חוק לישראל: שכירות ושאילה

חוק לישראל

עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי
כיסוד לחקיקה ולפסיקה
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

מיכאל ויגודה

שכירות ושאילה

ספרית המשפט העברי

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאכסן במאגר מידע
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני אופטי או מכני או
אחר — כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה

©
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת״ד 7483 ירושלים 91074
תשנ״ח — 1998
ירושלים

פתח דבר

משפטיך תהום רבה
(תהלים לו, ז)

מטרת החיבור שלפנינו היא הצגה שיטתית ועדכנית של דיני השכירות והשאילה במשפט העברי בזיקה למשפט הנוהג בארץ. לשם כך דנתי במפורט בהוראות חוק השכירות והשאילה, התשל"א־1971, בהתאם לשיטה הנקוטה בסדרה "חוק לישראל". מגמת הסדרה היא להכניס את הקורא לבית היוצר של ההלכה, ולא להסתפק במסקנת ההלכות. על כן הבאתי את מקורות המשפט העברי לדורותיהם ולענפיהם, באופן שיאפשר לקורא לעמוד על טעמי הדין ועל תהליך היווצרותה של ההלכה הפסוקה. כל המצוי במקורות המשפט העברי יודע עד כמה חשובה הבנת טעמי הדין לשם דימוי מילתא למילתא ולשם יישומן של ההלכות במציאות המשתנה[1].

עיקרו של החיבור אינו איסוף המקורות וסידורם השיטתי אלא ניתוח המקורות. חכמי התלמוד וממשיכיהם, הראשונים והאחרונים, בדרכם הקזואיסטית והדיאלקטית, אינם חושפים על פי רוב את העקרונות המשפטיים שעליהם הם משתיתים את פרשנותם ואת פסיקתם. גילוי אותם עקרונות הוא מלאכתו העיקרית של הלומד והחוקר.

בסוף כל סעיף הבאתי פרק סיכום, וכללתי בו את עיקרי המסקנות המעשיות שעלו בידי. בסיומו של הסיכום אף הצעתי נוסח אחר לכל סעיף מסעיפי החוק על פי עקרונות המשפט העברי. בכל מקום שנוסחו של הסעיף עולה בקנה אחד עם אחת השיטות המקובלות במשפט העברי, לא מצאתי לנכון להציע תיקון[2]; ואילו במקום שאין הדבר כן, אני מציע נוסח מתוקן של הסעיף לפי הדעה המקובלת, והתיקון בא לידי ביטוי בהדגשה מתאימה. המעיין במבוא ובסיכום של כל סעיף, יקבל מבט כללי על עקרונות המשפט העברי בנושא הנידון.

בסוף החיבור הובאה רשימה של הפוסקים והחיבורים שנזכרו בספר, ונכללו בה פרטים על זמנם ומקומם של המפרשים והפוסקים שאני מפנה אליהם.

אשר להיקף הנושאים הנידונים בחיבור: החוק עוסק בשכירות ובשאילת נכסים, ומסדיר את

[1] ביטוי חריף נגד ההסתמכות על פסקי הלכה בלא לדעת את מקורות התלמוד שעליהם מיוסדים הפסקים יש בדברי מהר"ל מפראג: "יותר ראוי ויותר נכון שיהיה פוסק מתוך התלמוד. ואף כי יש לחוש שלא ילך בדרך האמת ולא יפסוק הדין לאמיתו... מכל מקום אין לחכם רק מה שהשכל שלו נותן ומבין מתוך התלמוד. וכאשר תבונתו וחכמתו תטעה אותו, עם כל זה הוא אהוב אל השם יתברך... והוא יותר טוב ממי שפוסק מתוך חבור אחד ולא יודע טעם הדבר כלל, שהולך כמו עִור בדרך" (נתיבות עולם, נתיב התורה, פרק טז). לעומת זאת, השווה: שו"ת הר"י מיגאש, סימן קיד.

[2] אף לא הצעתי תיקון בעניינים שאמנם לא מצאתי להם בסיס במקורות המשפט העברי, אבל אינם עומדים בסתירה לעקרונותיו המקובלים.

חובותיהם וזכויותיהם של הצדדים המעורבים בעסקה בכל מה שנוגע לשימוש במושכר או במושאל. הוא אינו עוסק בשכירות פועלים כלל, ואף אינו עוסק בדיני השומרים החלים על השוכר ועל השואל, אלא בדרך אגב. אף אני לא דנתי בנושאים אלה אלא בדרך אגב[3].

בחלק מן הנושאים שעסקתי בהם בחיבור זה, דנתי גם בעבודת הגמר בנושא "סיכול חוזה שכירות במשפט העברי", שכתבתי לשם קבלת התואר מוסמך למשפטים בשנת תשנ"ב, בהדרכת פרופ' ברכיהו ליפשיץ. עבודה זו זיכתה אותי בפרס ע"ש ד"ר יעקב הרצוג ז"ל. לימים הרחבתי את המחקר בהדרכת פרופ' ליפשיץ, והגשתיו בשנת תשנ"ז לסינט האוניברסיטה העברית בירושלים בשם "מהות השכירות במשפט העברי", כחיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים. חיבור זה זיכה אותי בפרס על שם השופט ד"ר משה זילברג ז"ל.

אני מבקש לעמוד כאן על עניין אחד שדנתי בו בעבודת הדוקטורט[4]. בעוד הראשונים רואים את מהות השכירות כזכות קניינית במושכר, הרי אצל אחדים מגדולי האחרונים, השכירות נתפשת כהתחייבות, ועל פיה מתחייב המשכיר להעמיד לרשות השוכר את השימוש במושכר[5]. מה הביא לשינוי זה בתפישת מהות השכירות, מקניין להתחייבות? העליתי השערה שמקור השינוי מצוי בתופעה מקבילה שהצביע עליה פרופ' ליפשיץ[6] בעניין שכירות פועלים. לפנים, גם שכירות פועלים נתפשה כעסקה קניינית, ועל פיה יש למעביד זכות קניין בפועֵל לעניין כוח עבודתו. החל מן המאה הי"ג אנו עדים לצמיחתה של שיטה חדשה, ולפיה זכות המעביד אינה אלא זכות אובליגטורית כלפי הפועל שהתחייב לעבוד עבורו[7]. לדעתי, אפשר שלאחר שנתקבלה תפישה זו בדבר מהותה של שכירות פועלים אצל רבים מן האחרונים, עלתה התפישה שגם שכירות נכסים אינה מקנה לשוכר זכות קניינית במושכר, ומה שהיה לפנים קניין הפך להתחייבות. כך התאפשר לחכמים להכניס את שכירות הפועלים ואת שכירות הנכסים תחת קורת גג אחת[8].

חיבור זה לא היה רואה אור בלא עזרתם של רבים. חובה נעימה היא לי להביע להם שוב את רגשי תודתי.

ראש וראשון להם הוא פרופ' נחום רקובר, עורך הסדרה "חוק לישראל", אשר הכניסני לעולמו המרתק של מחקר המשפט העברי, והדריך אותי בין שביליו בלא לאות.

בתחילת עבודתי על החיבור היו לנגד עיניי בירורי דברים לסעיפי החוק שכתב ר' מרדכי ליברמן, ועליהן הוסיף את הערותיו הרב זלמן נחמיה גולדברג. משהורחבה היריעה, סייע בידי עמיתי וידידי הרב צבי קוסטינר, שנטל על עצמו את עיקרו של המחקר על פרק השאילה (סעיפים 26־30). חוויה מענגת הייתה לי עבודתנו המשותפת על ניסוחו הסופי של פרק

[3] ראה מפתח העניינים, ערך שומרים וערך שכירות פועלים. לדיון מקיף בדיני השומרים, ראה חיבורו של עמיתי ב' כהנא על חוק השומרים, התשכ"ז־1967, בסדרה "חוק לישראל".

[4] ראה שם, עמ' 23 ואילך.

[5] ראה על כך בהרחבה להלן, בדיוננו על סעיף 1.

[6] ראה ב' ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד.

[7] ראה ליפשיץ, שם, עמ' 50 ואילך. וראה שם, עמ' 85 ואילך, הצעתו של ליפשיץ לפתרון השאלה: מה הביא לשינוי זה בתפישת מהותה של שכירות פועלים?

[8] על מעבר זה מקניין להתחייבות, הן במשפט הכללי הן במשפט העברי, עמדו חוקרים נוספים, ואין כאן המקום להאריך.

השאילה ועל התאמתו לפרק השכירות. הרב אליעזר מילר בחן בדייקנות את החיבור כולו, והעיר הערות חשובות, רבות מהן הוכנסו בשמו בגוף החיבור. הנחייתו של פרופ׳ ברכיהו ליפשיץ במסגרת עבודתי לקבלת התואר ד״ר, העשירה את החיבור, בייחוד בשאלת בירור מהותה של השכירות כזכות קניינית או כהתחייבות.

מר צבי ברק וידידי ד״ר פיליפ קליין הדריכו אותי בסבלנות וביעילות בנבכי תורת המחשבים ועיבוד התמלילים, והיו לי לעזר רב. ד״ר יחיאל קארה ערך את הספר עריכה לשונית ועזר לי בהתקנת מפתח העניינים. הרב בנימין רקובר התקין את מפתח המקורות.

אני חב תודה מיוחדת לעו״ד ר׳ מאיר ארן זכרונו לברכה. פרופ׳ רקובר הציע לו לבחון את החיבור מן ההיבט של המשפט הישראלי, מאחר שנטל חלק בשעתו בהכנת החוק במסגרת עבודתו במשרד המשפטים יחד עם פרופ׳ א׳ ידין. לימים נתמנה ליועץ המשפטי של משרד ראש הממשלה, והוא נחשב בקהילה המשפטית למשפטן מובהק. ר׳ מאיר ארן, תלמיד חכם היה, משכיל היה, ומעל הכל — אדם היה. רבה הייתה אהבתו לתורה בכלל ולמשפט העברי בפרט, לעם ישראל ולארץ ישראל. השעות הרבות שעבדנו יחד על החיבור חרוטות בזיכרוני כשעות של חוויה אינטלקטואלית תוססת מִזה ושל רוגע ונועם מִזה. הוא הרעיף עליי מנות גדושות של עידוד ותמיכה, שהיו עבורי נכס יקר ועזרו לי להתמיד במלאכה. לצערנו הוא הלך לעולמו בטרם עת, ולא זכה לראות את הספר שהשקיע בו כה רבות. יהא חיבור זה נר לזכרו.

ועוד תודות יש בפי. תודה לסבי ולהוריי על כל הטוב שהשפיעו עליי. מי ייתן ויזכו לאורך ימים ושנים בטוב, בנחת ובבריאות יחד עם שאר בני המשפחה. תודה למו״ר הרב משה בוצ׳קו שליט״א, שלימד אותי את חשיבותו העליונה של השכל הישר בלימוד התורה. ואחרון אחרון חביב, תודה לרעייתי רבקה לבית מרצבך, המסייעת בידי בעבודתי. את רגשי תודתי לה איני יודע להביע במילים.

ה׳ את שנות כולם יאריך.

בס״ד, ירושלים
ר״ח אייר תשנ״ח

מיכאל ויגודה

תוכן העניינים

פתח דבר ה

התוכן לפרטיו יא

פרק א: שכירות

סימן א: הוראות כלליות

סעיף 1 מהות השכירות 3
סעיף 2 תחולה 59
סעיף 3 פרטים שלא נקבעו בהסכם 69
סעיף 4 תום לב 71

סימן ב: חיובי המשכיר

סעיף 5 המסירה, מועדה ומקומה 75
סעיף 6 אי־התאמה 89
סעיף 7 חובת תיקון המושכר 121
סעיף 8 העלמה של אי־התאמה או פגם 155
סעיף 9 תרופות בשל אי־תיקון 161
סעיף 10 פגם שאין לדרוש תיקונו 173
סעיף 11 שימוש ללא הפרעה 221

סימן ג: חיובי השוכר

סעיף 12 חובת קבלת המושכר 237
סעיף 13 דמי השכירות 245
סעיף 14 מועד התשלום ומקומו 257
סעיף 15 פטור מחובת תשלום 279

תוכן העניינים

סעיף 16 שימוש במושכר 359
סעיף 17 בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר 391

סימן ד: תקופת השכירות

סעיף 18 תחילת השכירות 399
סעיף 19 סיום השכירות 405
סעיף 20 החזרת המושכר 451

סימן ה: הוראות שונות

סעיף 21 העברת המושכר 465
סעיף 22 העברת השכירות 489
סעיף 23 תרופות כלליות בשל הפרת חוזה 535
סעיף 24 תחולת חוק השומרים, תשכ"ז־1967 537
סעיף 25 קיזוז 539

פרק ב: שאילה

סעיף 26 מהות השאילה 543
סעיף 27 תחולת סעיפים 561
סעיף 28 שלילת תרופות 571
סעיף 29 סיום השאילה 581
סעיף 30 העברת השאילה 599

פרק ג: שונות

סעיף 31 שימוש בלי החזקה 603

מפתחות 605

רשימה ביוגרפית 659

חוק השכירות והשאילה, התשל"א־1971 669

התוכן לפרטיו

פתח דבר ה

פרק א: שכירות

סימן א: הוראות כלליות

סעיף 1: מהות השכירות

פרק ראשון: מבוא 5

פרק שני: מהותה של השכירות כזכות חוזית או כזכות קניינית — "זכות שהוקנתה" 7

א. מבוא 7

ב. הגישה הקניינית 7

ג. הגישה החוזית 11

ד. הנפקות המעשית בין הגישות 15

ה. גישות ביניים 22

(1) קניין וחוזה 22

(2) קניין או חוזה 23

פרק שלישי: מהותם של דמי השכירות — "בתמורה" 24

פרק רביעי: היקף הזכות — "להחזיק בנכס ולהשתמש" 28

פרק חמישי: יסוד הזמן — "שלא לצמיתות" 32

פרק שישי: הנכס המושכר — "בנכס" 34

א. כללי 34

ב. אופייה המשפטי של שכירות נכס בלתי מסוים ("בית" סתם) 35

פרק שביעי: מועד העברת הקניין 49

פרק שמיני: סיכום 50

נספח: דרכי קניין השכירות — "שהוקנתה" 53

א. מעשה הקניין 53

ב. התחייבות להשכיר 57

סעיף 2: תחולה

פרק ראשון: מבוא 61

פרק שני: שכירות זכויות — "גם על שכירות זכויות" 62

א. מקור תוקפה 62

ב. אופייה המשפטי 64

פרק שלישי: שכירות משנה — "גם על שכירות־משנה" 66

פרק רביעי: עדיפות ההסכם על פני החוק — "באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם" 66

פרק חמישי: סיכום 67

סעיף 3: פרטים שלא נקבעו בהסכם 69

סעיף 4: תום לב 71

סימן ב: חיובי המשכיר

סעיף 5: המסירה, מועדה ומקומה

פרק ראשון: מבוא 77

פרק שני: חובת המסירה — "המשכיר חייב למסור... בהעמדת המושכר לרשותו" 78

פרק שלישי: מועד המסירה 79

א. הוסכם על מועד המסירה 79

ב. "הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית" 80

ג. "לא הוסכם על מועד המסירה" 81

ד. חובת הודעה — "על המשכיר להודיע לשוכר" 82

פרק רביעי: מקום המסירה 83

א. "במקום שבו נמצא המושכר בזמן כריתת החוזה" 83

ב. מסירה במקום אחר 85

פרק חמישי: סיכום 87

סעיף 6: אי־התאמה

פרק ראשון: מבוא 91

פרק שני: חובת ההתאמה, יסודה והיקפה — "למה שהוסכם בין הצדדים" 93

א. כללי 93
ב. חובת התאמה למוסכם — "סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו" 96
(1) מושכר מסוים ("בית זה") 96
(2) מושכר בלתי מסוים ("בית" סתם) 97
ג. חובת התאמה בהיעדר הסכמה 98
(1) התאמה לשימוש רגיל ולמטרת השכירות 98
(2) פגם בזכות 101

פרק שלישי: המועד הקובע לקיום אי־התאמה — "שבזמן המסירה" 102

פרק רביעי: התרופות בשל הפרת חובת ההתאמה 106
א. כללי 106
ב. ביטול ואכיפה 107
(1) אי־התאמה שאינה יסודית 107
(2) אי־התאמה יסודית 108
ג. פיצויים 109

פרק חמישי: סייגים להסתמכות על אי־התאמה 110
א. כללי 110
ב. ידיעת השוכר על אי־ההתאמה — "הוא ידע עליה בעת כריתת החוזה" 110
ג. נטל ההודעה והבדיקה — "הוא לא הודיע עליה... או... לא נתן... לבדוק" 115
ד. שימוש במושכר לאחר גילוי אי־ההתאמה 117

פרק שישי: סיכום 119

סעיף 7: חובת תיקון המושכר

פרק ראשון: מבוא 123

פרק שני: חובת התיקון, יסודה והיקפה — "המשכיר חייב... לתקן" 124
א. היסוד המשפטי לחובת התיקון 124
(1) שכירות בלתי מסוימת כבסיס לחובת התיקון (הריטב"א ו"נימוקי יוסף") 124
(2) הסכם מכללא, תקנה או חלק מזכות קניינית (רמב"ם, רא"ש, מאירי) 127
ב. היקף חובת תיקון הפגם 134
(1) נסיבותיו של הפגם 134
(2) מיקומו — "במושכר, או בנכס שברשותו המשמש את המושכר" 136
(3) חומרתו — "כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש" 139

פרק שלישי: תיקון פגם ותיקון אי־התאמה — "בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן" 142

פרק רביעי: סייגים לחובת התיקון 144
א. אחריות השוכר — "השוכר אחראי לו" 144
ב. הסכם או מנהג — "תיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר" 147

פרק חמישי: החלפת המושכר במקום תיקונו — "החלפת הנכס בנכס אחר" 148

פרק שישי: סיכום 153

סעיף 8: העלמה של אי־התאמה או פגם

פרק ראשון: מבוא 157

פרק שני: שכירות רגילה 158

פרק שלישי: שכירות פיננסית (ליסינג) 159

פרק רביעי: סיכום 160

סעיף 9: תרופות בשל אי־תיקון

פרק ראשון: מבוא 163

פרק שני: תיקון עצמי — "רשאי השוכר — לתקן את הפגם" 163
א. היסוד המשפטי לתיקון עצמי 163
ב. חובת מתן הודעה לפני ביצוע תיקון עצמי — "עליו להודיע" 166

פרק שלישי: הפחתת דמי השכירות — "רשאי השוכר — ... להפחית את דמי השכירות" 168

פרק רביעי: תרופות נוספות 170
א. אכיפה 170
ב. ביטול 170
ג. פיצויים 171

פרק חמישי: סיכום 172

סעיף 10: פגם שאין לדרוש תיקונו

פרק ראשון: מבוא 175

פרק שני: צמצום הזכות לאכיפת השכירות — "לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון" 177
א. התיקון אינו אפשרי — "תיקון הפגם... בלתי אפשרי" 178
ב. התיקון אינו סביר — "חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם" 178

פרק שלישי: עילות לאכיפה, אף שהתיקון בלתי אפשרי או בלתי סביר 179
א. אחריות המשכיר (היקף הפטור מהעמדת מושכר חלופי בשכירות מסוימת) 179
(1) פגם שהמשכיר ידע עליו מראש — "ידע עליהן המשכיר" 179
(2) פגם שהמשכיר יכול היה למנעו — "יכול היה למנען" 182

ב. שכירות בלתי מסוימת (היקף חובת העמדת מושכר חלופי בשכירות בלתי מסוימת) 183
(1) הגדרת פגם לעניין חובת ההחלפה 183
(א) מבוא 183
(ב) פגם המכביד על השימוש 183
(ג) פגם השולל השגת חלק ממטרות השכירות 185
(ד) ההבחנה בין פגם שניתן לתיקון ופגם שאינו ניתן לתיקון 186
(2) נסיבות אירוע הפגם 186
(א) מבוא 186
(ב) המקור התלמודי 187
(ג) מבחן קיום השימוש במושכר ולא מבחן נסיבות הפגם (רש"י) 189
(ד) מבחן קיום המושכר ולא מבחן נסיבות הפגם (הראב"ד והרשב"א) 190
(ה) מבחן "מזלך גרם" או מבחן נסיבות הפגם (רבנו חננאל) 192
(ו) מבחן אחריות המשכיר ("דברי משפט", "תשורת ש"י") 199
(ז) הנפקות המעשית בין השיטות 200
(ח) סיכום 202
(3) פגם המסכל את מטרת השכירות 204
פרק רביעי: התרופות כשאין המשכיר חייב להעמיד מושכר חלופי 205
א. מבוא 205
ב. הפחתת דמי השכירות וביטול החוזה 207
ג. מכירת המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות 210
פרק חמישי: סיכום 218

סעיף 11: שימוש ללא הפרעה
פרק ראשון: מבוא 223
פרק שני: חובת הימנעות מהפרעה — "חייב לאפשר לשוכר להשתמש... ללא הפרעה" 226
א. היסוד המשפטי לחובה 226
ב. היקף החובה 229
(1) הפרעה לשימוש המוסכם — "לפי המוסכם בין הצדדים" 230
(2) מידת ההפרעה 232
(3) מניעת הפרעה מידי גורם שלישי — "לאפשר" 233
פרק שלישי: תרופות 235
פרק רביעי: סיכום 236

סימן ג: חיובי השוכר

סעיף 12: חובת קבלת המושכר
פרק ראשון: מבוא 239

פרק שני: שיתוף פעולה עם המשכיר 240
פרק שלישי: קבלת המושכר ואחריות שמירה 241
פרק רביעי: תרופות בגין אי־קבלה 242
פרק חמישי: סיכום 243

סעיף 13: דמי השכירות
פרק ראשון: מבוא 247
פרק שני: חובת התשלום — "חייב לשלם למשכיר את דמי השכירות" 247
פרק שלישי: שיעור דמי השכירות 248
א. כשלא נקבעו מראש — "לא הוסכם על שיעור" 248
ב. חילוקי דעות בדבר שיעור דמי השכירות שנקבעו 250
פרק רביעי: תוצאות אי־תשלום 254
פרק חמישי: סיכום 256

סעיף 14: מועד התשלום ומקומו
פרק ראשון: מבוא 259
פרק שני: מועד התשלום — "בראשית כל תקופה... בסוף כל תקופה" 260
א. הכלל: "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף" 260
ב. "נקבעו דמי שכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות" 262
ג. דמי השכירות לא נקבעו לפי תקופות 266
ד. תשלום מראש והשלכותיו המשפטיות 266
פרק שלישי: אמצעי התשלום — "באחת הדרכים המקובלות" 269
א. מבוא 269
ב. הוסכם על אמצעי התשלום 269
ג. לא הוסכם על אמצעי התשלום 270
פרק רביעי: מקום התשלום — "במקום עסקו של המשכיר" או "במקום מגוריו" 275
פרק חמישי: סיכום 276

סעיף 15: פטור מחובת תשלום
פרק ראשון: מבוא 281

פרק שני: מניעת השימוש במושכר — "ונמנע מן השוכר להשתמש" 286
א. "מחמת נסיבות הקשורות במושכר" 286
(1) מניעת שימוש מוחלטת (הגישות השונות בהבנת שיטת הרמב"ם) 286
(א) כללי 286
(ב) מבחן קיום המושכר ("פני משה" ו"מחנה אפרים") 290
(ג) מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר (סמ"ע) 292
(ד) מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש ("נתיבות המשפט") 294
(ה) סיכום 296
(2) מניעת שימוש זמנית או חלקית 297
(א) מבוא 297
(ב) פגם הניתן לתיקון 299
(ג) פגם שאינו ניתן לתיקון 300
ב. מחמת נסיבות שאינן קשורות במושכר — "בדרכי הגישה" 302
(1) מבוא 302
(2) דרכי הגישה חסומות בפני השוכר בלבד 304
(3) דרכי הגישה חסומות בפני כולי עלמא 308

פרק שלישי: הפסקת עניין השוכר בהמשך קיום השכירות (סיכול המטרה) 309
א. מבוא 309
ב. פגיעה בתועלת השכירות 311
(1) מבוא 311
(2) קיום התועלת כתנאי בשכירות 312
(3) פגיעה בתועלת כשאינה תנאי בשכירות (גישות שונות) 313
(א) הקדמה 313
(ב) אין עילת פטור ("מחנה אפרים") 314
(ג) "מכת מדינה" הפוגעת במושכר כעילת פטור (סמ"ע) 315
(ד) "מכת מדינה" כעילה לחלוקת ההפסד ("נתיבות המשפט") 319
ג. מניעת השוכר מלהפיק תועלת מן המושכר 322

פרק רביעי: סיכום 323

פרק חמישי: השלמות 328
א. מניעת השימוש במושכר 328
(1) מניעת השימוש היא עילה לפטור מתשלום (רש"י, ראב"ד, רשב"א) 328
(2) הרס המושכר אינו עילה לפטור מתשלום (ר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א (הרא"ה)) 330
ב. מבחן הקיום מול הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" 337
ג. פגיעה בתועלת השכירות 339
(1) סקירת הסוגיות התלמודיות 339
(2) בחינת הסוגיות התלמודיות לאור שיטות הראשונים 343
(א) הסיכון לאבדן המושכר רובץ על השוכר (הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א) 343
(ב) מבחן הקיום (הרמב"ם, על פי הבנת "פני משה") 344
(ג) מבחן קיום השימוש (הראב"ד והרשב"א) 347
(ד) מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר (הרמב"ם על פי הבנת הסמ"ע) 349

(ה) מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש (הרמב"ם על פי הבנת "נתיבות המשפט") 351
(ו) שינוי נסיבות כעילת פטור (מהר"ם מרוטנבורג) 351
ד. טבלת סיכום 354

סעיף 16: שימוש במושכר

פרק ראשון: מבוא 361

פרק שני: מהות זכות השימוש 362

פרק שלישי: היקף זכות השימוש — "השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם" 365
א. הקדמה 365
ב. לא הוסכם על השימוש 366
ג. הוסכם על השימוש — "לא הותנה כשימוש ייחודי" 367
(1) "שימוש אחר... שלא יהיה בו משום פגיעה במושכר" 368
(2) "שימוש אחר... שלא יהיה בו... הכבדה על המשכיר" 370
ד. הוסכם על שימוש ייחודי — "שימוש ייחודי" 370
ה. שימוש מופחת 371

פרק רביעי: תוצאות שימוש אסור 372
א. שימוש החורג מן הסביר או המקובל 373
ב. שימוש סביר, אך שלא כמוסכם 375
ג. שימוש מופחת 385

פרק חמישי: שינויים פיזיים במושכר 388

פרק שישי: סיכום 388

סעיף 17: בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר

פרק ראשון: מבוא 393

פרק שני: בדיקת המושכר — "לאפשר למשכיר... לבדוק את המושכר" 394

פרק שלישי: תיקון המושכר — "ולבצע בו תיקונים" 395

פרק רביעי: סיכום 398

סימן ד: תקופת השכירות

סעיף 18: תחילת השכירות

פרק ראשון: מבוא 401

פרק שני: לא נקבע מועד התחלה 401

פרק שלישי: נקבע מועד התחלה 402

פרק רביעי: סיכום 403

סעיף 19: סיום השכירות

פרק ראשון: מבוא 407

פרק שני: שכירות שאינה קצובה — "לא הוסכם על תקופת השכירות" 408

א. הודעת סיום — "רשאי כל צד לסיים... על ידי מתן הודעה לצד השני" 408

(1) "נקבעו דמי שכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות" 409

(2) נקבעו דמי שכירות שלא לפי תקופות — "בכל מקרה אחר" 414

ב. צורך עצמי 414

ג. הצעת שוכר חלופי או מושכר חלופי 417

ד. דמי השכירות 417

פרק שלישי: שכירות קצובה 419

א. תום התקופה 419

ב. צורך עצמי 422

ג. מיתת השוכר 429

ד. הצעת שוכר חלופי או מושכר חלופי 439

ה. הארכת תקופת השכירות עקב מניעת שימוש זמנית 440

פרק רביעי: שכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה — "המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה" 442

א. הודעת סיום — "רשאי כל צד לסיים... על ידי מתן הודעה לצד השני" 442

ב. דמי השכירות 446

פרק חמישי: סיכום 448

סעיף 20: החזרת המושכר

פרק ראשון: מבוא 453

פרק שני: חובת החזרת המושכר — "חייב השוכר להחזיר למשכיר את המושכר" 454

פרק שלישי: חובת קבלת המושכר — "והמשכיר חייב לקבלו" 456

פרק רביעי: מקום ההחזרה — "במקום שבו נמסר לשוכר" 458

פרק חמישי: מצב המושכר במועד ההחזרה — "יוחזר המושכר כשהוא פנוי" 460

פרק שישי: פיגור בהחזרת המושכר 461

פרק שביעי: סיכום 464

סימן ה: הוראות שונות

סעיף 21: העברת המושכר

פרק ראשון: מבוא 467

פרק שני: הרשות להעביר — "המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר" 469

פרק שלישי: תוצאות ההעברה — "יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר" 473

א. כללי 473

ב. זכויות הרוכש 474

(1) המשך קיום השכירות 474

(2) דמי השכירות 474

(א) דמי שכירות שטרם שולמו למשכיר 475

(ב) דמי שכירות ששולמו למשכיר לפני שנודע לשוכר על ההעברה — "כל עוד לא נתן המשכיר לשוכר הודעה" 477

(ג) דמי שכירות ששולמו למשכיר מראש 477

(3) שמירת המושכר והחזרתו 479

ג. חובות הרוכש 479

(1) המשך קיום השכירות 479

(2) תיקון המושכר 483

ד. הסכמים נלווים לחוזה השכירות — "בכל הנוגע לחוזה השכירות" 484

ה. השפעת הפרות קודמות 486

פרק רביעי: סיכום 487

סעיף 22: העברת השכירות

פרק ראשון: מבוא 491

פרק שני: עסקה בשכירות, הכלל — "השוכר אינו רשאי... אלא בהסכמת המשכיר" 492

פרק שלישי: העברת השכירות, סייגים — "אולם אם לא הסכים המשכיר" 496

פרק רביעי: השכרת משנה, סייגים — "אולם אם לא הסכים המשכיר" 498

א. כללי 498

ב. ההבחנה בין שכירות מקרקעין לשכירות אחרת — "בשכירות מקרקעין... בכל שכירות" 499

ג. כשהמשכיר מתנגד "מטעמים בלתי סבירים" 504

(1) שכירות מיטלטלין 505

(א) שוכר המשנה הוא מבני ביתו של השוכר או מי שהמשכיר רגיל להפקיד אצלו 505

(ב) שירותיו של המשכיר הושכרו יחד עם המושכר 506
(ג) המושכר נמצא כל העת ברשותו של השוכר 506
(2) שכירות מקרקעין 506
(א) חשש לתוספת בלאי 508
(ב) חשש לנזקים נסתרים 512
(ג) אישיותו של שוכר המשנה 512
(ד) שימוש משותף במושכר 513
(ה) זכות קדימה 515
(ו) דמי הסכמה 516
(ז) התחייבות השוכר הראשי לשאת בכל ההפסדים 516
(3) סיכום 517

פרק חמישי: עסקה בשכירות בניגוד למוסכם — "על אף האמור בחוזה השכירות" 518

פרק שישי: עסקה בשכירות שלא כדין 519
א. תוקף העסקה 519
ב. דמי השכירות 529

פרק שביעי: סיכום 532

סעיף 23: תרופות כלליות בשל הפרת חוזה 535

סעיף 24: תחולת חוק השומרים, תשכ"ז־1967 537

סעיף 25: קיזוז 539

פרק ב: שאילה

סעיף 26: מהות השאילה

פרק ראשון: מבוא 545

פרק שני: מהותה של השאילה כזכות חוזית או כזכות קניינית — "כשהזכות הוקנתה" 546

פרק שלישי: היקף הזכות — "להחזיק בנכס ולהשתמש" 550

פרק רביעי: יסוד הזמן — "שלא לצמיתות" 552

פרק חמישי: העדר תמורה — "שלא בתמורה" 555

פרק שישי: הנכס המושאל — "בנכס" 558
א. כללי 558
ב. אופייה המשפטי של שאילת נכס בלתי מסוים 558

פרק שביעי: סיכום 559

סעיף 27: תחולת סעיפים

פרק ראשון: מבוא 563

פרק שני: תחולת סעיפים 564
א. מסירת המושאל וקבלתו (סעיף 5 וסעיף 12) 564
ב. שימוש בלא הפרעה (סעיף 11) 565
ג. שאר הסעיפים (סעיפים 17, 18, 20, 21) 566

פרק שלישי: אי־תחולת סעיפים 567
א. תיקון המושאל (סעיפים 7־10) 567
ב. שימוש במושאל (סעיף 16) 568

פרק רביעי: סיכום 569

סעיף 28: שלילת תרופות

פרק ראשון: מבוא 573

פרק שני: חובת ההתאמה, יסודה והיקפה — "יחולו הוראות סעיף 6" 574
א. מושאל מסוים ("בית זה") 574
ב. מושאל בלתי מסוים ("בית" סתם) 575

פרק שלישי: התרופות בשל הפרת חובת ההתאמה 575
א. אכיפה — "הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה" 575
ב. ביטול 576
ג. פיצויים — "אם ידע עליה המשאיל בעת כריתת החוזה והשואל לא ידע" 577

פרק רביעי: סייגים להסתמכות על אי־התאמה 578

פרק חמישי: סיכום 578

סעיף 29: סיום השאילה

פרק ראשון: מבוא 583

פרק שני: ביטול חוזה השאילה לפני המסירה — "רשאי לבטל... כל עוד לא מסר" 584

פרק שלישי: שאילה קצובה 585
א. תום התקופה 585
ב. סיום מוקדם — "לסיים את השאילה בתוך תקופתה" 587
(1) סיום מוקדם על ידי המשאיל — "והוא רשאי" 587
(א) מיתת השואל — "אם מת השואל" 587
(ב) צורך עצמי — "אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו" 590
(ג) פגם במושאל 591

(2) סיום מוקדם על ידי השואל 591

פרק רביעי: שאילה שאינה קצובה — "לא הוסכם על תקופת השאילה" 592

א. זמן מינימלי — "זמן סביר מראש" 592

ב. הודעת סיום — "לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני" 593

ג. מיתת אחד הצדדים 594

(1) מיתת המשאיל 594

(2) מיתת השואל 595

פרק חמישי: שאילה קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה — "או שהצדדים המשיכו לקיימה" 596

פרק שישי: סיכום 596

סעיף 30: העברת השאילה 599

פרק ג: שונות

סעיף 31: שימוש בלי החזקה 603

מפתחות

מפתח העניינים 607

מפתח המקורות 635

רשימה ביוגרפית 659

חוק השכירות והשאילה, התשל"א־1971 669

פרק א

שכירות

סעיף 1

מהות השכירות

מהות השכירות

1. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן — דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 5

פרק שני: מהותה של השכירות כזכות חוזית או כזכות קניינית — "זכות שהוקנתה" 7

א. מבוא 7

ב. הגישה הקניינית 7

ג. הגישה החוזית 11

ד. הנפקות המעשית בין הגישות 15

ה. גישות ביניים 22

(1) קניין וחוזה 22

(2) קניין או חוזה 23

פרק שלישי: מהותם של דמי השכירות — "בתמורה" 24

פרק רביעי: היקף הזכות — "להחזיק בנכס ולהשתמש" 28

פרק חמישי: יסוד הזמן — "שלא לצמיתות" 32

פרק שישי: הנכס המושכר — "בנכס" 34

א. כללי 34

ב. אופייה המשפטי של שכירות נכס בלתי מסוים ("בית" סתם) 35

פרק שביעי: מועד העברת הקניין 49

פרק שמיני: סיכום 50

נספח: דרכי קניין השכירות — "שהוקנתה" 53

א. מעשה הקניין 53

ב. התחייבות להשכיר 57

פרק ראשון

מבוא

מתוך הגדרת השכירות, שמציע החוק, עולים שלושה מרכיבים עיקריים: זכות החֲזקה ושימוש בנכס; הגבלת זמן השימוש; תשלום תמורה. בדיוננו להלן נדון בכל אחד מן המרכיבים האלה אך תחילה אנו מבקשים לדון במהותה המשפטית של השכירות. השאלה המרכזית בהגדרת מהות משפטית זו היא, האם השכירות היא זכות קניינית־חפצית במושכר עצמו או שאינה אלא זכות חוזית־אישית של השוכר כלפי המשכיר? זכות קניינית שוכנת כביכול בתוך החפץ גופו, וממילא היא פועלת כלפי כל מי שבא לדחוק את רגלי בעל הזכות, ואין איש יכול לומר לתובע: "לאו בעל דברים דידי את". לעומתה, זכות חוזית, מקורה נעוץ ביחסים שבין הצדדים, כלומר, זכות התביעה של השוכר להגנת זכותו היא כלפי המשכיר בלבד ולא כלפי אדם שלישי[1]. השאלה היא אפוא, האם דיני השכירות הם ענף של דיני הקניין או ענף של דיני החוזים.

השופט מ' זילברג[2] מעיר, ש"המציאות המשפטית איננה מסתדרת תמיד על טהרת הרעיון המופשט, ואינה מתאימה עצמה, לעולם ובדיוק נמרץ, למסגרת התיאורטית". ואכן, לאחר סקירת מוסד השכירות בשיטות משפט אחדות, הוא מגיע למסקנה שמוסד השכירות הוא יצור כלאיים, המאחד בקרבו יסודות פרסונליים־חוזיים ויסודות ריאליים־קניינים כאחד. ישנן שיטות שבהן, אף שלפי מהותה היסודית השכירות אינה מקנה לשוכר אלא זכות חוזית־אישית כלפי המשכיר, לא היו מוכנים לאמץ את כל המסקנות המשפטיות הנובעות מכך, ושיוו לשכירות גם יסודות קניינים־חפציים. לדוגמה, החוק הצרפתי, וכן החוק הגרמני והחוק השוויצרי, מתירים את העברת השכירות בלא צורך בהסמכת המשכיר. כמו כן, אם המשכיר מעביר לאחר את זכותו במושכר, זכויות הקונה כפופות לזכויות השוכר. וכל זאת אף שעל פי תפישתן של שיטות משפט אלה השכירות היא עסקה חוזית ולא קניינית. וכן לאידך גיסא, לפי החוק הפרוסי

[1] להבחנה בין חיוב וקניין במשפט העברי, ראה הגדרתו הקולעת של נתיבות המשפט, סימן לט, ס"ק יז: "דהנה מבואר בכמה מקומות, שיש הפרש בין קנין לחיוב. דבקנין נקנה לו גוף החפץ, ויכול לקדש בו אשה ולקנות בו... אבל כשמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני אין לו קנין בגוף החפץ רק שהחיוב חל אגברא ויכולין הבית דין לכפותו ולהגבות אותו החפץ שנתחייב לו... ואפילו תפס [הנושה] החפץ שנתחייב לו הלה, וקידש בו אשה קודם גביית בית דין, אינה מקודשת. ואם המחויב קידש בחפץ שנתחייב בו, מקודשת. וכן אם מכרו, מכור, דשלו הוא, רק שהבית דין כופין אותו לשלם דמי שווי החפץ שנתחייב כיון שקילקל החיוב". כן ראה: א' ורהפטיג, למהותו של החוזה במשפט העברי — לבעיית קנין דברים, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, מוגש לסינט האוניברסיטה העברית בירושלים תשל"ח (מכאן ואילך: ורהפטיג); ב' ליפשיץ, אסמכתא — חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח (מכאן ואילך: ליפשיץ, אסמכתא); ב' ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד; ועוד.

[2] ע"א 208/51 א' הקר, ק"צ טייכנר ו"אריזונה" בע"מ נ' שינה ברש ופרל לוסמן ואח', פ"ד ח 566 (מכאן ואילך: פס"ד אריזונה), בעמ' 571, מול האות ו. וראה: ד' פרידמן, תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב, דיני חיובים — חלק כללי (העורך ד' פרידמן, 1994), עמ' 16.

הישן, יש לשוכר זכות חפצית במושכר, ואף על פי כן נאסר על השוכר למסור את המושכר לאחר בלא הסכמת המשכיר. החוק האנגלי, שגם הוא רואה את השכירות כעסקה חפצית, מגביל אף הוא את יכולתו של השוכר להעביר את השכירות, והוא קובע שאף לאחר ההעברה, השוכר נשאר אחראי כלפי המשכיר. לדעת זילברג[3], השכירות הארץ־ישראלית מהווה, כמו השכירות הצרפתית, "מערכת של יחסים הדדיים אישיים בין שוכר מסויים לבין משכיר מסויים — זה חייב לאפשר את הפקת ההנאה, והלה חייב לשלם את התמורה — אלא שמטעמים מעשיים, כדי לספק את הצרכים החיוניים של הצדדים, העניק לה החוק אי אלה יסודות צדדיים, המצויים כרגיל אצל העסקות החפציות", כגון שרוכש המושכר אינו יכול לסלק את השוכר (המכר אינו דוחה את השכירות)[4].

מאז נכתבו דברי השופט זילברג, נחקק חוק השכירות והשאילה, התשל"א־1971, ששינה בפרטים רבים מן ההסדר שהיה תקף בזמנו. לדעת ש' לרנר[5], שינויים אלה נבעו בעיקר מצרכים מעשיים, ואינם תולדה של עקרונות מופשטים בדבר מהותה של השכירות. כך עולה מדבריו בעניין מהות השכירות: "אנו מעדיפים לבחון את העניין מן ההיבט הפרגמטי, ולראות אם יש בכלל חשיבות להדבקת תווית של חיוב או קניין על מכלול זכויותיו של השוכר". בחינה זו מביאה את לרנר למסקנה, שלאחר צאת חוק השכירות והשאילה, "לא הצלחנו למצוא עניין... התלוי בקביעת המהות של מכלול זכויותיו של השוכר, ולדעתנו יש להתייחס בנפרד למרכיבים השונים של הזכות"[6]. במילים אחרות, אין חשיבות מעשית לסיווגה של זכות השכירות כזכות קניינית או חוזית, משום שכל עניין זכה לטיפול פרטני לגופו לפי צרכיו המעשיים, מבלי להיות כפוף לדוקטרינה זו או אחרת על מהות השכירות. בסיכומו של עניין הוא קובע בכל זאת[7]: "לשוכר יש זכות קניינית להחזיק בנכס ולהשתמש בו, והכל מצווים שלא לפגוע בזכויות אלה... עם זאת, לזכות הקניינית צמודים חיובים אישיים או חיובים בעלי גוון קנייני[8] המוטלים על המשכיר או על מי שרכש ממנו את הנכס". השכירות נשארה אפוא יצור כלאיים, כביטויו של השופט זילברג.

בדיוננו להלן, נבחן אם במשפט העברי השכירות נחשבת כזכות קניינית או כזכות חוזית, או שמא גם הוא רואה בה יצור כלאיים, כפי שטוען זילברג. ניווכח לדעת, ששאלה יסודית זו שנויה במחלוקת. לאחר מכן נבחן עד כמה פרטי הלכות שכירות מתיישבים עם הדגם התיאורטי של כל שיטה, ועד כמה, אם בכלל, הביאו הצרכים המעשיים לסטיות מן הדגם הזה. מכאן נעבור לדון במרכיביה השונים של השכירות. ראשית, נדון במהותם של דמי השכירות, האם הם מהווים תמורה לשימוש בפועל, או שמא יש לראותם כתמורה לזכות השימוש? לאחר מכן נבחן את היקף הזכות שבידי השוכר, האם תנאי לשכירות הוא שתהיה לשוכר זכות גם להחזיק במושכר וגם להשתמש בו, או שמא קיימת שכירות גם בלא זכויות החזקה? בדיון על יסוד הזמן, נשאל בין השאר, האם לפי המשפט העברי תיתכן שכירות

[3] ראה: שם, עמ' 581־582.

[4] לביקורת על פסק דינו של השופט זילברג, ראה: א' לבונטין, "למהותה של שכירות מקרקעין", הפרקליט יא (תשט"ו) 254.

[5] ש' לרנר, שכירות נכסים, תל־אביב תש"ן, סעיף 26 (מכאן ואילך: לרנר).

[6] שם, סעיף 27.

[7] שם, סעיף 28.

[8] הגוון הקנייני הוא בשל העובדה שכוחם יפה נגד מי שרכש את הבעלות במושכר. ראה שם, הערה 23.

לצמיתות? לבסוף, נתייחס גם לשאלה אילו נכסים יכולים לשמש נושא לשכירות? בנספח לסעיף, נקדיש דברים לבירור דרכי קניין השכירות.

פרק שני

מהותה של השכירות כזכות חוזית או כזכות קניינית — "זכות שהוקנתה"

א. מבוא

מן המפורסמות הוא, שהמשפט העברי אינו מרבה בהפשטות. דרכו היא קזואיסטית, וההפשטה היא מלאכתו של הלומד החוקר, ההולך מן הפרטים אל העיקרון ולא מן העיקרון אל הפרטים. עם זאת, בשכירות מצויות שתי הגדרות מופשטות. ואולם, דא עקא, שתי הגדרות אלה סותרות לכאורה זו את זו. מחד גיסא, כשהתלמוד[9] דן בתחולת דיני הונאה (היינו דיני הטעיה במחיר שנקבעו במקרא בקשר לעסקת מכר) על עסקת השכירות, הוא קובע: "האי נמי [השכירות] ביומיה — מכירה היא", ועל כן איסורי הונאה חלים על שכירות כמו שהם חלים על מכר. היקש זה בין שכירות למכר יש בו כדי להגדיר את השכירות הגדרה מופשטת וכללית כזכות קניינית לזמן, וכפי השגור בספרות הרבנית: "שכירות ליומיה [=ליומו] — ממכר הוא". מאידך גיסא, נקבע בתלמוד[10] במקום אחר: "שכירות — לא קניא". כלומר, אפילו במשך תקופת השכירות, המושכר אינו נחשב כקניינו של השוכר. על כן, לדוגמה, כהן ששכר בהמת ישראל אסור לו להאכילה בתרומה, שכן אינה נחשבת לקניינו. נשאלת השאלה, מהו אפוא היחס בין הגדרות סותרות אלה?

להלן, נציג את הפתרונות השונים שניתנו לשאלה זו. אפשר להצביע בעניין זה על התפתחות מעניינת. רוב רובם של הראשונים סבורים, ששכירות מעניקה לשוכר זכות חפצית במושכר. לדעתם, הכלל הבסיסי בדיני שכירות הוא "שכירות ליומיה — ממכר הוא" ויש לצמצם את משמעות הכלל "שכירות לא קניא". לעומתם, רבים מחשובי האחרונים רואים בשכירות זכות אישית — התחייבות בלבד. לדעתם, הכלל העיקרי בדיני שכירות הוא "שכירות לא קניא", ויש לצמצם את משמעות הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא". נפתח בהצגת העמדה הרואה בשכירות זכות קניינית.

ב. הגישה הקניינית

הרמב"ם[11] קובע: "השכירות מכירה לזמן קצוב היא". מכאן שהוא רואה בכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" עיקרון בסיסי בהגדרת השכירות. לדידו, אין לצמצם את משמעות הכלל לדיני

[9] בבא מציעא נו ע"ב.

[10] עבודה זרה טו ע"א. וראה גם: פסחים ו ע"א.

[11] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א. וראה גם: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכות א ("מקנה אדם גוף לפירותיו... הא למה זה דומה? לשוכר בית או שדה לחבירו, שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף"); שם, הלכות ח־ט; הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה ("והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן").

הונאה, שבהקשר אליהם מופיע הכלל בתלמוד[12]. כאמור, אפשר לקבוע שזו גם גישתם של רוב הראשונים[13]. כפי שנראה מיד, אופייה של זכות השוכר לפי גישה זו אינה מכר גמור

[12] כפי שעשו לכאורה התוספות. ראה: תוספות, עבודה זרה טו ע"א, ד"ה והשתא; תוספות, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה והאי. וראה ביתר הרחבה להלן, פרק שני, ג, עמ' 11. אנו אומרים "לכאורה", משום שחלק מן האחרונים, הדבקים בגישה הקניינית, סבורים שלא זו המסקנה שיש להסיק מדברי התוספות (ראה להלן, סוף הערה 21), בניגוד למה שעשו רבים מן האחרונים. ראה להלן, הגישה החוזית.

[13] יישום הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" שלא בדיני הונאה דווקא, עולה מדברי גדולי הראשונים. כך לדוגמה נוקט הראב"ד. ראה: השגות הראב"ד, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ח (הדיון שם הוא על קנייני קטן): "אם השכיר הוא מקום פירות [כדי להקנות את הפרות אגב הקרקע] לא קנו ממנו, דשכירות כמכר הוא", והואיל והקטן אינו יכול למכור קרקע, ממילא אינו יכול גם להקנות אגב הקרקע. וכן מובא בשמו גם בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף כח, בעניין ירושת השכירות: "כיון ששכר שמעון הבית, הרי הוא כמכר גמור, ונתחייב בדמים, בין ידור בין לא ידור". מקורות אלו מובאים בשו"ת מקום שמואל (אשכנזי), סימן א.

זוהי גם דעת הר"ש משאנץ. ראה: תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז: "דכל ימי שכירות הבית ברשותו". וראה גם: תשובות מיימוניות, ספר קנין, סימן ל (תשובה זו חתומה אמנם על ידי שמעון בן אברהם, אבל נראה שיש כאן טעות דפוס ויש לקרוא שמשון בן אברהם, הוא הר"ש משאנץ. כך שיער כבר חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יא. על תשובה זו, ראה דיוננו על סעיף 15, הערה 128).

גם הרמב"ן נוקט גישה זו. ראה: רמב"ן, חידושים המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, בקונטרס אחרון (מובא בשיטה מקובצת, כתובות נט ע"ב, ד"ה הא לא דמיא, בשם הרמב"ן): "דשכירות ושאילה קני ליה למילתיה... זכותו דשוכר קנין הגוף הוא".

וכן דעת הריטב"א (בשם רבו — הרא"ה). ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה היכי דמי: "הרי זה כלוקח בית" (וראה להלן, הערה 85, שם נטען שזו עמדתו של הריטב"א דווקא בשכירות מקרקעין ולא בשכירות מיטלטלין, שאינם עושים פרות).

מהר"ם מרוטנבורג רואה גם הוא בשכירות קניין לזמן, כפי שעולה מתשובתו בעניין זכות השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה (ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרפ), שם הוא משווה בין השכירות לבין קניין שדה בזמן שהיובל נוהג. וראה עוד להלן, בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 126.

גם הרשב"א כותב בתשובותיו, חלק ב, סימן שכח, בעניין ירושת השכירות: "דשכירות כמכר, ומכור הוא לו לימי שכירותו, ואפילו מת אין אומרים בכי הא [=בכגון זה] טענת אונס, שזה לא מחמת דירתו שלו ממש מתחייב לו, אלא מפני שזה מכר לו ביתו לשנה". ובסוף התשובה הוא מוסיף: "דשכירות כמכר, ומה מכירה בכסף בשטר ובחזקה אף שכירות כן. וזה מבואר".

כך עולה גם משו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ו (וראה גם שם, סימן ב). הרא"ש נשאל אם משכיר דירה שנקלע למצב שאין לו איפה לגור, רשאי לסלק את השוכר, כדי שלא יישאר בלי קורת גג, או שמא אין הוא רשאי לעשות כן? וענה הרא"ש: "פשיטא... אין יכול להוציאו מתוך ביתו עד תכלית זמן השכירות, דשכירות ליומא — ממכר הוא". ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג, מצטט מדברי הרא"ש במקום אחר (פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ה, סוף סימן י): "דשכירות ליומיה — ממכר הוא, והרי מכר הנאתו". וראה עוד: שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן א, בעניין "קניין חצר" בחצר מושכרת (מובא בטור, חו"מ, סימן רס, סעיף ג).

וכך עולה גם מדברי נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נז ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה כך תקנו משיכה בשומרים: "דוקא בשואל ושוכר, שכיון שהם משתמשים בגופו של כלי, הוי ליה כמכירה ליומיה, ודין הוא שתקנה להם משיכתם, כיון שהם זוכין בגופו של דבר".

וראה: שו"ת שמן רקח (לר' אלעזר אריה ליב, אב"ד פילץ), חלק ב, סימן עז, שהוכיח שזוהי גם שיטת רש"י. להפניה לראשונים נוספים, ראה עוד להלן, הערה 21. וראה גם: שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן ג.

לזמן[14], וכפי שעולה מדברי הרמב"ם במקום אחר[15]: "השוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן". וכן[16]: "מקנה אדם הגוף לפירותיו... הא למה זה דומה, לשוכר בית או שדה לחבירו, שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף". על פי הגדרות אלה עולה, שלא זו בלבד שהשוכר אינו קונה את המושכר לצמיתות, אלא גם, ואולי בעיקר, שבמשך תקופת השכירות זכויותיו בגוף המושכר אינן מוחלטות. זכויות אלה מצומצמות לעניין הפקת הפרות וההנאה מן המושכר, היינו השימוש[17].

המושג "קניין הגוף לפרותיו", שהרמב"ם משתמש בו, טעון הסבר, שכן הוא אינו מוכר, לפחות לא במינוח הזה, בשיטות המשפט של זמננו. בעלות על נכס טומנת בחובה מכלול של זכויות הקשורות בנכס. מי שמחזיק במכלול כולו, הוא הבעלים באופן שלם. אולם הבעלות ניתנת גם לחלוקה ולפיצול[18], הן מבחינת הזמן (בעלות לזמן) הן מבחינת המרחב (בעלות בחלק מסוים של נכס) הן מבחינת היקף הזכויות (קניין פרות). היקף הזכויות כיצד? תיתכן בעלות בנכס לעניין מסוים ולא לעניין אחר; כך, למשל, תיתכן בעלות בנכס מוגבלת לעניין זכות השימוש בנכס, ואינה כוללת זכויות אחרות, כגון הזכות להשחית או לערוך שינויים בנכס. בעלות מוגבלת זו היא מהותה של השכירות. ואכן, אחד הביטויים לכך שהשוכר אינו קונה את הגוף כולו לזמן, אלא רק חלק מן הזכויות בו, הוא שהשוכר אינו רשאי לעשות בגוף המושכר כרצונו. וזה לשון הרמב"ם[19]: "מקנה אדם הגוף לפירותיו... ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות. הא למה זה דומה? לשוכר בית או שדה לחבירו, שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף... ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה? שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע, ולא יבנה ולא יהרוס. אבל הקונה לזמן קצוב, הוא בונה והורס, ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם"[20].

[14] ראה: ליפשיץ, עובד וקבלן (לעיל, הערה 2), עמ' 34, הערה 90: "לא עלה כלל על דעתם של המשתתפים בוויכוח [אם יש או אין אונאה לשכירות (בסוגיית בבא מציעא שם)] לומר שבשכירות נקנה המושכר ממש".

[15] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה. אשר למה שאמר הרמב"ם לעיל, הערה 11, שהשכירות היא כמכירה לזמן קצוב, הרי זה לעניין דרכי הקניין, ולא התכוון להגדיר את תוכן המכירה, אם היא מכירה גמורה או שאינה אלא מכירה לפרות. בנקודה זו הוא עוסק במקור שאנו מביאים כאן.

[16] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א. וראה: אור שמח, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכה טו: "אם כן, כל שוכר בית הוי כאילו הגוף קנוי לו להנות ממנו, וכן כתב [הרמב"ם] ריש פרק כג [מהלכות מכירה]".

[17] השווה: חידושי הר"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה ודאמרינן (מובא בשו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט): "דכיון שהבעלים נוטלים חלק בפירות, אכתי שייכי בקרקע, מה שאין כן במוכר, שכיון שנגמר המכר נסתלק לגמרי"; שו"ת מהרי"ק, שורש קיח, ד"ה ועוד דאפילו: "שגוף הקרקע למשכיר אף על גב שהדירה לשוכר". כאן אולי המקום להביא דברים שאמר הסמ"ע, חו"מ, סימן קצח, ס"ק יב, בקשר לקניין מעות בשכירות מיטלטלין: "אין לשמעון [השוכר] אלא תשמיש מעט זמן מה, והגוף נשאר על [של?] ראובן [המשכיר]". על כן, מסביר הסמ"ע, אין מקום לחשוש שיתרשל המשכיר בהצלת המושכר לאחר גמירת העסקה במתן מעות, וממילא אין סיבה לשלול את תוקפו של קניין מעות בשכירות מיטלטלין. וראה בעניין זה, להלן, ליד ציון הערה 224.

[18] ראה: ש' שילה, "פיצול זכות הבעלות בנכס במשפט התלמודי", דיני ישראל יב (תשמ"ד־תשמ"ה) קעג.

[19] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א והלכה ו.

[20] בעניין זה השווה: מהר"ם שי"ק למסכת גיטין מז ע"ב, ד"ה גמ' קנין פירות. מהר"ם שי"ק אומר שם, שבשכירות אין חולק על כך שאין אומרים קניין פרות כקניין הגוף, שכן השוכר אינו רשאי לעשות במושכר

על פי זה אפשר להבין את משמעות הכלל "שכירות לא קניא", שהסתמכו עליו בעלי הגישה החוזית (כפי שנרחיב על כך להלן), שממנו עולה לכאורה שהשכירות אינה מקנה לשוכר זכות קניינית: שכירות אינה קונה, במובן זה שהמשכיר נשאר בעל זכויות בגוף המושכר, שכן השוכר אינו רוכש בעלות מוחלטת. על פי זה מובן, מדוע כהן השוכר בהמת ישראל אינו רשאי להאכילה תרומה: האכלת התרומה דורשת כתנאי מוקדם בעלות מלאה בגוף הבהמה, וזו אינה קיימת בשכירות. כמו כן אסור להשכיר דירה לעובד כוכבים, שכן אם יכניס השוכר לתוך הדירה פולחן של עבודה זרה, מאחר שהמשכיר נשאר בעל הדירה, הרי שיעבור המשכיר על האיסור "לא תביא תועבה אל ביתך" (דברים ז, כו)[21].

מה שהוא רוצה (לדוגמה: אין השוכר רשאי להשכיר). והשווה: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב תשל"ו, עמ' 398. על דברי הרמב"ם, ראה עוד דיוננו על סעיף 16, פרק שני, עמ' 362.

[21] הסבר זה חוזר אצל ראשונים ופוסקים רבים. ראה: תוספות שאנץ, ותוספות רבי אלחנן לעבודה זרה טו ע"א: "נהי דממכר מקרי, מכל מקום של שוכר לא מקרי" (תוס' שאנץ), "ויש לומר דמכר ודאי מקרי, אף על פי שהוא לפי שעה, אבל ביתו של שוכר לא מקרי על ידי השכירות"; ספר התרומה (לר' ברוך מגרמיזא), סימן קלט: "ואף על גב דקרוי ממכר, מכל מקום אינו קרוי בהמתו וביתו של שוכר, כי אם של משכיר"; חידושי הרמב"ן המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, קונטרס אחרון, בסופו: "והא דמסקינן בפסחים ובעבודה זרה, ד'שכירות לא קניא', לומר, שאף על גב שהיא שכורה, ביתו דמשכיר היא, וקרינא ביה: 'לא תביא תועבה אל ביתך'. ומיהו שוכר נמי כיון דקני ליה, גוף לפירותיו יש לו בקרקע"; מאירי, בית הבחירה, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה המכירה: "המכירה והמתנה הם שאדם זוכה בהם זכייה מוחלטת, ותולדותיהם השאלה והשכירות, שהשאלה ממין המתנה והשכירות ממין המכירה, שהשכירות ליומה — מכירה היא. ולא אמרו 'לא קניא' אלא לענין איסור, כמו שביארנו במסכת עבודה זרה", ושם ביאר: "שאין אלו [השכירות והשאילה] קונים אלא לדיני ממונות להשתמש בהם כל ימי שאילה ושכירות, אבל להפקיע שם בעלים מעליהם לענין איסור — לא"; חידושים המיוחסים לריטב"א, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה וממכר ליומיה: "הבית אינו קרוי ביתו של שוכר אלא ביתו של משכיר, או הפרה אינה קרוייה כספו של כהן, אבל מכל מקום קניא להשתמש בהם בזמן השכירות"; הר"ן, מובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק רביעי, ד"ה ל"ש (לב ע"א בדפי הרי"ף): "והא דאמרינן דשכירות מכירה ליומא, וקניא, היינו לענין שישתמש בו כל ימי שכירותו, אבל גוף הדבר אינו קנוי כלל, ומשום הכי אסרינן להשכיר בית דירה לעובד כוכבים, דכיון דגוף הבית של ישראל הוא, שפיר קרינא ביה: 'ולא תביא תועבה אל ביתך' (ואמרינן נמי התם: 'כהן ששכר פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה') הרנב"ר ז"ל"; שו"ת הריב"ש, סימן כד: "שכירות מכירה ליומא הוא. ואף על פי כן, כיון שהם חוזרין בעינם לבעלים, והיא ברשותם לענין כחשא ויוקרא וזולא, אמרינן בתרווייהו דבכלל 'וכל בהמתך' הם לבעלים, וכן לענין אכילת תרומה"; ושם, בסימן שנה: "גוף הבית של המשכיר הוא, ואין לשוכר בו אלא אכילת פירות זמן השכירות, ובסוף הזמן מסתלק" (וראה: קהלות יעקב (קנייבסקי), שביעית, בני ברק תשמ"ח, סימן א, שהבחין בין הדעות השונות שהוזכרו כאן, וטען שאף שכולם סבורים שהשכירות היא קניין פרות, הרי שחלק מן הראשונים סבור, שיש לשוכר זכות קניינית כלשהי גם בגוף המושכר (רמב"ן); ואילו אחרים סבורים, שאין לשוכר כל זכות בגוף המושכר (ר"ן). על שיטת הר"ן, ראה להלן, הערה 39, וראה גם לעיל, הערה 17. וצריך עוד עיון בשיטתו).

כך נקטו גם האחרונים: שיטה מקובצת, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה וליומיה מכירה היא; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ש; לחם משנה, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א (מובא על ידי ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שטו, ס"ק ג); מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, ד"ה אבל; שו"ת ושב הכהן (זיסקינד), סימן מז; שו"ת שי למורא (לר' שבתי יונה), סימן כג, ד"ה ומ"מ (דף כו ע"ד); שו"ת צמח צדק, סימן מה, ד"ה ועתה; מרכבת המשנה, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א; שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן א, ד"ה אמנם, וסימן צד; שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן פב, וכן סימן ע (ולדעתו גם התוספות מסכימים לשיטה זו. ומה שאמרו התוספות הוא רק שהשכירות אינה נקראת מכירה אלא לעניין הונאה, אבל אין זה סותר, שגם לשיטת התוספות, לשוכר יש קניין הגוף לפרות; ובדומה לזה בים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג; ואולי לזה מתכוון גם קצות החושן, סימן שיא, ס"ק א: "אף על גב דדעת כמה פוסקים, דלא

מאחר שזכותו הקניינית של השוכר נוגעת לזכות השימוש במושכר, ולא לזכויות בגוף המושכר, ברור שאם מתגלע סכסוך בין השוכר למשכיר, נטל ההוכחה רובץ על השוכר, שכן "קרקע בחזקת בעליה קיימא"[22].

ג. הגישה החוזית

על הסתירה בין סוגיית בבא מציעא, שם מקיש התלמוד בין שכירות למכר, ובין סוגיית עבודה זרה, שם נאמר "שכירות לא קניא", אומרים התוספות[23]: "ויש לומר, דמאי דממכר קרינא ליה לפי שעה, היינו דוקא לגבי אונאה דכתיב 'ממכר' מיותר, מיהו בשאר מקומות אמרינן דשכירות הוא דלא קניא". מדברים אלה של התוספות יש שהסיקו[24], שהכלל היסודי בהלכות שכירות הוא "שכירות לא קניא". לשוכר אין זכות קניינית במושכר אלא רק התחייבות אישית מצד המשכיר, להעמיד לרשותו את השימוש במושכר. ביטוי לכך שלשוכר אין זכות קניינית במושכר, הוא, לדעתם, האיסור שנקבע בתלמוד[25] להשכיר דירה לעובד כוכבים. טעם האיסור הוא, כפי שכבר ראינו, החשש שמא יכניס השוכר עבודה זרה לתוך הדירה, ואז יעבור המשכיר על האיסור "לא תביא תועבה אל ביתך" (דברים ז, כו). מכאן מוכח, טוענים בעלי הגישה החוזית, שאפילו בתקופת השכירות, הבית אינו קניינו הזמני של השוכר, אלא הוא נשאר קניינו של המשכיר. אם לא כן, לא היה עובר המשכיר על איסור הכנסת עבודה זרה לתוך ביתו, שכן בתקופת השכירות הבית היה נחשב קניינו של השוכר־עובד הכוכבים. ביטוי נוסף, שגם הוא כבר הוזכר לעיל: כהן השוכר בהמה מישראל אסור לו להאכילה בתרומה[26], בעוד שאת בהמותיו הוא, רשאי הכהן להאכיל תרומה. אם הבהמה המושכרת הייתה נחשבת כקניינו, היה צריך להתיר לו להאכילה תרומה. וכך נאמר שם בתלמוד גם לעניין איסור השכרת בהמה לגוי בשבת. כידוע אדם מישראל מצווה של שביתת בהמתו בשבת, ועל כן נאסר להשכיר בהמה לגוי שיעבוד בה בשבת. אילו השוכר־הגוי היה נחשב כבעל הפרה בתקופת השכירות, לא הייתה מניעה כזו. לעיל[27] ראינו כיצד בעלי הגישה הקניינית מתמודדים עם טיעונים אלה.

אמרינן 'שכירות ליומא — ממכר' אלא באונאה, אבל על כל פנים קניא ליה לשכירות וזה ברור"); מגן אברהם, אורח חיים, סימן רמו, ס"ק ח; חידושי מהר"ץ חיות, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה תוס' ד"ה והאי; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צב, אות ז.

מכל אלה עולה אפוא, שהשאלה אם שכירות קניא או לא קניא אין עניינה הגדרת מהות השכירות — האם היא קניין או שמא אינה אלא שעבוד, אלא האם זכות הקניין שיש לשוכר במושכר מספיקה כדי שייחשב כבעלים לאותם עניינים שדרושה בהם בעלות. וכלשונו של מרכבת המשנה, המצוין לעיל: "דהשוכר לא אלים [=חזקה] קנייתו שתהא חשוב כשלו נגד המשכיר... אבל הא ודאי דשכירות ממכר הוא לכל מילי". והשווה: שו"ת מקום שמואל (אשכנזי), סימן א, ד"ה אבל (דף ג ע"א). לדעתו, הכלל "שכירות לא קניא" לא נאמר אלא לחומרא, וממילא אין סתירה בינו ובין הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא". הוא סבור שזו גם דעת התוספות (מובא על ידי מהר"ץ חיות, המוזכר לעיל). והשווה: מגן אברהם, שהוזכר לעיל, שגם הוא מעלה הצעה דומה. וראה: מקור חיים (לבעל "נתיבות המשפט"), סימן תמ, ס"ק ד, ד"ה גם.

[22] ראה דיוננו להלן, סעיף 13, פרק שלישי, ב, עמ' 250.

[23] ראה: תוספות, עבודה זרה טו ע"א, ד"ה והשתא; תוספות, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה והאי.

[24] חלק מן האחרונים טוענים שלא זו המסקנה שיש להסיק מדברי התוספות. ראה לעיל, סוף הערה 21.

[25] עבודה זרה טו ע"א. וראה גם: פסחים ו ע"א.

[26] עבודה זרה, שם.

[27] לעיל, ליד ציון הערה 20, ובהערה 21.

לפי גישה זו, משמעותו של הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" מצומצמת לתחום המיוחד שהוא מופיע בו בתלמוד, היינו לדיני הונאה. על פי הכתוב בתורה[28], המוכר נכס אינו רשאי לגבות מחיר מופקע עבור העסקה בלי ידיעת הצד השני. וכן לאידך גיסא. הקונה אינו רשאי לנצל את תמימותו של המוכר ולשלם מחיר מופחת. הכלל "האי נמי ביומיה — מכירה היא" בא ללמדנו, שאיסור זה חל לא רק על מכר אלא גם על שכירות[29]. נוסף לזה, טוענים התוספות, אין לשכירות אופי של קניין, ובלשונם: "מיהו בשאר מקומות אמרינן דשכירות הוא דלא קניא"[30].

כאמור, מחשובי האחרונים הסיקו מדברי התוספות האלה ששכירות אינה אלא חיוב אישי: המשכיר מתחייב כלפי השוכר להעמיד לרשותו את המושכר לצורך שימושו. אף שגישה זו אינה הגישה הרווחת בין הראשונים, עקבותיה ניכרים אצל כמה מחשובי הפוסקים האחרונים. כך, לדוגמה, על יסוד שיטת התוספות, הש"ך[31] פוסק, שאם מת השוכר באמצע תקופת השכירות, יורשיו פטורים מלשלם את יתרת דמי השכירות. זאת מאחר שהשכירות אינה יוצרת

[28] ויקרא כה, יד: "וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך, אל תונו איש את אחיו". וראה להלן, בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 24.

