-פי החוק. הבנק הוא בעלי הקופסה, ולא שומר הקופסה. הקביעה שהקופסה היא הנכס הנשמר יכולה להוביל לאבסורד: למשל, במקרה של נזק לקופסה עצמה, לא יעלה על הדעת שהבנק יפצה על כך את הלקוח, שהרי הנזק נגרם לבנק עצמו.

התמורה שנדרשה ממנו, אך טרם העביר לכספת את חפציו. האם נוצרו במקרה כזה יחסי שמירה בהיעדר נכס שנשמר? או כאשר הלקוח, במהלך התקופה בה הועמדה הכספת לרשותו, מרוקן מדי פעם את הכספת ולאחר-מכן מחזיר אליה חפצים, האם יחסי השמירה מסתיימים ונולדים בכל פעם מחדש? פתרון אחד הוא לקבוע כי הבנק שומר הן על הקופסה והן על תוכנה, כך שרצף השמירה נשמר; אולם כאמור, אין להחיל את השמירה על הקופסה עצמה. פתרון אחר הוא לומר כי משתמעת מהחוזה כוונת הצדדים לשמור על קשר שמירה רצוף, תוך כדי מתן אפשרות ללקוח, לפי בחירתו וללא צורך ביידוע הבנק, לגשת לכספת ולרוקנה מדי פעם. גם התמורה שהלקוח משלם נקובה בדרך-כלל בסכומים שנתיים ומשולמת שנה מראש, וללקוח אין כל זכות לדרוש מהבנק החזר יחסי של הסכום ששילם בגין הימים בהם היתה הכספת ריקה. אולם פתרון זה אינו עומד כנגד מלות החוק, הדורשות שמירה על נכס קיים.³⁰ אם כך, אין מנוס מלקבוע כי אכן קשר השמירה אינו חל כאשר הכספת ריקה. אולם הלקוח, למרות זאת, ומכוח קביעה מפורשת בהסכם הכספת, לא יהיה זכאי להחזר החלק היחסי מהתשלום בגינה. ובהתאם, גם אינו צריך ליידע את הבנק בדבר קיום תכולה או היעדרה.

(ב) החזקה

חוק השומרים אינו מגדיר מהי ההחזקה הנדרשת לצורך שמירה ומהם יסודותיה. וכבר נאמר כי המונח יתפרש על-פי ההקשר החקיקתי שהוא מופיע בו.³¹ לדעת חשין, ההחזקה מאופיינת על-ידי שני גורמים: שליטה בנכס וכוונה לשלוט בו.³² חשין מוסיף כי מכיוון שהחוק מטיל אחריות על המחזיק, על המחזיק לדעת בהכרח על קיומו של הנכס ועל החזקתו בו, ולבחור בכך. גם לדעת טרסקי³³ אין להסתפק בקרבה פיסית לנכס המאפשרת שליטה בו, אלא נדרשת גם מודעות לגבי השליטה בנכס, וכן "כעין הסכמה" לקבל את השליטה או כוונה להחזיק (ולאו דווקא רצון להיות שומר). יחד עם זאת, אין להרחיק לכת בדרישת הכוונה. הכוונה להחזיק קיימת גם כאשר המחזיק מודע לעצם החזקתו, ואף אם אינו יודע בדיוק את פרטי החפץ שנשמר.³⁴

³⁰ פתרון זה ישים אם נקבע כי הסכם הכספת הוא הסכם שמירה לשמו, שאז אין נדרשת החזקת הנכס בפועל. ראו להלן בפרק 2. כאשר מדובר בהסכם שמירה, אזי גם במצב זה של ריקנות הכספת אין הצדדים משוחררים מחובותיהם החזיות.

³¹ חשין, לעיל הערה 28, בע' 140. ע"א (ת"א) 674/77 נקוב בע"מ נ' חנין יצחק שדה, פ"מ תשל"ט (2)

133, 136. ע"א (חי') 69/82 קיבוץ גבע נ' הררי, פ"מ תשמ"ג (ב) 199, 196.

³² חשין, שם, בע' 147.

³³ טרסקי, לעיל הערה 28, בע' 434-435.

³⁴ רנר, לעיל הערה 28, בע' 60, 64-65.

אם כך, להחזקה הנדרשת לצורך שמירה על-פי חוק השומרים יש שני יסודות: שליטה פיסית וכוונה להחזיק הנסמכת על מודעות לעצם ההחזקה.³⁵

האם הבנק נחשב למחזיק בתכולת הכספת?

נתייחס, ראשית, לפן הפיסי של ההחזקה, לשליטה הפיסית בתכולה. אין חולק שהכספת עצמה נמצאת בשליטת הבנק. לכאורה, קיים כאן קושי לוגי: כיצד ייתכן שהכספת נמצאת בשליטת הבנק אך תכולתה נמצאת בשליטת הלקוח? לכאורה, יש לראות גם את התכולה כנשלטת על-ידי הבנק.³⁶ אין אנו סבורים כך. יש להפריד בין שליטה בכספת לבין שליטה בתכולתה, ואי-אפשר להקיש מהראשונה לאחרונה.³⁷ כפי שנראה להלן, תיתכן אי-זהות בשליטות.

Salmond קובע כי לצורך החזקה נדרשת מידה מסוימת של שליטה פיסית, המשתנה ממקרה למקרה. המידה הנדרשת היא כזו "המגיעה לכדי שלילה ממשית של התערבות זרה בנכס המוחזק, יחד עם מידה סבירה של ביטחון שהמחזיק יוכל להשתמש בנכס באופן בלעדי בעתיד".³⁸ מובן כי התנאי האחרון אינו מתאים לסוגיית הכספות, כי לבנק אין כל כוונה להשתמש בנכס באופן בלעדי. אך הרישא מתקיים.

לפי הפסיקה האמריקאית, נדרשת העברה מלאה של הנכס לשומר, כך שתשלול החזקה בנכס על-ידי הבעלים או על-ידי כל צד שלישי, ותבטיח לשומר פיקוח ושליטה בלעדיים בנכס לתקופה הרלוונטית.³⁹ מידת שליטתו של השומר בנכס חייבת להצדיק את היותו אחראי כלפי הבעלים לנזק שייגרם לנכס באשמתו.⁴⁰

³⁵ בכמה פסקי-דין אכן אומצה גישה זו: ע"א 46/75 מ"י נ' לבנשטיין, פ"ד (1) 716, 721, 723; ע"א (חי') 69/82, לעיל הערה 31, בע' 200; ע"א 365/86 ארד חברה לביטוח בע"מ נ' ממ"ן מסוף מטען וניטול בע"מ (לא פורסם), פסקה 3 לפסק-הדין; ע"א 1439/90 מ"י (רכבת ישראל) נ' הום חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(2) 346, 354-355; ת"א (ת"א) 9813/85, לעיל הערה 27, בע' 87.

³⁶ *National Safe Deposit Company v. Stead* 95 N.E. 977 (1911).

³⁷ לשם השוואה, ראו ע"פ 471/77 מ"י נ' גונג, פ"ד לב(1) 39, 41, שם טענה באת-כוח המדינה כי על-מנת שפקיד בית-המלון, המקבל מטבע-חוך מאורח במלון לשם משמרת, לא ייחשב לעובר עבירה של קבלת מטבע-חוך לרשותו שלא מידי סוחר מוסמך, על בעל מלון להעמיד כספות לרשות אורחיו, על-מנת שיוכלו לשמור על כספם בכספת, שתיחשב כרשותם, ולא כרשותו של בעל בית-המלון. במילים אחרות, מחזיק הכספת אינו נחשב בהכרח כמי שתכולת הכספת נמצאת ברשותו, ואף שהכספת בחזקת בעל המלון, תכולתה אינה בהחזקתו.

³⁸ כפי שמצוטט: I.L. Tilzer "Notes and Comments" 21 *Cornell L. Quarterly* (1936) 325, 329.

³⁹ American Jurisprudence 2nd, *supra* note 8, at p. 804.

⁴⁰ *Ibid.*, at pp. 805, 816.

דרישות אלה מתקיימות לגבי הכספת. מכל מקום, בתי-המשפט גילו גמישות בפוסקם שאם לא קבעו הצדדים במפורש מה ייחשב למסירה מוגמרת של הנכס לשומר, יש לחקור את כוונתם בהתאם לנסיבות, כגון מטרת העסקה, היתרונות המוקנים לכל צד מכוח העסקה, סוג הנכס, ההזדמנויות של כל צד לשלוט בנכס ועוד.⁴¹ לגבי כספות הקלו במיוחד בדרישת החזקה הייחודית של השומר.⁴²

הקושי הרציני הוא בקביעה שהבנק הינו בעל שליטה בתכולת הכספת. ללא המפתח שבידי הלקוח, אין הבנק יכול לפתוח את הכספת (אלא על-ידי פריצתה שלא כדין או במקרים חריגים בהם הדבר מותר).⁴³ מאידך גיסא, גם ללקוח אין שליטה בתכולת הכספת, שכן ללא המפתח שבידי הבנק, אף הלקוח אינו יכול לפתוח את הכספת. יתר על-כן, הלקוח יכול לגשת לכספת רק בשעות מסוימות, הנקבעות על-ידי הבנק, ובתנאי שמילא אחר הליך מסוים שנקבע על-ידי הבנק. לדעת שנהב ולויתן, סממנים אלה מצביעים על שליטתו של הבנק בכספת ובתכולתה.⁴⁴ לדעתנו, סממנים אלה מוכיחים מידה גבוהה יותר של שליטה על-ידי הבנק מאשר על-ידי הלקוח, אך לא שליטה מלאה של הבנק.

באשר למפתח שבידי הלקוח, הובעו דעות לפיהן המפתח הוא אינדיקציה לזכותו של הלקוח לגשת לתכולת הכספת, ואין לו משמעות לגבי השליטה בכספת עצמה. אין ספק באשר ליכולתו הפיסית של הבנק להוציא חפצים מהכספת או למנוע את הלקוח מלגשת לכספת אם ברצונו לעשות כן באופן לא-חוקי, כך שרכיב החזקה על-ידי הבנק, כפי שתואר לעיל, מתקיים.⁴⁵ גם לדעתה של רנר, אין בעובדה שהנכס מצוי בחלל שהנגישות הסופית אליו תלויה באמצעי הנתון בשליטתו של בעל הנכס/הלקוח, כגון מפתח, כדי לשלול אפשרות קיומה של שמירה באותו נכס.⁴⁶ עניין אחר שנבחן הוא השליטה בדרכי הגישה לכספת. נאמר שבשל טבעם של עסקי הכספות, יש לייחס חשיבות לשליטה בדרכי הגישה כדי לקבוע למי החזקה בכספות עצמן. אומנם, לגבי שכירת משרד בבית-משרדים או דירה בבית-דירות נפסק כי שליטת המשכיר בדרכי הגישה למושכר אינן מקנות לו החזקה במושכר

⁴¹ Corpus Juris Secundum, V. 8 (1988) 246. *Ibid*, at p. 816.

⁴² *Ibid*, *ibid*.

⁴³ לדעתנו, גם במקרים בהם הבנק שומר לעצמו העתק מהמפתח של הלקוח, ובהסכם נקבע שאסור לו לעשות שימוש במפתח אלא בהסכמת הלקוח או בנסיבות מיוחדות, כגון אובדן המפתח של הלקוח, אין לבנק שליטה בתכולה. אך השוו לפסקי-הדין בהערה 65 להלן, שם הוכרה שמירה.

⁴⁴ שנהב ולויתן, לעיל הערה 29, בע' 121.

⁴⁵ Tilzer, *supra* note 38, at p. 330.

⁴⁶ לעיל הערה 27, בע' 58-59.

עצמו. אולם בעוד שמטרת רכישתה של דירה בבית־דירות היא השטח עצמו, המטרה העיקרית לגבי הכספות היא הגנת התכולה, והשליטה בדרכי הגישה היא אמצעי ביטחון לצורך הגנה על הלקוח, ועל־כן היא צריכה להיחשב לשליטה בכספת עצמה. זאת בעוד שבבית־דירות או בבית־משרדים השליטה במעברים נועדה רק להבטיח אפשרות כניסה ויציאה.⁴⁷ גם לדעת רנר, המבחן הוא אם השליטה בשטח (חדר הכספות או סניף הבנק) שהחלל עם הנכס (הכספת עצמה) מצוי בתוכו מאפשרת פיקוח אפקטיבי מפני פגיעות בנכסים המצויים באותו חלל (תכולת הכספת).⁴⁸ לגבי כספות, תנאי זה מתקיים, כך שהיסוד העובדתי שבהחזקה מתמלא.⁴⁹ לדעתנו, יש להפריד בין שליטה באמצעי הגישה, שליטה בכספת עצמה (הקופסה המתכתית) ושליטה בתכולה. רק האחרונה מעניינת אותנו לצורך קביעה אם מתקיימת שמירה ביחס לתכולה. אומנם, הבנק הוא בעל השליטה הבלעדית בדרכי הגישה לכספת ובכספת עצמה, אך לא בתכולתה.

בניסיון להסביר מדוע הכירו בתי־המשפט בארצות־הברית בשמירה אף־על־פי שלגבי כספות אין העברה של שליטה בלעדית לידי הבנק, נאמר:

“As possession must be either in the depositor or in the company, it should reasonably be considered as in the latter rather than in the former, since the company is, by the nature of the contract, given absolute control of the access to the property, and the depositor cannot gain access thereto without the consent and active participation of the company.”⁵⁰

עם כל הכבוד, אין בידינו להסכים לקביעה זו. במישור העובדתי, אין לבנק שליטה בלעדית בגישה לתכולה, שהרי לצורך פתיחת הכספת יש צורך גם במפתח שבידי הלקוח. ובמישור העקרוני, איננו מסכימים שקיימים רק שני מודלים: או שהשליטה היא בידי הלקוח או שהיא בידי הבנק. קיימים מודלים נוספים שלא הועלו, והם: (א) שליטה כפולה בתכולה; (ב) שליטה קונסטרוקטיבית של אחד הצדדים או שניהם; (ג) שליטה משותפת בתכולה; (ד) היעדר שליטה מוחלט – לאף צד אין שליטה בתכולת הכספת; (ה) שליטה משולבת. נבדוק להלן אם מודל

⁴⁷ Tilzer, *supra* note 38, at p. 331.

⁴⁸ רנר, לעיל הערה 27, בע' 58–59.

⁴⁹ רנר, שם, שם.

⁵⁰ American Jurisprudence 2nd, V. 10 (1963) 441.

כלשהו מתקיים לגבי הכספת, ואם כן, אם מודל כזה של שליטה מספיק לצורך יחסי שמירה על-פי חוק השומרים.

(1) *שליטה כפולה*: הכוונה לסיטואציה בה שניים מחזיקים בנכס בעת ובעונה אחת.⁵¹ טרסקי מצמצם את ההחזקה הכפולה למקרה בו אחד מחזיק בעקיפין באמצעות אחר המחזיק במישרין.⁵² מכל מקום, החזקה כפולה מספקת לצורך חוק השומרים.⁵³ חשין אף מכיר באפשרות שהמחזיקים באותה עת יהיו השומר והבעלים עצמו.⁵⁴

האם ניתן לדבר על החזקה כפולה בתכולת הכספת? נראה שהתשובה לכך שלילית. כאמור, לא הבנק ולא הלקוח הינם בעלי שליטה מלאה ועצמאית בתכולה, ועל-כן אף אחד מהם אינו יכול להיחשב למחזיק בכלל ולמחזיק ישיר בפרט. כמו-כן, אף אחד מהם אינו מחזיק עקיף, שכן מחזיק עקיף מחזיק בנכס באמצעות מחזיק ישיר שלו ההחזקה והשליטה המלאות בפועל,⁵⁵ אך מחזיק ישיר שכזה לא נמצא לגבי הכספת.

(2) *שליטה קונסטרוקטיבית*: Black, במילונו, מבחין בין שני סוגים של "מסירה" לצורך שמירה:

"(a) An "actual delivery" consisting in giving to the bailee or his agent the real possession of the chattel, or

(b) A "constructive delivery", consisting of any of those acts which, although not truly comprising real possession of the goods transferred,

⁵¹ זמיר, לעיל הערה 13, בע' 616, מביא כדוגמה קבלן שיפוצים ובעל דירה המחזיקים בנכס בה בעת.
⁵² ג' טרסקי "דיוור קבע במלון דירות ובבתי אבות" *עיוני משפט* יא (תשמ"ו) 181, 192-193. לא ברור אם חשין, לעיל הערה 27, בע' 148, מכיר גם בשליטה כפולה "מאותה צורה", ישירה או עקיפה. הדוגמה שלו לגבי יחסי עובד ומעביד והפנייתו לסעיף 7 לחוק השומרים הם דווקא החזקה ישירה מול עקיפה. נוסף על כך הוא מכיר בהחזקה כפולה של בעל הנכס והשומר, אך אינו מפרט אם החזקותיהם ישירות או עקיפות.

⁵³ למשל, בסעיף 7 לחוק השומרים העוסק בשמירת-משנה. חשין, שם, טרסקי, שם, שם. ת"א (ת"א) 50490/90 *כלל חברה לביטוח בע"מ נ' י.ש.א. אילת בע"מ*, (לא פורסם), שם הוכרה שמירת-משנה.
⁵⁴ שם, שם.

⁵⁵ שנהב ולויתן, לעיל הערה 29, בע' 122, מאזכרים פסק-דין אמריקאי לפיו לבנק יש חזקה עקיפה ברכוש המופקד בכספת, שאין בה כדי לענות על דרישת ההחזקה הנדרשת משומר: *Sporsem v. First National Bank of Pouesbo* 133 Wash. 199, 233 P. 641 (1925), 40 A.L.R. (1925) 854. לא מצאנו בסיס לכך בפסק-הדין.

*have been held by legal construction equivalent to acts of real delivery.*⁵⁶

שליטה או החזקה קונסטרוקטיבית לצורך שמירה הוכרה בפסיקה ובספרות המשפטית באנגליה ובארצות-הברית,⁵⁷ אך טרם הוכרה בארץ לגבי חוק השומרים. נהפוך הוא, בתי-המשפט בארץ בדקו בדרך-כלל החזקה פיסית ושליטה בנכס בפועל. יחד עם זאת, החזקה עקיפה, שהוכרה כאמור לצורך החוק, היא למעשה החזקה קונסטרוקטיבית. למחזיק עקיף אין שליטה בפועל בנכס, והחזקתו היא רק באמצעות החזקתו של אחר, המחזיק הישיר, מכוח קונסטרוקציה משפטית.

אם נפרש את המונח "החזקה" בחוק השומרים ככולל גם החזקה קונסטרוקטיבית, נראה כי הבנק יכול להיחשב למחזיק קונסטרוקטיבי בתכולה. אין לו אומנם החזקה ממשית מלאה בתכולה, אך מידת החזקתו מתקרבת להחזקה מלאה, ועל-כן ניתן להחשיבו קונסטרוקטיבית למחזיק. לפי קו-מחשבה זה, אפשר להכיר גם בלקוח כמחזיק קונסטרוקטיבי בתכולה, שכן גם לו יש מידה משמעותית של החזקה, אם כי פחותה מזו של הבנק. אולם במקרים דלעיל הוכרה החזקה עקיפה או קונסטרוקטיבית כאשר התקיימה במקביל לה גם החזקה ישירה של גורם נוסף. ההחזקה הקונסטרוקטיבית לא הוכרה בעלמא, אלא התבססה על החזקה בפועל של גורם כלשהו. בענייננו, לא הבנק ולא הלקוח נחשבים למחזיק ישיר ועצמאי בפועל. אם כך, לא ניתן לדבר על החזקה קונסטרוקטיבית בענייננו.