[29] התוספות, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה והאי, מדגישים שהכללת השכירות באיסור הונאה נובעת מייתור בפסוק: "ויש לומר דהכא גבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות". כלומר, ה"ממכר" המיותר בא לרבות גם עסקה שבמהותה אינה ממכר של ממש — השכירות. אולם, הסבר זה אינו עולה מלשון הגמרא כלל. העיר על כך מהר"ם שי"ף, שם. וראה גם, חידושי מהר"ץ חיות, שם. והשווה: תוספות, עבודה זרה טו ע"א, ד"ה והשתא.

[30] תוספות, עבודה זרה טו ע"א, ד"ה והשתא.
ראיה נוספת לכך שהתוספות רואים בשכירות שעבוד ולא קניין, יש מי שרוצה להביא מתוך כך, שלדעת התוספות (בבא מציעא צו ע"ב, ד"ה בעל), מי שקונה נכס לתקופה מוגבלת (לוקח לזמן), דינו כשומר חינם, ואילו השוכר דינו כשומר שכר. לדעת קובץ הערות (וסרמן), סימן נג, ס"ק א (וכן נמצא בשו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה. וראה להלן, בדעת הריטב"א), הנימוק להבחנה זו הוא, שהשוכר אינו רוכש את המושכר, לכן דינו כשומר שכר, שהרי הוא נהנה מרכושו של אחר. לעומתו, הקונה לזמן משתמש בשלו, ועל כן אין לראותו כמי שנהנה מרכושו של חברו. הרב א' מילר העיר לי, שראיה זו אינה מכרעת, שכן אפשר שלפי התוספות, ההבדל בין הקונה לזמן והשוכר אינו בכך שלזה יש זכות קניינית בנכס ולזה אין זכות קניינית בו. גם לשוכר יש זכות קניינית בנכס המושכר, אולם מאחר שאפילו בתוך תקופת השכירות גוף הנכס נותר בבעלותו של המשכיר, הריהו כמי שמשתמש בנכס הזולת, ודינו כשומר שכר. מה שאין כן הקונה לזמן, שאינו משאיר כל זכות בנכס לבעלים בתקופת הקניין, ועל כן דינו כשומר חינם (נעיר, שהרמב"ן, בבא מציעא צו ע"ב, ד"ה הא דמסקינן, חולק על התוספות בשאלת מעמדו של הלוקח לזמן לעניין אחריות השמירה. לדעתו, דין הלוקח לזמן כדין שוכר: "ובלוקח שלושים יום דפרה, מסתברא שומר שכר הוי כדין השוכר"). ראה בעניין זה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 1(ג), פרק ג, 14.
יש להעיר, שכבר אצל הריטב"א מצאנו זיקה בין שאלת האחריות לשאלת מהות הזכות שבידי השוכר (אמנם בדבריו הוא מתייחס לשואל, אולם נראה שהיגיון דבריו חל גם על השוכר). ראה: חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, ד"ה הא דרב הונא. הוא מסביר שם, שברור שלשואל אין זכויות קניניות בגוף המושאל: "דהא מתחייב סתמא באונסי, ואלו הוה קני ליה, היכי מחייב סתמא באונסי ממונו? אלא ודאי דלא קני גופא [=שהרי בסתם מתחייב (השואל) באונסין, ואילו היה קונה אותו כיצד מתחייב סתם באונס רכושו? אלא ודאי שאינו קונה את הגוף]" (נעיר שבחידושיו לבבא מציעא צט ע"א, ד"ה אלא לחזרה, השמיט הריטב"א את הנימוק בדבר אחריות השואל כשומר. וצריך עיון מדוע עשה כן). וראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 2(ג), ליד ציון הערה 10, ובמילואים שם, על הזיקה בין אחריות השואל לבין זכותו בנכס. לשיטתו הייחודית של הריטב"א בתפישת מהות השכירות, ראה להלן, הערה 85.

[31] ש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ב. והשווה להלן, דיוננו על סעיף 19, הערה 103. למען הדיוק צריך לציין,

אלא חיוב אישי כלפי השוכר, ואם מת השוכר, תמה השכירות, וממילא פג החיוב לתשלום דמי השכירות. במקום אחר[32], הש"ך פוסק שהשוכר אינו רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה למי שלבו חפץ, אלא זכותו של המשכיר לומר: "לזה השכירו ולא לזה". אילו סבר הש"ך שהשוכר הוא בעל זכות קניינית במושכר, קשה היה לומר כדברים האלה (אם כי אין הכרח לכך, שכן תיתכן הגבלה של זכות קניינית). במקום אחר[33] הש"ך מסביר, שחצרו של השוכר אינה קונה לו "קניין חצר", ואף כאן משום שהעיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא" לא נאמר אלא בקשר לדיני הונאה[34].

"נתיבות המשפט"[35] סבור גם הוא שבעיקרון "שכירות לא קניא". זאת הסיבה, הוא מסביר,

שהש"ך מוסיף וטוען שם, שפסק ההלכה שלו עשוי להתיישב גם עם הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" (ראה להלן, דיוננו על סעיף 15, הערה 130).

כסיוע לכך שיש לאמץ להלכה את שיטת התוספות, הש"ך מביא שם את המהרש"ל, בתשובותיו, סימן מג (והשווה שם, סימן לח), ואת תרומת הדשן, בתשובותיו, סימן שיח. אולם ראה: שו"ת ושב הכהן, סימן מז, המעיר בצדק, שמדברי "תרומת הדשן" אין ראיה שדעתו כדעת התוספות, שכן "תרומת הדשן" לא הביא את דברי התוספות אלא בדרך אגב. ואמנם ראה תרומת הדשן, סימן רי (מובא בדיוננו על סעיף 22, הערה 130, והערה 138), משם עולה בבירור שבניגוד לתוספות הוא רואה בשכירות זכות חפצית ולא חיוב בלבד.

וראה גם: שו"ת צמח צדק, סימן מה, שהוסיף שלדעתו גם ממהרש"ל אין להביא ראיה לשיטת הש"ך.

גם הב"ח, כשעסק בשאלת מיתת השוכר, סמך על דעת התוספות. ראה: ב"ח, חו"מ, סימן שיב, ס"ק יט (בסופו). נציין שמשו"ת הב"ח החדשות, סימן יח, ומדבריו על הטור, חו"מ, סימן שיג, ס"ק ג, עולה שלדעתו מדין תורה "שכירות לא קניא", אולם מדרבנן "שכירות ליומיה — ממכר הוא" (כך עולה בידו להסביר מכוח מה עובר המושכר בירושה ליורשי השוכר. וראה דיוננו להלן, סעיף 19, הערה 103). כנגד זה העיר הש"ך, חו"מ, סימן שיג, ס"ק א: "ולא ידעתי מנא ליה הא [=מנין לו זאת], גם בתוספות שם לא משמע כן".

[32] ש"ך, חו"מ, סימן סו, ס"ק עג. וראה דיוננו להלן, סעיף 22, הערה 108.

[33] ש"ך, חו"מ, סימן שיג, ס"ק א (גם כאן יש לציין, שהש"ך טוען, שהלכה זו עשויה להתיישב גם עם הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא"). בהתאם לגישה זו, שהשוכר אינו קונה ב"קניין חצר", ראה: ש"ך, סימן רס, ס"ק יד־טו, שם הוא אינו מהסס לחלוק על מה שפסק השולחן ערוך בעניין אבדה שהגיעה לחצר משותפת לשוכר ולמשכיר. לדעתו, המשכיר לבדו הוא שזוכה באבדה, ואין הוא מתחלק בה עם השוכר, כפי שפסק השולחן ערוך. נציין כאן עוד מקום נוסף שממנו עולה שזו שיטת הש"ך: ש"ך, חו"מ, סימן שיז, ס"ק ה, כפי שמסבירו נתיבות המשפט, שם, ס"ק ב. ראה דיוננו על סעיף 13, ליד ציון הערה 30, ובהערה 31.

[34] הרב י"א הלוי הרצוג, בספרו, The Main Institutions of Jewish Law, London 1967, vol. 1, p. 331, מבקש לטעון, שמי שמכיר בצורך עצמי של המשכיר במושכר כעילה לסיום מוקדם של השכירות (על עילה זו ראה דיוננו, להלן, סעיף 19, פרק שלישי, ב, עמ' 422), רואה כנראה בשכירות הסכם ולא קניין. הוא מעלה זאת כהשערה, ואמנם אין הדבר מוכח כלל. ייתכן לומר, שעילת צורך עצמי יסודה בהסכם מכללא, ואז אין מניעה מלאמץ אותה גם לפי גישה קניינית. ואכן, ראה להלן, הערה 67 (מס' 11), שם אנו מציינים שהמהר"ם מרוטנבורג מכיר בנסיבות מסוימות בעילת צורך עצמי, אף שדעתו היא ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא" לכל דבר.

[35] נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ג. וראה להלן, בדיוננו על סעיף 22, הערה 105. נתיבות המשפט עקיב בתפישתו זו, כפי שעולה מסקירת דבריו במקומות אחדים בפירושו: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ה: "ונראה דכל משכיר יש עליו שיעבוד הגוף להעמיד לו לדבר המושכר לדבר שצריך לו"; שם, סימן שטו, ס"ק א: "כל משכיר כחוב הגוף דמיא, [שמתחייב] להעמיד לו [את הנכס המושכר]"; שם, סימן שיז, ס"ק ב: "דשכירות ליומא ממכר הוא רק לענין אונאה, אבל מכל מקום אין הקרקע יוצא לגמרי מרשות בעלים, ובפרט לפי מה שכתבתי בכמה דוכתי דשוכר אין לו רק חיוב הגוף על המשכיר להעמיד לו בית" (צוין כבר לעיל, הערה 33). בסימן שיב, ס"ק יג, נתיבות המשפט חוזר וטוען, שדעת מחבר השולחן ערוך היא, שהשכירות אינה אלא התחייבות, ואילו הרמ"א חושב שהשאלה שנויה במחלוקת הפוסקים. הוא

שהשוכר אינו רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה אלא כשהדבר אינו גורם הפרעה למשכיר. לדעתו, אילו הייתה לשוכר זכות קניינית בגוף המושכר, לא ניתן היה למנוע ממנו עסקה במושכר, אפילו אם הדבר היה מכביד על המשכיר, כפי שנפסק בעניין שותפים.

להלן[36], כאשר נדון ביסוד התמורה, נראה שאחדים מן האחרונים הסיקו מהכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", שהשכירות אינה קניין. לדעתם, אם היה השוכר רוכש זכות קניינית במושכר, חובו היה צריך להתגבש מיד עם גמירת העסקה, ולא בהדרגה יחד עם התקדמות השכירות, כמו שעולה מהכלל האמור. להלן נסביר מדוע לדעתנו אין לקבל טיעון זה.

יש להדגיש, שלפי שיטה זו, הרואה בשכירות חוזה ולא קניין, המושכר משועבד להבטחת קיום החוזה: התלמוד[37] קובע, שאם שכר אדם חמור להובלה, ומת החמור באמצע הדרך, השוכר רשאי למכור את נבלת החמור ולשכור בתמורה חמור אחר להשלמת ההובלה. נראה

מוסיף שם, שלכולי עלמא, אם מתנאי השכירות היה שדמי השכירות ישולמו מראש, כי אז זכותו של השוכר במושכר היא זכות קניינית (על קביעתו זו, ראה מה שהערנו בדיוננו על סעיף 14, הערה 25). גם בסימן קצב, ס"ק ו, הסביר "נתיבות המשפט", שהצדדים יכולים להסכים שתהיה השכירות בעלת אופי קנייני, על דרך קניין הגוף לפרותיו, אלא שאז דרך הקניין חייבת להיות אחת מדרכי הקניין במכר (נעל, גדר, פרץ). לעומת זאת, בשכירות רגילה השוכר אינו רוכש זכות קניינית במושכר אלא רק שעבוד על השימוש, ועל כן דרך גמירת העסקה היא על ידי שימוש בעלמא (וכך, הוא מוסיף בסוגריים, אפשר ליישב את הסתירה בדברי השולחן ערוך בין מה שפסק בסימן רס, סעיף ד, שם פסק שיש לשוכר "קניין חצר" במושכר, למה שפסק בסימן שיג, סעיף ג, שם פסק שאין לשוכר "קניין חצר" במושכר. והשווה לדבריו, בפתיחה לסימן ר, ד"ה ובענין חצר המושכר, ובסימן קלח, ס"ק ב, שם הציע דרך אחרת ליישב את הסתירה). וראה להלן, הערה 247.

והשווה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק א: "בשוכר לזמן, דהוי כלוקח פירות לזמן" (וכעין זה ראה גם בסימן שכא, ס"ק א). אולם לא נראה שכוונת "נתיבות המשפט" בדבריו אלה לומר, שלשוכר יש זכות קניינית במושכר (שאם כן, היה אומר שהשוכר הוא כלוקח הגוף לפרותיו, ולא רק לוקח פרות). לשוכר אין אלא שעבוד על זכויות השימוש במושכר (זכות שימוש זו מכונה אצלו "פרות"), אלא שביחס לזכות חוזית זו הוא כלוקח, במובן זה שהוא נושא בסיכונים הקשורים לאבדן זכות השימוש שבידו. והשווה גם: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד: "ואפילו אם יהיה לשכירות דין חיוב...". גם מסגנון זה עולה לכאורה, שבעיקרון יש לשכירות דין קניין. אולם המעיין שם יראה שכוונת "נתיבות המשפט" היא, שאף שהרמ"ה, ר' מאיר הלוי אבולעפיה, רואה בשכירות קניין ולא התחייבות, הרי שלהלכה דבריו נכונים גם לדעת מי שפוסק שהשכירות אינה אלא חיוב (כמו שפוסקים לדעתו הרמב"ם והשולחן ערוך). נמצא שאין כאן סתירה למה שראינו עד כה בשיטת נתיבות המשפט. וראה להלן, הערה 188.

ויש לעיין בשאלת כוונת בעל "נתיבות המשפט" בספרו על הלכות פסח, מקור חיים, סימן תמ, ס"ק ד, ד"ה גם: "ועוד נראה דהא דשכירות לא קניא היינו דלא אלים קנין השכירות להפקיע קנין הגוף של המשכיר ומקרי בית המשכיר גם כן. מכל מקום, מקרי גם כן בית השוכר, דשכירות ליומא ממכר לענין קנין פירות, וכעין שכתבו התוספות גבי קנין פירות, בבא בתרא נ ע"א, בד"ה קסבר קנין פירות". מדברים אלו עולה לכאורה תפישה שונה משאר המקורות שציינו, אם כי ייתכן שהכוונה גם כאן, שלעניין הפרות יש לדון בשוכר כלוקח, ותו לא. וצריך עיון. והשווה גם: נתיבות המשפט, סימן שמד, ס"ק א, שם כתב: "בשואל שיש לו קנין בגוף החפץ, דשאלה ושכירות ליומא ממכר הוא". ואפשר שאמר כך משום שבא לפרש את דברי הרמ"א, ראה לעיל. וראה גם: נתיבות המשפט, סימן לט, ס"ק יז. וצריך עיון.

[36] ראה להלן, פרק שלישי, עמ' 24. שם נראה שזו דעתם של הרב א' וסרמן והרב מ' פיינשטיין (על הרב מ' פיינשטיין, ראה גם להלן, הערה 67, מס' 4). ועליהם יש להוסיף: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה.

[37] בבא מציעא עט ע"א. וראה בהרחבה, דיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210.

שלפי הגישה החוזית, הלכה זו נובעת מכך שהמשכיר משעבד את המושכר לקיום התחייבותו[38]. משום כך, הנוקטים גישה זו מדברים על שכירות כעל שעבוד ולא כעל קניין[39].

נסקור עתה את הנפקויות המעשיות בין הגישות השונות למהות השכירות.

ד. הנפקות המעשית בין הגישות

על פי הגישה הקניינית, אופייה הקנייני של השכירות נותן את אותותיו בהלכות רבות בדיני שכירות, הן בעניינים הקשורים לתחילת השכירות, הן בעניינים הקשורים לזכויות הצדדים במהלך השכירות, הן בעניינים הקשורים בסיומה של השכירות. להלן רשימה (חלקית) של סוגיות אלה בהן הפוסקים נימקו את עמדתם בנימוק "שכירות ליומיה — ממכר הוא". רשימה זו אינה אלא בבחינת ראשי פרקים לרבים מן הנושאים שיידונו בהרחבה במסגרת הדיון בסעיפי החוק השונים, וכך יש להתייחס אליה. נוסיף ונציין שבחלק מההלכות המובאות כאן אין זיקה הכרחית בין ההלכה הנדונה ובין מהותה של השכירות כזכות קניינית (כך הוא לדוגמה בקשר לדרכי קניין השכירות). אף על פי כן במידה שהפוסקים נמקו את ההלכה מכוח הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא", לא נמנענו מלהביאה:

תחילת השכירות, כלומר, דרכי יצירת השכירות זהות לדרכי הרכישה המקובלים:

1. דרכי הקניין של השכירות זהות לדרכי הקניין של המכר: "וכשם שהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה, כך שכירות נקנית בכסף בשטר ובחזקה"[40]. מדברי הרשב"א[41] עולה, שהטעם

[38] והשווה: א' קרלין, "פרק בהלכות שכירות", סיני ו (ת"ש) תפה, בעמ' תפט־תצ. לדעתו, הלכה זו של שמואל, המתיר לשוכר לשכור חמור אחר בדמי נבלת החמור המת וכך לכלות את הקרן, יסודה בתפישה קניינית של השכירות. לעומתו, רב אינו רואה את השכירות אלא כהתחייבות, ולא כקניין, ועל כן הוא סובר, שאין השוכר רשאי אלא לקנות חמור חלופי בדמי הנבלה, כדי שלא תכלה הקרן, שהיא רכושו של המשכיר (ראה שם בסוגיה התלמודית). לדעתנו, אין כל הוכחה שיסוד המחלוקת שבין רב ושמואל נעוץ במחלוקת ביניהם בדבר מהות השכירות. ראשית, העובדה ששמואל מתיר לשוכר לכלות את הקרן, אינה מוכיחה שלדעתו יש לשוכר זכות קניינית במושכר (שכן מהמשך הסוגיה, שם, עולה שאף בשעבוד, אם אין בררה אחרת, אפשר לכלות את הקרן); שנית, ייתכן שאף אם רב סבור שיש לשוכר זכות קניינית, הרי שמוסכם בין הצדדים מכללא, שהשוכר לא יכלה את הקרן.

[39] לדעות הנוקטות בגישה זו, ראה: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה; ז' ורהפטיג, "קנין פירות ושכירות", מגל ד (תשד"ם) 7.

גם הר"ן מדבר על השכירות כעל שעבוד (ראה: ר"ן, נדרים מז ע"א, ד"ה היכי דמי). וראה על כך: ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג, שלדעתו יש בעניין זה סתירה בדברי הר"ן. מצד אחד, קבע, כפי שראינו לעיל (הערה 17, והערה 21), שלעניין השימוש "שכירות ליומיה — ממכר הוא", ומצד שני, בפירושו לנדרים קבע, שהמשכיר יכול לאסור בקונם על השוכר את הנאת המושכר. וזה תימה, שכן, אם מכר את ההנאה, כיצד יכול עוד לאסור אותה? כפתרון לסתירה הוא מעלה שייתכן שמדובר בשני חכמים הנושאים אותו השם. אולם לאור דברי הריב"ש, תלמיד הר"ן, בתשובותיו, סימן שנה (בסוף התשובה), נראה שאין לקבל הצעה זו. נראה שהמפתח לפתרון שאלתו של "ים של שלמה" נמצא בדבריו של הרב י' קנייבסקי, המובאים לעיל, הערה 21.

גם הסמ"ע (חו"מ, סימן שיב, ס"ק לב), מדבר על כך שהמשכיר שעבד את עצמו לעניין השכירות, אולם אין להסיק מכך שהוא מגדיר את השכירות כשעבוד. להסבר דברי הסמ"ע, ראה דיוננו להלן, סעיף 7, ליד ציון הערה 27.

[40] ראה: בבא קמא עט ע"א; בבא מציעא צט ע"ב.

[41] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכח, בסופה (צוין לעיל, הערה 13). וכן כתב גם בשו"ת מהרי"ק, שורש כ.

לכך הוא שהשכירות היא כמכר[42]. כמו כן הרמב"ם[43] קובע: "כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח וממכר, כך מתנה בשכירות", והנמקתו היא (מה שראינו בשמו כבר לעיל): "שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא, וכל שממכרו בנכסיו ממכר, שכירותו שכירות".

במהלך השכירות, הלכות שונות הנוגעות לזכויותיו של השוכר נגזרות לפי פוסקים רבים מאופייה הקנייני של השכירות:

2. בעיקרון, יש לשוכר זכות החזקה בלעדית במושכר אפילו כלפי המשכיר עצמו: "אין הקרקע ברשותו [של המשכיר], דשכירות ליומיה — ממכר הוא"[44]. ועל כן המשכיר אינו רשאי להיכנס למושכר בתקופת השכירות בלא רשותו של השוכר.

3. חצר המושכרת קונה לשוכר "קניין חצר", כפי שעולה ממה שפסק השולחן ערוך[45] לעניין זכייה במציאה שנמצאה בחצר שכורה: "ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר, אם צבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסו לתוך הבית, זכו בהם שניהם". הרמ"א מוסיף: "דהוו כשנים השותפים בחצר", ומסביר הסמ"ע[46]: "דשכירות ליומא — ממכר הוא". מכאן שאם יש לשוכר החזקה בלעדית במושכר, הוא זוכה במציאה לבדו. אמנם, הרמב"ם[47], שכפי שעולה ממה שהבאנו מדבריו לעיל, רואה בשכירות זכות קניינית, פוסק: "חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אף על פי שהיא שכורה ביד אחרים". ועל כן המשכיר הוא הזוכה בזבל של בהמות של אחרים שהופקר במושכר: "הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר... במה דברים אמורים? בשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר, אבל אם הבהמות של אחרים, הזבל של בעל החצר". אולם ההסבר להלכה תמוהה זו של הרמב"ם הוא כנראה, כפי שהסביר קצות החושן[48], משום שבנסיבות העניין "אינו מקנה לו אלא לתשמישים אבל לדברים אחרים כגון להיות זוכה לו אינו מקנה לו אלא משייר אותו כח לנפשיה" (מכאן ראיה נוספת לגישת המשפט העברי, המאפשר "הפרטה" של הזכויות השונות הנובעות מן הזכויות בקרקע).

4. כאשר אין מניעה מצד חובות השמירה המוטלות על השוכר, הוא רשאי להשכיר את

והשווה: דברי השופט מ' זילברג בפרשת אריזונה (לעיל, הערה 2), עמ' 578, מול האות א, שגם הוא הסיק על קנייניותה של השכירות, בין השאר, מתוך דרכי הקניין שלה. אולם השווה להלן, הערה 67 (מס' 1).

42 נציין כאן עניין נוסף, שדנים בו בשכירות כבמכר (אף שעניין זה אינו קשור לדרכי הקניין): בית יוסף, חו"מ, סימן רו, ס"ק א, מביא שו"ת מהרי"ק, שורש כ, שאדם שמתחייב שלא למכור את ביתו, אסור לו גם להשכיר את הבית, שכן "שכירות הרי הוא כמכירה". מובא בחידושי רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן רו, סעיף א. השווה להלן, דברי ויסמן, ליד ציון הערה 126.

43 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א.

44 שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סז, ד"ה ויש לצדד (קא ע"ד). והשווה דיוננו להלן, סעיף 17, הערה 24. וראה להלן, הערה 67 (מס' 2).

45 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רס, סעיף ד.

46 סמ"ע, שם, ס"ק יג. ואולם ראה להלן, הערה 67 (מס' 3), שעניין "קניין חצר" בשכירות שנוי במחלוקת.

47 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ה.

48 ראה: קצות החושן, סימן שיג, ס"ק א. דבריו מבוססים על הסבר הרב מרדכי מטאלון המובא בשו"ת דברי ריבות (אדרבי), סימן שכו (מובא גם בלחם משנה, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א). וראה שם באריכות ההבחנה שעושה "קצות החושן" בין זכייה במציאה, שבה הרמב"ם מודה שהחצר קונה לשוכר ובין זכייה בזבל. לדבריו, מאחר שהמשכיר לא השכיר את הרפת יחד עם החצר, הרי גילה בדעתו שאין הוא מעוניין להקנות לשוכר גם את כוח הקנייה של החצר לעניין הזבל. אבל בסתם, הרמב"ם מסכים "דעיקר חצר למי שיש לו רשות השתמשות". בהתאם לכך פסק הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ה, הלכה א, שהזורק גט לאשתו בתוך חצירה, הרי היא מגורשת בין שהחצר קנוי לה בין שאול בין שכור.

המושכר בשכירות משנה, כמו שקובע באופן ברור מהרשד"ם[49]: "שכירות מכירה ליומיה הוי, וכמו שהקונה יכול, אחר שקנה, לחזור ולמכור, כך השוכר יכול להשכיר". זאת ועוד, אם אין מניעה מצד המגבלות המוטלות על השוכר בדבר המחאת דמי השכירות שהוא חב למשכיר (כגון ששילם את מלוא דמי השכירות מראש), הוא רשאי אפילו להעביר את השכירות לאחר ולהסתלק מן השכירות[50].

5. בדומה לזה נפסק, שהשכירות עוברת בירושה אל יורשי השוכר כמו שאר קנייניו של המוריש השוכר. הנימוק שניתן לכך הוא שהשכירות היא כמכר[51].

זכותו הקניינית של השוכר, מתבטאת גם בסיכונים ובחובות המוטלים עליו:

6. מאחר שרכש השוכר את המושכר, יש אומרים[52] שרובצים עליו כל הסיכונים למניעת שימוש. לכן גם אם נהרס המושכר, השוכר חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות מלאים. להלן[53] נראה, שאמנם רוב הפוסקים חולקים על דעה קיצונית זו, אולם נוכיח שאין זה משום שדחו את העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא", אלא משום שלדעתם, מאחר שזכותו הקניינית של השוכר מוגבלת בהיקפה, אין זה נכון משפטית להטיל עליו את מלוא הסיכון למניעת השימוש. אלה לדוגמה דברי מהר"ם מפאדווה[54] בעניין זה: "ואף שבמקח, דוקא כי היה בו מום קודם המקח הוא דיכול לחזור בו משום מקח טעות, אבל אם נולד אחר כך, מפסיד הלוקח, שם [במכר] הדין הוא כך דברשות הלוקח הוא לגמרי. אבל שכירות, אף כי הוא ממכר ליומא, כמפורסם, מכל מקום, גם למשכיר שייכא ביה, כי שלו הוא". עם זאת, נכון הוא שיש נסיבות שבהן גם פוסקים אלה מסכימים שעל השוכר לשאת בסיכון, משום ש"מזלו גרם" ו"נסתחפה שדהו"[55], כמו שנפסק לדוגמה בעניין חמור שהוחרם[56].

7. השוהה בעיר למעלה משנים־עשר חודש נמנה עם תושביה הקבועים של העיר וחייב להשתתף בתשלום מסי אותה העיר[57]. אם הוא קונה בית בעיר, הוא חייב במסים מיד[58].

[49] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצה (מובא בדיוננו על סעיף 22, הערה 15). וראה קצות החושן, סימן שסג, ס"ק ח, שמסביר שמאחר ש"כבר קנה הבית לדירה, דשכירות קניא, ויש לו רשות להשכירו, ושכירות שנוטל דידיה הוא", לכן אי־אפשר לטעון כנגד השוכר: "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו" (מובא בדיוננו על סעיף 22, ליד ציון הערה 154). והשווה להלן, הערה 67 (מס' 4)

[50] ראה דיוננו, להלן, סעיף 22, הערה 33.

[51] ראה דיוננו, להלן, סעיף 19, פרק שלישי, ג, עמ' 429. והשווה להלן, הערה 67 (מס' 5).

[52] זו דעת הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א, ראה להלן, סעיף 15, ליד ציון הערה 226, שם נראה, ששיטה זו אינה מחילה את העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא" על כל שכירות, אלא ישנן שכירויות שאופיין חוזי והשוכר אינו נושא בהן בכל הסיכונים. אנו מזכירים זאת גם להלן, ליד ציון הערה 81.

[53] ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 37 ואילך.

[54] שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט.

[55] אחרים, כמו הרשב"א (ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 220), סבורים שבכל מקרה שהמושכר אינו ראוי לשימוש, השוכר פטור מתשלום. אולם, שיטה זו אינה עומדת בסתירה לעיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא": המשכיר הקנה את המושכר לשוכר כל עוד הוא ראוי לשימוש, וברגע שיצא מכלל שימוש מסתיימת השכירות, על פי ההסכם שבין הצדדים. והשווה להלן, הערה 67 (מס' 6).

[56] ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 15, שהדבר תלוי באילו נסיבות אירעה ההחרמה, אך אין כאן מקומו.

[57] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קסג, סעיף ב.

[58] ראה: שולחן ערוך, שם.

לדעת הריב"ש[59], הוא הדין במי ששכר בית לשנים־עשר חדש ויותר. ומסביר הגר"א[60], שהנימוק לכך הוא ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא"[61], כלומר, כוונת המתקנים הייתה לחייב במיסים גם את מי שיש לו זכות קניינית חלקית ולא בעלות מלאה.

זכותו הקניינית של השוכר במושכר מתבטאת גם בצמצום זכויותיו של המשכיר בתקופת השכירות:

8. המשכיר אינו יכול למכור לאדם שלישי בתוך תקופת השכירות זכויות במושכר שכבר הקנה לשוכר ואינם עוד שלו. על כן, כפי שנראה להלן[62], מכירת המושכר על ידי המשכיר בתקופת השכירות אינה פוגעת בזכויות השוכר — המכר אינו דוחה את השכירות.

9. הפוסקים[63] מתלבטים אפילו בשאלה אם המשכיר רשאי להשכיר את המושכר לשוכר שני במהלך תקופת השכירות של השוכר הראשון, אף כשאותה שכירות לא תתחיל אלא לאחר סיומה של השכירות הראשונה. הספק הוא מפני שאולי אין תוקף לעסקה זו, מאחר שהמשכיר משכיר דבר שאינו ברשותו. אילו הייתה השכירות רק התחייבות, לא היה מקום להסתפק בכך כלל.

10. קצות החושן[64] קובע, שמאחר ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא", המשכיר אינו רשאי להחליף את המושכר שבידי השוכר במושכר חלופי זהה, אף שמבחינתו של השוכר אין משמעות לזהות המושכר. לשוכר יש זכויות קניניות במושכר עצמו.

גם שאלת סיומה של השכירות מושפעת מאופייה הקנייני:

11. צורך עצמי מצד המשכיר אינו עילה לסיומה המוקדם של השכירות, והנימוק הניתן לזה על יד הפוסקים[65] הוא, "דשכירות ליומיה — ממכר הוא". כשם שהמוכר אינו יכול לחזור בו מהמכר, גם אם נקלע לקשיים, כך המשכיר אינו יכול לחזור בו מן השכירות.

[59] שו"ת הריב"ש, סימן קעה. מובא בהגהת הרמ"א, שם.

[60] ביאור הגר"א, שם, ס"ק יט.

[61] וראה עוד בעניין זה: שו"ת בנימין זאב, סימן רצג, וסימן תד (אם כי השווה שם, סימן קסד וסימן תלז, שמתשובות אלה נראה שהוא מאמץ את שיטת התוספות. וצריך עיון. בסימן קסד הוא דן בשאלה מדוע נוהגים להשכיר בתים לגויים בחו"ל, הרי זה אסור על פי דין הגמרא?); משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קצ (הוא מפנה לכנסת הגדולה, חו"מ, סימן קסג, הגהות בית יוסף, ס"ק לז, ושו"ת אהלי יעקב (מהריק"ש), סימן סא, וסימן מד). והשווה להלן, הערה 67 (מס' 7). והשווה להלן, דברי ויסמן, ליד ציון הערה 126.

[62] ראה בעניין זה בהרחבה בדיוננו על סעיף 21. והשווה: מ' זילברג, פרשת אריזונה (לעיל, הערה 2), עמ' 579, שהביא גם את ההלכה הזאת כביטוי לקנייניותה של השכירות במשפט העברי. והשווה: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב תשל"ו, עמ' 402. אלבק מוסיף, שגם הקדש המושכר אינו דוחה את השכירות. אולם ראה סעיף 21, הערה 54, שעניין זה שנוי במחלוקת. והשווה להלן, הערה 67 (מס' 8).

[63] ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רפח. לדעתו, ההשכרה אינה תקפה. כנגד דעתו, ראה: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמו (מובא בש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ג). בסוגיה זו ראה עוד: שו"ת מהריט"ץ (צהלון), סימן פט; פתחי תשובה, חו"מ, סימן שטו, ס"ק א. וראה דיוננו על סעיף 21, הערה 22 (מקורות 6 ו־7). מ' זילברג, בפרשת אריזונה (לעיל, הערה 2), עמ' 578, מביא גם מכאן ראיה לקנייניותה של השכירות במשפט העברי. והשווה להלן, הערה 67 (מס' 9). וראה בעניין זה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ערך "דבר שלא בא לעולם", עמ' סו. והשווה: חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 80.

[64] קצות החושן, סימן שיא, ס"ק א, וסימן שיב, ס"ק ז. וראה דיוננו להלן, סעיף 7, ליד ציון הערה 136. והשווה להלן, הערה 67 (מס' 10).

[65] ראה לדוגמה: שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ו (צוין לעיל, הערה 13). וראה רשימת הפוסקים המצוינת בדיוננו

12. כדי להסתלק מן השכירות לפני תום תקופת השכירות, השוכר צריך להקנות חזרה את המושכר למשכיר במעשה קניין, וכל עוד לא עשה כן, הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו לסיים את השכירות (והוא הדין למשכיר), ובלשון הפוסקים: "מחילה לא מהני"[66]. גם זה ביטוי לאופייה הקנייני של השכירות, שאילו לא הייתה השכירות אלא חיוב, לא היה צורך במעשה קניין, והמחילה הייתה מועילה.

עד כאן סקירת ההלכות שבעלי הגישה הקניינית ביססו אותן על הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא". צריך לומר שהלכה למעשה, בעלי הגישה החוזית מסכימים, או עשויים להסכים, עם רוב ההלכות שנסקרו כאן כביטויים לאופייה הקנייני של השכירות (כולל ההלכה ולפיה השכירות עוברת בירושה). כך לדוגמה, מה שהגישה הקניינית רואה כמתחייב מעצם מהותה של השכירות, כגון זכותו של השוכר להשכיר בשכירות משנה את המקרקעין ששכר, רואה הגישה החוזית כמוסכם מכללא בין הצדדים. עלול אפוא להתקבל הרושם כאילו אין בין הגישה הקניינית לגישה החוזית אלא ויכוח אקדמי בלא כל השלכה מעשית, שהרי כל גישה עשויה להגיע בדרכה שלה אל אותה התוצאה שהגיעה אליה חברתה[67]. כאן המקום לתקן רושם מוטעה

להלן, סעיף 19, הערה 67 (וראה שם, הערה 68). וראה גם דברי הרב הרצוג, עמ' 330־331 (הוזכר כבר לעיל, הערה 34). והשווה להלן, הערה 67 (מס' 11).

66 ראה: שו"ת הריב"ש, סימן תקי; שו"ת הראנ"ח, סימן לח, ד"ה במה; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמה; שו"ת מהריט"ץ (צהלון), סימן פט, ד"ה בא; שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן ע. השופט מ' זילברג בפרשת אריזונה (לעיל, הערה 2), עמ' 578, מביא הלכה זו כאחת ההוכחות לחפציותה של השכירות במשפט העברי: "זו היא, לדעתי, ראיה חותכת ל'חפציותה' של זכות השכירות. כי אילו לא היתה זו אלא 'חוב' שיש לשוכר על המשכיר, מחילה היתה תופסת בה, כמו בכל חוב אחר, ומחילה כידוע אינה צריכה קנין". בשאלה אם הוא הדין גם מחילת המשכיר, או שמא לעניין דמי השכירות מחילת המשכיר אינה צריכה קניין, ראה: קצות החושן, סימן שטז, ס"ק ג. לדיון על דברי קצות החושן, ראה: ש' פלדמן, "שוכר שפינה דירתו לפני הזמן", שורת הדין — מאמרים ופסקים, ירושלים התשנ"ד, כרך ב, עמ' רמב, בעמ' רמו־רמט. והשווה להלן, הערה 67 (מס' 12).

67 להלן נפרט כיצד, לדעתנו, תתייחס הגישה הרואה בשכירות חיוב, ולא קניין, אל שנים־עשר הנושאים שצוינו לעיל, כביטויים לאופייה הקנייני של השכירות:

1. הסתייגות מיצירת זיקה בין דרכי קניין השכירות לבין הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא", ראה בשו"ת ושב הכהן (זיסקינד), סימן מז, ד"ה שוב ראיתי. והשווה: חזון איש, להלן, ליד ציון הערה 167. מדבריו עולה שלצורך יצירת התחייבות נדרש מעשה קניין זהה לזה שהיה צריך לעשות כדי להקנות את מושא ההתחייבות. לפי זה, אכן דרכי קניין השכירות אינם מוכיחים על קייניותה של השכירות. נוסיף שבאותה סוגיה שהסתמכו עליה בעלי הגישה הקניינית (בבא מציעא צט ע"א), נאמר גם: "כשם שתקנו משיכה בלקוחות, כך תקנו משיכה בשומרים" — כולל שומר חינם ושומר שכר, והלא ברור שלשומרים אלה אין כל זכויות קייניות בפיקדון שבידם בתקופת השמירה. והשווה: נימוקי יוסף, שהובא לעיל, הערה 13, שהיה ער לנקודה זו, ועל כן העיר, שדברי התלמוד אינם אמורים אלא בשואל ובשוכר.

2. איסור הכניסה של המשכיר אל תוך המושכר בתקופת השכירות מתיישב יפה עם הגישה החוזית כאחת מן ההתחייבויות שנוטל המשכיר כלפי השוכר במסגרת הסכם השכירות. בנוסף לכך, ראה בדיוננו על סעיף 17, הערה 24, שההוכחה שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 44, אינה חד־משמעית.

3. "קניין חצר": לעיל, ליד ציון הערה 33, כבר ראינו, שהש"ך מוכיח דווקא ממה שפסק הרמב"ם בעניין "קניין חצר" את תפישתו ולפיה השכירות אינה אלא חיוב ולא קניין. אכן, הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ה, פוסק "שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אף על פי שהיא שכורה ביד אחרים". מכאן מסיק הש"ך, שגם לדעת הרמב"ם לשוכר אין זכות קניינית בחצר ששכר, ולא אמרו "שכירות ליומיה — ממכר הוא" אלא לעניין הונאה. והשווה לעיל, הערה 35, גישת "נתיבות המשפט". אמנם הש"ך עצמו מעיר, שהלכה זו של הרמב"ם עשויה להתפרש גם על פי מי שמחיל את הכלל "שכירות ליומא — ממכר הוא" גם

שלא בדיני הונאה: "וגם להנימוקי יוסף והריב"ש, סימן שנה, שכתבו שכירות ממכר הוא לענין ההנאה של השכירות, ולא לענין גוף הדבר, הכא נמי כיון שאין גוף החצר קנוי לשוכר, אין החצר זוכה לו" (והשווה: לחם משנה, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א). לעיל, ליד ציון הערה 47, ראינו שיש שנוקטים פירוש אחר בדברי הרמב"ם. והשווה עוד בסוגיה זו: סמ"ע, חו"מ סימן שיג, ס"ק ה; מחנה אפרים, הלכות מכירה, קנין חצר, סימן ג; שו"ת מקום שמואל (אשכנזי), סימן א, ד"ה ופירוש (דף ג ע"ג); י"י בלוי, פתחי חושן, הלכות שכירות, ירושלים תשמ"ה, פרק ד, הערה מה (מכאן ואילך: פתחי חושן, הלכות שכירות). וראה גם: ש' בעלקין, "קנין של שכירות", אידנו (תש"ב) 39, בעמ' 43־44. וראה ביתר הרחבה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, ערך "חצר (ב)", סימן יב (חצר שכורה), עמ' רל־רמד.

4. עסקה בשכירות: על פני הדברים נראה דווקא להוכיח מהמקורות הנוגעים לסוגיה זו, שלשוכר אין זכות קניינית במושכר. התוספתא קובעת במפורש: "ולא השוכר רשאי להשכיר" (תוספתא, בבא מציעא ג, א); וכך נפסק גם בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף ד. גם הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח, מסביר שנקודה זו היא המבדילה בין שכירות שדה לבין קניין שדה לפרותיה: "ואין השוכר רשאי להשכיר, אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה". יש אפילו פוסקים אשר אינם מכירים כל חריג להלכה זו ואוסרים בכל מקרה שכירות משנה שלא בהסכמת המשכיר (ראה דיוננו על סעיף 22, סוף הערה 37). נמצא שסוגיה זו טעונה הסבר דווקא לבעלי הגישה הקניינית. בסוגיה זו ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 22, ובמיוחד ליד ציון הערה 11 ואילך. אמנם, להלכה, רוב הפוסקים מתירים עסקה בשכירות בנסיבות שונות (כגון בשכירות מקרקעין), אולם על פי הגישה החוזית אפשר להסביר היתרים אלה כנובעים מהסכם מכללא בין הצדדים, ואין בהם כדי להוכיח את קנייניותה של השכירות. ראה לדוגמה: אגרות משה (פיינשטיין), חו"מ, חלק א, סימן עד, ד"ה ועל דין זה. לדעתו, השכירות היא זכות אישית (ראה שם, ד"ה והביא: "דבשכירות לא נעשה זה [המושכר] קנין שלו, דהשוכר, אלא שהוא נתינת רשות המשכיר להשוכר להשתמש בשל משכיר"), הכוללת את הזכות להשכיר בשכירות משנה: "משום שגם זה מנתינת הרשות מהמשכיר להשוכר שישתמש בעצמו או אחר במקומו" (ומאחר שהסכם מכללא יש כאן, יש להניח שהמשכיר אינו מסכים לכל עסקה שעלולה לפגוע בו, ואפילו בעקיפין. ונראה שכך יש להבין גם את נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ג, הובא לעיל, הערה 35). על תפישתו של הרב מ' פיינשטיין את השכירות כזכות אישית ולא קניינית, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 93. וראה גם: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה, שטוען שהזכות לשכירות משנה היא מכוח תקנת חכמים (כך הוא מבקש להסיק מלשון הסמ"ע, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א, אולם ספק אם יש הכרח בדבריו).

5. ירושת השכירות: אם אין לשוכר זכות קניינית במושכר, אלא רק זכות אישית כלפי המשכיר, קשה להסביר כיצד זכות זו עוברת בירושה (אמנם, נכון הוא שזכותו של מלווה, שהיא זכות אישית, עוברת בירושה. אולם ראה: רמ"א, חו"מ, סימן ס, סעיף ג (בסופו), ונושאי הכלים, שם). אולם ראה דיוננו על סעיף 19, הערה 103, שם אנו מנסים ליישב את הקושי לפי שיטת הב"ח, שמדרבנן "שכירות ליומיה — ממכר הוא", והשווה לעיל, הערה 31. ועדיין הדברים דחוקים. עוד יש לציין, שאכן לפי "נתיבות המשפט" (לעיל, הערה 35), שהוא אחד מנציגי הגישה החוזית, אין המושכר עובר בירושה אלא למי שהיה לו זכות שימוש עוד בימי המוריש. ראה על כך להלן: סעיף 19, ליד ציון הערה 110; וסעיף 29, ליד ציון הערה 36. אולם יש להודות, שהנימוק שלו אינו שהשכירות אינה זכות קניינית.

6. מניעת השימוש במושכר ותוצאותיה על חיוב תשלום דמי השכירות: מסוגיה זו אין להוכיח דבר לעניין מהות השכירות, שכן גם מי שנוקט תפישה חוזית עשוי לחייב את השוכר בתשלום דמי השכירות, אף שנמנע ממנו השימוש במושכר. זאת משום שלעניין זכותו החוזית, השוכר נחשב כבעלים, והמשכיר יכול לטעון כלפיו: "מזלך גרם". ראה לעיל, הערה 35, שיטת "נתיבות המשפט". נוסיף, שלפי הש"ך, גם ההפך נכון. כלומר, תפישה קניינית של השכירות אינה מחייבת את המסקנה שהשוכר נושא תמיד בסיכון לאבדן השימוש במושכר. ראה דיוננו על סעיף 15, הערה 130.

7. תשלום מסים עירוניים: סוגיה זו אינה מכרעת. ראשית, יש החולקים על הריב"ש וסוברים ששכירות בית לשנים־עשר חודש אינה מחייבת השתתפות במסים (ראה רמ"א, לעיל, הערה 59); שנית, ייתכן שאין כאן אלא היקש בעלמא, ואין ללמוד מכך על קנייניותה של השכירות.

8. מכר אינו דוחה שכירות: עיקרון זה אינו סותר את הגישה הרואה בשכירות זכות אישית ולא קניינית. כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 37, לפי הגישה החוזית, המושכר משועבד לשוכר להבטחת קיום ההסכם,

זה ולהצביע לפחות על שתי נפקויות מעשיות לתפישת השכירות כחוזה או כקניין, נפקות אחת מתחום המשפט המהותי ונפקות שנייה מתחום המשפט הפרוצסואלי. בתחום המהותי נושא אחד שמצאנו בו מחלוקת בין הגישות הלכה למעשה, הוא עניין "קניין חצר". על פי הגישה הקניינית, השוכר יכול לרכוש בעלות על נכסי הפקר שהגיעו למושכר מכוח קניין חצרו השכורה[68]. לעומת זאת, על פי הגישה החוזית, השוכר אינו יכול לרכוש בעלות על חפץ הנמצא במושכר רק מכוח קניין החצר השכורה בשום פנים[69], שכן אין לו אלא תביעה אישית כלפי המשכיר לאפשר לו שימוש באותה חצר, ואילו בגוף החצר אין לו כל זכות. במקביל לכך בתחום הפרוצסואלי, אם מתגלע סכסוך בדבר הבעלות על נכסים הנמצאים במושכר, גם כאן יחלקו בעלי הגישות השונות בשאלה: על מי משניהם מוטל נטל הראיה בעניין הבעלות על אותו נכס?[70] לפי הגישה הקניינית, השוכר הוא המוחזק בנכסים שבמושכר, שכן בתקופת השכירות החצר השכורה קונה לו. אשר על כן, המשכיר הוא שצריך להביא הוכחה להצדקת טענתו, בהתאם לעיקרון "המוציא מחברו עליו הראיה". לעומת זאת, לפי הגישה החוזית, המשכיר הוא המוחזק בנכסים שבמושכר, שהרי רק לו יש זכויות קניין במושכר, ועל כן השוכר

ועל כן זכותו עדיפה על זכותו של הקונה, כדין כל בעל חוב המוציא מיד הלקוחות נכסים ששועבדו לו להבטחת החזר הלוואתו. ראה על כך: ז' ורהפטיג (לעיל, הערה 39), עמ' 9.

9. התלבטות הפוסקים בעניין השכרת המושכר על ידי המשכיר במהלך תקופת השכירות מוכיחה אולי שהפוסקים שהתלבטו בכך נטו לראות בשכירות זכות קניינית, אך אין בזה כדי לדחות דעתם של פוסקים אחרים.

10. החלפת המושכר: אין זיקה הכרחית בין שאלת זכותו של המשכיר להחליף את המושכר לבין שאלת מהות השכירות. ראשית, לא כל מי שרואה בשכירות זכות קניינית אוסר בהכרח את החלפת המושכר. הסמ"ע לדוגמה, אף שרואה בשכירות זכות קניין (ראה לעיל, הערה 17), מתיר את ההחלפה, משום שלדעתו מוסכם בין הצדדים מכללא, שכל עוד אין לו סיבה סבירה לכך, השוכר אינו מתנגד להחלפה. ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 129, ובהערה 131. וכן לאידך גיסא, ייתכן, אם כי אין הכרח לכך, כמובן, שבעלי הגישה החוזית יתנגדו להחלפה. ובקיצור, אין להסיק מסוגיית ההחלפה על שאלת מהות השכירות.

11. צורך עצמי כעילה לסיום השכירות: אין מכאן הוכחה לאופייה הקנייני של השכירות. ראשית, לא כל מי שרואה בשכירות קניין מגיע בהכרח למסקנה שצורך עצמי אינו עילה לסיום השכירות. מהר"ם מרוטנבורג, לדוגמה, המאמץ את העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא" (ראה לעיל, הערה 13), סבור שבנסיבות מיוחדות אונס הוא עילה לביטול השכירות (ראה דיוננו להלן, סעיף 19, ליד ציון הערה 69). שנית, מי שרואה בשכירות חיוב, לא היה בהכרח מגיע למסקנה שצורך עצמי מהווה עילה טובה לסיום ההסכם. וכי מותר לאדם שנקלע לקשיים להפר התחייבות?! (אם כי, נכון שאם לא רואים בשכירות אלא חיוב, יותר קל לראות בצורך עצמי עילה לחזרה מן ההתחייבות). והשווה לעיל, הערה 34.

12. מחילה: השאלה, אם מחילה מהני או לא מהני, שנויה במחלוקת. ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ט; שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סימן עה (ואף שגם הוא מסכים שיש לשוכר זכות קניינית, מאחר שזכות זו אינה אלא לעניין השימוש, הרי שהמחילה מספיקה כדי להקנות את המושכר למשכיר בחזרה. עוד יש לציין, שלהלכה אין הוא פוסק שהמחילה מהני אלא בשכירות שאינה קצובה. השווה מהרשד"ם, שהובא לעיל, הערה 66, שפסק שהמחילה לא מהני אפילו בשכירות שאינה קצובה); משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קעז, ד"ה ראובן ואילך; קובץ הערות, סימן נג, ס"ק ה. נמצא שאין להוכיח מכאן דבר. וראה עוד: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה.

68 ראה לעיל, ליד ציון הערה 46; ובהערה 67 (מס' 3).

69 ראה לעיל, ליד ציון הערה 33; ובהערה 67 (מס' 3).

70 על נפקות זו מעיר שו"ת עבודת הגרשוני, סימן קכא (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן קלח, ס"ק א), המובא בדיוננו להלן, סעיף 13, הערה 17.

הוא "המוציא מחברו", ועליו אפוא להביא ראיה לביסוס טענות הבעלות שלו. במהלך דיוננו בסעיפי החוק נפגוש בחילוקי דעות נוספים העשויים להתגלעות בין שתי הגישות.

ה. גישות ביניים

בצד שתי הגישות הקיצוניות שהצגנו עד כה, הרואות בשכירות עסקה קניינית בלבד או עסקה חוזית בלבד, אפשר למצוא גם גישות ביניים: יש הרואים בשכירות עסקה שמשולבים בה יסודות קניינים וחוזיים גם יחד (קניין וחוזה), ויש הטוענים שקיימים זה בצד זה שני סוגי שכירות, סוג אחד קנייני וסוג אחר חוזי (קניין או חוזה). להלן הצגת גישות הביניים האלה.

(1) קניין וחוזה

השופט מ' זילברג, העומד על אופייה הקנייני של השכירות, טוען שגם במשפט העברי, כמו בשאר שיטות המשפט, השכירות היא יצור כלאיים. למסקנה זו הוא מגיע משום שלדעתו אף שהשכירות מוגדרת כזכות חפצית: "שכירות ליומיה — ממכר הוא", חכמי ההלכה לא היו מוכנים להסיק מכך את כל המסקנות המתחייבות, והם לא התירו את העברת השכירות[71]. בדיוננו על סעיף 22, נראה[72] שאין לקבל את דבריו. האיסור על העברת השכירות אינו סותר את אופייה הקנייני של השכירות, שכן טעם האיסור הוא משום שיש בהעברת השכירות גם משום המחאת חוב (דמי השכירות), ואין להמחות חוב בלא הסכמת הנושה (המשכיר). נמצא שבנסיבות שמותר להמחות בהן חוב, אין מניעה שתועבר השכירות[73].

יחד אם זאת, אפשר למצוא סוגיות אחרות בדיני שכירות, ובהן ההסדר שנקבע במקורות אינו תואם לכאורה את אופייה הקנייני של השכירות. באותן סוגיות, יש מקום לומר, שחכמי ההלכה שיוו לשכירות אופי חוזי־אישי כדי שלא להגיע לתוצאות המתחייבות מגישה קניינית טהורה, כשחשבו שתוצאות אלה אינן רצויות (אם כי צריך לשאול כיצד עשו זאת, ומכוח איזו טכניקה משפטית? האם עשו זאת מכוח תקנה? האם ייחסו לצדדים הסכם מכללא? או שמא הגדירו סטטוס משפטי של שוכר, שממנו נובעים חיובים אלה[74]? שאלות אלה מצריכות עיון נוסף ולא ברור כלל אם אפשר להגיע למסקנה חד־משמעית). כך ניתן להבין את ההלכות המחייבות את המשכיר שלא להפריע להחזקתו ולשימושו של השוכר במושכר[75] ואת ההלכות המחייבות אותו לתקן פגמים המתגלים במושכר, במהלך תקופת השכירות[76]. אמנם הקנה המשכיר לשוכר זכויות קנייניות במושכר, אולם הוא אינו יוצא מן התמונה (ולו באופן זמני). כדי שיוכל השוכר לנצל את זכותו במלואה ובלא הפרעה, מקבל המשכיר על עצמו חיובים כלפי השוכר (אם כי, כפי שנעיר להלן, יש גם אפשרות להסביר את ההלכות

[71] בפס"ד אריזונה (לעיל, הערה 2), עמ' 580. השופט מ' זילברג מסיק את האיסור מדיוק מלשונו של בעל הסמ"ע (דרישה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א). על דיוק זה, ראה דיוננו על סעיף 22, הערה 30.

[72] ראה דיוננו, להלן, סעיף 22, פרק שלישי, עמ' 496. וכבר דיברנו על כך לעיל, ליד ציון הערה 50.

[73] ראה שם, ליד ציון הערה 33, והערה 37.

פרופ' ב' ליפשיץ העיר לי, שיש לדחות את דברי זילברג עוד מנימוק נוסף: הקביעה שהשכירות היא קניין אינה מחייבת את המסקנה שהמשכיר מכר לשוכר את כל הזכויות הקשורות בנכס: את זכות השימוש מכר לו, ואילו את הזכות ההעברה, שהיא זכות נפרדת, לא מכר לו.

[74] כשם שמהסטטוס של בעל ואשה נובעים חיובים הדדיים המוגדרים על פי ההלכה.

[75] ראה להלן, דיוננו על סעיף 11.

[76] ראה להלן, דיוננו על סעיף 7.

הללו כמתחייבות מאופייה הקנייני של השכירות בלא להיזקק לתוספת מרכיב חוזי[77]). נדמה שאפשר למצוא סימנים של תפישת השכירות כזכות משולבת (קניינית ואישית) אצל הרשב"א, שכן מצד אחד הוא נוקט[78] ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא", אך מצד שני הוא קובע[79]: "בחמור זה, אחריות עליו [על המשכיר] אף על פי שהוא בעצמו אינו ראוי למלאכה, כגון שמת או נשבר, והרי הוא כאפותיקי מפורש".

(2) קניין או חוזה

בדיוננו על סעיף 15 כשנדון בשאלת סיכול השכירות[80], היינו שאלת התוצאות המשפטיות של מניעת השימוש במושכר, נראה ששאלה זו שנויה במחלקות בין בעלי הגישה הקניינית עצמם. יש ביניהם מי שנוקטים עמדה נוקשה ולפיה אפילו הרס המושכר אינו עילה לפטור את השוכר מתשלום (אלא אם כן אירע ההרס בנסיבות של "מכת מדינה"). כך סבור לדוגמה הר"ש משאנץ[81]. לדעתו השוכר חייב להמשיך ולשלם את דמי השכירות כדין כל קונה בעסקת מכר, שמשעה שנגמר הקניין הוא נושא בסיכון להרס הממכר. אולם גישה זו עומדת לכאורה בסתירה לסוגיות תלמודיות מפורשות, ולפיהן הרס המושכר הוא עילה לפטור מתשלום. לדוגמה, בתלמוד[82] נקבע במפורש, שמיתת החמור השכור באמצע הדרך גוררת אחריה פטור מתשלום דמי שכירות, וכך נקבע גם ביחס לספינה שכורה שטבעה בלב ים לפני שהגיעה ליעדה[83]. לפי מקורות אלה השכירות אינה כמכר וכל הסיכונים אינם רובצים על השוכר. הר"ש משאנץ שמודע לסתירה זו אומר: "וסברות הרבה יש לחלק בין בית לספינה ובין ספינה לחמור שמת באמצע הדרך". לדעת רבים מן האחרונים[84] מאחורי דברים אלה עומדת תפישה לפיה אין לשכירות מהות אחת — קניינית או חוזית — אלא אופייה המשפטי של השכירות תלוי בגורמים שונים. יש אומרים שהדבר תלוי באובייקט המושכר (מקרקעין או מיטלטלין); אחרים טוענים שהדבר תלוי בשאלה אם הייתה השכירות לזמן או שהייתה השכירות לשם השגת מטרה (כגון חמור או ספינה להובלה). לפי זה בצד השכירות הקניינית קיימת שכירות מסוג אחר, שכירות בעלת אופי חוזי שבה לא נאמר הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא"[85].

[77] ראה בהרחבה, דיוננו על סעיף 7, פרק שני, א, עמ' 127; ועל סעיף 11, פרק שני, א, עמ' 226.

[78] ראה לעיל, הערה 13.

[79] ראה דבריו המובאים בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב (בסופו). וראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 192. וראה גם דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 224. להצעתנו כאן בהבנת שיטת הרשב"א, השווה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ה, שהביא את דברי הרשב"א כתמיכה לתפישתו שלו בדבר מהותה החוזית של השכירות (ראה לעיל, הערה 35).

[80] ראה דיוננו שם בהשלמות, פרק חמישי, א(2), עמ' 330.

[81] מובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז.

[82] בבא מציעא עט ע"א.

[83] בבא מציעא שם ע"א־ע"ב.

[84] בעניין זה ראה בהרחבה, דיוננו על סעיף 15, ניתוח גישת הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א, ליד ציון הערה 226 ואילך.

[85] נראה שתפישה זו של מהות השכירות כקניין או חוזה, עולה גם מחידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, ד"ה הא דרב הונא. הריטב"א מסביר שם מדוע לדעתו אין לראות בשאילה זכות קניינית: "דאנן לא אשכחן [=שאנו לא מצאנו] הקנאת הגוף לפירות אלא בקרקע העושה פירות, שפירות יוצאין מגופו... אבל בנותן כלי לתשמישו, שאין התשמיש דבר יוצא מגופו, לא שמענו שיהיה נקנה במשיכה ולא בקנין בשום מקום" (על נימוק זה חוזר הריטב"א בחידושיו לבבא מציעא צט ע"א, ד"ה אלא לחזרה, ושם עולה מדבריו שנימוק זה נכון גם ביחס לשכירות). עולה אפוא, שלדעת הריטב"א, יש להבחין בין שכירות כלי (מיטלטלין, או

נוסיף שתופעה דומה של הכרה בשני סוגים שונים של שכירות — חוזית או קניינית, אפשר למצוא גם אצל בעלי הגישה החוזית. כך לדוגמה, נתיבות המשפט[86] הרואה בעיקרון את השכירות כעסקה חוזית, סבור שהצדדים יכולים לשוות לעסקה ביניהם אופי קנייני אם הסכימו לכך ביניהם. נמצא שגם לשיטתו שכירות עשויה להיות או חוזית או קניינית, תלוי בכוונת הצדדים. כמו כן הרב וסרמן[87], שגם הוא רואה בעיקרון בשכירות עסקה חוזית, סבור שאם השוכר מקדים את תשלום דמי השכירות ומשלם אותם מראש, הרי יש בכך כדי לשנות מאופי העסקה בינו לבין המשכיר ולהפוך אותה לעסקה קניינית.

לפני שנמשיך בדיון במרכיביה השונים של הגדרת השכירות לפרטיהם, נעיר שדיוננו עד כאן היה ביחס לשכירת נכס מסוים מזוהה ומוגדר. ואולם המשפט העברי מכיר גם בסוג אחר של שכירות, שבו הנכס נשוא השכירות אינו מזוהה ומוגדר. כך הוא, לדוגמה, במי ששוכר "חמור" בסתם, ולא "חמור זה"; או, בימינו, מי ששוכר חדר בבית מלון, כשהשוכר אינו מתכוון לחדר ספציפי אלא לחדר כלשהו ובלבד שיש לו תכונות מוגדרות. בכגון זה הצדדים לשכירות לא הגדירו מראש את זהות הנכס נשוא השכירות, ולכך יש השלכות משפטיות מרחיקות לכת, שנדון בהן בהמשך חיבורנו. בפרק השישי לדיון בסעיף זה, נדון במהותה המשפטית של שכירת נכס בלתי מסוים, וכפי שנראה, רבים מן הפוסקים רואים בה מהות משפטית שונה ממהותה של שכירת נכס מסוים.

פרק שלישי

מהותם של דמי השכירות — "בתמורה"

יסוד התמורה הוא מרכיב עיקרי בהגדרת השכירות, והוא המבדיל בינה לבין השאילה (סעיף 26 לחוק). היסוד לחובת תשלום דמי השכירות על פי החוק הוא ההסכם שנעשה בין הצדדים, שתמורת זכות השימוש וההחזקה במושכר ישלם השוכר למשכיר דמי שכירות. זהו חיוב חוזי רגיל על כל המשתמע מכך: הזכות לקבלתו ניתנת להמחאה, עיקול וכדומה, ואין למשכיר עדיפות על פני נושים אחרים של השוכר[88].

יש לדון באופיים של דמי השכירות. כידוע, דמי השכירות הם התמורה שמשלם השוכר למשכיר, אך השאלה היא: תמורה למה? תמורה לזכות השימוש? או שמא תמורה לשימוש בפועל? לכאורה לשאלה זו חשיבות מכרעת לעניין מועד גיבוש החוב: אם דמי השכירות הם

ליתר דיוק נכס שאינו מניב פרות), שם אין מקום לראות את זכותו של השוכר כ"קניין הגוף לפרות", ובין שכירות מקרקעין (או כל נכס המניב פרות), שם הקונצטרוקציה של גוף לפרות אפשרית בהחלט. ואמנם לעיל, הערה 13 והערה 52, ראינו שהריטב"א הוא אחד הנציגים הבולטים של הרואים בשכירות זכות קניינית, וכנראה דבריו שם אינם אמורים אלא בשכירות מקרקעין. מכאן עולה אפוא שגישת הריטב"א בשאלת הגדרת מהות השכירות (והשאילה) קרובה לגישה שתיארנו בפנים: בשכירות מיטלטלין, יש לשכירות אופי חוזי בלבד, ואילו בשכירות מקרקעין, יש לשכירות אופי קנייני ("קניין הגוף לפרותיו"). וראה: אמרי בינה, חו"מ, חלק ב, קונטרס הקנינים, סימן ג. וראה עוד להלן, הערה 198, וכן דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 247.

[86] ראה לעיל, הערה 35.

[87] ראה להלן, הערה 95.

[88] ראה: לרנר, סעיף 50.

תמורה לזכות השימוש, הרי שהחוב מתגבש עם גמירת העסקה; ואילו אם דמי השכירות הם תמורה לשימוש בפועל, אין החוב מתגבש אלא עם השימוש או בסיומו. אף שלא כולם מסכימים לכך (כפי שנראה להלן), נדמה שהפתרון לשאלה זו אינו תלוי בהכרח בתפישת מהות השכירות, ושאלת אופיים של דמי השכירות קיימת הן על פי התפישה החוזית הן על פי התפישה הקניינית הן על פי התפישה המשולבת:

לפי התפישה החוזית, קיימות שתי אפשרויות תיאורטיות: (א) דמי השכירות הם התמורה לזכותו האובליגטורית של השוכר כלפי המשכיר. כלומר, השוכר משלם תמורת הזכות ולא תמורת ניצול הזכות בפועל. על פי זה, חיוב התשלום מתגבש מיד עם כריתת ההסכם. (ב) השוכר אינו משלם תמורת זכות השימוש אלא תמורת השימוש בפועל ברכושו של המשכיר. על פי זה, חיוב התשלום אינו מתגבש מיד עם כריתת ההסכם, אלא הוא פונקציה של השימוש העומד לרשותו בפועל.

נראה שהאפשרויות התיאורטיות הללו קיימות גם כן לפי התפישה הקניינית: (א) דמי השכירות הם התמורה לזכות הקניינית שרכש השוכר במושכר, בדומה לחיוב התשלום של הקונה בעסקת המכר. לפי זה, חיוב התשלום מתגבש במלואו מיד עם כריתת העסקה. (ב) אמנם השכירות מעניקה לשוכר זכות קניין במושכר, אולם מאחר שהשוכר לא קנה את המושכר אלא לעניין השימוש בו, מוסכם בין הצדדים שהתמורה שהוא ישלם תהיה עבור השימוש אשר יעמוד לרשותו[89]. לפי זה, חיוב התשלום אינו חל עם כריתת עסקת השכירות, אלא הוא הולך ומתגבש במהלך תקופת השכירות, בהתאם למוסכם בין הצדדים.

לפי התפישה המשולבת, מהות דמי השכירות היא כנראה כפי האפשרויות שהגדרנו בשיטה הקניינית, ובנוסף לכך, תנאי לחיוב הוא שיעמוד המשכיר בהתחייבויותיו.

בתלמוד[90] נקבע הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף". כלל זה נאמר בהקשר לשכירות פועלים, ומשמעו שחיוב התשלום של המעסיק (השוכר את שירותיו של הפועל) אינו חל מיד עם כריתת הסכם העבודה, אלא הולך ומתגבש יחד עם התקדמות העבודה. מדברי הראשונים[91] עולה, שעיקרון זה חל לא רק בשכירות פועלים אלא גם בשכירות נכסים. ועוד הלכה נאמרה בקשר לתשלום דמי השכירות: "שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף"[92]. כלומר, מועד תשלום דמי השכירות הוא בסוף תקופת השכירות.

[89] לפי הגישה הקניינית, אין לומר שהשוכר אינו משלם אלא תמורת ההנאה שהוא מפיק מהמושכר ולא תמורת הזכות הקניינית עצמה (כלומר, את הזכות הקניינית הוא מקבל חינם, כמו השואל, והתשלום הוא רק על השימוש), שכן אם הוא בעלים על המושכר, כיצד ייתכן שישלם על דבר שהוא שלו. עדיף אפוא לומר, כמו שהצענו בפנים, שאת זכותו הקניינית הוא אינו מקבל חינם, אלא תמורת הסכמתו לשלם עבור השימוש.

[90] ראה: קידושין מח ע"א; בבא קמא צט ע"א; עבודה זרה יט ע"ב. נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן כח, סעיף טו. ראה: בית שמואל, שם, ס"ק לח.

[91] ראה: תוספות, בבא מציעא סה ע"א, ד"ה שכירות; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכח. וראה גם: ש"ך, חו"מ, סימן קכו, ס"ק עו; קצות החושן, שם, ס"ק יג.

[92] ראה: בבא מציעא סה ע"א. ונפסק במפורש על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן עח, סעיף א. השולחן ערוך רומז להלכה זו במה שפסק בחו"מ, סימן שיז, סעיף א (ראה: סמ"ע, שם, ס"ק ב). וראה דיוננו על סעיף 14, פרק שני, א, עמ' 260.

התוספות, שם, מדגישים שאין כל סתירה בין שני הכללים הנ"ל: "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", משמעו שהחוב הולך ומתגבש עם התקדמות השכירות; ואילו "שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף", משמעו שמועד התשלום בגין אותו חוב הוא בסוף תקופת השכירות, ואין המשכיר יכול לדרוש תשלום באמצע תקופת השכירות בגין השימוש שכבר נעשה במושכר. התוספות חוזר על כך לפחות בשלושה מקומות: קידושין

מהלכות אלה מסיקים אחדים מן האחרונים[93], שלשוכר אין זכות קניינית במושכר. אם לא כן, כך הם טוענים, השוכר היה חייב לשלם את מלוא דמי השכירות מיד בתחילת השכירות, כמו הקונה בעסקת מכר. נמצא שבעיקרון השוכר אינו רוכש זכויות קניניות במושכר, ואין לו אלא תביעה אישית כלפי המשכיר שיעמיד לרשותו את המושכר לשימושו. השוכר אינו חייב לשלם תמורת זכות אישית זו מיד, משום "שלא קנה איזה דבר ממש, ולא שייך להתחייב על זה תשלומין", כדברי הרב משה פיינשטיין[94]. נמצא שהשוכר אינו משלם אלא תמורת השימוש במושכר[95].

בניגוד לפוסקים אלה, יש רבים שלא ראו כל סתירה בין קניניותה של השכירות לבין הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף"[96]. ואמנם, לעיל, כשהצענו את האפשרויות התיאורטיות

מח ע"א, ד"ה דכ"ע, בסופו; בבא קמא צט ע"א, ד"ה ואיבעית (וכן מובלעת הבחנה זו שם, בתוספות, ד"ה אלא); עבודה זרה יט ע"ב, ד"ה אלמא.