במאמר שפורסם בארצות-הברית הובעה הדעה כי ללקוח, ורק לו, החזקה קונסטרוקטיבית בתכולת הכספת. אין לו אומנם שליטה מלאה בתכולה, אך יש לו כוונה מלאה לשלוט בה ואת הכוח לשלוט בה, כפוף למגבלות חוזיות מסוימות, נוסף לזכותו הקניינית בתכולה.⁵⁸ אנו סבורים כי לא ניתן לקבוע את שאלת ההחזקה מעצם העובדה שללקוח זכות קניינית בתכולה. אדם יכול להיות בעל זכות קניינית בחפץ אך למוסרו להחזקת אחר. איננו סבורים גם שללקוח יש כוונה לשלוט בתכולה. הוא מפקידה בידי הבנק על-מנת שזה יגן עליה, ויודע כי דרושה לשם כך

Black's Law Dictionary (Minn., 6th ed., 1990) 142; see also G.J.C.⁵⁶
 "Bailment: What amounts to Delivery of or Assumption of Control over Property Essential to a Bailment" 1 *A.L.R.* (1919) 394, 395, 396. American Jurisprudence 2nd, V. 63a (1997) 94, 95

Halsbury's Laws of England (London, 4th ed.) 830; American Jurisprudence⁵⁷
 2nd, *supra* note 8, at pp. 803–804; *National Safe Deposit Co. v. Stead*, *supra*
 note 36, at p. 67. "constructive delivery" בין "constructive delivery" לבין "constructive
 bailment" שאינו נוגע לענייננו: American Jurisprudence 2nd, *ibid*, at p. 803;
 G.J.C., *ibid* at p. 395

Fletcher, *supra* note 7, *ibid*.⁵⁸

מידה כלשהי של שליטה גם לבנק. ובאשר לכוח לשלוט בתכולה בפועל, על-פי הסדר הכספות הנפוץ בארץ ובעולם יוצא שדווקא לבנק יש מידה רבה יותר של שליטה בתכולה, כפי שראינו.

מלומד אמריקאי אחר מתנגד להכרה בהחזקה קונסטרוקטיבית לגבי כספות מאחר שמתקיימת החזקה בפועל בכספת ובתכולתה על-ידי צד זה או אחר.⁵⁹ אין בידינו להסכים גם להצעה זו, שהרי לשיטתנו, אין לאף צד החזקה מלאה בפועל בתכולה.

(3) שליטה משותפת: שליטה כזו מתקיימת כאשר שניים מחזיקים בנכס במשותף באופן שלכל אחד יש החזקה מלאה בכל חלקיק של הנכס ובנכס כולו.⁶⁰ כך, במקרה של בעלים משותפים, שוכרים משותפים וכולי, כל אחד מחזיק באופן עצמאי ואינו תלוי ברעהו לצורך החזקתו הוא. החזקה משותפת יכולה להיות ישירה או עקיפה, בפועל או קונסטרוקטיבית, העיקר הוא שהמחזיקים יהיו בעלי אותו סוג של שליטה.

שליטה כזו אינה מתקיימת בנוגע לכספת. לא לבנק ולא ללקוח יש החזקה מלאה ושליטה מוחלטת בנכס. מודל זה היה מתקיים לו היה הסדר הכספת אחר: לכל אחד מהצדדים, גם לבנק וגם ללקוח, היה מפתח עצמאי הן לסניף, הן לחדר הכספות והן לכספת עצמה.

(4) היעדר החזקה כלשהי: פתרון אחר הוא לקבוע שלאף צד אין שליטה בתכולת הכספת. מלבד הקושי הלוגי הטמון ברעיון של חפץ נטול החזקה ברשות היחיד,⁶¹ ספק אם ניתן לקבוע שלילה מוחלטת של החזקה מצד הבנק או הלקוח. כאשר הלקוח מאבד את מפתחות הכספת, הבנק נוהג (בהסכמת הלקוח) לפרוץ את מנעול הכספת. יתר על-כן, על-פי הסכמי כספות רבים, כאשר מוכח שהלקוח נטש את הכספת מבלי לחדש את ההסכם ולשלם את הסכום הנדרש בעד השימוש בה, הבנק רשאי לפרוץ את הכספת, לאחר התראה, אף ללא צורך בהסכמת הלקוח. כמוכך, מבחינה פיסית-טכנית הבנק יכול לפרוץ כספת של לקוח שלא כדין. משמע, בתנאים מסוימים יש לבנק החזקה, או דרך להשיג לעצמו החזקה, בתכולת הכספת. מלבד

⁵⁹ Tilzer, *supra* note 38, at p. 328, note 21

⁶⁰ השוו: להגדרות של joint possession ולמובן השני בהגדרה של unity of possession, אצל: Black's Law Dictionary, *supra* note 56, at pp. 1163, 1164

⁶¹ טרסקי, לעיל הערה 52, שם, מביא דוגמות להיעדר החזקה, כגון חובת בעל-מלון לשמור על חפצי האורחים, או שמירה על מכונית כשאין לשומר מפתח. עם כל הכבוד, ספק אם אלה אכן מקרים של היעדר החזקה מוחלט.

זאת, גם במהלכם הרגיל של הדברים, כאשר הכספת נפתחת, יש ללקוח באותו רגע החזקה ממשית בתכולה. לכן, גם לגביו לא ניתן לדבר על היעדר החזקה קבוע.

(5) החזקה משולבת של הבעלים והשומר: אנו סבורים כי הבנק והלקוח מחזיקים בתכולת הכספת באופן משולב. מידת ההחזקה של כל אחד מהם משתלבת עם זו של רעהו, ויחדיו נוצרת החזקה ממשית ומלאה. רק שיתוף-פעולה בין הבנק ללקוח יכול להביא לידי החזקה מלאה ומוחלטת בפועל בתכולת הכספת. להבדיל מהמודל של שליטה משותפת, לפיו לכל אחד מהמחזיקים יש החזקה עצמאית, לפי המודל של החזקה משולבת החזקתו של כל אחד מהם תלויה ברעהו, משלימה אותה ונלווית אליה.

גם כאן יש להיזהר. מרגע שהבנק והלקוח שיתפו-פעולה והכספת נפתחה, ההחזקה הממשית והבלעדית בתכולה נמצאת בידי הלקוח;⁶² אולם העובדה שהלקוח אינו יכול להגיע לתוצאה זו ללא הבנק משמעה שאין לו שליטה עצמאית משלו. כל עוד הכספת נעולה, וזה המצב רוב הזמן, לבנק וללקוח יש שליטה משולבת בתכולה.

השאלה שנותרה היא איפוא אם החזקה משולבת יכולה להיחשב החזקה מספקת לצורך חוק השומרים. לכאורה, התשובה חיובית. ראשית, מבחינה לשונית, סעיף 1 לחוק מציין "החזקה" גרידא, ולא החזקה בלעדית דווקא. אך גם מבחינה מהותית מדובר בהחזקה משולבת של בעלי הנכס והשומר. חוק השומרים מטיל אחריות על השומר מפני שבהיות הנכס בשליטתו, הוא בעל הידיעה הטובה יותר על הסיכונים הצפויים לנכס, כך שיש לו אפשרות טובה יותר לצפיית הנזק העתידי. הוא גם זה שיכול למנוע פיסית את הנזקים העלולים להיגרם לנכס. אותו רציונול מתקיים גם כאשר מדובר בהחזקה משולבת של השומר והבעלים. כל עוד אין לבעלים החזקה עצמאית בנכס, ואמצעי השליטה על התכולה מוחזקים בעיקרם בידי השומר, אין הבעלים יכול להזיק לנכס או להעלימו. לשומר יש עדיין ידיעה על הסיכונים ואפשרות לצפותם, והוא אינו זקוק לשיתוף-פעולה של הבעלים לשם מניעת הנזק. זה המצב לגבי הכספת הבנקאית.⁶³

⁶² אם הלקוח יישדר בעודו מוציא את התכולה מהכספת לאחר שנפתחה, או בעודו מחזירה לכספת בטרם ננעלה על-ידי הבנק, וכמובן בעודו אוחז בתכולה בחדר הכספות אך מחוץ לכספת עצמה, לא ייחוב הבנק כשומר התכולה (אם כי ייחכן שייחוב מכוח עילות אחרות, אם השוד נגרם באשמתו).

⁶³ לדעת רנר, לעיל הערה 27, בע' 70, ההחזקה של חוק השומרים היא "החזקה יחודית השוללת החזקה מקבילה על-ידי אחר". יש בכך כדי לשלול את הפתרון הראשון שלנו בדבר שליטה כפולה, אך לא את הפתרון של שליטה משולבת, אליו לא התייחסה.

בעוד שבישראל אין פסיקה מפורשת בשאלה אם בנק או חברה כספות המספקים כספות ללקוחותיהם נחשבים לשומרים על תכולתן, וכך גם באנגליה,⁶⁴ קיימת פסיקה רבה בעניין זה בארצות-הברית, וכן כמה פסקי-דין במדינות ה-Commonwealth. ההלכה המקובלת בארצות-הברית ובמדינות ה-Commonwealth היא שהיחסים בין הבנק ללקוח בקשר לכספת הבנקאית הם שמירה. הסדר הכספת שתוארנו לעיל פורש כהסדר בו לבנק יש החזקה בתכולה.⁶⁵

Soe, *supra* note 21, at p. 188; E.P. Ellinger *Modern Banking Law* ⁶⁴ (Oxford,1987) 470.

American Jurisprudence 2nd, *supra* note 50, at .440, *supra* note 8, at p.813; ; ⁶⁵ p. Corpus Juris Secundum (V, 93, 1956) 547; R.E.H. "Liability for Loss of Contents of Safe Deposit Box"(1926) 874; Lockwood v. *Manhattan Storage & Warehouse Co.* 50 N.Y..Supp. 974 (1898); *Mayer v. Brensinger* 54 N.E. 159 (1899); *Tillinghast v. Johnson* 82 A. 788 (1901); *Cussen v. Southern California Sav. Bank* 65 P. 1099 (1901); *Guaranty Trust Co. v. Diltz* 91 S.W. 596 (1906); *National Safe Deposit Co. v. Stead*, *supra* note 36, *affd.* 232 U.S. 58 (1914); *West Cache Sugar v. Hendrickson* 11 A.L.R. 216 (1920); *Trainer v. Saunders* 19 A.L.R. 861 (1921); *Security Storage and Trust Co. v. Martin*, *supra* note 7; *Commeautville Bank's Estate* 35 A.L.R. 744 (1924); *Webber v. Bank of Tracy* 225 P. 41 (1924); *Chicago German Hod Carriers Union & Benevolent Soc'y v. Security Trust and Deposit Co.* 146 N.E. 135 (1925); *Rosendahl v. Morgan v. Citizens' Bank of Spring Hope* 129 S.E. 585 (1925); *Lehmi Valley Bank* 251 P. 293 (1926); *Moon v. First National Bank of Benson* 135 A. 114 (1926); *Sagendorph v. First Nat'l Bank of Philmont* 218 N.Y. Supp. 191 (1926); *Kramer v. Grand National Bank of St. Louis* 81 S.W. 2d 961 (1935); *Alford v. United States* 113 F. 2d 885 (1940); *Hauck v. First Nat. Bank of Highland Park* 55 N.E. 2d 565 (1944); *In Re Thompson* 50 N.Y.S. 2d 614 (1944); *Saddler v. National Bank of Bloomington* 85 N.E. 2d. 733 (1949); *Miller v. First Granity City Bank* 110 N.E. 2d 651 (1953); *Tyler v. Lindell Trust Co.* 285 S.W. 2d 16 (1955); *Farnum v. Connecticut Bank & Trust Co.* 168 A. 2d 168 (1960); *Goldbaum v. Bank Leumi Trust Co. of New York* 543 F. Supp. 434 (1982); *Sichel v. Central Federal Sav. & Loan Ass'n* 539 N.Y.S. 2d 257 (1989).

מקל וחומר כאשר הסדר הכספת היה הסדר שונה, ובידי הבנק היה מצוי גם המפתח של הלקוח או העתקו.⁶⁶ גם בספרות המשפטית האמריקאית ניתן למצוא הכרה בהסכם הכספת כבהסכם שמירה.⁶⁷

בעניין *McDonald v. Williams Perkins, supra* note 7, at p.865 נאמר כי: "The Place itself is always under the part control of the lessor, and at certain times it is under its sole and absolute control. This latter condition abstains at all times when the lessee is not at the box, and it would seem that at such times the lessor should be held to that degree of care to which an ordinary bailee for hire is held..." עם כל הכבוד, איננו סבורים שניתן לדבר על שליטה מוחלטת של הבנק. באותו מקרה נדרשו לצורך פתיחת הכספת הן מפתח שהיה בידי הבנק והן מפתח שהיה בידי הלקוח, ובלעדיו לא יכול הבנק לפתוח את הכספת. משמע, גם כאשר לא נכח הלקוח בחדר הכספות, עדיין לא היתה החזקה מוחלטת לבנק. כמורכב, התוצאה המתבקשת מהדברים הנ"ל היא שרק ברגעים בהם שליטת הבנק הינה מוחלטת, רק אז הוא חב בחביות של שומר. אנו סבורים כי לא ניתן לקבוע שברגעים מסוימים הבנק הוא שומר וחב בחביות מסוימות, וברגעים אחרים לא. יש לקבוע את מהות היחסים בכללותם. יחד עם זאת ראוי לציין כי פסק־הדין הנ"ל הוא אחד הבודדים הבודקים את כוונתם או מטרתם של הצדדים.

⁶⁶ בעניין *Young v. First Nat. Bank of Oneida* 265 S.W. 681 (1924) דובר בהסדר שונה לגבי מפתחות הכספת. לבקשת הלקוחות, היה הבנק שומר אצלו, נוסף למפתח שלו, גם את המפתח של הלקוח, ומוסר אותו ללקוח לפי בקשתו. כך אירע גם במקרה הנידון. בית־המשפט פסק כי מדובר בשמירה מבלי לנמק כיצד הגיע לכך, אלא רק על־סמך פסק־דין קודמים, בהם הלקוח הוא שהחזיק במפתח הכספת. בית־המשפט מצא אומנם לנכון לפרט את ההסדר בנוגע למפתחות, אך לא השתית על כך קביעתו.

באוסטרליה הצטווה בנק להמציא לשלטונות המס מסמכים שהופקדו בכספת של אחד מלקוחותיו. הכספת יכלה להיפתח רק על־ידי שני מפתחות, שאחד מהם הוחזק על־ידי הלקוח והאחר על־ידי הבנק. אולם היה לבנק העתק של המפתח שבידי הלקוח בתוך מעטפה חתומה, והוא נועד למקרי חירום, כגון אובדן המפתח שבידי הלקוח. בהסכם הכספת התחייב הבנק להימנע מפתיחת הכספת. נפסק כי שמירת שני המפתחות על־ידי הבנק מעניקה לו שליטה פיסיית ממשית על תכולת הכספת, ואף אם התחייב הבנק בהסכם להימנע מהפעלת שליטתו, אין בכך כדי לפגוע בעצם השליטה. *Commisioner of Taxation v. Australia and New Zeland Banking Group* (1979) 53 A.L.J.R. 336; מאוזכר אצל Ellinger, *supra* note 6, at pp.470-471. באותו עניין לא נדרש בית־המשפט לשאלת השמירה. יחד עם זאת יש להניח, על־סמך הדברים הנ"ל, כי בית־המשפט היה מכיר ביחסי השמירה בכל מקרה על־סמך הקביעה שלבנק היתה החזקה בלעדית בנכס. Ellinger אף מרחיק לכת וקובע, על־סמך פסק־הדין הנ"ל, שאם הוכרו יחסי שמירה כאשר היה לבנק העתק של המפתח שנמסר ללקוח, כך גם כאשר לבנק יש מפתח־מאסטר המאפשר לו גישה לכספת.

גישה שונה במעט ניתן למצוא בעניין *Bailer v. Riley*.⁶⁸ בית-המשפט הכיר בקושי לבסס יחסי שמירה כאשר ההחזקה והשליטה שיש לבנק לגבי תכולת הכספת אינן מושלמות. אך מאידך גיסא, מכיוון שמידת החזקה של הבנק גדולה עדיין מזו של משכיר נכס, העדיף בכל זאת לסווג את הסיטואציה במסגרת יחסי שמירה, אם כי "שמירה מיוחדת" ("special bailment"). לדעתנו, התלבטותו של בית-המשפט היא בהחלט במקומה, אך המסקנה אליה הגיע הינה בעייתית. לפי גישת בית-המשפט, אם כדי להכיר בקיום מוסד משפטי כלשהו נדרש קיומם של יסודות אחדים, אך לא כולם מתקיימים, ניתן בכל זאת להכיר בקיום אותו מוסד, ובלבד שנכנה את מערכת היחסים שנוצרת מערכת יחסים "מיוחדת" במסגרת אותו מוסד. גישה זו עלולה לטשטש את הגבולות שבין מוסדות משפטיים דומים, ואינה ראויה.

הכרה בשמירה באופן מסויג ניתן למצוא בפסקי-דין נוספים, בהם נקבע שהסכם הכספת הוא הסכם שמירה "במידה מסוימת".⁶⁹

יסוד בעייתי נוסף הוא קיום כוונה מצד הבנק להחזיק בתכולה. כאמור, נדרשת כוונה להחזיק, ולא דווקא כוונה לשמור. לדעת שנהב ולויתן,⁷⁰ ההסכם שנחתם בין הבנק ללקוח מעיד כי לבנק יש כוונה לשלוט ברכוש כל עוד יתקיימו היחסים בינו לבין הלקוח בהתאם להסכם. כוונה זו עולה גם מסעיפי ההסכם, הקובעים במפורש מהן הדרכים בהן ניתן להפסיק את היחסים בין הצדדים, דבר המצביע על כוונת הצדדים "להיות קשורים בחוזה ובכך לשלוט על תוכן הכספת על-פי החוזה, כל עוד לא נאמר אחרת". לא ברור לנו כיצד שנהב ולויתן מסיקים כוונה כזו מהסכם הכספת. גם פירוט התנאים לסיום ההסכם אינו מעלה ואינו מוריד לעניין הכוונה להחזיק. לדעתנו, אכן ניתן ללמוד על כוונת החזקה מצד הבנק, אך זאת מנסיבות אחרות. כאמור, הסדר הכספת מתנהל באופן המספק לבנק רמה גבוהה של שליטה, אם בשל העובדה שלא ניתן לפתוח את הכספת ללא מפתח הבנק, אם בכך שהגישה

נציין כי על-פי ההסכמים הנהוגים כיום ב-Swiss Bank וב-Union Bank of Switzerland, אפשר לסכם עם הבנק שישמור אצלו העתק של המפתח שנמסר ללקוח.

⁶⁷ Tilzer, *supra* note 38, at p. 331; Cummins, *supra* note 16, at p. 132; American Jurisprudence 2nd, *supra* note 8, at pp. 813–814; But see Fletcher, *supra* note 7, at p. 449.

⁶⁸ 175 N.E. 210 (1930).

⁶⁹ In Re Ackerman's Estate 169 N.Y. Supp. 1073, 1074 (1918); Cohen v. Manufacturers Safe Deposit Co. 78 N.E. 2d 604 (1948); see also Moller v. Lincoln Safe Deposit Co. 161 N.Y. Supp. 171 (1916); Veihelmann v. Manufacturers Safe Deposit Co. 99 N.Y.S. 2d 727, 734–735 (1950), *affd* 103 N.Y.S. 2d 833 (1951) *revs. on other grounds* 104 N.E. 2d 888 (1952). H.T. Stichman "Recent Case Notes" 34 Yale L. J. (1924–5) 795.

⁷⁰ שנהב ולויתן, לעיל הערה 29, בע' 102.

לכספת מתאפשרת לאחר קיום הליך שקבע הבנק ובשעות בהן סניף הבנק פתוח לקבלת קהל, ואם בכך שהבנק רשאי, בתנאים מסוימים, לפרוץ את הכספת.⁷¹ נוסף על כך, הבנקים נוקטים אמצעי הגנה וביטחון חמורים מאוד ביחס לחדר-הכספות בכלל ולכספות הפרטיות בפרט, אמצעים שנוקט רק מי שרואה עצמו אחראי לתכולת הכספת. הבנקים נוהגים גם לבטח עצמם מפני תביעות בגין נזק או אובדן לתכולה. כאשר נגרם נזק לתכולה, אין הבנקים עומדים על גישתם כי מדובר בשכירות וכי אינם אחראים לתכולה, אלא מפצים את הלקוח ומכירים באחריותם.⁷² הבנקים רואים עצמם אחראים לתכולה משום שהם רואים עצמם מחזיקים בה, מפני שכוונתם היא להחזיק בתכולה. יתר על-כן, מהאמור לעיל עולה כי לבנק יש אף כוונה לשמור על התכולה, ולא רק להחזיק בה.⁷³

מעניין כי פסקי-הדין האמריקאיים העוסקים בכספות בחנו את שאלת ההחזקה הפיסית והתעלמו מכוונת הצדדים,⁷⁴ אף-על-פי שעניין זה היה מחזק את מסקנתם בדבר שמירה. אולם בספרות המשפטית הזרה לא רק שקיימת התייחסות לרכיב הכוונה, הוא אף נחשב למבחן העיקרי⁷⁵ או לאחד המבחנים העיקריים⁷⁶ לסיווג החוזה.