93 ראה: קובץ הערות (וסרמן), סימן נג, ס"ק א, בדעת התוספות: "גוף החפץ אינו שלו גם לענין השתמשות, אלא שיש לו שעבוד על המשכיר להשתמש בחפצו. ומהאי טעמא אינה לשכירות אלא לבסוף" (לא ברור מדוע הוא נוקט את הכלל "אינה לשכירות אלא לבסוף", בעוד שהתוספות מעירים בכמה הזדמנויות שההלכה היא ש"ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף". ראה, לדוגמה: תוספות, קידושין מח ע"א, ד"ה דכ"ע. ואולי כוונתו לעיקרון "שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף", ולא דייק בלשונו. לגופו של עניין, בהקשר שנאמרים בו הדברים אין לזה משמעות), וראה שם עוד ס"ק י: "ואין הגוף קנוי לו להשתמש בו, אלא שעבודא גרידא אית ליה להשתמש בשל המשכיר"; אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד, ד"ה והביא: "דהא שכירות בהכרח אינו קנין בגוף הדבר ממש לומר שעד זמן השכירות שהתנו הוא של השוכר. דאם היה נעשה זה קנין של השוכר, מאי שנא ממכירה? שהדין הוא שמחוייב לשלם תיכף כשקנה בהקנין, ובשכירות הוי הדין ד'אינה משתלמת אלא לבסוף'". לדבריהם של פוסקים אלה, השווה להלן, הערה 98, דבריו של הרב י' קנייבסקי. וראה עוד לעיל, הערה 67 (מס' 4).

94 שו"ת אגרות משה, שם.

95 יש לציין, שלפי פוסקים אלה, מהותם של דמי השכירות שונה כשהשוכר משלם את דמי השכירות מראש. דמי שכירות מוקדמים אינם יכולים להיות התמורה בעד השימוש בפועל (שהרי שימוש זה טרם נעשה), כי אם בעד זכות השימוש. להבחנה זו מגיעים הרב מ' פיינשטיין מצד אחד והרב א' וסרמן מצד שני, מנימוקים שונים. הרב פיינשטיין זקוק להבחנה זו כדי ליישב קושי בדברי הסמ"ע (ראה על כך, דיוננו על סעיף 16, הערה 101). הרב וסרמן נזקק להבחנה זו כדי ליישב קושי בסוגית בבא מציעא סה ע"א (ראה על כך, דיוננו על סעיף 14, הערה 12). נוסיף, שלפי אגרות משה, ברור שהקדמת השכירות אינה משנה את מהות השכירות, והתמורה היא בעד זכותו האישית של השוכר לשימוש. לעומת זאת, לפי קובץ הערות, הקדמת התשלום הופכת את העסקה לעסקה קניינית, כפי שעולה ממה שאנו מביאים בשמו בעניין הקדשת המושכר, בדיוננו על סעיף 21, בסוף הערה 54 (בעניין הקדמת התשלום, ראה גם דיוננו על סעיף 14, פרק שני, ד, עמ' 266). והשווה: שערי תבונה (קנייבסקי), סימן יא, ס"ק ה. מעניין לציין, שהרב י"י קנייבסקי אינו חוזר על הדברים בקהלות יעקב, בבא מציעא, בני־ברק תשמ"ח, סימן מו. ואיני יודע מדוע.

96 נציין שמצאנו מי שסבור, בניגוד לכל הפוסקים שראינו עד כה, ושנראה להלן, שהעיקרון "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" לא נאמר אלא בשכירות פועלים ולא בשכירות נכסים. אם מקבלים הנחה זו, אין עוד, לכאורה, סתירה בין העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא" לבין הכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף". ראה: קונטרס הספיקות, כלל ז, אות ה. הוא מביא ראיה מתשובת הרשב"א (לעיל, הערה 91. וראה להלן). אך מתשובה זו מוכח דווקא להפך. נראה שבעל "קונטרס הספיקות" לא ראה את תשובת הרשב"א במקורה, והסתמך על מה שהביא ממנה הבית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק כב (העיר על כך כבר בעל קובץ הערות (וסרמן), סימן נג, ס"ק יא). אחיו, בעל קצות החושן, דוחה במפורש את דבריו. ראה: אבני מילואים, אבן העזר, סימן כח, ס"ק מו. עוד יש לומר, שלדעת פוסקים רבים, העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא" נאמר גם ביחס לשכירות פועלים (ראה לדוגמה: דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 128; וראה באריכות

בעניין מהות דמי השכירות, שיערנו שאף אם רואים את השוכר כמי שרכש זכות קניינית במושכר, אין הכרח להסיק מכך שחיובו בתשלום חל מיד עם כריתת עסקת השכירות, כמו במכר (זאת בניגוד למה שאומר בנחרצות הרב פיינשטיין[97]). השכירות שונה מהמכר בכך שהשוכר אינו קונה את הגוף אלא לעניין השימוש בו, ומאחר שהשימוש אינו יכול להגיע לידיו בבת אחת, אלא באופן נמשך, אין כל מניעה הגיונית או משפטית לראות את השוכר, כמי שהתחייב לשלם תמורת השימוש בפועל, ולא תמורת זכותו הקניינית. אשר על כן, אף שנקבע להלכה שחיוב התשלום אינו חל עם כריתת עסקת השכירות, אלא שהוא הולך ומתגבש במהלך השכירות, אין להסיק מכך מסקנות באשר לאופייה המשפטי של השכירות[98].

כך יש להבין את דברי הרשב"א[99]: "דכיון ששכר שמעון את הבית, הרי הוא כמכר גמור, ונתחייב בדמים, בין ידור בין לא ידור". הרשב"א מבהיר מיד, שכוונתו אינה שהחיוב לתשלום מלוא דמי השכירות חל עם תחילת השכירות, כמו במכר, אלא שמשעה שנגמרה העסקה השוכר אינו יכול לחזור בו, וממילא "נתחייב בדמים". חיוב דמים זה בא, כמובן, עם התקדמות תקופת השכירות. ובלשונו[100]: "ואף על גב דקיימא לן 'ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף', מכל מקום

ספרו של ב' ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד), ואם כך צמצום העיקרון "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" לשכירות פועלים, אין בו כדי ליישב את הסתירה עם העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא".

נוסיף, שלדעת דברות משה (פיינשטיין), בבא מציעא, חלק שלישי (בני־ברק, תשד"ם), פרק ו, סימן ד, ענף א, ד"ה וזה, מי שנוקט גישה קניינית קיצונית (כגון הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א), ייאלץ כנראה להסביר שהכלל "ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף" לא נאמר אלא בשכירות פועלים. והשווה: קובץ הערות (וסרמן), סימן נג, ס"ק יא, שגם הוא מעלה תחילה את אותה סברה. אולם זה יחייב גם לקבוע, שלפי אותם פוסקים, העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא" אינו חל על שכירות פועלים. אך, כפי שכבר הערנו, לא כך הוא המצב. וראה: קובץ הערות, שם, שהיה מודע לקושי זה, ובגללו חזר בו מסברה זו.

97 ראה לעיל, הערה 93.

98 תפישה זו היא העומדת ביסוד דבריו של קהלות יעקב (קנייבסקי), בבא מציעא, בני־ברק תשמ"ח, סימן מו, ס"ק ג: "ומהא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, מוכח כהצד השני, דחיוב התשלומין הם עבור השתמשות", ולא עבור קניין הפרות שיש לו במושכר, אף על פי שברור שלשוכר יש זכות קניין שכזו. וכך הסביר לפני כן: "ואף על פי, שכבר קנאה לשיעבודים דשכירות [כלומר, לקניין פרות], מכל מקום, הקנין לא היה שיהא לו זכות השתמשות בחנם, אלא יש לו זכות השתמשות במחיר שפסקו ביניהם". לפי דבריו, העובדה שהשוכר אינו משלם את דמי השכירות אלא בסיום השכירות אינה סותרת את הקביעה שלשוכר יש זכות קניינית במושכר, אלא שכאמור, זכות קניינית זו מותנית בתשלום תמורת השימוש. כך עולה גם מדבריו בקהלות יעקב, שביעית, בני־ברק תשמ"ח, סימן א, ס"ק ז, ובקהלות יעקב, בבא בתרא, בני־ברק תשמ"ח, סימן יז, ד"ה ובקה"י (והשווה דבריו בשערי תבונה, סימן יא). הוא אינו מקבל אפוא את גישתם של הרב וסרמן והרב פיינשטיין (לעיל, הערה 93), שהסיקו מהלכה זו, שלא ייתכן לומר שלשוכר יש זכות קניינית במושכר. להלן, בסמוך, אנו מציעים לומר, שדבריו של הרב קנייבסקי עולים בקנה אחד עם שיטתו של הרשב"א.

99 שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף כח, בשם הראב"ד; ובהרחבה, שם, חלק ב, סימן שכח.

100 והשווה: חידושי הר"ן, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה פרק השוכר, צט ע"א, ד"ה כדרך שתקנו. הר"ן קובע שם קביעה דומה בקשר לשכירות פועלים: "שהפועל זוכה בשכרו משעה שהוא מתחיל במלאכה, ושוב אין בעל הבית יכול לחזור בו, כמו שכתבתי למעלה, בריש פרק האומנין". ונראה שכך יש לפרש את המקורות הבאים: תשובת הראב"ן, מובאת בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעט (מובאת גם במרדכי, בבא בתרא, פרק חזקת הבתים, סימן תקכט): "שמשעה שהחזיק [השוכר]... בבית, נתחייב בכל השכירות" (אם כי, השווה: שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן א, אות ד, ד"ה והנה, שנראה שהבין אחרת את כוונת הראב"ן. הוא הבין, שכאשר השכירות קצובה, לא חל הכלל "שכירות אינה

אין השוכר רשאי לצאת בכל יום ויום ולחשוב עמו לשעות, אלא מחוייב הוא שלא להניח לפני זה עד זמנו". מכאן, שלדעת הרשב"א, חיוב דמי השכירות הוא תמורה לשימושו של השוכר[101].

הרשב"א[102] מדגיש שחיובו של השוכר לשלם דמי שכירות חל "בין ידור בין לא ידור", כלומר, חיוב התשלום אינו תלוי בשאלה השימוש במושכר בפועל. המבחן המכריע לחיוב זה הוא, אם המושכר היה ראוי לשימוש ועמד לרשותו של השוכר. החיוב הולך ומתגבש במשך תקופת השכירות בלא קשר לשאלה אם השוכר בוחר לנצל את זכותו אם לאו. לדברים אלה מסכימים גם בעלי הגישה החוזית: "היה ברשותו להשתמש בו נחשב כנשתמש ממש"[103].

בכל השאלות הנוגעות לתשלום דמי השכירות (שיעור דמי השכירות, אופן התשלום, מועדו, מקומו, תוצאות אי־תשלום, ועוד), נדון בדברינו על סעיפים 13־14.

קביעת חובת השוכר לשלם דמי שכירות בנסיבות של סיכול (מניעת שימוש) תוכרע הן על פי הגדרת מהות השכירות והן על פי הגדרת מהותם של דמי השכירות. בשאלה מורכבת זו רבו חילוקי הדעות בין הפוסקים, ונדון בה באריכות בדברינו על סעיף 15.

פרק רביעי

היקף הזכות – "להחזיק בנכס ולהשתמש"

א. על פי הגדרת השכירות, השוכר קונה לא רק את הזכות להשתמש במושכר אלא גם את הזכות להחזיק בו, כלומר הוא מקבל גם את זכות השליטה על המושכר. ואולם סעיף 31 לחוק קובע שהוראות החוק בעניין שכירות "יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על זכות שהוקנתה בתמורה להשתמש בנכס שאין עמה הזכות להחזיק בו". דוגמה לכך היא הזמנת חדר בבית מלון[104]. נמצא שלמעשה זכות שימוש שאין עמה זכות החזקה אינה מוגדרת אמנם כשכירות,

משתלמת אלא לבסוף", אולם קשה לקבל פירוש זה); שו"ת ראנ"ח, סימן לח, ד"ה במה: "שהשוכר מתחייב מתחילה לכל דמי השכירות... ומתחייב בדמי המקח מעכשיו"; שו"ת אדמת קודש, חלק א, חו"מ, סימן סז, ד"ה ומעתה: "דמשעה שמסר לו הבית, ולא נשאר גבי משכיר לעשות לו שום דבר, נתחייב השוכר בכל דמי השכירות תיכף ומיד באותה שעה (תשובה זו מובאת בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 53); חידושי רעק"א, חו"מ, סימן שמא, סעיף ג. אין זה סביר לומר, שכל הפוסקים האלה חולקים על העיקרון "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", אם כי יש להודות שהניסוח של כמה מהם קשה. והשווה דיוננו על סעיף 15, הערה 255.

[101] כהסבר הזה בדברי הרשב"א עולה משו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן ע (קיז ע"ג). תפישה זו, אם כי לא נאמרה כפירוש לדברי הרשב"א, עולה גם מדברי הרב קנייבסקי, שהובאו לעיל, הערה 98 (והשווה גם דיוננו על סעיף 15, הערה 255). נדמה שבדברים אלה יש כדי לענות על תמיהתו של קובץ הערות סימן נג, אות יא, על דברי הרשב"א: "הדברים מחוסרים ביאור, שכיון שאינו יכול לחזור בו בתוך הזמן, על כורחך צריך לומר, שכבר נתחייב בשעת קנין. ואיך שייך לומר בזה 'ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף'. וצריך עיון". לאור הדברים שראינו כאן בהסבר דברי הרשב"א, אין מקום לתמיהתו של קובץ הערות. לשיטת הרשב"א, השווה: חידושי הריטב"א, עבודה זרה טו ע"א, ד"ה אלא.

[102] לעיל, הערה 99.

[103] אגרות משה (לעיל, הערה 93), ד"ה והנה יש.

[104] ראה: לרנר, סעיף 58.

שהרי חסר בה יסוד החזקה, אולם חלים עליה דיני השכירות בכל מה שנוגע ליחסים שבין נותן הרשות למקבל הרשות. הבדל מעשי בין שכירות לבין זכות שימוש יתבטא אך ורק ביחסים שבין השוכר לבין אדם שלישי המשיג את גבולו. מאחר שלבעל זכות השימוש אין זכות החזקה, הוא אינו זכאי להגנה כנגד משיג הגבול, ובכגון זה לא יוכל אפוא לתבוע אלא את נותן הרשות.

נציין שבעבר הבחינה הפסיקה, בהשפעת המשפט האנגלי, בין שכירות לבין "רישיון". הכרה ב"רישיון" כעסקה נפרדת הייתה מונעת את החלת חוקי הגנת הדייר על העסקה, ומכאן לחשיבות ההבחנה. כיום, אין עוד חשיבות מעשית רבה להבחנה זו, שכן תחולתו של חוק הגנת הדייר צומצמה במידה רבה, ואף ניתנה אפשרות להתנות את תחולתו. מכאן למגמת החוק לבטל את ה"רישיון" ולהחיל עליו (תחת שם חדש: זכות שימוש), את ההסדרים החלים על שכירות[105].

כמו כן, הייתה בעבר, בהשפעת המשפט האנגלי, דרישה להחזקה ייחודית (כלומר שליטה בלעדית) במושכר. מבחן זה היה אחד המבחנים שעל פיהם הבדילו בין השכירות לבין ה"רישיון". אולם היום, לאור ביטול ההבחנה בין השכירות ל"רישיון", נראה שאין עוד דרישה להחזקה ייחודית דווקא[106].

נמצא אפוא, שלעניין תחולת דיני השכירות, זכות השימוש היא מרכיב מכריע יותר מזכות החזקה. מסקנה זו מתחזקת לאור סעיף 2 לחוק, הקובע שהוראות החוק חלות לא רק על שכירות נכסים מוחשיים (מיטלטלין ומקרקעין), אלא גם על שכירות זכויות, אף שעל פי מהותן לא ניתן ליטול בהן חזקה[107].

ב. מהו היקף זכותו של השוכר לפי המשפט העברי? תשובות רבות עוסקות בשוכר המחזיק במושכר יחד עם אחרים או עם המשכיר עצמו[108], והדיון בהן הוא על פי דיני השכירות. מכאן שהמשפט העברי אינו דורש שהשוכר יהיה בעל זכות בלעדית להשתמש ולהחזיק במושכר.

לא ברור אם המשפט העברי מכיר בהבחנה שעושה החוק בין זכות השימוש לזכות החזקה, היינו בין זכות השימוש בנכס ובין זכות השליטה בו. המשתמש בנכס הוא לרוב גם מחזיק ושולט בו למעשה, לפיכך ההכרה בעסקה שיש בה זכות שימוש בלא זכות החזקה נראית מלאכותית. לפי החוק, ההבדל העיקרי בין מי שבנוסף לזכות השימוש יש לו גם זכות החזקה ובין מי שאין לו אלא זכות שימוש בלא זכות החזקה, הוא בעניין עשיית דין עצמית כנגד משיג גבול (סעיף 18 לחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969). כלומר, זכותו של המחזיק כדין כלפי צד ג' השולל ממנו את החזקה, גדולה יותר מזכותו של מי שמחזיק בפועל (המשתמש) שאין לו הזכות להחזיק. עלינו אפוא לנקוט זהירות רבה בבואנו לדון בזכות השימוש ללא זכות החזקה, משום שלא ברור אם המשפט העברי מכיר במצב משפטי שכזה. לפיכך לא נדון בשאלה זו באופן ישיר אלא בשאלה קרובה והיא, האם אפשרית עסקה שבה המשכיר מקנה

[105] ראה: לרנר, סעיפים 34־35. לדבריו השווה: י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, מגמות והשגים, ירושלים תש"ל, עמ' 57 ואילך.

[106] ראה: לרנר, סעיפים 56־57.

[107] ראה: לרנר, סעיף 48.

[108] ראה לדוגמה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רס, סעיף ד (מקורו בתשובת הרא"ש, כלל א, סימן א); שולחן ערוך, חו"מ, סימן שטז, סעיף ב (ראה דיוננו, סעיף 22, ליד ציון הערה 99); שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן קכג (ראה דיוננו, סעיף 11, הערה 45).

לשוכר רק זכות שימוש בלא זכות כלשהי בגוף המושכר? במילים אחרות אנו מתייחסים כאן ל"החזקה" במשמעות של ביטוי קנייני בגוף המושכר, אף כי ברור לנו שההיבט הקנייני אינו מבטא נכונה את המשמעות של מושג החזקה לפי החוק, שהרי החוק מכיר בזכות קניינית שאין בה יסוד החזקה (כגון זיקת הנאה, סעיף 5 לחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969), וכן הוא מכיר בזכות חזקה שאינה זכות קניינית (כפי שעולה מסעיף 1 לחוק השומרים, התשכ"ז־1967).

נראה ששנויה במחלוקת אפשרות קיומה של עסקה שבה המשכיר מקנה לשוכר רק זכות שימוש בלא זכות החזקה, כלומר בלא זכות קניינית בגוף המושכר. המגדירים שכירות כהתחייבות המשכיר כלפי השוכר, אינם רואים מניעה שהתחייבות המשכיר תהיה להעמיד לשוכר זכות שימוש בלבד בלא זכות במושכר עצמו[109]. והם מביאים ראיה לדבריהם מדברי הרמב"ם[110], האומר: "השכירות מכירה לזמן קצוב היא, וכל שממכרו בנכסיו ממכר — שוכר שכירותו שכירות; וכל שאין לו למכור, כך אין לו לשכור, אלא אם כן יש לו פירות בלבד באותה הקרקע, הרי זה שוכר ואינו מוכר". ומסביר "נתיבות המשפט"[111], שכוונת הסיפא בדברי הרמב"ם היא, שמי שיש לו פרות בלבד ולא זכות בשדה לפרותיה, אינו יכול אמנם למכור את זכותו, שהרי "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"[112], אבל הוא יכול להשכיר את זכותו, שהרי השכירות היא התחייבות, ואדם יכול להתחייב גם על דבר שלא בא לעולם[113].

לעומת זאת, לאלה המגדירים את השכירות כזכות קניינית במושכר ("קניין הגוף לפרותיו"), ההכרה בתוקפה של עסקה מעין זו היא בעייתית, משום ש"אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש"[114], וכן "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"[115], והלא כך היא הקניית זכות שימוש גרידא (אם ברור שלא הוקנתה על דרך הקניית הגוף לפרותיו, וכמו שאומר הרמב"ם[116] בעצמו: "לפיכך המקנה לחבירו דירת בית זה או אכילת פירות דקל זה, לא קנה, עד שיקנה לו גוף

[109] ראה: נתיבות המשפט, סימן שטו, ס"ק א; סימן שטז, ס"ק ג. וראה לעיל, הערה 35.

[110] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א.

[111] נתיבות המשפט, סימן שטו, ס"ק א. ביקורת על הסברו של נתיבות המשפט, ראה בערוך השולחן, שם, סעיף ג. והשווה פירושו של הב"ח, שם, ס"ק ג, ובסימן רנז, ס"ק ג, שאף שגם הוא אינו רואה בשכירות זכות קניינית (ראה לעיל, הערה 31), הוא מציע פירוש אחר בדברי הרמב"ם. לדעתו, דברי הרמב"ם רומזים לכך, שמוריש שנתן מתנה לבנו: גוף מהיום ופרות לאחר מיתה, אין האב רשאי להעביר את זכותו לאחר (היינו הגוף לפרותיו). ומסביר הב"ח, "שמא לאיש קשה ימכרנו, שלא יוכל הבן להוציא מידו [במיתת המוריש], והוי ליה מזיק שעבודו". לכן, לכתחילה, אין האב רשאי אלא להשכיר הפרות ולא לתת לקונה כל זכות בקרקע. אף שלפנינו הסבר שונה בדברי הרמב"ם, עולה ממנו לכאורה, שגם הב"ח מכיר באפשרות להשכיר פרות בלבד בלא לתת לקונה זכויות בגוף הקרקע (אם כי יש מקום עיון בדבר). יש להניח שעסקה זו בפרות בלבד תקפה מהנימוק שהביא "נתיבות המשפט". היינו, שהשכירות היא התחייבות, ואין מניעה להתחייב להקנות את הפרות, אף שהם דבר שעדיין לא בא לעולם. וראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שטו, ס"ק ד, שרמז לפירוש זה של הב"ח. והשווה: ט"ז, שם, סעיף ב, שטען גם הוא, שאפשר להשכיר פרות בלבד, אולם לא מן הנימוק של "נתיבות המשפט" (שיש כאן התחייבות ולא הקנייה), אלא שהמשכיר מסתלק מזכותו בפרות, ובכגון זה, אין מגבלה של "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", שכן אדם יכול להסתלק מדבר שלא בא לעולם. לביקורת על הסבר זה, ראה: ערוך השולחן, שם, סעיף ג.

[112] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף א.

[113] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ו.

[114] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות יג־יד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף א.

[115] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף א.

[116] רמב"ם, שם, הלכה יד.

הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו"). את דברי הרמב"ם שראינו לעיל ("אלא אם כן יש לו פירות בלבד באותה הקרקע, הרי זה שוכר ואינו מוכר"), הם מסבירים באופן שונה מההסבר שראינו בשם "נתיבות המשפט". "קצות החושן"[117] לדוגמה טוען, בעקבות מהרי"ק[118], שכוונת הרמב"ם היא, שמי שאין לו בקרקע אלא קניין פרות ("קניין הגוף לפרותיו"), אמנם אינו יכול למכור את גוף הקרקע, "שהרי אין הגוף שלו", אך אין מניעה שישכיר או אפילו ימכור את ה"גוף לפרותיו" שבידו[119]. הרמב"ם קורא למכירת גוף לפרות בשם שכירות, משום שהזכות שמקבל הקונה בסופו של עניין אינה יותר מאשר זכות שכירות ("קניין גוף לפרות"). בשאלת תוקפה של שכירות שבה אין לשוכר אלא זכות שימוש בלא זכות חזקה לפי גישה זו, נרחיב בדיוננו על סעיף 2.

ג. היקף זכויות השימוש של השוכר מוגבל לעומת זכויותיו של הקונה גוף לפרותיו, ואין צריך לומר לעומת זכויותיו של הקונה נכס לזמן. ואלה דברי הרמב"ם[120] בעניין זה: "הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם". מה שאין כן הקונה שדה לפרותיה, "שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע, ולא יבנה ולא יהרוס". אם כך הדין בקונה לפרות, קל וחומר בשוכר, שכן היקף זכויות השימוש של הקונה לפרות רחב מזה של השוכר, כפי שעולה מדברי הרמב"ם[121] בהמשך: "ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה מחבירו? שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנוטעה או לזרעה כל זמן שירצה, או להובירה. והשוכר אינו כן, כמו שיתבאר בעניין השוכר. ואין השוכר רשאי להשכיר[122]. אבל הקונה [שדה לפרותיה] מקנה לאחרים כל מה שקנה". נמצא שזכות השימוש של השוכר במושכר מוגבלת בהיקפה. עם זאת, יש להדגיש שלעניין השימוש המוסכם (או המקובל), זכות השימוש היא זכות מלאה, שהשוכר רשאי לנצלה עד תומה, אף כשהדבר כרוך בפגיעה במושכר, ובלבד שאין בררה אחרת זולת הימנעות משימוש למטרת

[117] קצות החושן, סימן שטו, ס"ק א. לדבריו, השווה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שטו, סעיף ד. וראה שם, סעיף ה.

[118] ראה: שו"ת מהרי"ק, שורש כ, ד"ה באשר.

[119] והשווה פירושו של סמ"ע, חו"מ, סימן שטו, ס"ק ה. לדעתו, דברי הרמב"ם אמורים במי שיש לו קניין הגוף לפרות (כגון בעל בנכסי אשתו, או מי שנתן לאחר הגוף מהיום והפרות לאחר מיתה, ושייר הפרות לעצמו). כוונת הרמב"ם היא, שאין רשות להעביר (למכור) זכות זו, אלא רק להשכירה. איסור זה על העברת קניין הגוף לפרות בעוד שהשכרת הגוף לפרות מותרת, באה להגן על בעל הנכס לבל יעבור רכושו לידי מי שלא ישתמש בו כיאות. אכן, מי שיש בידו קניין הגוף לפרות אחריותו ביחס לשימוש בנכס פחותה משל מי שאין לו בנכס אלא זכויות של שוכר. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף ו: "ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה זו מחבירו? שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה או להובירה, והשוכר אינו כן". על הסתירה לכאורה בין פירוש זה בדברי הרמב"ם לבין מה שפסק הרמב"ם במפורש, בהלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח, כשעסק בהבדל שבין שכירות לבין קניין הגוף לפרות: "אין השוכר רשאי להשכיר, אבל הקונה [שדה לפרותיה] מקנה לאחרים כל מה שקנה", ראה סמ"ע, שם, בסוף דבריו. לביקורת על פירוש זה של הסמ"ע, ראה: נתיבות המשפט, שם, ס"ק א; ט"ז (מובא לעיל, הערה 111); קצות החושן (מובא לעיל, הערה 117).

[120] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ו.

[121] שם, הלכה ח.

[122] בנושא זה יש לכאורה סתירה בדברי הרמב"ם בין מה שפסק כאן לבין מה שפסק בהלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. ראה על כך בהרחבה, דיוננו על סעיף 22, פרק רביעי, ב, עמ' 499, ובמיוחד בהערות 51־52.

השכירות[123]. בשאלת היקף זכות השימוש של השוכר, נדון בדברינו על סעיף 16. בשאלת זכותו של השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה, נדון בדברינו על סעיף 22.

נציין שהמחוקק הבחין גם הוא בין שכירות לבין בעלות (מלבד מרכיב הזמן), בכך שהבעלות הוגדרה[124] לא רק כזכות להחזיק ולהשתמש בנכס, שהיא גם הגדרת השכירות, אלא גם כזכות "לעשות בו כל דבר וכל עסקה, בכפוף להגבלות על פי דין או על פי הסכם".

פרק חמישי

יסוד הזמן – "שלא לצמיתות"

א. על פי הגדרת החוק, אחד מתנאי קיומה של השכירות הוא, שזכויות השימוש והחזקה שהוקנו לשוכר יהיו מוגבלות בזמן. לרנר[125] גורס שעסקה שבה קנה השוכר את זכות השימוש וההחזקה לצמיתות תוגדר כמכר ולא כשכירות. ונראה שלאידך גיסא, לפי החוק, מכירה לזמן קצוב תתפרש כעסקת שכירות.

לכאורה הסכם שקובע שהשכירות אינה לצמיתות מוגדר כשכירות, וזאת אף שהוסכם על תקופה ארוכה ביותר (כגון לאלפי שנים). י' ויסמן[126] טוען שמצב משפטי זה אינו רצוי, שכן הוא פותח אפשרות "שהוראות חוק שונות, המתייחסות לבעלות במקרקעין, ירוקנו מתוכנן על ידי עקיפתן בדרך של הענקת חכירה לתקופה ארוכה"[127]. ובדומה הוא קורא[128] להחיל הסדרים שונים והתייחסות שונה לשכירות ארוכה (כגון חכירה לארבעים ותשע שנה, המקובלת מאוד בחוזים של מנהל מקרקעי ישראל) ולשכירות קצרת מועד[129].

תקופת השכירות עשויה שלא להיות קצובה, אם מפני שסיום השכירות תלוי באירוע עתידי, שזמנו המדויק אינו ידוע מראש, כגון שכירות מיכלי פרי לתקופת הקטיף[130] או למשך חייו של השוכר[131], ואם משום שהצדדים לא נתנו את דעתם לשאלת משך זמן השכירות כלל. במקרה הראשון, הצדדים נתנו את דעתם לשאלת תקופת השכירות, והעובדה שלא יכלו לנקוב זמן מסוים וקצוב מראש אינה פוגמת בתוקפה של העסקה. ובמקרה השני, אף שהצדדים לא

[123] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן א; נפסק להלכה על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן שט, סעיף ג. וראה להלן, דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 105.

[124] ראה: חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 2; חוק המיטלטלין, התשל"א־1971, סעיף 2.

[125] לרנר, סעיף 63. בתחילת דבריו, שם, לרנר מראה יפה, שקביעה זו אינה מתחייבת מאופייה המשפטי של העסקה: לא הייתה מניעה תיאורטית להגדיר כשכירות מצב שבו השוכר זכאי להחזיק ולהשתמש במושכר לצמיתות, ובלבד ששייר הבעלים לעצמו זכויות כלשהן בנכס. אך כאמור לא זו דרכו של המחוקק.

[126] ראה: י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, מגמות והישגים, עמ' 62־63.

[127] השווה לעיל, הערה 42, וכן ליד ציון הערה 58.

[128] ראה: י' ויסמן, "חכירה לדורות' למטרת מגורים באספקלריה של עסקת משכנתא", משפטים ז (תשל"ו) 84, בעמ' 85.

[129] והשווה בעניין זה: לרנר, סעיף 64־65.

[130] ראה: ע"א 358/80 קדש נפתלי מושב עובדים נ' מושב שאר ישוב, פ"ד לז(3) 830. אם כי שם הסכימו הצדדים שהשכירות לא תארך יותר מתאריך מסוים.

[131] ראה: לרנר, סעיף 66.

נתנו את דעתם לשאלת משך השכירות אין הדבר פוגע בתוקפה של השכירות, כפי שעולה מסעיף 19, ובלבד שברור שהשכירות אינה בלתי מוגבלת בזמן.

ב. מתוך הגדרות השכירות שראינו לעיל, עולה לכאורה שהגבלת הזמן היא מיסודות השכירות. כך עולה הן מהגדרת השכירות שבתלמוד[132], "האי נמי [השכירות] ביומיה — מכירה היא", הן מהגדרתם של הרמב"ם[133] ושל שאר הפוסקים[134], ולפיה "השכירות מכירה לזמן קצוב היא" ו"שכירות ליומיה — ממכר הוא". ואכן לדעת הט"ז[135] שכירות לתקופה בלתי מוגבלת ("שכירות לעולם") דינה כמכר: "אי הוה כתיב ממכר לעולם הוי עיקר החילוק בין שכירות למכר דזה לעולם וזה לזמן, ומינה [ומזה אפשר להסיק] דבשכירות לעולם הוי פשוט כמכר. וצריך עיון".

אולם נראה שאף על פי שלרוב זכות השוכר מוגבלת בזמן, הגבלת הזמן אינה המרכיב המכריע המבדיל בין מכר לשכירות, כי אם היקף הזכויות שבידי השוכר לעומת היקף הזכויות שבידי הקונה, כפי שראינו לעיל. המשפט העברי מכיר במושג של מכר לזמן, כפי שקובע הרמב"ם[136]: "המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב, הרי זה מכירה, ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו, ואוכל הפירות כל זמן המכירה, ובסוף תחזור לבעליה". ומכאן, שהגבלת הזמן אינה מיוחדת לשכירות דווקא[137]. ואמנם מדברי אחדים מן האחרונים[138] עולה שאין מניעה עקרונית שתהיה השכירות בלתי מוגבלת בזמן (לצמיתות), ובלבד שהמשכיר אינו מקנה לשוכר את גוף הנכס אלא לעניין השימוש בו, כלומר, הוא מותיר בידו את זכות הבעלות בגוף המושכר.

נציין שלא מצאנו הבחנה עקרונית והסדרים שונים בין שכירות קצרה לשכירות ארוכה[139].

[132] בבא מציעא נו ע"ב. הובא לעיל, ליד ציון הערה 9.

[133] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א.

[134] אין ספור פעמים בספרות הרבנית.

[135] ט"ז, חו"מ, סימן קמב, סעיף א.

[136] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ה.

[137] לדברינו כאן, השווה: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב תשל"ו, עמ' 377 ואילך, ובמיוחד עמ' 390, הערה 98; ש' אטינגר, "גדרו של שואל", שנתון המשפט העברי, כרך יג (תשמ"ז) 23, בעמ' 36־37, ובהערה 55, שם.

[138] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קמב, ס"ק ד; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ב; פתחי תשובה, שם, ס"ק א; שו"ת בצל החכמה (שטרן), חלק ד, סימן עח. וראה דיוננו להלן, סעיף 26, פרק רביעי, עמ' 552, שם אנו מגיעים לאותה מסקנה לעניין שאילה.

[139] להוציא סוגיות אחדות שמצאנו בהן נפקות לשאלת אורך תקופת השכירות. ראה: תוספתא, בבא מציעא ח, לב־לג: "המשכיר בית לחבירו ונפל, חייב להעמיד לו בית. היה מקורה בארזים, לא יקרינו בשקמים; בשקמים, לא יקרינו בארזים. היו בו חלונות, אינו רשאי שלא לפתוח בו חלונות; לא היו בו חלונות, אינו רשאי לפתוח בו חלונות. אמתי? בזמן ששכרו לזמן מרובה. אבל שכרו לזמן מועט, אומר לו: הרי שלך לפניך". מקור זה הובא להלכה באור זרוע, בבא מציעא, פרק ח, סימן שלד, ד"ה מתנ' לא יפחות. והוא עצמו הובא בהגהות אשר"י, בבא מציעא, פרק ח, סימן לה. וראה: ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, סדר נזיקין, בבא מציעא, ניו־יורק תשמ"ח, עמ' 279, הפירוש לשורות 122־123 (מכאן ואילך: תוספתא כפשוטה). יש לציין, שעניין זה, עד כמה שבדקנו, לא הוזכר בשולחן ערוך או בפוסקים אחרים. עוד ראה דיוננו על סעיף 19, הערה 69, בשם "אגודת אזוב", שגם הוא מבחין בין שכירות קצרה לשכירות ארוכה. והשווה גם: משנה, בבא מציעא ט, ט: "המקבל שדה מחברו לשנים מועטות, לא יזרענה פשתן... קבלה הימנו לשבע שנים, שנה ראשונה יזרענה פשתן...". ממשנה זו עולה, שבשכירות ארוכה, זכויות השימוש של השוכר רחבות יותר מאשר בשכירות קצרה. אולם נראה, שכאן אורך הזמן לכשעצמו אינו המכריע, אלא מאחר שהשכירות ארוכה, והמושכר יספיק לחזור למצבו הקודם, הצדדים נחשבים כמי שהסכימו

עוד נציין שבדיוננו על סעיף 19, נראה שההלכה מבחינה בין שכירות קצובה לשכירות שאינה קצובה. כלומר, בין שכירות שמועד סיומה נקבע מראש לבין שכירות שמועד סיומה לא נקבע מראש[140]. נטעים שיש להבחין בין שכירות שאינה קצובה ובין שכירות לזמן בלתי מוגבל (לצמיתות) עליה דיברנו לעיל. הראשונה היא שכירות המוגבלת בזמן אלא שהצדדים לא קבעו את מועד סיומה מראש, ועל כן מעיקר הדין ניתן לסיימה בכל רגע[141], ואילו השנייה היא שכירות שאינה מוגבלת בזמן כלל. מתוך דבריהם של פוסקים אחדים[142] ניכר שהם ראו הבדל מהותי בין שכירות קצובה ובין שכירות שאינה קצובה. לדעתם, העובדה שבעיקרון המשכיר רשאי להפסיק שכירות לא קצובה אימת שהוא רוצה, מוכיחה שלשוכר אין זכות קניינית במושכר, ועסקה זו נושאת אופי חוזי בלבד. זו אינה בהכרח דעת כל הפוסקים[143].

פרק שישי

הנכס המושכר — "בנכס"

א. כללי

אין שכירות אלא בנכס שחוזר בעין לרשות המשכיר בתום השימוש בו[144]. על נכס שהשימוש בו הוא כילויו, כגון אוכל, לא זו בלבד שלא חלים דיני שכירות, כי אם דיני הלוואה, אלא שעסקה מעין זו אסורה, שהרי אין זו אלא הלוואה בריבית. מלבד הסתייגות זו, אפשר לקבוע שדיני שכירות חלים על שכירת כל אחד מסוגי הנכסים: מיטלטלין, מקרקעין ואפילו זכויות, כפי שנראה בדיוננו על סעיף 2.

על זכויות שימוש רחבות יותר. וכעין זה יש לפרש במקרה שהובא לעיל: מאחר שהשכירות קצרה מאוד, הצדדים נחשבים כמי שהסכימו שהמשכיר לא יהיה חייב לתקן פגם במושכר. נמצא אפוא שאורך הזמן אינו משנה את מהות השכירות, אלא שזהו מרכיב שיש להתחשב בו כשבאים לפרש את כוונת הצדדים.

140 וראה: א' קרלין, "פרק בהלכות שכירות", סיני ו (ת"ש) תפה, בעמ' תפו. הוא מעלה השערה, שבזמן קדום השכירות לא הייתה קצובה מראש, והמשכיר היה רשאי לסיימה אימת שירצה. הוא מוסיף: "וזה, כנראה, שמש בסיס להכלל במשפטנו: 'אין שכירות משתלמת אלא לבסוף'. אין בידנו לחייב את השוכר בתשלום בתחלה, שאין ידוע לנו לכמה זמן תמשך השכירות וכמה עליו לשלם. הזמן ומחיר התשלום מתברר רק בסוף, בכלות השכירות, ולכן אינה משתלמת אלא לבסוף". השווה לעיל, הערה 100, בדברי שו"ת בני אהרן. על מועד תשלום דמי השכירות, ראה דיוננו על סעיף 14.

141 אלא שחכמים תקנו להודיע על הסיום מראש. ראה דיוננו על סיעף 19, פרק שני, א, עמ' 408.

142 ראה דיוננו על סעיף 22, הערה 22, והערה 71, אות ב. לדעה זו אנו מתייחסים גם בדיוננו על סעיף 21, ליד ציון הערה 16.

143 התייחסות מפורשת לעניין זה לא מצאנו בדברי הפוסקים. אולם ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק א, הערה ב, הקובע: "ואפילו בשכירות שלא לזמן קצוב, כל זמן שהשכירות קיימת — ממכר הוא".

144 כך ניתן ללמוד מתוך היקש לדברי הר"ן בעניין שאילת אוכל: "וכל שאינו חוזר בעין, לא שייך ביה שאלה, אלא לשון הלוואה" (ר"ן, שבת, פרק שלושה ועשרים (סג ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ושמעינן). על ההבדל בין הלוואת כסף לשכירות נכס, ראה: בבא מציעא סט ע"ב ("רב חמא הוה מוגר זוזי בפשיטא ביומא").
וראה בעניין זה בהרחבה: A. Weingort, Intérêt et crédit dans le droit talmudique, Paris 1979, p. 35.
זוהי גם תפישת המשפט הישראלי, ראה: לרנר, סעיף 59. לרנר מעלה שם שאלה, "אם ניתן להשכיר מקרקעין לשם כריית פחם, היות ופעולה זו מכלה חלק מהנכס המושכר". במשפט העברי, התשובה לשאלה זו היא חיובית, כפי שעולה מנתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק ד.

ב. אופייה המשפטי של שכירות נכס בלתי מסוים (״בית״ סתם)

א. המשפט העברי מבחין בין שני סוגים של הסכמי שכירות: הסכם שכירות שבו המושכר מסוים ומזוהה, כגון ״בית זה״ אני משכיר לך[145] (מכאן ואילך: מושכר מסוים או מושכר זה), והסכם שכירות שבו המושכר אינו מסוים ואינו מזוהה, כגון ״בית״ אני משכיר לך (מכאן ואילך: מושכר בלתי מסוים או מושכר סתם)[146]. מהתלמוד עולה בבירור, שחובותיהם וזכויותיהם של המשכיר והשוכר שונים בשני סוגי הסכמי השכירות האלה. הבדל זה מתבטא במפורש כשנהרס המושכר, שם עולה השאלה באיזו מידה המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי במקום המושכר שאבד[147].

במקורות התלמודיים נדונה שאלת אבדן המושכר במקומות אחדים, ומכולם עולה שבשכירות בלתי מסוימת היקף חובותיו של המשכיר גדול מבמושכר מסוים, שכן החוזה אינו מתייחס לנכס ספציפי, שעם אבדנו פגה השכירות, אלא לסוג של נכס, שבאבדן האחד אפשר להמשיך את השכירות עם נכס אחר מסוגו[148]. נסקור את המקורות המרכזיים בעניין זה, שכן מקורות אלה ישמשו לנו בסיס להוראות רבות בדיני שכירות, שיבואו להלן:

1. המשנה[149], בסוף הפרק השמיני של מסכת בבא מציעא, קובעת: ״המשכיר בית לחבירו ונפל, חייב להעמיד לו בית אחר״[150]. התלמוד[151] מסייג את דין המשנה, ומסביר שחובת

[145] בבא מציעא קג ע״א.

[146] וכעין זה: ״חמור זה״ ו״חמור״ סתם (בבא מציעא עט ע״א); ״ספינה זו״ ו״ספינה״ סתם (שם). להבחנה בין נכס מזוהה לנכס לא מזוהה, השווה: א׳ זמיר, חוק המכר, התשכ״ח־1968, ירושלים תשמ״ז, סעיף 469 (מכאן ואילך: זמיר, מכר). יש להדגיש שבשכירות סתם, אין הכוונה לשכירות של חלקים בלתי מסוימים של נכס מסוים, שכירות זו דינה כשכירות נכס מסוים.

[147] בשאלה זו, השווה: לרנר, סעיפים 190־191.

[148] יש לציין, שהמשכיר מושכר סתם חופשי יותר במילוי התחייבותו. לדוגמה, המשכיר ״בית״ סתם, ייצא ידי חובתו בהעמדת כל בית לרשות השוכר, בין גדול בין קטן, ובלבד שהמושכר מוגדר כבית. ראה: שולחן ערוך, חו״מ, סימן שיב, סעיף יז. בעניין זה, ראה להלן, דיוננו על סעיף 6.

[149] משנה, בבא מציעא ח, ט.

[150] וראה: ש׳ ליברמן, הירושלמי כפשוטו, כרך א, מהדורה שניה, ניו יורק וירושלים תשנ״ה, עמ׳ 215, בפירושו לירושלמי, שבת, פרק כ, הלכה ה (צא ע״ב בדפוס וילנא): ״אמר ר׳ ינאי: קרוח קריחא, קפוח קפיחא, שפוך צנינים על מאן דעדי ליה, נפל ביתיה על מאן דרויח עליה״. הוא מפנה תחילה לגירסת כ״י ליידן: ״נפל ביתיה דרויה עליה״, ומפרש: ״כל המפרשים נדחקו מאד בפירוש ׳נפל ביתיה׳ וכו׳. ונראה לי, שעיקר הדברים נאמרו על משנת בבא מציעא פ״ח מ״ט: ׳המשכיר בית לחברו ונפל, חייב להעמיד לו בית׳. ועל זה אמרו: ׳קרוח קריחא... נפל ביתיה דרייה עלוי׳. כלומר, נפל ביתו, הדירות עליו, שהוא חייב להעמיד לשוכר בית, והיינו בתר עניא אזלא עניותא, ולא די שנפל ביתו, אלא שהוא חייב עוד להעמיד בית לשוכרים״. וראה גם: ש׳ ליברמן, יוונית ויוונות בארץ ישראל, הדפסה שנייה מתוקנת, ירושלים תשמ״ד, עמ׳ 83, ליד ציון הערה 127 (תודתי נתונה לאחי, ד״ר מרק ויגודה, שהפנה את תשומת לבי לדבריו אלה של הרב פרופ׳ ליברמן).

[151] בבא מציעא קג ע״א. אף שבמשנה לא מצאנו הבחנה בין שני סוגי הסכמי השכירות, אין לומר שזהו חידוש של האמוראים. בתוספתא, בבא מציעא ט, ג, נמצאת ההלכה הבאה: ״שדה בית השלחין אני שוכר הימך... יבש המעיין... חייב להעמיד לו מעיין אחר... שדה בית השלחין זו אני שוכר הימך... יבש המעיין... מנכה לו מחכירו״. והשווה: תוספתא, שם ז, ז: ״... וכן היה רבי שמעון בן אלעזר אומר: האומר לחבירו: שכור לי חמורך וארכוב עליה מיכאן ועד מקום פלוני, והבריקה או נשטתה, חייב להעמיד לו חמור. חמורך זו, אפילו מתה אפילו נטלתו אנגריא, חייב להעמיד לו חמור״. הלכה אחרונה זו של רבי שמעון בן אלעזר

המשכיר להעמיד בית אחר לרשות השוכר אינה אמורה אלא אם כן השכירות אינה מסוימת. לעומת זאת, "אי דאמר ליה בית זה, נפל — אזל ליה", ופירש רש"י: "הלך לו, מזלו גרם, ואמאי חייב להעמיד לו בית?".

2. משנה[152] אחרת, בפרק השישי של מסכת בבא מציעא, דנה בחמור שהושכר ומת: "השוכר את החמור... מתה או נשברה, חייב להעמיד לו חמור אחר". גם כאן, רוב הראשונים[153]

— שדווקא בחמור זה שמת חייב להעמיד לו חמור אחר — תמוהה מאוד. וראה תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 253, שאומר: "וקרוב לוודאי שיש כאן טעות סופר, וצריך לומר: [אינו] חייב להעמיד וכו'". לדברינו כאן, השווה: פ' דיקשטיין, "שכירות דירות — השואה של המשפט העברי, המערבי והמושלמי בתור חומר לתקנות בשביל הישוב העברי או לחוקים בשביל ארץ ישראל", המשפט העברי, קובץ שני (תרפ"ז) 109, בעמ' 120-121. דיקשטיין טוען, שההבחנה בין מושכר זה ומושכר סתם היא חידוש של חכמי התלמוד, ואינה קיימת אצל חכמי המשנה. הוא מסיק מכך מסקנות בקשר למהותה המקורית של השכירות (כזכות ריאלית ואישית גם יחד). במקורות התוספתא שהבאנו לעיל, ראינו שהבחנה זו הייתה נהוגה כבר בתקופת המשנה. עוד על ההבחנה בין זה ובין סתם אצל התנאים, ראה בתוספתא, כתובות יא, ו.

[152] משנה, בבא מציעא ו, ג.

[153] כל הראשונים, לבד מרש"י, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה חייב, שנראה מלשונו שפירש את המשנה בשכירת חמור מסוים. אולם פירושו אינו ברור ונראה כסותר את עצמו. העיר על כך הרא"ש בפסקיו, בבא מציעא, פרק ו, סימן י. נרחיב כאן בהצגת דברי רש"י ובהסבר שיטתו.

נתחיל בציטוט המשנה: "השוכר את החמור והבריקה [=חלתה], או שנעשית אנגריא [=הוחרמה על ידי השלטונות], אומר לו: הרי שלך לפניך; מתה או נשברה, חייב להעמיד לו חמור אחר". כאמור, מהסיפא של המשנה — "חייב להעמיד לו חמור אחר" — הסיקו כל הראשונים שהמשנה עוסקת בשכירת חמור בלתי מסוים, שאם לא כן, לא היה מקום לחייב את המשכיר להעמיד לו חמור חלופי. לעומתם, מפרש רש"י: "'מתה או נשברה' — שמפסיד כל שכרו, חייב המשכיר למכור העור והנבילה לכלבים ולהוסיף מעות ולהעמיד לו חמור, או ישכור לו אחר בדמי הנבילה, שהרי חמור זה שיעבד לו, או יחזור [=יחזיר] לו שכרו". לדעת הרא"ש, דברי רש"י מגומגמים: מחד גיסא, מדבריו "שהרי חמור זה שיעבד לו" נראה שהוא מפרש את המשנה בחמור מסוים; ומאידך גיסא, מתוך מה שאמר שהמשכיר חייב "להוסיף מעות ולהעמיד לו חמור", נראה שהוא מפרש את המשנה בחמור סתם, שאם לא כן מניין נובעת חובת המשכיר להוסיף מעות לרכישת חמור חלופי?

ונראה שכך יש להבין את גישתו של רש"י. לפי רש"י, דברי המשנה אמורים אמנם בשכירת חמור מסוים (כך הבין את רש"י, תוספות, ערכין כ ע"ב, ד"ה אע"פ). נראה שלפי רש"י, אם היה מדובר בחמור בלתי מסוים, המשנה לא הייתה פוסקת "הבריקה או נלקחה לאנגריא, אומר לו: הרי שלך לפניך", אלא היא הייתה מחייבת את המשכיר להעמיד חמור אחר לרשות השוכר: שכירות בלתי מסוימת כמוה כהתחייבות מצד המשכיר שהמושכר יהיה תקין כל תקופת השכירות. על כן, אם מתגלה פגם המכביד על השימוש, אף על פי שאפשר בדוחק להמשיך בשימוש (ראה רש"י, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך, בסוגיית חמור שנלקחה לאנגריא), המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. מאחר שהמשנה עוסקת בשכירות חמור מסוים, מובן שאם נפגם המושכר, הרי שכל זמן שהוא ראוי לשימוש, גם בדוחק או עם איחור כלשהו, המשכיר אינו חייב אלא לנכות מדמי השכירות בהתאם לירידת הנאתו של השוכר, ותו לא (ראה רש"י, במשנה, עח ע"א, ד"ה הרי שלך לפניך).

[נעיר בדרך אגב, שזו הייתה גם דעתו של ר' נחשון גאון, המובאת ב"ספר המקצועות" (מהדורת ש' אסף, ירושלים תש"ז), בעמ' ס, על דברי שמואל בגמרא להלן: "והילכתא כשמואל. והני מילי דאוגר חמור זה, אבל חמור סתם חייב להעמיד לו חמור, בין אנגריא חוזרת בין אנגריא שאינה חוזרת, בין דרך הליכתה בין שלא בדרך הליכתה". זו כנראה הייתה גם דעתו של הרמב"ם בפירושו למשנה: "אין המשכיר יכול לומר לשוכר: 'הרי שלך לפניך', אלא אם השכיר לו למשאו ויחד לו את הבהמה. אבל אם השכיר לו לרכוב עליה הוא עצמו (ייתכן שהרמב"ם מבין שהכוונה לקבלנות, ולא שכירת חמור לרכיבה, בניגוד למשא. צריך עיון), או לשאת עליה משא, אלא שאמר לו חמור סתם, ולא יחד לו בהמה, חייב להעמיד בהמה

אחרת". לפי דבריו אלה של הרמב"ם, המשנה אמורה בחמור זה; ואילו בחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר בכל מקרה. וזה כשיטת רש"י. אמנם הרמב"ם חזר בו מפירוש זה במשנה תורה, שכן בחמור שחלה או נלקח לאנגריא לא הבחין בין חמור זה וחמור סתם (ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א). כלומר, גם בחמור סתם, לא חייב להעמיד לו חמור חלופי (אם כי צריך לומר, שכנראה, אם נלקח החמור "שלא בדרך הליכתו", יודה הרמב"ם, שחייב להעמיד לו חמור אחר, כדברי שמואל בגמרא). העיר על כך רבי עקיבא איגר, בהגהותיו למשנה, שם. לשני מקורות אלו הפנה ש"י פרידמן, תלמוד ערוך, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, חלק הפירושים, ירושלים תשנ"א, הסוגיא הששית, עמ' 175-176].

לעומת זאת, אם "מתה או נשברה", כלומר שיצא המושכר מכלל שימוש לגמרי, המשכיר חייב לפצות את השוכר על אבדן דמי השכירות שהשקיע במושכר (ולפי זה, הנושא בדברי רש"י: "מתה או שנשברה, שמפסיד כל שכרו", הוא השוכר). לשם כך, אומר רש"י, יש למשכיר שלוש חלופות:

1. "חייב המשכיר למכור העור והנבילה לכלבים ולהוסיף מעות ולהעמיד לו חמור" — המשכיר חייב למכור את שארית החמור ולהוסיף כסף מכיסו כדי להעמיד לשוכר חמור אחר. חלופה זו היא בהתאם לשיטת רב בהמשך הגמרא (עט ע"א), הסובר שיש לשוכר זכות למכור את נבלת החמור ולהמשיך את השכירות מתוך דמי הנבלה, ובלבד שהוא אינו מכלה את ערכה ("לא מכלינן קרנא"). כלומר, בעיקרון הוא אינו רשאי לשכור, אלא רק לקנות חמור חלופי, שרק כך הוא אינו פוגע בערך הנבלה, שהיא רכושו של המשכיר. אולם אם יש בידי המשכיר אפשרות למנוע את כילוי ערך נבלת חמורו, כגון ש"מתה בעודה בבית הבעלים, דמוסיף ולוקח חמור ולא כליא קרנא" (רש"י, שם עט ע"א, ד"ה לא מכלינן קרנא), הוא חייב לעשות כן. אם לא יעשה כן, אין עוד סיבה להגן עליו ולמנוע מהשוכר לשכור חמור חלופי מדמי הנבלה. ולפי רב, צריך לומר שזהו המקרה שמדובר בו במשנה (רש"י, שם: "וכי תנן במתניתין: 'חייב להעמיד לו חמור אחר', היכא דמתה בעודה בבית הבעלים, דמוסיף ולוקח...").

2. "או ישכור לו אחר בדמי הנבילה, שהרי חמור זה שיעבד לו" — חלופה זו, היא בהתאם לשיטת שמואל בהמשך הגמרא (עט ע"א), הסובר שלשוכר יש זכויות בנבלת החמור, אפילו כשהוא מכלה את הקרן. על פי זה, זכותו של השוכר למכור את הנבלה ולשכור בתמורה חמור אחר קיימת בין שהחמור "מתה בעודה בבית בעלה", ובין שמתה שלא בבית בעלה.

3. "או יחזור לו שכרו" — חלופה זו קיימת כנראה כשאין בדמי הנבלה אפילו לא די שכירת חמור חלופי. בכגון זה, תרופתו היחידה של השוכר היא פטור מתשלום דמי השכירות. יש לציין, שחלופה זו מתקיימת גם בחמור שנלקח לאנגריא, אם היה זה "שלא בדרך הליכתו". בכגון זה, דעת שמואל היא, שהמשכיר חייב להעמיד לשוכר חמור אחר (ומה שנאמר במשנה "נלקח לאנגריא, אומר לו: הרי שלך לפניך", אין זה אלא כשנלקח החמור "בדרך הליכתו". ראה: בבא מציעא עח ע"ב. וראה בהרחבה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 61, כיצד הסביר רש"י את ההבחנה בין "דרך הליכה" ו"שלא בדרך הליכה"). וראה להלן, דיוננו על סעיף 10, הערה 64.

ההסבר שהצענו בפירושו של רש"י יסודו בדברי מהר"ם שי"ף, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה ברש"י. וראה גם: רש"ש, שם עח ע"א, ד"ה חייב ולהוסיף מעות. כך הבין את דבריהם בעל דברות משה, בבא מציעא, חלק שלישי, בני־ברק תדש"ם, פרק ו, סימן ד, ענף א, ד"ה וכעין (אם כי, ראה שם, ד"ה עיין, מה שהעיר על דברי הרש"ש). וכעין זה השווה גם: מהרש"א, בבא מציעא, מהדורא בתרא, דף עח ע"א, ד"ה חייב המשכיר (וראה שם גם בדיבור הקודם).

והשווה: רשב"א, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב, שכך הבין גם הוא את פירושו של רש"י: "אפשר היה להעמיד משנתנו בחמור זה, וכן פירש רש"י ז"ל. ו'חייב להעמיד לו חמור', מדמי נבלה קאמר, אם יש בדמיה ליקח או לשכור, לרב כדאית ליה ולשמואל כדאית ליה". הרשב"א סובר שפירוש זה אינו הפירוש הנכון במשנה, והרי נימוקו: "זה אינו מחוור בעיני, דכיון דהכל תלוי בנבלה אם יש בדמיה ליקח או לשכור, ואם אותה [בהמה] ששטפה נהר או שאכלה ארי, שאי אפשר לו ליקח בדמיה ולא לשכור, אינו חייב להעמיד לו חמור אחר, היאך שנה סתם בלא שום תנאי חייב להעמיד לו חמור?". והשווה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה ומפרקינן; חידושי הר"ן, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה מתניתין; חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתה או נשברה. על פירוש רש"י, ראה גם: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סז, ד"ה וכשאני לעצמי (קג ע"ד). אך השווה: דרישה, חו"מ,

מסבירים שדברי המשנה אמורים בשכירת חמור בלתי מסוים. ואכן, התלמוד[154] מביא את דברי רב, הקובע: "השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך, נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת". ותוהה התלמוד: "אי דאמר ליה חמור סתם, הא חייב להעמיד לו חמור אחר?!". ולכן הוא מעמיד את דברי רב בשכירת חמור מסוים.

3. משנה[155] אחרת, בפרק העשירי של מסכת בבא מציעא, דנה ביחסי השכנות בין בעל הבית לבעל העלייה (כלומר, הקומה שמעל הבית) וקובעת: "נפחתה העלייה, אין בעל הבית רוצה לתקן, הרי בעל העלייה יורד ודר למטה עד שיתקן לו את העלייה". התלמוד[156] מסביר שהמשנה מדברת בבעל בית שהשכיר את העלייה שמעליו, והתלמוד שואל: "אי דאמר ליה עלייה סתם, לוגר ליה אחריתי [=ישכיר לו אחרת]?!".

ב. חשוב להדגיש שקיומם של שני סוגי הסכמי השכירות אינו נובע רק מהבדל בניסוח החוזה. המונחים "זה" ו"סתם" מבטאים בלשון קצרה שהצדדים לעסקת השכירות עשויים לכרות ביניהם הסכמי שכירות בעלי אופי שונה[157]. כפי שנראה להלן, נחלקו הראשונים בעניין אופייה המשפטי של שכירות נכס בלתי מסוים.

לא ברור מה היא עמדת המחוקק ביחס לשני סוגי השכירות שהמשפט העברי דן בהם. כאמור, "מושכר זה" ו"מושכר" סתם מבטאים כוונות שונות בין הצדדים ביחס להסכם השכירות. יש להניח, שאף שהמחוקק לא התייחס לשני סוגי השכירות, גם לדידו יש לתת ביטוי לכוונת הצדדים. השאלה היא: מה דינה של שכירות שלא צוין בה נכס מסוים שתחול עליו שכירות זו? האם על פי החוק היא דומה לשכירות בלתי מסוימת שבמשפט העברי או לשכירות מסוימת? מלשון החוק, נראה לכאורה להסיק, שנקודת המוצא של החוק הפוכה מזו של המשפט העברי. כלומר, בעיקרון המשכיר אינו חייב להעמיד לשוכר מושכר חלופי במקרה של אבדן המושכר[158], זולת אם נאמר הדבר במפורש. ככלל ניתן לומר שהמחוקק לא נתן את

סימן שי, שפירש שדברי רש"י אמורים בחמור סתם ולא בחמור זה. וראה עוד: אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא, חלק ג, עמ' תרעא־תרעה.

[154] בבא מציעא עט ע"א.

[155] משנה, בבא מציעא י, ב.

[156] בבא מציעא קטז ע"ב.

[157] לכן אנו מוצאים שבנסיבות אחרות מתפרש ציון מושכר מסוים כמושא השכירות באופן שונה ממה שראינו בטקסט. לדוגמה, בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יח, נפסק, שאם אמר המשכיר: "עליה זו שעל גבי בית זה, אני משכיר לך", הציון "בית זה" (נוסף ל"עליה זו") מוכיח שכוונת הדברים שיהיה הבית משועבד להשלמת שכירות העלייה, ולכן אף אם התמוטטה העלייה לגמרי, המשכיר חייב להעמיד אותה מחדש (בדומה לזה, ראה רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ח). דוגמה נוספת: בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שכא, סעיף ב, נפסק: "היה עומד בתוך השדה, ואמר לו: בית השלחין זה אני משכיר לך, בית האילן זה אני משכיר לך — יבש המעיין או נקצץ האילן, מנכה לו מחכירו, שהרי הוא עומד בתוכה, ולא אמר ה'זה' אלא כמי שאומר כמות שהיא עתה אני משכיר". וראה שם גם את דעת הרמ"א. בדוגמה הראשונה שהבאנו, ניסוחו של החוזה מלמד על משמעות מיוחדת למילה "זה", ובדוגמה השנייה הנסיבות בהן נאמר הציון "זה" (המשכיר עומד באותה שדה עצמה ולכאורה לא היה צורך בשום ציון), הן שמלמדות על פרשנות מיוחדת שיש לתת לאותה הדגשה. וכמו כן להפך, השכרת מושכר סתם עשויה להתפרש כהשכרת מושכר מסוים. ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סז, בהתחלה.

[158] ראה סעיף 10 לחוק. והשווה: א' זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים, ירושלים תש"ן, עמ' 272.

דעתו לאותם חוזים שאין בהם חשיבות לזהות המשוכר אלא לשירות שהשוכר מבקש להפיק[159]. יחד עם זאת, נראה לומר שבחוק[160], כמו במשפט העברי[161], שאלת כוונתם של הצדדים צריכה להיבחן על פי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה[162]. כך לדוגמה יש להניח שחוזה להשכרת רכב או להשכרת חדר בבית מלון דינו כחוזה להשכרת נכס בלתי מסוים הן לפי המשפט העברי הן לפי החוק.

ג. הראשונים חלוקים בשאלת הבנת המשמעות המשפטית של הלכת התלמוד "חייב להעמיד לו אחר", האמורה במקרה של הרס מושכר בלתי מסוים. השאלה שעמדה לנגד עיניהם של הראשונים היא (בלשונו של הרמב"ן[163]): "במאי קני דלחייב ליה"; או (בלשונו של הריטב"א[164]): "למה חייב להעמיד לו חמור אחר, ובמה זכה השוכר בחמור האחר, שלא יוכל המשכיר לחזור בו?". אמנם המושכר הראשון שהועמד לרשות השוכר נקנה לו מכוח משיכתו (במיטלטלין) או בפעולת קניין אחרת שעשה בו, כגון מתן מעות או חזקה (במקרקעין). אולם משנהרס המושכר הראשון מניין לשוכר זכות במושכר אחר, שלא עשה בו פעולת קניין, עד שנאמר שהמשכיר חייב להעמיד לו מושכר חלופי?

לכאורה, הדיון בשאלה זו אינו קשור לדיוננו כאן בדבר מהות השכירות, שכן שאלת אכיפת חוזה שכירות, שבו המשכיר מתחייב להעמיד לשוכר מושכר חלופי במקרה של הרס המושכר, נוגעת לדיני חוזים[165], ולא למהותה של עסקת השכירות. אולם נעיר להלן שייתכן שדרכם של הראשונים בפתרון השאלה אינה רק פועל יוצא מדעתם בשאלת תוקפן של התחייבויות חוזיות, אלא הוא נגזר גם מתפישתם את מהות עסקת השכירות.

נביא להלן את הדעות השונות שאמרו הראשונים בסוגיה זו. נקדים ונאמר, שתחילה נביא שלוש דעות שהצד השווה שבהן שכולן תפשו את מהותה של עסקה לשכירות נכס בלתי מסוים כעסקה חוזית, שבה המשכיר מתחייב להעמיד לשוכר נכס חלופי במקרה של הרס המושכר שבידיו. לאחר מכן נביא את דעתו של הרמ"ה, שממנה עולה שהוא לא תפש את העסקה לשכירות נכס בלתי מסוים כעסקה חוזית אלא כעסקה קניינית.

(1) שיטת הראב"ד

ואלה דברי הראב"ד[166] בסוגיה זו: "במה נתחייב להעמיד לו חמור? וכן המשכיר בית

[159] על השכרת נכס בלתי מסוים (במקרקעין ובמיטלטלין), ראה: לרנר, סעיפים 44, 47. מדבריו עולה, שהעדר מסוימות עלול לגרום לכך שהעסקה לא תיחשב לשכירות כלל. ראשית, משום שאחד מהתנאים לתוקפו של כל חוזה היא המסוימות (בייחוד במקרקעין). ושנית, משום שאם כוונת העסקה שלמשכיר שמורה הזכות להחליף את המושכר שבידי השוכר, הרי שחסר כאן מרכיב החזקה שבלעדיו אין העסקה יכולה להיות מוגדרת כשכירות. נעיר שלנימוק אחרון זה אין משמעות רבה לאור סעיף 31 לחוק, הקובע שסעיפי חוק השכירות "יחולו בשינויים המחוייבים גם על זכות שהוקנתה בתמורה להשתמש בנכס שאין עמה הזכות להחזיק".

[160] ראה סעיף 3 לחוק.

[161] ראה לעיל, הערה 157.

[162] השווה: לרנר, סעיף 122, הערה 38.

[163] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה הא.

[164] חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתה או נשברה.

[165] ואמנם ראה: א' ורהפטיג (לעיל, הערה 1). הוא מקדיש דיון ארוך לבירור שיטתם של הראשונים בסוגיה זו בזיקה לשאלת מהותו של החוזה במשפט העברי, שהוא נושא חיבורו. ראה: שם, פרק חמישי, עמ' 149.

[166] מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך; במגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב; בטור, חו"מ, סימן שי, סעיף ב; ועוד.

לחברו סתם, שאם נפל חייב להעמיד לו בית, במה נתחייב לו, אם לא בקניין או שנתן לו שכרו. ולענין בית מתחייב חיוב גמור בקבלת השכר [כנראה משום שבמקרקעין מעות קונות], אבל בשכירות החמור אין בחזרתו כי אם מי שפרע [שבמיטלטלין מעות אינן קונות], וכיון שמת, לא שייך ביה מי שפרע כלל. הילכך לא משכחנא ביה חיובא אלא בקנין". הראב"ד מעמיד אפוא את המשנה בשנעשה מעשה קניין שהיה בו כדי לתת תוקף להתחייבותו של המשכיר (במקרקעין — מתן מעות; במיטלטלין — קניין סודר).

טיבו של מעשה קניין זה אינו ברור. "חזון איש"[167] מסביר בדעת הראב"ד: "חמור סתם אינו במשמעו שיעבוד נכסים אלא חיוב גברא להעמיד לו חמור, דאדם יכול להתחייב ליתן לחברו דבר מיוחד. ומיהו אם מתחייב מטלטלין, צריך קנין המועיל במטלטלין". כלומר, הקניין, שהראב"ד מדבר עליו אינו קניין חפצי (שכן חיוב המשכיר להעמיד חמור אחר חל בין יש לו חמור ובין אין לו, והרי ידוע שאין אדם מקנה קניין חפצי בדבר שאינו ברשותו), אלא משמעות דבריו היא בוודאי, שהמשכיר מתחייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. מעשה הקניין הוא הנותן תוקף לאותה התחייבות. ו"חזון איש" מוסיף, שכדי שיהיה תוקף להתחייבות, היא צריכה להיעשות במעשה קניין המועיל לקניין חפצי, ולכן במיטלטלין מתן מעות אינו יוצר התחייבות תקפה אלא קניין סודר (או כל קניין המועיל במיטלטלין, כגון משיכה או הגבהה)[168]. יש לשים לב שהראב"ד אינו מדבר על שכירות סתם כעל סוג של קניין חפצי עתידי (שאם כן, מה מועיל קניין סודר? סוף סוף קניין דברים בעלמא יש כאן[169]). אלא שכירות סתם כמוה כהתחייבות עתידית, ובזה קניין סודר מועיל, לדעת הראב"ד[170].

(2) שיטת הרמב"ן

החולשה הבולטת בפירוש הראב"ד היא, ש"העיקר חסר מן הספר", שכן במשנה לא הוזכר מעשה קניין[171]. ואמנם הרמב"ן[172] נוקט פירוש אחר. לדעתו, כוונת התלמוד — שקבע שכאשר נהרס מושכר בלתי מסוים, "חייב להעמיד לו אחר" — אינה להעניק לשוכר זכות לאכיפת

[167] חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק ב.

[168] להלן, נספח א לסעיף זה, עמ' 53, נראה שיש הסוברים שקניין סודר אינו מועיל בשכירות. יש להניח אפוא, שהראב"ד אינו שותף לדעתם (זולת אם נניח שדברי נתיבות המשפט, להלן, ליד ציון הערה 228, מקובלים גם עליו). כמו כן נראה (שם) שיש הסוברים שקניין מעות מועיל בשכירות מיטלטלין, ושוב צריך להניח שהראב"ד חולק עליהם (ראה להלן, הערה 224).

[169] הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה ואי דאמר ליה בית סתם, שהבין את מהותה של שכירות בית כהקנאה (ראה להלן, הערה 198), שואל את השאלה הזאת: "ואי לית ליה כלל [בית חלופי], קנין דברים בעלמא הוא, ואפילו קנו מידו".

[170] נראה ש"חזון איש" הסביר, שלדעת הראב"ד "חמור סתם אינו במשמעו שיעבוד נכסים אלא חיוב גברא", משום שאילו סבר הראב"ד שיש כאן שעבוד נכסים ("תרד לנכסיי, אם לא אעמיד לך מושכר חלופי"), הרי לא היה מקום להבחין בין מקרקעין למיטלטלין. מכאן לחידוש, שבחיוב גברא צריך שייעשה מעשה הקניין היוצר את ההתחייבות, בהתאם למושא ההתחייבות (במקרקעין — מתן מעות; במיטלטלין — קניין סודר). לכאורה, נראה ש"חזון איש" מדבר על אפשרות של התחייבות בת תוקף, "חיוב גברא", בלא שעבוד נכסים. ברם, השווה: ורהפטיג (לעיל, הערה 1), עמ' 158. לפי דבריו, גם אלה שהכירו בתוקפה של התחייבות, עשו זאת תמיד בצירוף שעבוד נכסים.

[171] את השאלה הזאת על פירוש הראב"ד שואל הרשב"א. ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב.

[172] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה הא.

החוזה, אלא רק לקבוע, שאם לא יעמיד המשכיר לרשות השוכר מושכר חלופי כמובטח, לא יהיה זכאי לדמי השכירות המוסכמים כלל. וזה לשון הרמב"ן: "הא דאמרינן: אי דאמר ליה חמור סתם, נוגר ליה חמור אחרינא [=ישכיר לו חמור אחר], פירוש: ואי לא [אם לא מעמיד לרשותו חמור אחר], לא יהיב ליה כלום [=השוכר פטור מלשלם לו כלום]. מיהו, אי אמר: 'לא בעינא אגרא' [=אולם אם אמר המשכיר: 'איני רוצה דמי שכירות'], לא מחייב למיגר ליה [=אינו חייב להשכיר לו חמור אחר], דבמאי קני, דליחייב ליה? [=שבמה קנה, שיתחייב לו?]"[173].

נראה, שלדעת הרמב"ן המשכיר אמנם התחייב להעמיד מושכר חלופי לרשות השוכר במקרה של אבדן המושכר המקורי, אולם מאחר שלא נעשה מעשה קניין שיתן תוקף מחייב להתחייבות זו, אין לפרש את החיוב להעמיד מושכר חלופי כפשוטו[174] — "במאי קני, דלחייב ליה?". אשר על כן מוכרחים לפרש את הלכת המשנה — "חייב להעמיד לו חמור" — כתנאי לתשלום דמי השכירות. כלומר, אם לא יעמיד המשכיר מושכר חלופי לשוכר, השוכר פטור מכל תשלום למשכיר, אפילו בעד התקופה שנהנה בה מהמושכר, בחינת פיצויים מוסכמים מראש. ובלשון הרמב"ן: "ואי לא, לא יהיב ליה כלום"[175]. וזה ההבדל בין שכירות בלתי מסוימת לשכירות מסוימת: בשכירות מסוימת, אם יצא המושכר מכלל שימוש באמצע תקופת השכירות, גם אם המשכיר אינו מעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, השוכר חייב לשלם בעד התקופה שהמושכר היה ראוי לשימוש, כדברי הרמב"ן[176]: "'אי דאמר ליה בית זה, ונפל — אזל', פירוש: ונותן לו שכירות ימים שדר בו". ואילו במושכר בלתי מסוים, השוכר פטור מכל תשלום, "שכך היה דעתו מתחילה ועל מנת כן עשה עמו, שיהיה שכר פעולתו ערב בעדו... שאם לא יעמיד לו חמור, לא יתן לו גם שכר חצי הדרך שהלך"[177]. אילו היה נקבע שגם בשכירות בלתי מסוימת השוכר חייב לשלם עבור התקופה שנהנה בה מהמושכר, כי אז

173 והשווה: רש"י, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה חייב: "...או יחזיר לו שכרו". אולם לעיל, הערה 153, ראינו שדברי רש"י אלה אמורים בשכירות חמור מסוים, ואילו בחמור בלתי מסוים, ייתכן שרש"י סבור שחיובו של המשכיר ניתן לאכיפה.

174 אבל התחייבות להשכיר הנעשית במעשה קניין בר תוקף, תופסת, כפי שעולה מדברי הרמב"ן, בתשובותיו, סימן לח: "והנותן או המוכר מה שעתיד לקנות וקבל על נכסיו אחריות להעמידה בידו — חייב להעמידה, ואם לאו גובה מדין אחריות... שיכול אדם לחייב עצמו באחריות שאינו חייב בה על דרך חייב אני לך מנה בשטר (כתובות קא ע"ב), וכל שכן בקנין דמצי משעבד נפשיה" (מובא אצל ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 278; ואצל ורהפטיג (לעיל, הערה 1), עמ' 86 ועמ' 129).

175 וכן הובא בחידושי הר"ן, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה מתניתין השוכר את החמור, בפירושו הראשון. יש מי שאומר שהראב"ד סבור גם הוא, שבשכירות סתם, אם לא היה מעשה קניין והמשכיר אינו מעמיד לרשותו מושכר חלופי, השוכר פטור מתשלום דמי השכירות כליל. ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (מח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה מתה או נשברה; פרישה, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב. וראה מה שהעיר ורהפטיג (לעיל, הערה 1), עמ' 152, הערה 278.

176 חידושי הרמב"ן לבבא מציעא קג ע"א, ד"ה אי.

177 דברי שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן נב, ס"ק ד, בהסבר שיטת הר"ן (לעיל, הערה 175). וראה שם ההסבר (המבוסס על דיני אסמכתא) שהוא מעלה להבחין בין חמור שמת בחצי הדרך (שם השוכר יכול לעכב בידו שכר חצי הדרך, אף שנהנה בו מהחמור) לבין פועל שחוזר בו בחצי היום (שם אין הבעלים, השוכר את שירותו, רשאי לעכב בידו שכרו של חצי היום).

לא היה הבדל (משפטי) בין מושכר זה ומושכר סתם[178]. יש מי שאומר[179], שגם הרמב"ם סבור כשיטה זו, אולם ראה להלן.

(3) שיטת הרשב"א והרא"ש

שיטת הרשב"א[180] והרא"ש[181] היא, שבמושכר סתם, כשנקבע במשנה שהמשכיר חייב להעמיד מושכר אחר אין הכוונה לתנאי לתשלום דמי השכירות בלבד (כשיטת הרמב"ן), אלא שיש לאכוף את החוזה ולחייב את המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. לדעת ראשונים אלה, בניגוד לראשונים שראינו עד כה, מעשה הקניין שנעשה במושכר הראשון יוצר התחייבות משפטית תקפה להעמיד מושכר חלופי אם יצא המושכר מכלל שימוש, בלא צורך במעשה קניין נוסף. לדעתם, כבר בעת ביצוע השכירות המשכיר משעבד את נכסיו להבטחת התחייבותו להעמיד לשוכר מושכר חלופי, אם יתעורר הצורך לכך: "במשיכת החמור נשתעבדו

178 השווה: לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א, שלא הרגיש בהבחנה זו. והשווה: שו"ת הראנ"ח, סימן ה וסימן לח, שמדבריו על שיטת הרמ"ה (ראה להלן) עולה, שגם הוא לא הרגיש באותה הבחנה. וראה: מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי"ן, אות קלו, שהעיר על כך. כך העיר גם הרב עזרא יצחק חמווי (אב"ד ארם־צובא), בתשובה שנתפרסמה בהמאסף ה (תשמ"ג) 526. אולם ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סז (קד ע"ג ואילך).

179 ראה: חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק א, הטוען שדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן. אולם קשה, שכן הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, כשהוא דן בחמור סתם שיצא מכלל שימוש, כותב בפירוש: "ואם לא העמיד, יחזיר השכר ויחשב עמו על שכר מה שהלך בה". נמצא שעל פי הרמב"ם, בניגוד לרמב"ן, אם המשכיר אינו מעמיד מושכר חלופי, אין הוא מפסיד את מלוא דמי השכירות. לפי זה, לשיטת הרמב"ם קשה, מה ההבדל בין מושכר סתם למושכר זה? הרי גם במושכר זה כתב, שאם נפגם באמצע תקופת השכירות, אין המשכיר מקבל את דמי השכירות אלא עד לאירוע הפגם. ואולם ראה לחם משנה, שם, הלכה ב, שכתב: "ונראה לומר דלעולם דרבינו ז"ל סובר [בחמור סתם שמת]... דאי אין בדמיה ליקח או לשכור, יפסיד שכרו לגמרי". והוא כשיטת הרמב"ן. וראה שם, בהמשך דבריו, הסברו מדוע בהלכה א (בחמור שהושכר לרכיבה ונשתטה), לא פסק הרמב"ם כך. והשווה: משנה למלך, שם, הלכה ב, הטוען שדעת הרמב"ם היא, שהמשכיר לא יפסיד כל שכרו (שלא כלחם משנה). לדעתו, ההבדל בין חמור זה וחמור סתם הוא, שבסתם יש חובה מוסרית על המשכיר להעמיד לשוכר חמור אחר, מה שאין כן בחמור זה. והשווה: מגיד משנה, שם; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שי, סעיף ה. וראה להלן, הערה 188, שיטת נתיבות המשפט. וצריך עיון בביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, שממה שכתב בס"ק ז ("שאין חילוק לשיטתו בין חמור סתם לחמור זה אלא לענין משא") עולה לכאורה, שהוא חולק על "לחם משנה", ואילו ממה שכתב בליקוט שבס"ק ט, נראה להפך, שדעתו נוטה לדעת "לחם משנה" (ואמנם ייתכן שבליקוט חזר בו ממה שפירש תחילה. אולם, לדעת הרב א' מילר, אין כל סתירה בין הדברים, שכן בס"ק ז אין הגר"א עוסק אלא בשאלת זכותו של השוכר למכור את נבלת החמור כדי להשלים את השכירות, ובסוגיה זו הוא שאמר, שאין חילוק לדעת הרמב"ם בין זה לסתם אלא לענין משא. וצריך עיון).

180 מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב. הדברים שמובאים להלן בדעת הרשב"א עולים בקנה אחד עם מה שכתב בתשובותיו, חלק ג, סימן סה. מובא אצל ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 278. על שיטת הרשב"א והרא"ש, השווה: אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא, חלק ג, עמ' תרסט, ושם בהערות. וראה: מחנה אפרים על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב, שטען שהרמב"ם נקט כשיטת הרשב"א, אלא שלדעת "מחנה אפרים", גם לפי הרשב"א התחייבות המשכיר אינה ניתנת לאכיפה, ואם אינו מעמיד מושכר חלופי לרשות השוכר, אין לשוכר אלא תרעומת. אולם קשה להלום את דבריו, ובמיוחד את הראיה שהוא מבקש להסתמך עליה מן הסוגיה התלמודית, שלכאורה מוכיחה בדיוק את ההפך. על שיטת הרמב"ם בסוגיה זו, השווה לעיל, הערה 179; ולהלן, הערה 188.

181 רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן י.

נכסי המשכיר להעמיד חמור עד אותו המקום"[182]. לכן אם המושכר אינו ראוי עוד לשימוש, מחויב המשכיר להמציא לשוכר מושכר חלופי. ואם אינו עושה כן, השוכר רשאי לרדת לנכסיו של המשכיר. ונראה שראשונים נוספים[183] נוקטים שיטה זו.

כאמור, הצד השווה בין כל הדעות שסקרנו עד כאן, שכולן תופשות שכירות סתם כהתחייבות להשכיר, ולא כקניין[184]. נעבור עתה לשיטת הרמ"ה, שמדבריו עולה ששכירות סתם מעניקה גם היא לשוכר זכויות קנייניות במושכר.

(4) שיטת הרמ"ה

הרמ"ה מסכים בעיקרון עם הרמב"ן, שמה שאמרו "חייב להעמיד לו אחר", הכוונה שאם

[182] חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק א, מסביר שהתמורה לשעבוד זה היא הבטחתו של השוכר לשלם דמי שכירות יותר מההנאה שיקבל עד אבדן המושכר. תמורת הבטחה זו המשכיר מסכים לשעבד את נכסיו. אולם לא ברור מדוע יש צורך בתמורה, הרי הפירוש כאן מבוסס על הדעה שהאדם יכול להתחייב, אם ישעבד את נכסיו למילוי התחייבותו. ואולי מה שמפריע ל"חזון איש" הוא, שיש מקום לטענה שמשיכת החמור אין בה כדי להועיל אלא לאותו חמור עצמו (שאחרי משיכתו, לא יוכלו הצדדים לחזור בהם) ולכן יש צורך למצוא חיזוק לכך שהיא משמשת גם כמעשה קניין לשעבוד הנכסים לשם ההתחייבות להעמיד חמור אחר בעתיד לכשייפגם החמור הראשון. וצריך עיון.

[183] כך עולה לדוגמה מפירוש ר' יהונתן מלוניל לרי"ף (בש"ס "אל המקורות"), בבא מציעא מט ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אם יש בדמיה: "חמור זה אני משכיר לך, דמשמע זה ולא אחר, אבל אם אמר לו חמור סתם, חייב להעמיד לו חמור אחר, משום שהוא עצמו שעבד נפשיה להוליך לו משאו שם באותו שכר שהתנה לו". לאור האמור לעיל, יש פליאה על נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ו (מט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה חמור סתם, שכתב על שיטת הרשב"א: "שלא הלכו בזה הדרך הראשונים ז"ל ולא האחרונים ממנו". וכבר העיר על כך חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק א.

וראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ו, שכתב על השולחן ערוך: "ופסק בהא כהרא"ש, דאין צריך קנין, משום דהרי"ף והרשב"א ר' יונתן [מלוניל] והטור סבירא להו כוותיה דהרא"ש". אולם ברור מעל לכל ספק שיש כאן טעות סופר, שכן למעלה (באותו סעיף קטן) כתב הסמ"ע במפורש, שהרמב"ם והשולחן ערוך חולקים הן על הרא"ש והן על הראב"ד (ואין לפרש שכוונת הסמ"ע היא, שבחמור זה לא צריך מעשה קניין מיוחד, אלא די במשיכת החמור, שכן זה ודאי מוסכם על הכול, שחמור זה נקנה במשיכה, ואין מחלוקת אלא לעניין יצירת שעבוד נכסים. והעיר על כך, נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ה). וראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סג, שהעיר על כך הערה ביקורתית. על פי השערתו, על סעיף זה של השולחן ערוך הייתה כנראה הגהה של הרמ"א, ובה הוא חולק על המחבר ופוסק הלכה כרא"ש, ועל הגהה זו כתב הסמ"ע: "ופסק הרמ"א בהא כהרא"ש". הגהת הרמ"א נשמטה. המדפיס, שלא ראה לפניו הגהה של הרמ"א, תיקן את לשונו של הסמ"ע, ומחק את המילה "הרמ"א". ועיין דרכי משה, טור, חו"מ, סימן שי, ס"ק א, שם מפורש שהרמ"א פסק כרא"ש. אולם, דא עקא, בדיקת המהדורות הראשונות של השולחן ערוך עם הגהות הרמ"א אינו תומך בהשערה זו, אם כי עדיין אפשר לטעון שההשמטה הייתה כבר באותן מהדורות (הרב א' מילר העיר, שייתכן שלא הייתה הגהה של הרמ"א, אלא כך צריך להיות הנוסח בדברי הסמ"ע: "ופסק בד"מ [בדרכי משה] כרא"ש". "בד"מ" השתבש והפך ל"בהא"). מכאן תשובה לתמיהתו של ורהפטיג (לעיל, הערה 1), עמ' 153, הערה 289.

[184] להוכחות נוספות לכך, שפוסקים אלה רואים בשכירות סתם עסקה לא קניינית, ראה: רמב"ן, בחידושיו המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, קונטרס אחרון (מובא בשיטה מקובצת, כתובות נט ע"ב, ד"ה הא לא דמיא, בשם הרמב"ן): "דמתחילה לא קנאו לזה". ובהמשך: "שוכר שהוא מקדיש בית סתם אינו הקדש, דלאו ביתו הוא". וראה גם מה שהביא הריטב"א בשם הרמב"ן, בחידושיו לנדרים נו ע"א, ד"ה כתב רבנו ז"ל: "כי אגר בית סתם לאו גופא דביתא אגר אלא דירה [כלומר זכות דיור בלבד]". ועל כן טען, שאין מקום להשוות בין מכירת בית סתם, שהיא עסקה קניינית, לשכירות בית סתם, שהיא עסקה חוזית (ראה להלן, הערה 187, והשווה להלן, הערה 197). וכן ראה להלן, הערה 194, מדברי הרשב"א.

לא יעמיד לו מושכר חלופי, ייאלץ לוותר על כל דמי השכירות. יחד עם זאת, הרמ"ה[185] קובע: "מיהו אם היה למשכיר בית אחר, שלא היה משועבד בשעת שכירות לאדם אחר, חל קניין עליו, דבית סתם אמר לו, וצריך ליתנו לו". במילים אחרות, אם בשעת ביצוע עסקת השכירות יש ברשותו של המשכיר נכס חלופי, מעשה הקניין[186] חל גם עליו (אלא שזכויות השוכר באותו נכס מותנות בכך שייצא המושכר הראשון מכלל שימוש), וממילא נכס זה קנוי להשלמת השכירות[187]. מכאן שאם המושכר הראשון יוצא מכלל שימוש, חייב המשכיר להעמיד לשוכר נכס חלופי זה[188].

[185] פירוש הרמ"ה לבבא מציעא לא הגיע לידינו. דבריו מובאים בטור, חו"מ, סימן שיב, סעיף יח.

[186] וראה: חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק ב, ד"ה וכתב, שבשכירות מקרקעין מתן מעות הוא מעשה קניין לעניין זה, שכן קרקע נקנית בכסף, ומעשה קניין זה יחול גם על המושכר החלופי. לעומת זאת, בשכירות מיטלטלין, שבהן המעות אינן קונות, לא יחויב המשכיר להעמיד מושכר חלופי אלא אם כן נעשה קניין סודר מיוחד (במיטלטלין, בניגוד למקרקעין, משיכת המושכר הראשון לא תועיל כמעשה קניין גם למושכר חליפי, כפי שעולה מסוגיית בבא קמא יב ע"א).

בעניין קניין מעות וקניין סודר בשכירות מיטלטלין, ראה להלן, נספח א לסעיף זה, עמ' 53.

[187] העובדה שלא הוגדר במדויק הנכס שעליו תחול השכירות, אינה גורעת מתוקפה של עסקה קניינית זו. כך הוא אפילו בעסקת מכר. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריד, סעיף יב: "האומר לחבירו: בית מביתי אני נותן לך, נותן לו הקטן שבהם. נפל אחד מהם, מראה לו זה שנפל, שיד בעל השטר על התחתונה. והוא הדין לאומר: שור בשורי אני מוכר לך". לשאלה, מדוע אין כאן בעיה של "ברירה", ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פב. הוא מסביר שאין כאן דין "ברירה", משום שהמכר תקף מיד ולא למפרע. אמנם בחירת הנכס המסוים שיחול עליו המכר נדחה לשלב מאוחר יותר, אולם דבר זה אינו פוגע בתוקף המיידי של המכר, מה שאין כן בסוגיות "ברירה" האחרות. וראה בעניין זה: בנימין רבינוביץ תאומים, חוקת משפט, הלכות מכירה, ירושלים תשי"ז, פרק שנים־עשר (מכאן ואילך: חוקת משפט, הלכות מכירה). על המושג "ברירה", ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך "ברירה".

וראה: חידושי הריטב"א, נדרים נו ע"א, ד"ה כתב רבנו, שהביא שאלה בשם רבו (הרא"ה): מדוע בשכירות בית סתם, אם נפל הבית במהלך השכירות, חייב המשכיר להעמיד לו בית אחר; בעוד שבמכר בית סתם, אם נפל הבית לאחר מעשה הקניין, ולפני המסירה, המוכר זכאי אפילו לכתחילה להראות לו בית נפול. לכאורה אין להצדיק הבדל זה "דהא ודאי דין מכירה לשעת המכר עד שירד לתוכה הלוקח כדין שכירות לכל ימי השכירות, וכדמוכח בריש פרק המקבל [לא ברור לאיזו סוגיה הוא מפנה]". לשאלה זו הריטב"א מביא שני תירוצים, אחד של רבו ואחד של הרמב"ן. יש לנו עניין בשני התירוצים האלה, משום שהם נוגעים להגדרת מהותה של שכירות נכס בלתי מסוים. לדעת רבו, אמנם אין כל הבדל בין המכר לשכירות, ומה שנפסק "בית בביתי... ונפל ליה חד בית... מראהו נפול", הרי זה משום ייתור הלשון "בית בביתי" במקום "בית" סתם, המתפרש "לגריעותא", היינו שכוונת המוכר הייתה למעט בזכויות הקונה. לפי זה, גם במוכר "בית" סתם, אם נפל אחד מבתי המוכר לפני המסירה, חייב למסור לקונה בית אחר שעומד על תילו. לעומתו, דעת הרמב"ן היא, שיש הבדל מהותי בין המכר של נכס בלתי מסוים ובין השכרתו: במכר נכס בלתי מסוים, עיקר הקניין הוא גוף הנכס, לכן אין מניעה משפטית לומר שהמכירה חלה על נכס כלשהו מנכסי המוכר אפילו שבזמן המסירה הוא "נפול" ובלבד שלא היה כזה בשעת גמירת העסקה. לעומת זאת, בשכירות סתם, השוכר אינו קונה זכות בגוף המושכר אלא הוא מקבל זכות שימוש בלבד. לפי זה, שכירות נכס בלתי מסוים משמעה התחייבות מצד המשכיר להעמיד לשוכר שימוש שאינו תלוי בנכס מסוים. המשכיר זכאי לקבוע לאיזה מבין נכסיו הוא מבקש להצמיד את הזכות, אבל משנעלם נכס זה לא פגה זכותו של השוכר, שהרי הגוף אינו עיקר העסקה, אלא השימוש. ובלשונו: "שכירות שאני. דכיון דלא זכי שוכר בגופא דארעא, אלא דירה בלחוד דאית ליה, כי אגר בית סתם, לא גופא דביתא אגר, אלא דירה... אבל מוכר [צ"ל: קונה] או מקבל מתנה, דזכו בגופה דזביני, מיד חיילי זביני אחד מבתי... וכי נפל מראהו נפל [נפול], שלא היה מחוסר אלא ברירה... וכשהראנו (מראהו נפל [נפול]) הוברר הדבר שזהו שמכר לו, ועליו חל המכר מתחלה, וכאילו נפל אחר שירד לתוכו... וכן דנתי לפני מורי נר"ו [=נטריה רחמנא ופרקיה; ישמרהו

הרמ"ה רואה אפוא בשכירות סתם עסקה קניינית שבה המשכיר מקנה לשוכר לא רק את הנכס הראשון שהוא מעמיד לרשותו אלא גם את חליפיו, אם ייצא מכלל שימוש. לא זו אף זו, הרמ"ה מדגיש, בניגוד לדעת הראשונים שהבאנו לעיל[189], שאם לא היה ברשותו נכס חלופי, לא יועיל מעשה קניין אפילו לא ליצירת התחייבות: "כי אמר בית סתם, לאו למימר שיכופו

האל ויצילהו], ולא הודה לי". והשווה לעיל, הערה 184. לפי מה שהבאנו שם, אפשר לנסח את שיטתו של הרמב"ן כך: שכירות סתם היא התחייבות ולא קניין, ולכן העובדה שנפל אחד מבתי המשכיר אין בה כדי לגרוע מחיובו. הרא"ה לעומתו סבר כנראה כמו הרמ"ה ששכירות נכס בלתי מסוים גם היא עסקה קניינית ולא התחייבות, ועל כן לא היה מוכן לקבל את הסברו של הרמב"ן. וראה להלן, הערה 198.

188 כך נקטו גם: חידושי הר"ן, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתניתין; שם קטז ע"ב, ד"ה אי; חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה ואי דאמר ליה בית סתם (על שיטת הריטב"א, ראה עוד להלן, הערה 198). והשווה גם: רש"י, בבא מציעא קטז ע"ב, ד"ה לוגר ליה אחריתי: "אם יש לו...".

נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד, טוען שדעה זו נקט הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכות א־ב. אמנם לדעת "נתיבות המשפט", הרמב"ם, שלא כרמ"ה, רואה בשכירות חיוב ולא קניין. אולם הוא מסביר, שאף על פי כן, גם הרמב"ם מודה, שכל זמן שהמושכר החלופי אינו ברשותו, המשכיר יכול לחזור בו מהתחייבותו.

"נתיבות המשפט" מסיק שזו דעת הרמב"ם על יסוד ניתוח דבריו: בחמור בלתי מסוים שהושכר לרכיבה וחלה (הלכה א) או שהושכר לכל מטרה שהיא ומת (הלכה ב, ברישא), פסק הרמב"ם שהמשכיר "חייב להעמיד לו [לשוכר] חמור אחר... ואם לא העמיד, יחשב עמו על שכר מה שהלך בה". בחמור מסוים שמת (הלכה ב, בסיפא) כותב הרמב"ם: "אינו חייב להעמיד לו אחר, אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך". מדוע פסק הרמב"ם במקרה הראשון "חייב להעמיד לו חמור", ואילו במקרה השני פסק "אינו חייב להעמיד לו אחר"? הרי בשני המקרים, אם לא העמיד, התוצאה זהה, שאין השוכר משלם אלא לפי מה שנהנה, ולא הייתה הצדקה לשנות את נוסח ההלכה (והשווה: משנה למלך, שהובא לעיל, הערה 179)? מכאן מסיק "נתיבות המשפט", שכאשר הרמב"ם פוסק "חייב להעמיד לו חמור", הכוונה שבית דין כופין עליו להעמיד חמור אחר. מאידך, אם בית דין כופין, מה פשר המשך ההלכה "ואם לא העמיד..."? לדעת "נתיבות המשפט", אין לזה הסבר אלא אם כן נניח שדעת הרמב"ם כדעת הרמ"ה, שבית דין אינם יכולים לכפות על המשכיר העמדת מושכר חלופי, אלא כשהיה ברשותו מושכר חלופי משעת השכירות. החלופה "ואם לא העמיד..", אמורה כשתנאי זה אינו מתקיים. אולם צריך להעיר, שקשה לומר שעמדת הרמב"ם זהה לחלוטין לעמדת הרמ"ה (מעבר למה שכבר הערנו לעיל, שזה רואה בשכירות קניין, וזה רואה בה חיוב). הרמ"ה סובר כרמב"ן, שאם אין למשכיר מושכר חלופי, הוא מפסיד את מלוא דמי השכירות. דין זה לא הוזכר בדברי הרמב"ם. עוד צריך להעיר, שלכאורה יש סתירה בין דברי "נתיבות המשפט" שנסקרו כאן, ובין דבריו בסימן שטו, ס"ק א, שם כתב בדעת הרמב"ם: "דבמשכיר חמור סתם, חייב להעמיד לו חמור, אף דאין לו שום חמור". או שמא נאמר, שהכוונה שהוא חייב כל עוד לא חזר בו. וזה דוחק. והשווה להלן, הערה 248. וצריך עיון.

על שיטת הרמב"ם, השווה לעיל, הערה 179, שם ראינו ש"חזון איש" טוען שדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן. וכן השווה לעיל, הערה 180, שם ראינו ש"מחנה אפרים" טוען שדעת הרמב"ם כדעת הרשב"א (והשווה עוד להלן, הערה 199, שיש מי שהציע לומר שדעת הרמב"ם כדעת הראב"ד). מעניין לראות כיצד זכו דברי הרמב"ם לפירושים שונים כל כך, המייצגים את הגישות העיקריות בראשונים בשאלת שכירות נכס סתם. ייתכן שבלבול זה בהבנת שיטת הרמב"ם (בלבול שאינו אופייני לניסוחיו הקולעים של הרמב"ם בדרך כלל) מצביע על כך, שאולי לא הגיע לידינו נוסח מתוקן של דבריו. השווה דיוננו על סעיף 10, הערה 161.

189 ראה לעיל: שיטת הראב"ד, ליד ציון הערה 166; שיטת הרמב"ן, הערה 174; שיטת הרשב"א והרא"ש, ליד ציון הערה 180. זו היא גם שיטת הריטב"א (הובאה לעיל, הערה 169), הכותב במפורש: "ואי לית ליה כלל, קנין דברים בעלמא הוא, ואפילו קנו מידו, אלא אם כן נתחייב בקנין כראוי, שקיבל עליו להעמיד לו בית". וזו גם שיטת הר"ן. ראה: חידושי הר"ן, בבא מציעא קטז ע"ב, ד"ה אי: "שאין אדם מקנה מה שאין לו, אלא אם כן שיעבד לו נכסיו" (הובא לעיל, הערה 188).

אותו לבנות לו בית או לשכור לו, דאף על גב דקנו מיניה שישכור לו או לבנות לו, לא היה בעולם ולא חל עליו הקנין"[190].

ד. לאחר שהצגנו את השיטות השונות, ננתח אותן. כאמור לעיל, יש המדברים על "שכירות סתם" במושגים של קניין (הרמ"ה), ויש המדברים על "שכירות סתם" במושגים של התחייבות. חלק מאלה הרואים ב"שכירות סתם" התחייבות סבורים שהתחייבות זו ניתנת לאכיפה (הרשב"א והרא"ש), ואחרים סבורים שבלא מעשה קניין מיוחד התחייבות זו אינה ניתנת לאכיפה (הראב"ד והרמב"ן), ולדעת אחד מהם (הרמב"ן)[191], שכירות סתם שנעשתה בלא מעשה קניין מתפרשת כתנאי לתשלום.

יסוד המחלוקת בשאלה אם שכירות סתם היא קניין או התחייבות, טמון לכאורה בשאלה של פרשנות: האם, כשהשכיר מושכר סתם, התכוון המשכיר להקנות לשוכר מושכר חלופי, אם ייצא המושכר הראשון מכלל שימוש (כפי שיטת הרמ"ה), או שמא כוונתו הייתה להתחייב להעמיד לרשותו מושכר חלופי (כפי שיטת שאר הראשונים). נודה, שאין בידינו להסביר מדוע סברו הראשונים שיש לפרש את החוזה כפי שהם מפרשים אותו. כלומר, אין אנו יודעים מדוע הרמ"ה מפרש את החוזה כקניין, ואילו שאר הראשונים מפרשים אותו כהתחייבות. היחיד היוצא מכלל זה הוא הרשב"א, שמתוך תפישתו את מהות השכירות של נכס מסוים, ניתן להבין מדוע חשב ששכירות נכס בלתי מסוים, צריכה להתפרש כהתחייבות. נסביר:

לפי הרשב"א, מהותה של שכירות נכס מסוים אינה רק הקניית זכות חפצית באותו מושכר. השכירות כוללת גם, התחייבות של המשכיר שהמושכר יהיה ראוי לשימוש בכל תקופת השכירות[192]. הרשב"א מסביר, שלהבטחת קיום התחייבות זו, המשכיר משעבד לשוכר את המושכר עצמו[193]. מאחר שהרשב"א רואה בשכירות נכס מסוים לא רק קניין אלא גם התחייבות, מובן מדוע הוא נוטה לראות בשכירות מושכר בלתי מסוים התחייבות, ואין הוא נוטה לראות בה קניין[194]. המשכיר מתחייב להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש בכל תקופת השכירות, ולהבטחת קיום התחייבות זו, הוא אינו משעבד את המושכר בלבד אלא את כל נכסיו. ובלשון הרשב"א: "וכדרך שהוא משעבד לו הנבלה בחמור זה, כך משעבד עצמו בחמור סתם באחריות על כל נכסיו... וזה כללו של דבר: בחמור זה, אחריות עליו [כלומר,

190 על שיטת הרמ"ה, שאין אפשרות משפטית ליצור התחייבות בדבר שלא בא לעולם, ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד. וראה: ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 273 ועמ' 278. והשווה: חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק ב, ד"ה טור, שמדבריו עולה שבלשון התחייבות (לא קניין), גם הרמ"ה יודה שיועיל מעשה קניין. כדעה זו ראה גם: ורהפטיג (לעיל, הערה 1), עמ' 155, ליד ציון הערה 298. אולם לאור לשונו של הרמ"ה, כפי שהובא בפנים, ולאור ניתוחו של ליפשיץ בשיטת הרמ"ה, קשה לקבל הבנה זו בדעת הרמ"ה.

191 וראה לעיל, הערה 175, שיש אומרים שגם הראב"ד מסכים לכך.

192 הרשב"א (לעיל, הערה 180) מדבר על כך, שבשכירות המשכיר נוטל על עצמו "אחריות" שהמושכר יהיה ראוי לשימוש לכל אורך תקופת השכירות. כשלהבטחת קיום התחייבות זו, המשכיר משעבד לשוכר את המושכר עצמו. וראה עוד לעיל, ליד ציון הערה 79.

193 זהו, לדעת הרשב"א, פשר זכותו של השוכר למכור את שארית המושכר שנפגם (כגון נבלת החמור המושכר), כדי להשלים את מטרת השכירות. ראה על כך ביתר הרחבה, בדיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210. תן דעתך, שלפי שיטה זו, שעבוד זה אינו כלול בזכויות הקניינות שיש לשוכר במושכר, שכן לשוכר אין זכויות בגוף המושכר אלא רק לעניין השימוש בו. משנמנע השימוש בו, כגון שמת החמור, השוכר אינו רשאי למכור את הנבלה בלעדי התחייבות המשכיר.

194 "דהשתא לא קנה בית זה ממש", לשון שו"ת הרשב"א, חלק שביעי, סימן שפא.

על אותו חמור] אף על פי שהוא בעצמו אינו ראוי למלאכה[195], כגון שמת או נשבר, והרי הוא כאפותיקי מפורש; ובחמור סתם, כאפותיקי סתם".

היה מקום להציע הסבר דומה בשיטת הרמ"ה: לפי הרמ"ה, שכירות רגילה (כלומר, של נכס מסוים) אינה כוללת מרכיב חוזי אלא רק מרכיב קנייני. אולי משום כך פירש, ששכירות בלתי מסוימת משמעה (אם לא נקבע במפורש אחרת) הענקת זכויות קניניות במושכר חלופי, אם ייפגם המושכר הראשון שהועמד לרשות השוכר. הרמ"ה הטעים שקניין זה אינו תקף אלא אם כן היה ברשותו של המשכיר נכס חלופי בשעת השכירות[196], ולא, אין תרופה לשוכר אלא פטור כללי מתשלום דמי השכירות[197]. אמנם יש להודות שעמדת הרמ"ה בפרשנות הסכם לשכירות נכס בלתי מסוים אינה מתחייבת בהכרח מתפישת השכירות כעסקה קניינית בלבד. הרי יש מן הראשונים, כגון הרמב"ן, שגם לשיטתם אין בשכירות נכס מסוים אלא יסוד קנייני בלבד, ובכל זאת ראו לנכון לפרש שכירות נכס בלתי מסוים כהתחייבות ולא כקניין.

נמצא אפוא, כפי שהערנו לעיל בתחילת הדברים, שחילוקי הדעות בין הראשונים בעניין שכירות סתם אינם נובעים רק מעמדתם בשאלת תוקפה של התחייבות, אלא ייתכן שהם מושפעים גם מתפישתם את מהות השכירות[198].

[195] ומאחר שיצא מכלל שימוש אין עוד לשוכר זכויות קניניות במושכר, שהרי לא רכש אלא את השימוש בו, ואבד קניינו. לגישות אחרות בעניין זכותו של השוכר למכור את שארית המושכר, ראה דיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210.

[196] משום ש"אין אדם מקנה דבר שאינו בעולם" (ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רט, סעיף ד) או אפילו "דבר שאינו ברשותו" (ראה: שולחן ערוך, שם, סימן ריא, סעיף א). קניין זה נקרא בפי הפוסקים "קניין דברים" או "קניין אתן". ראה בהרחבה: ורהפטיג (לעיל, הערה 1).

[197] והשווה: חידושי הריטב"א, נדרים נו ע"א, ד"ה כתב רבנו ז"ל (הובא לעיל, הערה 187), מה שהביא בשם רבו (הרא"ה, שגם הוא רואה בשכירות עסקה קניינית בלבד. ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה היכי דמי. וראה בהרחבה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 32). הרא"ה לא ראה אף הוא כל מניעה להקיש בין מכירת בית סתם ושכירות בית סתם.

[198] ההסבר שראינו זה עתה יעזור לנו לפענח את עמדת הריטב"א בסוגיה זו, שיש בה לכאורה סתירה פנימית: מחד גיסא, בעניין שכירות חמור סתם, נוקט הריטב"א בעיקרון כשיטת הרשב"א והרא"ש (ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתה או נשברה חייב להעמיד לו חמור. כך הבין "חזון איש", ראה להלן, בסמוך, וכך הבין גם, ורהפטיג (לעיל, הערה 1), עמ' 153).

[אבל, יש לציין, שהטכניקה המשפטית שהוא משתמש בה שונה במקצת מזו שהוצעה על ידי הרשב"א והרא"ש: "דכיון שמשך חמור ראשון, וקנאו במשיכה למלאכתו, ונתחייב למשכיר בשכרו, דשוב אינו יכול לחזור בו, באותה הנאה נתחייב לו משכיר להעמיד לו חמור, כאלו קנו מידו". חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק א, מסביר שהסיבה לכך שהריטב"א מחפש טכניקה משפטית אחרת היא, משום ש"סבירא ליה דכל שמוסיף בשכרו זכי המשכיר בשביל חמור זה, ואי אפשר לקנות שיעבוד נכסים בזה, אם לא בהנאה". כלומר, הבטחת השוכר לתוספת דמי שכירות, שעליה ביססו הרשב"א והרא"ש את שעבוד הנכסים (ראה לעיל, הערה 182) אינה יכולה, לדעת הריטב"א, לשמש תמורה לשעבוד נכסיו של המשכיר. לכן יש למצוא את התמורה לאותו שעבוד בהנאה מהעובדה שבמשיכת החמור השוכר כבר אינו רשאי לחזור בו מהשכירות].

מאידך גיסא, בעניין שכירות בית סתם הוא נוקט בעיקרון כדעת הרמ"ה (ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה ואי דאמר ליה בית סתם): "ודעת רבינו ז"ל [=הרא"ה], דאפילו בבית סתם כל היכא דאית ליה מדידיה, יהיב ליה; ואי לית ליה כלל, קנין דברים בעלמא הוא, ואפילו קנו מידו, אלא אם כן נתחייב בקנין כראוי, שקבל עליו להעמיד לו בית" (נעיר, שהמשפט האחרון אינו כדעת הרמ"ה, זולת אם נקבל את גישת חזון איש, לעיל, הערה 190. אבל זה נוגע לשאלת תוקפה של התחייבות).

לכאורה, הדברים סותרים: בעניין חמור שמת, טען הריטב"א שמשיכת החמור הראשון יוצרת התחייבות

ה. לסיכום, לפי חלק מן הראשונים השכרת נכס בלתי מסוים שונה מהותית משכירות נכס מסוים: זוהי שכירות חוזית בלבד, ואין בה מרכיב קנייני[199] (זולת העובדה שהמשכיר משעבד את נכסיו להבטחת התחייבותו). לעומתם, יש מן הראשונים הסבורים, כך נראה, ששכירות סתם אינה שונה במהותה משכירות נכס מסוים, וגם היא מקנה לשוכר זכויות קניניות במושכר, אלא שהיקף הקניין רחב יותר והוא חל לא רק על נכס אחד אלא גם על חליפיו במידה שישנם כאלה ברשות המשכיר בשעת גמירת העסקה (אם לא היה ברשות המשכיר מושכר חלופי, הדבר נחשב כאילו התנו הצדדים שהשוכר יהיה פטור מתשלום דמי השכירות כליל, אם המשכיר לא יעמיד לרשותו מושכר חלופי).

אפשר להצביע על נפקויות אחדות בין שתי הגישות:

1. נקבע שבמושכר סתם המשכיר רשאי לפנות את השוכר מן המושכר ובלבד שיעמיד לרשותו מושכר חלופי בעל אותן תכונות[200]. יש להניח שהרמ"ה היה חולק על כך, שכן לדעתו לשוכר יש זכות קניינית במושכר שבידו, אף שמדובר בשכירות בלתי מסוימת[201].

2. יש המסבירים[202] שבשכירות בלתי מסוימת הקדשת המושכר על ידי המשכיר תופשת,

תקפה להעמיד חמור חלופי כאילו היה כאן קניין סודר, ואילו בעניין בית סתם שנפל הוא אומר, שאפילו היה קניין סודר, המשכיר אינו חייב להעמיד בית אחר, אם לא נתחייב לעשות כן במפורש.
הפתרון לסתירה זו נמצא אולי בהבחנה שהבחנו לעיל בתפישת מהות שכירות בלתי מסוימת בין מי שרואה בשכירות קניין בלבד ובין מי שרואה בשכירות לא רק קניין כי אם גם חיוב. אכן, בדברינו על סעיף 15, ליד ציון הערה 227, נציע לומר, שלדעת הריטב"א, שכירות בית ושכירות חמור, שהתלמוד דן בהן, הם דגם לשני סוגי הסכמי שכירות השונים זה מזה מהותית: שכירות חמור (שכירות מיטלטלין) היא שכירות חוזית, ואילו שכירות בית (שכירות מקרקעין) היא שכירות קניינית (כבר הערנו על כך לעיל, הערה 85). לפי זה, ולאור ניתוח דעת הראשונים בשאלת שכירות נכס בלתי מסוים, מובן שבשכירות חמור, שהיא שכירות חוזית — כלומר שכירות שבה המשכיר מתחייב להעמיד מושכר ראוי לרשות השוכר — השכרת מושכר סתם משמעה התחייבות להמשיך ולהעמיד מושכר ראוי, גם אם ייהרס המושכר המקורי. לדעת הריטב"א, התחייבות שכזו תקפה בתנאי שהיא מלווה בקניין סודר (או בתחליף לקניין סודר, כגון "האי הנאה"). לעומת זאת, מובן גם כן, שבשכירות בית, שהיא שכירות קניינית — שבה המשכיר מקנה לשוכר זכות חפצית במושכר — השכרת מושכר סתם משמעה הקניית מושכר חלופי, אם ייהרס המושכר המקורי. לכן אם יש למשכיר מושכר כזה, הקניין חל עליו (כדברי הרמ"ה לעיל). אולם אם אין ברשותו מושכר חלופי, אין כאן אלא קניין דברים בעלמא. ומכאן שאם ירצה השוכר להבטיח שירכוש המשכיר עבורו מושכר חלופי, עליו לדאוג שיקבל המשכיר על עצמו התחייבות מפורשת ומחייבת (קניין סודר), ורק לשון התחייבות מפורש יהיה בו כדי ליצור שעבוד נכסים להבטחת קיום התחייבות זו.

199 גישה זו היא הגישה שתוארה על ידי א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ"ב, ספר ראשון, עמ' 144. הוא מכנה סוג זה של שכירות "שכירות קבלנות". כלומר, "מעין קבלנות של המשכיר להעמיד לשוכר חפץ ידוע לתשמישיו" (והשווה גם מה שכתב א' גולאק בספרו, החיוב ושעבודיו, ירושלים תרצ"ט, עמ' 105, בעניין שכירות מושכר סתם). וכך נמצא גם אצל ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב תשל"ו, עמ' 406־407. על פי מה שראינו לעיל, הגדרה זו הולמת יותר את שיטת הרשב"א והרא"ש מאשר את שיטת הרמ"ה. מלומדים אלה התעלמו מהגישה של הרמ"ה, הרואה גם בשכירות סתם עסקה קניינית. בדרך אגב נעיר, שגולאק (שם, עמ' 145, הערה 10), קובע שבשאלת חובת ההחלפה דעת הרמב"ם כדעת הראב"ד. אולם ראה לעיל, הערות 179, 180, 188 שקביעה זו אינה מדויקת.

200 ראה דיוננו, להלן, סעיף 7, ליד ציון הערה 123. העיר על כך גם, ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב תשל"ו, עמ' 407, ליד ציון הערה 175.

201 השווה: ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז, שמדבריו נראה שהוא נוקט את גישת הרמ"ה. וראה דיוננו להלן, סעיף 7, הערה 126.

202 ראה: רמב"ן, חידושים המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, בקונטרס אחרון (מובא בשיטה מקובצת,

והשוכר חייב לעזוב את המושכר. הנימוק לכך הוא: "דכיון דמתחלה לא קנאו לזה, הקדישו השתא ודאי מוקדש". גם בזה, יש להניח שהרמ"ה היה חולק[203].

3. סוגיות נוספות, שבהן צריכה להיות לכאורה נפקות לתפישת מהותה של שכירות בלתי מסוימת, הן הסוגיות שמנינו לעיל[204], כגון: "קניין חצר", ירושת השכירות, זכות השוכר להשכיר, ועוד. אולם נודה שעד כה לא מצאנו מי שהתייחס לכך.

פרק שביעי

מועד העברת הקניין

מאימתי עוברת לידי השוכר זכותו הקניינית במושכר[205]? שלא כמו בחוק המכר, התשכ"ח־1968, בחוק השכירות אין הוראה העוסקת בשאלה זו[206]. למועד העברת הקניין עשויה להיות חשיבות בעניינים שונים. לרנר[207] מציין שניים מהם: "כל עוד זכות השוכר היא חיובית, היא עלולה להידחות מפני זכות מאוחרת לפי כללי ה'עסקאות הנוגדות', ואילו כאשר השכירות בשלב הקניין, המשכיר אינו יכול יותר לפגוע בה על ידי עסקה מאוחרת. כמו כן, עד לשלב הקנייני השוכר הוא נושה רגיל ומעמדו אינו שונה משל שאר נושיו הבלתי מובטחים של המשכיר, ואילו לאחר מכן... פשיטת רגל של המשכיר אינה פוגעת בקניינו של השוכר". במשפט העברי יש להוסיף, שלמועד הקניין חשיבות מכרעת לעניין הקביעה על מי מוטל הסיכון במקרה של מניעת השימוש במושכר, כפי שנרחיב על כך בדיוננו על סעיף 15.

סעיף 33 לחוק המכר קובע: "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות". מכאן שהעברת הבעלות איננה תלויה במסירת הממכר לקונה, שכן הצדדים יכולים להסכים על דרך אחרת להעברת הבעלות, או על מועד אחר להעברתה. לרנר[208] מסיק, שאם כך הדין במכר, ודאי שכך הוא גם בשכירות. כלומר, העברת הזכות החפצית שרוכש השוכר במושכר אינה תלויה בהכרח במסירתו לשוכר.

כתובות נט ע"ב, ד"ה הא לא דמיא, בשם הרמב"ן). וראה גם: לעיל, הערה 184; שו"ת הרשב"א, חלק שביעי, סימן שפא: "ואני פרשתי דהתם [בעניין בית מושכר שהוקדש על ידי המשכיר] במשכיר בית סתם ואחר כך נתן לו בית זה, דהשתא לא קנה בית זה ממש ולפיכך יכול המשכיר לאוסרו עליו", ראה לעיל, הערה 194. העיר על כך גם, ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב תשל"ו, עמ' 407, ליד ציון הערה 174. בעניין הקדשת המושכר, ראה דיוננו להלן, סעיף 21, הערה 54.

[203] אם כי צריך עיון בזה, שכן הר"ן, שכפי שראינו לעיל, הערה 188, נוקט את עמדת הרמ"ה, הבחין בעניין הקדשת המושכר בין מושכר זה ומושכר סתם. ראה דיוננו להלן, סעיף 21, הערה 54. ואולי, בעניין הגדרת מושכר סתם, לא הביא הר"ן אלא דעתם של אחרים (הרמ"ה) ואין זו דעתו שלו. ועדיין צריך עיון.

[204] ראה לעיל, ליד ציון הערה 40 ואילך.

[205] מובן שאין השאלה עולה אלא למי שסבור שלשוכר יש זכות קניינית כלשהי במושכר.

[206] על הוראת חוק המכר בעניין זה, ראה להלן. וראה לרנר, סעיף 29, המעיר בצדק: "סעיף 18 לחוק הקובע את תחילתה של השכירות במסירת המושכר, אינו מתייחס למועד העברת הקניין אלא משמש סעיף השלמה למקרה שהצדדים הסכימו על משך השכירות בלא לקבוע את מועד תחילתה".

[207] לרנר, סעיף 30.

[208] לרנר, שם.

יחד עם זאת, מאחר שבמרבית המקרים הצדדים אינם נותנים את דעתם לשאלה זו, תחול העברת הקניין בעת מסירת המושכר[209].

באופן עקרוני גם המשפט העברי מבחין בין שאלת המסירה לבין שאלת העברת הבעלות, ואין בהכרח קשר ביניהן. במכירת מקרקעין, לדוגמה, הבעלות במקרקעין עשויה לעבור לקונה כבר בשעת מתן המעות[210] או במעמד מסירת שטר המכר[211], אף שעדיין לא נטל הלה את החזקה במקרקעין[212]. הוא הדין כנראה בשכירות (ואפילו בשכירות מיטלטלין: זכותו הקניינית של השוכר עשויה לעבור לידיו לפני הנטילה הפיזית. כך הוא, לדוגמה, לפי אותן דעות שנראה להלן[213], ולפיהן, בשכירות מיטלטלין, להבדיל ממכירת מיטלטלין, "מעות קונות").

פרק שמיני

סיכום

א. מהותה של השכירות. אפשר להצביע בעניין זה על ארבע גישות:

1. קניין: לפי גישה זו, המקובלת על רוב הראשונים, יש לשוכר זכות קניינית לשימוש ולהחזקה במושכר לזמן מוגבל, כפי שעולה מן הכלל התלמודי "שכירות ליומיה — ממכר הוא". אופייה הקנייני של השכירות מתבטא בעניינים רבים, שלא נזכיר כאן אלא את חלקם: השכירות עוברת בירושה; מכירת המושכר על ידי המשכיר אינה פוגעת בזכויות המוקנות לשוכר (המכר אינו דוחה את השכירות); בתקופת השכירות, השוכר קונה באמצעות המושכר מכוח "קניין חצר" (כלומר, השוכר הוא שזוכה בנכסי הפקר המגיעים לתוך המושכר, ולא המשכיר). אף שהשוכר רוכש זכות קניינית במושכר, אין פירוש הדבר שהוא נושא בסיכון למניעת השימוש, ואין פירוש הדבר גם שבתקופת השכירות אין למשכיר כל חובה כלפיו. השכירות היא אמנם כמו מכר לזמן, אבל אינה כמכר לכל דבר. ההבדל בין שכירות למכר נובע בעיקר מן העובדה שהשוכר רכש רק את זכות השימוש וההחזקה במושכר, ואילו הבעלות על גוף המושכר נשארת של המשכיר. הבדל זה יש בו כדי להסביר מדוע, בנסיבות מסוימות של מניעת שימוש, בעיקר כאשר מניעת השימוש נובעת מפגיעה בגוף המושכר, שהוא רכושו של המשכיר, אין השוכר חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות[214]. הבדל זה עשוי גם להסביר מדוע השוכר זכאי לדרוש תיקון פגם שנוצר במושכר במהלך השכירות.

2. חוזה: לפי גישה זו, המקובלת על חלק מגדולי האחרונים, השכירות אינה אלא חיוב אישי של המשכיר כלפי השוכר לאפשר לו שימוש במושכר, ואין לשכירות כל יסוד קנייני ("שכירות לא קניא"), לבד מזאת שהמשכיר משעבד את המושכר להבטחת קיום התחייבותו.

[209] על מסירת המושכר, ראה דיוננו על סעיף 5.

[210] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק א, הלכות ג־ד.

[211] רמב"ם, שם, הלכה ז.

[212] כמובן, גם המסירה יכולה לשמש מעשה קניין להעברת בעלות. כך, לדוגמה, מקרקעין נקנים גם בחזקה (רמב"ם, שם, הלכה ח) ומיטלטלין נקנים במשיכה או בהגבהה (רמב"ם, שם, פרק ג).

[213] להלן, ליד ציון הערה 224.

[214] אם כי שאלה זו שנויה במחלוקת, כפי שנרחיב על כך בדיוננו על סעיף 15.

כלומר, לשוכר אין זכויות חפציות במושכר אלא רק תביעה אישית כלפי המשכיר שיעמוד בהתחייבויות הנגזרות מן ההסכם ביניהם. יש לציין, שאמנם ברוב ענייני השכירות, בעלי גישה זו מגיעים, או עשויים להגיע, לתוצאות המשפטיות שבעלי הגישה הקניינית מגיעים אליהן. עם זאת, הבדל התפישה ביניהם נותן את אותותיו בנושאים אחדים, כגון בסוגיית "קניין חצר": לפי בעלי הגישה החוזית, גם בתקופת השכירות המשכיר הוא הזוכה בנכסי הפקר המגיעים לתוך המושכר; ואילו לפי בעלי הגישה הקניינית, השוכר זוכה בהם.

3. קניין או חוזה: בין בעלי הגישה הקניינית, יש הסוברים, בניגוד לעמדה שהובאה לעיל, שמאחר שהשוכר הוא בעל זכות קניינית במושכר, הרי שעליו לשאת בכל הסיכונים למניעת השימוש במושכר[215] (חוץ ממניעת השימוש שאירעה בנסיבות של "מכת מדינה"). אולם בעלי גישה קניינית נוקשה זו נתקלים בבעיות קשות לנוכח סוגיות אחדות בתלמוד הסותרות את תפישתם. לדוגמה, בתלמוד[216] נקבע במפורש, שמיתת חמור שנשכר באמצע הדרך גוררת אחריה פטור מתשלום דמי שכירות החמור, והלוא לפי תפישתם לא היה מקום לפטור את השוכר מתשלום. לכן הם נאלצים לומר, שבצד השכירות הקניינית, קיימת גם שכירות מסוג אחר, ועליה לא חל העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא", והיא כולה בעלת אופי חוזי[217]. במילים אחרות, לדידם, המשפט העברי מכיר בשני סוגים שונים של שכירות: שכירות קניינית ושכירות חוזית (אם כי קנה המידה להבחין ביניהם אינו ברור וחד משמעי).

4. קניין וחוזה: לפי גישה זו, יש בשכירות יסוד קנייני, ובו בזמן יש בה גם יסוד חוזי. היסוד הקנייני מעניק לשוכר זכויות חפציות במושכר (עם ההשלכות הנובעות מכך, כגון "קניין חצר"), ואילו היסוד החוזי מטיל על המשכיר חיובים אישיים שונים, כלפי השוכר, הבאים להבטיח לו הנאה מרבית מהנכס שרכש (כגון האיסור להפריע לשימושו והחובה לתקן פגמים במושכר).

ב. "השוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן"[218]. מהגדרה זו של הרמב"ם עולים שלושת היסודות העיקריים של השכירות: זכויות השוכר במושכר; זמן השכירות; תשלום דמי שכירות. להלן נצביע על היבטים מסוימים של יסודות אלה הנוגעים להגדרת מהותה של השכירות כזכות חוזית או כזכות קניינית:

1. היקף זכויות השוכר. זכותו העיקרית של השוכר היא זכות השימוש במושכר. ואולם זכות זו אינה חייבת להיות מוקנית לו באופן בלעדי, והוא עשוי להיות שותף בה עם אחר. האם זכות השימוש חייבת להיות קשורה בזכות בגוף המושכר ("קניין הגוף לפרותיו")? או שמא השכירות יכולה להיות גם של זכות שימוש גרידא (אף ששימוש גרידא הוא "דבר שאין בו ממש", וכלל ידוע הוא ש"אין אדם מקנה... אלא דבר שיש בו ממש")? נראה ששאלה זו שנויה במחלוקת בין בעלי הגישה הקניינית ובין בעלי הגישה החוזית. הרמב"ם, הרואה בשכירות זכות קניינית, כותב[219] בפירוש: "המקנה לחבירו דירת בית זה או אכילת פירות דקל זה, לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו". לעומת זאת, בעלי

[215] על שיטה זו, ראה דיוננו להלן, סעיף 15, בהשלמות, פרק חמישי, א(2), עמ' 330.

[216] בבא מציעא עט ע"א.

[217] בעניין זה ראה בהרחבה, דיוננו על סעיף 15, ניתוח גישת הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א, ליד ציון הערה 226 ואילך.

[218] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה.

[219] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה יד.

הגישה החוזית אינם רואים קושי להכיר בתוקפה של עסקה שבה מתחייב המשכיר לתת לשוכר זכות שימוש במושכר גרידא, שכן השכירות אינה קניין, אלא התחייבות, והלוא התחייבות תקפה גם כאשר נושא ההתחייבות הוא דבר שאין בו ממש (עם זאת, בדיוננו על סעיף 2, נראה שגם בעלי הגישה הקניינית עשויים להכיר למעשה בתוקפה של השכירות לשימוש גרידא מכוח המנהג או מכוח "דינא דמלכותא").

2. זמן השכירות. אין מניעה עקרונית שתהיה השכירות לתקופה ארוכה או אפילו לצמיתות, ובלבד שהמשכיר אינו מקנה לשוכר את גוף הנכס אלא לעניין השימוש בו. כלומר, הוא שומר לעצמו זכויות בעלות בנכס המושכר. אורך תקופת השכירות (קצרה או ארוכה) אינו משנה את מהותה. לעומת זאת, שכירות שהצדדים לא קבעו מראש את מועד סיומה (כלומר שהצדדים הסכימו שתהיה מוגבלת בזמן, אבל לא קצבו את מועד סיומה מראש), יש דעות ולפיהן מאחר שמעיקר הדין אפשר לסיים שכירות מעין זו בכל רגע, היא אינה נושאת אופי קנייני אלא חוזי.

3. דמי השכירות. בתלמוד נקבעו שני כללים בעניין דמי השכירות. הכלל האחד הוא "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף". כלומר, חובו של השוכר הולך ומתגבש יחד עם התקדמות תקופת השכירות. הכלל האחר הוא, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף". כלומר, מועד תשלום דמי השכירות הוא בסוף התקופה. מהלכות אלה הסיקו מקצת מן האחרונים, שאין לשוכר זכות קניינית במושכר, שאם לא כן השוכר היה חייב לשלם את מלוא דמי השכירות מיד בתחילת השכירות, דוגמת הקונה בעסקת מכר. ראינו שאין הכרח להגיע למסקנה זו, וכללים אלה מתיישבים היטב גם עם הגישה הרואה בשכירות זכות קניינית.

ג. שכירות נכס בלתי מסוים. המשפט העברי מבחין בין שני סוגים של הסכמי שכירות: הסכם שכירות שבו המושכר מסוים ומזוהה, כגון "בית זה אני משכיר לך"; הסכם שכירות שבו המושכר אינו מסוים ואינו מזוהה, כגון "בית אני משכיר לך". ההבדל בין שני סוגי הסכמי השכירות מתבטא בעניינים שונים, שהבולט בהם הוא חובות המשכיר כלפי השוכר באובדן המושכר: בשכירות בלתי מסוימת, מאחר שהשכירות אינה מתייחסת לנכס מסוים, אלא לסוג של נכס, המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. לעומת זאת, בשכירות מסוימת, מאחר שהשכירות מתייחסת לנכס מסוים, הרי שבאובדן אותו נכס מסתיימת השכירות, והמשכיר אינו חייב להעמיד לרשותו מושכר חלופי.

לפי חלק מן הראשונים, שכירות נכס בלתי מסוים שונה במהותה משכירות נכס מסוים: אופייה הוא חוזי בלבד (המשכיר מתחייב במידת הצורך להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי), ואין בה מרכיב קנייני (לבד מזאת שהמשכיר משעבד את נכסיו להבטחת קיום התחייבותו). לעומתם, נראה כי יש מן הראשונים הסבורים ששכירות נכס בלתי מסוים אינה שונה במהותה משכירות נכס מסוים: גם שכירות זו מקנה לשוכר זכויות קנייניות במושכר, אלא שהיקף הקניין רחב יותר, והוא חל לא רק על נכס אחד, אלא גם על חליפיו, אם יש חליפין ברשות המשכיר בשעת גמירת העסקה.

ד. מדברינו עולה, שהגדרת השכירות בסעיף 1 נוסחה באופן המתאים להגדרתה על פי המשפט העברי.

נספח

דרכי קניין השכירות – "שהוקנתה"

א. מעשה הקניין

א. התלמוד[220] קובע: "וכשם שהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה, כך שכירות נקנית בכסף בשטר ובחזקה". הרמב"ם[221] חוזר על לשון הגמרא בשינוי קל: "כך שכירות הקרקע נקנה בכסף לבדו או בשטר לבדו או בחזקה, ואין אחד מהן יכול לחזור בו". וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך[222]: "בדברים שהקרקע נקנה בהם, שכירות ושאלת קרקע נקנין".

במכר מיטלטלין תיקנו חכמים[223] ש"מעות אינן קונות", כלומר, מתן כסף מן הקונה אל המוכר אין די בו כדי להעביר את הבעלות בממכר אל הקונה. נימוק התקנה הוא, שעדיף שהסיכון לאבדן הממכר לא יעבור מיד לקונה, שאם כן המוכר כבר לא יתאמץ להציל את הממכר אף שזה נמצא עדיין ברשותו. לעומת זאת, יש הטוענים[224] שבשכירות לא ניתקנה תקנה זאת, משום שכאן המושכר נותר בבעלותו של המשכיר, והוא בוודאי ידאג לשלמותו.

לכאורה, אופן נוסף של קניין שכירות הוא "קניין סודר", אולם יש מי שחולק בזה לפחות במה שנוגע לשכירות מקרקעין. וכך אומר השולחן ערוך[225]: "ויש אומרים שאינם נקנים בקנין

[220] בבא קמא עט ע"א; בבא מציעא צט ע"א.

[221] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק א, הלכה יח.

[222] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצה, סעיף ט. וראה לעיל, ליד ציון הערה 40. לשאלה אם שימוש במקרקעין יכול לשמש מעשה קניין, ראה: נתיבות המשפט, סימן קצב, ס"ק ו. וראה לעיל, הערה 35. והשווה להלן, הערה 229, לעניין שימוש במיטלטלין כמעשה קניין.

[223] ראה: בבא מציעא מז ע"ב. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קצח, סעיף א.

[224] ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא צט ע"ב, ד"ה שכירות; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה שכירות מאי עבידתיה; חידושי הר"ן, בבא מציעא מט ע"ב, ד"ה כגון; שם עח ע"ב, ד"ה מתניתין (מובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק רביעי (כט ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה מושכרת למוכר); רבנו ירוחם בשם הרמב"ן (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שז, ס"ק ז); וכן נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קצח, סעיף ו, בשם יש אומרים. וראה שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רמו, שהסתמך על שיטה זו להלכה. והשווה: מחנה אפרים, הלכות מכירה, קנין מעות, סימן י; פתחי תשובה, חו"מ, סימן קצח, ס"ק ח; סמ"ע (מובא לעיל, הערה 17); חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו, ס"ק ב, ד"ה ובנ"י.
וראה: חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א. הוא מקשה על נימוקם של המכירים בתוקפו של קניין מעות בשכירות מיטלטלין, מדוע לא נימקו שאם יישרף המושכר, ייפטר השוכר מתשלום דמי השכירות, וממילא אין צורך בתקנה (שלא כמו במכר, שאם נשרף הממכר, הקונה חייב בכל זאת לשלם את חובו). וראה: שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק א, סימן מ; גידולי שמואל (לר' שמואל גדליה ניימן), בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אמר רבה, מה שהציעו לתרץ. וראה: אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא, חלק ג, עמ' תרסח, הערות 13-14. הראב"ד חולק על שיטה זו, המכירה בתוקפו של קניין מעות. כך אפשר להסיק מפירושו למשנת "השוכר את החמור", בבא מציעא עח ע"א (מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך), כך העיר רבי עקיבא איגר, שם (וראה לעיל, הערה 168). וראה: אוצר מפרשי התלמוד, הערה 12, רשימה של ראשונים נוספים שחלקו על זה. וראה: שו"ת בית מאיר (פוזנר), סימן ו, עמ' לז. וראה גם: ש' בעלקין, "קנין של שכירות", אידנו (תש"ב) 39.

[225] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצה, סעיף ט.

סודר". ה"יש אומרים" הוא התוספות[226]. התוספות[227] מנמק מדוע לדעתו השכירות אינה נקנית בסודר: "דכל דבר החוזר לבעלים, כגון מתנה על מנת להחזיר אי נמי שאלה או שכירות, בכולם לא מיקנו בחליפין, משום דהוה כמו טובת הנאה, דאמרינן (בבא מציעא יא ע"ב) דאינה ממונא לקנות בחליפין". על פי זה מעיר "נתיבות המשפט"[228], שמיטלטלין שהשימוש בהם מפחית את ערכם עקב הבלאי, וכן קרקע המושכרת לשם כריית בורות, וכדומה, נקנים בסודר לכולי עלמא.

נעיר, שייתכן אולי גם קניין על ידי שימוש בלא נטילת החזקה במושכר, אם כי הדבר אינו נקי מספקות[229].

ב. עד כה ראינו שהסכם שכירות שנגמר במעשה קניין בר תוקף, יש בו כדי להעביר לשוכר את זכות השימוש והחזקה במושכר. בדברים שלפנינו אנו מבקשים לבחון מה יהיה הדין כאשר הסכם השכירות שבין המשכיר והשוכר לא נגמר במעשה קניין בר תוקף. לדוגמה, נחתם שטר לשכירת דירה שעדיין לא נבנתה או שהמשכיר עדיין לא רכש אותה. על פי עקרונות דיני המכר, העסקה אינה תקפה, שכן אין אדם מקנה דבר שאינו בעולם ולא דבר שאינו ברשותו[230]. אולם נשאלת השאלה, האם החתימה על שטר השכירות אינה יוצרת חובה מצד המשכיר לרכוש את הדירה או לבנותה כדי לעמוד בהסכם?

עמדת החוק בשאלה זו גם היא אינה פשוטה: סעיף 1 מגדיר את השכירות כזכות שהוקנתה בתמורה, להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות. האם נשוא עסקת השכירות יכול להיות גם נכס שאינו קיים או שאינו ברשותו של המשכיר בשעת ההסכם (מכאן ואילך: נכס עתידי)? בשאלה עקרונית זו דן א' זמיר[231] בהקשר לחוק המכר. לדעתו יש להבחין בין הסכם למכירת נכסים עתידיים לבין הסכם שבו המוכר מתיימר לעשות עסקה ריאלית בנכס שלאמיתו של דבר אינו אלא נכס עתידי.

החוק מכיר בתוקפו של הסכם מכר שנשוא המכר בו הוא נכס עתידי[232], כלומר שהמוכר והקונה מודעים לכך שעדיין הנכס אינו קיים ואף על פי כן הם כורתים הסכם מכר ביחס אליו. כאן צריך להבהיר שהחוק מודה שאין אדם יכול להעביר את מה שאין לו, אפילו ירצו בכך

[226] תוספות, בבא מציעא יא ע"ב, ד"ה מקומו; קידושין כו ע"א, ד"ה ומקומו; ערכין כט ע"ב, ד"ה ולא ידענא. וראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רפח, שטוען שאפשר להסתמך על דעת התוספות כטענת "קים לי". והשווה: רא"ש, בבא מציעא, פרק א, סימן לא, לפי הסברו של דרישה, חו"מ, סימן קצה, ס"ק יד, לעניין ההבחנה בין שכירות ושאילה. והשווה: ב"ח, שם, ס"ק יד; ט"ז, חו"מ, סימן קצה, סעיף ט; קצות החושן, סימן רב, ס"ק א (ואולם השווה לדבריו, סימן קצה, ס"ק ח). וראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך "חליפין", כרך טו, עמ' תקצט.

[227] ערכין כט ע"ב, ד"ה ולא ידענא.

[228] נתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק ד. ועיין: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קצה, הגהות בית יוסף, ס"ק כז, כח.