במאמר אמריקאי נכתב כי לבנק אין כוונה פוזיטיבית לשלוט בתכולת הכספת. הבנק לא קיבל מעולם את התכולה לידי. כל שיש לו היא כוונה מסוג אחר, הכוונה למנוע שליטת אחרים בתכולה, אך כוונה זו אינה מספיקה לשמירה. יתר על-כן, מי שמתכוון לשלוט בתכולה הוא דווקא הלקוח. נכון שאין לו הכוח לשלוט בתכולה באופן מלא, אך זאת מפני שהוא מכפיף את שליטתו לכמה הגבלות חוזיות, לפיהן נדרש שיתוף-פעולה מצד הבנק לצורך שליטה בתכולה.⁷⁷

אך במאמר אמריקאי מאוחר יותר נמתחה ביקורת על המאמר הקודם. נאמר כי אכן הכוונה הנדרשת לצורך החזקה היא הכוונה לשלול שליטה מאחרים. זו כוונה "שלילית". לא נדרשת כוונה "חיובית" לשלוט או להחזיק בתכולה. נוסף על כך נדרשת גם הסכמת הבנק להחזיק. לדעת מחבר המאמר, נראה שהבנק אכן מתכוון לשלול גישה לכספת מאחרים, למעט מהלקוח שוכר הכספת, ובכך להוציא לפועל את כוונת הצדדים. גם הסכמה להחזיק מתקיימת אצל הבנק, וזאת מעצם העיסוק

⁷¹ קיימת דעה נוגדת של בן-אוליאל, לעיל הערה 12, בע' 457, לפיה אמצעים אלה הם רק בגדר אמצעי ביטחון.

⁷² לעיל הערה 6.

⁷³ בסעיף ב1(ה) להלן.

⁷⁴ גם פסקי-דין אמריקאיים העוסקים בשמירה באופן כללי מסתפקים בחלקם בהחזקה בלבד, ואינם מתייחסים ליסוד הכוונה. *Corpus Juris Secundum*, supra note 41, at pp. 247–248.

⁷⁵ Stein, supra note 12, at p. 52.

⁷⁶ Fletcher, supra note 7, at pp. 442–443; Tilzer, supra note 38, at pp. 328–329;

Cummins, supra note 16, at p. 132.

⁷⁷ Fletcher, ibid., at pp. 442–443, 449.

בכספות, דהיינו, קבלת חפצים להחזקתם מבלי שמהותם ידועה לו. לפיכך, יסוד הכוונה מתקיים הן ביחס לכספת והן לגבי תכולתה. כן מובעת ביקורת על הקביעה במאמר הקודם לפיה ללקוח יש כוונה להחזיק בתכולה. הלקוח מחזיק רק מפתח אחד משני המפתחות הנדרשים לפתיחת הכספת, והוא מכפיף עצמו לנוהלי הבנק בקשר לגישה לכספת. הוא ממנה אחר לאחראי (custodian) על התכולה, ומצפה שתהיה לבנק שליטה בכספת. כך שאינו מתכוון לשלוט בכספת או בתכולתה, למעט בפרקי-זמן קצרים. זו למעשה כוונה המאפיינת מפקידים רבים כשהפקדה היא למטרת שמירה.⁷⁸ במאמר אחר נקבע שכוונת הבנק היא לשמירה. ודוק, שמירה, ולא החזקה גרידא. הכותב מתבסס על כך שיש הסכמי כספות הקובעים במפורש כי אסור להשתמש בכספת למטרה אחרת מאשר הפקדת "חפצי-ערך, מסמכים או רכוש אחר".⁷⁹ אך לדעתו, לא השימוש בכספת לחפצי-ערך הוא החשוב, אלא חשובה העובדה שהשימוש יוצר לתכולה רמת ביטחון והגנה שהלקוח אינו יכול להשיגה באופן עצמי. נוסף על כך, הלקוח מעוניין לשחרר עצמו מ"אחריות ההחזקה" של חפצי-הערך. גם המונח Safe Deposit Box, או בצרפתית Coffret de Surete, מעיד כי מטרת הבנק היא לתת ללקוח שירות בעל תדמית של שמירה וביטחון.⁸⁰ בעיה אחרת נובעת מהעובדה שהבנק אינו יודע את טיבו של הרכוש המופקד בכספת. לדעת שנהב ולויתן,⁸¹ במקרה של כספת, הבנק אינו יודע אומנם את פרטי הרכוש המופקד בה, אך יש לו ידיעה על עצם קיומו של הרכוש, וכן ידיעה כללית על מהותו, ודי בידיעה זו. מסקנה זו עולה מנוסח החוזים הנהוגים בבנקים, שקיים בהם סעיף הקובע כי שוכר הכספת רשאי להפקיד בכספת רק חפצי-ערך ודומיהם, ואינו רשאי להפקיד נכסים אחרים.

⁷⁸ Tilzer, *supra* note 38, at p. 325.

⁷⁹ בדומה לכך, סעיף 6 להסכם הכספת של בנק הפועלים בע"מ וסעיף 10 להסכם הכספת של בנק המזרחי המאוחד בע"מ קובעים: "הלקוח מתחייב לא להשתמש בכספת, אלא לצורך שמירת כספים, שווי כסף, מסמכים וחפצים שמקובל להחזיקם בכספות בבנקים." וסעיף 8 להסכם הכספת של בנק דיסקונט לישראל בע"מ קובע: "נשתמש בכספת רק לשמירת מסמכים וחפצים בעלי ערך."

⁸⁰ Stein, *supra* note 12, at pp. 51-52.

⁸¹ לעיל הערה 29, בע' 121-122. רנר, לעיל הערה 27, בע' 61, קוראת לכך "חזקת ידיעה".

חשיך⁸² הביא דוגמה של אדם המקבל לחזקתו שולחן, ואינו יודע שיש בה מגירת־סתרים ובה אבן־חן. אותו אדם לא ייחשב למחזיק באבן־החן. אולם שם דובר במקרה בו אותו אדם לא ידע כלל על התכולה הפנימית, ואילו הסיטואציה של כספת בנקאית שונה: הבנק יודע על קיומה או על אפשרות קיומה של התכולה הפנימית שבתוך הכספת. די במודעות לעצם ההחזקה, אף אם פרטי הנכס המוחזק אינם ידועים במיוחד למחזיק.⁸³ גם חשיך מסכים שהשומר רשאי לוותר על הידיעה.⁸⁴ גם בארצות־הברית אזכרו בתי־המשפט את הקושי לפיו אין לחברת הכספות ידיעה על תכולת הכספת, ואפילו לא על מהותה הכללית, אך דבר זה לא הפריע לקביעה בדבר שמירה.⁸⁵ לפני סיום הדין בשאלת ההחזקה, מן הראוי שנתעכב רגע על סעיף 12(ב) לחוק השומרים, הקובע:

“לעניין נכסים של אורח הנמצאים במלון, דין בעל המלון כדין שומר שכר...”

סעיף 12 מייתר את הצורך לקבוע מתי בעל המלון נחשב מחזיק בנכסי האורח; די בעצם הימצאותם במלון. מטרת הסעיף היא להטיל על בעל המלון אחריות שלולא הסעיף, לא היה נחשב שומר בשל היעדר החזקה בנכסי האורח. שכן, גם אם “החזקה” של בעל המלון בנכסי האורח מתקיימת, היא משותפת בדרך־כלל לבעל המלון ולאורח.⁸⁶

לכאורה ניתן למצוא דמיון בין יחסי בעל מלון—אורח לבין יחסי בנק—בעל כספת: הן הבנק והן בעל המלון נותנים לאורח/לבעל הכספת מקום לשים בו את חפציו לפי שיקול־דעתו ובתנאים הנוחים לו, תמורת תשלום. אך עיון מדוקדק יותר

⁸² לעיל הערה 27, בע' 147.

⁸³ טדסקי, לעיל הערה 27, בע' 435.

⁸⁴ חשיך, לעיל הערה 27, בע' 147.

⁸⁵ *Morgan v. Citizens' Bank of Spring Hope, supra note 65*, at p. 1300, שם לא קבע בתי־המשפט במפורש כי היעדר הידיעה מצד הבנק אינו פוגע, אם כי אזכר את אי־הידיעה במסגרת עובדות המקרה. מכאן שלא ראה בכך מגבלה לקביעת יחסי שמירה. *National Safe Deposit Co. v. Stead, supra note 36*, at p. 977; *Farnum v. Connecticut Bank & Trust Co., supra note 65*, at p. 170; *McDonald v. Williams D. Perkins & Co., supra note 7*, *ibid* 7. גם בפסק־דין שעסקו בשמירה באופן כללי, ולא דוקא בנוגע לכספות, קבעו לעיתים כי השומר אינו חייב להיות בעל ידיעה ממשית על הנכס שבהחזקתו. *Corpus Juris Secundum, supra note 41*, at p. 249.

⁸⁶ זמיר, לעיל הערה 13, בע' 642, 644.

מעלה הבדל בין שתי מערכות היחסים. השימוש העיקרי בכספת הוא לחפצים, בעוד שחדר במלון מיועד לשימושם ולנוחיותם של בני-אדם, וחפציהם המאופסנים בחדר רק נלווים להם.⁸⁷ הבדל חשוב נוסף הוא שמטרת הכספת מבחינת הלקוח היא שמירה על חפציו-ערך, בעוד שחדר במלון מיועד לנוחות טכנית-פיסית של האורח עצמו ואפסון חפציו (להבדיל משמירתם). מן הראוי להעיר כי סעיף 12(ג) לחוק⁸⁸ מוציא מתחולת סעיף 12(ב) כספים, ניירות-ערך וחפציו-ערך, ודווקא הם עיקר הנכסים שנהוג להפקיד בכספת. כך שבסיכומו של דבר, ספק אם ניתן ללמוד מסעיף זה לענייננו.

לסיכום, בידי הבנק מידת ההחזקה הנדרשת כדי להיחשב שומר של התכולה. יש לו בתכולה שליטה משולבת יחד עם הלקוח, שליטה המספיקה, לדעתנו, לצורך החזקה כשומר. כן יש לו כוונה להחזיק ומודעות כללית לגבי טיבו של הרכוש המופקד בכספת.

(ג) כדין

על-מנת שאדם ייחשב שומר, עליו להחזיק בחפץ כדין.⁸⁹ השאלה אם החזקה היא כדין תיבחן במערכת היחסים שבין השומר לבין בעל הנכס, בין אם האחרון הוא הבעל האמיתי ובין אם לאו.⁹⁰ אם גזל ג נכס מ-ב, הבעלים האמיתי, ומסרו ל-א, ו-א מחזיק בנכס על-פי תנאי ההסכם בינו לבין ב, ייחשב א מחזיק כדין כלפי ג, אף שאינו מחזיק כדין כלפי ב.⁹¹ כך, אם נמצאים בכספת נכסים שגנב הלקוח מאחר או שהוא מחזיק בהם שלא כדין, ייחשב הבנק מחזיק בהם כדין, כמובן כל עוד אינו יודע דבר על הגנבה.

⁸⁷ לדעה אחרת ראו זמיר, שם, בע' 643, הסובר כי במקרים רבים התכלית היחידה היא שמירה על החפצים.

⁸⁸ הסעיף קובע: "היו הנכסים כספים, ניירות ערך או חפצי ערך אחרים, לא יחול סעיף קטן (ב) אם הודיע עליהם האורח לבעל המלון ומסרם, לפי דרישתו, להחזקתו."

⁸⁹ ת"א (ת"א) 802/77, לעיל הערה 27, בע' 320.

⁹⁰ סעיף 13 לחוק השומרים קובע: "לענין חוק זה, 'בעל הנכס' כלפי שומר – כל מי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילו."

⁹¹ חשין, לעיל הערה 27, בע' 149. רנר, לעיל הערה 27, בע' 82–85.

(ד) שלא מכוח בעלות

הבעלות היא אותה בעלות של המשפט האזרחי הכללי, כפי שהיא מוגדרת

בסעיף 2 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ובסעיף 2 לחוק המטלטלין, תשל"א-1971.⁹²

ביחסים שבין הבנק לבין בעל הכספת, הבעלות בנכסים נשאת בידי הלקוח, ורק ההחזקה בהם, אם בכלל, עוברת לבנק. לכן, יסוד זה מתקיים.⁹³

(ה) תחולת חוק השומרים

עד כה בדקנו מהם היסודות שחוק השומרים דורש לצורך קיומה של שמירה, וראינו כי הבנק נחשב שומר של התכולה. אולם שאלה מקדמית היא אם יחולו בכלל הוראות חוק השומרים, וזאת לאור סעיף 14 לחוק, הקובע:

"הוראות חוק זה יחולו על שמירת נכסים כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מההסכם בין הצדדים."

הוראות דין מיוחדות לענין הכספות (בנושאים שחוק השומרים עוסק בהם) לא מצינו. יחד עם זאת, מהסכמי הכספות עצמם יכול משתמעת כוונה אחרת. כאמור, רוב ההסכמים נוקבים במונחים של שכירות, ולא של שמירה. באחדים אף נאמר במפורש שהבנק לא ייחשב שומר.

נבחן בזהירות את לשון סעיף 14: הוא קובע כי "הוראות חוק זה יחולו על שמירת נכסים... באין כוונה אחרת משתמעת מההסכם..." [ההדגשה שלי – ר' פ"ש]. על עצם קביעת היחסים כשמירה, אלא מאפשר רק, לאחר שהגענו למסקנה שמדובר בשמירה כהגדרתה בחוק, להתנות על הזכויות והחובות של הצדדים הנוגעים בשמירה.⁹⁴

והנה, השוואת סעיף 14 עם הסעיפים המקבילים לו בחוקי החוזים האחרים מובילה למסקנה הפוכה. בסעיפים אלה⁹⁵ נאמר: "הוראות חוק/פרק זה יחולו... באין כוונה אחרת", ולא כי ההוראות יחולו על הסוג המסוים של החוזה באין כוונה אחרת. אולם בדיון בכנסת על הצעת חוק השמירה נאמר שסעיף 14 נערך מחדש

⁹² חשין, שם, בע' 156. רנר, שם, בע' 89.

⁹³ למקרה בו נדחתה תביעה (הודעת צד ג) בעילת שמירה משום שהוגשה נגד שותפים לבעלות, ראו ע"א 682, 693/87 אקרמן נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מג(2) 826, 834.

⁹⁴ ד"כ 49 (תשכ"ז) 2152. רנר, לעיל הערה 27, בע' 81, אינה מכריעה בעניין זה.

⁹⁵ כגון סעיף 2(ג) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160 (להלן: חוק השכירות והשאלה). סעיף 4(ב) לחוק המכר, תשכ"ח-1968. סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 924. סעיף 18 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967, ס"ח 46. סעיף 8(א) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 ס"ח 110.

בהתאם לסעיפים המקבילים בחוקים האחרים. משמע, כוונת המחוקק היתה זהה בכלום, והיא – לאפשר התניה גם על הגדרת העסקה. מסקנה זו מתחזקת לאור סעיף 2(ב) לחוק המשכון, הקובע כי הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד, היא כינויה של העסקה אשר יהא. אם כך, כאשר רצה המחוקק למנוע התניה על הגדרת העסקה, הוא עשה זאת במפורש. ואם לגבי שמירה לא עשה כן, משמע ניתן להתנות על הגדרתה.

אולם הדברים אינם כה פשוטים בבואנו לבחון את מטרת האיסור להתנות על הגדרת העסקה. לאיסור בחוק המשכון שני טעמים: הגנה על צדדים שלישיים, כגון נושים אחרים של החייב, והגנה על הממשכן, הנמצא בדרך-כלל בעמדת מיקוח נמוכה כלפי מקבל המשכון.⁹⁶ הטעם הראשון אינו רלוונטי לעסקות שמירה, אולם הטעם השני קיים גם קיים, בפרט לגבי הסכם הכספת. הבנקים מנסחים את הסכמי הכספות כחווה אחיד, וללקוח לא נותרת כמעט אפשרות מיקוח לגבי תנאיו. הבנקים הם אלה שמגדירים את העסקה נשוא ההסכם כשכירות, ולא כשמירה, על-מנת לחמוק מאחריות לתכולה. אם כך, אם הגדרת העסקה היא שכירות רק כדי להתחמק מתחולת חוק השומרים ומהאחריות שהוא מטיל, אנו סבורים כי מטעמים פטרנליסטיים של הגנה על הלקוח אין לאפשר התניה על הגדרת השמירה הקבועה בחוק.⁹⁷ אומנם, נותר עדיין העיקרון לפיו יש ליתן חשיבות לרצון הצדדים כפי שעולה מלשון ההסכם, ולקבל את השם שנתנו הצדדים לקשר שביניהם כתיאור ההולם את האמת; אך השם שקבעו הצדדים אינו סוף-פסוק. יש לחתור לגילוי תכליתה האמיתית של העסקה, גם כאשר השם בו כינו אותה הצדדים ונקטו בו במפורש בחווה אחר לגמרי. "עצם השימוש במושג משפטי במסמך, המכוון לכאורה ליצור חיוב חוזי, אינו בעל ערך מכריע, לא ביחס לעצם היווצרותו של חיוב כלשהו, ולא ביחס למהותו של החיוב בהנחה שנוצר."⁹⁸ בפרט יש לעשות כך כשמטרת המינוח היא פגיעה בצד החלש להסכם או בצדדים שלישיים. יש לזכור כי

⁹⁶ י' וייסמן **חוק המשכון, תשכ"ז - 1967** (תשל"ה) 61.

⁹⁷ בדומה לכך נפסק לא-אחת כי יש להתעלם מהשם שנתנו הצדדים לעסקה אם כל כוונתם היתה להתחמק מדיני הגנת הדייר. ראו, למשל, ע"א 47/51 **בדר נ' בוכמן**, פ"ד ח 870, 874; ע"א 234/53 **בית החשמונאים בע"מ נ' אלטדורף**, פ"מ ט(ת) 1; ע"א (ת"א) 232/56 **כהן נ' סופר**, פ"מ כ(ת) 16, 17; ע"א 24/64 **דוכנה נ' ברירי**, פ"ד יח(2) 501, 504; ע"א 192/65 **לביא נ' יעקובסון**, פ"ד יט(3) 528; השוו לסעיף 86 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), המאפשר לפקיד-השומה להתעלם מהגדרת העסקה על-ידי הצדדים אם היא מלאכותית או בדויה, וכל מטרתה הימנעות ממס או הפחתת מס.

⁹⁸ ע"א 347/90 **סודה גל בע"מ נ' ספילמן**, פ"ד מז(3) 459, 473. ראו ע"א 455/89 **קולומבו מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ**, פ"ד מה(5) 490, שם דובר בהסכם על עסקת מכר מסוג קונסיגנציה, אך בית-המשפט קבע כי זו עסקת משכון. ע"א 4648/92 **טרוימן אינטרנשיונל בע"מ נ' הכונס הרשמי** (לא פורסם), שם סיכמו הצדדים על עסקת מכר מותנה, אך בית-המשפט קבע שמדובר

ללקוח יש זכות קניינית בתכולה. זכות הקניין זכתה בהכרה חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁹ במקרה של נזק לתכולה או אובדנה, קניינו של הלקוח נפגע. ראיית העסקה כשמירה מעניקה הגנה טובה יותר לקניינו של הלקוח מאשר מצב של שכירות.

לתוצאה זו נגיע גם על-ידי פרשנות של הסכם הכספת. קיימות שתי גישות פרשניות לחוזה. על-פי גישה אחת, הגישה המילולית, יש שני שלבים בתהליך הפרשנות. הראשון מתמקד בלשון החוזה והשני בנסיבות החיצוניות. המעבר מהשלב הראשון לשני נעשה על-פי מבחן "הלשון הברורה". אם לשון החוזה ברורה, החוזה מתפרש על-פיה, ואין מקום לפנות לנסיבות חיצוניות; ואם אינה ברורה, יתפרש החוזה על-פי אומד דעתם של הצדדים כפי שעולה מהנסיבות החיצוניות.¹⁰⁰ לפי גישה זו, כאשר צוין בהסכם במפורש כי מדובר בשכירות, זהו סוף-פסוק, וההסכם יפורש כשכירות.

אולם הנטייה להכיר בגישה האחרת, גישת הפרשנות התכליתית, הולכת וגדלה לאחרונה.¹⁰¹ גישה זו דוגלת בפרשנות כוללת ורחבה, שאינה כבולה למילים אם ראיית החוזה כמכלול, על רקע תכליתו ונסיבות כריתתו, מלמדת על כוונה אחרת מזו העולה מן הפירוש המילולי. המעבר מלשון החוזה לנסיבות החיצוניות אינו מותנה בתנאי מוקדם כלשהו, בין אם לשון החוזה ברורה ובין אם לאו.¹⁰² על-פי גישה זו, ניתן לפרש חוזה באופן שאינו מתיישב עם המובן הרגיל של המילים בהן השתמשו הצדדים, אלא על-פי רוחו ותכליתו של החוזה.¹⁰³ מכוח הפרשנות התכליתית, בית-משפט יכול אף להכניס תיקון בטקסט המשפטי לשם הגשמת תכליתו. ניתן להוסיף מילים שאינן מצויות בחוזה או לגרוע ממנו מילים המצויות בו, ולשנות בכך חיובים המופיעים בו.¹⁰⁴

במשכון. ע"א 196/87 **שוויגר נ' רז**, פ"ד (מו) 3, 2, עסקה שכינו הצדדים מכר חוזר הוגדרה על-ידי בית-המשפט כהתחייבות למשכנתא.

⁹⁹ סעיף 4 לחוק. ס"ח (תשנ"ב) 150.

¹⁰⁰ ע"א 4628/93 **מ"י נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פ"ד (מט) 2, 265, דעת השופט מצא במיעוט, בע' 283. ג' שלו **דיני חוזים** (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 301–302, אך בע' 299–300 היא בעד שיטת התכלית האובייקטיבית, ובע' 302–303 היא נותנת משקל לכוונת הצדדים על פני מלות החוזה.
¹⁰¹ לביקורת על גישת הפרשנות הקודמת, ראו א' זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** (תשנ"ו) 21, 57, 143. מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז (1993) 503, 537–539.

¹⁰² ע"א 4628/93, **לעיל** הערה 100, בע' 299–300, 311, 314.

¹⁰³ **שם**, בע' 299, 301. דנ"א 2485/95 **אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מ"י**, תקדין עליון 95 (2) 1446, פסקה 9 לפסק-הדין והמקורות הנזכרים שם.

¹⁰⁴ **שם**, בע' 317, 320–322.

כדי לגלות מהי תכלית החוזה, יש לברר את תכליתו הסובייקטיבית, דהיינו, את אומד דעתם של הצדדים, את המטרות והאינטרסים שגמלו בליבם ושהם נתנו להם ביטוי חיצוני בהתנהגותם.¹⁰⁵ אומד הדעת הסובייקטיבי חייב להיות משותף לשני הצדדים, או להיות לפחות כוונה של צד אחד שהצד האחר מודע לה. כאשר אומד הדעת של הצד האחד שונה מזה של הצד האחר ואין אפשרות לגבש אומד דעת משותף, יפורש החוזה על-פי תכליתו האובייקטיבית, דהיינו, המטרות והאינטרסים שחוזה מסוג זה נועד להגשים.¹⁰⁶ תכלית זו תיקבע על-פי מבחן אובייקטיבי המושפע מעקרון תום-הלב ומשיקולים של יעילות עסקית, היגיון ושכל-ישר. התכלית האובייקטיבית מתחשבת באינטרסים המקובלים של צדדים הוגנים לחוזה, נלמדת מסוג ההסכם ומהטיפוס שהוא משתייך אליו ונגזרת מהגיונו.¹⁰⁷ בית-המשפט אף יכול לייחס לשני הצדדים את אומד דעתו של צד אחד בלבד אם סביר להניח בנסיבות העניין כי אומד דעת זה הוא שמשקף את התכלית או את המטרה המשותפת של הצדדים.¹⁰⁸

כללי הפרשנות המשמשים לפירוש חוזה "רגיל" חלים על חוזים אחידים. על-כן נוכל לפרש גם אותם בדרך הפרשנות התכליתית. מסקנה זו מתחזקת לאור אופיו המיוחד של החוזה האחיד, משום שתנאיו נקבעו מראש על-ידי צד אחד בלבד. לייחוד זה יש שתי נפקויות פרשניות. הראשונה היא שתכליתו של החוזה תהיה בדרך-כלל תכלית אובייקטיבית, שכן תכלית כזו מהווה איזון ראוי בין צדדים שכוח המיקוח שלהם שונה. הנפקות השנייה היא כי חזקה על חוזה אחיד שתכליתו נוגדת את האינטרס של הספק ותומכת באינטרס הלקוח. חזקה זו תחול רק אם לא עלה בידי הפרשן לגבש תכלית ברורה של החוזה. חזקה זו דומה לכלל הפירוש נגד המנסח, שכן הספק הוא מנסח החוזה, ויש להניח שדאג לנסח את החוזה כך שייטיב עם האינטרסים שלו.¹⁰⁹

במקרה שלפנינו, לכל צד יש לכאורה תכלית סובייקטיבית שונה. מטרת הלקוח בהסכם היא להשיג שמירה על חפציו. אין כוונתו לשכור מקום אחסון, שהרי הוא יכול להחזיק את תכולת הכספת גם בביתו. מטרתו היא שהתכולה תימצא במקום בטוח ומוגן, מפני שאינו יכול לדאוג לאמצעי ביטחון כאלה בעצמו. ודוק, אין מדובר בכוונה נסתרת של הלקוח. כוונה זו ידועה לבנק היטב, והוא נוהג בהתאם לה.

¹⁰⁵ שם, בע' 312. דנ"א 2485/95, לעיל הערה 103, בפסקה 11 לפסק-הדין והמקורות הנזכרים שם.

¹⁰⁶ שם, בע' 313. בג"צ 846/93 ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3, 11.

¹⁰⁷ שם, שם. ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לכיטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 228. רע"א 1185/97

ירושי מילגרום נ' מרכז משען (לא פורסם). ע"א סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 819.

¹⁰⁸ ע"א 554/83 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' עזבן המנוח זולוטוב ז"ל, פ"ד מא(1) 282, 305.

¹⁰⁹ רע"א 1185/97, לעיל הערה 107.

הזכרנו לעיל את אמצעי הביטחון החמורים שהבנק נוקט להגנה על תכולת הכספת, את העובדה שהבנק מבטח את עצמו מפני תביעות בגין נזק או אובדן לתכולה, ואת פיצוי הלקוחות במקרה של נזק לתכולה. אם כך, גם כוונת הבנק היא שמירה. קיים כאן אומד דעת סובייקטיבי משותף בדבר שמירה. אולם גם אם תמצא לומר כי מטרתו הסובייקטיבית של הבנק אינה שמירה, אלא שכירות גרידא, אין במקרה כזה אומד דעת משותף לשני הצדדים, ועל-כן עלינו לקבוע את התכלית האובייקטיבית של העסקה. מפירוט הסדר הכספת ומאופן התנהגותו של הבנק, כאמור לעיל, עולה כי תכלית ההסכם היא שמירה. לפיכך, לגבי הסכם הכספת, ניתן להתעלם ממונחי השכירות המופיעים בהסכם, ולקבוע כי לפי מהותו – מדובר בשמירה.¹¹⁰

למסקנה לפיה תכלית החוזה היא שמירה נגיע גם על-ידי שימוש בעקרון תום-הלב. חוזה יש לפרש על-פי עקרון תום-הלב.¹¹¹ משמעות הדבר היא מתן מובן לחוזה העולה בקנה אחד עם כוונתם המשותפת של הצדדים, והתחקות אחר כוונת הצדדים תוך השתחררות מעול הפירוש המילולי-הדוקני.¹¹² תכליתו של העיקרון היא למנוע צד לחוזה מלטעון למובן העשוי לנבוע מלשונו המילולית של החוזה, ושאינו עולה בקנה אחד עם כוונתו הסובייקטיבית הידועה לצד האחר.¹¹³ מכוח עקרון תום-הלב ניתן לשנות את לשונו המפורשת של החוזה, תוך שינוי החיוב החוזי עצמו ולשם הגשמת מטרתו של החוזה, ואף ניתן להטיל על צד לחוזה חובות שזכרן לא בא בחוזה במפורש, הכל לשם הגשמת מטרתו האמיתית של החוזה.¹¹⁴ כאשר צד מתקשר בעסקה מסוימת, ובוחר, כדי להתחמק מתוצאת אותה עסקה, לכנותה בשם אחר, הרי לך חוסר תום-לב. השימוש בעקרון תום-הלב יוביל לראיית כוונתו של הבנק כמתייחסת אף היא לשמירה.¹¹⁵

מקור נוסף לאותה תוצאה היא חובת האמון המוטלת על הבנק כלפי לקוחותיו.¹¹⁶ חובת האמון קובעת תקן של התנהגות והגינות גבוה מהתקן שחובת

¹¹⁰ פתרון דומה הוצע לגבי הדין הקנדי: Stein, *supra* note 12, at p. 52.

¹¹¹ רע"א 1185/97, לעיל הערה 107.

¹¹² שלו, לעיל הערה 99, בע' 315. מאוטנר, לעיל הערה 103, בע' 550.

¹¹³ ע"א 4628/93, לעיל הערה 100, בע' 306, 327.

¹¹⁴ שם, בע' 327, 328. ע"א 554/83, לעיל הערה 108, בע' 300. ד' פרידמן, נ' כהן **חוזים** (1991) 271.

זמיר, לעיל הערה 101, בע' 48. א' ברק **שיקול דעת שיפוטי** (תשמ"ז) 475.

¹¹⁵ כפי שנעשה בע"א (ת"א) 674/77, לעיל הערה 31, בע' 145.

¹¹⁶ ת"א (חי') 5295/88 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' חיימי**, פ"מ תשנ"א (ג) 421. ע"א 1/75 **בנק**

ישראל למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו, פ"ד כט(2) 208, 211. ע"פ 122/84 **מנצור נ' מ"י**, פ"ד לח(4)

101, 94. ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573.

תוס' הלב קובעת,¹¹⁷ בבחינת "אדם לאדם מלאך".¹¹⁸ באנגליה, חובת האמון חלה רק לגבי סוגי שירותים או נסיבות שבית-המשפט קבע לגביהם כי מן הראוי להטילה. אך בארץ, חובת האמון חלה על כל עסקה ועסקה, אם כי היקפה משתנה ממקרה למקרה.¹¹⁹ מכוח חובת האמון שהבנק חב ללקוחו בעל הכספת, אין הוא רשאי להתכחש למעמדו ולאחריותו כשומר של התכולה. ואם ניסה לעשות כן על-ידי ניסוח הסכם הכספת כהסכם שכירות, יש להתעלם מאופן ניסוחו של החוזה, ולקבוע את המהות האמיתית של העסקה. כאמור, מהות זו היא שמירה.¹²⁰

עד כה ראינו כי יש לפרש את הסכם הכספת כהסכם שמירה חרף ניסוחו כהסכם שכירות. דרך אחרת להתמודד עם מונחי השכירות הכלולים בהסכם היא פסילתם הישירה. הסכם הכספת מהווה חוזה אחיד. על-פי סעיפים 3, 17 ו-19 לחוק החוזים האחידים, בית-המשפט או בית-הדין לחוזים אחידים יבטל או ישנה תנאי בחוזה אחיד שיש בו, בשים-לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי-הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות. קיפוח הוא חוסר סבירות וחוסר הגינות ביחס החוזי הנבחנים על הרקע התרבותי-החברתי-הכלכלי של החברה הישראלית המודרנית. הקיפוח נגזר מחוסר השוויון שבין הצדדים ומהתלות או מהיעדר הבררה בהזקקותו של הלקוח אל הספק. קיפוח נוצר כשהספק מגן על האינטרסים שלו מעבר לנתפס כראוי, וזאת בחוזה שהוא הקובע בו את תוכן התניות. עניין לנו איפוא ביתרון בלתי-הוגן של הספק באמצעות הכתבת תנאים.¹²¹ תנאי אינו מקפח אם הוא נועד לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק.¹²² הנטל של הוכחת הקיפוח רובץ על הלקוח.

סעיף 4 לחוק החוזים האחידים קובע שורה של תנאים שחזקה עליהם שהינם מקפחים. מכוח החזקה, נטל ההוכחה לגביהם עובר לספק, ועליו הנטל להוכיח שהתנאים אינם מקפחים. סעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים קובע כי תנאי הפוטר את הבנק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על-פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי-סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילו לא אותו תנאי, חזקה עליו שהוא מקפח. הסעיפים בהסכם הכספת

המציגים את העסקה כשכירות פוטרם למעשה את הבנק כ"משכיר" מהאחריות שהיתה מוטלת עליו כשומר לו היה ההסכם מנוסח כהסכם שמירה. זו למעשה תניית

¹¹⁷ בן-אוליאל, לעיל הערה 12, בע' 104.

¹¹⁸ ברק, לעיל הערה 114, בע' 452.

¹¹⁹ בן-אוליאל, לעיל הערה 12, בע' 102.

¹²⁰ גם בן-אוליאל, שם, בע' 463, עושה שימוש בעקרון האמון כדי לקבוע את מהותו של הסכם הכספת, אך מגיע לתוצאה שונה.

¹²¹ ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 526.

¹²² שם, ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113, 123.

פטור מאחריות.¹²³ פטור מאחריות יכול להיקבע גם בצורה עקיפה, מבלי לציין במפורש את הגבלתה או שלילתה של האחריות.¹²⁴ לכן, חזקה על סעיפים אלה שהם מקפחים. משמעות הדבר היא שנטל ההוכחה עובר לבנק, ועליו להוכיח, בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, כי תנאים אלה אינם מקפחים.¹²⁵ נראה כי הבנק לא יצליח לעמוד בנטל זה, ועל-כן דינם של מונחי השכירות – בַּטְלוּת.

2. הבנק כשומר-שכר

לאחר שקבענו כי הסכם הכספת יוצר יחסי שמירה בין הלקוח לבנק ואף נחשב הסכם שמירה לשמו, יש לקבוע איזה סוג של שומר הוא הבנק מבין סוגי השומרים המוכרים על-ידי החוק.¹²⁶ סיווג השומרים מושתת על העיקרון של טובת-הנאה שיש (או אין) לשומר בשמירת הנכס.¹²⁷

כנגד שמירת הנכסים בכספת, על הבעלים לשלם לבנק תשלום שנתי בדרך-כלל, המכונה ברוב ההסכמים "דמי שכירות", אך מהווה למעשה תמורה בעד השמירה. ניתן לטעון לכאורה כי במקרה בו סכום התשלום נמוך במיוחד ביחס לשווי הנכסים שבכספת, מדובר בתשלום סמלי, ועל כן הוא לא ייחשב לתמורה המצדיקה את סיווג הבנק כשומר-שכר. אולם מכיוון שמדובר במערכת יחסים עסקית, ובהתחשב בכך שלבנק אין ידיעה על שווי הנכסים שבכספת, אנו סבורים שגם במקרה כזה ייחשב הבנק לשומר-שכר.

מהו הדין כאשר הבנק פוטר לקוח מסוים מהתשלום בעד הכספת? שנהב ולויתן קובעים¹²⁸ כי התמורה יכולה להינתן לאו דווקא בעבור השמירה עצמה, אלא בעבור שירות הכולל את השמירה. הם מוסיפים, אם כי אינם מביאים את האסמכתאות לכך, כי בארצות-הברית נפסק שגם אם הבנק מעניק את שירותי הכספות חינם, הוא מקבל למעשה תמורה במסגרת השירותים האחרים שהוא נותן לבעל הכספת.

אכן, במקרה מסוים בו לא גבה הבנק תשלום כלשהו בעד שימוש בכספת מלקוחות שמנהלים אצלו חשבון, אך חייב לקוחות אחרים בתשלום בעד שירות זה, נפסק כי מדובר בשמירה מסוג bailment for hire ביחס לרכוש המופקד בכספת. הוכרה תמורה ממשית לגבי החוזה, שכן העמלות והרווחים שהבנק נוהג לגבות בגין

¹²³ דיון בתניות הפטור הפורמליות הכלולות בהסכם הכספת חרוג מתחומי מאמר זה.

¹²⁴ ר' לוטסהויז, ט' שפנין **חוזים אחידים** (תשנ"ד) 86.

¹²⁵ **שם**, בע' 64.

¹²⁶ סעיפים 1, 2 (ב) לחוק השומרים.

¹²⁷ חשין, **לעיל** הערה 27, בע' 161, 163–165.

¹²⁸ **לעיל** הערה 30, בע' 123.

חשבון ממוצע יכולים בהחלט לעלות על גובה התשלום הנדרש בגין הכספת,¹²⁹ בפרט כאשר שירותי הכספות ניתנים רק ללקוחות המנהלים חשבוניות ופקדונות בבנק.¹³⁰

בעניין *Wilson*¹³¹ הוגשה תביעה בגין אובדן תכולת הכספת על-ידי לקוח שלא התבקש כנראה לשלם בעד הכספת. בית-המשפט לא ייחס לכך חשיבות, ובחן את יחסי הצדדים כמו בכל מקרה בו בוצע תשלום כזה. אם כך, גם אם הבנק אינו מקבל מלקוחו, המנהל אצלו חשבון, תמורה ישירה בעבור שירות הכספת, הוא ייחשב לשומר-שכר.¹³²

3. הסכם שמירה

הסכם שמירה נוצר כאשר הצדדים מסכימים ביניהם שאחד מהם ישמור על נכסי האחר. המבחן העיקרי להסכם שמירה הוא כוונת הצדדים: האם התכוונו לשמירה? להבדיל מיחסי שמירה על-פי חוק השומרים, לגביהם די בכוונה *להחזיק*, לגבי יחסי שמירה נדרשת כוונה *לשמור ממש*.¹³³

בעניין אחד שהיתה בו התמודדות עם הרעיון של חוזה שמירה לשמו נבחנה כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים. דובר בחניון, והשאלה היתה אם נכרת חוזה לשמירת המכוננית או לשכירת מקום חנייה. מעדותו של בעל הרכב הסיקה השופטת פלפל שכוונתו היתה למצוא מקום להחנות בו את רכבו, ועל שמירה לא חשב כלל. לפיכך פסקה כי אין מדובר בשמירה, אלא בשכירות. השופטת פלפל קבעה כמבחן את כוונתם הרצונית-הסובייקטיבית של הצדדים. אכן, באותו מקרה היתה כוונת הצדדים זהה: שניהם לא התכוונו לשמירה לשמה. אולם השאלה הולכת ומסתבכת כאשר כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים אינה זהה. בעניין זה דנו לעיל,¹³⁴ והגענו למסקנה כי יש לקבוע את כוונת הצדדים על-פי מבחן אובייקטיבי של תכלית העסקה. כן הבענו את דעתנו כי לגבי הסכם הכספת, כוונת שני הצדדים, הבנק

¹²⁹ *Tennessee Heritage Nat. Bank v. Hinds* 1 Tenn. App. 508 (1925) כפי שמאוזכר ב: D.A.N. "Liability for Loss of Contents of Safe Deposit Box" 133 A.L.R. (1941) 279, 281.

¹³⁰ *Farmers Bank of Greenwood v. Perry* 787 S.W. 2d 645 (1990)

¹³¹ *Wilson v. Citizens Central Bank of Nelsonville*, *supra* note 7

¹³² שנהב ולויתן, **לעיל** הערה 29, בע' 123-124, מציינים כי באנגליה קיימת מחלוקת בעניין, ועל-פי המלצת ועדה של איגוד הבנקים, ייחשבו הבנקים לשומר-שכר. לא הצלחנו לאתר את המקורות שהמחברים מסתמכים עליהם, אולם יש לוודא אם אכן דובר שם על כספות פרטיות או על פיקדון למשמרת, הוא ההסדר שהיה נפוץ אז באנגליה.

¹³³ ת"א (ת"א) 9813/85, **לעיל** הערה 27, בע' 36. טדסקי, **לעיל** הערה 27, בע' 430-431. לגישה שונה ראו רנו, **לעיל** הערה 27, בע' 75-77.

¹³⁴ בפרק ב. 1 (ה) **לעיל**.

והלקוח, היא לשמירה. אולם גם אם תמצא לומר שכוונת הבנק אינה שמירה, נלך במקרה כזה לפי תכליתו האובייקטיבית של ההסכם, והיא: שמירה. אם כך, הסכם הכספת, לא רק שהוא יוצר יחסי שמירה בין הבנק ללקוח; הוא מהווה הסכם שמירה לשמו.

הבדל נוסף בין יחסי שמירה להסכם שמירה הוא שהסכם שמירה יכול להיווצר גם מבלי שהשומר מחזיק בנכס הנשמר.¹³⁵ כך שבעיית ההחזקה אינה מתעוררת כאן כלל, ואין צורך לדון במודלים שהצענו לעיל בשאלת ההחזקה. ראינו כי ניתן להתעלם ממונחי השכירות שבהסכם הכספת.¹³⁶ לפיכך אין בהם כדי לשלול את קביעתנו בדבר הסכם שמירה לשמו. ניתן לסכם ולומר כי הסכם הכספת, לא רק שהוא יוצר יחסי שמירה בין הבנק ללקוח, הוא אף נחשב הסכם שמירה לשמו. נמשיך כעת ונבדוק אם ניתן לסווג את הסכם הכספת גם בדרכים נוספות. אם תהיה התשובה חיובית, נבדוק אם וכיצד ניתן לשלב בין הסיווגים השונים.