[229] מתוך היקש למה שפסק בשאילה: דברי משפט, סימן שמ, סעיף ד, ס"ק ו (בדבריו הוא מסתמך על נתיבות המשפט, סימן שמ, ס"ק ח, אף כי "נתיבות המשפט" אינו עוסק בשאלת הקניין אלא בשאלת האחריות של השואל באונסין). כנגד "דברי משפט", ראה: ערך ש"י, חו"מ, סימן שמ, סעיף ד. אולם ראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמ, סעיף יז; טבעת החושן, סימן שמ, ד"ה עיין נתיבות המשפט ס"ק ח; שמהם עולה שהשימוש בחפץ יכול לשמש כמעשה קניין גם בלא נטילת חזקה. והשווה לעיל, הערה 222. והשווה עוד: אמרי בינה, חו"מ, חלק ב, קונטרס הקניינים, סימן ג.

[230] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה א והלכה ה.

[231] זמיר, מכר, סעיפים 86-94.

[232] זמיר, מכר, סעיפים 86-88.

המעביר והמקבל. אשר על כן, משמעות הסכם מכר זה היא שירכוש הקונה את הבעלות בנכס העתידי מרגע שהנכס קיים וברשותו של המוכר, ולא לפני כן[233]. במקרה זה אין ספק שהמוכר חייב לרכוש את הנכס נשוא העסקה, שכן זאת הייתה משמעות ההסכם בינו לבין הקונה.

לעומת זאת, במוכר המתיימר לעשות עסקה ריאלית בנכס שאינו ברשותו, העניין שונה. המוכר התיימר למכור את מה שאין לו, וצריך לקבוע לכאורה את כישלון העסקה עם התוצאות החוזיות, הנזקיות או אפילו הפליליות, העשויות לנבוע מכך[234]. יחד עם זאת, נטייתו של זמיר היא לומר, שיש לראות חוזה המתיימר להיות מכר ריאלי ומתייחס לנכסים עתידיים כהתחייבות למכור[235]. הוא מוסיף, שאם פעל המוכר בתום לב, כגון שחשב בטעות שהנכס שלו, "עצם 'הנסיון' להעביר בעלות בנכס עתידי אינו צריך לפגום בתוקף העסקה, אם ניתן לראותה כהתחייבות להעביר". כלומר, הקונה לא יוכל להסתמך על כללי טעות והטעיה[236], ולא תהיה לו עילה לביטול ההסכם.

יש להניח שהעקרונות האלה, האמורים ביחס למכר, נכונים גם ביחס לשכירות.

מהי עמדת המשפט העברי בשאלה זו? לעיל ראינו שיש שתי תפישות יסוד בקשר למהות השכירות: הגישה הקניינית והגישה החוזית. נתחיל את הדיון בשאלה שהצגנו אליבא דהגישה הקניינית.

לכאורה, עמדת המשפט העברי פשוטה, שכן כללו חכמים כללים גדולים בדיני מכר: "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"[237]; ו"אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו"[238]. אולם בתלמוד[239] מובא: "אמר ליה: 'ארעא ודקלי', חזינן: אי אית ליה דיקלי, יהיב ליה תרי דיקלי. ואי לית ליה, זבין ליה תרי דיקלי [=אמר לו: 'קרקע ודקלים (אני מוכר לך)', רואים: אם יש לו דקלים, נותן לו שני דקלים (מיעוט רבים — שניים); ואם אין לו, קונה עבורו שני דקלים]". מכאן היה אפשר להסיק, שגם על פי המשפט העברי מוטל על המוכר נכס שאינו ברשותו לרוכשו עבור הקונה.

ואמנם מקצת מן הראשונים[240], ובראשם רב נסים גאון ובעל ה"עיטור", סבורים שעל המוכר מוטלת חובה משפטית לרכוש את הנכס כדי להשלים את העסקה. הם מבחינים בין דבר שאינו בא לעולם, שאותו אי־אפשר להקנות, שכן לעסקה אין כלל על מה לחול, לבין נכס קיים שהמוכר יכול לרכוש אותו. במקרה האחרון חל הקניין אף שהנכס לא היה ברשותו בשעת המכר, ופירוש הדבר שהצדדים אינם רשאים לחזור בהם.

[233] זמיר, מכר, סעיף 89.

[234] זמיר, מכר, סעיף 92.

[235] הוא מפנה בעניין זה לסעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, הקובע: "עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".

[236] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיפים 14־15.

[237] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה א; נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רט, סעיף ד.

[238] רמב"ם, שם, הלכה ה; נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן ריא, סעיף א.

[239] בבא בתרא סט ע"ב. לדיון בסוגיה זו, ראה: ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 413.

[240] רב נסים גאון, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא מז ע"ב, ד"ה אמנם רבינו ניסים ז"ל (תשובה זו של רב נסים גאון מובאת גם במרדכי לבבא בתרא, פרק המוכר את הבית, סימן תקס); עיטור, מכירת קרקעות (מובאים גם: במגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כד, הלכה יג; בטור, חו"מ, סימן רט, סעיף ו; בבית יוסף, טור, חו"מ, סימן ריא, ס"ק ה; ובשיטה מקובצת לבבא בתרא סט ע"ב, ד"ה הא דאמרינן).

אולם להלכה התקבלה דעת רוב הראשונים[241], שהסיקו מן הסוגיה מסקנה אחרת. לדעתם, מאחר שהעיקרון הוא שאין אדם יכול להקנות דבר שאינו ברשותו, יש לפרש את הסוגיה בצורה אחרת: או שכוונת הסוגיה שהמוכר מחויב מבחינה מוסרית לקנות דקלים עבור הקונה כדי שלא יהיה מחוסר אמנה; או שכוונתה שאם יסכים המוכר לרכוש את הדקלים, לא יוכל הקונה לטעון לביטול העסקה, אף שבעת ביצוע ההסכם הם לא היו ברשות המוכר. על כל פנים, חיוב משפטי אין כאן. נמצא ששכירת נכס עתידי אין לה תוקף משפטי, לפחות לא מצדו של המשכיר[242].

אולם חשוב לציין, שאם המנהג הוא להקנות דבר שלא בא לעולם, הקניין מועיל ומחייב[243]. לדוגמה, הרא"ש[244] עוסק באחת מתשובותיו בחוזה חכירה שבו החכיר הקהל את הזכות לגביית מסים[245]. הועלתה טענה כנגד בעל הזיכיון שזכות זו היא דבר שלא בא לעולם, ועל כן ההסכם אינו תקף. אומר הרא"ש: "בזה אני מודה לדבריהם, דמדין תורה אין קנין נתפס בחכירות, דאפילו חוב גמור אין אדם יכול להקנות חובו לחבירו אפילו בקנין, דמלוה להוצאה ניתנה, ואין דבר שיחול עליו הקנין... וכל שכן חכירות אלמעונה דשנה [תערובת של מסים ישירים ועקיפים (בעיקר מן הבשר והיין)], הוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו. אלא שאני רואה מנהג הארץ כל היום חוכרים זה מזה ואין בזה חזרה... וכיון שנהגו כן, הוי קנין דאין בו חזרה". במקרה זה, יש להניח שכשיבוא הנכס לעולם או שיגיע לרשות המשכיר, לא תידרש עוד פעולת קניין, אלא תעבור זכות השכירות אוטומטית לשוכר. וכפי

[241] ראה: רי"ף, בבא בתרא, פרק רביעי (לו ע"ב בדפי הרי"ף. על הגרסאות בדברי הרי"ף, ראה: ורהפטיג (לעיל, הערה 1), עמ' 412, הערה 151); ר"י מגאש, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא מז ע"ב, ד"ה וה"ר יהוסף הלוי ן' מגאש; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כד, הלכה יג; רשב"ם, בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה זבין ליה תרי דקלי; ר"ש משאנץ, בפירושו למשנה, תרומות ו, ג (הוא מוכיח זאת מסוגיית בבא מציעא טז ע"א, הדנה בגזלן מקרקעין שמכר קרקע שאינה שלו ולאחר מכן ירש אותה מן הנגזל. נפסק שהוא אינו חייב להעמיד לקונה את הקרקע, אף שכעת היא ברשותו. הר"ש משאנץ מסיים: "ושמא יש לחלק בין מטלטלי למקרקעי?". סתם ולא פירש); רשב"א, מובא בשיטה מקובצת לבבא בתרא סט ע"ב, ד"ה הא דאמרינן; ר"ן, מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה והר"ן ז"ל כתב; רא"ש, בבא בתרא, פרק ד, סימן יב; נימוקי יוסף, בבא בתרא, פרק רביעי (לו ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה ארעא ודיקלא; תרומת הדשן, תשובות, סימן שכ; וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רטז, סעיף ה. וראה עוד: נתיבות המשפט, סימן רט, ס"ק ז: "... שכבר פסקו הבית יוסף והרמ"א דלא כהעיטור, וכן בסימן רטז גבי דקלים סתם, דאינו מחוייב לקנות לו דקלים".

[242] זאת גם המסקנה שהגיע אליה ערוך השולחן, חו"מ, סימן שטו, סעיף ה: "המשכיר חמור או בית ואין לו חמור ובית כלל, דהוי דבר שלא בא לעולם, יש להסתפק אם יכול להשכיר אם לאו... נראה לדינא דכשם שאינו במכר כמו כן אינו בשכירות". אולם, יש לציין, שמדברי "ערוך השולחן" עולה שכך צריך להיות הדין גם אם רואים בשכירות התחייבות ולא קניין. לדידו, משמעות הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא", היא שעל השכירות מוטלות אותן המגבלות המוטלות על מכר, וכשם שאי־אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אי־אפשר להשכיר דבר שלא בא לעולם, בלי קשר לשאלת מהות השכירות. להלן, ליד ציון הערה 247, נראה שאין זו דעת "נתיבות המשפט".

[243] לרשימת מקורות ארוכה בעניין זה, ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק שישי, סעיף כא, שם מובא שיש גם מי שחולק. וראה עוד שם, קונטרס אחרון, סימן א.

[244] שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן כ.

[245] על מנהג זה בספרד בימי הביניים, ראה: י' בער, תולדות היהודים בספרד הנוצרית, תל־אביב 1987, עמ' 183.

שנראה להלן[246], תהיה למשכיר חובת מסירה, כלומר החובה להעמיד את המושכר במצב ראוי לשימוש לרשות השוכר.

עד כאן הגישה הקניינית, ועתה נעבור לגישה החוזית. לפי גישה זו כל שכירות היא התחייבות, ומשום כך אינה סובלת מהמגבלות שמטיל המשפט העברי על עסקה ריאלית. ואכן, אומר "נתיבות המשפט"[247]: "נסתפקתי במשכיר חמור זה ולא היה ברשותו, אם חייב להשכירו כשבא לידו[248]. דהא [=שהרי] במוכר דבר שלא בא לעולם אין חילוק בין בשדה זו לשדה סתם, דבשניהם לא קנה. ובלשון חיוב, בשניהם מועיל, כמבואר בסימן ס, סעיף ו. ובמשכיר מועיל בחמור סתם ובבית סתם, אפילו כשלא היה ברשותו. ולהכי, בחמור זה, אפשר דגם כן מועיל אפילו לא היה ברשותו באותו פעם כשהשכירו. ועוד, דהא כל שוכר פירות שדה, דבר שלא בא לעולם הוא, ואפילו הכי קנה. וצריך עיון".

ב. התחייבות להשכיר

כאמור, להוציא מי שרואה את מהות השכירות כחיוב אישי, השכרת נכס שאינו בעולם או שאינו ברשותו של המשכיר היא בעייתית. נשאלת השאלה, האם מי שרואה את השכירות כקניין מכיר בתוקפו של חוזה שכירות, כלומר בתוקפה של התחייבות להשכיר? שאלה זו מכניסה אותנו לסוגיית תוקפו של החוזה במשפט העברי, שהיא מסובכת ומורכבת וחורגת ממסגרת דיוננו כאן. על כן נסתפק בהבאת הערות אחדות מתוך ספרות הפוסקים, המתייחסות ישירות לעסקת השכירות.

על פי מה שראינו לעיל[249], כשעסקנו במהותה של שכירות מושכר בלתי מסוים, נראה שדעת הרמ"ה[250] היא הדעה הקיצונית ביותר, השוללת תוקפה של התחייבות כשאינה מתייחסת לנכס קיים העומד ברשותו של המתחייב. הוא אומר: "דאף על גב דקנו מיניה שישכור לו או לבנות לו, לא היה בעולם ולא חל עליו הקנין". לעומתו, הרבה מן הראשונים סבורים, וכך נתקבל להלכה אצל הפוסקים[251], שאדם יכול לחייב עצמו חיוב אישי אפילו בדבר שאינו בעולם או

[246] להלן, בדיוננו על סעיף 5.

[247] נתיבות המשפט, סימן שטו, סעיף א. להסבר דברי "נתיבות המשפט", ראה: טבעת החושן, סימן שטו. לעיל, הערה 242, הערנו ש"ערוך השולחן" חולק על "נתיבות המשפט", ולדידו, גם אם מתייחסים לשכירות כאל התחייבות, תקנת חכמים היא להחיל על התחייבות זו את כללי המכר.
יש לציין, שלכאורה דברי "נתיבות המשפט" סותרים את דברי עצמו בסימן קצב, ס"ק ו (בסופו): "מכל מקום בשעת שכירות בעינן שיהיה לו, כיון דחל השעבוד על זה חל גם כן על גופו להעמיד לו, משאין [=מה שאין] כן כשאין לו כלל". לדעת הרב א' מילר אין כאן סתירה, משום שבסימן קצב, "נתיבות המשפט" עוסק ביצירת שעבוד על ידי שימוש, ועל זה הוא אומר, שכדי ליצור שעבוד על ידי שימוש, החפץ מוכרח להיות בעולם (שימוש בחפץ אחר אינו מועיל לעניין זה). ואילו כאן, "נתיבות המשפט" עוסק במעשי קניין שאינם שימוש, ובאלה ההתחייבות תופשת, גם אם החפץ אינו בעולם.

[248] ההדגשה "שבא לידו", היא כנראה משום שלדעת "נתיבות המשפט", המשכיר יכול לחזור בו כל עוד הנכס לא בא לידו. ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד, המפנה לדבריו בסימן ס, ס"ק י. והשווה לעיל, הערה 188.

[249] לעיל, פרק שישי, עמ' 34.

[250] ראה לעיל, הערה 185. אם כי ראה לעיל, הערה 190, דברי ה"חזון איש" בדעת הרמ"ה.

[251] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ו. וראה גם: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן כב. וראה אוסף מקורות בעניין תוקפה של התחייבות למכור: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ל, סעיפים ה־ו, ומקורות וביאורים, שם; פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ג, הערה יד.

שאינו ברשותו[252], ולהבטחת קיום התחייבותו הוא משעבד את נכסיו. כך עולה לדוגמה מדברי הראב"ד[253]. הוא שאל ביחס לשכירות חמור בלתי מסוים, שנפסק שאם מת החמור, חייב להעמיד לו חמור אחר: "במה נתחייב להעמיד לו חמור?". ותשובתו: "לא משכחנא ביה חיובא אלא בקנין". מכאן שאם נעשתה ההתחייבות במעשה קניין, היא מקבלת תוקף מחייב, ובניגוד לדעת הרמ"ה, אין זה חשוב אם מושא ההתחייבות היה בעולם או לא היה. זוהי גם דעתם של הרמב"ן[254], הרשב"א[255], הרא"ש[256] והריטב"א[257], אם כי נראה שיש ביניהם חילוקי דעות איזה מעשה קניין די בו כדי ליצור התחייבות בת תוקף.

במקרה של התחייבות להשכיר, לא תעבור הזכות הקניינית במושכר לשוכר אלא לאחר שיעשו המשכיר והשוכר מעשה קניין נוסף לשם כך. וכל זמן שלא נעשה מעשה קניין אין לשוכר אלא תביעה אובליגטורית כלפי המשכיר (שלטובתה משועבדים נכסי המשכיר). במקרה זה, כולי עלמא יסכימו שבאובדן המושכר תם הסכם השכירות, ובלבד שהדבר לא אירע בפשיעת המשכיר; וכן יסכימו שהסיכון לאבדן זה רובץ על המשכיר.

[252] בעניין זה ראה בהרחבה: ורהפטיג (לעיל, הערה 1); ליפשיץ (שם).
[253] ראה לעיל, הערה 166.
[254] ראה לעיל, הערה 172 והערה 174.
[255] ראה לעיל, הערה 180.
[256] ראה לעיל, הערה 181.
[257] ראה לעיל, הערה 198.

סעיף 2

תחולה

תחולה

2. (א) הוראות פרק זה יחולו על שכירות של מקרקעין ושל מיטלטלין, ובשינויים המחוייבים — גם על שכירות של זכויות.

(ב) הוראות פרק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על שכירות־משנה.

(ג) הוראות פרק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 61

פרק שני: שכירות זכויות — "גם על שכירות זכויות" 62

א. מקור תוקפה 62

ב. אופייה המשפטי 64

פרק שלישי: שכירות משנה — "גם על שכירות־משנה" 66

פרק רביעי: עדיפות ההסכם על פני החוק — "באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם" 66

פרק חמישי: סיכום 67

מבוא

הסעיף שלפנינו מבהיר, שהוראות החוק חלות על כל סוגי הנכסים (כולל זכויות, אף שבניגוד להגדרת השכירות שבסעיף 1, אי־אפשר ליטול בהן חזקה), ועל כל הסכמי השכירות (כולל שכירות משנה, שבה אין למשכיר זכויות בעלות במושכר, אלא רק זכויות של שוכר). עוד מוסיף הסעיף, שהחוק אינו חל אלא כשלא היה הסכם מפורש בין הצדדים בעניין הנדון. נפרט את שלושת מרכיבי הסעיף, אחד לאחד:

1. שלא כמשפט המקובל האנגלי, החוק שלפנינו אינו מבחין בעיקרון בין שכירות מקרקעין לשכירות מיטלטלין. על שני סוגי הנכסים הוא מחיל את אותן ההוראות, לבד מחריגים בודדים[1]. כך נהג כבר המשפט העברי, וכך נוהג גם המשפט הקונטיננטלי.

הסעיף שלפנינו, מחיל את הוראות חוק השכירות גם על שכירות זכויות, כלומר גם על נכסים לא מוחשיים, כגון זיכיונות, זכויות יוצרים, פטנטים וכדומה. בשכירות זכויות, לא ניתן לקיים את יסוד החזקה, שהוא חלק מהגדרת השכירות על פי סעיף 1, לכן נאמר, שהחוק יחול "בשינויים המחוייבים"[2]. על פי המשפט העברי, שכירות זכות אינה אפשרית לכאורה, שכן כלל גדול הוא, ש"אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש"[3]. להלן נראה, שעל אף הכלל האמור, המשפט העברי מכיר למעשה באפשרות של שכירות זכויות.

2. שכירות משנה אפשרית בגבולות שנקבעו בסעיף 22 לחוק, אולם אותו סעיף אינו עוסק בהסדרת היחסים המשפטיים בין שוכר המשנה לבין המשכיר שלו, הלוא הוא השוכר הראשי. לדוגמה, האם חלה על השוכר הראשי חובת תיקון המושכר שבידי שוכר המשנה, כשם שהיא חלה על כל משכיר על פי סעיף 7 לחוק? בשאלה זו דן הסעיף שלפנינו, והוא קובע שהוראות חוק השכירות אכן חלות גם על שכירות משנה.

3. עד כה ראינו שהסעיף שלפנינו מרחיב את תחולת חוק השכירות, ומחיל את הוראותיו, הן על כל סוגי הנכסים (כולל זכויות) והן על כל סוגי השכירויות (כולל שכירות משנה). לעומתו, סעיף קטן (ג) לסעיף מצמצם את תחולת החוק, כשהוא קובע, שהוראותיו אינן אלא הוראות דיספוזיטיביות, היינו הוראות שיחולו באין הסכמה אחרת בין הצדדים. הצדדים להסכם השכירות רשאים אפוא להתנות ביניהם הסדרים שונים מאלה הקבועים בחוק. הם יכולים להסכים לדוגמה, בניגוד לאמור בסעיף 7, שחובת תיקון המושכר תחול על השוכר ולא על המשכיר.

בדיון שלפנינו, נעסוק בשלושת הנושאים שדן בהם הסעיף, לפי הסדר. תחילה נדון בסוגיית שכירות זכויות, שכפי שכבר הזכרנו, אינה מקובלת לכאורה במשפט העברי, ונראה שלמעשה

[1] ראה: סעיף 7(ב), בעניין תיקון המושכר; סעיף 15, בעניין פטור זמני מחובת תשלום; וסעיף 22, בעניין העברת השכירות.

[2] בעניין זה ראה: לרנר, סעיף 48.

[3] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות יג־יד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף א.

לא כך הם פני הדברים; לאחר מכן, נדון ביחסים המשפטיים שבין הצדדים בשכירות משנה; ולבסוף נראה, שגם במשפט העברי, דיני שכירות אינם אלא דיספוזיטיביים, והצדדים רשאים להתנות עליהם.

פרק שני

שכירות זכויות – "גם על שכירות זכויות"

א. מקור תוקפה

שכירות זכויות, כלומר שכירות של נכסים לא מוחשיים, אינה אפשרית לכאורה על פי המשפט העברי (כלומר, היא אינה מחייבת, והצדדים יכולים לחזור בהם כל העת), כפי שעולה מדברי הרמב"ם[4]: "אין אדם מקנה, לא במכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש, אבל דבר שאין בו ממש – אינו נקנה. כיצד? אין אדם מקנה ריח התפוח הזה, או טעם הדבש הזה, או עין הבדולח הזה, וכן כל כיוצא בזה. לפיכך המקנה לחבירו דירת בית זה או אכילת פירות דקל זה, לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו, כמו שיתבאר". כך יהיה לדוגמה, בשכירות חדר בבית מלון, שבה אין השוכר רוכש אלא שימוש ("דירת בית זה", כדברי הרמב"ם), ואין לו זכויות בגוף הנכס.

ברם, ידוע מתוך ספרות השאלות ותשובות, שלמעשה יהודים נהגו לשכור ולהשכיר זכויות, כגון זיכיונות לגביית מסים (במיוחד מסים על שחיטת בהמות), זיכיונות לייצור או למסחר של משקאות משכרים, זיכיונות לעיסוק בהלוואה בריבית, וכדומה. כל הפוסקים, בלא יוצא מן הכלל, שנדרשו לחוות את דעתם בסכסוכים משפטיים, שבמרכזם עמדה שכירות של זכות מעין זו, לא הטילו ספק בתוקפה של העסקה. כך לדוגמה, מהר"ם מפאדווה[5] דן במי ששכר זיכיון לעסוק בהלוואה בריבית, ולאחר מכן הוטלו הגבלות שונות על אפשרויות הגבייה, והשוכר ביקש פיצוי על ההפסדים שנגרמו לו. המשיב דן בשאלה זו, לפי הכללים החלים על שכירות נכס מוחשי, ואינו מעלה אפילו את שאלת תוקפה של העסקה. כך נהג גם חת"ם סופר[6], כשדן בתביעה דומה של שוכרי מכס הבשר.

פוסקים אחרים, שגם הם לא שללו את תוקפה של העסקה, דאגו ליישב את הכרתם זו בתוקף העסקה עם הכלל "אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש". שני נימוקים עיקריים בפיהם: מנהג המדינה ו"דינא דמלכותא". על היות המנהג מקור להכרה בתוקפה של עסקה שאין לה תוקף על פי דין תורה, כבר שמענו לעיל[7], כשדננו בתוקפה של עסקה לשכירות "דבר שלא בא לעולם". שם הבאנו מדברי הרא"ש[8], שהסביר, שאף על פי שמעיקר הדין "אין אדם מקנה

[4] ראה: רמב"ם, שם.

[5] שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט. על תשובה זו, ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 103.

[6] שו"ת חת"ם סופר, חו"מ, סימן קסא. על תשובה זו, ראה דיוננו על סעיף 15, הערות 172, 177. לדעת מהר"ם מפאדווה הסכים גם הראנ"ח, סימן לח, ראה דיוננו על סעיף 15, הערה 172. וכן ראה גם: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה, בעניין "חכירת השחיטה לשו"ב [=שוחט ובודק]".

[7] לעיל, בנספח לדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 243.

[8] שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן כ.

דבר שלא בא לעולם", הרי אם מנהג הסוחרים הוא להקנות גם דברים שטרם באו לעולם, עסקה כזו תקפה מכוח המנהג[9]. מהרש"ל[10] חוזר על רעיון זה בעניין שכירות "דבר שאין בו ממש", וכן עשו גם פוסקים נוספים[11]. מהרש"ל מוסיף, שוודאי כך הדין כשהעסקה תקפה על פי חוקי המדינה — "דינא דמלכותא"[12]. ונראה אפוא שכך הדין גם ביחס לשכירות חדר במלון[13].

יש להניח שאותם פוסקים אשר ביססו את תוקפה של שכירות זכויות על מנהג המדינה ועל "דינא דמלכותא", עשו זאת משום שראו בשכירות זכות קניינית. משום כך ראו צורך לנמק, מדוע הם נותנים תוקף לעסקה, בשעה שהרמב"ם שולל במפורש את תוקפה. למי שרואה בשכירות זכות חוזית (התחייבות שלוקח על עצמו המשכיר כלפי השוכר), הכרה בתוקפה של שכירות נכס לא מוחשי אינה עומדת לכאורה בסתירה לכלל "אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש", שהרי השכירות אינה הקניה, אלא התחייבות בלבד, ובהתחייבות אין מגבלה כזאת[14]. ואכן, "נתיבות המשפט"[15] סבור שאין כל מניעה להשכיר זכות מגורים בדירה (או בחדר של בית מלון; ואין צורך להקנות זכות זו על דרך הקניית גוף הדירה לפרותיה), משום שעיקר עניינה של השכירות הוא התחייבות[16]. אין הוא נזקק כלל לשם כך למנהג המדינה או ל"דינא דמלכותא". באותה מידה, לפי גישה זו, השכרת זכות בלתי מוחשית כלשהי, כגון זיכיון לגביית מסים, אינה מעוררת כל קושי[17].

[9] לדבריו, עסקה כזו נכללת במושג "קניין סיטומתא". ראה: בבא מציעא עד ע"א.

[10] ראה: שו"ת מהרש"ל, סימן לו (הובא במנחת פתים, חו"מ, סימן שטו, סעיף א, בסופו). יש לציין, שמהרש"ל אינו מפנה לתשובת הרא"ש הנ"ל, אלא לדברי הרא"ש בפסקיו, בבא מציעא, פרק א, סימן לח, שמשם עולה כוחו של המנהג מאידך גיסא, היינו שהמנהג עשוי לבטל תוקפו של קניין שיש לו תוקף על פי ההלכה. והשווה להלן, הערה 11.

[11] ראה: שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צג, שדן בשכירות זיכיון למסחר בבשר; שו"ת הרי בשמים (הורוביץ), מהדורא תניינא, סימן רא, וסימן רב, שדן בשכירות רישיון למכירת משקאות משכרים. משיבים אלה אינם מפנים לשו"ת מהרש"ל, ולעומת מהרש"ל (ראה לעיל, הערה 10), הם מבססים את תוקף העסקה על תשובת הרא"ש, שהבאנו לעיל.

[12] והשווה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אורח חיים, סימן נט, אשר ביסס את תוקפה של העסקה במקרה דומה על "דינא דמלכותא", ומדבריו נראה שאילולי חוק המדינה, לא היה די במנהג כדי לתת תוקף לעסקה. כך על כל פנים הבין את דבריו בשו"ת הרי בשמים (לעיל, הערה 11). וראה שם מה שהתפלמס עם תפישה זו של "נודע ביהודה" (שו"ת הרי בשמים חוזר על כך, בסימן רג, שם). והשווה גם: נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מא (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן ריב, ס"ק ב).

[13] השווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה א.

[14] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, הערה 174.

[15] נתיבות המשפט, סימן שטו, ס"ק א.

[16] כפי שראינו כבר בדעתו בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 35.

[17] אם כי השווה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שטו, סעיף ה, שחולק על "נתיבות המשפט". הוא טוען, שאף למי שרואה בשכירות התחייבות, מאחר ששכירות הוקשה למכר ("שכירות ליומיה — ממכר הוא"), הרי שמוטלות על השכירות המגבלות שמוטלות על המכר, וכשם שאין אדם מקנה דבר שאין בו ממש, כך אין אדם יכול להשכיר דבר שאין בו ממש. כבר צוין לעיל, סעיף 1, הערה 242.
עוד נציין, שאמנם נתיבות המשפט, בסימן רא, ס"ק א (וכן ראה: מקור חיים, סימן תנ, ס"ק ח, ד"ה ונידון האורנדי), לא הסביר כך את תוקפה של שכירות אורנדה (הוא זיכיון לייצר ולשווק משקאות משכרים), אלא באופן שראינו לעיל, לאלה הרואים בשכירות זכות קניינית (כלומר, מנהג המדינה ו"דינא דמלכותא"). אולם אין בזה סתירה לדברינו, שכן שם, ניכר מתוך הקשר הדברים, ש"נתיבות המשפט" דן במי שביקש לשוות

ב. אופייה המשפטי

בדיוננו על סעיף 1 ראינו, שאף אלה המגדירים את השכירות כעסקה קניינית, מסבירים שהשוכר רוכש אמנם זכויות קנייניות במושכר, אולם גוף המושכר נותר בבעלותו של המשכיר. המשכיר אינו מקנה לשוכר את גוף המושכר, אלא לעניין פרותיו, כלומר אלא לעניין זכות השימוש בו.

לכאורה, קשה לקיים מודל משפטי מעין זה בנוגע לשכירות זכויות, מאחר שלזכויות אין גוף. ואכן, מבין הפוסקים האחרונים מצאנו מי שסבור[18] שאין לדון בשכירות זכויות על פי דיני השכירות אלא על פי דיני המכר (אחת המשמעויות לכך היא, שאם נפגעה זכותו של השוכר בנסיבות של "מכת מדינה", אין זה עילה לפטור אותו מתשלום, שלא כמו בשכירות, כפי שנראה בדיוננו על סעיף 15). הטענה היא, שבעוד בשכירות נכס מוחשי, גוף המושכר נותר בבעלותו של המשכיר, הרי בנכס לא מוחשי, כל הנכס עובר לרשות השוכר, ואם כן אין לדבר על שכירות, כי אם על מכר (כמובן אין הדברים אמורים ביחס לזכויות שעניינן שימוש בנכס מוחשי, כגון מגורים בבית מלון. אמנם גם זה אופן של שכירות זכות, אולם כאן, המודל היסודי של שכירות מתקיים: גוף הנכס נותר בבעלותו המלאה של המשכיר, ולשוכר אין אלא זכות השימוש בו. נראה אפוא שעל שכירות מסוג זה כולי עלמא מסכימים, שחלים דיני השכירות[19]).

לעסקה זו אופי של קניין, וכבר ראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 1, הערה 35, ש"נתיבות המשפט" מודה, ששכירות יכולה גם להיות בעלת אופי קנייני.

[18] כך עולה מדברי מגן אברהם, אורח חיים, סימן רמד, ס"ק יח (בדעת הרמ"א), כפי שהסבירו מחצית השקל, שם ס"ק יח: "לשון שכירות ליכא כי אם כשמשכיר דבר שיש בו ממש, כגון כלי או קרקע וכדומה, מה שאין כן במכס [שכירות רישיון לגביית מכס], אין דבר שישכיר לו כי אם הורמנא דמלכא [=מצוות המלך]". הנידון שם הוא עצת הרמ"א ליהודי שיש בידו רישיון לגביית מכס, מה יעשה כדי לא להפסיד את המכס של ימי השבת, שבהם אסור לו לעסוק בגבייה. עצת הרמ"א היא, שישכיר את הרישיון לגוי לימי השבת. לכאורה, שואל "מגן אברהם", עצה זו אין בה משום פיתרון, שכן הלכה ידועה היא שאסור להשכיר נכס לגוי בשבת ולקבל ממנו "שכר שבת" (ראה: ט"ז, אורח חיים, סימן רמג, ס"ק א). "מגן אברהם" מסביר, שדמי השכירות האלה, המתקבלים בגין השכרת הרישיון לגביית מכס השבת, אינן נחשבים ל"שכר שבת", משום שהרישיון לגביית המכס הוא דבר שאין בו ממש, ועל כן אין כאן דין שכירות כי אם דין מכר, והרי זה כאילו קנה ממנו הגוי סחורה לפני השבת. ואולי לרעיון דומה מתכוון גם שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צג, כשהוא כותב: "מסתפקנא טובא אי נידון עניני החכירות הנהוגים עתה [כוונתו לשכירות מכס הבשר] דמי לשכירות כלל. ויש לנו לומר, דזה מקרי מכירה לגמרי, דהקהל קונים הזכות מהממשלה, ומכרו להחוכרים". ובהמשך הוא מסביר: "דכאן אין דבר הנשכר [גוף המושכר] והפירות [השימוש בדבר הנשכר] ענינים נפרדים זה מזה, והשמוש והפירות הוא עצם הדבר הנשכר, אם כן, יש לומר יותר, דזה מקרי מכירה גמורה". והשווה: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן כה, שדן בדברי מגן אברהם.

[19] אם כי, ראה: נתיבות המשפט, סימן קלח, ס"ק ב; סימן קצב, ס"ק ו; פתיחה לסימן ר, ד"ה וחצר המושכר; משם עולה שלעניין "קניין חצר", יש הבדל חשוב בין זכות שימוש גרידא לבין קניין בגוף לעניין השימוש. שוכר שאין לו בנכס אלא זכות שימוש גרידא בלא כל זכות בגוף המושכר אינו נחשב למוחזק בנכסים הנמצאים במושכר, והמושכר אף אינו קונה לו "קניין חצר". לעומת זאת, אם השכירות היא על דרך "קניין גוף לפרות", הרי השוכר נחשב למוחזק בנכסים שנמצאים במושכר, והמושכר אף קונה לו "קניין חצר". יש להעיר, שבסימן קלח, ס"ק ב, נראה ש"נתיבות המשפט" מבחין לעניין זה בין שכירות ושאילה, אולם מתוך

אולם נראה שרוב הפוסקים אינם מסכימים עם גישה זו. לדידם, העיקר בהגדרת השכירות אינו שנכס מוחשי נותר בבעלותו של המשכיר, אלא שהמשכיר שומר לעצמו זכויות במושכר, ואינו מסתלק ממנו כליל. על פי השקפה זו, שכירות זכות אינה שונה במהותה משכירות נכס מוחשי, וכל עוד המשכיר שומר לעצמו זכויות בזכות המושכרת, אין לדבר על מכירה, כי אם על שכירות. על עסקה כזו יחולו אפוא דיני השכירות (כולל הפטור ב"מכת מדינה") ולא דיני המכר[20, 21].

השוואה לדבריו בפתיחה שלו לסימן ר, נראה שלא כך יש להבין את דבריו. כוונתו אינה אלא להבחין בין אורח שהוזמן לשהות בבית יחד עם בעל הבית (שוודאי אין לו זכות בגוף הבית, וגם זכות שימוש בו ספק אם יש לו), ובין שוכר שקנה את זכות השימוש, שאפשר שיש לראות בו קונה הגוף לפרותיו אף שהוא שוהה בבית יחד אם בעל הבית. אולם ברור שאם נעשתה השאילה גם היא על דרך "קניין הגוף לפרות", דינה כשכירות.

20 כך עולה מתשובות מהר"ם מפאדווה (לעיל, הערה 5), ראנ"ח ו"חתם סופר" (לעיל, הערה 6), שהחילו על שכירות זכויות את דיני השכירות הרגילים, ולא את דיני המכר. וראה גם: שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קצט (בעניין מכס הבשר), ושם, חלק ג, סימן קפ (בעניין זיכיון למסחר במשקאות משכרים). נציין שהשאלה שאליה מתייחס מקור אחרון זה נשלחה גם אל בעל שו"ת הרי בשמים, מהדורא תניינא, סימן רב (הוזכר לעיל, הערה 11). אמנם גם פוסקים אלה חיוו דעתם, שעל סוג זה של שכירות לא חלים דיני השכירות הרגילים. לדוגמה, "מכת מדינה" הפוגעת בזיכיון שבידי השוכר אינה עילה לפטור אותו מתשלום (על המושג "מכת מדינה" ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 15, פרק שלישי, ב(3), עמ' 313). אולם, הנימוק שלהם אינו שבעיקרון דיני השכירות לא חלים על "דבר שאין בו ממש", אלא שבנסיבות המקרה שהובא לפניהם, מאחר שהמשכיר נסתלק לגמרי מן המושכר, הרי ממילא אין לדון בעסקה על פי דיני השכירות, כי אם על פי דיני המכר (אם כי, יש להודות, שבשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קצט, ניתן להבין, שהמשכיר זכות נחשב כמי שנסתלק לגמרי ממנה, משום שאין לו במושכר אלא זכות, ותו לא. וזו סתירה לכאורה בין תשובותיו של מהרש"ם. וצריך עיון).

21 והשווה: פד"ר, כרך ו, עמ' 109, בעמ' 114 (=שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן נב, ס"ק ז). באותו פסק דין, בית הדין הרבני האזורי בירושלים דן בשכירות יקב. מתוך נוסח ההסכם שבין הצדדים, העלה בית הדין, שכוונת הצדדים הייתה שהשוכר לא יקבל אלא זכות שימוש ביקב בלא כל זכויות בגוף היקב. בית הדין נתבקש להכריע בתביעתו של המשכיר לדמי שכירות מאת השוכר אשר נטש את המושכר בלא הודעה מראש כנדרש על פי ההלכה (ראה דיוננו על סעיף 19, פרק שני, א, עמ' 408). בית הדין הכריע לטובת השוכר, כשאחד מנימוקיו הוא, שספק אם בשכירות מסוג זה, חלים הדינים בדבר חיוב הודעה מראש לפני סיומה, כפי שהם חלים על שכירות רגילה. כאסמכתא לדבריו בית הדין מביא את שו"ת עבודת הגרשוני, סימן קכא (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן קלח, ס"ק א). באותה תשובה נפסק, שאם השכירות לא הייתה באופן של "קניין הגוף לפרותיו", אלא של מתן שימוש גרידא, לשוכר אין זכויות קייניות במושכר (על פי זה, פוסק בעל עבודת הגרשוני, שבסכסוך בין השוכר למשכיר בעניין הבעלות על הנכסים המיטלטלין הנמצאים במושכר, המשכיר הוא הנחשב למוחזק, ולא השוכר). כאמור, מתוך היקש לתקדים זה, העלה בית הדין, שמאחר שבשכירות שאינה אלא של זכות שימוש לא חל הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא", "אולי על כגון דא לא נאמר בכלל הדין של הצרכת הודעת יציאה שנאמר לגבי שוכר ומשכיר". מכאן עולה אפוא, שלדעת בית הדין ספק אם על שכירות זכויות גרידא חלים דיני השכירות. יורשה לנו להעיר שקשה לקבל את גישת בית הדין. החובה למתן הודעה מראש לפני סיום השכירות, קיימת דווקא בשכירות שאינה קצובה בזמן, אף שלפי אחדים מן הפוסקים, על שכירות כזו לא נאמר הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" (ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, ליד ציון הערה 142). לשון אחר, העובדה שמתן רשות דיור בעלמא אינו מקנה למקבל הרשות זכות קניינית, ודאי שאינו נימוק לשלול, בסוג כזה של שכירות, את תחולת דיני ההודעה מראש.

פרק שלישי

שכירות משנה – "גם על שכירות־משנה"

ראשית לכול, ראוי לשים לב לעובדה, ששכירות משנה אינה אלא סוג מיוחד של שכירות זכות: השוכר הראשי אינו בעל זכויות בגוף המושכר, אין לו אלא זכויות שימוש בנכס, ואותן זכויות הוא משכיר לאחר.

בסעיף 22, החוק מבחין בין השכרת משנה להעברת השכירות. בהעברת השכירות, השוכר הראשי מסתלק לחלוטין מהזכויות ומהחובות הקושרות אותו עם המושכר, כשהוא מוכר את זכות השכירות שבידו לאחר. בשכירות משנה, השוכר אינו מוכר את זכויותיו, אלא משכיר אותן. הוא אינו יוצא אפוא מן התמונה, אלא ממשיך להיות זכאי ואחראי כלפי המשכיר הראשי.

אין ספק, שדין העברת השכירות, שבה השוכר מסתלק מן המושכר, כדין מכירה, ועל היחסים שבין המעביר לנעבר (השוכר החדש), חלים אפוא דיני המכר, ולא דיני השכירות. כך עולה במפורש מדבריהם של פוסקים אחדים. כך למשל, מדבריו של הרב שלום מרדכי הכהן[22], בעניין "ראובן ששכר חנות מהאדון, וחזר והשכירו לשמעון על כל משך הזמן". הכניסה לחנות נחסמה מחמת עבודות תשתית עירוניות, ועל כן התגלע סכסוך בין ראובן לשמעון. הרב שלום מרדכי הכהן מסביר, שלדעתו, אין מקום להחיל כאן את דיני השכירות כלל: "אבל בנידון דידן, דאין החנות של ראובן, וכל זכותו מסר לשמעון, ונסתלק לגמרי, בכהאי גוונא, לכולי עלמא [=בכגון זה, לדעת הכול] השכירות כמכר, כיון דאין הוא רק שוכר בעלמא"[23].

אין הדין כן בשכירות משנה, שבה השוכר אינו מסתלק מן המושכר, כפי שעולה מדברי רב שלום מרדכי הכהן בתשובה אחרת[24]: "דהיכי דהשוכר השני משלם השכירות לשוכר ראשון, והשוכר הראשון משלם למשכיר האדון, ואחריות השכירות עדיין על השוכר הראשון נגד האדון, יש לומר דעדיין לא נסתלק מהעסק, ושפיר מנכה לו במכת מדינה". או כלשון החוק: דיני השכירות חלים "בשינויים המחיובים, גם על שכירות משנה".

פרק רביעי

עדיפות ההסכם על פני החוק – "באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם"

הרמב"ם[25] כותב במפורש לעניין שכירות: "כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח ובממכר, כך מתנה בשכירות". כוונתו שהצדדים לעסקת שכירות רשאים להתנות על הסדרים שונים מאלה הקבועים בהלכה. כלל זה יסודו בכלל מקיף יותר, ולפיו בדיני ממונות אין ההלכה כופה את עצמה על הצדדים, אלא הם רשאים להסדיר את יחסיהם הממוניים כראות עיניהם: "המתנה

[22] שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן קח.

[23] כך עולה גם משו"ת הרי בשמים, מהדורא תניינא, סימן רב.

[24] שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קפ. והשווה: שם, חלק ב, סימן קצט (כפי שהוער כבר לעיל, הערה 20). והשווה: גידולי שמואל (ניימן), בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והנה.

[25] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א.

על מה שכתוב בתורה, בדבר שבממון — תנאו קיים"[26]. דין תורה אינו חל אלא כשלא היה הסדר מיוחד בין הצדדים. זהו אפוא דין דיספוזיטיבי ולא דין קוגנטי (כלומר הדין אינו כפוי על הצדדים).

לאורך דיוננו בסעיפי החוק, נדון בדוגמאות רבות לעיקרון הזה, שאין צורך לפרטן כאן.

פרק חמישי

סיכום

כמו החוק, אף המשפט העברי אינו מבחין בעיקרון בין שכירות מקרקעין ושכירות מיטלטלין. אף שלכאורה בעלי הגישה הקניינית אינם מכירים בתוקפה של שכירות זכויות, משום ש"אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש", למעשה הכירו הפוסקים בתוקפה של שכירות זכויות, אם מכוח המנהג ואם מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". ראינו שיש דעות ולפיהן חלים על שכירות זכויות דיני המכר, ולא דיני השכירות, משום שבתקופת השכירות לא נותרה למשכיר שום זכות במושכר (שלא כמו בשכירות נכס מוחשי, בה המשכיר נותר בעלים על גוף המושכר). אולם רוב הפוסקים אינם סוברים כן, והם מחילים על שכירות זכויות את דיני השכירות.

דיני השכירות חלים גם על היחסים שבין שוכר ראשי לשוכר משנה. ואולם אם העביר השוכר את זכויותיו במושכר לאחר, חלים ביניהם דיני המכר, ולא דיני השכירות, שכן אין לו עוד זיקה כלשהי למושכר.

כבחוק, כן גם במשפט העברי, דיני שכירות הם דיספוזיטיביים, והצדדים רשאים להתנות עליהם.

מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 2 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

[26] ראה: בבא מציעא צד ע"א.

סעיף 3

פרטים שלא נקבעו בהסכם

פרטים שלא נקבעו בהסכם

3. פרטים של חוזה שכירות שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעיסקאות קודמות שביניהם, ובאין נוהג כזה — לפי הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעיסקאות מאותו סוג.

כבר קבע הרמב"ם בהלכות מכירה[1]: "וזה עיקר גדול: בכל דברי משא ומתן הולכים אחר לשון בני אדם באותו מקום ואחר המנהג". עניין השלמת פרטים מכוח המנהג אינו מיוחד אפוא לחוזה שכירות, לא במשפט העברי ולא בחוק. בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, נקבעה הוראה כללית: "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה — לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים". את הדיון המקיף בתוקפו של המנהג אנו משאירים אפוא לחיבור על חוק החוזים (חלק כללי)[2]. עם זאת נציין שלפי המשפט העברי למנהג יש כוח מחייב לא רק למילוי פרטים בחוזה שהצדדים לא נתנו את דעתם עליהם, אלא פעמים שלמנהג יש עדיפות על פני הלכות פסוקות — "מנהג מבטל הלכה".

במהלך דיוננו בסעיפי החוק נפגוש בדוגמאות רבות לתוקפו של המנהג[3]. כאן נסתפק בציון אחדות מבין דוגמאות אלה:

1. בעניין חובת ההתאמה נקבע[4]: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה — מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום — הרי זה אינו מחזיר, אלא אם פירש. שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך".

2. כמו כן, היקף זכויות השימוש של השוכר במושכר, שלא נקבע מראש בינו ובין המשכיר, כפוף למנהג, כפי שעולה מדברי הרמב"ם[5] בעניין שכירות בהמה: "שכר סתם [כלומר, בלא לקבוע את אופן השימוש], אינו נושא אלא במשקל הידוע במדינה לאותה בהמה". וכן בהמשך

[1] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כו, הלכה ח.

[2] לעת עתה ראה: מ' אלון, המשפט העברי — תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים תשל"ג, עמ' 754, "מנהג ונוהג".

[3] להפניות מפורטות ראה מפתח העניינים, ערך "מנהג".

[4] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יט. וראה דיוננו על סעיף 6.

[5] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו. מובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף ו.

הוא כותב[6]: "וכל אלו הדברים [המגדירים, בין שאר הדברים שנמנו שם, מהו שימוש סביר בחמור שהושכר להובלה], בשוכר סתם, במקום שאין מנהג ידוע. אבל במקום שיש מנהג, הכל לפי המנהג".

3. המנהג קובע גם את היקף חובת התיקון של מושכר שנפגם במהלך תקופת השכירות. וזה לשון ערוך השולחן[7]: "בכל מקום ומקום לפי מנהגו, חייב המשכיר לתקן דברים הקבועים, כמו במדינתנו לעשות חלונות כפולים בימי החורף, ולתקן תנורי בית בחורף עם כל השייך להם, ולהטיח הכתלים מבחוץ בימי הסתיו, ולשפוך עפר סמוך לכתלים שלא יכנס הקור לבית וכל כיוצא בזה. והמנהג אצלנו, שאם נתקלקלו דברים כאלו במשך ימי השכירות, מתקנם המשכיר".

4. אם הצדדים לא קבעו מראש באיזו דרך ישלם השוכר את דמי השכירות, אם המנהג הוא לשלם בכסף דווקא ולא בשווה כסף, חייב השוכר לשלם כפי המנהג, אף שמן הדין "שווה כסף, ככסף"[8].

מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 3 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

[6] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ח. מובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף ג. וראה דיוננו על סעיף 16.

[7] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיד, סעיף ג. וראה גם: כסף הקדשים, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, ד"ה ב"ב האחר יותר מב"ב. וראה דיוננו על סעיף 7.

[8] ראה דיוננו על סעיף 14.

סעיף 4

תום לב

תום לב

4. חיוב הנובע מחוזה שכירות יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה.

הדרישה לקיום חוזה בדרך מקובלת ובתום לב, הן של חוזים בכלל הן של חוזה שכירות בפרט, היא דרישה עמומה ובלתי מוגדרת. מטרתה העיקרית היא שחיי המסחר ינוהלו מתוך הגינות, יושר, מוסר וצדק. מטבע הדברים הצדדים לחוזה אינם נותנים דעתם מראש על כל פרטי החוזה ואופני קיומו. עקרון תום הלב שולל מן הצדדים את האפשרות לנצל עובדה זו ולקיים את החוזה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם רוחו של החוזה ועם הציפיות הסבירות העולות ממנו. העיקרון נועד "להגשים את רוח העיסקה והגיונה הפנימי"[1]. קשה אפוא לקבוע מראש את גבולות המושג "תום לב" והדבר נעשה באופן פרטני ובעיקר על דרך השלילה, היינו שיצביעו בתי המשפט על התנהגות מסוימת כהתנהגות הלוקה בחוסר תום לב[2].

במקורות היהודיים, מציין המונח "תום לב" מידה מוסרית ולא כלל משפטי שהפרתו מזכה את הצד הנפגע בסעדים משפטיים[3]. המונח השגור לעניין זה, והנוגע לשימוש לרעה בזכות[4] הוא "מידת סדום", והכלל הוא ש"כופין על מידת סדום", כלומר, מונעים מן האדם לעשות שימוש לרעה בזכות משפטית שבידו. במהלך דיוננו בסעיפי החוק נפגוש בדוגמאות אחדות אשר ימחישו את הכלל "כופין על מידת סדום" ואת דרכי הפעלתו[5].

אשר לדיון המקיף בעקרון תום לב במשפט העברי, אין כאן מקומו, שכן הדרישה לקיום חוזה בתום לב אינה מיוחדת לחוזה שכירות. לראשונה נקבע עקרון תום לב בחקיקה הישראלית בחוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 6, ומשנחקק חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973,

[1] כדברי א' זמיר, מכר, סעיף 156.

[2] פרופ' ג' שלו מדברת על דרישת תום הלב כעל "קטגוריה שיורית, שקיומה חיוני לשיטה פתוחה של צדק חוזי". ראה: ג' שלו, דיני חוזים, ירושלים תשנ"ה, עמ' 52. וראה גם: זמיר, מכר, סעיף 158. על ההבחנה בין "דרך מקובלת" ובין "תום לב", ראה: ג' שלו, דיני חוזים, עמ' 51.

[3] ראה: ע"א 148/77 רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, פסק דינו של השופט מ' אלון, פסקאות 10־11 (מובא אצל נ' רקובר, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, ירושלים תשמ"ט, כרך שני, עמ' 644־646).

[4] השווה: זמיר, מכר, סעיף 162, המציין ש"החובה להשתמש בזכויות בתום־לב קרובה לכללים בדבר שימוש לרעה בזכויות". לעניין קיום חיוב הנובע מחוזה בדרך מקובלת ובתום לב למיטב ידיעתנו אין לכך מונח מיוחד במקורות המשפט העברי.

[5] להפניות מפורטות ראה מפתח העניינים, ערך "תום לב".

נקבע בסעיף 39, כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי שימוש בזכות הנובעת מחוזה"[6]. המקום המתאים לדיון בדרישה לקיום חוזה בדרך מקובלת ובתום לב הוא אפוא במסגרת חיבור על חוק החוזים (חלק כללי)[7]. כאן נסתפק בהבאת שלוש דוגמאות שנאמרו בעניין זה בקשר לדיני שכירות: את הדוגמה הראשונה בחרנו משום שהיא אחד מן המקורות התלמודיים להלכת "כופין על מידת סדום"; את הדוגמה השנייה בחרנו משום שבעניינה נחלקו הפוסקים בשאלה עקרונית הנוגעת למהות המושג "מידת סדום" ולהיקפו; את הדוגמה השלישית בחרנו משום קרבתה למושג תום לב מעבר לכלל "כופין על מידת סדום".

1. כאמור, אחת הדוגמאות הקלאסיות להלכה התלמודית "כופין על מידת סדום", נאמרה לעניין שכירות. התלמוד[8] דן במי שהשכיר ריחיים, כשהוסכם שהתמורה לשכירות לא תהיה בתשלום בכסף אלא באמצעות מתן שירותי טחינה למשכיר. לאחר זמן, התעשר המשכיר ורכש ריחיים, כך שלא היה זקוק עוד לאותו שירות מצד השוכר, ועל כן ביקש לקבל את התמורה המגיעה לו בכסף. נפסק, שאם יש מספיק עבודה לשוכר כך שבמקום לטחון עבור המשכיר הוא יכול באותו זמן לטחון בשכר עבור מישהו אחר, חייב הוא להסכים לדרישתו של המשכיר. אמנם, אין זה לפי תנאי החוזה, אולם, מסביר התלמוד, זה אחד מן המקרים שבהם "כופין על מידת סדום", שכן לא נגרם כל הפסד לשוכר משינוי אופן התשלום, ועל כן אין מרשים לו להתעקש על התשלום המוסכם דווקא[9].

2. כעין זה קבעו הפוסקים, במי ששכר ספינה להוביל בה סחורה מסוימת[10]. מדברי הפוסקים[11] עולה, שהמשכיר אינו יכול להתנגד להחלפת הסחורה המוסכמת בסחורה מקבילה אחרת. הנימוק לכך הוא, שלמשכיר אין כל אינטרס סביר להתנגד להחלפה, ואף שהוסכם על הובלת סחורה מוגדרת, אל לו לנהוג ב"מידת סדום" ולעמוד על קיומו הדווקני של ההסכם. נרחיב כאן מעט בעניין זה משום שמצאנו בו מחלוקת מעניינת בין הפוסקים המלמדת על השקפות שונות בעניין היקף המושג "מידת סדום".

השאלה שנחלקו בה הפוסקים היא, האם די בכך שצד להסכם יכול להרוויח מעמידה על

[6] סעיף 12(א) מחיל את הדרישה גם על השלב הטרום־חוזי: "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום־לב".

[7] לעת עתה ראה: א' ליכטנשטיין, "לבירור 'כופין על מידת סדום'", הגות עברית באמריקה, כרך א (תשל"ב), עמ' 362; S. Shilo, Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights, Israel Law Review, vol. 15 (1980) 49; י' ליברמן, "כופין על מידת סדום — היבט כלכלי", ספר הגיון (תשנ"ה) 165.

[8] כתובות קג ע"א.

[9] נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיח, סעיף א. וראה: שו"ת מהרי"ק, שורש ט, ד"ה ונחזור לעיקר הדין, שמסביר שאף שיש כאן קפידה מסוימת, שהרי חייב לסבול דעת איש אחר שיטחון עבורו, בכל זאת "כופים על מידת סדום".

אם השוכר אינו מוצא לקוחות חלופיים, אינו חייב לשלם למשכיר בכסף, אלא הוא רשאי לעמוד על כך שישלם לו בשירות המוסכם. האם המשכיר רשאי לבטל את השכירות אם כתוצאה מכך נגרם לו הפסד? שאלה זו שנויה במחלוקת בין הראשונים, כפי שמובא בסמ"ע, שם, ס"ק ג. ראה על כך, דיוננו על סעיף 19, הערות 67, 69.

[10] המקרה נידון בסוגיית בבא מציעא עט ע"א־ע"ב.

[11] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב, וש"ך, שם, ס"ק א, בעניין מי ששכר ספינה כדי להוביל עליה יין מסוים. מדברי שניהם עולה, שהמשכיר אינו יכול להתנגד להחלפת היין המסוים בסחורה דומה. אולם ראה להלן.

קיומו הדווקני כדי להוציא את הדרישה מגדר "מידת סדום"? השאלה עלתה בקשר להסכם שכירות ספינה שבו אף שהוסכם על הובלת יין מסוים, השוכר מבקש להוביל יין אחר משום שאבד היין שהוסכם עליו. הסמ"ע[12] קובע: "כל כהאי, דיש לו מקום קפידא לזכות על ידו [כלומר, כל מקרה כגון זה, בו עמידה על קיום דווקני של הסכם יכולה להועיל], יכול לקפוד [=להקפיד] בשביל זכותו ולית ביה משום מדת סדום". במילים אחרות, לדעת הסמ"ע, אמנם בעניין הסכם להובלת יין מסוים, אם היין קיים, עמידה על קיומו הדווקני של ההסכם יש בה משום "מידת סדום", שהרי המשכיר חייב להוביל את היין המוסכם. אולם אם אבד היין, נוצר מצב שבו עמידה על קיומו הדווקני של ההסכם מועילה למשכיר כשהיא פוטרת אותו מן ההובלה, והוא רשאי לנצל זאת. לעומתו, הש"ך[13] סבור, שלא די בכך שטענתו הפורמאלית של המשכיר יכולה להועיל לו, המשכיר צריך להוכיח שסיכול ההסכם היה כרוך גם בנזק לרכושו שלו. כך לדוגמה, אם הושכרה ספינה בלתי מסוימת להובלת יין מסוים, והיין אבד יחד עם הספינה, המשכיר יכול לסרב להעמיד לשוכר ספינה חלופית, בטענה שלא הסכים אלא להובלת היין המסוים שאבד. אבל כשספינתו לא טבעה ולא נגרם לו נזק, אינו רשאי לעמוד על כך. וכך אומר הש"ך: "ונראה דדוקא תרתי בעינן [=שצריכים שניים דווקא], כיון שנטבע ספינתו ואין היין זה לפנינו, יכול להקפיד, כי יכול לומר הואיל ונזקתי ונטבע ספינתי, למה לי להשתדל [להביא] ספינה אחרת, כיון שאין לך יין זה".

חילוקי דעות אלה בין הסמ"ע והש"ך מלמדים כנראה על תפישות שונות בעניין מהות הכלל "כופין על מידת סדום" והיקפו, אולם כאמור את הדיון המקיף בעניין זה אנו משאירים לחיבור על חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973.

3. המהרשד"ם[14] דן בעניינו של שוכר דירה לזמן קצוב, המסתיימת בלא צורך בהודעה מראש[15]. נסיבות המקרה היו שהמשכיר ראה שהשוכר מכין את הדירה המושכרת לקראת החורף מתוך ציפייה שחוזה השכירות ביניהם יחודש, ושתק, ולא הודיע לו שאין הוא מתכוון להאריך את החוזה. המשיב אינו משתמש במושג "מידת סדום" אלא הוא מכנה את המשכיר רשע וקובע שהדין עם השוכר ואינו חייב לפנות את המושכר: "שעשה [המשכיר] ברשע, כאשר עשה יעשה לו[16]. וראוי היה לומר כן אפילו שלא היה הדין כן אלא מן הטעם ד'כאשר עשה' היה ראוי לגמור על ראובן [השוכר] שזכה בדירתו". לפנינו תרופה מרחיקת לכת (חידוש חוזה השכירות) בגין התנהגותו הלא הוגנת של המשכיר.

מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 4 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

[12] סמ"ע, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב.

[13] ש"ך, חו"מ, סימן שיא, ס"ק א.

[14] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצו.

[15] כפי שנראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 19.

[16] על פי הפסוק: "ואיש כי יתן מום בעמיתו, כאשר עשה כן יעשה לו" (ויקרא כד, יט). המשיב מסתמך בעניין זה על סוגיית בבא מציעא קא ע"ב, בעניין אישה שנתנה רשות לאחסן כדי יין בחצרה למי שהטעה אותה, ומשגלתה את ההטעיה סלקה את כדי היין מרשותה ללא הודעה מוקדמת. רב הונא בנו של רב יהושע הצדיק את מעשה האישה בטענה: "כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישוב בראשו".

סעיף 5

המסירה, מועדה ומקומה

המסירה, מועדה ומקומה

5. (א) המשכיר חייב למסור את המושכר לשוכר בהעמדת המושכר לרשותו.

(ב) הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית, רשאי המשכיר לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה; לא הוסכם על מועד המסירה, תהא המסירה זמן סביר לאחר כריתת החוזה; במקרים אלה על המשכיר להודיע לשוכר זמן סביר מראש על מועד המסירה.

(ג) המסירה תהא במקום שבו נמצא המושכר בזמן כריתת החוזה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 77

פרק שני: חובת המסירה — "המשכיר חייב למסור... בהעמדת המושכר לרשותו" 78

פרק שלישי: מועד המסירה 79

א. הוסכם על מועד המסירה 79

ב. "הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית" 80

ג. "לא הוסכם על מועד המסירה" 81

ד. חובת הודעה — "על המשכיר להודיע לשוכר" 82

פרק רביעי: מקום המסירה 83

א. "במקום שבו נמצא המושכר בזמן כריתת החוזה" 83

ב. מסירה במקום אחר 85

פרק חמישי: סיכום 87

פרק ראשון

מבוא

סעיף 5 פותח את סימן ב לפרק השכירות, שעניינו חיובי המשכיר. חיובים אלה הם משני סוגים: חיובים המוטלים על המשכיר בתחילת השכירות, וחיובים המוטלים עליו במהלך תקופת השכירות. בתחילת השכירות המשכיר חייב למסור את המושכר לרשות השוכר, כלומר להעמידו לרשותו (סעיף 5), כשהמושכר מתאים מכל הבחינות למוסכם בין הצדדים ואין בו ליקוי כלשהו (סעיף 6). במהלך השכירות על המשכיר לתקן כל פגם שמתגלה במושכר ומונע או מגביל את השימוש בו (סעיף 7), ועליו להימנע מכל הפרעה לשימוש (סעיף 11). חיובי המסירה וההתאמה המוטלים על השוכר בתחילת השכירות מקבילים לחיובי המסירה וההתאמה שבחוק המכר, התשכ"ח־1968 (להלן — חוק המכר)[1]. ברור שלחיובים הנוספים המוטלים על המשכיר במהלך תקופת השכירות, המתחייבים מאופייה המתמשך של עסקת השכירות, אין מקבילה בחוק המכר.

על פי סעיף 1, השכירות מקנה לשוכר זכות להחזיק במושכר ולהשתמש בו. סעיף 5 קובע, שעל המשכיר לאפשר לשוכר לממש את זכותו. לשם כך הוא מחייב את המשכיר למסור לשוכר את המושכר. חידושו של הסעיף אינו בעצם קביעת חובת המסירה, שהיא מתחייבת מן ההסכם, אלא יותר בהגדרת אופן המסירה שהמשכיר יוצא בה ידי חובתו. הסעיף קובע שהמשכיר נחשב כמי שמסר את המושכר משעה שהעמיד אותו לרשות השוכר. העמדת המושכר לרשות השוכר פירושה, פינוי המושכר מכל אדם וחפץ והעמדתו במצב ראוי לשימוש, כך שהשוכר יוכל להחזיק ולהשתמש בו. הגדרה זו של חובת המסירה יוצרת איזון נכון בין חובות המשכיר וחובות השוכר. מחד גיסא, אין מטילים על המשכיר חובה לדאוג שהשוכר יטול את החזקה בפועל. נטילת החזקה היא פעולה רצונית של השוכר, שאין כל טעם, ואולי אף אין כל אפשרות, להטיל אותה על המשכיר[2]. מאידך גיסא, המשכיר אינו פטור בלא כלום: עליו מוטלת החובה לעשות את כל מה שבכוחו ובשליטתו כדי לאפשר לשוכר לממש את זכותו המשפטית. הוא חייב לשתף פעולה עם השוכר, ואין הוא יכול לטעון שעל השוכר לדאוג בעצמו למימוש הזכות שרכש. עליו להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש מיידי[3].

עד כאן עניינו של סעיף קטן (א). סעיפים קטנים (ב) ו(ג) דנים בפרטים בדבר מועד המסירה ומקומה.

בדיוננו להלן נדון גם אנו תחילה בשאלת חובת המסירה והיקפה, לאחר מכן במועד המסירה, ולבסוף במקום המסירה.

בפתח הדיון יש לציין, שרוב השאלות הקשורות למסירת המושכר ולסוגיית אי־התאמה לא

[1] סעיף 5 שלפנינו הוא קיצור, עם שנויים מתחייבים, של סעיפים 7־10 לחוק המכר, התשכ"ח־1968.

[2] ואכן, סעיף 12 מטיל על השוכר את החובה לקבל את המושכר להחזקתו: "השוכר חייב לקבל את המושכר להחזקתו במועד ובמקום כאמור בסעיף 5".

[3] בעניין הגדרת המסירה, ראה: לרנר, סעיף 77.

נידונו במשפט העברי במסגרת דיני שכירות. במשפט העברי, כמו בחוק, שאלות אלה משותפות לשכירות ולמכר, ועל כן יש ללמוד את פרטי ההלכות בשאלות אלה מתוך היקש לדיני המכר, שם הן נידונו בהרחבה. אשר על כן, בדיוננו כאן נזכיר רק את עיקרי הדינים החלים במכר, ואת אותם הדינים המיוחדים לשכירות. דיון מקיף וממצא יותר בשאלות אלה ייעשה במסגרת חיבור על חוק המכר.

פרק שני

חובת המסירה – "המשכיר חייב למסור... בהעמדת המושכר לרשותו"

א. כשם שבעסקת מכר, הבעלות עוברת לקונה משנעשה מעשה הקניין, אף שהממכר טרם נמסר לידיו, כך משנעשה מעשה קניין בר תוקף, עוברת זכות השכירות אל השוכר, אף שטרם קיבל את החזקה במושכר. נשאלת השאלה, האם משנגמר מעשה הקניין ועברה זכות השכירות לידי השוכר, מוטלת על המשכיר חובה כלשהי לשתף פעולה עם השוכר ולסלק בעצמו כל דבר המונע את מימוש הזכות? או שמא יכול הוא לטעון, שעל השוכר לדאוג בעצמו למימוש הזכות שרכש, בעוד שעליו אין כל חובה לשתף פעולה בעניין זה?

מתוך השוואה לדיני מכר[4] נראה לומר, שעל המשכיר מוטלת החובה לדאוג להעמדת המושכר לרשות השוכר, כדי שהשוכר יוכל ליטול את המושכר להחזקתו[5], ועליו לסלק כל עיכוב המונע מהשוכר לממש את זכותו. אם לא יעשה כן, יוכל השוכר לתבוע את אכיפת השכירות או את ביטולה, ובנסיבות מסוימות יוכל אף לדרוש פיצויים[6]. החוק, המחייב את המשכיר להעמיד את המושכר לרשות השוכר, תואם אפוא את המשפט העברי.

ב. על פי החוק, השוכר אינו חייב לשלם דמי שכירות, כל עוד המשכיר אינו מעמיד לרשותו את המושכר[7]. וכן הוא על פי המשפט העברי[8].

[4] ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק עשירי, סעיף א, ובביאורים שם, ס"ק א. כך עולה גם בדרך של קל וחומר ממה שכתב נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ה (והשווה להלן, הערה 54).

[5] אמנם במכר תנאי לכך הוא שהקונה שילם כבר את מלוא התמורה (ראה: חוקת משפט, שם, מקורות ס"ק ב, וביאורים ס"ק ג), אולם בשכירות, מאחר ש"שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף", לא חל סייג זה (כך נראה לי מסברה). וגם אילולי היה כך הדין בשכירות, בכל זאת הסברה נותנת שהמשכיר חייב להעמיד את המושכר לרשות השוכר, שכן השוכר אינו מקבל את המושכר לצמיתות כמו הקונה, אלא לזמן מוגבל בלבד.

[6] ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק עשירי, סעיפים ג־ה. בהקשר זה מעניין להפנות לספרו של א' גולאק, אוצר השטרות, סימן רח, שם מובא נוסח של שטר שכירות, וזה לשונו: "אם ר' פלוני הנ"ל לא יפנה המקומות הנזכרים לעיל מכל וכל באופן שיוכל כ"מ פלוני הנ"ל ליכנס בתוכם עם בני ביתו בכל זמן הנזכר לעיל, מעתה ומעכשיו קבל עליו ר' פלוני הנ"ל בעדו ובעד באי כחו להיות מובדל מכל דבר שבקדושה ומנודה ומוחרם בכל אופן שקבל עליו כ"מ פלוני הנ"ל".

[7] ראה: ג' טדסקי, "חיובים מקבילים", הפרקליט לז (תשמ"ז) 297, 307־309; לרנר, סעיף 76.

[8] מתוך היקש לדיני המכר. ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק שמיני, סעיף ה. והשווה: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט, שם הוסכם במפורש בין הצדדים שחובת התשלום נדחית כל עוד המושכר אינו עומד לרשות השוכר. והשווה להלן, ליד ציון הערה 31.

פרק שלישי

מועד המסירה

ס"ק (ב) דן במועד המסירה, והוא מבחין בין שני מקרים: הוסכם על מועד המסירה תוך תקופה מסוימת; הצדדים לא נתנו את דעתם לעניין מועד המסירה. במקרה הראשון, הזכות לקבוע את מועד המסירה בתוך התקופה המוסכמת היא של המשכיר, ואילו במקרה השני חובה עליו למסור את המושכר זמן סביר לאחר כריתת החוזה. בשני המקרים, מאחר שמועד המסירה אינו קבוע באופן מדויק, החוק דורש שהמשכיר יודיע לשוכר זמן סביר מראש על מועד המסירה המדויק.