ג. הסכם שכירות

1. מבוא

חוק השכירות והשאילה מגדיר שכירות כך:

”שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן - דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.”¹³⁷

בפרק הדין בחוזה שמירה הגענו למסקנה כי השמירה מתייחסת לתכולת הכספת, ולא לכספת עצמה, כאשר הלקוח הוא זה שמפקיד את התכולה לשמירה, והבנק הוא השומר. בבואנו לבחון את יחסי הצדדים באספקלריה של הסכם שכירות, ההחזקה צריכה להיבחן ביחס לכספת עצמה, ובעיקר לחלל הפנימי שלה, ולא ביחס לתכולתה; שכן, אם בשכירות עסקינן, הנכס המושכר הוא הכספת (הקופסה המתכתית), ולא התכולה עצמה. בעוד שלגבי שכירות מיטלטלין ההחזקה במושכר משמעה החזקה בחפץ בשלמותו, בשכירות מקרקעין (וכאמור, שכירות כספת דומה יותר לשכירות מקרקעין) ההחזקה מתייחסת בעיקרה לחלל הפנימי של המושכר.

¹³⁵ טדסקי, לעיל הערה 52, בע' 192. ת"א (ת"א) 9813/85, לעיל הערה 27, בע' 86.

¹³⁶ בפרק ב. 1 (ה) לעיל.

¹³⁷ הוראה דומה מצויה בסעיף 3 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין).

הבחנה זו חשובה בענייננו שכן אין חולק שהחזקה בכספת עצמה, כחלק מגוש הכספות, היא בידי הבנק. אך החזקה בחלל הפנימי של הכספת היא, כפי שקבענו לעיל, החזקה משולבת של הבנק והלקוח, כהחזקתם בתכולה עצמה, שכן פתיחת הכספת והגישה לחלל הפנימי של הכספת מתאפשרות רק על-ידי שיתוף-פעולה של שניהם.

בדיקת אופיה של השכירות נעשתה בדרך-כלל לגבי מקרקעין. כאשר הכספת היא חלק מ"גוש כספות" המחובר באופן בלתי-ניתן להפרדה למבנה שהוא מצוי בו, הכספת מהווה חלק מהמקרקעין.¹³⁸ אולם גם אם הכספת אינה בגדר מקרקעין, שכן גוש הכספות מונח על הרצפה, ומפאת כובדו בלבד לא ניתן להזיזו, עדיין נראה כי במהותה, שכירות הכספת דומה לשכירות מקרקעין דווקא. הכספת מהווה מעין כלי-קיבול או מקום שיכול לקלוט בתוכו חפצים שונים, בדומה לדירה או משרד שניתן לאפסן בהם חפצים. דהיינו, השכירות דומה במהותה לשכירות נכס מקרקעין. כמו-כן, שכירות מקרקעין מתייחסת לנכס מקרקעין מסוים שסוכם עליו בין המשכיר לשוכר, בעוד ששכירות מיטלטלין מתייחסת בדרך-כלל למושכר לא-מסוים, ועל המשכיר עצמו למסור נכס בעל תכונות מסוימות, אך לא נכס מסוים.¹³⁹ מאפיין זה אינו מתאים לשכירות כספות. כאן הבנק והלקוח מסכמים ביניהם על כספת מסוימת, והחלפת הכספת לאחרת על-ידי הבנק ללא הסכמת הלקוח הינה בעייתית. נוסף על כך, הגדרת שכירות מקרקעין דומה לזו של שכירות מיטלטלין, ורוב ההוראות של חוק השכירות חלות במידה שווה על מקרקעין ומיטלטלין. לפיכך נוכל ללמוד לגביה מהפסיקה והספרות שהתייחסו לשכירות מקרקעין.

2. החזקה

כפי שנאמר לעיל, המונח "החזקה" משתנה מחוק לחוק. על-כן ייתכן שפרשנותנו למונח לצורך חוק השומרים לא תתאים לגבי שכירות. מהו איפוא טיבה של החזקה הנדרשת לשם יצירת קשר שכירות ? עוד לפני שנכנס חוק המקרקעין לתוקף, פסקו בתי-המשפט בארץ כי לא תיתכן שכירות מבלי שתימסר לשוכר החזקה בלעדית בנכס המושכר.¹⁴⁰ יחד עם זאת, בע"א

¹³⁸ על-פי סעיף 12 לחוק המקרקעין.

¹³⁹ ש' לרנר שכירות נכסים (תש"ן) 13.

¹⁴⁰ ע"א 17/49 וייסמן נ' סטריקובסקי, פ"ד ב 637, 644; ע"א 4/50 אורבך נ' איזנשטט, פ"מ ו 43; ע"א 73/50 דעואל נ' פטרזילקה, פ"ד ו 599; י' וייסמן "על ההבחנה בין שכירות מקרקעין לרשיון הפרקליט כ (תשכ"ד) 40, הערה 23. מבחן זה אומץ גם בע"א 257/47 קבוצת זיפזיף נוח חיים בע"מ נ' האוצר הא"י העברי לחקלאות בע"מ, פ"ד א 101, 105. אך לדעתנו, המבחן העיקרי העולה מפסק-הדין הוא כוונת הצדדים. ראו גם ע"א 14/53 ליפשיץ נ' קפש, פ"ד ט 724; ע"א (ת"א) 161/53 בית החשמונאים בע"מ נ' אלטדורף, לעיל הערה 97. בע"א 420/63 בולוס נ' עירית נצרת, פ"ד יה 443, 447, הוזכר המבחן של מסירת כל מפתחות המושכר כסימן למסירת החזקה ייחודית.

85/49¹⁴¹ ציין בית-המשפט כי יש להבחין בין השאלות השונות העומדות לדין. כאשר השאלה היא אם מערכת יחסים מסוימת מהווה שכירות, כזו שהתעוררה באותו מקרה, אין להשתמש במבחן של החזקה ייחודית הנדרש על-פי הדין האנגלי. ואילו בנוגע לפירוש תנאי בחוזה האוסר השכרת-משנה של המושכר, נוטים לפירוש מצמצם ודורשים החזקה ייחודית.¹⁴² הבחנה זו אינה מקובלת עלינו.

שכירות דורשת הגדרה אחת היפה בכל המקרים. בית-המשפט נאלץ כנראה לאמץ פתרון זה כדי לנסות ליישב זה עם זה את הדין העות'מני והדין האנגלי; ואכן, בפסק-דין מאוחר יותר בוטלה הבחנה זו, ונקבע כי יש לנקוט אותם מבחנים הן לצורך הקביעה אם נוצרו יחסי שכירות בין הצדדים והן שעה שבאים לפרש את התנאי האוסר השכרת-משנה.¹⁴³

האם השתנה המצב לאחר חקיקת חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה? חוקים אלה מגדירים, כאמור, את זכות השכירות, וכוללים בין יסודותיה גם יסוד של "החזקה", אם כי לא "החזקה ייחודית" דווקא.¹⁴⁴ ניתן לטעון שאם לא מצא המחוקק לנכון לציין במפורש כי ההחזקה הנדרשת היא "החזקה בלעדית", בפרט לאור הפסיקה שקדמה לחוקים אלה והציבה תנאי כזה, אזי אין נדרשת החזקה ייחודית דווקא. אך מאידך גיסא ייתכן שדווקא בשל הפירוש שנתנו בתי-המשפט למונח "החזקה", כמתייחס ל"החזקה בלעדית", לא מצא המחוקק לנחוץ לציין זאת במפורש, אם כי זו היתה כוונתו.¹⁴⁵

וייסמן מציין כי חוק המקרקעין אינו קובע אומנם החזקה בלעדית דווקא, אך ניתן לטעון כי אין לאדם זכות להחזיק במקרקעין אלא אם-כן יש לו זכות למנוע אחרים מלהחזיק בהם. על-כן, כאשר מדברים על זכות להחזיק גרידא, ולא על זכות להחזקה משותפת, משמעות הביטוי היא הזכות להחזקה ייחודית.¹⁴⁶

¹⁴¹ ע"א 85/49 הורצניץ נ' פוקסבורגר, פ"מ ב 195.

¹⁴² העניין נידון כנראה בטרם פירסמו פסקי-הדין הנזכרים בהערה 140 לעיל, אך הבחנה זו אומצה בפסקי-דין נוספים: ע"א (ת"א) 236/51 כהנא נ' גארניץ, פ"מ ז 343, 345, וכן ע"א (חי) 105/50 אורבך נ' וייס, פ"מ ג 441, 446.

¹⁴³ ע"א 115/54 בן יהודה נ' אליהו, פס"ע יז 3, 7.

¹⁴⁴ סעיף 15 לחוק המקרקעין מכיר בהחזקה כפולה של מחזיק ישיר ועקיף ברו־מנית, אך הסעיף חל רק על סימן ב בפרק ג לחוק. מכאן נובע כי לא יחול על הגדרת השכירות שבסעיף 1 לחוק.

¹⁴⁵ א' סוכובולסקי "על השכירות לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" הפרקליט כו (תשל"א) 96, 98.

¹⁴⁶ י' וייסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969 - מגמות והשגים (תש"ל) 45, 47.

לעומת זאת, לדעת סוכובולסקי,¹⁴⁷ אין כיום צורך בהחזקה בלעדית לשם יצירת קשר שכירות. תמיכה לכך הוא מצא בסעיפי חוק הגנת הדייר, תשט"ו-1955, שהכירו בעסקות שנחשבו לפי הפסיקה הקודמת לעסקות המעניקות החזקה של רשות, לעסקות שכירות. כמו־כך, הגדרת השכירות אינה דורשת הענקת החזקה בלעדית. מובן שמידת השליטה של בעל הזכות בנכס צריכה להיות כזו שתעניק לו פיקוח או שליטה כשלהי על הנכס, אחרת לא תהא החזקה, אלא שימוש בלבד. מידת הפיקוח והשליטה תלויה בנסיבות המקרה.

גם לדעת לרנר,¹⁴⁸ אין ההחזקה בחוק השכירות צריכה להיות ייחודית, והשכירות מתקיימת גם כאשר המשכיר משייר בידו מידה מרובה מהרגיל של שליטה בנכס. כיום לא נותרה חשיבות של ממש להבחנה בין שכירות שהתבססה על החזקה ייחודית לרשיון, ועל־כן הועם זוהרו של מבחן זה. גם לעניין התחולה של חוק השכירות אין להחזקה הייחודית חשיבות, כי רוב הוראותיו חלות גם על זכות שימוש שאין עימה זכות להחזיק. לרנר אף מביא פסק־דין ישראלי בו איפשר בית־המשפט לבעל הזכות להחזקה משותפת ליהנות מהעילות הקנייניות המגינות על החזקה. מכל מקום, המבחן של החזקה ייחודית אומץ גם בפסק־דין מאוחרים יותר.¹⁴⁹

אנו סבורים כי לגבי שכירות נדרשת החזקה ייחודית; מכל מקום, לא החזקה המשותפת לשוכר ולמשכיר. להבדיל משמירה, המהווה יחס אישי בין המפקיד

¹⁴⁷ סוכובולסקי, לעיל הערה 145, בע' 261-262. וראו גם מ' לנדוי "חוק המקרקעין (כללי) וזיקת הנאה לפי חוק המקרקעין" עיוני משפט ג (תשל"ד-ה) 86, 90.

¹⁴⁸ לעיל הערה 139, בע' 57-58.

¹⁴⁹ ע"א 657/77 נתן ורשבסקי, פ"ד לד(2) 35, 45-46. השופט י' כהן הזכיר שם כי הצורך בהחזקה ייחודית כמאפיין שכירות התערער במשך הזמן, אך ציין כי באותו מקרה לא מצא לנכון לסטות מכלל יסודי זה. הנושא של "שימוש" יידון בהרחבה בהמשך פרק זה. יחד עם זאת ראוי להעיר כבר כאן כי השופט קשר יחדיו את הרכיבים "החזקה" ו"שימוש" הנזכרים בהגדרת שכירות. הוא הכיר בשימוש ייחודי בשל קיום החזקה ייחודית. לא ברור מה היתה התוצאה לו היה קובע כי אין מתקיימת החזקה ייחודית, האם גם שימוש ייחודי לא היה אז?; ע"א (חי') 46/82 זולבו נ' זיידה, פ"מ תשמ"ג (א) 397. בע"א 383/80 עברון-עבו נ' נחל נוסע מקור החכמה, פ"ד לה(2) 16, דובר ב"זכות שימוש". השופט ח' כהן פסק כי השימוש שנעשה בפועל לא היה שימוש בעלמא, אלא שימוש תוך כדי הכנסת שינויים מבניים כדי לתמוך במבנים, לשפצם ולהרחיבם. על־כן, "זאת היא החזקה עילאית, משום שיש בה התנהגות כמנהג בעלים", ובהתאם סווגה העסקה כחכירה. בפסק־דין זה לא נעשתה הבחנה מדויקת בין יסודות השימוש והחזקה. על־סמך השימוש הוסקה כמובן מאליו גם החזקה. יתר על־כן, בית־המשפט יצר תתי סוגים של שימוש והחזקה. שימוש בעלמא מול שימוש הכולל שינוי מבני, והחזקה בעלמא מול החזקה עילאית. סיווגים אלה אין להם כל זכר בהגדרת השכירות שבחוק המקרקעין.

לשומר ואינה מקנה לשומר זכות קניינית בנכס עצמו, לשכירות יש גם תוצאות קנייניות, והיא מקנה לשוכר זכויות בנכס עצמו.¹⁵⁰ השוכר אינו מסתפק בזכות החזקה ושימוש או באפשרות הנאה מהמושכר, אלא רוצה שליטה במושכר ללא תלות במשכיר, וזו מתאפשרת רק במקרה של החזקה ייחודית.

שכירות היא אחת הזכויות הנגזרות מבעלות. הבעלות מוגדרת כ"זכות להחזיק ולהשתמש בנכס ולעשות בו כל דבר וכל עיסקה, בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".¹⁵¹ היסוד המשותף לבעלות ולשכירות הוא זכות החזקה (ושימוש), מבלי שהמחוקק מצא לנכון לקבוע כי מידת ההחזקה (והשימוש) בשכירות נמוכה ממידת החזקה שבמסגרת הבעלות. לפיכך, כפי שלגבי בעלות של יחיד לא ניתן לדבר על החזקה המשותפת לבעלים עם מי שאינו בעלים (אלא במסגרת עסקה נוספת נלווית, אך לא מכוח הבעלות עצמה), כך גם בשכירות לא תיתכן החזקה משותפת של השוכר עם מי שאינו השוכר. החזקה תתפרש באופן זהה, בין שהיא החזקה במסגרת בעלות ובין במסגרת שכירות.

קביעתנו בדבר החזקה בלעדית לשוכר מתעמעמת לכאורה במקרה של שכירת חדר בדירה שהבעלים המקורי ממשיך להחזיק בה, והשימוש במטבח, באמבטיה וכולי משותף לבעלים ולשוכר. אולם אם נדייק, מדובר למעשה בשכירת החדר בלבד, לגבי נמסרת לשוכר החזקה בלעדית, והשימוש המשותף בשאר המתקנים היא זכות נלווית לשכירות עצמה.

ניתן גם להשיב לטיעונים שהביאו סוכובולסקי ולרנר כדי להראות שהחזקה אינה חייבת להיות ייחודית: לגבי הטיעון המבוסס על חוק הגנת הדייר, דווקא העובדה שחוק הגנת הדייר הכיר במקרים בהם לא התקיימה החזקה במידה הדרושה, כשכירות, מוכיחה ששכירות דורשת החזקה ייחודית. חוק הגנת הדייר קובע חריגים סטטוטוריים להגדרת השכירות, שלולא קביעתם בחוק, לא היו נחשבים שכירות.

באשר לכך שהגדרת השכירות בחוק אינה דורשת החזקה ייחודית, כבר ראינו כי ניתן להסביר זאת על רקע הפסיקה שקדמה לחוק.

לגבי המבחן של בלעדיות החזקה: גם אם מבחן זה אינו נדרש לצורך הבחנה בין שכירות לרשיון, הוא נדרש לצרכים אחרים. למשל, לצורך הבנת המהות של השכירות והבחנה בינה לבין עסקות אחרות, כגון הסכם הכספת הבנקאית.

באשר לתחולת ההוראות של חוק השכירות גם על זכות שימוש ללא החזקה: אין להסיק מכך על היעדר הצורך בהחזקה ייחודית במסגרת השכירות.

ובאשר להגנה שניתנה לבעל החזקה משותפת: כאמור, סימן ב בפרק ג בחוק המקרקעין, הודן בהגנה על הבעלות והחזקה, קובע בסעיף 15 הגדרה שונה של המונח "החזקה". הגדרה זו יחדה לאותו פרק, ואינה חלה על הגדרת שכירות.

¹⁵⁰ וייסמן, לעיל הערה 146, בע' 58, 61; לרנר, לעיל הערה 139, בע' 28–29.

¹⁵¹ סעיף 2 לחוק המטלטלין, תשל"א–1971, ס"ח 184. הגדרה דומה מצויה בסעיף 2 לחוק המקרקעין.

בשכירות יש לכאורה מצבים של החזקה שאינה ייחודית. כך, למשל, כאשר שניים שוכרים דירה אחת ולכל אחד מפתח משלו לדירה, לכל אחד יש החזקה בנכס. אולם מצב זה שונה מהיחסים שבין הבנק והלקוח בגין הכספת. בדוגמה של שוכרים יחד, שיתוף החזקה הוא בין השוכרים, ולמשכיר אין החזקה בנכס, בעוד שלגבי הכספת, לבנק "המשכיר" יש מידה די רבה של החזקה. כמו־כן, כל אחד מהשוכרים יכול לממש את זכותו להחזקה ושימוש באופן עצמאי וללא סיוע מצד המשכיר, בעוד שהלקוח תלוי בבנק. בדוגמה של השוכרים, אף אחד מהם אינו תלוי באחר. למעשה, מתקיימים שני חוזי שכירות נפרדים: משכיר - שוכר א, משכיר - שוכר ב. לכל אחד החזקה עצמאית בנכס. אם נשתמש במודלים השונים של החזקות שהצענו לעיל,¹⁵² לשוכרים יחד יש החזקה משותפת, בעוד שלגבי הכספת מדובר בהחזקה משולבת.

סיטואציה אחרת שיש בה לכאורה מצב של ריבוי החזקות היא שכירות־משנה. ב, השוכר נכס מ־א משכירו בשכירות־משנה ל־ג. ג הוא מחזיק ישיר בנכס. ב הינו מחזיק עקיף בנכס. אולם גם דוגמה זו שונה ממקרה הכספת. שוב, גם ב וגם ג אינם תלויים במשכיר לצורך החזקתם, ולמשכיר אין כל החזקה בנכס. גם כאן מתקיימים למעשה שני חוזי שכירות נפרדים: א - שוכר ב, שוכר ב - שוכר ג, בעוד שלגבי הכספת השכירות היא משולבת.

במקרה של שכירות על־ידי יחיד, כאשר שכירויות נוספות של אותו נכס אינן מעורבות בה, לא ניתן לדבר על החזקה משותפת לשוכר עם מי שאינו שוכר (ובפרט עם המשכיר עצמו). נדרשת החזקה בלעדית של השוכר, החזקה מלאה ועצמאית, ללא תלות במשכיר.

פתרון נוסף שהעלינו בפרק הדין בשמירה הוא שללקוח ו/או לבנק יש החזקה קונסטרוקטיבית. החזקה קונסטרוקטיבית על־ידי שוכר הוכרה כהחזקה מספיקה לצורך שכירות בפסק־דין אחד בודד, שנפסק על־ידי בית־המשפט המחוזי לפני חקיקת חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה, ולא אומץ בפסק־דין מאוחרים יותר.¹⁵³ אנו סבורים כי לאחר חקיקתם של חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה, ולאור אופיה של השכירות כיום, כפי שתיארנו לעיל, אין להכיר בהחזקה קונסטרוקטיבית על־ידי השוכר.

שנהב ולויתן¹⁵⁴ מאזכרים במאמרם פסק־דין אמריקאי שקבע כי החזקה של הבנק ברכוש המופקד בכספת היא החזקה עקיפה, שאין בה כדי לענות על דרישת החזקה הנדרשת משומר, ולפיכך היחסים בין הצדדים, אף־על־פי שיש בהם חלק מן

¹⁵² בפרק ב.1 (ב) לעיל.

¹⁵³ ע"א (ת"א) 604/50 ברינדל נ' מלך שלמה המלך בע"מ, פ"מ ד 478, 483.

¹⁵⁴ לעיל הערה 29, בע' 122. כאמור, לא מצאנו בפסק־הדין בסיס לקביעתם.

ההיבטים של שמירה, הינם יחסים של שכירות ביסודם. השכירות משתרעת הן על המקום הפיסי והן על ה"ביטחון". הלקוח שוכר את המקום בו הוא יכול לאחסן את רכושו, ויחד עימו את הביטחון לשמירת הרכוש.

"שכירות ביטחון" היא יצור תמוה. לפי חוק השכירות והשאלה שלנו, השכירות יכולה להתייחס למקרקעין, מיטלטלין או זכויות. ניתן אולי לדבר על כך שהלקוח שוכר "זכויות לביטחון", אולם נראה שכוונתם של שנהב ולויתן היתה לקבלת שירותי ביטחון, והדבר מתאים יותר לחוזה קבלנות. דהיינו, מדובר, אם בכלל, בחוזה מעורב של שכירת מקום ושל קבלת שירותי ביטחון.

ובאשר ל"החזקה העקיפה": אם לבנק יש החזקה בתכולת הכספת, ואפילו היא עקיפה, החזקה זו פוגעת במעמדו כמשכיר, שהרי לפי הגדרת השכירות, ההחזקה במושכר, ובוודאי בחפצי המושכר במושכר, צריכה להיות בידי המושכר, ולא בידי המשכיר. יתר על-כן, החזקה עקיפה מתקיימת כאשר במקביל למחזיק העקיף, קיים גם מחזיק ישיר המחזיק מטעמו של הראשון. לגבי כספות לא ניתן לומר שהלקוח הינו מחזיק ישיר מטעמו של הבנק.

כאשר אנו באים לבחון את ההחזקה בכספת עצמה (הקופסה המתכתית), הרי זו מצויה בידי הבנק, בעוד ההחזקה בחלל הפנימי של הכספת מצויה, לשיטתנו, בידי הבנק והלקוח במשולב. כך או כך, אין ללקוח החזקה בלעדית בכספת או בחללה הפנימי. ניתן איפוא לסכם ולומר כי ללקוח אין החזקה הייחודית הנדרשת ביחס לכספת, ודי בכך שהסכם הכספת לא ייחשב שכירות.

ניתן למצוא פסקי-דין אמריקאיים בודדים שהכירו בהסכם הכספת כבהסכם שכירות. בעניין אחד שכתרו שני אנשים כספת מחברה, ולכל אחד מהם ניתנה זכות גישה לחדר לכספת. החברה השכירה כספות, קופסות ותאים שונים שהיו המצויים בחדר ביטחון גדול, שהגישה אליו נשמרה על-ידי עובד החברה. כל לקוח קיבל מפתח או קומבינציה למנעול של הקופסה או הכספת המסוימת שלו, ובמשך תקופת ההסכם היתה לו שליטה בלעדית באמצעי היחיד שאיפשר גישה לכספת. הנכסים שבכספת לא היו מעולם בשליטתה של החברה, והפיקוח היחיד שהיה לחברה התבטא בשמירה על חדר-הביטחון ועל הגישה אליו. בית-המשפט פסק שאין לחברה "החזקה" או "שליטה" בתכולת הכספת. היחסים בין הצדדים כללו אומנם כמה יסודות הדומים לאלה של שמירה, אך הסטטוס המשפטי דמה יותר לשכירות של בית-משרדים, כאשר לבעל הבית יש פיקוח ושליטה ולשוכר יש זכות גישה לבניין ולמשרד המסוים ששוכר וזכויות בלעדיות במשרד.¹⁵⁵ יש לזכור כי באותו מקרה איפשר רק המפתח שנמסר ללקוחות את פתיחת הכספת, ולא היה צורך

People ex rel. Glynn v. Mercantile Safe Deposit Co. 143 N.Y.S. 849, 851 ¹⁵⁵ (1913).

באמצעי נוסף מצד הבנק, כך שעובדות המקרה שונות מן ההסדר הנהוג בארץ ובעולם לגבי כספות.¹⁵⁶

בעניין *Carples* דובר בחברת כספות שהיתה בעלת הבניין וחדר-הכספות שהכספת היתה מצויה בו, והיא שקבעה את כללי הגישה לכספת. כללים אלה דרשו שיתוף-פעולה מצידה בעת פתיחת הכספת. אולם בית-המשפט מציין כי ההחזקה והפיקוח שהיו לחברה נועדו להבטחת תכולתה של הכספת ופעלו לטובת הלקוח יותר מאשר לשם קבלת החזקה בתכולת הכספת. הלקוח, כפוף לכללים, היה בעל זכות גישה בלתי-מעוררת לכספת שלו. אומנם, במובנים מסוימים, יכלה החברה להיחשב לשומר, אך ההחזקה והשליטה של הלקוח היו דומים לאלה של שוכר משרד בבניין-משרדים. בית-המשפט מציין כי לצורך השאלה שעמדה לדיון (עיקול תכולתה של הכספת), לא נדרש להכריע בסוגיה.¹⁵⁷

גם בעניין *Dupont v. Moore* השווה בית-המשפט את הכספת לשכירת דירה, וציין כי יש להבחין בין שליטה במושכר לבין שליטה בדרכי הגישה. מי ששוכר משרד בבניין-משרדים מקבל מפתח למשרדו ונחשב לשוכר גם אם אין לו מפתח לכניסה הראשית של הבניין; גם אם הוא יכול להגיע למשרד רק על-ידי שימוש במעליות המופעלות על-ידי המשכיר; או להיכנס לבניין רק לאחר שעבר את השוער; ואף אם למשכיר יש מפתח למושכר עצמו למטרות הטפלות לשכירות עצמה. גם אם ההחזקה הפיסית של השוכר אינה מוחלטת (absolute), היא ייחודית (exclusive). לדעת בית-המשפט, המצב דומה לכספת בנקאית. מהעובדה ששליטתו של השוכר בכספת שלו תלויה במידה מסוימת ביכולתו לגשת אליה לא ניתן ללמוד שההחזקה בתכולה היא בידי הבנק. הבנק יכול להשיג החזקה בתכולה ללא הסכמת הלקוח על-ידי פריצת הכספת שלא כדין בדיוק כמשכיר שפורץ לנכס שהשכיר ולוקח משם דברים. גם אם בסיטואציות מסוימות, מניעת ההחזקה מאחד יכולה לעלות לכדי קבלת החזקה על-ידי האדם המונע אותה מאותו אחד, אין זה כך לגבי כספות. היעדר יכולתו של הלקוח לגשת לכספת באופן חופשי אינו מקנה לבנק החזקה בה.¹⁵⁸

G.V.I. "Storage Contract as a Bailment of Chattels, or Lease of Place where
Chattels are Stored" 138 A.L.R. (1942) 1131, 1143¹⁵⁶

Carples v. Cumberland Coal & Iron Company, supra note 10, at p. 1212¹⁵⁷

Wells v. Cole 260 N.Y. (1935) 166 A. 417 (1933) 420¹⁵⁸ וראו בדומה: *Wells v. Cole* 260 N.Y. (1935) 166 A. 417 (1933) 420, צוטט

בהסכמה ב: *Kohlsaat v. First Nat. Bank of St. Paul* 33 N.W. 2d 712 (1948)

אנו מסכימים ששליטה בדרכי הגישה למושכר אינה מקנה החזקה במושכר או בתכולתו;¹⁵⁹ אולם אין ללמוד מכך שמדובר בשכירות. יש לבדוק במדויק את ההחזקה ביחס לתכולה עצמה, בלי קשר לשאלת ההחזקה בכספת או לשליטה בדרכי הגישה אליה. יתר על-כן, קיימים הבדלים בין שכירת משרד לבין שכירת כספת. בעוד שבשכירת משרד הלקוח יכול לפתוח את המשרד על-ידי שימוש במפתח שנמסר לו, אי-אפשר לפתוח את הכספת במפתחו של הלקוח בלבד, אלא נדרש שימוש מקביל במפתח המצוי רק בידי הבנק. והבדל נוסף: לבנק אין בדרך-כלל העתק של המפתח שנמסר ללקוח, בעוד שלמשכיר משרד יש העתק כזה, אם לצורכי החזקה וטיפול במושכר, אם למקרי חירום. בכוחם של פרטים עובדתיים אלה להבדיל בין עסקת שכירות לעסקת שמירה.

בפסק-דין מסוים נשללה במפורש הקביעה כי יחסי בנק-לקוח הם יחסי משכיר-שוכר, אם כי מנימוק אחר: בעוד שביחסי שכירות, הן הזכות לנכס המושכר והן ההחזקה בו עוברות לשוכר למשך תקופת ההסכם, ולמשכיר אין זכויות או חובות כלשהן כלפי הדייר באשר לנכס המושכר, הרי שלגבי כספות, אין החוזה בין הצדדים משפיע על הזכות בנכס/בתכולה, שנותרת של הלקוח, אך גורם להעברת ההחזקה לבנק.¹⁶⁰

תמוהה הקביעה כי למשכיר אין זכויות וחובות כלפי הדייר באשר לנכס המושכר. יש לו חובות, כגון ביצוע תיקונים שונים במושכר לפי דרישת השוכר, עליו לאפשר לשוכר להשתמש בנכס ללא הפרעה, ועוד. יש לו גם זכויות, כגון הזכות (אם נקבע כך בחוזה) שהמושכר לא יועבר לצד שלישי. בית-המשפט היה יכול להסתפק בנימוק בדבר היעדר החזקה בלעדית על-ידי הלקוח כדי לשלול קיומה של שכירות. בעוד שהסכם הכספת כשכירות לא הוכר בארצות-הברית, הגישה הדומיננטית בשיטות המשפט הקונטיננטליות היא שהסכם הכספת הוא "חוזה על פיו משכיר הבנק ללקוח מקום מסוים בטוח, שהוא חלק ממקרקעי הבנק, שם יכול הלקוח להכניס בפרטיות מוחלטת את הדברים היקרים לו."¹⁶¹ הגדרה זו נובעת משתי סיבות עיקריות: ראשית, שמירה, על-פי הגדרתה המסורתית, דרשה מסירה של הנכס לידי השומר, דבר שאינו מתקיים במקרה של כספת. שנית, מטעמים היסטוריים, כך נתפס חוזה הכספות עוד בדין הרומי.

¹⁵⁹ אך ראו דעתה השונה של רנר, לעיל הערה 27, בע' 58-59, לפיה יש חשיבות ל"שליטה בשטח שבתוכו מצוי החלל עם הנכס" כדי לקבוע החזקה בנכס המצוי באותו חלל.

¹⁶⁰ *Morgan v. Citizens' Bank of Springhope*, supra note 65; see also *Farnum v. Connecticut Bank & Trust Company*, supra note 65, at p.170; *Blair v. Riley*, supra note 65, at p. 212.

¹⁶¹ בן-אוליאל, לעיל הערה 12, בע' 458.

3. כוונת הצדדים

כפי שקבענו לגבי הסכם שמירה, גם לגבי הסכם שכירות לא די בכך שהכוונה תתייחס להחזקה בלבד או להחזקה ושימוש, אלא עליה להתייחס לשכירות עצמה. יש לוודא שרצון הצדדים היה להתקשר בהסכם שכירות.

לא כל מקרה של החזקה בלעדית הוכר בפסיקה כשכירות אף לפני חוק השכירות והשאלה וחוק המקרקעין, ובתי-המשפט אימצו גם מבחנים אחרים לאישור קיומה של שכירות. אחד המבחנים היה "כוונת הצדדים". לכאורה, מעבר מן המבחן האובייקטיבי של ההחזקה הייחודית למבחן הסובייקטיבי; אך כפי שנראה להלן, גם מבחן זה אינו סובייקטיבי כל-כך בהתחשב באופן שבו השתמשה בו הפסיקה.

בעניין וייסמן נ' סטריקובסקי נפסק אומנם כי המונח "שכירות" יתפרש לפי כוונת הצדדים לחוזה הספציפי, דהיינו, למה שהתכוונו הם במונח "להשכיר". אולם מייד המשיך השופט אגרנט וקבע כי בהשתמש במונח "להשכיר", התכוונו הצדדים למובן שהחוק מייחס לביטוי זה.¹⁶² אנו רואים כי המבחן שנקבע היה למעשה מבחן אובייקטיבי - בחינה של דרישות החוק. ואם כך, המבחן של "החזקה בלעדית", המהווה אחת מהדרישות האלה, חוזר בדלת האחורית.¹⁶³

לדעת וייסמן,¹⁶⁴ כאשר רוצים לקבוע אם הופר התנאי בחוזה האוסר על השכרת הנכס בשכירות מלאה, יש לבדוק את כוונת הצדדים עצמה: מהו המובן שייחסו הם למונח "שכירות" שבו השתמשו, ולא מהו המובן שהחוק מייחס למונח "שכירות". דהיינו, מבחן סובייקטיבי, ולא אובייקטיבי. רק במקרים בהם יוכל בית-המשפט לקבוע שמבחינה עובדתית היתה הכוונה לאסור על השכרה בהתאם למובנה המשפטי, יהיה נכון לבדוק את מובנה המשפטי האובייקטיבי. מובן שכדי לקבוע את כוונת הצדדים, יש להתחשב גם במשמעות המשפטית של המונח; אך ככל שזו ברורה פחות וכרוכה בהבחנות דקות, כן יהיה פחות סביר להניח שהצדדים התכוונו

¹⁶² לעיל הערה 140, בע' 642-643.

¹⁶³ גם בע"א (ת"א) 604/50, לעיל הערה 153, נזקק בית-המשפט למבחן "ההחזקה הבלעדית" נוסף למבחן של כוונת הצדדים. אך השוו לע"א 47/51, לעיל הערה 98, שם נקבע כי אף שהתקיימה החזקה ייחודית, לא היתה כוונת הצדדים לשכירות, והיא גוברת. ראו גם: ע"א 219/52 עפרון נ' גליקין, פס"ע יז 264, 270. מצוטט בהסכמה בע"א 79/56 המפקח על נכסי נפקדים נ' צויברג, פ"ד יא 1021, 1029; ע"א (ת"א) 323/56, לעיל הערה 97; ע"א 161/60 אחוזת אביב בע"מ נ' וייספיש, פ"ד טו 1070; ע"א 48/65 לוינטון נ' פרוו, פ"ד יט(1) 596, 601; ת"א (חי') 351/49 פלס נ' משרד התחבורה, פ"מ ז 167, 170.

¹⁶⁴ וייסמן "על ההבחנה בין שכירות מקרקעין לרשיון" הפרקליט יט (תשכ"ג) 299.

למשמעות מסוימת דווקא. אם בתי-המשפט מתחבטים לגבי מובנה המשפטי של השכירות, אין לצפות שמוכן זה יהיה ברור וידוע לצדדים. המצב שונה כאשר באים לקבוע את יחסי הצדדים לצורך תחולתם או אי-תחולתם של חוקי הגנת הדייר. כאן אכן יש להעדיף את המובן שהחוק מייחס למונח "שכירות". וייסמן לא פירט מהו המבחן לגבי עצם הגדרת השכירות, בלי קשר לתחולתם של דיני הגנת הדייר, אלא לצורך הבחנה בין שכירות לבין עסקות אחרות, כמו במקרה הכספת. וייסמן מעיר כי באף אחד מפסקי-הדין שהתבססו על המבחן של כוונת הצדדים לא נבדק אם כוונת הצדדים התייחסה ליצירת זכות קניינית דווקא, להבדיל מזכות חוזית, אלא נבדק באופן כללי אם התכוונו ליצירת שכירות. הוא מציג לבדוק גם עניין זה.¹⁶⁵

בפסקי-דין אחדים השתמשו במבחן של כוונת הצדדים באופן שונה מעט. לא-אחת נפסק שקיימת חזקה לפיה "משנמסר נכס לאדם לשם שימוש תמורת תשלום, חזקה שקיבל את הנכס כשוכר". במיוחד כאשר נעשה הסכם בכתב, המכונה "חווה שכירות". בדומה לכך נפסק כי "העובדה שאדם שילם סכום כסף לחברו - וזה קיבלו - בתורת 'דמי שכירות' או 'שכר דירה', מהווה הוכחה לכאורה בדבר יצירת קשר מעין זה". אולם ניתן לסתור חזקות אלה ולהוכיח, על-סמך הנסיבות הקיימות או בדרך אחרת, כי לא זו היתה כוונתם של אותם צדדים. משמע, המבחן של כוונת הצדדים שימש לצורך סתירת חזקות משפטיות בדבר קיום שכירות.¹⁶⁶

לשם קביעתה של כוונת הצדדים נעזרו בתי-המשפט במבחן אחר, והוא מידת הארעיות שבקשר. אפילו נמסרת חזקה ייחודית בנכס, אין התוצאה בהכרח שכירות כאשר היתה כוונה למסור את הנכס באופן ארעי לתקופה קצרה.¹⁶⁷ בתי-המשפט לא התעלמו מכך שמשכה הקצר של התקופה כשלעצמו אינו שולל את האפשרות שהיחס הנוצר יהיה שכירות. בהשתמשם במבחן הארעיות, הדגישו שנוסף לארעיות,

¹⁶⁵ וייסמן, **לעיל** הערה 140, בע' 41, 45-49. חריג לכך ניתן אולי למצוא בדבריו של השופט חשין בע"א 267/54 פ"ד י' **חברת הנפט העירקית בע"מ**, פ"ד י' 1413, 1419, שם הבחין בין "כוונה לזכות ממשית בדירה גופה, להבדיל מזכות אישית בלבד להתגורר בדירה".

¹⁶⁶ ע"א 11/54 **יוחננוף נ' אונגר**, פ"ד ט 668; ע"א 96/49 **סודיט נ' רוזנברג**, פ"ד ד 733, 737; וראו גם ע"א 40/48 **מזרחי נ' מזרחי**, פ"ס"ב 317; ע"א 47/51 **לעיל** הערה 97, בע' 875; ע"א 78/51 **שלמה שותפות רשומה נ' חסאן**, פ"ד ח 480; ע"א 79/56 **לעיל** הערה 163.

¹⁶⁷ ע"א 11/54, **שם**, בע' 670; סעיף 10 לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972, קבע שקשר כזה הוא שכירות, אך הוראות החוק לא יחולו עליה; ראו גם ע"א (ת"א) 115/53 **לדרר נ' רוזנר**, פ"מ ח(ת) 167; ע"א (ת"א) 206/53 **שלייפר נ' פישמן**, פ"מ ח(ת) 189; ע"א 40/48, **שם**, אם כי מדובר שם על ארעיות במוכן אחר: זכותו של בעל הנכס לדרוש את פינוי הנכס בכל שעה. לדעת וייסמן, **לעיל** הערה 164, בע' 42, הערה 31, מכיוון שעל-פי המג'לה שכירות מאופיינת בתקופה קצובה, הסכם הכולל זכות כזו לא ייחשב שכירות. וכן ת"א (ת"א) 2562/80 **יוסף נ' ג'מעה**, פ"מ השמ"ו (א) 192, 205; ק' ה' 'ישוב - מה בין שכירות לרשיון', **הפרקליטי יא (תשט"ו)** 1, 3, לומד על מבחן זה גם מפסקי-דין בעניין **בדר נ' בוכמן**, **לעיל** הערה 97.

נדרשת גם כוונה מצד מוסר ההחזקה (בעל הנכס) לשוב ולהשתמש בנכס בעצמו בתום התקופה שהוסכם עליה על-מנת שהיחס לא ייחשב לשכירות.¹⁶⁸

נדגיש שכיום, אין הגדרת שכירות בחוק המקרקעין ובחוק השכירות והשאיילה כוללת תנאי של קביעות או אי-ארעיות. יסוד הזמן היחיד הכלול בהגדרות אלה הוא: "שלא לצמיתות", ומושג זה נוטה יותר לארעיות מאשר לקביעות.