המחוקק לא דן כלל במקרה שבו הצדדים הסכימו מראש על מועד המסירה, שכן על פי סעיף 2(ג), הוראות החוק חלות כאשר אין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים. מאחר שגם במקרה של הסכם בין הצדדים מצאנו התייחסות במקורות המשפט העברי, נדון גם בו, ובו אף נפתח.

א. הוסכם על מועד המסירה

אם הוסכם על מועד המסירה, ברור שהשוכר לא יוכל לתבוע מהמשכיר שיקדים את המסירה. האם המשכיר רשאי להקדים את המועד (בתנאי כמובן שיודיע על כך לשוכר)? לדעת לרנר[9], "הקדמת המועד אפשרית אם הדבר לא יפגע בשוכר ותינתן לו על כך הודעה זמן סביר מראש", וזאת בהתאם לסעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, הקובע: "חיוב יכול שיקויים לפני מועדו, ובלבד שהודיע החייב לנושה על כך זמן סביר מראש והדבר לא יפגע בנושה".

המשפט העברי דן בשאלת הקדמת ביצוע החייב בהקשר לפירעון הלוואה[10]. העיקרון הוא, שאם קיים חשש סביר שהקדמת הפירעון תפגע בנושה (כגון פיחות צפוי, או הטלת מסים), הלווה אינו רשאי להקדים את פירעון החוב. לעומת זאת, אם אין חשש סביר לנזק כזה, הנושה אינו יכול להתנגד להקדמת הפירעון, וזאת אף שמרגע הפירעון האחריות על הכסף עוברת אליו. הנימוק לכך הוא, "שקביעות הזמן לתקנת הלוה היא"[11]. כלומר, אומד דעת הצדדים הוא, שהמועד שנקבע לפירעון, נקבע לטובת הלווה. לכן אם הוא מעדיף לוותר על זכותו ולהקדים את הפירעון, הוא יכול לעשות זאת, כל עוד הוא אינו גורם נזק ניכר לנושה.

אולם מכאן עולה, שאם קביעת המועד לא נעשתה לטובת החייב, אלא לטובת הנושה (או לטובת שניהם כאחד), לא יוכל החייב להקדים את המועד בלא קבלת הסכמה מאת הנושה[12].

[9] לרנר, סעיף 81.

[10] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן עד, סעיף ב.

[11] שולחן ערוך, שם.

[12] והשווה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצג, סעיף א, שבו נקבע ששומר פיקדון לא יכול להקדים את החזרת הפיקדון לפני הזמן הקבוע: "ואם הפקידו אצלו לזמן ידוע, אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן". הסמ"ע, שם, ס"ק ד, מעיר, שהדין כאן שונה ממה שפסק השולחן ערוך לעניין פירעון הלוואה, משום ששם, הזמן נקבע לטובת הלווה; ואילו בפיקדון, הזמן נקבע לטובת המפקיד.
אף שהעיקרון שבדברי הסמ"ע בוודאי נכון, נראה להעיר שאין להשוות את ההלכה בעניין הקדמת החזרת פיקדון לעניין פירעון הלוואה. בעניין הפיקדון, מדובר על סיום מוקדם של חיוב, ובוודאי ששם אין לנפקד

ונראה שלעניין זה ההסדר הקבוע בסעיף 42 לחוק החוזים הוא הסדר סביר, הוא מחייב את החייב המבקש להקדים את ביצוע החיוב להודיע על כך לנושה, כדי שזה יוכל להביע התנגדות, אם הקדמת הביצוע עלולה לפגוע בו.

ב. "הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית"

על פי החוק, אם הוסכם בין הצדדים, שהמשכיר ימסור את המושכר תוך פרק זמן מוגדר, יכול המשכיר להחליט מתי למסור את המושכר בתוך אותו פרק זמן. לשוכר אין אפשרות להתנגד או להשפיע בצורה כלשהי על החלטת המשכיר. זכותו היחידה של השוכר במקרה כזה היא לקבל מהמשכיר הודעה זמן סביר מראש על המועד המדויק, שהחליט לבצע בו את המסירה.

נראה שבמקרה כזה המשפט העברי ידרוש גם הוא, שהמשכיר יודיע לשוכר מראש על מועד המסירה. אמנם הרמב"ם[13] קובע בקשר לתביעת פירעון חוב: "ואם התנה שיתבע בכל זמן שירצה, יש לו לתבעו ביומו, שתנאי ממון הוא", והוא אינו מציין שעל הנושה להודיע על תביעתו זמן סביר מראש. אולם שם, בעניין פירעון הלוואה, מדובר בשהוסכם במפורש שהנושה יוכל לתבוע את החזר ההלוואה אימת שירצה, מה שמוכיח שהחייב הסכים מראש להיות מוכן לפירעון בכל עת. כאן, לעומת זאת, לא הוסכם שהמשכיר ימסור את המושכר אימת שירצה, אלא הוסכם שהמסירה תיעשה תוך תקופה פלונית. אין זה סביר להניח שהשוכר הסכים שהמשכיר יפתיע אותו בהעמדת המושכר במועד לא צפוי, מה עוד שהמסירה משפיעה על זכויותיו, כגון על תחילת תקופת השכירות[14] ועל תחילת חובת תשלום דמי השכירות[15]. על כן נראה, שהמשכיר חייב להודיע לשוכר על מועד המסירה זמן סביר מראש, כדי שהלה יוכל להתארגן בהתאם ולא יימצא מפסיד. אם לא יודיע לשוכר, כאמור, יש להניח שתקופת השכירות לא תתחיל אלא זמן סביר לאחר המסירה, כלומר במועד שבו השוכר יכול ליטול את החזקה במושכר בלא שייגרם לו נזק[16].

זאת ועוד, אפילו אם הוסכם במפורש שבתוך אותה תקופה, המשכיר ימסור את המושכר אימת שירצה, עדיין יש מקום לפרש שהשוכר לא התכוון שהמשכיר יוכל להפתיע אותו ולמסור לו את המושכר בלי הודעה מוקדמת. לעניין המסירה, המשכיר הוא החייב והשוכר הוא הנושה, וסביר לומר שדינו של נושה שונה מדינו של חייב: הנושה, כמו שראינו בעניין פירעון חוב, יכול לדרוש את ביצוע החיוב אימת שירצה. החייב, לעומתו, ייתכן שאינו זכאי לכפות את הקיום על הנושה בלא הודעה מוקדמת. ועדיין הדבר בגדר צריך עיון.

זכות לעשות כן בלא הסכמת המפקיד, שכן יש בזה משום הפרת חוזה (זולת אולי, אם מדובר בהחזרת שאילה). ואילו בעניין הלוואה, מדובר בביצוע מוקדם של חיוב, חיוב פירעון הלוואה, ואין כאן מקום לדבר על הפרת חוזה, כי אם על הקדמת ביצועו. ואולי זאת הייתה כוונת הסמ"ע. יש להעיר, שקיימת דעה ולפיה גם פיקדון יכול השומר להחזירו לפני סיום מועד ההפקדה, ואין בכך משום הפרת חוזה. הטעם לכך הוא, שהפועל יכול לחזור בו בחצי היום. ראה: שם, ביאור הגר"א, ס"ק ג. וראה גם: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יח. וראה גם ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 11, פרק א, 3 (ב).

[13] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק יג, הלכה ה.

[14] ראה: סעיף 18 לחוק.

[15] ראה: סעיף 14 לחוק.

[16] וכן נראה שאפשר להסיק גם משו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט (מובא להלן, ליד ציון הערה 30).

ג. "לא הוסכם על מועד המסירה"

כשלא נקבע מועד, "תהא המסירה זמן סביר לאחר כריתת החוזה". הוראה זו מקבילה להוראת סעיף 9(א) לחוק המכר, ולסעיף 41 לחוק החוזים. מסעיפים אלה עולה אותו העיקרון: חוזה יש לקיים זמן סביר לאחר כריתתו.

עיקרון דומה מצוי כבר במקורות המשפט העברי, אם כי שם לא מדובר ב"זמן סביר" אלא ב"זמן הבא ראשון" כלומר בהזדמנות הראשונה שבה ניתן לקיים את החיוב (ושמא יש הבדל בין השניים). המשנה במסכת כתובות[17] דנה בחיוב שנטל אדם על עצמו לזון את בתו החורגת לתקופה של חמש שנים, מבלי שנקב מועד לתחילת החיוב: "הנושא את האשה, ופסקה עמו שיזון את בתה חמש שנים — חייב לזונה". באשר למועד החיוב מוסיף התלמוד הירושלמי[18]: "תני, זנה חמש שנים הראשונים בין ביוקר בין בזול". הריטב"א[19] מסיק מן הירושלמי: "ושמעינן מן הירושלמי הזה, כי המתחייב לעשות דבר בשום זמן, ולא פירש אימת, חייב לעשות כן בזמן הבא ראשון. והטעם דמאן דמתנה סתמה, דעתיה על זמן הראשון"[20]. וכך נפסק גם בשולחן ערוך[21]. הסכם שלא נקבע זמנו, אומדים אפוא את דעת הצדדים שכוונתם היא שיקוים בהזדמנות הראשונה לאחר כריתת ההסכם.

מהרי"ט[22] דן בשכירות שבה ביקש השוכר לדחות את מועד קבלת החזקה במושכר וכך ביקש לדחות את מועד קיום חיוביו. הוא מביא את דברי הריטב"א[23] בעניין המתחייב לזון את בתו החורגת, ומסיק לענייננו, שהשוכר אינו יכול לדחות את מועד קבלת המושכר וכך לדחות את קיום חיוביו, "שהמתחייב לעשות דבר, ולא פירש באיזה זמן, חייב לעשותו בזמן הבא ראשון".

בהקשר לנושא זה ראוי להביא את ההלכה הבאה, שפסק הרמב"ם[24]: "המשכיר בית לחבירו בשטר לעשר שנים, ואין בו זמן: השוכר אומר, עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה. והמשכיר אומר, כבר עברו ושלמו שני השכירות, ושכנת עשר שנים — על השוכר להביא ראיה. ואם לא הביא ראיה, ישבע המשכיר הסת, ויוציאו". הביטויים "אין בו זמן" ו"מזמן השטר", המופיעים בהלכה זו, אינם ברורים. אם הכוונה, שהשטר עצמו נושא תאריך ("זמן השטר"), ואילו אותם עשר שנים שסוכם עליהם לא נקבעו על ידי תאריך התחלה ותאריך סיום ("אין בו זמן"), כי אז לכאורה ההלכה שנקבעה עומדת בסתירה למה שראינו עד כה. על פי מה

[17] משנה, כתובות יב, א.

[18] ירושלמי, כתובות, פרק יב, הלכה א (סד ע"ב בדפוס וילנא).

[19] חידושי הריטב"א, כתובות קא ע"ב, ד"ה הנושא את האשה.

[20] וכן כתב הר"ן, כתובות, פרק שנים עשר (ס ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה חייב לזונה ה' שנים, המביא את ההלכה הזו בשם הרשב"א בזה הלשון: "אף על פי שהתנה סתם, ולא פירש מתי, מסתברא דחייב לזונה חמש שנים ראשונות, דחזקה דעתם על הראשונות".

[21] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיד, סעיף א.

[22] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט.

[23] לעיל, הערה 19.

[24] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה ד. על פי סוגיית בבא מציעא קג ע"א. הלכה זו נפסקה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיז, סעיף ב. וראה שו"ת הריב"ש, סימן שיג, שהרמב"ם נקט כנראה כמו פירוש רש"י בסוגיה, שם, ד"ה וכתב ליה, וכן הוא הפירוש הראשון של ר"ח, המובא בתוספות שם, ד"ה נקיטת. ואילו על פי הפירוש השני של ר"ח, הסוגיה עוסקת בעניין אחר לגמרי. בעניין זה ראה עוד: שו"ת הריב"ש, סימן שמה; וש"ך, סימן שיז, ס"ק א. וראה דיוננו על סעיף 13, פרק שלישי, ב, עמ' 250.

שראינו לא היה צריך להיות כל ויכוח על מועד תחילת השכירות, שכן זו אמורה להתחיל בסמוך לאחר מועד החתימה על השטר, שהוא מועד ידוע. הסמ"ע[25] מסביר, שלא כך יש להבין את ההלכה הזאת, אלא במקרה הנידון לא זו בלבד שהצדדים לא רשמו בשטר תאריכי התחלה וסיום, אלא שגם תאריך עריכת ההסכם לא נרשם בשטר (ולזה מכוונות המילים "אין בו זמן"): "דאם כן [אם היה תאריך בשטר], מסתמא היו חושבין מאותו זמן או קרוב לו[26]". אלא שהשטר לא נשא כל תאריך, ומכאן לדין ודברים בין השוכר והמשכיר: המשכיר אומר, שעברו כבר עשר שנים מזמן עריכת השטר ("זמן השטר", היינו תאריך עריכתו, אף שתאריך זה אינו רשום בשטר); ואילו השוכר טוען, שלא חלפה מאז אלא שנה אחת בלבד, וזכותו לשהות בבית עוד תשע שנים.

ד. חובת הודעה — "על המשכיר להודיע לשוכר"

על פי סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיימו זמן סביר לאחר כריתת החוזה, ומסורה לנושה הזכות לקבוע את המועד המדויק לקיום, ובלבד שיודיע עליו לחייב זמן סביר[27] מראש. לעומת זאת, על פי סעיף 5(ב), לעניין חובת מסירה שלא נקבע לה מועד, הדין שונה. המשכיר־החייב הוא שקובע את המועד המדויק לקיום חיובו, והוא שמודיע עליו לשוכר־הנושה. נעיר שהסדר זהה נמצא בחוק המכר הקובע בסעיף 9(ג): "על המוכר להודיע לקונה זמן סביר מראש על מועד המסירה". לא ברור מדוע, לעניין קביעת המועד, חרג המחוקק בחוקים אלה מהעיקרון הכללי, והעניק לחייב את הזכות הבלעדית לקבוע את מועד המסירה. לרנר[28] אומר: "יתכן שהשינוי נובע מכך שמסירת המושכר מתבצעת בידי המשכיר ללא שיתוף פעולה מצד השוכר, ולכן ניתנת לו האפשרות לקבוע את המועד הנוח לו"[29]. אך ספק אם הסבר זה מניח את הדעת, שכן רבים הם החוזים שבהם קיום חיובו של החייב אינו דורש שיתוף פעולה מצד הנושה.

ייתכן, שההבדל בין שאר החוזים לחוזי מכר ושכירות הוא, שבחוזי מכר ושכירות על שני הצדדים מוטלים חיובים הדדיים, ומשום כך קשה לקבוע מי החייב ומי הנושה. נכון שהמשכיר חייב למסור את המושכר. אולם מרגע שקיים חובה זו, השוכר מצדו מתחייב בחיובים שונים: הוא חייב לקבל את המושכר להחזקתו ולשמרו (סעיפים 12, 24); הוא חייב לשלם דמי שכירות (סעיף 31); תקופת השכירות שסוכם עליה מתחילה לרוץ (סעיף 18) ובסיום אותה תקופה חובה עליו להחזיר את המושכר (סעיף 20). מאחר שקיום המסירה מטיל על השוכר שורה של חיובים, מובן יותר מדוע נתן המחוקק למשכיר את הזכות לקבוע את מועד קיומה ואת החובה

[25] סמ"ע, חו"מ, סימן שיז, ס"ק ו.

[26] והשווה: אולם המשפט, חו"מ, סימן שיז, על סמ"ע ס"ק ו, שקבע שזמן השכירות מתחיל מתאריך החתימה על השטר, ולא "קרוב לו", כדברי הסמ"ע.

[27] על מושג זה בהקשר חוק המכר, ראה: זמיר, מכר, סעיף 203. כעיקרון נקבעת הסבירות בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה.

[28] לרנר, סוף סעיף 81.

[29] הסבר זה נמצא כבר אצל זמיר, מכר, סעיף 208. זמיר מעלה שם הסבר נוסף והוא "שלעיתים קרובות ישנה אי ודאות ביחס למועד המדוייק שבו יוכל המוכר להעמיד את הממכר לרשות הקונה. במיוחד הדברים אמורים בנכסים שעל המוכר לייצרם... או לקנותם מאדם שלישי. על כן מתן זכות קביעת המועד של המסירה לקונה עלולה היתה להכביד על המוכר יתר על המידה". אולם נימוק נוסף זה אינו תואם כל כך את עסקת השכירות, שהיא נוגעת על פי רוב לנכסים שהם כבר ברשות המשכיר.

להודיע על אותו מועד זמן סביר מראש. מנקודת מבט זו, הוראת הסעיף אינה חורגת מהעיקרון הכללי.

במשפט העברי לא מצאנו מקור מפורש, שזכותו של המשכיר לקבוע את המועד המדויק לקיום המסירה. אמנם בשו"ת מהרי"ט[30] מצאנו כדבר מובן מאליו, שכל עוד המשכיר לא הודיע לשוכר שהמושכר עומד לרשותו, השוכר פטור מהחיובים המוטלים עליו במסגרת השכירות: "ומשעה שנגמרה מלאכת הבית, ואמר המשכיר לשוכר שיכנס לדור, אין השוכר יכול לדחותו מיום ליום". מכאן, שכל עוד המשכיר לא הודיע לשוכר שהמושכר מוכן ועומד לרשותו, הוא אינו יכול לתבוע ממנו דמי שכירות[31]. אולם שם מדובר בשמועד המסירה, שנקבע מראש בין הצדדים, נדחה עקב שיפוצים במושכר, ועל כן ברור שהמשכיר היה חייב להודיע לשוכר על סיום השיפוצים. כל מה שניתן ללמוד מכאן הוא, שמאחר שהשוכר אינו יכול לדעת מתי המושכר עומד לרשותו, חובה על המשכיר להודיע לו על כך. אולם אי־אפשר להסיק מכך שזכותו של המשכיר לקבוע את המועד המדויק לקיום.

פרק רביעי

מקום המסירה

א. "במקום שבו נמצא המושכר בזמן כריתת החוזה"

בשאלת מקום המסירה, החוק מסתפק בהוראה קצרה ולפיה "המסירה תהא במקום שבו נמצא המושכר בזמן כריתת החוזה". השוכר הוא שצריך לבוא למקום המושכר כדי לקבלו, ואילו המשכיר אינו מחויב להביאו לרשות השוכר. אם בשעת המסירה, המושכר שוב לא נמצא במקום שבו היה מצוי בשעת כריתת החוזה, יצטרך המשכיר להביאו לשם.

יש להעיר שהסדר זה מתקבל אמנם על הדעת כשהשוכר ידע בשעת עריכת ההסכם על מקום הימצאו של המושכר נשוא ההסכם. לעומת זאת, אם השוכר לא ידע היכן נמצא המושכר, יש להניח שציפה שיוכל ליטול את המושכר אצל המשכיר, אם במקום עסקו ואם במקום מגוריו. ואכן, סעיף 10 לחוק המכר, התשכ"ח־1968, העוסק בשאלת מקום מסירת הממכר, מבחין בין שני המצבים. הוא קובע שבעיקרון "המסירה תהא במקום עסקו של המוכר, ובאין למוכר מקום עסק — במקום מגוריו הקבוע". יחד עם זה הוא מוסיף, שאם "ידעו הצדדים בעת גמירת החוזה שבמועד המסירה יימצא הממכר במקום פלוני, תהא המסירה באותו מקום". מגמת הקיצור שבחוק השכירות לעומת הסוגיה המקבילה בחוק המכר גרמה כאן לעיוות מסוים.

עוד יש להעיר, שגם בעניין זה, הוראות חוקי השכירות והמכר אינן מתאימות לכאורה לעיקרון הקבוע בחוק החוזים[32], ש"חיוב שלא הוסכם על מקום קיומו, יש לקיים במקום עסקו של הנושה, ואם אין לו מקום עסק — במקום מגוריו הקבוע". כלומר, על פי חוק החוזים,

[30] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט.

[31] והשווה דיוננו על סעיף 19, לעניין חובת מתן הודעת סיום, משם עולה עיקרון מקביל: חכמים הטילו על הצדדים להודיע על כוונתם לסיים את השכירות, ולא לסיימה באופן פתאומי, כדי לתת שהות לצד השני להתארגן למצב החדש בלא לגרום לו נזק.

[32] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 44.

החייב הולך אחרי הנושה. יש להניח שההסבר לכך דומה להסבר שהצענו לעיל, לעניין מועד המסירה, היינו שמאחר שבחוזה השכירות ישנם חיובים הדדיים, הרי שיש מקום לראות את המשכיר גם כנושה, ולא רק כחייב.

במשפט העברי לא נידונה שאלת מקום המסירה, לא במסגרת דיני השכירות ואף לא במסגרת דיני המכר. לעומת זאת, שאלת מקום הביצוע נידונה ביחס לחיובים אחרים: השבת פיקדון ופירעון הלוואה[33]. את מקום מסירת המושכר יש ללמוד אפוא מתוך היקש לדינים אלו.

בעיקרון, חובת הלווה היא לפרוע את חובו במקום שקיבל את ההלוואה[34]. על הלווה מוטלת החובה למסור את דמי הפירעון לידי המלווה, ואין די בכך שיעמיד את הכסף לרשותו בעיר שקיבל בה את ההלוואה[35]. לעומתו הנפקד אינו חייב להשיב את הפיקדון לידי המפקיד. חובתו היחידה היא להעמיד את הפיקדון לרשותו בעיר שבה קיבל אותו מידיו[36]. הצד השווה שבהם, שמקום ביצוע החיוב הוא מקום כריתת ההסכם (ההלוואה או ההפקדה). על פי זה נוכל להסיק, שמקום מסירת המושכר צריך להיות גם הוא מקום עריכת הסכם השכירות, ולא המקום שבו נמצא המושכר בעת כריתת החוזה כפי שנאמר בחוק. חיובו של המשכיר (בדומה לנפקד) הוא להעמיד שם את המושכר לרשות השוכר, אך אין הוא חייב (כמו הלווה) למסור את המושכר לידיו, שכן "אם אין חייב לו רק חפץ, דינו כפיקדון"[37].

בחינת אומד דעתם של הצדדים עשוי להביא לאותה תוצאה. שוכר המתקשר עם משכיר, אינו מצפה שיצטרך להרחיק לעיר אחרת כדי לממש את זכותו. יחד עם זאת, נראה שאם ידעו

[33] בשאלת מקום ביצוע חיוב, ראה: ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל"ד, עמ' 311-315.

[34] כך עולה משו"ת הריב"ש, סימן שנג, בעניין מקום השיפוט בתביעה לפירעון הלוואה: "אם ההלואה נעשית במקום אחר, שהיתה דרה שם רבקה [הלווה], אף אם היו כאן הנכסים [שמהם מבקש המלווה לגבות את חובו], אין בית דין מקום זה מגבין למלוה שלא בפני הלוה, אלא צריך המלוה לילך למקום הלוה, ויתבענו שם, ואחר כן יביא אדרכתא [=שטר לגביית נכסי הנתבע] מדייני המקום ההוא, ויגבו לו בית דין שבכאן מנכסים אלו". בית הדין המוסמך לדון בתביעת המלווה הוא אפוא בית הדין של מקום ביצוע ההלוואה, משום שחובתו של הלווה היא לפרוע באותו מקום. אם המלווה לא נמצא עוד במקום מתן ההלוואה (כגון שעבר לעיר אחרת, או שההלוואה הייתה בעירו של הלווה), אין מחייבין את הלווה ללכת אחרי המלווה למקום מגוריו. המלווה הוא שצריך לבוא למקום ההלוואה כדי להיפרע שם. כך עולה גם משו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שטו, מובא בשו"ת מהרי"ק, שורש יז. והשווה: בית יוסף, חו"מ, סימן קו, ס"ק ה, שחלק על פסקו של הריב"ש (לדעתו, כך נראה, רשאי המלווה לתבוע את הלווה שלא בפניו גם במקום שאינו מקום מתן ההלוואה. וצריך עיון).
מאידך גיסא, כולם מסכימים שאם המלווה תובע את הלווה במקום ביצוע ההלוואה, חייב הלווה לתת את הפירעון באותו מקום (גם אם הדבר כרוך בהוצאות). ראה: ש"ך, חו"מ, סימן עד, ס"ק א; נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק י; וראה גם נתיבות המשפט, סימן עד, ס"ק א, בסופו.

[35] ראה: שו"ת מהרי"ק, שורש יז, ד"ה ועל. הוא קובע זאת על סמך הכלל "עבד לווה לאיש מלווה" (נפסק ברמ"א, חו"מ, סימן עג, סעיף ח; וראה שם, בחידושי רבי עקיבא איגר); קצות החושן, סימן קצח, ס"ק ה; נתיבות המשפט, בהקדמתו לסימן עו. לדעת מהרי"ק, שורש קיב, כך יהיה הדין גם אם המלווה עבר למקום אחר, ובלבד שהמקום החדש אינו רחוק יותר ממקום ההלוואה, כך שפירעון לידי המלווה במקומו החדש אינו גורם ללווה טרחה גדולה יותר מפירעון במקום ההלוואה (מובא ברמ"א, חו"מ, סימן עג, סעיף ח. אולם ראה השגת הש"ך, שם, ס"ק כז, על דברי מהרי"ק).

[36] כך עולה מלשון שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצג, סעיף א: "אין המפקיד יכול לתבוע הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם". ומפורש יותר בערוך השולחן, חו"מ, סימן רצג, סעיף ב: "וכן יכול לתובעו [את הפיקדון] בטבריא אף שהניחו הנפקד בצפורי, מכל מקום כיון שהפקידו בטבריא, מחויב הנפקד להביאו מצפורי".

[37] דברי נתיבות המשפט, חידושים, סימן עד, ס"ק א; וכך עולה גם מדברי הש"ך, שם, ס"ק ג.

הצדדים בשעת עריכת ההסכם שהמושכר יימצא במקום אחר בשעת המסירה, כי אז אין זה בלתי סביר לומר שמכללא הם הסכימו ששם יהיה מקום הביצוע. במקרה זה נראה שהמשפט העברי יסכים להוראת החוק, אולם לא מצאנו לכך ראיה מפורשת.

במקרה של שכירות נכס בלתי מסוים (שכירות סתם), מאחר שאין לדבר על מקום המושכר, שכן המושכר לא יוחד, אין ספק שמקום המסירה יהיה במקום שבו נכרת ההסכם, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם שבין הצדדים[38].

ב. מסירה במקום אחר

מה הדין כאשר המשכיר והשוכר נפגשים שלא במקום עריכת ההסכם או שלא במקום שהיה המושכר בשעת כריתת ההסכם, ואחד מהם מעוניין לקבל את המושכר שם או למוסרו שם? האם הצד השני רשאי להתנגד?

גם כאן נראה שיש להקיש בעיה זו לסוגיה המקבילה בעניין החזרת פיקדון או פירעון הלוואה. לשם כך, נסקור להלן את עיקרי הדינים הנוגעים למקום פירעון הלוואה ולמקום החזרת פיקדון, ומהם נקיש לשאלת אפשרות מסירת המושכר במקום אחר.

כפי שראינו כבר לעיל[39], בעיקרון חובת הלווה היא לפרוע את החוב במקום שבו קיבל את ההלוואה. אבל אם הצדדים נפגשים במקום אחר, שאינו מקום ביצוע ההלוואה, וברצון האחד לפרוע או להיפרע באותו מקום, יש נסיבות שבהן הוא זכאי לכך. לעניין זה, זכויות המלווה עדיפות על זכויות הלווה[40]. כפי שנראה להלן, אפשרות ביצוע הפירעון שלא במקום ביצוע ההלוואה תלויה באופי מקום המפגש, כאשר ההבחנה היא בין מפגש במקום יישוב, שנחשב מקום בטוח לשמירת הכסף, ובין מפגש במדבר, הנחשב למקום סכנה.

המלווה רשאי לתבוע את החוב בכל מקום מפגש[41], אפילו שאינו מקום יישוב, ובלבד שיש בידי הלווה די כסף גם להחזרת החוב וגם למחייתו[42]. "נתיבות המשפט"[43] מוסיף, שאם אין ללווה כסף במקום המפגש לפרוע את חובו למלווה, המלווה אמנם אינו יכול לכוף אותו שיביא את הפירעון למקום המפגש, אולם הוא רשאי לכוף אותו שיתלווה אליו לביתו (של הלווה), כדי לפרוע שם את החוב, "דהא יש לו שיעבוד הגוף עליו".

לעומתו, אם קיבל הלווה את ההלוואה במקום יישוב, הוא אינו יכול לאלץ את המלווה לקבל את הפירעון אלא אם כן הוא פוגשו במקום יישוב. במקרה כזה, רשאי הוא לפרוע אף שיישוב זה אינו מקום ביצוע ההלוואה, אינו מקום מגוריו של המלווה ואף אינו מקום מגוריו של הלווה[44].

[38] על פי החוק, הפתרון למקרה כזה היה צריך להיות ביצוע במקום עיסוקו של המשכיר. אבל, כאמור לעיל, הוראה כזו נשמטה בטעות מחוק השכירות.

[39] לעיל, ליד ציון הערה 34.

[40] מעיר על כך: סמ"ע, חו"מ, סימן עד, ס"ק א.

[41] ללא כל קשר לאופי מקום ביצוע ההלוואה. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן עד, סעיף א.

[42] אם הלווה טוען שאין לו מספיק כסף, יכול המלווה להשביעו על כך. בעניין זה ראה: טור, חו"מ, סימן עד, סעיף א; בית יוסף, שם, ס"ק א; דרישה, שם, ס"ק א; ש"ך, חו"מ, סימן רצג, ס"ק א. והשווה להלן, הערה 45, שבפיקדון אין המפקיד יכול להשביע את הנפקד.

[43] נתיבות המשפט, סימן עד, ס"ק א.

[44] שולחן ערוך, חו"מ, סימן עד, סעיף א. השולחן ערוך מוסיף: "ואפילו יש כמה מדבריות קודם שיגיע למקומו". כלומר, אם הפירעון נעשה בזמנו, אין מתחשבים בסיכונים העקיפים שנגרמים למפקיד. בפירעון

נעבור עתה לסוגיית מקום החזרת הפיקדון. המפקיד והנפקד נפגשים במקום שאינו מקום ביצוע ההפקדה, ואחד מהם רוצה למסור את הפיקדון באותו מקום או לקבלו שם — דין המפקיד אינו כדין המלווה.

אמנם אם הפיקדון מצוי בידי הנפקד, המפקיד רשאי לדרוש את השבתו בכל מקום מפגש[45]. אולם "נתיבות המשפט"[46] מטעים, שאם הפיקדון אינו נמצא אתו במקום המפגש, בשונה מזכות המלווה כלפי הלווה, המפקיד "אינו יכול לכוף אותו שילך לביתו, ואין ניתן לתבעו רק כשהוא במקום הפקדון, וצריך להמתין לו עד שיבא לביתו, כי לא התחייב עצמו נגדו בשיעבוד הגוף"[47].

לעומת זאת, דין הנפקד כדין הלווה[48]: הייתה ההפקדה במקום שבו השמירה עליו קשה ומסוכנת (מקום מדבר), רשאי הנפקד למסור את הפיקדון בכל מקום מפגש (אפילו במדבר). הייתה ההפקדה במקום בטוח (מקום יישוב), לא יוכל הנפקד למסור את הפיקדון אלא אם מקום המפגש גם הוא מקום בטוח[49].

סיכומו של דבר, לעניין זכותו של החייב לבצע את חיובו במקום אחר, דין אחד ללווה ולנפקד. הם רשאים לבצע את חיובם במקום אחר, ובלבד שלא ירעו את מצבו של הנושה לעומת מצבו אילו היו מבצעים את החיוב במקום המיועד מלכתחילה. לעניין זכותו של הנושה לדרוש ביצוע במקום אחר, הרי בעיקרון אין הנושה זכאי לדרוש את קיום החיוב במקום שונה מן המקום המיועד מלכתחילה, זולת אם החייב יכול לקיים את חיובו באותו מקום בקלות, ובלא להרע את מצבו. אולם הבדל חשוב בין הלווה ובין הנפקד הוא, שהנושה זכאי לדרוש מהלווה להתלוות אליו למקום הביצוע המיועד; ואילו המפקיד אינו זכאי לעשות זאת, והוא צריך להמתין שהנפקד יואיל בטובו להזדמן לאותו מקום.

עולה אפוא, שאם המשכיר הוא שמבקש למסור את המושכר לידי השוכר באותו מקום מפגש, נראה שזכותו לעשות זאת רק אם נפגשו במקום יישוב[50]. אך אם נפגשו במדבר, השוכר

בתוך זמנו, סיכונים אלה הם שיקול לגיטימי מצד המלווה לסרב לקבל לידיו את הפירעון. ראה: סמ"ע, שם, ס"ק ג; ש"ך, שם, ס"ק ו.

45 אם כי שלא כבהלוואה (השווה לעיל, הערה 42), אין זה אלא כאשר הנפקד מודה שהנכס שהוא מחזיק בידו הוא הפיקדון המקורי. כך מציינים: שלטי הגבורים לבבא קמא קיח ע"א, אות ב (מד ע"א בדפי הרי"ף); דרישה לטור, חו"מ, סימן עד, ס"ק א; נתיבות המשפט, סימן עד, ס"ק א; ש"ך, חו"מ, סימן רצג, ס"ק א; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצג, סעיף א. גם בנקודה זו מתבטאת עדיפות הנפקד על הלווה.

46 נתיבות המשפט, סימן עד, ס"ק א.

47 וכך נמצא כבר בשלטי הגבורים לבבא קמא קיח ע"א, אות ב (מד ע"א בדפי הרי"ף). והשווה דיוננו להלן, סעיף 20, ליד ציון הערה 14, משם עולה שלדעת "נתיבות המשפט", מוטלת על הנפקד החובה להחזיר את הפיקדון למפקיד. לכאורה זהו שעבוד הגוף. ואם כן, דבריו שם וכאן אינם עולים בקנה אחד. וצריך עיון.

48 ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן רצג, ס"ק א.

49 וראה לעיל, הערה 47. ונראה שהוא הדין בהחזרת פיקדון. כלומר, הנפקד רשאי להחזיר את הפיקדון ביישוב אחר, אפילו שכתוצאה מכך יצטרך המפקיד לעבור עם הפיקדון הזה "כמה מדבריות עד שיגיע למקומו". אולם יש לציין, שבמקרה של מסירת הפיקדון שלא במקום ההפקדה, יש מי שאומר, שהנפקד אינו יוצא ידי חובת המסירה בהעמדת הפיקדון לרשות המפקיד בלבד, אלא במסירתו לידיו דווקא. ראה דיוננו על סעיף 20, ליד ציון הערה 35. לפי זה, אם המפקיד חושש מקבלת הפיקדון באותו מקום, הוא יכול להתעלם מהודעתו של הנפקד שהפקדון עומד לרשותו; ורק אם יביא הנפקד את הפיקדון לידיו, לא יוכל עוד להימלט מקבלת האחריות עליו.

50 וייתכן שכך הוא הדין אף כשהעסקה נגמרה במדבר, שכן כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 37, אם ידעו

יכול לסרב לקבל שם את המושכר, בטענה שאינו מוכן לקבל את הסיכונים שיש במדבר. ונראה להוסיף, שאם מסירת המושכר במקום המפגש עלולה לגרום לו הוצאות בלתי צפויות, כגון הוצאות הובלה, יכול הוא לסרב לקבל את המושכר (אף שמדובר במקום יישוב), ולומר שהוא יבוא ליטול את המושכר במקום שהיה בשעת כריתת ההסכם[51].

אם השוכר דורש מהמשכיר שיעמיד לרשותו את המושכר (שמצוי כעת בידו), נראה שהמשכיר אינו יכול לסרב[52]. ובעניין זה אין כל חשיבות למקום המפגש (יישוב או מדבר. אם כי ייתכן שזכותו של המשכיר לומר שאינו מוכן להעביר את המושכר במקום מסוכן, ואף שהשוכר מקבל עליו אחריות שמירה, אינו חייב להסכים לכך[53]). אם המושכר אינו מצוי באותו רגע בידי המשכיר, והגיע כבר מועד המסירה המוסכם, נראה שהשוכר יהיה זכאי לדרוש מהמשכיר שיתלווה אליו למקום המסירה המיועד כדי לאפשר לו ליטול את החזקה במושכר[54]. ועוד צריך עיון.

פרק חמישי

סיכום

העניינים הנוגעים לחובת מסירת המושכר על ידי המשכיר ומועדה נלמדים מתוך היקש לדיני המכר.

המשכיר חייב להעמיד את המושכר לרשות השוכר, וכל עוד לא עשה כן, השוכר פטור מן

הצדדים בשעת גמירת העסקה שהמושכר נמצא במקום מסוים, יש להניח שהסכימו שהמסירה תהיה באותו מקום. יש להניח שמצב כזה מתקיים במקרה של עסקת שכירות שנגמרת במדבר (במקום סכנה), כשהמושכר אינו נמצא באותו מקום, אלא במקום בטוח במקום יישוב. את הדברים אנו אומרים מסברה, ולא מצאנו דיון בעניין זה במקורות.

[51] אמנם, כפי שראינו לעיל, בהערה 49, כל עוד מדובר במקום יישוב, הנפקד אינו חייב להחזיר את הפיקדון במקום ההפקדה דווקא, ואין מתחשבים בסיכונים העקיפים שעלולים לעמוד בדרכו של המפקיד כתוצאה מהחזרה במקום אחר. אולם מסברה נראה לומר, שבעניין זה, דין המשכיר (שעליו מוטלת החובה למסור את המושכר לשוכר) שונה מדין הנפקד (שחובתו להחזיר את הפיקדון למפקיד). למשכיר, בשונה מהנפקד, יש אחריות כלפי השוכר גם אחרי מסירת המושכר, ועל כן אין זה סביר לומר, שהוא ייצא ידי חובתו במסירה שיש בה משום הכבדה על השוכר. השווה דיוננו להלן, סעיף 11.

יש מקום לבחון אם השוכר יוכל להעלות טיעון כזה, כשבשעת ביצוע השכירות הוא לא ידע היכן מצוי המושכר (כגון בשכירות נכס בלתי מסוים). וצריך עיון.

[52] זולת אם הוא טוען שהנכס שבידו אינו המושכר שהוסכם עליו. ונראה שהוא הדין במושכר סתם, שיכול המשכיר לומר, שאינו מעוניין למסור לשוכר את הנכס שנמצא כעת בידו, אלא הוא מעדיף למסור לו נכס אחר, שכרגע אינו בידו.

[53] השווה: נתיבות המשפט, סימן עד, ס"ק א, משם עולה שגם אם יש ללווה כסף באותו מקום אינו חייב לפרוע את חובו שם, אם עקב כך צפוי לו הפסד. אולם צריך עוד עיון, משום ששם מדובר בשייגרם ללווה הפסד ודאי; ואילו כאן אין למשכיר אלא חשש בלבד לשלמות המושכר. וצריך עיון.

[54] אמנם, נתיבות המשפט, חידושים, סימן עד, ס"ק א, כותב: "אם אין חייב לו רק חפץ, דינו כפיקדון", ומכאן שהיה צריך להקיש דין מסירת המושכר לדין החזרת פיקדון, ולא לדין פירעון הלוואה (וכך עולה גם מדברי הש"ך, שם, ס"ק ג). אולם, "נתיבות המשפט" מסביר שם, שהנימוק לכך שבפיקדון המפקיד אינו יכול לכוף

החובות המוטלות עליו במסגרת השכירות (שמירה, תשלום, וכו׳). אי־מסירה מזכה את השוכר גם בתרופות שונות: אכיפה או ביטול, ובנסיבות מסוימות אפילו פיצויים.

הוסכם על מועד המסירה, תהיה המסירה בזמן המוסכם, ואין המשכיר יכול להקדים את המסירה אלא בהסכמת השוכר. הוסכם על מועד המסירה תוך זמן מסוים, המשכיר רשאי להחליט מתי למסור את המושכר בתוך אותה תקופה, ובלבד שיודיע על כך לשוכר מראש. לא הוסכם על מועד המסירה כלל, המשכיר חייב למסור את המושכר בהזדמנות הראשונה שיש לו לעשות כן. לא מצאנו תשובה חד־משמעית לשאלה, מי זכאי לקבוע את מועד המסירה המדויק, המשכיר או השוכר?

שאלת מקום המסירה לא נידונה במקורות המשפט העברי, אף לא בדיני המכר, ושמא ניתן יהיה להסיק מתוך היקש לדיני הלוואה ופיקדון, כי מקום המסירה הוא מקום כריתת החוזה. יחד עם זאת, אם ידע השוכר באותה עת שהמושכר יימצא בשעת המסירה במקום פלוני, תהיה המסירה באותו מקום. מסירה במקום אחר תהיה אפשרית אם אינה פוגעת בשוכר.

לאור דברינו, נראה שניסוחו של הסעיף תואם את עקרונות המשפט העברי, פרט לעניין מקום המסירה (ס״ק (ג)). להלן הצעתנו לנוסח מתוקן של הסעיף:

המסירה, מועדה ומקומה

5. (א) המשכיר חייב למסור את המושכר לשוכר בהעמדת המושכר לרשותו.

(ב) הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית, רשאי המשכיר לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה; לא הוסכם על מועד המסירה, תהא המסירה בהזדמנות הראשונה לאחר כריתת החוזה; במקרים אלה על המשכיר להודיע לשוכר זמן סביר מראש על מועד המסירה.

(ג) המסירה תהא במקום כריתת הסכם השכירות. אולם אם ידעו הצדדים באותה עת שהמושכר יימצא במועד המסירה במקום פלוני, תהא המסירה באותו מקום.

את הנפקד להגיע למקום הפיקדון כדי למסרו לו שם הוא, ש״לא התחייב נגדו בשיעבוד הגוף״. המשכיר לעומתו, נטל על עצמו שעבוד הגוף להעמיד לשוכר את המושכר (ראה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס״ק ה), ומכאן שחובה על המשכיר לעשות את כל הדרוש כדי שיוכל השוכר ליטול את המושכר, כולל, אם יש צורך בכך, להגיע אתו למקום המושכר.

סעיף 6

אי־התאמה

אי־התאמה

6. המשכיר לא קיים את חיוביו אם מסר לשוכר נכס שבזמן המסירה לא התאים מבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו או מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים (להלן — אי־התאמה); אולם אין השוכר זכאי להסתמך על אי־התאמה בכל אחת מאלה:

(1) הוא ידע עליה בעת כריתת החוזה;

(2) הוא לא הודיע עליה למשכיר זמן סביר לאחר שגילה אותה או, אם הודיע כאמור, לא נתן למשכיר הזדמנות נאותה לבדוק את המושכר; פיסקה זו לא תחול אם ידע המשכיר על אי־ההתאמה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 91

פרק שני: חובת ההתאמה, יסודה והיקפה — "למה שהוסכם בין הצדדים" 93

א. כללי 93

ב. חובת התאמה למוסכם — "סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו" 96

(1) מושכר מסוים ("בית זה") 96

(2) מושכר בלתי מסוים ("בית" סתם) 97

ג. חובת התאמה בהיעדר הסכמה 98

(1) התאמה לשימוש רגיל ולמטרת השכירות 98

(2) פגם בזכות 101

פרק שלישי: המועד הקובע לקיום אי־התאמה — "שבזמן המסירה" 102

פרק רביעי: התרופות בשל הפרת חובת ההתאמה 106

א. כללי 106

ב. ביטול ואכיפה 107

(1) אי־התאמה שאינה יסודית 107

(2) אי־התאמה יסודית 108

ג. פיצויים 109

פרק חמישי: סייגים להסתמכות על אי־התאמה 110

א. כללי 110

ב. ידיעת השוכר על אי־ההתאמה — "הוא ידע עליה בעת כריתת החוזה" 110
ג. נטל ההודעה והבדיקה — "הוא לא הודיע עליה... או... לא נתן... לבדוק" 115
ד. שימוש במושכר לאחר גילוי אי־ההתאמה 117

פרק שישי: סיכום 119

מבוא

א. סעיף 6, העוסק בסוגיית אי־ההתאמה בשכירות, הוא קיצור של סעיפים 11־18 לחוק המכר, הדנים באותה סוגיה בדיני המכר, ומפורטים הרבה יותר. יש להניח שהמחוקק לא הרחיב בנושא זה בחוק השכירות, משום שהניח שהחסר יושלם בדרך של היקש להוראות חוק המכר[1]. כך נהג גם המשפט העברי. כפי שנראה בדיוננו להלן, רוב ההלכות בשאלת ההתאמה נלמדות מהיקש להלכות מכירה, "שהשכירות — מכירה בת יומה היא"[2].

העיקרון, שהמשכיר חייב לעמוד בהתחייבותו ולמסור לשוכר נכס מתאים מכל בחינה שהיא למה שהוסכם, אין בו לכאורה מן החידוש. חובה זו נובעת מהעיקרון הבסיסי, שעליו עומדים כל דיני החוזים, והוא, שחוזים יש לקיים. החידוש של הסעיף מצוי יותר בסייגים:

1. המועד הקובע לעניין אי־התאמה הוא זמן המסירה דווקא, אי־התאמה שתתפתח במהלך השכירות אינה מוגדרת כאי־התאמה המזכה את השוכר בתרופות בשל הפרת חוזה[3]. זמיר[4] מסביר שקביעה זו אינה פשוטה, שכן על פי ההגדרה של השכירות, בסעיף 1 — "זכות שהוקנתה להחזיק ולהשתמש שלא לצמיתות" — אפשר היה להסיק, שכפי שזכות השכירות היא זכות נמשכת, כך היא גם חובת ההתאמה. קביעה כזו, אם הייתה מתקבלת, הייתה לה לא רק משמעות תיאורטית אלא גם משמעות מעשית. אם הייתה מתגלה אי־התאמה במהלך השכירות הגורמת הפסד לשוכר עד לתיקונה (כגון השבתה זמנית של המושכר), הוא היה זכאי לתרופות בשל הפרת חוזה, כגון ביטול או אולי אף פיצויים. אם חיוב ההתאמה הוא רק במועד המסירה, ולאחר מכן אין על המשכיר אלא חובת תיקון, השוכר הוא שיצטרך לסבול מכך. הוא לא יוכל להיפרע כל פיצוי על הנזק שנגרם לו עד התיקון, ובלבד שזה נעשה במועד[5].

2. השוכר לא יוכל להסתמך על אי־התאמה, אם ידע עליה בעת כריתת החוזה (סעיף 6(1)).

3. אם המשכיר לא ידע על אי־ההתאמה, והשוכר לא הודיע לו עליה זמן סביר לאחר שגילה אותה, או שלא נתן לו הזדמנות נאותה לבדוק את המושכר, גם אז הוא אינו רשאי להסתמך על אי־ההתאמה (סעיף 6(2)).

[1] ראה: דברי הסבר להצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, ה"ח 901, סעיף 6, עמ' 290; וכן ראה: א' זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים, ירושלים תש"ן, עמ' 190 (מכאן ואילך: זמיר, עקרון ההתאמה), המותח ביקורת על מגמת קיצור זו.

[2] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה יז.

[3] אי־התאמה כזו עשויה אמנם להיחשב לפגם, ואז חלה על המשכיר חובת תיקון מכוח סעיף 7, אך לא כל אי־התאמה עולה לכדי פגם, אלא רק אי־התאמה המגבילה את השימוש הגבלה של ממש. ראה על כך דיוננו להלן, ליד ציון הערה 110.

[4] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 212־214.

[5] לדיון בשאלה אם אפשר להסיק מהוראות אחרות שבחוק חיוב התאמה מתמשך, ובשאלה אם הדבר רצוי מבחינת המדיניות המשפטית, ראה דיונו של זמיר, עקרון ההתאמה, בעמ' 214־225.

להלן[6] נראה ששני סייגים אחרונים אלה, שונים מהקבוע בחוק המכר.

ב. אמרנו שעקרון ההתאמה עצמו אין בו לכאורה כל חידוש. אולם ראוי לסייג את הדברים, כפי שעולה מדבריו של זמיר[7]: "קפיצת הדרך המשמעותית בהתפתחות כללי ההתאמה בשיטות המשפט השונות נעשתה ברגע שבו הכירו בקיומם של חיובי התאמה החלים על החייב אף בהיעדר הסכמה אקטואלית של הצדדים. היצירה וההכרה בכללי התאמה דיספוזיטיביים, החלים מכוח החוק, גם אם לא הוכחה התחייבות מפורשת או משתמעת של החייב, ובהיעדר מירמה מצידו, מסמנות את המעבר מהשקפה של 'ייזהר הקונה', לתחילת ההכרה בעקרון ההתאמה בקיום חיובים. ככל שתחולתם של אותם כללים דיספוזיטיביים רחבה יותר, כן מתעצמת ההכרה בעקרון ההתאמה. בכללים אלה טמונה תרומתו הייחודית של עקרון ההתאמה מעבר לעקרון הבסיסי שלפיו חוזים יש לקיים" (ההדגשות שלי — מ"ו). ובמקום אחר הוא אומר[8]: "כללי ההתאמה החשובים ביותר הם אלה שאינם מסתפקים בהתאמת הקיום למה שהוסכם בפועל בין הצדדים, אלא משלימים הסכמה זו באמות מידה דיספוזיטיביות להתאמת האובייקט". כך לדוגמה, סעיף 11(3) לחוק המכר, התשכ"ח־1968, קובע שהמוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר לקונה נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה המיוחדת המשתמעת מן ההסכם, וזאת אף שתנאים אלה לא הותנו בין הצדדים במפורש. בדיוננו נראה, שקפיצת הדרך שזמיר מדבר עליה נעשתה על ידי המשפט העברי לפני זמן רב, ובעצם, יסודה כבר במקרא: "וכי תמכרו ממכר לעמיתך, או קנה מיד עמיתך, אל תונו איש את אחיו... ולא תונו איש את עמיתו, ויראת מאלקיך, כי אני ה' אלקיכם"[9] (ויקרא כה, יד־יז).

סעיף 6 שלפנינו אינו מחיל הוראות השלמה מן הסוג שזמיר מדבר עליהן אלא בצורה מסויגת. הוא מסתפק בדרישה להתאמת הקיום למה שהוסכם מכל בחינה שהיא — "או מבחינה אחרת למה שהוסכם" — כולל אפוא התאמה לשימוש המוסכם. זמיר[10] קובל על "חסרונה של דרישת התאמה לשימוש רגיל [כלומר, שימוש שלא הוסכם עליו]... וחסרונה של הוראה בדבר פגמים בזכות". הוא אומר[11]: "ענין זה, שלא הוסדר בסעיף 6, מהווה פער חמור... פער זה יש למלא בדרך של היקש מסעיף 11(3) לחוק המכר".

ג. התרופות בשל אי־קיום חובת ההתאמה הן התרופות המקובלות בכל מקרה של הפרת חוזה, כלומר, אכיפה, ביטול ופיצויים, לפי הכללים הקבועים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970. בשונה מחוק המכר, הסעיף אינו מזכיר את תרופות הניכוי והתיקון העצמי[12].

ד. להלן נדון במכלול הבעיות שסקרנו כאן. תחילה נדון ביסודה ובהיקפה של חובת ההתאמה. כפי שנראה, המשפט העברי דורש סטנדרט מינימום של התאמה, ועל כן הוא קובע

[6] פרק חמישי.

[7] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 205־206.

[8] שם, עמ' 382. וראה גם מה שכתב בעמ' 179־180.

[9] להלן נראה, שכוונת המקרא אינה להונאה בכוונת זדון דווקא.

[10] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 283. וראה עוד שם, בעמ' 212, 213, 254.

[11] שם, עמ' 224.

[12] ראה על כך, זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 333. וראה דיוננו על סעיף 9, במה שנוגע לתיקון עצמי, פרק שני, עמ' 163.

הוראות השלמה מעבר לדברים המוסכמים באופן מפורש בין הצדדים. לאחר מכן נבדוק מהו המועד הקובע לעניין קביעת אי־התאמה, ומהן התרופות העומדות לרשות השוכר בגין הפרת חובת ההתאמה. ולבסוף נדון בסייגים לחובת ההתאמה, כגון כשידע השוכר על אי־ההתאמה בשעת כריתת ההסכם, וכדומה.

פרק שני

חובת ההתאמה, יסודה והיקפה – "למה שהוסכם בין הצדדים"

א. כללי

החובה הבסיסית המוטלת על המשכיר היא כמובן להעמיד לרשות השוכר מושכר המתאים למוסכם ביניהם. אם העמיד לו מושכר אחר, כגון שהשכיר לו מכונית והעמיד לרשותו אופנוע, יש לשוכר עילה לביטול העסקה[13], לפי שנראה בעליל שהקיום אינו מתאים למוסכם[14].

כאן עלינו לחזור שוב[15] להבחנה בין השכרת נכס מסוים להשכרת נכס בלתי מסוים. אם הוסכם על השכרת נכס מסוים ומוגדר, אין ספק שמסירת נכס אחר מהווה הפרה של ההסכם[16]. אולם יש שהשוכר והמשכיר אינם מסכימים על שכירות נכס מסוים, כי אם על סוג המושכר נשוא השכירות. שכירות מן הסוג הזה ידועה במקורות כשכירות מושכר "סתם", להבדיל משכירות מן הסוג הראשון הידועה כשכירות "מושכר זה". בשכירות "סתם", יש שהצדדים אינם מסתפקים בתיאור גס של המושכר (כגון "בית" סתם, "ספינה" סתם, "מכונית" סתם, וכדומה), אלא הם מתארים אותו ביתר פירוט. הם עשויים להגדיר את המושכר על פי "סוגו, תיאורו, איכותו ותכונותיו", הגדרה שתכלול את כל המרכיבים הללו או חלקם. לדוגמה, "דירה בת ארבעה חדרים", "מכונית משפחתית עם גיר אוטומטי", "דירה בת שני חדרים המשקיפה אל הים", וכדומה. אמנם השכירות אינה מתייחסת לנכס ספציפי, אולם המשכיר חייב לעמוד בהתחייבותו ולספק לו מושכר שיש לו אותן תכונות שתוארו על ידו[17].

כבר הערנו[18], בעקבות זמיר, שהסעיף אינו מדבר אלא על חובה זו של המשכיר למסור לשוכר נכס מתאים מכל הבחינות למה שהוסכם, וציינו שזמיר קובל על היעדר הוראות

[13] ראה: כסף משנה, הלכות מכירה, פרק טו, הלכות א־ב, ד"ה המוכר לחברו. והשווה: תוספתא, בבא מציעא ז, ט: "המשכיר בהמה לחבירו, לא ישנה לו את הבהמה. השכיר לו חמור, לא יושיבנו על הפרד; פרד, לא יושיבנו על הסוס; סוס, לא יושיבנו בקרון". הובא באור זרוע, בבא מציעא, פרק ו, סימן רס.
לשאלה אם על פי המשפט העברי עומדות לרשותו תרופות אחרות, כגון אכיפה, ניכוי, תיקון עצמי או פיצויים, ראה להלן.

[14] לשאלה אם מסירת מושכר לא מתאים כמוה כאי־מסירה וממילא כאי־קיום ההסכם, או שמא על אף אי־ההתאמה המשכיר נחשב בכל זאת כמי שקיים את חובת המסירה, ראה להלן, הערה 131, דברי זמיר. והשווה דברי "נתיבות המשפט", להלן, ליד ציון הערה 93.

[15] את ההבחנה הבסיסית הזאת כבר ראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 1, פרק שישי, ב, עמ' 35.

[16] ראה לדוגמה: שו"ת הראנ"ח, סימן מא. להלן נבדוק אם המשכיר רשאי למסור לשוכר נכס אחר הזהה לנכס המובטח, או שגם זה ייחשב למקח טעות.

[17] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז.

[18] לעיל, ליד ציון הערה 10.

השלמה, שתבואנה להגדיר סטנדרט של קיום מתאים שאינו מסתפק בדרישה לקיום בהתאם למוסכם בלבד.

במשפט העברי, חובת המשכיר אינה מתמצית בהעמדת הנכס המוסכם לרשות השוכר. תנאי נוסף לקיום העסקה הוא, שהמושכר יהיה נקי מכל מום. מום במושכר היה הופך את העסקה למקח טעות. וכך מנסח הרמב"ם[19] את הדברים בהלכות מכירה: "המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא". וכן הדין בשכירות, "שהשכירות, מכירה בת יומה היא"[20]. השוכר הסכים לעסקה משום שהניח שהוא יקבל נכס נקי מכל מום, "שכל הלוקח סתם [בלי לפרט תנאים], אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום"[21]. נמצא שרק מסירת נכס נקי מכל מום מהווה קיום מתאים של העסקה. הספקת מושכר שיש בו מום יכולה לשמש עילה לביטול העסקה, משום שהיא אינה מתאימה לציפיותיו הסבירות של השוכר, וזאת, אף שהיעדר מומים לא צוין באופן פורמלי ובמפורש בהסכם שבין הצדדים. המשפט העברי שולל תכלית השלילה את הגישה האנגלית ולפיה הכלל בעסקים ובמשא ומתן בין הבריות הוא "ייזהר הקונה". אצלו, שולט הכלל ההפוך, "יזהיר המוכר": "אם יש מום במקחו, צריך להודיע ללוקח"[22].

יש להוסיף שהגדרת "מום" אינה הגדרה נוקשה, ואף שנאמרו בעניין זה מספר עקרונות יסוד, כפי שנרחיב על כך להלן (כגון שהמושכר צריך להיות ראוי לשימוש וראוי למטרת השכירות), העיקרון הקובע הוא מנהג המדינה: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה — מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום — הרי זה אינו מחזיר, אלא אם פירש. שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך"[23]. על כגון זה נאמר, "מנהג מבטל הלכה".

על פי המתואר לעיל עולה, שתפיסת דיני התאמה שבחוק, עולה בקנה אחד עם דיני מקח טעות שבמשפט העברי. אולם חשוב לציין, שבמשפט העברי קיים אופן נוסף של מקח טעות, והוא כאשר המושכר מתאים בדיוק לציפיותיו של השוכר, אלא שהייתה הונאה במחיר, היינו שהמחיר שהוסכם עליו לא התאים לערכו הריאלי של הנכס. גם זה נקרא מקח טעות, משום שההנחה היא שהצד שהונו אותו, אילו היה יודע את המחיר האמיתי לא היה מסכים לעסקה במחיר הונאה שכזה[24]. החוק המודרני עדיין לא הגיע להכרה בחובת הגינות כה מרחיקת לכת,

[19] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג.

[20] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה יז. ומוסיף שם הכסף משנה, ש"השכירות דומה היא למכר בכל ענייניו". וראה גם: בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה השוכר את הבהמה. המאירי אומר שם, אגב דיונו: "אם אירעה כן [שחלתה הבהמה המושכרת] קודם ששכרה [כלומר, לפני מעשה קניין], הרי זו שכירות של טעות, והרי זה אומר לו, בהמה ראויה למלאכתי שכרתי".

[21] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ו. וראה גם: נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ב: "שחזקה אין אדם קונה דבר שיש בו מום".

[22] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכח, סעיף ו.

[23] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יט. והשווה: סעיף 3 לחוק.

[24] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה יז. בכגון זה זכות הביטול נתונה הן לקונה (אם קנה ביוקר יותר מדי) הן למוכר (אם מכר בזול יותר מדי). יש לציין שלמעשה קיימים הבדלים חשובים בין הונאה למום. על אחד מהם ראה: מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג.

ולגבי המחיר הוא דוגל עדיין בשיטה של "ייזהר הנפגע"[25]. סוגיית האונאה במחיר אינה מעניינו כאן, ולא הזכרנו אותה אלא כדי להשלים את התמונה ביחס למקח טעות[26].

חשוב להדגיש, שהיסוד המשפטי לחובת ההתאמה אינו אשמתו של המשכיר או רמאותו, אלא הסכם מכללא בין הצדדים. כדי שיוכל לבסס תביעה בגין מקח טעות, השוכר אינו צריך להוכיח כל רמאות, אשם או אפילו רשלנות מצד המשכיר. העילה מבוססת על העובדה שהמשכיר לא סיפק נכס המתאים לציפיותיו הסבירות של השוכר, ציפיות הנחשבות כמוסכמות ביניהם מכללא. גם אם הוא אינו יודע שנכסו פגום, ואפילו שלא יכול היה לדעת על כך, אחריות ההתאמה עליו. כך עולה ממקורות רבים בדיני מכר. להלן נביא שניים מהם. השולחן ערוך[27] פוסק: "המוכר בהמה לחבירו לטבחה, ושחטה ונמצאת טרפה, אם נודע בודאי שהיתה טריפה כשלקחה... הוי מקח טעות, וצריך להחזיר הדמים", וזאת אף כשהמוכר לא יכול היה לדעת על הטרפה בשעת המכר. כך עולה גם מתשובתו של הרא"ש[28] בעניין שמעון שקנה בתים מראובן לאחר שראה אותם ומצא אותם מתאימים לו, ולפני גמר העסקה ובלא ידיעתם של הצדדים, נכנסו לבתים פורעים שגרמו נזקים שונים לבתים. משנודע הדבר לקונה, הוא מבקש לחזור בו מהעסקה בטענת מקח טעות, ואילו המוכר מבקש את קיום העסקה תוך שהוא מתחייב לשאת בהוצאות תיקונם של הליקויים שנגרמו לבתים לפני גמר העסקה. הרא"ש דוחה את תביעת הקונה, ונימוקו: "אם אירע קצת קלקול, מום עובר הוא, ובדמים שהוא מנכה לו, יחזור הבית לקדמותו, ואין כאן מקח טעות". מכאן אפשר להסיק (גם לגבי שכירות), שאם המום לא היה ניתן לתיקון, היה בזה עילה לטענת מקח טעות, וזאת אף שבנסיבות העניין המוכר לא ידע כלל, ולא יכול היה לדעת, על קיום המומים בשעת גמר העסקה[29]. חובת ההתאמה המוטלת על המשכיר היא אפוא גם על דברים שלא יכול היה לדעת עליהם[30].

[25] ראה: חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיפים 14-15, בעניין מי שהתקשר בחוזה עקב טעות או הטעיה מכוונת של הצד השני. ס"ק (ד) לסעיף 14 מדגיש: "טעות לענין סעיף זה וסעיף 15 — בין בעובדות ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העיסקה".

[26] על דיני הונאה באופן כללי ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרקים יב-יג; שולחן ערוך, חו"מ, סימנים רכז-רלא. אמנם הרמב"ם, שם, פרק יג, הלכה יד, פוסק: "כשם שאין לקרקעות הונייה, כך שכירות קרקע אין לו הונייה". אולם הרמב"ן בפירושו לתורה (ויקרא כה, טו) מסביר, שאיסור הונאה יש גם במקרקעין, אלא שבמקרקעין, בניגוד למיטלטלין, אין להונאה השלכות משפטיות, והיא אינה עילה לביטול העסקה והחזרת הממון. ובלשונו: "למדנו שיש באונאה דין מיוחד במטלטלין שאינו נוהג בקרקעות, והוא חזרת הממון, אבל אזהרת הלאו נוהגת בכולן" (ויש אפילו דעות שלמעלה מחמישים אחוז יש הונאה גם במקרקעין. ראה: רמ"א, חו"מ, סימן רכז, סעיף כט). וראה עוד בעניין זה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק תשעה-עשר, סעיף א, ומקורות, שם, ס"ק ג, וראה גם: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער ראשון, עמ' 21.

[27] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יא.

[28] שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ו.

[29] וכך אפשר להוכיח גם מסוגיית ספסירא (סרסור, מתווך), בבא מציעא מב ע"ב. ספסירא הוא מי "שלוקח מזה ומוכר לזה, ואינו משהה המקח עמו, ולא ידע המום" (לשון הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יא). אמנם נקבע, שאם נגרם נזק לממכר כתוצאה מהמום, הספסירא אינו נושא באחריות, משום "שהיה על הלוקח לבדוק... והואיל ולא עשה, הוא — הלוקח — הפסיד על עצמו" (רמב"ם, שם). אולם משמע שאילו היה הקונה בודק ומוצא מום במקח, היה רשאי לבטל את העסקה בטענת מקח טעות. וראה להלן, בדיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 9. העדפנו להביא בפנים את המקורות שהבאנו אף שאינם מן התלמוד, משום

משהוברר היסוד המשפטי לחובת ההתאמה, ניגש עתה לדיון בהיקפה של חובה זו. נפתח בשאלות אחדות הקשורות לקיום החוזה בהתאם למוסכם, ולאחר מכן נדון בדרישות קיום שההלכה מטילה על המשכיר, אף כשלא הוסכם אודותן בין הצדדים במפורש.

ב. חובת התאמה למוסכם — "סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו"

(1) מושכר מסוים ("בית זה")

הוסכם על שכירות נכס ספציפי, שיטת הרמ"ה[31] היא, שהמשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר את הנכס שהוסכם עליו, ואין הוא יוצא ידי חובה אם הוא מוסר לו נכס אחר, אפילו שאותו נכס דומה ממש לנכס המוסכם: "המשכיר חמור זה [או ספינה זו], אין יכול לדחותו וליתן לו חמור אחר או ספינה אחרת". הסמ"ע[32] טוען, שדעת הרמ"ה אינה מקובלת על הרא"ש[33]. לדעתו, "המשכיר חמור זה יכול לדחותו ליתן לו חמור אחר הטוב כזה". פירוש הדבר, שאם המושכר מתאים מבחינת סוגו, תיאורו, איכותו ותכונותיו לנכס שהוסכם עליו, אין לשוכר עילה לביטול החוזה. לעומתו, "קצות החושן"[34] סבור שהרא"ש מסכים עם הרמ"ה. הוא מסביר, שמאחר שהשכירות היא כמכר ליום, אין כל יסוד משפטי לאפשר למשכיר להעמיד נכס שונה מזה שעליו נכרת הסכם השכירות, אפילו אם הנכס החליפי דומה מכל הבחינות לנכס המקורי. נבחן לרגע מחלוקת זו בדעת הרא"ש.

אם נעשה מעשה קניין בר תוקף, שיטת "קצות החושן" נראית משכנעת יותר מזו של הסמ"ע. זכות השכירות על המושכר עברה עם מעשה הקניין אל השוכר, והוא רשאי לממש את זכותו (בדיני מכר לא מצאנו שהמוכר רשאי להמיר את הממכר בנכס זהה). לעומת זאת, אם לא היה מעשה קניין בר תוקף, אלא רק משא ומתן והתחייבות להשכיר, ובשעת ביצוע העסקה העמיד המשכיר לרשות השוכר נכס אחר הזהה מכל הבחינות לנכס המוסכם, ייתכן שהמצב שונה. במקרה כזה הזכות על המושכר המוסכם טרם עברה לרשות השוכר, ועל כן

ששם ברור בעליל שהמוכר לא היה יכול בשום פנים לדעת על קיום אי־ההתאמה, ואף על פי כן יש כנגדו עילה בגין מקח טעות.

[30] אף שראינו כאן שידיעתו של המוכר או המשכיר על קיום אי־התאמה אינה מעלה ואינה מורידה מאחריותו, נראה שיש אולי מקום לסייג את הדברים ולטעון, שאין זה אלא כשאי־ההתאמה מקורה בגוף הנכס עצמו. לעומת זאת, אם אי־ההתאמה נגרמת כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני, נראה שאז אפילו שניתן להוכיח שאותו גורם כבר היה קיים בשעת ביצוע העסקה, אם המוכר או המשכיר לא היה מודע לקיומו, אין לקונה או לשוכר עילה בגין מקח טעות. לביסוס הבחנה זו, ראה להלן, הערה 59, וליד ציון הערה 62.

[31] מובא בטור, חו"מ, סימן שיא, סעיף ד.

[32] סמ"ע, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב.

[33] הרא"ש, מובא בטור, חו"מ, סימן שיא, סעיף ד. וראה: שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עג, שדן במקרה דומה (הושכרה חנות מסוימת, והמשכיר מבקש למסור תחתיה חנות אחרת הזהה לה), ומוכיח שכך סבור גם מרדכי, בבא בתרא, פרק השותפין, סימן תעב; וכך סבור גם, חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה בסמ"ע (הובא גם בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שיא, ס"ק א).

[34] קצות החושן, סימן שיא, סוף ס"ק א; וכן סימן שיב, ס"ק ז. וראה בשו"ת אגרות משה (לעיל, הערה 33), שהעיר על סתירה לכאורה בדעת הש"ך, שבסימן שיא, ס"ק א, משמע שסובר כ"קצות החושן", ואילו בסימן שיב, ס"ק ה, משמע שסובר, שכל עוד לא נטל השוכר חזקה במושכר, המשכיר יכול להציע לו מושכר חלופי. וראה דיוננו על סעיף 7, הערה 134. וצריך עיון. להרחבת דברים בשאלה זו, ראה עוד: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, הערה ו.

ייתכן שבית הדין לא יראה בהעמדת נכס זהה משום הפרת התחייבות, והוא לא יעמוד על כך שהמשכיר ימסור את הנכס המוסכם דווקא, כשלא נודעת משמעות לזהות המושכר. וצריך עיון.