גם אם היה מקום למבחן של כוונת הצדדים לפני כניסתם של חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאיילה לתוקף, היש לו מקום גם כיום? סוכובולסקי עונה על כך בשלילה. לדעתו, חוקי הגנת הדייר יצרו ערכוביה במושגי השכירות, והפסיקה נאלצה לאמץ מבחנים לא-מתאימים רק על-מנת לא להגיע לתוצאות בלתי-צודקות. מכל מקום, לאחר חקיקת חוק המקרקעין והגדרת השכירות המופיעה בו, אין עוד צורך במבחן של כוונת הצדדים.¹⁶⁹

אנו סוברים אחרת. כפי שצינו בפרק הדן בשמירה, כאשר בודקים אם החוזה בין הבנק ללקוח הוא חוזה מסוג מסוים, אין להסתפק בבחינת היסודות הנדרשים על-פי החוק המסוים החל על אותו חוזה, אלא יש להתחשב גם בדיני החוזים הכלליים, וקודם-כל - בכוונת הצדדים. גם אם הגדרת השכירות אינה דורשת במפורש כוונה של הצדדים לכרות ביניהם חוזה שכירות, זוהי דרישה הכרחית על-פי חוק החוזים (חלק כללי). "הביטוי גמירת דעת מיוחד בחוק החוזים לכוונה הספציפית, היא הכוונה להתקשר בחוזה המסוים..."¹⁷⁰ [הדגשה שלי - ר' פ"ש]. לכוונת הצדדים יש חשיבות רבה ביותר. יכולות להיות מערכות יחסים שונות הכוללות את היסודות של החזקה ושימוש בנכס שלא לצמיתות ובתמורה; הכוונה היא זו שמבדילה בין העסקות השונות.

כפי שפירטנו לעיל,¹⁷¹ כוונת הבנק והלקוח היא לשמירה, וגם מטעם זה אין לראות בהסכם הכספת הסכם שכירות.

¹⁶⁸ ע"א 11/54, שם, שם; לביקורת על מבחן זה ראו וייסמן, שם, בע' 43.

¹⁶⁹ סוכובולסקי, לעיל הערה 145, בע' 103; גם לרנר, לעיל הערה 139, אינו מציין יסוד זה כאחד מיסודות השכירות.

¹⁷⁰ שלו, לעיל הערה 100, בע' 84.

¹⁷¹ בפרק ב.3.

4. שימוש

יסוד נוסף הכלול בהגדרת השכירות, הן לפי חוק המקרקעין והן לפי חוק השכירות והשאלה, הוא "הזכות להשתמש בנכס". חוק השכירות והשאלה מייחס חשיבות לשימוש הנובע מהשכירות כשלעצמו, בלא קשר להחזקה.¹⁷² יחד עם זאת, החוק אינו מגדיר מהו שימוש, מהו היחס בינו לבין החזקה ואם השימוש צריך להיות בלעדי של השוכר. שימוש והחזקה הם שני דברים שונים. שימוש אינו כולל בחובו החזקה: ייתכן שימוש ללא החזקה ותיתכן החזקה ללא שימוש.¹⁷³ מה שנחשב שימוש בנכס משתנה מעניין לעניין, ותלוי קודם-כל בטיב הנכס וכיצד תיארוהו הצדדים.¹⁷⁴ גולדנברג מסביר במאמרו¹⁷⁵ שהמונח "שימוש" מצביע על פעולות חוזרות ונשנות, אולם מציין שניתן גם להבין את המונח כמצביע על פעולות שגרתיות, להבדיל מעסקות בנכס. לרנר¹⁷⁶ מציין כי שימוש הוא "שימוש תוך שמירה על גוף הנכס", שהרי השוכר חייב להחזיר את המושכר בתום השכירות. תנאים אלה מתקיימים במקרה של הסכם הכספת. אין חולק שהלקוח "משתמש" בכספת.

שאלה נוספת שיכולה להתעורר לגבי "שימוש" לצורך שכירות היא אם על השימוש להיות שימוש ייחודי של השוכר. השאלה של ייחודיות השימוש אינה מתעוררת בנוגע לכספות בנקאיות. בעוד שלגבי החזקה קבענו כי מדובר בהחזקה משולבת של הבנק ושל הלקוח בכספת (לרבות חללה הפנימי), ועל-כן נאלצנו לבדוק אם החזקה כזו מספקת לצורך שכירות, השימוש בכספת נעשה רק על-ידי הלקוח, ולא על-ידי הבנק. על-כן הוא שימוש ייחודי, ומספק בכל מקרה לצורך שכירות. ההסכמים הנהוגים בארץ לגבי כספות כוללים הגבלות באשר לשימוש המותר בכספת: הם קובעים אילו נכסים אסור להפקיד בכספת; מהן השעות בהן

¹⁷² לרנר, לעיל הערה 139, בע' 13.

¹⁷³ ע"א (חי') 144/79 עזבון הרשקו נ' מנדלוביץ, פ"מ תש"ם (ב) 145, 152–153; י' פרידגוט "השכרת נכס משותף" הפרקליט לג (תש"ם–תשמ"א) 544, 556. לרנר, שם, בע' 13. עם כל הכבוד, איננו מסכימים לנימוקו האחרון שם, לפיו מסירת החזקה במושכר היא פעולה חד-פעמית, בעוד שמסירת השימוש נמשכת כל תקופת השימוש. לפי סעיף 5(א) לחוק, המשכיר חייב למסור את "המושכר", ובמקביל, סעיף 12 לחוק קובע כי השוכר חייב לקבל את "המושכר" להחזקתו. משמע, הדבר הנמסר הוא לא זכויות ההחזקה והשימוש, אלא המושכר עצמו. יתר על-כן, גם לו היינו מכירים במסירה של זכויות ההחזקה והשימוש, הרי היא נעשית באופן חד-פעמי במעמד מסירת המושכר, נמשכת לאורך כל תקופת השכירות, ומאפייניה הנ"ל תופסים הן לגבי החזקה והן לגבי השימוש. (אגב, "חד-פעמי" אינו ההיפך של "נמשך". יש להבחין בין "חד-פעמי" לבין "חוזר על עצמו", ובין "רגעי" ל"נמשך"). א' סוכובולסקי "על שכירות מקרקעין לאחר חוק השכירות והשאלה, תשל"א–1971" משפטים ד (תשל"ב) 440–441.

¹⁷⁴ ע"א 235/53 סלוניםסקי נ' הלוי, פ"ד ח 667.

¹⁷⁵ א' גולדנברג "שיתוף במקרקעין בחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969" עיוני משפט ג (2-1971) 104.

¹⁷⁶ לרנר, לעיל הערה 139, בע' 59.

ניתן לגשת לכספת; לעיתים על הלקוח למלא תנאים מוקדמים, כגון חתימה על טופס מסוים וכיוצא בזה. אולם הגבלות אלה פועלות במישור החוזי שבין הבנק ללקוח, ואינן משפיעות על יחודיות השימוש מצד השוכר.

5. שלא לצמיתות

יסוד נוסף שנכלל בהגדרות השכירות הוא "שלא לצמיתות". לשם יצירת יחס של שכירות דרושה הגבלת זמן.¹⁷⁷

האם חייבים לקבוע מראש תקופה מסוימת לשכירות? כבר בע"א 17/49 וייסמן נ' סטריקובסקי¹⁷⁸ נפסק שגם אם לא הוסכם על תקופה מסוימת, אלא על סידור שהוא "מחודש לחודש", אין בעובדה זו כדי לגרוע מטיבו של ההסכם כהסכם שכירות. כן ניתן לקבוע שהשכירות תתחדש מאליה בתוך התקופה המוסכמת, אלא אם יבחר אחד הצדדים לבטלה;¹⁷⁹ ניתן להסכים על קיצור התקופה הקבועה על-סמך הודעה מראש;¹⁸⁰ לקבוע שכירות לתקופה קצובה תוך מתן זכות לשוכר להאריכה לתקופות נוספות ללא הגבלת זמן;¹⁸¹ ועוד.

על-פי חוזי השכירות הנהוגים בארץ, תקופת שכירות מסוימת נקבעת עם תחילת ההתקשרות, והיא נמשכת עד לסוף השנה הקלנדרית או שנת-הכספים. לאחר-מכן תתחדש השכירות מאליה לשנה בכל פעם, אלא אם הודיע אחד הצדדים לרעהו על סיומה. אם כן, היסוד של "שלא לצמיתות" מתקיים בנוגע להשכרת כספות בנקאיות.

¹⁷⁷ ע"א 46/74 מורדוב נ' שכטמן, פ"ד כט(1) 447, 482.

¹⁷⁸ לעיל הערה 140, בע' 641.

¹⁷⁹ ע"א 405/67 פתחיה נ' אללי, פ"ד כב(1) 373.

¹⁸⁰ ע"א 453/74 עובדי בית ברנר שיכון בת"א בע"מ נ' חירותי, פ"ד כט(1) 500.

¹⁸¹ לרנר, לעיל הערה 139, בע' 54, הערה 64.

6. בתמורה

על-פי הגדרת השכירות, המאפיין את השכירות, להבדיל מהשאילה, הוא היותה תמורת דמי-שכירות.¹⁸² כאמור, הבנקים נוהגים בדרך-כלל לגבות תשלום בעד הכספת, והוא אף מכונה "דמי-שכירות".

בהסכמי הכספות הנהוגים בארץ, דמי-השכירות משולמים מראש לכל תקופת השכירות. אם הכספת היא מיטלטלין, זוהי התניה על סעיף 14(א) לחוק, הקובע כי בשכירות מיטלטלין ישולמו דמי-השכירות בסוף כל תקופה.

מהו הדין כאשר הבנק מוותר ללקוח מסוים על עמלה זו, או גובה סכום סמלי? בעניין זה דנו לעיל במסגרת ההבחנה בין שומר-חינם לשומר-שכר,¹⁸³ ואנו סבורים שקביעותינו שם יפות גם לעניין זה. על-כן, יסוד התמורה מתמלא גם במקרים אלה.

7. סיכום

לשיטתנו, הסכם הכספת אינו הסכם שכירות. ראשית, ללקוח אין ההחזקה הייחודית הנדרשת ביחס למושכר (הקופסה המתכתית והחלל שבתוכה). אך יותר מכך, כוונת הצדדים אינה לשכירות, קרי, להחזקה ולשימוש בכספת כשלעצמם, אלא לשמירה על חפצים שיופקדו בה.

מכיוון שהגענו למסקנה שהסכם הכספת אינו הסכם שכירות, יש להימנע משימוש בביטויים כגון "הסכם שכירות", "דמי-שכירות", "שוכר-משכיר" ודומים להם מתחום השכירות. במהלך המאמר השתדלנו להשתמש במונחים אחרים, כגון "הסכם הכספת", "דמי הכספת" וכדומה, אף אם מבחינה דקדוקית אין הם מדויקים או שלעיתים אינם "נשמעים טוב" בהקשר שהם נמצאים בו. אם בכל זאת יאוזכרו מונחים מתחום השכירות, ייעשה הדבר אך בהיסח-הדעת.

ד. הסכם שימוש

סעיף 31 לחוק השכירות והשאילה מכיר ב"זכות שהוקנתה להשתמש בנכס, שאין עימה הזכות להחזיק בו, בתמורה או שלא בתמורה". האם ניתן לראות בהסכם הכספת מתן זכות ללקוח להשתמש בכספת? ודוק, גם במקרה זה, בדומה לדיון שערכנו לגבי השכירות, זכות השימוש של הלקוח נבחנת ביחס לכספת עצמה, ולא ביחס לתכולה.

אין חולק שללקוח זכות להשתמש בכספת, וכי אין לו זכות להחזיק בכספת עצמה, אלא בתכולתה. לכן ניתן לומר לכאורה כי מדובר בזכות שימוש על-פי סעיף 31 הנ"ל.

¹⁸² בעניין זה ראו ע"א 112/54 המפלגה הקומוניסטית חיפה נ' הכנסייה הארמנית חיפה, פ"ד ט 527;

וכן לרנר, שם, בע' 51.

¹⁸³ בפרק ב.2.

אולם סיבה נוספת לכך שלא הכרנו בהסכם הכספת כבהסכם שכירות היא שכוונת הצדדים להסכם הכספת היא קודם-כל שמירה. הלקוח מפקיד את חפציו בכספת לא משום שהוא מעוניין להשתמש בה עצמה – שהרי הוא יכול להתקין כספת בביתו – אלא על-מנת ליהנות מאמצעי הביטחון היעילים של הבנק להגנה על הכספת, כגון חדר-כספות מבוצר, מערכת הזעקה, מערכת לגילוי אש ושאר האמצעים החיצוניים לכספת עצמה. אין מדובר כאן על "הקניית זכות שימוש", אלא זכות השימוש היא תוצאת-לוואי של ההסדר. לפיכך, לא ניתן לדבר על הסכם שימוש.

בארצות-הברית נשמעו קולות מעטים ביותר שצידדו בסיווג הסכם הכספת כרשיון ("license"):

"The company allows the renter to use the safe-deposit box subject to certain duties it imposes upon that use, and grants, for a consideration, certain benefits of protection, which either are implied from the nature of the license, or expressed by the contract which embodies the conditions of it. The idea that the relationship is one of licensor and licensee is then fully explanatory of the duties of exclusion and safe-keeping which rest upon the company, the restricted and circumscribed use of the facilities rented, and the proper legal concept of possession of the contents in the renter-owner."¹⁸⁴

כן הוסבר כי השוואת יחסי הבנק והלקוח לרשיון נעשית על סמך אנלוגיה למתארח בבית-מלון. כשם שהמתארח מחזיק בחפציו המצויים בחדר במלון אף שלבעל המלון החזקה בחדר עצמו, כך גם הלקוח מחזיק בתכולת הכספת בעוד החזקה בכספת עצמה היא בידי הבנק.¹⁸⁵ וכשם שמתארח בבית-מלון אינו שוכר של החדר, כך הלקוח אינו שוכר של הכספת, אלא בעל הרשיון.¹⁸⁶ אולם לא מצאנו ולו פסק-דין אחד שתמך בגישה זו.¹⁸⁷ יתר על-כן, סעיף 12(ב) לחוק השומרים בארץ, קובע, כאמור, כי יחסי אורח-בית-מלון באשר לחפצי האורח בחדרו הם דווקא יחסי שמירה.

ה. חוזה קבלנות

¹⁸⁴ Fletcher, *supra* note 7, at p. 446.

¹⁸⁵ Tilzer, *supra* note 38, at p. 326.

¹⁸⁶ Cummins, *supra* note 16, at p. 132.

¹⁸⁷ בית-המשפט העליון העלה אפשרות כזו ב: *National Safe Deposit Company v. Stead*, *supra* note 65, at p. 68, אך בסופו של דבר אימץ את גישת בית-המשפט קמא שמדובר בשמירה.

חוק חוזה קבלנות מגדיר בסעיף 1:

”חוזה קבלנות הוא חוזה לעשיית מלאכה או למתן שירות בשכר, כשהקבלן אינו עובד של המזמין.”

ובסעיף 2 הוא מסביר:

”הקבלן חייב לעשות את המלאכה או לתת את השירות, והמזמין חייב לשלם את השכר, הכל לפי המוסכם בין הצדדים.”

הסכם הכספת יכול להיחשב חוזה קבלנות, ונשוא החוזה הוא מתן שירותי שמירה בשכר.

החוק שותק לגבי שאלת המקום של מתן השירות. מהסכם הכספת עולה כי השירות ניתן בחצרי הקבלן עצמו, דהיינו, בסניף הבנק, בחדר-הכספות שלו. ועל הלקוח-המזמין להביא את הנכס נשוא השירות, דהיינו, החפצים המיועדים להוות את תכולת הכספת, אל הבנק. במסגרת מתן השירות וכדי להעניק את השירות באופן טוב ביותר, הבנק-הקבלן מספק ללקוח-המזמין כספת, נותן לו מפתח מתאים וקובע את סדרי השימוש בכספת.

כאשר השירות שהקבלן נותן הוא שירות שמירה על נכס, ההסכם מהווה בה-בעת גם הסכם שמירה וגם הסכם קבלנות.¹⁸⁸ לפיכך, לגבי הכספת, הבנק נחשב הן קבלן שירותי שמירה והן שומר-שכר על-פי חוק השומרים, כשהשמירה היא המטרה העיקרית של העסקה.

לתוצאה זו נגיע גם על-פי סעיף 6(ב) לחוק חוזה קבלנות, הקובע שאם אבד הנכס או ניזוק בעודו בידי הקבלן, הקבלן אחראי כשומר-שכר, ששמירת הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו.¹⁸⁹ סעיף 6(ב) אינו מוגבל רק למקרים בהם בוצע שירות בנכס עצמו, אלא חל על כל חוזה קבלנות בו השירות קשור לנכס כלשהו (להבדיל מחוזים בהם אין השירות מתייחס לנכס כלשהו).¹⁹⁰ לפיכך, הסעיף חל על הסכמי כספות, לפיהם שירותי השמירה ניתנים ביחס לנכסים המצויים בכספת.

אולם תנאי לתחולתו של סעיף 6(ב) הוא שהנכס נמצא בידי הקבלן, דהיינו, בהחזקתו.¹⁹¹ לשיטתנו, כאמור, תכולת הכספת נמצאת בהחזקה משולבת של הבנק

¹⁸⁸ זמיר, לעיל הערה 13, בע' 135.

¹⁸⁹ הרציונל לכך מוסבר בדיון בכנסת על הצעת חוק חוזה קבלנות, תשנ"ד-1974, ד"כ 71 (תשנ"ה) 2375, 2376. הסעיף בא להעלות את דרגת האחיות של הקבלן מזו שהיתה נקבעת לפי מבחניו הרגילים של חוק השומרים, כי בדרך-כלל השמירה בחוזה קבלנות טפלה למטרה העיקרית של העברת הנכס. בחוזה שמירה לשמה אין הסעיף משנה את הסיווג של השומר, כי מלאכת השמירה היא עיקר החוזה. ראו זמיר, שם, בע' 619. לרנר, לעיל הערה 139, בע' 23.

¹⁹⁰ זמיר, שם, בע' 596.

¹⁹¹ זמיר, שם, שם.

והלכות, והחזקה זו דיה שהתכולה תיחשב "בידי הקבלן" לצורך סעיף 6(ב). אם היה די בה לצורך הטלת אחריות על-פי חוק השומרים, די במידה זו של החזקה גם לצורך סעיף 6(ב), המטיל על הקבלן אחריות לפי חוק השומרים. לפיכך, בין אם נסווג את ההסכם כשמירה ובין כחוזה קבלנות, הבנק אחראי במידה זהה לתכולת הכספת. מערכות דינים אחדות חלות במקביל על יחסי בנק-לקוח.¹⁹² בוודאי שדינים אחדים יכולים לחול במקביל. השילוב בין הדינים ייעשה כך ששאלת האחריות של הבנק לתכולת הכספת תיקבע לפי חוק השומרים, ויתר העניינים ייקבעו לפי חוק חוזה קבלנות.¹⁹³

בת"א (הרצליה) 296/86 נידונה אחריותה של חברת שמירה ששמרה על בית-אריזה. השמירה התבצעה באמצעות שומר יחיד, שהיה חייב לצאת מדי שעה מבקתתו שליד שער הכניסה של האתר ולסייר בתחומי האתר. החברה טענה שהיא לא היתה שומרת, אלא קבלנית שירותי שמירה, שכן לא היתה לה החזקה בנכס. בית-המשפט העיר כי טענה זו היא "מסוג טענות סרק טורדניות, שמשמיעו מיטיב היה לעשות לו חסכן מעצמו ומבית-המשפט... הצורמת את האוון בהישמעה מפי מי שעל השמירה פרנסתו..."¹⁹⁴ אנו סבורים שקביעה זו מתאימה גם לגבי הסכם הכספת. לא מצאנו בפסיקה ובספרות המשפטית האמריקאית התייחסות להסכם הכספת כאל חוזה קבלנות למתן שירותי שמירה.

ו. חוזה ביטוח

חוק חוזה ביטוח קובע בסעיף 1, שכותרתו היא "מהות של חוזה ביטוח", כך: "חוזה ביטוח הוא חוזה בין מבטח לבין מבוטח, המחייב את המבטח, תמורת דמי ביטוח, לשלם, בקרות מקרה הביטוח, תגמולי ביטוח למוטב." בדברי ההסבר להצעת-החוק נאמר כי סעיף זה בא להציג את המשתתפים בעסקת ביטוח ולתאר את העסקה תיאור כללי.¹⁹⁵ דהיינו, אין מדובר בהגדרה ממצה של

¹⁹² ס' דויטש "יחסי בנק לקוח - אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זכרון לגר טדסקי (תשנ"ו) 163.

¹⁹³ זמיר, לעיל הערה 13, בע' 135-136.

¹⁹⁴ ת"א (הרצליה) 296/86 הסנה חברה לביטוח בע"מ נ' יבטח בע"מ, פ"מ תש"ן (ג) 257, 261. גם בע"א (י-ם) 288/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' ב. עופר שירותי שמירה ונקיטן בע"מ, פ"מ תשנ"ו (1) 320, 324, נחשבה חברת שמירה לשומרת על-פי חוק השומרים.