אמנם לא נראה שזו הייתה כוונת הסמ"ע, שכן דבריו אמורים לכאורה גם לאחר שנעשה מעשה קניין. נראה אם כן לומר, שלפי הסמ"ע יש מקום להבחין בין שכירות למכר. במכר עיקר העסקה היא העברת הבעלות על גוף הממכר, ובאמת, משעבר הממכר לרשות הקונה, לאחר מעשה הקניין, אין כל אפשרות להחליפו אפילו לא בנכס זהה. בשכירות, לעומת זאת, עיקר הזכות שרוכש השוכר היא זכות שימוש במושכר, ואילו גוף המושכר נשאר בבעלותו של המשכיר. הגוף הוא משני לעומת השימוש. על כן לפחות כל זמן שהמושכר אינו ברשות השוכר, אין מניעה שהמשכיר ימסור לשוכר את זכות השימוש שרכש באמצעות נכס אחר. וצריך עיון.

(2) מושכר בלתי מסוים ("בית" סתם)

בדיוננו על סעיף 1 ראינו, שעל פי רוב הראשונים, השכרת נכס בלתי מסוים משמשת במקורות התלמודיים לציון שכירות שבה המשכיר נוטל על עצמו התחייבות להעמיד מושכר לכל תקופת השכירות. במילים אחרות, השכרת נכס בלתי מסוים כמוה כהתחייבות מצד המשכיר, שאם ייפגם השימוש במושכר, הוא יעמיד מושכר חלופי לרשות השוכר.

צריך לציין, שמכאן אין להסיק, ששכירות בלתי מסוימת היא שכירות שבה חובת ההתאמה היא חובה נמשכת. ניתן בקלות להוכיח שמסקנה זו אינה מדויקת. לדוגמה, כפי שנראה להלן, חובת ההתאמה המוטלת על המשכיר חמור, אוסרת עליו למסור לשוכר חמור חולה או שוטה, שהעבודה בו קשה[35]. לעומת זאת, אם נמסר החמור כשהוא בריא וחלה באמצע תקופת השכירות, המשכיר אינו חייב להעמיד לרשות השוכר חמור חלופי, כל עוד אפשר, ולו בדוחק, להשתמש בו ולהשלים אתו את מטרת השכירות[36]. מכאן, שבשכירות סתם, אין זה מדויק לדבר על חובת התאמה נמשכת[37]. יחד עם זאת, נכון הוא באופן כללי לומר, שאחריותו של המשכיר נכס בלתי מסוים היא אחריות כבדה.

אולם להשכרת נכס בלתי מסוים יש גם צד של קולא למשכיר, וזאת דווקא בתחום חובת ההתאמה, שאנו עסוקים בו. מאחר שהשכירות אינה חלה על נכס מסוים, המשכיר חופשי יותר במילוי התחייבותו, כלומר היקף חיובי ההתאמה המוטלים עליו מצומצמים יותר. אם המושכר לא הוגדר אלא באופן כללי, ייצא המשכיר ידי חובתו בהעמדת מושכר העונה לאותה הגדרה, וקיום מינימלי ייחשב לקיום מתאים. כך עולה מדברי השולחן ערוך[38], כשהוא דן בחיובי המשכיר בית ובאמצע תקופת השכירות נפל הבית: "ואם אמר לו בית סתם, ונפל, חייב לבנותו, או יתן לו בית אחר. ואם היה קטן מהבית שנפל, אין השוכר יכול לעכב עליו, והוא שיהיה קרוי בית, שלא השכיר אלא בית סתם". הלכה זו, לפיה די בקיום מינימלי[39], מקילה

[35] ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק א.

[36] רמ"א, חו"מ, סימן שי, סעיף א. וראה בהרחבה דיוננו על סעיף 10, פרק שלישי, ב(1), עמ' 183.

[37] הוכחה נוספת לכך ראה להלן, הערה 53. אולם ראה להלן, הערה 75.

[38] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז. וראה גם: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ז.

[39] בשאלה זו, כיצד יש לקיים חיוב למתן נכס שלא הוסכם על טיבו? נחלקו הראשונים. הדיון בראשונים נסב על דין מוכר "שור" או "בית" סתם. חלק מן הראשונים סוברים שהמוכר צריך לקיים את העסקה במתן שור מאיכות בינונית. כך הם לדוגמה דברי נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שביעי (נב ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה משמנין: "אבל שור סתם [אני מוכר לך], נותן לו בינוני". על פי דבריו שם, דעה זו היא גם דעת הר"ן

עם המשכיר יותר מהחוק. על פי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 45, "חיוב למתן נכס או שירות שלא הוסכם על סוגם או טיבם, יש לקיים במתן נכס או שירות מסוג או מטיב בינוניים". ייתכן שלהוראת חוק זו יש השלכה על ההלכה העברית, שכן כפי שראינו לעיל, בשאלות של מקח טעות, הקובע הוא מנהג המדינה: "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה, מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום, הרי זה אינו מחזיר, אלא אם פירש. שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך"[40].

פעמים שבמקום תיאור המושכר והגדרת תכונותיו, השכירות נעשית על פי דגם: "מושכר כזה אני משכיר לך". כאן, עלולים להתגלע חילוקי דעות בין השוכר והמשכיר בדרך הפרשנות של ההסכם. המשכיר עלול לטעון, שלא התכוון אלא לתכונה מיוחדת של הדגם ולא לכלל התכונות שלו. אולם ההלכה היא שההסכם מתפרש לטובתו של השוכר. כך נפסק[41] בעקבות התלמוד[42]: "אם אמר לו, בית כזה אני משכיר לך, חייב להעמיד לו בית כמדת ארכו ומדת רחבו של בית זה שהראהו, ואינו יכול לומר לו: 'לא היה ענין דברי אלא שיהיה קרוב לנהר או לשוק או למרחץ, כזה'. אלא חייב להעמיד לו בית כמדתו וכצורתו".

ג. חובת התאמה בהיעדר הסכמה

(1) התאמה לשימוש רגיל ולמטרת השכירות

א. כבר הבאנו לעיל[43], מדברי זמיר, שעיקר הבשורה שבהוראות ההתאמה בחוק המכר ובשאר חוקי החוזים הספציפיים (שכירות, קבלנות), אינו בעצם הקביעה שעל החייב לעמוד בתנאי התחייבותו, אלא בקביעת סטנדרטים בסיסיים המגדירים מהו קיום מתאים, גם כאשר הדבר לא הוסכם בין הצדדים במפורש. כך לדוגמה, סעיף 11(3) לחוק המכר קובע, שהמוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר לקונה נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה המיוחדת המשתמעת מן ההסכם, וזאת אף שתנאים אלה לא הותנו במפורש בין הצדדים. וכך קובע גם סעיף 18 לאותו חוק, ש"המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי". זמיר מבקר את חוק השכירות על כך שהוראות מקבילות הושמטו מסעיף 6.

ב. המשפט העברי סבור גם הוא, שקיום ההסכם צריך להיות ברמה סבירה המתאימה לשימוש רגיל או למטרה שלשמה הושכר המושכר, וירידה מתחת לאותה רמה כמוה כאי־קיום ההסכם — "מקח טעות". כך עולה לדוגמה כבר מן המשנה[44]: "המשכיר בית לחבירו; המשכיר חייב בדלת, בנגר ובמנעול ובכל דבר שמעשה אומן. אבל דבר שאינו מעשה אומן, השוכר

והרא"ה. וכן נראה גם דעת הריטב"א, נדרים נו ע"א, ד"ה כתב רבינו (=יט ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה הדין). אולם ראשונים רבים אחרים חולקים על כך וסוברים שדי בקיום מינימלי. ראה: תוספות, נדרים נו ע"א, ד"ה בבית; רמב"ן, שם (יט ע"א בדפי הרי"ף); רא"ש, שם, פרק שביעי, סימן ג. להלכה נפסק כדעה האחרונה (ראה נימוקי יוסף, נדרים, פרק שביעי, יט ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה מעולה שבנכסיו), ולכן אותה הבאנו בפנים. בעניין זה ראה עוד: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק שנים־עשר, סעיף א, מקורות וביאורים שם.

[40] ראה לעיל, הערה 23.

[41] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז. וראה גם: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ז.

[42] בבא מציעא קג ע"א.

[43] לעיל, ליד ציון הערה 7.

[44] משנה, בבא מציעא ח, ז; קא ע"ב.

עושהו". וכעין זה בברייתא[45]: "המשכיר בית לחבירו; משכיר חייב להעמיד לו דלתות, לפתוח לו חלונות, לחזק תקרה, לסמוך לו קורה. ושוכר חייב לעשות לו סולם, לעשות לו מעקה, לעשות לו מרזב, להטיח את גגו". לפי רבים מן הראשונים[46], חובות אלה אינן אלא חובות התאמה. כלומר, המשכיר דירה חייב להעמיד לרשות השוכר דירה ראויה למגורים, והתכונות המנויות הן התכונות הדרושות כדי להגדיר את הבית כראוי למגורים. וזה לשון "נימוקי יוסף"[47]: "דכיון דלדירה אמר ליה, ולא חזיא [=ראויה] לדירה אלא בדברים הללו, הרי זה כאילו התנו במפורש". כיוצא בזה אומר "נתיבות המשפט"[48] בעניין השכרת חמור: "לכתחילה אם יש לו חמורים רבים, אינו יכול ליתן לו חמור חולה או נשתטית". כלומר, המשכיר חמור חייב להעמיד לרשות השוכר חמור בריא, אף שהצדדים לא התנו על כך במפורש בעת כריתת ההסכם. אף נאמרה הלכה, "אין אדם רשאי לדוש בפרתו ערבית ולהשכירה שחרית"[49].

[45] בבא מציעא קא ע"ב.

[46] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ו; חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה גמרא המשכיר חייב להעמיד; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה המשכיר בית. וראה גם: בית הבחירה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה אמר המאירי. והשווה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פט, בשם תשובת בעל שו"ת חלקין חדתין, בדיוננו על סעיף 7, הערה 100, והערה 118.

[47] נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה המשכיר בית.

[48] נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק א. מלשון "נתיבות המשפט" לא ברור מה הדין אם אין לו אלא חמור חולה, וכן מלשונו "לכתחילה", נראה לכאורה שבדיעבד אין כאן עילה למקח טעות. וצריך עיון.

[49] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף ז. המקור להלכה זו הוא בתוספתא, בבא מציעא ח, ב. וראה גם: מרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שמג: "לא יחרוש אדם בפרתו בלילה וישכירנה ביום... מפני שממעט במלאכתו של בעל הבית". את ההלכה הזו הוא מביא בשם הירושלמי.

את הדברים שראינו עד כה, שהמשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר שאין בו כל מום הפוגע בשימוש הרגיל או במטרת השכירות, מן הראוי להשוות לדברים שאמר הרשב"א בעניין השוכר חמור למשא, ולא עמד החמור במשימה, ומת באמצע הדרך. התלמוד (בבא מציעא עט ע"א) מביא הלכה בשם רב: "השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך, נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת". לפי התלמוד, שם, דברי רב אמורים בשכירות חמור מסוים, ומשום כך המשכיר אינו חייב להעמיד לרשות השוכר חמור אחר. בשיטה מקובצת, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה וזה לשון הרשב"א, מובאת שאלתו של הרשב"א: "כיון שמתה, מאי תרעומת אית ליה עלויה? [=איזו תרעומת (תביעה מוסרית) יש לו עליו?]" והוא מתרץ: "נראה לי, דתרעומת על שמסר לו חמור רעוע כזה, ולומר [כלומר?], שהוא, שהיה בעליו, היה מרגיש בו שאינו בריא ומסרו לו" (והשווה: רש"י, שם, ד"ה אלא תרעומות). התרעומת היא אם כן על כך שהמשכיר ידע כנראה שחמורו כחוש, ובכל זאת מסר אותו לשוכר. מדברי הרשב"א עולה לכאורה, שאף על פי כן, אין כאן עילה למקח טעות, אלא רק תרעומת, תביעה מוסרית, ותו לא. מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם מה שהעלינו בפנים, שמסירת חמור שאינו בריא היא בגדר מקח טעות. אולם נראה שאין כאן סתירה: לשוכר אין אלא תרעומת, משום שאינו יכול להוכיח שהמשכיר מסר לו חמור חלש, זו אינה אלא השערה, ומשום כך אין כאן עילה למקח טעות.

פירוש כזה קשה לתת בדבריו של "חזון איש" על אותה סוגיה (ראה: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י): "ואפשר דהתם איירי שהחמור היה חלש, שהרי אמר דיש לו תרעומת, ונהי דלא חשיב מום, מכל מקום לא נתחייב בכל השכירות, ואפשר דחשיב מום, ומכל מקום חייב בשכר חצי הדרך שהלך". מדברי ה"חזון איש" עולה אפוא, שברור שהחמור היה חלש, ואף על פי כן הוא מתלבט בשאלה אם מסירת חמור כזה, שלא עמד במשימה שלשמה הושכר, היא בגדר מקח טעות או לא. אולם בכל זאת נראה שאין סתירה בין דברי ה"חזון איש" לבין מה שהעלינו בפנים: ראשית, אפשר שחמור חלש אינו מוגדר כמום אלא כקיום מינימלי, שכן לא מדובר כאן בחמור חולה אלא בחמור חלש, וכפי שהערנו על כך לעיל (ליד ציון הערה 38), קיום מינימלי אינו מקח טעות. שנית, אפשר שחמור כחוש אכן נחשב כמום במושכר, ומשום

ג. אי־התאמה אינה רק מום בגוף המושכר עצמו. אי־ההתאמה עשויה להיגרם גם כתוצאה מדברים שקורים מחוץ למושכר ומפריעים לשימוש הסביר בו. בפס"ד פרפורי[50] נדון המקרה הבא: השוכר שכר מבנה תעשייה במטרה להקים בו מפעל לצביעת בדים. לטענתו, לאחר שקיבל את החזקה במבנה, התברר לו, שבקרבת מקום מופעלת מגרסה שהאבק הנפלט ממנה מזיק לתהליך הצביעה. השוכר פינה את המושכר וביקש להיפטר מתשלום דמי השכירות. בפסק הדין סברו רוב השופטים, שדרישת סעיף 6, ולפיה על המושכר להיות מתאים גם "מבחינה אחרת למה שהוסכם", כוללת גם הפרעה מאבק שמקורו במקור חיצון[51].

מקרה דומה לזה הגיע לפני הרשב"א[52]. אדם שכר דירה, ומתחת הדירה הייתה חנות של נחתומים, שהעשן הנפלט ממנה מפריע למגורים במושכר. הרשב"א קובע גם הוא, שאם השוכר לא ידע על קיום המטרד כששכר את הדירה, הוא יכול לטעון למקח טעות ולחזור בו מהעסקה. "כשלא ידע, יכול לחזור בו, דסתמא דמילתא על דעת כן (לא) שכר, שאין אדם עשוי לסבול נזקים כאלו"[53].

ד. ממה שראינו עד כה עולה, שלא זו בלבד שהמשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר נכס המתאים לשימוש רגיל ולמטרה שלשמה שכר את המושכר, אלא חובת ההתאמה פְּרוּשָׂה גם על גורמים חיצוניים למושכר, כשאלה משפיעים על השימוש הרגיל במושכר או על המטרה שלשמה הושכר. על פי זה, המשכיר לא יצא ידי חובתו אם השכיר לאדם נכה דירת מגורים בקומה עליונה, כשאין מעלית בבניין, ואין הוא יכול להגיע לדירה. מאחר שהמשכיר ידע שהשוכר לא יוכל לעשות שימוש בדירה בלא מעלית, הוא הפר את חובתו כלפיו, אף על פי שאין דופי בדירה עצמה, והנכה יכול לטעון למקח טעות[54].

כך השוכר פטור מהמשך תשלום דמי השכירות. אולם מאחר שעם גילוי המום נעלם המושכר עצמו (החמור מת), למום מעין זה אין נפקות מעשית רבה. על חצי הדרך שעשה, חייב לשלם; ועל מניעת שאר הדרך, אין לו עליו אלא תרעומת. ואם כך, גם כן אין סתירה לדברינו.

ייתכן, שהתלבטות ה"חזון איש", אם לראות במסירת חמור כחוש משום מקח טעות אם לאו, נובעת מכך שבשכירות מאחר שהשוכר רוכש זכות שימוש, הרי מסירת חמור כחוש לא נחשב אפילו לקיום מינימלי. כלומר, אולי סטנדרט הקיום מבחינת שימושיותו של הנכס צריך להיות גבוה יותר בשכירות מבמכר. כעין סברא זו ראה: חידושי הריטב"א, נדרים נו ע"א, ד"ה כתב רבינו (=יט ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה הדין). ואולי זהו הנימוק שעומד ביסוד ההלכה הבאה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רכ, סעיפים ב־ג: "המוכר את הקרון, לא מכר את הפרדות בזמן שאינם קשורות עמו... יש אומרים דהני מילי [=שדברים אלו] במוכר. אבל במשכיר את הקרון, השכיר גם הפרדות אף על פי שאינם קשורות עמו" (אולם ראה שם: סמ"ע, ס"ק ח, שתולה את ההבחנה בין מכר לשכירות במנהג).

[50] ע"א 240/77 שלמה כרמל נ' פרפורי ושות' בע"מ, פ"ד לד(1) 701.

[51] אף על פי כן נדחתה התביעה. ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 102. נציין, שהשופטת בן־פורת השאירה שאלה זו בצריך עיון (ראה שם, עמ' 708, מול האות ד): "למען הזהירות יצויין שאין ללמוד מדברי, כי לפי השקפתי מטרד הנגרם בידי זר, אשר למשכיר אין כל שליטה עליו, יכול אף הוא ליצור 'אי־התאמה' במסגרת המילים 'או מבחינה אחרת', של סעיף 6 לחוק השכירות. זו שאלה נכבדה שמוטב להשאירה בצריך עיון". וראה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 199. וראה דיוננו להלן, סעיף 10, הערה 28.

[52] שו"ת הרשב"א, חלק שישי, סימן רכה. על תשובה זו ראה עוד להלן, פרק חמישי, ב, עמ' 115.

[53] אם פגם זה היה מתהווה במהלך השכירות, לא ברור אם היה בו עילה מצד השוכר לביטול החוזה, משום שמדובר בפגם שאינו קשור למושכר עצמו. ראה על כך, דיוננו על סעיף 15, פרק שני, ב, עמ' 302. והשווה פס"ד פרפורי (לעיל, הערה 50). כאן בא לידי ביטוי נוסף ההבדל בין חובת ההתאמה המוטלת על המשכיר בתחילת השכירות לבין חובת המשכיר במהלך השכירות.

[54] השווה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ששה־עשר, סעיף טו.

(2) פגם בזכות[55]

בחוק השכירות אין סעיף המקביל לסעיף 18 לחוק המכר[56]. על פי סעיף 18, "המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי". אם זכותו של המוכר פגומה, מוטלת עליו חובת גילוי; ואם לא גילה, ייחשב כמי שלא קיים את חובת ההתאמה.

לרנר[57] מעיר, שאין סיבה שעיקרון זה לא יחול גם בשכירות, אם כי בשכירות המצב שונה במקצת, שכן לא כל זכות של אדם שלישי פוגעת בזכות השוכר במושכר. לדוגמה, אם המושכר ממושכן, ומועד פירעון החוב המובטח על ידו אינו חל אלא לאחר תקופת השכירות, ודאי שהשוכר אינו יכול לטעון לאי־התאמה, מאחר שמשכון זה אינו עלול לפגוע בו. לפי לרנר, חובה על המשכיר לגלות לשוכר כל זכות של אדם שלישי העלולה לפגוע בו במהלך תקופת השכירות. כך יהיה לדוגמה אם המשכיר אינו הבעלים של המושכר, אלא שוכר ראשי בלבד, או שהמושכר ממושכן להבטחת חוב שמועד פירעונו הוא בתוך תקופת השכירות.

סוגיה זו נידונה כבר במשפט העברי, הן בדיני מכר הן בדיני שכירות. השולחן ערוך[58] פוסק: "אסור למכור לחבירו קרקע או מטלטלין שיש עליו עסק ודין, עד שיודיעו, שאף על פי שהאחריות עליו, אין אדם רוצה שיתן מעותיו, וירד לדין, ויהיה נתבע מאחרים". ומוסיף

[55] בתת־פרק זה אנו דנים בפגם בזכות המשפטית בנכס שמעביר המשכיר לשוכר. כאן נוסיף, שאי־ההתאמה לשימוש המוסכם יכול לנבוע גם מכך, שקיים איסור דתי להשתמש במושכר. אם השכיר לו נכס אסור בהנאה (כגון כלאיים או חמץ שעבר עליו הפסח), בין אם האיסור הוא מן התורה ובין אם הוא מדרבנן, יש בזה אי־התאמה, שכן לעסקה אין על מה לחול כלל. "כל איסורי הנאה, בין מדברי תורה בין מדברי סופרים, מחזיר את הדמים, ואין בו דין מכירה כלל". כך קובע שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלד, סעיף ד. וראה: שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רמו, בעניין שני בחורי ישיבה ששכרו חדר ובו מיטה אחת, ולאחר מכן התברר להם שעל פי ההלכה אסור להם לישון ביחד באותה מיטה. ר' שלמה טבק דוחה את טענת מקח טעות מחמת איסור. הוא נוטה להבחין בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן וחומרא בעלמא. בין שאר נימוקיו, מעניין טיעונו של המשיב, שרוב בחורי הישיבות לא מקפידים על איסור זה. פרט לעניין המשפטי שבתשובה זו, יש בה גם עניין היסטורי. היא ביטוי נוסף וחי לתנאי העוני, ששררו בקהילות היהודיות בפולין רק לפני כמה דורות.

מקרה מעניין של אי־התאמה מחמת איסור, הוא במי שהשכיר את ביתו ליום י"ד בחודש ניסן (ערב הפסח), ומסר את הבית כשאינו בדוק מן החמץ שבתוכו. במקרה זה יש לכאורה אי־התאמה, שכן ביום י"ד בניסן הבית אמור להיות נקי מחמץ. אף על פי כן נקבע שאי־התאמה זו אינה עילה לביטול חוזה השכירות, וזאת מן הנימוק ש"ניחא ליה לאיניש לקיים מצווה בממוניה [=נוח לו לאדם לקיים מצווה בממונו]". ונחלקו הפוסקים אם משמעות עיקרון זה הוא שהשוכר שמח לשלם מכיסו עבור קיום המצווה, ועל כן אינו יכול לחזור למשכיר ולתבוע ממנו החזר מה ששילם. או אולי, שאדם מוכן להקדים את המעות לשם ביצוע המצווה, ולאחר מכן הוא תובע את עלות הבדיקה מאת המשכיר. על כך ראה: שולחן ערוך, או"ח, סימן תלז, סעיף ג; מגן אברהם, שם, ס"ק ה־ז; מקור חיים, שם, ס"ק ו־ז; מגן האלף, שם, ס"ק ו־ז. על סוגיית המשכיר בית לחברו בערב הפסח, ראה עוד: אור שמח, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה ט.

[56] היה אולי מקום לומר, שסעיף 11 לחוק, שאוסר על המשכיר להפריע לשימוש של השוכר, יש בו כדי למלא את החסרון הזה. אולם ראה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 238. הוא טוען, שסעיף 11 אינו ממלא את החסר, משום שאינו אוסר אלא הפרעה שבאה מטעמו של המשכיר, ולא ניתן להחיל אותו על מקרה שבו מקור זכותו של התובע אינו במשכיר. וראה שם, הערה 182.

[57] לרנר, סעיפים 89־90.

[58] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכו, סעיף ו.

הגר"א[59], ש"מטעם זה יכול לחזור". כלומר, אף שהפגיעה בקונה אינה אלא ספק, אין כאן רק איסור על המוכר, כפי שיכול היה להשתמע מלשון השולחן ערוך, אלא יש לקונה עילה לביטול העסקה. והוא הדין אם לצד שלישי יש זיקת הנאה בממכר: "וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו... מסלק המום, והמקח קיים"[60]. ומכאן שגם זיקת הנאה נחשבת למום שהאחריות לסילוקו היא על המוכר.

מאחר שבשכירות עיקר העסקה היא למטרת שימוש, אין כל ספק שכך הוא הדין גם בשכירות. וכך אמנם אפשר להוכיח מתוך פירושו של הראב"ד לסוגיה התלמודית שדנה במי שהשכיר חמור ובמהלך השכירות הוחרם החמור — "נלקחה לאנגריא"[61]. התלמוד קובע, שאם הוחרם החמור "שלא בדרך הליכתו", המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר חמור אחר. לכאורה מקרה זה אינו נוגע לענייננו, שכן הוא עוסק בפגם שאירע במהלך השכירות ולא בעת מסירת המושכר. אולם הראב"ד[62] מסביר, שכוונת התלמוד היא, שפקידי המס ארבו לחמורו של המשכיר "מפני שהיה מבריח מהם המס הזה". המשכיר חייב להעמיד חמור אחר, משום ש"ודאי מקח טעות הוא, שהיית יודע שנבאשת בעיניהם ומאיימין אותך, ושכרת אותה לי, וכמי שלא נתן חמור מלכתחילה הוא". במילים אחרות, אם ידע המשכיר שהמושכר לוקה בפגם בזכות, משום תביעתו של צד שלישי (כאן שלטונות המס), ולא הודיע על כך לשוכר, הוא הפר את חובת ההתאמה המוטלת עליו, וחובה עליו להעמיד לשוכר מושכר אחר (אם השכירות הייתה בסתם).

פרק שלישי

המועד הקובע לקיום אי־התאמה — "שבזמן המסירה"

באופן תיאורטי, היה מקום לומר, שקיימת חובת התאמה מתמשכת לכל אורך תקופת השכירות, שכן שכירות, בניגוד למכר, אינה זכות חד־פעמית אלא היא זכות מתמשכת. על פי זה, היה מקום לומר שעל המשכיר החובה לדאוג להתאמת המושכר במשך כל תקופת השכירות. אולם

[59] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רכו, ס"ק יא. וראה גם: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק־אחד עשר, סעיפים טו־טז. נעיר, ש"תקנת השוק" לא תועיל כאן, שכן בניגוד לחוק (ראה סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח־1968), על פי המשפט העברי, תקנת השוק אינה מעניקה לקונה התם את הבעלות בנכס הגנוב, אלא רק את הזכות לקבל את כספו חזרה מבעל הנכס. על כך ראה בהרחבה: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער שני, עמ' 53, מעמ' 58 ואילך.

יש להוסיף שמלשון ההלכה משמע, שהמוכר מפר את חובת ההתאמה לא רק כשמסר נכס שיש עליו זכויות צד שלישי, אלא גם אם יש הטוענים שלא בצדק לזכויות כאלה, והם אינם אלא קנטרנים. נמצא שאם ידע המוכר שעומדת להיות מוגשת תביעה קנטרנית, ולא גילה את אוזנו של הקונה, הוא הפר בכך את חובת ההתאמה. השווה: חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 18(ב): "על המוכר להודיע לקונה מיד על כל תביעת זכות לגבי הממכר שידע או שהיה עליו לדעת עליה לפני מסירת הממכר". וראה לעיל, הערה 30.

[60] רמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף ה.

[61] בבא מציעא עח ע"ב. על סוגיה זו, ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 60 ואילך.

[62] ראב"ד, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והראב"ד פירש. וראה בהרחבה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 68.

מסעיף 6 עולה, שחובת ההתאמה מוגבלת לזמן המסירה: "המשכיר לא קיים את חיוביו אם מסר לשוכר נכס שבזמן המסירה לא התאים..."[63].

מסירה, כפי שראינו לעיל[64], מוגדרת כפעולה חד־צדדית של המשכיר — העמדת המושכר לרשות השוכר. נמצא אפוא שאם אי־ההתאמה במושכר נוצרה בין העמדתו לרשות השוכר לבין קבלתו על ידי השוכר, השוכר לא יוכל לטעון לאי־התאמה. בהעמידו מושכר מתאים לרשות השוכר, קיים המשכיר את חיוביו, ומה שאירע לאחר מכן, אף שאירע לפני שהספיק השוכר ליטול את החזקה במושכר, אינו עוד מעניינו, זולת אם מדובר בפגם, שאז חלה עליו חובת תיקון על פי סעיף 7. יחד עם זה, חשוב לציין, שאמנם השוכר לא יוכל לטעון להפרת החוזה ולתבוע את אכיפתו, אולם הוא לא ייאלץ לקבל לידיו מושכר כזה, שלפני שהספיק ליטול אותו הפך לבלתי מתאים. כך טוען זמיר[65] מהיקש לסוגיה המקבילה בחוק המכר: המועד הקובע לקיום אי־התאמה במכר, כמו בשכירות, הוא מועד המסירה. בפירושו לחוק המכר, זמיר מוסיף שהדבר מתיישב עם כללי העברת הסיכון הקבועים בסעיף 22 לחוק המכר[66]. חוק המכר מבחין בין העברת הבעלות להעברת הסיכון. על פי סעיף 22, אם אבד הממכר או נתקלקל לפני שהקונה נטל אותו לידיו, הקונה משוחרר מחיוביו, וזאת גם אם הבעלות כבר עברה לידיו. כלומר, כל עוד הקונה לא נטל את החזקה בממכר, נושא המוכר בהפסד, אם יתקלקל. על פי זה יש להסיק, שקביעת מועד אי־ההתאמה לרגע המסירה, אין פירושה שמאותו מועד מוטלים כל הסיכונים על השוכר. אמנם מחד גיסא, נכון הוא שאם יארע קלקול בין המסירה לקבלה, השוכר לא יוכל לתבוע את אכיפת החוזה, שכן אין לתבוע קיום חוזה שכבר קוים כהלכה. אולם מאידך גיסא, מאחר שהסיכון טרם עבר אליו, הוא יוכל לבטל את החוזה, וכך להשתחרר מקיום חיוביו.

אם נמשיך את ההיקש לחוק המכר, נוכל לקבוע שכל זה נכון כל עוד השוכר לא הפר את חיוב קבלת המושכר המוטל עליו מכוח סעיף 12 לחוק. הפר השוכר את חובת קבלת המושכר, יעבור הסיכון אליו, ולא זו בלבד שלא יוכל לתבוע את אכיפת החוזה, אלא שיהיה חייב להשלים את מלוא חיוביו על פי החוזה, ובעיקר חובת תשלום דמי השכירות[67].

המשפט העברי אף הוא אינו מכיר בחובת התאמה נמשכת לכל אורך תקופת השכירות. כך עולה מדברי הריטב"א[68]. על המשנה המונה את חיובי ההתאמה המוטלים על מי שמשכיר בית[69], מעיר הריטב"א: "אם במשכיר בית זה או בית פלוני, חייב להעמיד [את תיקוני הבית המנויים במשנה] בשעת[!] שמכניסו לתוכו, מכאן ואילך, נפל — אזדא[70] [=הלך,

[63] ראה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 272. וראה לעיל, הערה 5. מובן שדי אם יוכיח השוכר שהגורמים לאי־התאמה היו במושכר כבר במועד המסירה, אף שלא גרמו בפועל לאי־התאמה, אלא לאחריה.

[64] בדיוננו על סעיף 5.

[65] ראה: זמיר, מכר, סעיף 228.

[66] על כללים אלה, ראה דיונו של זמיר על סעיף 22 לחוק המכר, ובמיוחד סעיף 469, שם.

[67] השווה: זמיר, מכר, סעיף 448.

[68] חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה גמרא המשכיר חייב להעמיד.

[69] ראה לעיל, ליד ציון הערה 44.

[70] דבריו נפסקו על ידי הרמ"א בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיד, סעיף א.

אמנם בניגוד לשיטת החוק בסעיף 7, דברי הריטב"א האלו אמורים אף ביחס לפגמים שיש בהם כדי למנוע את אפשרות השימוש במושכר לחלוטין, ולא רק ביחס לנזקים פעוטים שאינם עולים כדי פגם. בדיוננו על סעיף 7 נראה שנקודה זו שנויה במחלוקת, ויש מי שסובר, שפגמים רציניים המתגלים במושכר במהלך

כלומר הפסיד]". מכאן, כאמור, שחיוב ההתאמה מוגבל לשעת ביצוע העסקה. והוא הדין גם בשכירות בלתי מסוימת. אמנם בסוג זה של שכירות נקבע[71], בעקבות הריטב"א, שהמשכיר "צריך לתקנו כל ימי השכירות", אולם כבר הערנו שאין להסיק מכך שבשכירות סתם חובת ההתאמה היא חובה נמשכת[72]. כפי שראינו לעיל, חיובי ההתאמה המוטלים על המשכיר כוללים, בין השאר, את החובה למסור לשוכר מושכר שאפשר יהיה לעשות בו שימוש בנוחות ולא בדוחק[73], וכן את החיוב לדאוג לכך שלא תהיה הפרעה לשימוש זה מצד גורם חיצוני כלשהו[74]. חובות אלו אינן חלות עליו אלא בשעת המסירה. אם נתהוו פגמים כאלה במהלך השכירות, אין לשוכר עילת ביטול כנגד המשכיר. מכאן שהאחריות המוטלת על המשכיר באשר לתיקוני הבית "כל ימי השכירות", יסודה אינו בחובה להתאמה נמשכת, שהייתה מאפשרת לשוכר לטעון למקח טעות גם על מום שהתהווה במהלך השכירות[75]. חובה זו עומדת על יסוד אחר, שאותו נשתדל לברר בדיוננו על סעיף 7, כשנדון בחובת תיקון המושכר.

משהובהר שחיוב ההתאמה על פי המשפט העברי הוא במועד המסירה, יש להוסיף שבעיקרון המשפט העברי, בניגוד לחוק, אינו מבחין בין העברת הבעלות להעברת הסיכון[76]. בעל נכס הוא הנושא בסיכון לאבדן הנכס. אולם חכמינו חשבו גם הם, שעדיף שהסיכון יישאר סיכונו של המוכר, כל עוד הקונה לא נטל את החזקה בממכר. עם זאת, לא ראו כל אפשרות הגיונית להפריד בין העברת הבעלות להעברת הסיכון. על כן תיקנו שבמיטלטלין "מעות אינן קונות", אלא רק פעולת קניין שיש עמה נטילת החזקה[77] (הגבהה, משיכה). אם נאמר, מכוח היקש להלכות מכירה, שכלל זה חל גם בשכירות מיטלטלין, נמצא לכאורה שלא ייתכן מצב

השכירות והמונעים את השלמת מטרת השכירות, חובה על המשכיר לתקנם. אולם ביחס לאי־התאמה שאינה עולה כדי פגם ואין אפשרות לתקנה, אין חולק על כך, שאחריות המשכיר היא בשעת מסירת המושכר בלבד, ולא יותר.

[71] רמ"א, חו"מ, סימן שיד, סעיף א.

[72] על כך כבר הערנו לעיל, ליד ציון הערה 35.

[73] ראה לעיל, ליד ציון הערה 36.

[74] ראה לעיל, הערה 52.

[75] אמנם משו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט, עולה לכאורה שהשוכר רשאי לבטל את השכירות בגין מום במושכר, גם כשמום זה לא היה במושכר בתחילת השכירות ולא נתהווה בו אלא במהלך השכירות. מהר"ם מפאדווה מסביר את ההבחנה בין מכר לשכירות: "ואף כי במקח, דוקא אם היה בו המום קודם המקח, אבל אם נולד אחר כך, מפסיד הלוקח, שם הדין כך דברשות הלוקח הוא לגמרי. אבל בשכירות, אף כי הוא מכר ליומא כמפורסם, מכל מקום גם למשכיר שייכא ביה כי שלו הוא, כאשר ביאר הר"ן בפרק המקבל [חידושי הר"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה ודאמרינן]". על שיטה זו של מהר"ם מפאדווה קשה מה שהערנו בפנים: מדוע אין השוכר רשאי לבטל את השכירות כשמתגלה פגם המכביד על השימוש אף שאינו מונע אותו, הרי שימוש מכביד כזה, אילו היה במושכר בתחילת השכירות, היה עילה לביטול השכירות בטענת מקח טעות? על שאלה זו עומד בעל פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה כז. ואולי דעת מהר"ם מפאדווה כדעת המאירי (מובא בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 131), המתיר לשוכר לבטל את החוזה במקרה כזה. על פי זה נמצא שקיימת שיטה הרואה את חובת ההתאמה בשכירות כחובה מתמשכת, ולא כמו שכתבנו בפנים. אולם נראה שלרוב הדעות מה שכתבנו בפנים, הוא המקובל. ועדיין צריך עיון.

[76] אמרנו "בעיקרון", משום שלהלן נראה, שיש מקום לטעון שגם במשפט העברי ישנה הבחנה שכזו.

[77] ראה: בבא מציעא מז ע"ב: "אמר רבי יוחנן, דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה? גזירה... שמא תפול דליקה באונס; אי מוקמת ליה ברשותיה, מסר נפשיה טרח ומציל; ואי לא, לא מסר נפשיה טרח ומציל". פירוש, אין להסתפק באחריות שומר חינם, שעל פיה אין המוכר נושא באחריות לאבדן הממכר אלא אם התרשל בשמירתו. עדיף שהסיכון יישאר סיכונו של המוכר עד שיגיע הממכר לידי הקונה, כך

שבו השוכר טרם קיבל את החזקה במושכר, ואף על פי כן הוא כבר נושא בסיכון לאבדנו, שכן סיטואציה כזו אינה אפשרית כלל. אולם עיון חוזר יגלה לנו, שמצב כזה הוא אכן בגדר האפשר. ראשית, יש הטוענים[78], שבשכירות, מאחר שהמשכיר נשאר בעל המושכר, הוא ידאג בוודאי לשלמות המושכר, ועל כן אין טעם לחריגה מדין תורה, ו"מעות קונות". כמו כן חכמינו לא ביטלו אלא את תוקפו של קניין מעות, ואילו מעשי קניין אחרים, שאין עמם נטילת החזקה בנכס, נשארו בתוקפם. כך הוא, לדוגמה, בקניין סודר או בקניין אגב[79]. על פי זה, בשכירות, מרגע שנעשה מעשה קניין (לחלק מן הדעות, גם אם נעשה הקניין במעות; ולכל הדעות, אם נעשה הקניין בדרך אחרת), עוברת זכות השכירות אל השוכר, ויחד עמה הסיכונים הכרוכים בה, אף שהמושכר טרם הגיע לידיו. אם בפרק הזמן שבין העברת הזכות לנטילת המושכר, אירע קלקול במושכר, השוכר לא יוכל לטעון למקח טעות, ובניגוד לעמדת החוק, לא תהיה לו עילה לביטול העסקה[80].

להלן ננסה להראות שמסקנה זו גורפת מדי. לשם כך נשתמש בדוגמה הבאה: נניח שפלוני שוכר מכונית. העסקה נגמרת במעשה קניין בר תוקף, שאינו מסירת המכונית לידיו, כגון בקניין אגב. באותה שעה המכונית מתאימה למוסכם. מכאן ואילך, יש לדון בשלוש אפשרויות: אפשרות ראשונה, השוכר נוטל את המכונית כשהיא מתאימה למוסכם, ואז המכונית ניזוקה וכתוצאה מכך היא לוקה באי־התאמה; אפשרות שנייה, המשכיר מעמיד את המכונית לרשות השוכר כשהיא מתאימה למוסכם, אך לפני שהשוכר מספיק ליטול בה את החזקה, ניזוקה המכונית; אפשרות שלישית, הנזק אירע עוד בטרם הספיק המשכיר להעמיד את המכונית לרשות השוכר. נדגיש, שאנו דנים כאן בנזק שגורם לאי־התאמה בלבד, ולא בנזק שעולה כדי פגם המונע את השימוש במושכר. כפי שנראה בדיוננו על סעיף 7, בנזק חמור כזה, סבורים חלק מן הפוסקים שחובה על המשכיר לתקנו, אף שהתהווה במושכר במהלך השכירות, ולא הייתה בו כל הפרה של חובת ההתאמה.

האפשרות הראשונה אינה מעוררת כל קושי. לא זו בלבד שהמשכיר עמד בהתחייבותו ומסר מושכר מתאים, אלא שהשוכר אף קיבל אותו לידיו כשהוא מתאים. בכגון זה לא יכולה להיות טענה של הפרת חוזה ואף לא עילה לביטול החוזה. זו גם עמדת החוק[81]. בשאלת חובת התיקון

מובטח שישקיע כל מאמץ לשמירה על הממכר, מפני שעדיין הוא רכושו. על חילוקי הדעות בהנמקת התקנה, ראה: בית הבחירה, בבא מציעא, שם, ד"ה דבר תורה מעות קונות.

[78] ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 224.

[79] יש לציין, שיש מי שסובר שבשכירות אין תוקף לקניין סודר. ראה הנספח לדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 225.

הראשונים התמודדו עם השאלה, מדוע לא הוחלה התקנה בסוגים אלה של קניינים, שבהם היה היגיון להחילה? והציעו פתרונות שונים. ראה: תוספות, בבא מציעא מו ע"א, ד"ה שמע מינה ("דכיון דלא קיבל המוכר המעות, טרח ומציל, פן יסרב הלוקח ליתן לו המעות"); כתירוץ הזה נמצא גם בחידושי הר"ן, בבא מציעא מז ע"ב, ד"ה ומאי טעמא; חידושי הריטב"א, בבא מציעא מז ע"ב, ד"ה ומה טעם אמרו ("שלא תקנו חכמים אלא כשהכסף והפירות ביד המוכר, שהלוקח האמין בו הכל, וסמך כסבור שיטרח ויציל. אבל באידך, שלא נתן לו כספו, מן הסתם לא היה לו לסמוך על המוכר, ותו לא פלוג רבנן אפילו היכא שנתן לו כספו"). וראה עוד בית הבחירה, בבא מציעא מז ע"ב, ד"ה ומכל מקום.

[80] על פי העיקרון הקבוע בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף יא: "המוכר בהמה לחבירו לטבחה, ושחטה ונמצאת טרפה, אם נודע בודאי שהיתה טריפה כשלקחה... הוי מקח טעות, וצריך להחזיר הדמים... ואם לא, יפסיד ויתן הדמים, אם הם עדיין בידו". את המקור הזה הזכרנו כבר לעיל, ליד ציון הערה 27.

[81] ראה: זמיר, מכר, סעיף 448.

של ליקוי כזה נדון בדברינו על סעיף 7, ובשאלת חיוב תשלום דמי השכירות במקרה כזה, נדון בסעיף 15.

החוק מבחין בין האפשרות השנייה והשלישית. בעוד שבאפשרות השנייה המשכיר נחשב כמי שקיים את חיוביו, ועל כן התרופה היחידה העומדת לרשות השוכר היא ביטול החוזה[82], הרי באפשרות השלישית המשכיר נחשב כמי שהפר את חיוב המסירה, ועל כן השוכר רשאי לתבוע את אכיפת החוזה. המשפט העברי מבחין גם הוא בין שני המקרים: "מקח שהתחייב המוכר להעמידו ללוקח במקום ידוע הרי הוא באחריותו של מוכר עד שיביאנו"[83]. על פי זה עולה, שבמקרה השני, מאחר שהמשכיר העמיד את המושכר לרשות השוכר במקום המוסכם, אין הוא נושא עוד באחריות לאבדנו[84], ובניגוד לעמדת החוק, השוכר לא יהיה רשאי לבטל את החוזה. לעומת זאת, במקרה השלישי, מאחר שהמשכיר טרם העמיד את המושכר לרשות השוכר במקום המוסכם, עדיין הוא נושא באחריות, והשוכר יוכל לטעון לאי־התאמה ולדרוש את תיקונה[85].

פרק רביעי

התרופות בשל הפרת חובת ההתאמה

א. כללי

המשכיר נכס לחברו חייב להעמיד לרשותו נכס המתאים מכל הבחינות לא רק למה שהבטיח לשוכר ולמה שסיכם עמו במפורש, אלא גם לדברים שלא סוכמו באופן מפורש והם בגדר הוראות משלימות שבדין, כגון הצורך להתאמה לשימוש הרגיל או למטרה המוסכמת ביניהם.

התרופות שמעניק החוק לרשות השוכר במקרה של אי־ההתאמה הן התרופות המקובלות בכל מקרה של הפרת חוזה, כלומר, אכיפה, ביטול ופיצויים, לפי הכללים הקבועים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970. מן הראוי להעיר שבעוד חוק המכר קובע בסעיף 28, שהקונה רשאי, אם הוא אינו רוצה לבטל את המכר, לנכות מן המחיר את הסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי־ההתאמה לעומת שוויו לפי החוזה, אין בחוק השכירות הוראה מקבילה[86]. לדעת זמיר[87], אין לכך כל הצדקה, וגם בשכירות מן הראוי לתת לשוכר את זכות הניכוי במקרה של אי־התאמה שהמשכיר לא תיקן אותה.

החוק אף אינו נותן לשוכר את הסעד של תיקון עצמי על חשבון המשכיר, אלא אם

[82] ראה דברי זמיר, לעיל, ליד ציון הערה 65.

[83] חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק אחד־עשר, סעיף ד (וראה מקורות וביאורים, שם).

[84] וראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק אחד־עשר, סעיף א (וראה מקורות וביאורים, שם), שלפי דעות רבות אין לו כל אחריות, אפילו לא כשומר חינם.

[85] ועדיין צריך עיון, האם זה מדין מקח טעות, שאז גם אם נגרם הפגם באונס, חובה על המשכיר לתקנו (אם ניתן לתיקון, כפי שנראה להלן); או שמא אף שהמכונית לא הועמדה לרשותו במקום המוסכם, בכל זאת הבעלות עליה כבר עברה לידיו, והמוכר אינו אלא בגדר שומר, וכי אז במקרה של אונס המוכר פטור מאחריות.

[86] אפשרות הניכוי מצויה בחוק רק בהקשר לאי־קיום חובת תיקון שבסעיף 7, ראה סעיף 9א(2).

[87] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 333.

אי־ההתאמה עולה כדי פגם השולל את השימוש במושכר או המגביל אותו[88]. אם אי־ההתאמה אינה עולה כדי פגם, יצטרך השוכר להסתפק בסעדים המקובלים. לדעת זמיר[89], שלילת התיקון העצמי מוצדקת: "זהו האיזון שקובע החוק בין האינטרס של המשכיר שלא יבוצעו בנכס שלו ועל חשבונו תיקונים שלא ביזמתו ושלא בפיקוחו, ובין האינטרס של השוכר ליהנות מהמושכר ולהשתמש בו כמוסכם וכמקובל".

לעניין ביטול ואכיפה, נראה להלן שהמשפט העברי מבחין בין אי־התאמה שאינה יסודית, כלומר הניתנת לתיקון בלא החלפת המושכר או חלק ממנו, לבין אי־התאמה יסודית, כלומר שאינה ניתנת לתיקון אלא בהחלפת המושכר, כולו או מקצתו. לעניין הפיצויים בגין נזק שנגרם עקב אי־ההתאמה, לכאורה התרופה אינה עומדת לרשות השוכר, שכן "גרמא בנזיקין — פטור", אולם להלן נראה שיש והשוכר זכאי בכל זאת לפיצויים.

ב. ביטול ואכיפה

(1) אי־התאמה שאינה יסודית

מקור הבחנה זו בתשובה שהשיב הרא"ש[90] בעניין מכר דירה. שמעון קנה בתים מראובן לאחר שראה אותם ומצא אותם מתאימים לו. לפני גמר העסקה, ובלא ידיעתם של הצדדים, נכנסו לבתים פורעים שגרמו בהם נזקים שונים. משנודע הדבר לקונה הוא מבקש לחזור בו מהעסקה בטענת מקח טעות, ואילו המוכר מבקש את קיום העסקה. לטענתו, הליקויים שנגרמו לבתים אינם עילה למקח טעות, שכן הוא מוכן לתקן אותם. הרא"ש מקבל את טענת המוכר: "רואה אני דברי ראובן [המוכר], כי בית [ש]מכר לו עדיין נקרא בית. אם אירע קצת קלקול, מום עובר הוא, ובדמים שהוא מנכה לו, יחזור הבית לקדמותו, ואין כאן מקח טעות". מכאן אפשר להסיק גם לגבי שכירות, שאם אי־ההתאמה שבמושכר ניתנת לתיקון, לשוכר אין עילה לביטול ההסכם, והוא אף יכול לתבוע תיקון המושכר או ניכוי דמי השכירות בהתאם לעלות התיקון ולפי מספר הימים שבהם נמנע השימוש במושכר עד השלמת התיקון. כך נפסק[91] לדוגמה בעניין מי ששכר בית כשלא ידע שזה עתה נגמרה הקמתו, וידוע שבבית חדש הכתלים לחים, הקור עז, ואי־אפשר לגור בו בלא חימום. נפסק שהשוכר יכול לנכות את הוצאות החימום מדמי השכירות ואת דמי השכירות לימים שבהם נאלץ לעזוב את הבית מחמת הקור.

לעניין תיקון עצמי על חשבון המשכיר, לא מצאנו דברים מפורשים, אולם לאור תשובת הרא"ש, נראה שגם זו תרופה שעומדת לרשות השוכר.

תשובה זו של הרא"ש נפסקה להלכה בשולחן ערוך[92]. ומוסיף עליה הרמ"א: "וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המום, והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם, וכל כיוצא בזה". "נתיבות המשפט"[93] מסביר: "פירוש, כל שיכול לתקן

[88] כך עולה מסעיפים 7 ו־9א(1) לחוק.

[89] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 345־346. אם כי השווה דבריו בעמ' 213, משם עולה שהוא אינו בעד שלילת התיקון העצמי, במקרה של אי־התאמה שאינה עולה כדי פגם.

[90] שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ו. תשובה זו הובאה כבר לעיל, ליד ציון הערה 28.

[91] שו"ת מכתם לדוד (פרדו), חו"מ, סימן י.

[92] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ה.

[93] נתיבות המשפט, סימן רלב, חידושים, ס"ק ז, ובספרו על שולחן ערוך, אורח חיים, מקור חיים, סימן תלז,

המום שיחזור לקדמותו בהדמים שינכה לו, ולא יהיה נחשב כפנים חדשות, שיהיה נחשב כדבר שלא בא לעולם — מנכה לו מן הדמים. אבל בכותל שלם, ונמצא רעוע, כשיתקן אותה ויבנה, פנים חדשות באו לכאן, והוי דבר שלא בא לעולם — לכך המקח בטל". יש מי שאומר[94], שאם אי־ההתאמה היא ביחס לדבר שהוסכם עליו בין הצדדים במפורש, אפילו היא ניתנת לתיקון, עדיין היא עילה טובה לטענת מקח טעות. על פי מה שנראה להלן בעניין אי־התאמה יסודית, בכגון זה הסעד היחיד שיעמוד לרשות השוכר הוא ביטול העסקה, והוא לא יהיה רשאי לדרוש תיקון או ניכוי.

אין צריך לומר שאי־ההתאמה תיחשב לאי־התאמה הניתנת לתיקון, בתנאי שהשוכר אינו צריך את המושכר לשימושו באופן מיידי. אם הוא צריך את המושכר באופן מיידי, גם אם אי־ההתאמה ניתנת לתיקון, הרי התיקון לא יועיל לו, ומשום כך אין מניעה שיבטל את החוזה[95].

(2) אי־התאמה יסודית

אם אי־ההתאמה אינה ניתנת לתיקון אלא בהעמדת "פנים חדשות", ישנן שתי אפשרויות: השוכר מבקש להסתמך על טענת מקח טעות, והתוצאה ההגיונית מכך היא, שיש להכריז על כשלון העסקה; הוא מוותר על המום ומקבל את המושכר כמות שהוא, ואז אין לו עילה לתרופה אחרת. אלטרנטיבה קשה זו תוסבר להלן. מתוך דברי הרמ"א למדנו, שאי־אפשר לדרוש העמדת מושכר חלופי או חלק חלופי במושכר, שכן נכסים חלופיים אלו לא היו נשוא העסקה. ולא זו בלבד אלא, שהשוכר אף אינו רשאי לנכות דבר מדמי השכירות, שכן אם יעשה כן תעמוד למשכיר הזכות לבטל את העסקה בטענה שעל מחיר מופחת זה לא הסכים מעולם. התרופה היחידה העומדת לרשות הקונה במקרה זה היא אפוא ביטול העסקה (קביעת כישלון העסקה) וקבלת כספו חזרה. וכן להפך, השוכר אינו חייב לקבל הצעה מצד המשכיר להפחתה בדמי השכירות, שכן סביר לומר, שהשוכר מעוניין במושכר שלם ונקי מכל מום, ואין הוא מסכים לקבל נכס פגום, גם לא במחיר מופחת. עקרונות אלה מקורם בדברי הרמב"ם[96]: "אין מחשבין פחת המום. אפילו מכר לו כלי שוה עשרה דינרין, ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר, מחזיר את הכלי, ואינו יכול לומר לו [המוכר ללוקח] הילך איסר פחת המום, שהלוקח אומר בחפץ שלם אני רוצה. וכן אם רצה הלוקח ליקח פחת המום, הרשות ביד המוכר, שהוא אומר לו או תקנה אותו כמו שהוא או טול דמים שלך ולך".

על אף האמור לעיל על שלילת תרופת האכיפה, צריך לציין שייתכנו מצבים שבהם לשוכר

ס"ק ז, הוא מוסיף, שדברים אלו אמורים בתנאי שעדיין אפשר לעשות שימוש בדירה כמות שהיא בלא להוציא הוצאות, רק שצריך הוצאות להחזיר אותה לקדמותה. לעומת זאת, אם אי־אפשר לעשות בה שימוש בלא הוצאות, הרי זה מקח טעות, משום שהוא כמום בגוף המקח. להשגה על דבריו, ראה: מגן האלף, על שולחן ערוך, שם, ס"ק ז.

94 מגן אברהם, אורח חיים, סימן תלז, ס"ק ז. ולזה הסכים בעיקרון בעל "נתיבות המשפט", ראה שם במקור חיים, ס"ק ז. וראה עוד: אור שמח, המצוין לעיל, הערה 55.

95 ראה: מגן האלף, שולחן ערוך, או"ח, סימן תלז, ס"ק ז. וראה בשו"ת קנין תורה (הורוביץ), חלק ג, סימן סז, הדן במי ששכר דירה לתקופת החופשה, וביקש לבטל את השכירות מפני שמצא בדירה מקקים. הפוסק דוחה את טענת השוכר. לדעתו, מקקים בדירה אינם בגדר מום, משום שאפשר להיפטר מהם בנקל. וראה פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ה, הערה ג, ד"ה ומפני, שחולק על פסק זה. הוא טוען שהדבר אינו ברור "שלא כל אדם מוכן לטפל בזה, ובפרט כשאינו שוכר אלא לזמן קצר".

96 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ד; וכן נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד.

תהיה אפשרות לתבוע את אכיפת החוזה. כך יהיה אם הייתה התחייבות מצד המשכיר להשכיר (ולהבטחת התחייבות זו שעבד המשכיר את נכסיו). בכגון זה, הרי שגם אם המושכר אינו ניתן לתיקון אלא על ידי העמדת "פנים חדשות", זכותו של השוכר תהיה לדרוש אכיפת התחייבות המשכיר, או לחילופין ניכוי מהמחיר. על פי מה שראינו בדיוננו על סעיף 1 עולה, שלפי חלק מן הראשונים, כך הוא הדין בכל מקרה של שכירות נכס בלתי מסוים.

ונראה שלדעת אותם פוסקים הרואים בשכירות עסקה חוזית, כך יהיה הדין אפילו בשכירות נכס מסוים. נניח, לשם דוגמה, שהמשכיר, במקום למסור לשוכר את המושכר המוסכם, מוסר לו מושכר אחר, שאינו מתאים למוסכם כלל. כך, למשל, כשהשכיר את מכוניתו ובמקומה מסר לו טרקטור[97]. כשמתברר הדבר לשוכר הוא תובע את הנכס המוסכם. לפי אותם פוסקים, המשכיר לא יוכל לטעון לכישלון העסקה ולהשתחרר מהתחייבותו (וכמו כן נראה, שהשוכר לא יהיה רשאי לבטל את החוזה בלא לתת הזדמנות למשכיר לתקן את ההפרה). זאת משום שהשכרת נכס מסוים פירושה התחייבות להשכיר את אותו הנכס, ולקיומה של התחייבות זו המשכיר משעבד את נכסיו. בגישה זו הולך "נתיבות המשפט"[98]. יש גם פוסקים הסבורים שאף ששכירות נכס מסוים היא עסקה ריאלית, יש לראות בה גם התחייבות מצד המשכיר לביצוע אותה עסקה[99]. כלומר, השכרת נכס מסוים פירושה גם התחייבות להשכיר את אותו הנכס, ולקיומה של התחייבות זו המשכיר משעבד את הנכס המובטח. אשר על כן, נראה שכל עוד המושכר המוסכם קיים, השוכר רשאי לאכוף על המשכיר להשכירו לו ולנכות מדמי השכירות, כל עוד לא קיים המשכיר את חיובו, ואין הוא רשאי לבטל את החוזה עד שיתן הזדמנות למשכיר לקיום מתאים. אולם נראה שלא זו תהיה עמדתם של אותם פוסקים הרואים בשכירות אך ורק עסקה קניינית בלא כל מרכיב חוזי[100].

ג. פיצויים

נגרמו לשוכר הפסדים כתוצאה מאי־ההתאמה, לכאורה אין לו זכות לתבוע פיצויים, משום שגם אם רואים במשכיר כמי שגרם לאותם הפסדים, כלל גדול במשפט העברי, "גרמא בנזיקין — פטור". אולם מסקנה זו אינה מדויקת. אמנם מניעת רווח אינה מזכה את השוכר בפיצויים, אולם לא כן גרימת הפסד. נניח לדוגמה שהשוכר שכר מכונת אריגה, וכתוצאה מאי־התאמה, נפגמו הבדים שיצאו ממנה, בכגון זה השוכר זכאי לפיצויים על חומר הגלם שאבד[101].

[97] הדוגמה לקוחה מזמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 323. וראה שם, עמ' 322־324. לפי השקפתו, אם ההפרה ניתנת לתיקון במהירות ובקלות יחסית, אין לנושה זכות ביטול, תהיה חומרת ההפרה אשר תהיה.

[98] ראה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ה: "דכל משכיר יש עליו שעבוד הגוף להעמיד לו לדבר המושכר לדבר שצריך לו". על תפישתו של "נתיבות המשפט" את מהות השכירות כעסקה חוזית, ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 35, ובהערה 35.

[99] כך יש מקום להבין את גישתו של הרשב"א, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב. וראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 78.

[100] ראה לדוגמה: שו"ת הראנ"ח, סימן מא: "אף על גב דהמשכיר בית לחברו חייב להעמיד לו בית, מכל מקום היינו לענין שלא יזכה המשכיר בשכירות בלתי שיתן לו בית. אבל מכל מקום, אין השוכר יכול לכופו על כך".

[101] כך אפשר להסיק מתוך היקש לדברי נתיבות המשפט, סימן רלד, ס"ק א, בעניין מי שמכר לחברו בשר בחזקת כשר, כשידע שהבשר טרפה, והקונה ערבב אותו בבשר הכשר שברשותו. אולם השווה: סמ"ע, חו"מ, סימן רלב, ס"ק מו, בעניין מי שמכר לחברו זרעוני גינה שלא צמחו, שאמנם המוכר חייב להחזיר

פרק חמישי

סייגים להסתמכות על אי־התאמה

א. כללי

בפסקאות (1) ו(2) מסייג הסעיף את אפשרות השוכר להסתמך על אי־התאמת המושכר ולטעון להפרת החוזה על ידי המשכיר. על פי פסקה (1), השוכר לא יוכל להסתמך על אי־התאמה, אם ידע עליה בעת כריתת החוזה. על פי פסקה (2), כדי שיוכל השוכר לתבוע את המשכיר על הפרת חובת ההתאמה, הוא חייב להודיע עליה למשכיר זמן סביר לאחר שגילה אותה, ולתת הזדמנות למשכיר לבדוק את העניין. יש להדגיש שסייג שני זה אינו מסייג את חובת ההתאמה המוטלת על המשכיר, אלא הוא מטיל על השוכר שרוצה להסתמך על אי־ההתאמה נטלים שונים, שאם לא יעמוד בהם, לא יוכל לטעון להפרת החוזה.

בדיני מכר, המשפט העברי מסייג את זכותו של הקונה להסתמך על אי־התאמה בסייג נוסף והוא, שמשעה שגילה את אי־ההתאמה לא יעשה שימוש בממכר. להלן נבדוק אם סייג זה חל גם בשכירות. נפתח את הדיון בסייג הראשון.

ב. ידיעת השוכר על אי־ההתאמה — "הוא ידע עליה בעת כריתת החוזה"

א. עיקרו של סייג זה הוא, שאם ידע השוכר על אי־ההתאמה, ובכל זאת כרת את ההסכם, יש לראותו כמי שוויתר על ההתאמה, ובכך שחרר את המשכיר מחובה זו. לפני שנדון בסייג עצמו, יש לציין, שלא תמיד קל לקבוע אם ידע השוכר את דבר אי־ההתאמה אם לאו, או מהי דרגת הידיעה הנדרשת לשם שלילת זכותו. כך לדוגמה, בפס"ד פרפורי[102], נחלקו הדעות בשאלה, אם הפר המשכיר את חיובו, כשהעמיד לרשות השוכר מבנה תעשייה לשם התקנת מכונות לצביעת בדים, שעה שבקרבת מקום קיימת מגרסה הפולטת אבק המזיק לתהליך הצביעה. לדעת השופט זוסמן, השוכר אמנם ידע על קיום המגרסה, שכן ביקר במקום לפני

לקונה את דמי הזרעונים, אולם "מה שטרח בזריעתן, אין צריך מוכר לתת להלוקח", משום שאף הוא לא ידע שהזרעונים לא יצמחו. נמצא אפוא שהחיוב בפיצויים תלוי בידיעת המוכר (ולענייננו המשכיר) על דבר קיומו של המום. כלומר, המשכיר אינו חייב בפיצויים אלא כשהטעה את השוכר באופן מכוון. ואולם השווה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן נג, בעניין מי ששכר בור לאחסן בו חיטין, והתברר שהיה חור בבור, וכתוצאה ממנו נתקלקלו החיטין. הרשב"א פסק שהמשכיר פטור מדין גרמא בנזיקין (ואין זה בגדר "גרמי"), וצריך עיון. בסוגיה זו ראה: א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 228־229. והשווה: י"י בלוי, פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, ירושלים תשד"מ, פרק ט, הערה סו (מכאן ואילך: פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה).

אפשר לבסס אולי זכות לפיצויים על יסוד אחר, שאינו תלוי באשם מצד המשכיר. לדעת הריטב"א (ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן), מי שסומך על הבטחת חברו ונתן לו מעותיו על סמך אותה הבטחה, הרי המתחייב "חייב לשלם מה שהפסיד [השני] בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו, משתעבד ליה מדין ערב". על פי שיטה זו, לא זו בלבד שהזכות לפיצויים אינה תלויה באשם מצד המשכיר, אלא השוכר זכאי לפיצוי לא רק בגין הפסד אלא גם בגין מניעת רווח. אולם ראה שם, שדעה זו של הריטב"א שנויה במחלוקת, וראשונים רבים סבורים שאין חיוב בפיצויים אלא כשהייתה התחייבות מפורשת שהפרת ההתחייבות תגרור אחריה חובת פיצויים. לשאלת הפיצויים, ראה עוד דיוננו על סעיף 9, ליד ציון הערה 42, ובהערה 43.

[102] פס"ד זה כבר הוזכר לעיל, ליד ציון הערה 50.

גמירת החוזה. אולם מאחר שלא הוכח שהוא ראה את המגרסה כשהיא מופעלת ופולטת אבק, אין לראות בידיעת השוכר על קיום מבנה המגרסה משום ידיעה על המטרד הנגרם ממנו. עמדה זו לא נתקבלה על דעת שופטי הרוב. לדידם, ידיעת השוכר את עובדת קיומה של המגרסה שוללת ממנו את האפשרות להסתמך על סעיף 6. שום עובדה הקשורה לעסקה לא נעלמה ממנו. אם קיימת מגרסה, יש להניח שהיא גם מופעלת. מה שקרה הוא, שהשוכר לא העריך נכונה את השפעתה המזיקה של הפעלת המגרסה על תהליך הצביעה. השופטת בן־פורת אומרת: "יש להבדיל הבדל היטב בין אי־ידיעת עובדות (כגון תפעולה של המגרסה) לבין השפעת העובדות על המפעל המתנהל"[103] (ההדגשה במקור). למשכיר אין חובה להזהיר את השוכר מפני השלכה מקצועית הנובעת מעובדות שהלה מודע להן.

ב. לעניין ידיעת השוכר על אי־ההתאמה, מבחין זמיר[104] בין אי־התאמה למה שהוסכם במפורש בין הצדדים לבין אי־התאמה להוראות ההשלמה הדיספוזיטיביות הקבועות בחוק. דוגמה להוראה משלימה דיספוזיטיבית היא החובה למסור מושכר המתאים לשימושו הרגיל. אם ידע השוכר בעת כריתת החוזה שהמושכר אינו מתאים לשימושו הרגיל, ובכל זאת כרת את ההסכם, מסתבר שתכונה זו אינה חשובה לו (לדוגמה משום שהוא חושב לעשות בו שימוש אחר, שלגביו המושכר מתאים לו כמות שהוא). כאמור, ההוראה היא דיספוזיטיבית, ופירוש הדבר שאפשר להתנות עליה. "שלילת אחריותו של החייב במקרים אלה [להבדיל ממקרים אחרים, כפי שנראה להלן] איננה מהווה, איפוא, חריג אמיתי לזכותו של הנושה לתרופות בשל אי־התאמה, אלא שלילת קיומה של אי־התאמה מלכתחילה".

לעומת זאת, אם הוסכם במפורש על תכונה מסוימת, כשהשוכר מודע שתכונה זו אינה מצויה במושכר, לפנינו "מצב פאתולוגי", שבו יש סתירה בין המוסכם ובין מה שידוע לנושה", כדברי זמיר[105]. אולם, ממשיך זמיר, לפעמים ישנה אפשרות להכריע מהי ההסכמה האמיתית שבין הצדדים, זו המפורשת בהסכם או זו המשתמעת מידיעת השוכר. פעמים שהכתוב בחוזה אינו אלא טעות סופר[106] או חיוב למראית עין[107] בלבד, ואילו ידיעת הנושה היא המשקפת לאמיתו של דבר את הסכמת הצדדים, ולפיה נבחנת ההתאמה. פעמים שההפך הוא הנכון: למרות ידיעת השוכר על אי־ההתאמה, הכתוב בחוזה הוא המבטא את ההסכמה האמיתית שבין הצדדים. "שני הצדדים מודעים לסתירה שבין מצבו של האובייקט ובין ההסכמה, אלא שהחייב מקבל עליו את חיוב ההתאמה למוסכם בהאמינו שעד מועד הקיום יצליח לתקן את האובייקט או לשנותו באופן שיתאים למוסכם"[108]. אם זהו המצב, הכלל שבסעיף 6(1) נסוג מפני כוונת הצדדים (בהתאם לאמור בסעיף 2(ג) לחוק). יש להדגיש, שזמיר אינו מעלה אפשרות אחרונה זו אלא ביחס לתכונות שעליהן הוסכם במפורש בין הצדדים ולא ביחס להוראות השלמה דיספוזיטיביות שבחוק, כמו שראינו לעיל. טעמו של זמיר הוא כנראה, שאם השוכר מודע

[103] השופטת בן־פורת, שם, בעמ' 707, מול האות א.

[104] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 259.

[105] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 260.

[106] על חוזה שיש בו טעות סופר, קובע חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 16: "נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים, ואין הטעות עילה לביטול החוזה".

[107] על חוזה למראית עין, קובע חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 13: "חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה".

[108] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 260.

לאי־התאמה שבמושכר, ואף על פי כן הוא אינו מתנה עליה במפורש, ודאי שוויתר עליה. ודאות כזו לא יכולה להיות כאשר השוכר עמד בחוזה באופן מפורש על דרישת ההתאמה. במקרה כזה יש מקום לראותו כמי שמצפה לתיקון הליקוי עד למסירה. להלן נראה שמבין חכמי המשפט העברי, ובניגוד לזמיר, יש שנקטו בדרך הזו גם ביחס להוראות ההשלמה דיספוזיטיביות.

עד כאן עולה, שביחס לידיעת השוכר על אי־התאמה לעומת המוסכם במפורש בחוזה, יש לומר אחד מן השניים: או שהוראת הסעיף מיותרת, או שהיא נסוגה בפני כוונת הצדדים. לאור כל זאת, זמיר[109] מגיע למסקנה, שלסעיף אין משמעות אלא במקרה שבו השוכר יודע על אי־ההתאמה, ואילו המשכיר אינו יודע על כך (או שהוא אינו מודע לאי־ההתאמה, או שהשוכר אינו יודע שהוא מודע לה). אם ידע השוכר על אי־ההתאמה, ולא התלונן עליה לפני גמירת העסקה, החוק שולל ממנו את ההסתמכות על אי־ההתאמה, כנראה מתוך דרישה להגינות ולתום לב מצדו. "במקרה כזה, אין לנושה ציפיה סבירה ליהנות מסעדים כלשהם בשל אי־התאמה, שעליה ידע לפני כריתת החוזה". במובן זה יש כאן חריג אמיתי לחובת ההתאמה. בקשת השוכר ליהנות מהסעדים בשל אי־התאמה לעומת המוסכם, בשעה שידע עליה בשעת כריתת החוזה, ולא גילה את אוזנו של המשכיר, נדחית משום שהיא איננה סבירה ואף אינה הוגנת.