¹⁹⁵ הצעת חוק הביטוח, תשל"ו-1975, ה"ח 22.

חווה ביטוח.¹⁹⁶ יתר על-כן, החוק אינו מגדיר "ביטוח" מהו, אם כי בהמשכו הוא עושה שימוש במונח זה וקובע אף סוגי ביטוח ספציפיים.¹⁹⁷ חווה הביטוח מתואר אפוא על-ידי קיום המרכיבים הבאים: חווה, מבטח, מבוטח, קביעת דמי-הביטוח, קביעת האירוע בגינו ישולמו התגמולים למבוטח, קביעת שיעור התגמולים.¹⁹⁸ מטרתה הסופית של עסקת הביטוח היא, מנקודת-ראותו של המבוטח, לקבל תגמולי ביטוח בקרות מקרה הביטוח.¹⁹⁹ מקרה הביטוח, שהוא כתחום העתיד, צריך שתהיה בו מידה של איודאות, אם באשר למועד האירוע ואם באשר לעצם האירוע, שייתכן שלא יארע כלל. ועוד צריך שממקרה הביטוח עלול לנבוע הפסד למבוטח.²⁰⁰ Clarke מציין כי באנגליה נפסק לא-אחת שעל אירוע הביטוח להיות מנוגד לאינטרס של המבוטח, אולם אלמנט זה אינו מתקיים בכל סוגי הביטוח השונים (למשל, ביטוח זיקנה, בו תגמולי הביטוח משולמים רק אם המבוטח מגיע לגיל מסוים).²⁰¹

מאפייני הביטוח הם העברת סיכון ופיזורו: המבוטח מעביר את הסיכון משכמו לשכם המבטח, וזה מפזרו בין המבוטחים השונים. העברת הסיכון מדגישה את ההיבט האינדיווידואלי של הביטוח, וחלוקת הסיכון - את ההיבט הציבורי-החברתי. אולם מאפיינים אלה אינם ייחודיים לביטוח, ולמעשה, כל מוצר עסקי טומן בחובו חלוקה של סיכון, כשהסיכון יכול להיות מחוץ לשליטת הצדדים.²⁰² ביטוח הינו פיצוי (כספי בדרך-כלל) בגין נזק. אף-על-פי שחוזי הביטוח נועדים לשפות את המבוטח על נזקים, דיני הביטוח אינם זהים לדיני הנזיקין. הברל עקרוני

ביניהם הוא נושא האשם, שנעדר במקרי הביטוח. השאלה בביטוח אינה של אשם או סיבת הנזק, אלא רק אופי הנזק והאופן בו התרחש.²⁰³ בביטוח יש יסוד מסוים של הימור, הן מבחינת המבוטח והן מבחינת המבטח.²⁰⁴

¹⁹⁶ ע"א 702/89 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' נועם אורים, פ"ד מה(2) 811, 820; א' ידין חוק חווה הביטוח, התשמ"א - 1981 (תשמ"ד) 23, 29.

¹⁹⁷ גם חוק הפיקוח על עיסקי ביטוח, התשמ"א-1981, ס"ח 208, אינו מגדיר מהו ביטוח. ואף בהצעת חוק הפיקוח על עיסקי ביטוח, התשמ"א-1980, ה"ח 81, נאמר במפורש כי אין כוונה להגדיר ביטוח או חווה ביטוח, שכן עניין זה ייקבע על-פי הדין המהותי הכללי או בחוק חווה הביטוח (שטרם נחקק אז), ואינו נושא לחקיקה במסגרת חוק הפיקוח על עסקי הביטוח. לדעת ידין, שם, בע' 23, היסודות שסעיף 1 לחוק מפרט לגבי "חווה ביטוח" הם גם היסודות של "ביטוח".

¹⁹⁸ ע"א 702/89, לעיל הערה 196, בע' 821.

¹⁹⁹ ת"א (י-ם) 1649/86 דנקנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"מ תש"ן (א) 485, 491.

²⁰⁰ ת"א (ב"ש) 231/81 אבן צור נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"מ תשמ"ה (ג) 45, 49.

²⁰¹ M.A. Clarke *The Law of Insurance Contracts* (London, 1989) 5; ראו גם ידין,

לעיל הערה 196, בע' 25.

²⁰² Clarke, *ibid*, at pp. 5, 6.

²⁰³ ע"א 15/86 חצוב סחר ופיתוח בע"מ נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 666, 670.

הקביעה מה ייחשב לחוזה ביטוח אינה קלה. כך, למשל, הוכר הסדר עובד-מעביד לגבי צבירת ימי מחלה כסידור שיש בו סממנים של "חוזה ביטוח".²⁰⁵ מבטח אינו חייב להיות דווקא מי שעיסוקו בביטוח לשמו או שעיקר עיסוקו בביטוח כאמור.²⁰⁶

האם הסכם הכספת יכול להיחשב לחוזה ביטוח? לכאורה, התשובה חיובית. קיים חוזה בין הבנק (המבטח) ללקוח (המבוטח) המחייב את הבנק, תמורת דמי-ביטוח (התשלום בגין הכספת), לשלם ללקוח בקרות מקרה הביטוח (נזק לתכולת הכספת או אובדנה) תגמולי ביטוח (סכום הפיצוי על-פי ההסכם). יחד עם זאת אנו סבורים כי הסכם הכספת אינו חוזה ביטוח. אין כאן צד זר שעיסוקו בקבלת אחריות כלפי בעל הנכס תמורת תשלום, אלא הבנק נושא באחריות כשומר-שכר, ואם ייגרם נזק לנכס הנשמר, ייאלץ לפצות את המפקיד בגבולות אחריותו. כפי שציינו לעיל, על חוזה ביטוח, ככל חוזה אחר, חלים דיני החוזים הכלליים,²⁰⁷ ומכוחם יש לבדוק מהי כוונת הצדדים לחוזה. בעוד שמטרתה הסופית של העסקה בחוזה ביטוח, לפחות מנקודת-מבטו של המבוטח, היא קבלת תגמולי הביטוח בקרות מקרה הביטוח, לא זו כוונתו של הלקוח המשתמש בכספת בנקאית. כוונתו של הלקוח היא להבטיח לתכולת הכספת אמצעי הגנה שימנעו ממנה נזק או היעלמות. ותוצאת-לוואי של מטרה זו היא שאם בכל זאת יקרה אירוע כזה, יפצה על כך הבנק את הלקוח. במילים אחרות, מדובר בעסקת שמירה הכוללת גם יסוד של פיצוי, ולא בעסקת שיפוי או ביטוח לשמה.

תמיכה לקו זה ניתן למצוא בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, המגדיר "עיסוק בביטוח" כך:

"התקשורת דרך עסק בחוזה ביטוח, למעט מתן אחריות למצרך או לשירות הנלווה לעיסוק עיקרי אחר של נותן האחריות..."

הסכם הכספת אינו חוזה ביטוח, אלא מתן אחריות הנלווה לשירות השמירה שהבנק נותן ללקוח. במילים אחרות: הספקת שירות של שמירת נכסים בשכר אינו ביטוח. הסעיף מדבר על "עיסוק עיקרי אחר", ולא על "עיסוק עיקרי", כך שגם אם כספות אינן השירות העיקרי של הבנק, די בכך שהן חלק מעיסוקיו העיקריים.

²⁰⁴ אם כי אין הוא הימור לשמו. ראו ידין, לעיל הערה 196, בע' 26.

²⁰⁵ ת"א (ב"ש) 231/81, לעיל הערה 200, בע' 58-59; ראו גם ע"א 619/78, 620, 621 חנוכיץ נ' כהן,

פ"ד לה(4) 281, 295.

²⁰⁶ Clarke, *supra* note 201, at p. 3.

²⁰⁷ ידין, לעיל הערה 196, בע' 13-14.

ששון²⁰⁸ מסביר כי ההגדרה הנ"ל של "עיסוק בביטוח" נועדה לשחרר יצרנים מתחולת חוק הפיקוח, על-מנת שלא ייחשבו למבטחים ללא רשיון. כך, למשל, יצרנים המוכנים להחליף מוצר אם התגלה בו פגם בתוך תקופה מסוימת, או ספקי שירותים שונים המוכנים לתקן מוצר שהתקלקל תמורת רנטה שנתית. ששון מתבסס על פסיקה אמריקאית, אולם בהצעת-החוק²⁰⁹ ובדיונים בכנסת²¹⁰ שקדמו לחקיקת חוק הפיקוח על עסקי ביטוח לא צויינה במפורש כוונה כזו דווקא, ולדעתנו, אין מניעה להחיל את הסיפא של ההגדרה גם על ענייננו.

למותר לציין כי על-פי סעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי), הורשה בנק לעסוק בשמירת נכסים ובהשכרת כספות, אך לא לעסוק בשירותי ביטוח. כמו-כן, על-פי סעיף 14 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, נאסר עיסוק בביטוח ללא קבלת רשיון. יש איפוא לזקוף לזכות הבנק את ההנחה שגם הוא לא התכוון לעסוק בעיסוקים האסורים עליו, ועל-כן אין הוא רואה את ההסכם כחווה ביטוח.

גם בארצות-הברית לא הוכר הבנק כמבטח לגבי תכולת הכספת. נפסק:

"The general rule is that, in the absence of an agreement between the parties, the limit of the bank's obligation is the exercise of ordinary care, and the bank is not an insurer of the property."²¹¹

ז. חוזה מיוחד או חוזה מעורב

לדעתו של בן-אוליאל, הסכם הכספת הינו חוזה מיוחד במינו (sui generis), שאינו ניתן לסיווג לפי הדגמים הקיימים במשפט הפרטי. מדובר בחוזה הכולל תנאי מכללא לפיו על הבנק להבטיח מצב מסוים של ביטחון לגבי תכולת הכספות. תנאי

²⁰⁸ מ' ששון דיני ביטוח (תשמ"ט) 63.

²⁰⁹ הצעת חוק הפיקוח על עיסוקי ביטוח, לעיל הערה 197, שם.

²¹⁰ ד"כ (התשמ"א) 1075, 2267.

²¹¹ R. Nattler, W.H. Schlichting, T. Rice, J. Cooper *Banking Law* (N.Y., 1993) 8–10; See also: American Jurisprudence 2nd, *supra* note 50, at p. 450; D.A.N., *supra* note 129, at p. 284; *Veihelmann v. Manufacturers Safe deposit Co.*, *supra* note 69; *Rosendahl v. Lehmi Valley Bank*, *supra* note 65, at p. 294; *Wilson v. Citizens Central Bank of Nelsonville*, *supra* note 7, at p. 119; *Morgan v. Citizens' Bank of Springhope*, *supra* note 65, at p. 1302; *Webber v. Nank of Tracy* 225 p. 241 (1924); *Bank of Grottoes v. Brown* 8 F. 2d 321 (1925).

מכללא זה אף גובר על כל תנאי מפורש אחר הכלול בהסכם, כגון סעיף הפוטר את הבנק מאחריות כלשהי לתכולה. חובתו של הבנק היא להשיג את התוצאה המסוימת של מצב הביטחון, ולא חובה להפעיל אמצעי ביטחון או לשמור על התכולה. על-כן אין מדובר, לדעתו, בחוזה שמירה לשמו. חובת הבנק האמורה היא באופיה חובת אמונים, והיא נובעת מיחסי האמון הקיימים בין הצדדים.²¹²

בן-אוליאל מציין גם כי בצרפת התפתחה תיאוריה חדשה שעל-פיה הסכם הכספת הוא חוזה מיוחד מסוג של "פיקדון למען השגת שמירה".²¹³

ביסוס השמירה על תנאי מכללא נעשה גם בפסק-הדין בעניין **כלל נ' עופר**. שם החזיקה חברת קבלנות באתר בנייה גדול שהיה שומם לאחר שעות העבודה, ואיפשרה לקבלן-המשנה להשאיר באתר ציוד יקר. נפסק כי בכך היא התחייבה כלפיו **מכללא** בדבר שמירה, והוטלה עליה אחריות של שומרת על-פי חוק השומרים.²¹⁴ ובדומה לכך, בעניין *Farnum v. Connecticut Bank & Trust Co.*, שעסק בכספות, נפסק שבין הבנק לבעלי הכספות קיים בדרך-כלל הסכם מכללא בדבר שמירתה והגנתה של תכולת החפצים המופקדים אצלו, שלא נסתר על-ידי הסכם אחר בין הצדדים.

אולם בספרות המשפטית בארץ נמתחה ביקורת על השימוש בתנאי מכללא. בין השאר נאמר כי השימוש בו גורם להתרחקות מרצון הצדדים האמיתי, בקובעו כביכול את כוונתם המשוערת. הוא חורג מפירוש לגיטימי של החוזה לעבר עריכתו בדיעבד למען הצדדים. המבחנים להחלתן של תניות מכללא – מבחן הטרדן המתערב או מבחן היעילות העסקית – קשים ליישום, ואינם מתאימים תמיד. בפרט אין להם מקום מאז נחקק חוק החוזים (חלק כללי). התנאי מכללא נועד במקורו להשלמת חסרים בחוזה, אך הדבר מוסדר כיום בסעיפים 25–26 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובעים מנגנון אחר להשלמה. נוסף על כך, לאור תחולתו הרחבה של סעיף 39 לחוק ועקרון תום-הלב, אין צורך בתנאי מכללא. יתירה מזו, התנאי מכללא

גם אינו מתיישב עם ההוראות הללו בחוק החוזים (חלק כללי).²¹⁵ לדעתנו, עדיף לסווג את הסכם הכספת לתוך אחת המשבצות המוכרות של דיני החוזים, כגון

²¹² לעיל הערה 12, בע' 82.

²¹³ שם, הערה 37. התנגדות לכך מביע 331, *Tilzer, supra note 38*.

²¹⁴ ע"א 288/94, לעיל הערה 194, בע' 331.

²¹⁵ שלו, לעיל הערה 100 בע' 294–297. פרידמן כהן, לעיל הערה 114, בע' 527. ע"א 636/78 ויצמן נ'

אברמזון, פ"ד לג(3) 295, 298. ע"א 4628/93, לעיל הערה 100, בע' 325. מ' דויטש ביטול חוזה בעקבות הפרתו (תשנ"ג) 51, 161. ברק, לעיל הערה 114, בע' 477. השור ר' בן-נתן "דיני התניה מכללא במשפטנו העכשווי – עיון נוסף" משפטים יז (תשמ"ז) 571, 583, המציע לתנאי מכללא ביסוס משפטי שונה מזה שניתן לו עד כה.

משבצת השמירה, מאשר לבנות מוסד חשוב כל-כך על-סמך נושא השנוי במחלוקת כמו התנאי מכללא.

יתר על-כן, בן-אוליאל קובע כי התנאי מכללא גובר על כל תנאי מפורש בהסכם שעל-פיו הבנק מסרב להכיר באחריותו לתכולת הכספת ולשלמותה. לא ברור לנו בסיסה המשפטית של קביעה זו; הכיצד תנאי מכללא גובר על תנאי מפורש? לשם השוואה, גם בפסק-הדין בעניין *Farnum*, המובא לעיל, הכירו בתנאי מכללא, אך קבעו שהוא נסוג מפני תנאים מפורשים בהסכם.²¹⁶ נראה כי זה המבנה ההיררכי הראוי, אם מכירים בכלל בתנאי מכללא.

בן-אוליאל מאמץ את המודל של חוזה מיוחד כדי להגיע למסקנה כי הסכם הכספת הוא הסכם תוצאתי. אך גם הסכם שמירת-שכר הוא הסכם תוצאתי מעצם טיבו.²¹⁷

בכלל, הפתרון של חוזה מיוחד הוא פתרון בעייתי, משום ששאלות שלא יזכו בליבון מפורש בהסכם שבכתב (לרבות בשל ביטול סעיפים מקפחים בחוזה מיוחד שהוא חוזה אחיד) יצטרכו להיפתר, בין השאר, על-סמך היקש לחוקים הקיימים. וכאן נימצא נעזרים בחוק השכירות והשאילה, חוק השומרים וחוקים נוספים שמלכתחילה לא מצאנו שניתן להחילם על העסקה הנידונה בהיותה עסקה "מיוחדת".²¹⁸ ראוי להכיר בתופעה מיוחדת כתופעה *sui generis* רק כאשר אין היא ניתנת לשיון ברור לאחת המשבצות הקיימות המוכרות על-ידי המחוקק.²¹⁹ למעשה, בן-אוליאל אינו דוחה את המסקנה שחובת שמירה מוטלת על הבנק, אלא שהוא תומך בקיומה של חובה זו תוך מסגרת חוזית שונה מזו של הסכם שמירה. אנו סבורים שאין צורך לאמץ מודל של חוזה מיוחד כאשר ניתן לסווג את היחסים לתוך המשבצת של יחסי שמירה בכלל והסכם שמירה בפרט.

מודל אחר שהוצע הוא מודל של "חוזה מעורב", וכאן הוצע חוזה מעורב של שכירות ושמירה,²²⁰ חוזה מעורב של שכירות, שמירה ועבודה,²²¹ ואף חוזה מעורב של שכירת נכס, שכירת שירותים ופיקדון.²²² לדעתנו, יש לדחות את התפיסה של חוזה מעורב. ראשית, הבדלים יסודיים קיימים בין חוזי השכירות והעבודה לבין הסכם הכספת. שנית, קביעת ההסדר המשפטי שיחול על חוזה מעורב הינה בעייתית בשל הקושי בהתאמת הכללים השונים המסדירים חוזים אלה.

²¹⁶ *Supra* note 65, at p. 170. ראו גם ע"א 224/76 חברת נופש ערד בע"מ נ' הסוכנות היהודית, פ"ד לא(1) 449, 454.

²¹⁷ א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן) 110.

²¹⁸ ראו גם *Tilzer, supra* note 38, at p. 331, שהתנגד לפתרון זה.

²¹⁹ לשם השוואה, בשל נימוק זה נקבע כי כרטיס האשראי הוא תופעה *sui generis*. דו"ח הוועדה לבידיקת הבעיות המשפטיות של כרטיסי האשראי (ירושלים, תשמ"ב) 13-14.

²²⁰ לפי בן-אוליאל, לעיל הערה 12, בע' 462, כך נהוג באיטליה.

²²¹ Fletcher, *supra* note 7, at p.444.

²²² Stein, *supra* note 12, at p. 52-53.

ח. סיכום

בחינת מהותו המשפטית של הסכם הכספת הבנקאית, המבוסס על הסדר הכספות המקובל בארץ ובעולם, מוליכה למסקנה כי מדובר בשמירה, וכי הבנק הוא שומר-שכר של הכספת. ודוק, לא רק שיחסי שמירה מתקיימים בין הצדדים, אלא הסכם הכספת הוא הסכם שמירה לשמו.

לצורך יחסי שמירה נדרשת החזקה של השומר בנכס הנשמר. לאחר בחינה של סוגי ההחזקות השונים, הגענו למסקנה כי לבנק וללקוח יש החזקה משולבת בתכולת הכספת, וכי החזקה משולבת כזו של השומר והמפקיד מספקת לצורך יחסי שמירה על-פי חוק השומרים.

באשר לכוונת הצדדים להסכם, הבחנו בין כוונה לשמור לבין כוונה להחזיק גרידא, כאשר לצורך "יחסי שמירה" די בכוונה להחזיק, אך לצורך הסכם שמירה נדרשת כוונת שמירה, וזו גם זו מתקיימות אצל הצדדים להסכם הכספת.

הסכם הכספת מהווה גם חוזה קבלנות למתן שירותי שמירה, כאשר הבנק, כקבלן, אחראי לתכולת הכספת כשומר-שכר על-פי חוק השומרים.

נוסף על כך בחנו אם הסכם הכספת הוא הסכם שכירות, אך הגענו למסקנה כי בעוד שההחזקה המשותפת של הבנק והלקוח מספיקה לצורך שמירה, אין היא מספיקה לצורך שכירות. מטעם זה, ובעיקר לאור כוונת הצדדים, שאינה לשכירות, כי אם לשמירה, פסלנו את האפשרות האמורה.

כן אין לראות בהסכם הכספת, לדעתנו, הסכם שימוש, חוזה ביטוח, חוזה מיוחד (sui generis) או חוזה מעורב.

למסקנתנו, לפיה מדובר בשמירה, יש השלכות חשובות ביותר, ובעיקרן הטלת אחריות גבוהה על הבנק במקרה של נזק לתכולה או אובדנה (בהיעדר קביעה אחרת בת-תוקף בהסכם לעניין האחריות).