ג. כאן המקום להעיר על אחד ההבדלים שבין "אי־התאמה" ל"פגם". כידוע, על פי החוק אי־התאמה הוא מושג רחב אשר כולל כל סטייה מן המוסכם בין הצדדים (או ממה שנחשב, מכוח החוק, כמוסכם בין הצדדים). ואילו פגם הוא "כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות"[110]. במילים אחרות, לא כל אי־התאמה היא גם פגם, שכן לא כל אי־התאמה שוללת את השימוש במושכר או מגבילה אותו. לדוגמה, מכונית בצבע שונה מן המוסכם יש בה משום אי־התאמה, אך אין בה משום פגם, שכן הנסיעה בה לא נפגמה. אולם לפעמים אי־התאמה עולה כדי פגם. כך יהיה לדוגמה, אם סיפק המשכיר לשוכר מכונית שתיבת ההילוכים שלה מקולקלת. אי־התאמה זו היא גם פגם, שכן היא שוללת מן השוכר את אפשרות השימוש במושכר.

אנו מזכירים כאן את עניין הפגם, משום שבסעיף 7 ישנה התייחסות מפורשת לפגם שהוא גם אי־התאמה, כלומר פגם שהיה במושכר כבר בשעת המסירה. וזה לשון סעיף 7: "המשכיר חייב... לתקן במושכר... כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות (להלן — פגם), בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן". נמצא אפוא, שאי־התאמה שעולה כדי פגם, חובה על המשכיר לתקנה. מה שראוי לתשומת לב הוא, שכאן לא סייג המחוקק את חובתו של המשכיר כשהשוכר ידע על הפגם כבר בעת כריתת החוזה. על פי לשון הסעיף, השוכר רשאי לתבוע את תיקון המושכר, אף שידע על הפגם בשעת כריתת החוזה.

זמיר[111] מעיר על "פער" זה בין סעיף 6 לסעיף 7. אולם לדעתו הסייג שסעיף 6 מדבר עליו חל גם בסעיף 7, אף שלא הוזכר שם. להסבר דבריו, זמיר מבחין שוב בין אי־התאמה למה

[109] שם, עמ' 260־261.

[110] סעיף 7 לחוק. בהמשך הסעיף מודגש שהמושג "פגם" אינו מיוחד להפרעה בשימוש שנתחדשה במהלך השכירות דווקא, אלא הוא כולל גם הפרעה שהייתה כבר בזמן מסירת המושכר. וראה עוד להלן.

[111] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 262־263.

שהוסכם במפורש בין הצדדים לבין אי־התאמה להוראות ההשלמה הדיספוזיטיביות הקבועות בחוק. באי־התאמה מן הסוג השני, כבר הוסבר, שידיעת השוכר על קיומו של הפגם יש בה (לדעת זמיר) כדי ללמד על ההסכמה האמיתית שבין הצדדים. ומאחר שסעיף 7 פוטר את המשכיר מחובת תיקון, אם לפי ההסכם התיקון אינו חל עליו, מובן שלמעשה יש בידיעת השוכר כדי לשחרר את המשכיר מחובת תיקון[112]. באי־התאמה מן הסוג הראשון, כלומר, כשיש סתירה אמיתית בין המוסכם לבין ידיעת השוכר, מודה זמיר שקשה לומר שידיעתו של השוכר היא המבטאת את ההסכמה האמיתית שבין הצדדים, שכן סוף סוף אין סיבה להניח שההסכמה המפורשת אינה מבטאת את הסכמתם האמיתית. אולם גם כאן מן הראוי היה, לדעת זמיר, לשלול מן השוכר את דרישת התיקון, כשידע מראש על הפגם (והמשכיר לא ידע עליה, והשוכר לא גילה את אוזנו[113]). לדידו, שגה המחוקק כשלא כלל בסעיף 7 את הסייג הזה. הוא משער שהדבר נבע מחוסר תשומת לב של מנסחי החוק[114].

לאחר שבירר את כוונת הסייג הראשון שבסעיף 6(1), נפנה אל המשפט העברי, וניווכח לדעת שהשיקולים שעמדו לנגד עיני המחוקק עמדו כבר לנגד עיני הראשונים והפוסקים.

ד. נדמה שמצאנו אצל המאירי, גישה דומה לגישתו של זמיר. גם הוא מבחין בין תכונה של המושכר שהוסכם עליה במפורש בין הצדדים לבין סטנדרט קיום שמוטל על המשכיר מכוח ההלכה. המשנה[115] קובעת: "המשכיר בית לחבירו; המשכיר חייב בדלת, בנגר ובמנעול ובכל דבר שהוא מעשה אומן". מסביר המאירי[116]: "רוצה לומר, שאם לא ראה השוכר את הבית קודם ששכרו, ולא התנה עמו היאך יתקנהו לו, אלא ששכר סתם, משפר [צ"ל: משכיר] חייב להעמיד לו דלתות הראויות לבית, ולעשות לו מנעול ונגר... וכן יתבאר בגמרא שחייב לו לפתוח לו חלונות, אם הבית צריך לאורה, ולחזק לו תקרה, אם התליעו הנסרים, אם אין שם מעזיבה הראויה, לסמוך לו את הקורה, אם הבית עומד להשבר". מדברי המאירי אפשר להסיק, כשיטת זמיר, שאם השוכר ראה או ידע על אי־ההתאמה שבבית ובכל זאת שכר אותו בלא להתנות על סילוקה, הוא נחשב כמי שהסכים לקבל את הבית כמות שהוא, וזאת אפילו אם אי־התאמה זו עולה כדי פגם המגביל או שולל את השימוש במושכר. לעומת זאת, אם התנה במפורש על תכונות המושכר, אף שידע שאותן תכונות אינן במושכר, התנאי המפורש הוא הקובע, ואין לראות בידיעתו משום ויתור[117].

[112] כנגד דבריו אלה של זמיר, העיר לי עו"ד מאיר ארן ז"ל (ששקד על ניסוחו של החוק יחד עם פרופ' ידין) שאין זה סביר לומר שאדם מסכים לשכור נכס שאינו יכול לעשות בו שימוש, ועל כן אין לומר שידיעתו על הפגם מלמדת על הסכמתו.

[113] השווה לעיל, ליד ציון הערה 109.

[114] דוגמה לכך היא, שהשוכר היה בעל הנכס, ומכר אותו למשכיר, וחזר ושכר אותו ממנו. הוא יודע על הפגם, ומנצל את אי־ידיעתו של המשכיר כדי לתבוע ממנו תיקון. במקרה כזה, תביעה זו תידחה מחמת חוסר תום לב. אם כן, אין כאן לאקונה בניסוח הסעיף. כך העיר לי עו"ד מאיר ארן (לעיל, הערה 112). והשווה להלן, הערה 120.

[115] משנה, בבא מציעא ח, ז; קא ע"ב.

[116] בית הבחירה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה אמר המאירי. והשווה: שו"ת מכתם לדוד (פרדו), חו"מ, סימן י, שנראה שגם הוא נוקט שיטה זו. תשובה זו הוזכרה כבר לעיל, ליד ציון הערה 91.

[117] כך הבין את דבריו בעל פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה ז. וראה לעיל, ליד ציון הערה 108, שזוהי בדיוק שיטת זמיר. יש לציין שאין זה בטוח שזו המסקנה שיש להסיק מדברי המאירי. ייתכן שלא דיבר המאירי אלא במקרה שכיח שבו אדם אינו מתנה, משום שלא ראה את מצב הבית, אך אין להסיק מכאן שאם ראה את מצב הבית ולא התנה, הוא נחשב כמי שוויתר על אי־ההתאמה. עוד אפשר לפרש

בניגוד למאירי, יש הסוברים שגם ביחס לתכונות בלתי מפורשות, ידיעת השוכר אינה מהווה ויתור. כך עולה מפירוש הריטב״א[118] לאותה סוגיה: ״ואף על גב דבשעת שכירות נכנס שם שוכר, וראה שלא היו שם דברים אלו, לא אמרינן ראה ונפייס [=ונתפייס, כלומר הסכים], דכיון דלדירה אמר ליה, ולא חזיא לדירה אלא בדברים אלו, הרי הוא כאילו התנה בפירוש. מפי רבי״. דברים אלו נפסקו להלכה על ידי הרמ״א בהגהתו לשולחן ערוך[119]. כוונת הדברים היא, שאף שהשוכר ראה במהלך המשא ומתן לקראת כריתת החוזה, שהמושכר אינו מתאים לדיור רגיל, מאחר שברור לצדדים שהבית הושכר לדירה, אין בידיעת השוכר משום ויתור על שיפוץ הבית והעמדתו לרשותו בשעת ביצוע העסקה עצמה במצב תקין. ייתכן, שאם מדובר באי־התאמה פעוטה שאינה משפיעה על יכולת השימוש במושכר, יסכים גם הרמ״א שיש לראות בידיעת השוכר משום ויתור על אותה תכונה. וצריך עיון. וייתכן גם, שהריטב״א והרמ״א דיברו דווקא בשהשוכר והמשכיר מודעים שניהם לליקויים שבמושכר (ולזה מסכים גם זמיר), ואילו אם רק השוכר היה מודע להם, ולא אמר דבר, ייתכן שבזה היו מסכימים לסברת זמיר[120]. וגם זה צריך עיון.

ה. החוק מדבר על ידיעת השוכר על אי־ההתאמה בעת כריתת החוזה, ושולל ממנו במקרה כזה את ההסתמכות על אי־ההתאמה. על פי מה שראינו עד כה עולה, שסייג זה עצמו מוגבל, ולא בכל מקרה של ידיעה תישלל זכותו של השוכר. שונה הדבר אם ידע השוכר על אי־ההתאמה בעת קבלת המושכר להחזקתו. החוק אינו מדבר על המקרה הזה, אולם נראה שאם בעת קבלת המושכר להחזקתו, ידע השוכר על אי־ההתאמה, ובכל זאת קיבל את המושכר בלא לומר דבר, תישלל מאת השוכר האפשרות להסתמך על אי־ההתאמה כמעט בכל מקרה. כך עולה בבירור מההלכה הבאה של הרמב״ם[121]: ״המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין, ונמצא במקח מום שלא ידע עליו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים״. דברים אלו אמורים בשעת ביצוע העסקה, ומכאן שאם באותה שעה ידע השוכר על המום, הוא נחשב כמי שוויתר עליו. ונראה שזו גם עמדת החוק. אמנם סעיף קטן (2) שולל מהשוכר את ההסתמכות על טענת אי־התאמה רק אם לא הודיע עליה למשכיר זמן סביר לאחר שגילה אותה. אולם נראה שדברים אלה אמורים ביחס לאי־התאמה שאין השוכר מודע לה בעת ביצוע העסקה, ואינו מגלה אותה אלא בשלב מאוחר יותר. אם ידע השוכר כבר בעת

ולומר, שדבריו לא נאמרו אלא כשהשוכר אינו מציין בפירוש שהוא שוכר את הבית לדירה, שאז אם לא ראה את הבית, אנו מניחים שכוונתו הייתה לשכור את הבית למטרת מגורים. לעומת זאת, אם ראה שהבית אינו מתאים למגורים, ואף על פי כן לא התנה דבר, יש לומר שכנראה כוונתו לא הייתה לדירה אלא לשימוש אחר, ומשום כך אין לו עילה לטענת אי־התאמה. כך העיר לי הרב א׳ מילר.

118 חידושי הריטב״א, בבא מציעא קא ע״ב, ד״ה ולפתוח לו חלונות.

119 רמ״א, חו״מ, סימן שיד, סעיף א.

120 אם כי משו״ת הראנ״ח, סימן מא, לא משמע כן. לדעתו גם אם השוכר לבדו יודע על אי־ההתאמה לעומת המוסכם, הוא רשאי להסתמך עליה. המדובר שם היה במי שמכר בית, ומיד חזר ושכר את הבית מאת הקונה. בהסכם השכירות נאמר, שהוא שוכר את הבית, ויחד עמו את המחסן שמתחתיו. לאמיתו של דבר, לא היה שום מחסן מתחת לבית. הראנ״ח אינו רואה בעובדה שהשוכר ידע על אי־ההתאמה, ולא המשכיר, שיקול לשלול ממנו טענת מקח טעות. ובאמת הדבר תמוה. וראה להלן, ליד ציון הערה 146.

121 רמב״ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג.

שקיבל את החזקה על המושכר, שהוא אינו מתאים למוסכם, ובכל זאת הסכים לקבלו, סימן הוא שהוא ויתר על אי־ההתאמה[122].

יש לציין שעל פי המשפט העברי, גם במקרים כאלה, של קבלת המושכר על אף ידיעת המום שבו, לפעמים ניתנת לשוכר בכל זאת האפשרות לחזור בו מן השכירות. כך עולה מתשובתו של הרשב"א[123] בעניין מי ששכר דירה, וידע שהחנות שמתחתיה מושכרת לנחתום, וממנה נפלט עשן. הרשב"א פוסק, שהשוכר אינו יכול למנוע את הנחתום מלקיים את עסקו המזיק לו, "כיון שהיה שם בשעה ששכר זה בית וזה עליה, וראה וידע... שהתחתון על מנת כן שכר". לעומת זאת, מוסיף הרשב"א, ביחסים שבין השוכר למשכיר יש לשוכר תרופה: "ומיהו אפשר לחזור בו, דקוטרא [=עשן] אין לו חזקה, ולפי דעת הירושלמי[124], דאפילו מחל, יכול לחזור בו, משום דאמר, סבור הייתי לקבל, ועכשיו איני יכול לקבל, כדעת רשב"ג במומין, וכן שוכר זה"[125]. לפי דברי הרשב"א עולה, שהמשפט העברי אינו מקבל את ההבחנה, שראינו לעיל[126], בין אי־ידיעת העובדות לבין אי־ידיעת השפעת העובדות. אם ידע השוכר את העובדות אלא שלא העריך נכונה את השפעתן עליו, הרי זה נחשב כאילו לא ידע על אי־ההתאמה, והוא זכאי להסתמך עליה.

ג. נטל ההודעה והבדיקה — "הוא לא הודיע עליה... או... לא נתן... לבדוק"

א. על פי פסקה (2), השוכר חייב, אם הוא רוצה להסתמך על אי־ההתאמה, להודיע עליה למשכיר זמן סביר לאחר שגילה אותה, ולתת לו הזדמנות נאותה לבדוק את המושכר. סייג זה אינו חל כשידע המשכיר על אי־ההתאמה. מהי ההצדקה לנטלים אלו? מדוע לא יוכל השוכר להסתמך על אי־ההתאמה כעילה של הפרת חוזה ולפעול מיד על פי הכללים הקבועים בחוק החוזים (תרופות)[127]? לדעת זמיר[128], ההצדקה לנטל ההודעה היא שבעניין אי־התאמה, בשונה מהפרה רגילה, כגון הפרת חובת המסירה, קורה לעתים קרובות שהמפר (המשכיר) אינו מודע להפרה. הודעה על אי־התאמה תאפשר למשכיר לבדוק את הטענה של השוכר ולתקן את המצב[129]. בעניין הנטל לאפשר למשכיר לבדוק את המושכר, זמיר[130] מסביר, שכך יוכל המשכיר להיווכח בנכונות טענותיו של השוכר, וכך יתאפשר לו לתקן את המעוות בדרך הנוחה לו ביותר[131].

[122] השווה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 35.

[123] שו"ת הרשב"א, חלק שישי, סימן רכה. הוזכר לעיל, ליד ציון הערה 52.

[124] ראה: ירושלמי, בבא בתרא, פרק ב, הלכה ג (ה ע"א בדפוס וילנא).

[125] הרשב"א מוסיף: "ומכל מקום, כשהתנה המשכיר לכתחילה, צריך להתיישב בדבר". כלומר, במקרה של התנאה מפורשת על אי־ההתאמה, לא ברור אם השוכר יכול לטעון, "סבור הייתי לקבל, ועכשיו איני יכול".

[126] ראה לעיל, ליד ציון הערה 102.

[127] ואם הפרת החוזה כתוצאה מאי־ההתאמה הייתה יסודית, יוכל השוכר לבטל את השכירות מיד. ראה: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 17(א).

[128] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 294.

[129] זמיר מוסיף, שיש הסוברים שנטל זה אינו מוצדק מבחינה משפטית, והוא נובע מכך שהמוכרים והספקים יכלו ללחוץ על המחוקק להקל מעט מעליהם את חובת ההתאמה שהוטלה עליהם. ראה שם, עמ' 294, ליד ציון הערה 10.

[130] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 305.

[131] לכאורה הוראה זו מיותרת, לאור סעיף 17 לחוק, ולפיו: "השוכר חייב לאפשר למשכיר, בכל עת סבירה,

הסדר זה של חוק השכירות נבדל מכמה בחינות מההסדר המקביל בחוק המכר: בניגוד לחוק המכר[132], אין חובה על השוכר לבדוק את המושכר עם קבלתו. אף שניתן היה לעמוד על אי־ההתאמה בבדיקה, השוכר יוכל להסתמך עליה כשיגלה אותה למעשה; משגילה את אי־ההתאמה, אין הוא חייב להודיע עליה מיד (כנדרש מהקונה בחוק המכר[133]), אלא די אם יעשה כן תוך זמן סביר. לדעת זמיר[134], שני הבדלים אלה בין שכירות למכר נגזרים מאופייה המתמשך של השכירות: "אופי זה מצמצם במידה ניכרת את האינטרס של המשכיר לקבל את ההודעה על אי־ההתאמה ללא דיחוי".

זמיר עומד על שלושה הבדלים נוספים בין חוק השכירות לחוק המכר. הבדלים אלה נוגעים לאי־תחולת הסייג, כשידע המשכיר על אי־ההתאמה. לפי חוק השכירות, ידיעת המשכיר צריכה להיות ידיעה בפועל: "פסקה זו לא תחול אם ידע המשכיר על אי־ההתאמה". אם לא ידע המשכיר על אי־ההתאמה, אף שכאדם סביר הוא היה צריך לדעת עליה, השוכר לא יהיה פטור מנטל ההודעה. בזה חוק השכירות מחמיר עם השוכר יותר משחוק המכר מחמיר עם הקונה[135]. אולם יש בהוראה זו גם מן הקולה עבור השוכר: ראשית, אם ידע המשכיר על אי־ההתאמה, השוכר פטור כליל מחובת הודעה[136]; שנית, ידיעת המשכיר פוטרת את השוכר מנטליו, בין שידיעה זו הייתה בזמן כריתת ההסכם (כאמור בחוק המכר[137]) ובין שהייתה בזמן מסירת

לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים" (ראה: זמיר, שם, הערה 51). אם כי היה מקום לטעון שהוראת סעיף 17 צריכה לחול על היחסים שבין השוכר והמשכיר במהלך תקופת השכירות, ואין הכרח לומר שהיא חלה גם על שכירות שבה המשכיר לא קיים את חיוביו, כלשון סעיף 6, כלומר במי שלא מסר את המושכר לשוכר. כנגד טענה זו, ראה דברי זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 119־122. זמיר מסביר, ש"סַפֵּק שלא קיים את חיוב ההתאמה לא קיים את חיוביו במלואם, אך אין משמעות הדבר שלא קיים את חיוביו כלל" (שם, עמ' 121), ופירוש הדבר לדוגמה, שמשכיר שמסר מושכר הלוקה באי־התאמה אינו נחשב בהכרח כמי שלא מסר את המושכר כלל. אכן נוסח סעיף 6 הוא, ש"המשכיר לא קיים את חיוביו" אם מסר נכס לא מתאים, ולא נאמר שהוא לא קיים את חובת המסירה הקבועה בסעיף 5. וראה לעיל, הערה 14.

[132] חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 13.

[133] שם, סעיף 14. אם כי יש לציין, שהניסוח של חוק המכר, התשכ"ח־1968, הושפע בשעתו מהניסוח של האמנה בדבר חוק אחיד למכר טובין בין־לאומי, שנחתמה בהאג בשנת 1964 (אמנה זו קיבלה בארץ תוקף של חוק בחוק המכר (מכר טובין בין־לאומי), התשל"א־1971, סעיף 2). סעיף 11 לחוק האחיד קובע: "מקום שלפי חוק זה יש לבצע פעולה 'מיד', יש לבצעה תוך תקופה קצרה ככל האפשר, לפי הנסיבות, לאחר שניתן לבצעה באורח סביר". לפי זה, מה שכתוב בסעיף 14 לחוק המכר, שעל הקונה להודיע על אי־ההתאמה "מיד", הכוונה של המנסחים הייתה: תוך זמן סביר. אם כן, בעניין זה אין הבדל של ממש בין חוק המכר לחוק השכירות. כך העיר לי עו"ד מאיר ארן (לעיל, הערה 112).

[134] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 299. וראה גם: לרנר, סעיף 84.

[135] ראה: חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 16.

[136] מה שאין כן על פי חוק המכר, שם הקונה פטור רק מחובת הבדיקה, החלה עליו מיד עם קבלת הממכר, אך לא מחובת ההודעה מיד עם גילויה. על פי הוראת סעיף 6, השוכר פטור גם ממתן הזדמנות למשכיר לבדוק את המושכר. אולם על כך זמיר מותח ביקורת, ואינו רואה כל הצדקה לזה (ראה שם, עמ' 305). בפועל, לאור סעיף 17, המחייב שוכר "לאפשר למשכיר, בכל עת סבירה, לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים", הוא טוען שאין לזה כל נפקות. אולם ראה דיוננו על סעיף 17, הערה 3, שם אנו חולקים על דעתו.

[137] ראה: סעיף 16 לחוק המכר: "היתה אי־ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה...".

המושכר, או אפילו לאחר מכן. לדעת זמיר[138], בעניין ידיעת המשכיר, ההסדר של חוק השכירות עדיף על זה של חוק המכר, ומן הראוי היה לאמץ אותו גם שם.

ב. האם המשפט העברי מכיר אף הוא בנטלים הרובצים על השוכר, שרק בקיומם יוכל לטעון למום ולמקח טעות? והאם יש בידיעת המשכיר כדי לשנות את המצב?

הרדב"ז[139] מביא בשם רב האי גאון, שהקונה צריך להודיע על המום שמצא במקח מיד כשהוא מוצא אותו, ולא — הרי הוא כמוחל על המום. לפי זה, ידיעת המוכר אינה פוטרת את הקונה מן ההודעה.

אבל מדברי הרמב"ם[140] עולה, שאין חובה על הקונה להודיע למוכר על המום מיד עם גילויו, אלא רק להימנע משימוש בממכר: "המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא. והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום, אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר". וכך נפסק בשולחן ערוך[141]. מדברי ראנ"ח[142] באחת מתשובותיו עולה שדין מכר ודין שכירות זהים גם בעניין זה.

עמדה זו של הרמב"ם עלולה להביא לתוצאות קשות, שכן אי־מתן הודעה עלול לגרום הפסד למשכיר. לדוגמה, כשיבוא המשכיר לתבוע דמי שכירות, יעלה השוכר טענת מקח טעות, וייפטר מתשלום, ובלבד שהקפיד שלא להשתמש במושכר. אמנם, מצוות השבת אבדה כוללת גם את החובה להציל את הזולת מהפסד, ועל פי זה, על השוכר להודיע למשכיר על אי־ההתאמה, כשהדבר יכול למנוע ממנו נזק. אולם אי־קיום מצווה זו אינו גורר אחריו תוצאות משפטיות, ומשום כך, בדוגמה שהבאנו לעיל, אף שהשוכר נמנע מלהודיע על אי־התאמה במושכר, הוא יוכל בכל זאת להסתמך עליה ולהיפטר מתשלום דמי השכירות. לאור יחסי האמון שאמורים לשרור בחיי המסחר, נראית תוצאה זו בלתי רצויה. נמצא שאם נוקטים כשיטת הרמב"ם, יש מקום לתקן תקנה, שתחייב את השוכר להודיע למשכיר על קיום הפגם, ולא — לא יוכל להעלות טענת מקח טעות (כפי שפסקו אחרים מעיקר הדין). אבל אם המשכיר היה מודע לאי־ההתאמה, ספק אם יש מקום לתקנה כזו, וכפי שנקט החוק.

לא מצאנו מקורות במשפט העברי לעניין חובת מתן אפשרות בדיקה.

ד. שימוש במושכר לאחר גילוי אי־ההתאמה

ראינו זה עתה, בהלכת הרמב"ם, שאם עשה הקונה שימוש בממכר לאחר גילוי אי־ההתאמה, שוב אינו יכול לטעון לביטול המקח. להלכה זו יש מספר סייגים, שאין כאן המקום לפרטם

[138] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 299־300.

[139] שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רו (קלו); מובא במחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן ד. וראה: שו"ת מהריט"ץ, חלק א, סימן קה וסימן רכה, שכך דייק גם משו"ת הרי"ף, סימן קנג.

[140] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג. וראה שו"ת מהריט"ץ, שם, שתמה על פסק זה של הרמב"ם, מה עוד שהוא סותר את עמדת רבו, הרי"ף. ראה לעיל, הערה 139.

[141] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף ג. וראה עוד בעניין זה: י"י בלויא, פתחי חושן, הלכות גניבה ואונאה, ירושלים תשמ"ז, פרק יג, הערה ח.

[142] שו"ת הראנ"ח, סימן מא. ראה להלן, ליד ציון הערה 146.

ולעמוד על טיבם[143]. נראה שבטעמה של הלכה זו נחלקו הדעות בין הפוסקים. יש מי שאומר[144], שהנימוק היחידי הוא שהשימוש לאחר גילוי המום הרי הוא כמחילה. ויש מי שאומר[145], שאם רצה הקונה לבטל את המקח, אסור היה לו להשתמש בנכס של זולתו בחינם, שכן שואל שלא מדעת, גזלן הוא. ומכאן שאם השתמש, מוכח שמחל.

נימוקים שונים אלה עומדים ברקע מחלוקת בין הפוסקים אם דין שימוש לאחר גילוי המום חל גם בשכירות, או שמא אינו חל אלא במכר. הראנ"ח[146] דן במי ששכר בית, ובחוזה היה כתוב שהשכירות כוללת גם מחסן הנמצא מתחת הבית. לאמיתו של דבר לא היה מחסן מתחת הבית. לאחר שנה וחצי של שהייה במושכר, מבקש השוכר להסתמך על אי־התאמה זו. ראנ"ח משיב, שבעיקרון השוכר רשאי להעלות טענת מקח טעות (ואפילו לאחר שנה וחצי!), אולם מאחר שהשוכר כבר עשה שימוש במושכר כמות שהוא, שוב אינו יכול לחזור בו. הראנ"ח לומד הלכה זו מהיקש לדיני מכר, ובהקשר לכך הוא אומר: "ואין נראה לחלק בזה בין מכר לשכירות, ולומר דדוקא במכר שהוא משתמש באותו כלי בחנם אמרינן הכי, אבל גבי שכירות, שאין תשמישו בחנם, אבל בא בשכרו, סבר לא מפסידנא ליה מידי [=איני מפסידו דבר], ואשתמש בו, וכל זמן שארצה אחזור בי. דכיון דמטעמא דמחילה אתינן עלה, לא שנא [=כיוון שאנו באים מטעם מחילה, אין הבדל]"[147]. מדבריו עולה בבירור שהוא נוקט את הנימוק הראשון שראינו לעיל, כלומר כל שימוש במושכר פגום כשלעצמו מלמד על מחילה, ולכן אינו רואה כל נימוק להבחין בין מכר לשכירות.

לעומתו פוסק אחרון, ר' שלמה טבק[148], נוקט את הנימוק השני, ועל כן הוא סובר שיש להבחין בין מכר לשכירות. כלומר, אין לראות בשוכר "שואל שלא מדעת" שהרי הוא אינו משתמש במושכר בחינם, כמו הקונה, אלא הוא משלם עבור אותו שימוש. בנוסף לכך נראה

[143] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלב, סעיף ד, נותן סיכום קצר של הלכות אחדות בעניין זה. לאחר שהביא את הלכת הרמב"ם, הוא מוסיף: "ודוקא שלא נשתמש בו אחר שידע בהמום, והיה ביכלתו להודיע להמוכר. אבל אם נשתמש בו אחר שראה את המום, והיה יכול להודיע להמוכר, ולא הודיעו שחוזר בו, הרי מחל, ואינו יכול לחזור בו. ודוקא כשהמקח אינו בעל חי, אבל בעל חי — אין השימוש ראיה על מחילתו, דהיה מוכרח להשתמש בו להרויח על מזונותיו... ואם הודיע להמוכר שרצונו לחזור בהמקח ובין כך השתמש בו, אם היה הלוקח תלמיד חכם, שיודע הדין ששימוש הוי מחילה, אינו מועיל הודעתו, דמי הכריחו להשתמש בו? ובודאי מחל. ואם היה מההמונים, אין שימוש מחילה, כיון שהודיעו... ושימוש שמצד ההכרח, כגון שהיה בדרך וכיוצא בזה, ודאי דאין זה ראיה על מחילתו". הרבה פרטי דינים וסייגים ראה עוד בחוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ששה־עשר, סעיף ג, ובביאורים שם.
לתשובות הנוגעות להסכמי שכירות שהוזכרו בהן חלק מסייגים אלה, ראה: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ד, סימן קח; שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רפה.
לפי שו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, אות רח, אם היה תנאי מפורש שהמשכיר ישפץ את הבית המושכר, עצם קבלתו לידיו והשימוש בו אינם פוטרים את המשכיר מחיובו.

[144] כך עולה מדברי מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג; וכן כתב גם בשו"ת הראנ"ח, סימן מא.

[145] דברי גאונים, כלל ו, סימן י, הובא בפתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה י; וכן כתב בשו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רפה.

[146] שו"ת הראנ"ח, סימן מא.

[147] הראנ"ח דוחה גם אפשרות להבחין בין מום ביחס לתכונה במושכר שלא הוסכם עליה, לבין מום בדבר שהוסכם. היה מקום לומר, שאם הוסכם במפורש על הדבר, השימוש אינו מוכיח על מחילה, אולם הוא דוחה ואומר, "שאין שום טעם לחלק בכך". וראה מהרי"ל דיסקין, שהובא לעיל, הערה 143, שנראה שגם הוא נוקט בעיקרון את אותה שיטה.

[148] שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רפה.

שלדעתו, אף שבמכר אפשר אולי לראות בשימוש על אף הפגם משום ויתור, הרי בשכירות מאחר שמדובר בעסקה נמשכת, שימוש זמני במושכר כשהוא אינו מתאים, אין פירושו ויתור על דרישת ההתאמה מכאן ולהבא. דיונו נסב על שוכר ששכר מרתף לעשות בו מסעדה, ובאמצע תקופת השכירות נטש את המושכר בטענה שמהתקרה נוזלים מים, ואין הוא מסוגל להמשיך ולנהל כך את עסקו. בעל תשורת ש״י מתלבט אם העובדה שישב במרתף כמה שבועות, אף שידע כבר את המום, ולא ביטל את השכירות מיד, אינה שוללת ממנו את האפשרות להסתמך עליו. כאמור, הוא מגיע למסקנה שיש להבחין בעניין זה בין מכר לשכירות, ועל כן הוא פוסק לטובת השוכר.

פרק שישי

סיכום

א. ההלכות בשאלת ההתאמה נלמדות ברובן מהיקש להלכות מכירה, משום שה״שכירות — מכירה בת יומה היא״[149].

ב. חובת המשכיר אינה מתמצית בהעמדת הנכס המוסכם לרשות השוכר, אלא המושכר צריך גם להיות נקי מכל מום (אי־התאמה, בלשון החוק). מום במושכר הופך את העסקה למקח טעות. הגדרת ״מום״ אינה הגדרה נוקשה, ואף שנאמרו בעניין זה עקרונות יסוד אחדים — כגון שהמושכר צריך להיות ראוי לשימוש וצריך גם להיות ראוי להשגת מטרת השכירות — העיקרון הקובע הוא מנהג המדינה: ״כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה — מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום — הרי זה אינו מחזיר, אלא אם פירש. שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך״[150]. על כגון זה נאמר, ״מנהג מבטל הלכה״.

אם הייתה השכירות של נכס בלתי מסוים, דרישות ההתאמה מחמירות פחות, אם כי המשכיר חייב להעמיד לשוכר מושכר בעל איכות מינימלית.

לא זו בלבד שהמשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר נכס המתאים לשימוש רגיל ולמטרה שלשמה שכר את המושכר, אלא חובת ההתאמה פְּרוּשָׂה גם על גורמים חיצוניים למושכר, אם הם משפיעים על השימוש הרגיל במושכר או על המטרה שלשמה הושכר. כמו כן המושכר חייב להיות נקי מזכויות צד שלישי כדי שלא לפגוע בזכויות השימוש בו.

ג. חובת ההתאמה חלה על המשכיר בשעת העמדת המושכר לרשות השוכר, ואינה נמשכת לאורך תקופת השכירות. לפי זה, אם נפגם המושכר לאחר שהועמד לרשות השוכר, אף שעדיין לא נטל השוכר את החזקה בו, אינו יכול להעלות טענת אי־התאמה[151].

ד. מהן התרופות העומדות לרשות השוכר באי־התאמה? אם אי־ההתאמה אינה ניתנת לתיקון (או שתיקונה דורש החלפת המושכר, כולו או מקצתו) התרופה היחידה העומדת

[149] רמב״ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה יז.

[150] רמב״ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ה; שולחן ערוך, חו״מ, סימן רלב, סעיף יט. והשווה סעיף 3 לחוק.

[151] בנקודה זו חלוקים המשפט העברי והחוק, המאפשר לשוכר לחזור בו מן העסקה בנסיבות כאלה.

לרשותו היא ביטול העסקה, ואינו יכול לדרוש אכיפה[152]. בחר השוכר שלא לבטל את העסקה, לא יוכל לדרוש אפילו ניכוי מדמי השכירות. אם אי־ההתאמה ניתנת לתיקון, השוכר אינו רשאי לבטל את העסקה, אבל הוא רשאי לתקן את אי־ההתאמה על חשבון המשכיר, וכן הוא רשאי לנכות מדמי השכירות בהתאם. לעניין תרופת הפיצויים בגין נזק שנגרם עקב אי־ההתאמה, אף שלכאורה התרופה אינה עומדת לרשות השוכר, שכן "גרמא בנזיקין — פטור", יש שהשוכר זכאי בכל זאת לפיצויים.

ה. אף שידע השוכר בעת כריתת החוזה על קיום אי־ההתאמה, אין לראות בכך משום ויתור על דרישת ההתאמה. אולם אם נטל השוכר את החזקה במושכר, כשידע על אי־ההתאמה, לא יוכל לטעון למקח טעות אלא במקרים יוצאי דופן. בעיקרון, השוכר רשאי להסתמך על טענת אי־ההתאמה, אף שלא הודיע עליה זמן סביר לאחר גילויה[153]. יש מי שאומר, שבשונה מן המכר, השימוש במושכר לאחר גילוי פגם, אינו שולל את אפשרות העלאת טענת מקח טעות.

לאור דברינו, אנו מציעים לנסח את סעיף 6 לחוק כדלהלן:

אי־התאמה

6. המשכיר לא קיים את חיוביו אם מסר לשוכר נכס שבזמן המסירה לא התאים מבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו או מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים או למה שדרוש לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם, או אם אינו נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי העלולים לפגוע בשימוש כאמור (להלן — אי־התאמה); אולם אין השוכר זכאי להסתמך על אי־התאמה בכל אחת מאלה:

(1) הוא ידע עליה בעת כריתת החוזה, ואי־ההתאמה אינה מגבילה את השימוש במושכר[154];

(2) הוא לא הודיע עליה למשכיר זמן סביר לאחר שגילה אותה [או, אם הודיע כאמור, לא נתן למשכיר הזדמנות נאותה לבדוק את המושכר][155]; פסקה זו לא תחול אם ידע המשכיר על אי־ההתאמה.

[152] יש לציין שלא כן הוא הדין אם הייתה התחייבות להשכיר (כגון בשכירות נכס בלתי מסוים). שם, לדעת חלק מן הראשונים, השוכר זכאי לאכיפה. כמו כן הדין אינו כן לדעת הגישות המגדירות את השכירות כעסקה חוזית.

[153] אולם לדעתנו הוראת ס"ק (2) מוצדקת, ויש מקום לאמצה בגדר תקנה.

[154] כך שיערנו בדיוננו לעיל, ליד ציון הערה 119, והשארנו את הדבר בצריך עיון. וראה שם, שהעלינו אפשרות נוספת, ולפיה אם ידע השוכר על אי־ההתאמה, ואילו המשכיר לא ידע עליה (או שהשוכר לא ידע שהמשכיר יודע), כי אז לא יוכל להסתמך עליה, כדעת א' זמיר.

[155] כאמור, אין מקורות במשפט העברי לעניין מתן אפשרות בדיקה.

סעיף 7

חובת תיקון המושכר

חובת תיקון המושכר

7. (א) המשכיר חייב, תוך זמן סביר לאחר שקיבל דרישה לכך מאת השוכר, לתקן במושכר, או בנכס שברשותו המשמש את המושכר, כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות (להלן — פגם), בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן, זולת פגם שהשוכר אחראי לו לפי חוק השומרים, התשכ"ז־1967, או שתיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר.

(ב) היה הנכס המושכר מיטלטלין ובשביל השוכר לא נודעת משמעות לזהותו, רשאי המשכיר לקיים את חיובו לפי סעיף זה בדרך של החלפת הנכס בנכס אחר; הוצאות ההחלפה יחולו על המשכיר.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 123

פרק שני: חובת התיקון, יסודה והיקפה — "המשכיר חייב... לתקן" 124

א. היסוד המשפטי לחובת התיקון 124

(1) שכירות בלתי מסוימת כבסיס לחובת התיקון (הריטב"א ו"נימוקי יוסף") 124

(2) הסכם מכללא, תקנה או חלק מזכות קניינית (רמב"ם, רא"ש, מאירי) 127

ב. היקף חובת תיקון הפגם 134

(1) נסיבותיו של הפגם 134

(2) מיקומו — "במושכר, או בנכס שברשותו המשמש את המושכר" 136

(3) חומרתו — "כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש" 139

פרק שלישי: תיקון פגם ותיקון אי־התאמה — "בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן" 142

פרק רביעי: סייגים לחובת התיקון 144

א. אחריות השוכר — "השוכר אחראי לו" 144

ב. הסכם או מנהג — "תיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר" 147

פרק חמישי: החלפת המושכר במקום תיקונו — "החלפת הנכס בנכס אחר" 148

פרק שישי: סיכום 153

פרק ראשון

מבוא

מקובל לומר[1] ששאלת חובת תיקון המושכר היא אחת מאבני הבוחן שעל פיהן אפשר לקבוע אם שיטת משפט מסוימת רואה בשכירות זכות קניינית או זכות אובליגטורית. המשפט האנגלי לדוגמה, המתייחס לזכות השכירות כאל Estate, אינו מכיר בחובת תיקון המושכר. המשפט הקונטיננטלי לעומתו, הרואה בשכירות זכות גברא, מטיל על המשכיר את החובה לדאוג שהמושכר יהיה ראוי לשימוש כל תקופת השכירות.

גישתו של החוק הישראלי בסוגיה זו פחות דוגמתית[2]: מחד גיסא, לשכירות כמה סממנים מובהקים של זכות חפצית, כגון עבירותה של השכירות[3], וכן העובדה שזכויות השוכר הם כלפי כולי עלמא, כלומר שמכירת המושכר אינה פוגעת בזכויות השוכר[4]; ומאידך גיסא, לשכירות יש סממנים מובהקים של זכות חוזית, שכן על המשכיר מוטלות חובות אחדות כלפי השוכר, וחובת התיקון היא אחת מהן[5] (אולי החשובה שבהן). כפי שנראה להלן, בעניין זה החוק הולך בעקבות המשפט העברי.

את סעיף 7 יש לקרוא יחד עם סעיפים 8־10. סעיף 8 מרחיב את חובת התיקון במקרה של העלמת פגם; סעיף 10 מצמצם את היקף חובת התיקון, במקרים בהם דרישת התיקון אינה אפשרית או אינה סבירה; וסעיף 9 קובע את התרופות העומדות לרשות השוכר בשל אי־תיקון המושכר. דיוננו בארבעת הסעיפים הנזכרים הוא אפוא בחובת התיקון החלה על המשכיר, גדרה, היקפה, תנאיה, סייגיה והתרופות בשל אי־קיומה.

במשפט העברי, קיומה של חובת תיקון מושכר שנפגם מוסכמת על הכול, אולם יסודה והיקפה שנויים במחלוקת. מחלוקת זו שורשה בתפישות שונות בדבר מהות השכירות או בדבר פרשנות ההסכם שבין הצדדים. להלן נדון תחילה ביסוד המשפטי לחובת התיקון. לאחר מכן: נגדיר מהו פגם שחובה לתקנו; נבחן אם מקור הפגם או הנסיבות שאירע בהן עשויים להשפיע על חובת התיקון; ונבחן מהי חומרת הפגם המחייבת תיקון. בהמשך נדון ביחס בין פגם לאי־התאמה לעניין חובת התיקון. ולבסוף נדון בסייגים לחובת התיקון.

[1] ראה: א׳ סוכובולסקי, ״על שכירות מקרקעין לאחר צאת חוק השכירות והשאילה תשל״א־1971״, משפטים ד (תשל״ג) 440.

[2] ראה: לרנר, סעיפים 24־28.

[3] אם כי זכות זו מסוייגת. ראה: סעיף 22 לחוק.

[4] ראה: סעיף 21 לחוק.

[5] חובה נוספת היא החובה לאפשר לשוכר שימוש ללא הפרעה, ראה: סעיף 11 לחוק.

פרק שני

חובת התיקון, יסודה והיקפה – "המשכיר חייב... לתקן"

א. היסוד המשפטי לחובת התיקון

בדיוננו על סעיף 1 ראינו שיש חילוקי דעות בדבר מהותה המשפטית של השכירות – יש הרואים בה עסקה קניינית ויש הרואים בה עסקה חוזית. כמו כן ראינו שיש חילוקי דעות בדבר היחס שבין שכירות מסוימת לשכירות בלתי מסוימת. היינו מצפים, כפי שהזכרנו במבוא ביחס לשיטות משפט אחרות, ששאלת חובת תיקון המושכר תוכרע על פי תפישת מהות השכירות: מי שרואה בשכירות עסקה קניינית אינו מכיר בחובת תיקון (כמו בחוק האנגלי), לא כן מי שרואה בשכירות עסקה חוזית (כמו בחוק הקונטיננטלי). אולם ניתוח שיטות הראשונים והפוסקים יגלה לנו שבמשפט העברי קביעת חובת התיקון תלויה אמנם בתפישת מהות השכירות, אולם אין זה השיקול הבלעדי.

נביא להלן את דעות הראשונים בשאלת חובת התיקון תוך ניסיון לעמוד על שורשן של שיטותיהם:

(1) שכירות בלתי מסוימת כבסיס לחובת התיקון (הריטב"א ו"נימוקי יוסף")

לדעת הריטב"א[6], ונראה ש"נימוקי יוסף"[7] מצטרף לדעתו, החובה לתקן פגם במושכר מפורשת כבר במשנה[8] הקובעת: "המשכיר בית לחבירו חייב בדלת, בנגר [=מנעול פנימי] ובמנעול [=מנעול חיצוני] ובכל דבר שמעשה אומן". אלא שהריטב"א מסייג את משמעות דברי המשנה וקובע שהיא אינה דנה בשכירות מסוימת: "אם במשכיר בית זה או בית פלוני איירי, חייב להעמיד לו [תיקוני הבית] בשעה שמכניסו לתוכו; מכאן ואילך, נפל [אחד מתיקוני הבית] – אזל ליה[9]. ואם במשכיר בית סתם, חייב להעמיד לו כן [את תיקוני הבית] כל זמן השכירות".

[6] חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה גמרא המשכיר חייב להעמיד, בשם רבו (הרא"ה).

[7] נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה המשכיר בית. וראה בשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח, שהוכיח, שכן היא גם דעתם של הרמ"ה והרשב"א (ראה שם קח ע"ד). ואולם, ראה להלן, הערה 67, שאין הכרח למסקנה זו בשיטת הרשב"א.

[8] משנה, בבא מציעא ח, ז; קא ע"ב.

[9] על פי השקפת הריטב"א, יש מקום לראות את העדר חובת התיקון, כביטוי נוסף לאופייה הקנייני של השכירות (ראה להלן, ליד ציון הערה 14, וליד ציון הערה 16): כבעל זכות קניינית במושכר (אם כי זכות מוגבלת בזמן ובהיקף), אין לשוכר כל עילה לדרוש תיקון מן המשכיר. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם מסקנה אחרת שהסיק הריטב"א מאופייה הקנייני של השכירות, ולפיה הרס המושכר אינו עילה לפטור מתשלום (ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה היכי דמי, וראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 32). ייתכן, שגם לפי "נימוקי יוסף", העדר חובת התיקון היא פועל יוצא מאופייה הקנייני של השכירות (אם כי, להלן נראה שאין לקבוע בזה מסמרות). אולם, חשוב להדגיש, שלפי "נימוקי יוסף", אופי קנייני זה של השכירות, אינו מחייב את המסקנה שעל השוכר לשלם דמי שכירות מלאים גם כשהמושכר יוצא מכלל שימוש. לדעתו, אם המושכר יוצא מכלל שימוש, אמנם, מחד גיסא, אין עילה לדרישת תיקון, אולם, מאידך גיסא, יש כאן עילה לפטור מתשלום (ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (ס ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה בית זה אני משכיר לך אזדא). בדיוננו על סעיף 15, פרק שני, א(1), נרחיב את הדיבור כדי להסביר מדוע אף ש"שכירות ליומיה – ממכר הוא", אין חייבים להסיק מכך, כפי שהסיק הריטב"א, שהשוכר נושא בכל ההפסדים. ראה במיוחד, שם, ליד ציון הערה 37 ואילך.
נמצא שיש להצביע על הבדל חשוב בין ריטב"א ו"נימוקי יוסף": לדעת הריטב"א, מושכר שנפגם, לא זו

דעה זו נפסקה להלכה על ידי הרמ"א[10]: "תיקן המשכיר דברים אלו [בתחילת השכירות] ונשברו תוך ימי השכירות, אם אמר לו: 'בית זה', אין צריך להעמיד לו אחר[11]; אמר לו: 'בית' סתם, צריך לתקנו כל ימי השכירות"[12].

נראה לומר, שלראשונים אלה שאלת התיקון של מושכר שנפגם אינה שונה במהותה משאלת העמדת מושכר חלופי במקומו של מושכר שיצא מכלל שימוש. כשם שאם הושכר בית מסוים, ונפל הבית, אין המשכיר חייב להעמיד במקומו בית אחר[13], כך אם נפגם הבית, אינו חייב לתקנו. וכשם שאם הושכר בית בלתי מסוים, ונפל הבית, חובה להעמיד במקומו בית אחר, כך אם נפגם הבית, חובה לתקנו.

על ההבחנה בין שכירות מסוימת לשכירות בלתי מסוימת כבר הרחבנו את הדיבור בדיוננו על סעיף 1, ומתוך מה שראינו שם נראה שאפשר להבחין בין שלוש תפישות, ויש לברר מהו אופייה של חובת התיקון (במושכר בלתי מסוים) על פי כל אחת משלוש תפישות אלה:

1. תפישה אחת — אותה נוקטים רבים מן הראשונים — גורסת[14], ששכירות נכס מסוים היא עסקה בעלת אופי קנייני, בעוד ששכירות נכס בלתי מסוים היא עסקה בעלת אופי חוזי. הבחנה זו יש בה כדי להסביר יפה מדוע בשכירות נכס מסוים אין חובת תיקון, ואילו בשכירות נכס בלתי מסוים יש חובת תיקון: על פי אופייה של עסקה לשכירות נכס מסוים כעסקה קניינית, הרי שהמשכיר לא נטל על עצמו כל התחייבות, כולל לא התחייבות לתקן את המושכר (אולם השווה להלן, שמסקנה זו אינה הכרחית, ויש מקום לחלוק עליה). לעומת זאת, בשכירות נכס בלתי מסוים, שעניינה התחייבות להעמיד נכס ראוי לשימוש השוכר, ברור שכאשר אותו נכס נפגם חובה לתקנו.

בלבד שהשוכר אינו יכול לדרוש תיקון אלא הוא חייב להמשיך לשלם דמי שכירות מלאים; לדעת "נימוקי יוסף", אמנם השוכר אינו יכול לדרוש תיקון, אולם אם המושכר אינו ראוי עוד לשימוש, השוכר פטור מתשלום דמי שכירות מכאן ולהבא.

10 רמ"א, חו"מ, סימן שיד, סעיף א. על כך שהרמ"א מאמץ את שיטת הריטב"א ראה בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 34, ובהערה 232. אולם, השווה להלן, הערה 35, אות ב, שלדעת "חבצלת השרון", הרמ"א אינו מסתמך בפסק זה על שיטת הריטב"א, אלא דווקא על שיטת "נימוקי יוסף" (על ההבדל בין שתי השיטות, ראה לעיל, הערה 9).

11 וראה: קצות החושן, סימן שיד, ס"ק א, שתמה על כך שלעיל, בסימן שיב, סעיף יז, הרמ"א לא העיר דבר על פסק השולחן ערוך. השולחן ערוך כותב שם: "ויש מי שאומר דדוקא בשנפל כולו [אז המשכיר אינו חייב להעמיד בית אחר לשוכר], אבל אם הוא [הבית] קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו, חייב המשכיר לתקנו, אם יש בידו שכירות מוקדם" (על פסק זה של השולחן ערוך, ראה להלן, ליד ציון הערה 36). על דברים אלה, אין הרמ"א מעיר דבר, ואילו בסימן שיד, סעיף א, פסק הרמ"א כשיטת הריטב"א, לפיה אין כל חובת תיקון ב"בית זה"? כנגד תמיהתו של "קצות החושן", יש לומר, שבסימן שיב, השולחן ערוך עצמו הביא את הדברים בשם "יש אומרים" (הכוונה לשיטת הרא"ש שנדון בה להלן), ועל כן אולי לא ראה הרמ"א סיבה להעיר שהוא אינו מסכים לאותה דעה. ראה: ערך ש"י, חו"מ, סימן שיד, סעיף א. דרך אחרת ליישוב שאלת "קצות החושן", ראה בטבעת החושן, סימן שיד. והשווה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קח ע"ד), ד"ה ומ"מ, שהעיר על קושי אחר בדברי הרמ"א. יש לציין, שלפי הדעה המובאת להלן, הערה 35, אות א, אין מקום לשאלתו של "קצות החושן" כנגד הרמ"א.

12 לשאלה: מה דין פגם שנגרם במכוון על ידי המשכיר, ראה להלן, דיוננו על סעיף 11.

13 ראה: בבא מציעא קג ע"א.

14 למהותה של שכירות נכס מסוים על פי שיטה זו, ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 11. למהותה של שכירות בלתי מסוימת, ראה שם, פרק שישי, עמ' 34 (סיכום הדעות הרואות באותה שכירות עסקה חוזית, ראה שם, ליד ציון הערה 184).

2. תפישה אחרת גורסת[15] שאין הבדל מהותי בין שכירות נכס מסוים לשכירות נכס בלתי מסוים. לשתי העסקאות אופי חוזי, וההבדל ביניהן הוא רק בהיקף ההתחייבות שהמשכיר נוטל על עצמו כלפי השוכר: בשכירות מסוימת אין התחייבותו של המשכיר נוגעת אלא למושכר המסוים; ואילו בשכירות בלתי מסוימת התחייבותו של המשכיר אינה מצומצמת לנכס מסוים. לפי תפישה זו, אין לומר שחובת התיקון במושכר בלתי מסוים מתחייבת מאופייה החוזי של העסקה, שכן גם שכירות נכס מסוים היא בעלת אופי חוזי, ובכל זאת אין בה חובת תיקון. אם חובת התיקון מצומצמת לשכירות בלתי מסוימת, הרי זה כנראה משום שלפי דעה זו אין להבחין בין תיקון לבין העמדת מושכר חלופי. לפי הנחה זו, ברור שבמושכר מסוים לא זו בלבד שכאשר המושכר נהרס אין המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, אלא גם כשהמושכר נפגם אינו חייב לתקנו. לעומת זאת, בשכירות בלתי מסוימת, כשם שאם נהרס המושכר יש חובה להעמיד במקומו מושכר חלופי, כך אם נפגם המושכר יש חובה לתקנו.

3. קיימת גם תפישה נוספת, שנוקט הריטב"א[16]. תפישה זו גורסת גם היא שאין הבדל מהותי בין שכירות נכס מסוים לשכירות נכס בלתי מסוים (לפחות לא כשמדובר בשכירות בית, שהמשנה שהבאנו לעיל דנה בה), אלא שלפי תפישה זו יש לשתי העסקאות אופי קנייני (ולא חוזי). ההבדל ביניהן הוא: בראשונה אין המשכיר מקנה לשוכר אלא נכס אחד מוגדר בלבד; ואילו בשנייה המשכיר מקנה לשוכר גם את חליפיו של הנכס, אם ייצא מכלל שימוש. אם נכס כזה לא היה מצוי ברשותו בשעת ביצוע העסקה[17], מאחר ש"אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו", יתפרש ההסכם כתנאי לתשלום. כך יש לפרש אפוא את חובת התיקון של מושכר בלתי מסוים לפי הריטב"א[18]: היה ביד המשכיר מושכר חלופי, הרי שאם לא יתוקן המושכר תהיה עילה לשוכר לדרוש העמדת מושכר חלופי; לא היה ביד המשכיר מושכר חלופי, אי־תיקון הפגם יהיה כרוך באובדן דמי השכירות בלבד.

קשה לדעת איזו משלוש התפישות שהוצגו כאן היא תפישתו של "נימוקי יוסף". ואולם גם אם נניח שאין תפישתו כתפישת הריטב"א, עדיין ייתכן שגם לדעתו חובת התיקון אינה אלא תנאי לתשלום, שכן אולי הוא נוקט כתפישת הרמב"ן[19], שחובת העמדת מושכר חלופי אינה חובה בת אכיפה אלא רק תנאי לתשלום דמי השכירות.

[15] למהותה של שכירות מסוימת לפי שיטה זו, ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 23.

[16] ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 198.

[17] לדעת הריטב"א אין מניעה שהמשכיר יטול על עצמו התחייבות מיוחדת להעמיד נכס חלופי, התחייבות שכזו תקפה, ובלבד שתלווה בקניין סודר. ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה ואי דאמר ליה בית סתם. בכגון זה ודאי שגם הריטב"א יודה שמוטלת על השוכר חובת תיקון. וראה דיוננו על סעיף 1, הערה 198.

[18] לפי הריטב"א, יש שכירות שהיא בעלת אופי חוזי, כגון שכירות חמור (ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 85, והערה 198), נשאלת אפוא השאלה: האם בשכירות בעלת אופי חוזי מסכים הריטב"א שיש חובת תיקון, או שמא אין הוא רואה הבדל בין תיקון ובין העמדת מושכר חלופי? שאלה זו צריכה עיון.

[19] על שיטת הרמב"ן, ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 172.

(2) הסכם מכללא, תקנה או חלק מזכות קניינית (רמב"ם, רא"ש, מאירי)

הרמב"ם, אף שמגדיר את השכירות כזכות קניינית[20], קובע[21]: "המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו[22] ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול וכל כיוצא באלו מדברים שהן מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות"[23]. המקור לדברי הרמב"ם הוא המשנה שהובאה על ידי הריטב"א לעיל[24], אולם, שלא כריטב"א, הרמב"ם לא הבחין בין שכירות מסוימת לשכירות בלתי מסוימת. משתמע מכאן, שאף שהשכירות היא כמכר ליום, הרי אינה מכר ממש, ואחד ההבדלים בינה לבין מכר הוא, שבניגוד למכר, אין המשכיר יוצא מן התמונה עם גמר העסקה, אלא מוטלת עליו החובה לדאוג לתקינותו של המושכר לכל אורך תקופת השכירות[25].

כך כותב גם המאירי[26] בפירושו לאותה משנה: "וכן הדין בכל אלו: אם שכרן והיה הכל ראוי, ודר שם הרבה ונתקלקל, שהמשכיר חייב לו לתקנם, ואם תיקן השוכר מעצמו, מנכה לו מן השכירות". ואף הוא לא הבחין בין שכירות מסוימת לשכירות בלתי מסוימת.

נראה אפוא שפוסקים אלה, בניגוד לפוסקים שראינו לעיל, מבחינים בין תיקון מושכר שנפגם ובין העמדתו מחדש כשנהרס. לדעתם, כך נראה, כל זמן שלא נהרס המושכר, השכירות אינה מגיעה לסיומה, וההנחה היא שהשוכר זכאי להגנה על זכויות השימוש שקנה במושכר. קשה לקבוע אם חובת התיקון שמדברים עליה הרמב"ם והמאירי יסודה בהסכם מכללא בין הצדדים, כלומר שהשכירות, אף שאופייה קנייני, כוללת מכללא גם מרכיב חוזי, שבו המשכיר מתחייב לתקן כל פגם רציני ("עיקר גדול בישיבת הבתים"); או שמא יסוד חובת התיקון בתקנת חכמים (הוראה סטטוטורית), דוגמת חוק השכירות.

[20] ראה לדוגמה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א: "שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא". וראה גם בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 11.

[21] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ג. על פי המשנה, בבא מציעא ח, ז; וברייתא, שם קא ע"ב.

[22] הכוונה גם לחלונות שנתקלקלו במהלך תקופת השכירות, ולא רק לחובה להעמיד חלונות תקינים בתחילת השכירות (השווה שיטת הריטב"א לעיל, ליד הערה 6). כך משתמע מהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ו, אות א (ראה שכך הסיק מדיוק לשונו, ערך ש"י, חו"מ, סימן שיד, סעיף א). ואולי כך אפשר להסיק גם מביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיד, ס"ק א (אם כי, השווה: "מכונית שכורה או שאולה שנמסרה לתיקון ונגנבה", בירורי הלכה, קובץ ד (תשנ"א) עמ' 31, הערה 1, שם הוצע פירוש אחר בדברי הגר"א); ומשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קה ע"ד), אם כי ראה להלן, הערה 25. והשווה להלן, הערה 34.

[23] מעניין להשוות להלכה זו של הרמב"ם את פירושו של רבי יהונתן מלוניל על אותה משנה (מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה מתניתין): "המשכיר חייב בדלת [=חייב לתקן את דלת הבית], לפי שאפילו לא ישכירנו לאחר, צריך הוא שיסגיר [צ"ל: שיסגור] אותו בית, שלא תהיה מערת פריצים, ושלא תהיה אשפה ליפנות שם. אבל, דבר שאינו צורך הבית אלא למי שהוא דר שם, משום הכי עליו [=על השוכר] לתקנו". רבי יהונתן מבחין אפוא בין תיקון הנכס לשם שמירת הנכס עצמו, המוטל על המשכיר, לבין תיקון לשם צרכי השימוש בו, המוטל על השוכר. דעתו תמוהה לאור ההלכה המפורשת במשנה, שהמשכיר חייב בנגר [=מנעול פנימי], שהרי אין צורך במנעול פנימי אלא למי שהוא דר שם!

[24] לעיל, הערה 8.

[25] עיין שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח, שהסיק תחילה מדברי הרמב"ם את חובת תיקון מושכר שנתקלקל, בין בבית זה ובין בבית סתם (שם, קה ע"ד), אך ציין אחר כך, שלדעת ה"נימוקי יוסף" (לעיל, הערה 7) ייתכן שגם הרמב"ם מבחין בין בית זה לבית סתם. ולכן השאיר את שיטת הרמב"ם בעניין זה בצריך עיון (קו ע"א). יש להעיר שקשה לקבל את הצעתו של ה"נימוקי יוסף" בדעת הרמב"ם, שכן אין רמז בדברי הרמב"ם שדבריו אמורים דוקא בבית סתם ולא בבית זה.

[26] בית הבחירה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה אמר המאירי המשכיר בית לחבירו.

לצד שיטת הרמב"ם והמאירי, שעל פיה לא ברור מה יסוד החובה, קיימת תפישה שממנה עשוי להשתמע שהתיקון מתחייב ממהותה המשפטית של השכירות, ואינו רק בגדר חובה נלווית וחיצונית. כידוע, השוכר רוכש את זכות השימוש במושכר וזכותו לנצל את השימוש עד תומו[27]. פוטנציאל השימוש בנכס אינו נגמר עם קלקולו. אמנם הקלקול גורם למניעה זמנית של השימוש, אולם די לתקן את המושכר כדי להמשיך ולהשתמש בו, ואכן כך נוהגים לעשות בעלי בתים. לכן, מאחר שהקנה המשכיר לשוכר את פוטנציאל השימוש של המושכר, ומיצוי פוטנציאל זה מתאפשר רק על ידי תיקון הפגם שנתגלה במושכר, הרי קמה ועולה מאליה חובתו של המשכיר לתקן את המושכר. דרישת התיקון מצד השוכר אינה אלא שישלים המשכיר את העסקה ביניהם. אין כאן חיוב חוזי נלווה (ואין גם צורך להיזקק לחיוב סטטוטורי), אלא התיקון הינו חלק מהותי של זכות השימוש שהוקנתה לשוכר. במילים אחרות, המשכיר חייב לתקן מושכר שנפגם, באותה מידה שהמוכר חייב לספק את הסחורה שמכר במלואה[28]. הסמ"ע[29] מסכם זאת בלשונו: "כיון דשיעבד נפשו להשכיר לו בית זה, ועדין שמו עליו — מחוייב לתקנה". אם אין עוד "שמו עליו", הרי שנסתיימה השכירות, וממילא השוכר אינו זכאי לתבוע את התיקון עוד.

זוהי, כך נראה, שיטתו של הרא"ש[30]. הרא"ש נשאל אודות בית שהושכר, ובמהלך השכירות נמצאו בבית "קורות נוטות, עד שהוא מסוכן לדור בו". הרא"ש מחייב את המשכיר בתיקון הפגם. הוא מסביר, שאמנם בית שמתמוטט לגמרי ואינו עומד עוד לתיקון, מסתיימת בו השכירות, כמו שמפורש בתלמוד[31]: "המשכיר בית לחבירו ונפל... אי דאמר ליה, בית זה — נפל, אזל ליה [=הלך לו, כלומר נגמרה השכירות]"[32]. אולם "אם נתקלקלו הקורות והתקרה, מסתמא עומד הוא ליתקן, ולא שייך למימר אזדא ליה [=הלך לו], דעדיין נקרא בית[33], אלא שמסוכן לדור בו, ודמי לההיא דחמור[34]. הילכך חייב המשכיר ליתן"[35].

[27] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן א. על תשובה זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 105.

[28] ובשלב הזה כבר אין הוא יכול לחזור בו מן העסקה, ואם הוא יסרב לתקן, יעשה זאת השוכר על חשבונו של המשכיר, ראה בדיוננו על סעיף 9, פרק שני, א, עמ' 163.

[29] סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק לב. לדעתנו, כך יש להבין את דבריו, משום שלפי הסמ"ע לשכירות מסוימת אופי קנייני. ראה להלן, הערה 46.

[30] שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ו. כשיטתו נוקט בשו"ת ראנ"ח, סימן ה. וראה בשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח, המאריך בביאור שיטת הרא"ש (ראה במיוחד קה ע"א — קז ע"ג, וכן קי ע"ג). חקרי לב גם מעיר (ראה שם, קח ע"ג), שיש סתירה בדברי הראנ"ח בין מה שכתב בסימן ה למה שכתב בסימן לח, שם מתעלם ראנ"ח מתשובת הרא"ש וקובע על סמך פרשנות בדברי הרמ"ה, שתיקון המושכר אינו חובה על המשכיר, שהשוכר יכול לתבוע את אכיפתה, אלא רק תנאי לקבלת דמי שכירות; על תשובה זו של הראנ"ח, ראה דיוננו על סעיף 9, הערה 14.

[31] בבא מציעא קג ע"א.

[32] על שאלת תשלום דמי השכירות בכגון זה, ראה דיוננו על סעיף 15.

[33] העובדה שהמושכר נקרא עדיין בית, אינו יסוד חובת התיקון. כוונת הרא"ש היא, שאף שמסוכן לדור בבית, אין זה כהרס המושכר (השווה להלן, הערה 37). אשר על כן, מאחר שהשכירות לא נסתיימה ("עדיין נקרא בית"), חובה על המשכיר לתקן את הבית. את יסוד החובה לומד הרא"ש מתוך היקש לדין חמור שמת, שממנו עולה העיקרון בדבר זכותו של השוכר לנצל את פוטנציאל השימוש עד תומו, כפי שהקדמנו לעיל. וראה להלן, הערה 34.

[34] הכוונה כאן, לדברי התלמוד, בבא מציעא עט ע"א, לפיהם "השוכר את החמור [חמור מסוים], ומתה לו בחצי הדרך,... אם יש בדמיה ליקח [לקנות חמור חלופי], יקח... ושמואל אמר, אף לשכור, ישכור [אם אין

די בדמיו אלא רק לשכור חמור חלופי, רשאי הוא לשכור]". התוספות, שם, ד"ה ואם יש בדמיה לשכור, מסבירים, שהשוכר רשאי למכור את נבלת החמור ומהתמורה לשכור חמור אחר, משום שהחמור עומד למכירה. ר' שבתי רפפורט הציע לי את ההסבר הבא בדברי התוספות: מאחר שפוטנציאל השימוש של החמור הוא קניינו של השוכר, והדרך לניצול פוטנציאל זה עובר דרך מכירת שארית החמור (כך היו עושים בעלים סבירים), הרי זכות זו כלולה בזכויות הקניינית של השוכר במושכר (על הסבר זה נחזור בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 146, כשנדון לגופה בסוגית זכותו של השוכר למכור את המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות).

הרא"ש, כך נראה, הסיק מדברי התוספות, שכל עוד שמו של המושכר עליו (כלומר, שהוא קיים) והוא עומד לתיקון, חובה על המשכיר לתקנו. והשווה: שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל (כה ע"ג), שהקשה על מסקנה זו, שהסיק הרא"ש מדברי התוספות, שהרי התוספות אמרו גם, שם: "וגם לא קיבל עליו להוסיף יציאה בבנין בית זה, אלא בית זה כמו שהוא השכיר לו", וכיצד הסיק אפוא הרא"ש, שהמשכיר חייב "להוציא יציאות" כדי לתקן הבית המושכר כשנתקלקל (וראה שם, כיצד הציע "חבצלת השרון" לפתור את הקושי. ראה להלן, הערה 35, אות ב)? ואולי צריך לומר, שלדעת הרא"ש, כוונת התוספות שהמשכיר לא התחייב להוסיף הוצאות "בבנין בית זה", אך לא דיברו התוספות על תיקון בית זה. כלומר, שאם התמוטט הבית ושמו כבר אינו ניכר עליו, לא התחייב לבנותו מחדש. לעומת זאת, כל עוד הבית קיים, השכירות לא נסתיימה והמשכיר חייב לתקנו כדי שיהיה אפשר להמשיך לגור בו, שכן בית שנתקלקל, יש לדמותו לחמור שמת ולא לבית שנפל. וראה עוד להלן, הערה 87.

חשוב לשים לב לכך, שהרא"ש אינו מסיק את חובת התיקון מאותה ברייתא ("המשכיר חייב... לפתוח לו חלונות ולחזק לו תקרה"), שצוינה כמקור לחובת התיקון במושכר סתם לשיטת הריטב"א (לעיל, הערה 6) ולשיטת הרמב"ם אף במושכר מסוים (לעיל, הערה 21). לדעתו, ברייתא זו קובעת אלו דברים חייב משכיר להעמיד לרשות השוכר בתחילת השכירות (כללי התאמה, ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 115), והיא אינה דנה כלל בחובת תיקון: "ולא איירי [הברייתא] בקורה ותקרה שנשברו, [אלא] דומיא דפתיחת חלונות, דמשמע דמעולם לא נפתחו". יש לציין, שהרמב"ם שינה מלשון הברייתא כשדיבר על "חלונות שנתקלקלו", מה שמוסיף ומוכיח, שהרמב"ם רואה במשנה זו מקור לעניין חובת התיקון, ראה לעיל, הערה 22.

35 מבין האחרונים, יש שנקטו בגישה אחרת בהבנת הרא"ש. להלן, נציג שתי גישות באחרונים שהמשותף ביניהן הוא שעל פיהן, אין מחלוקת בין הרא"ש ובין הריטב"א ו"נימוקי יוסף".

א. ראה: שו"ת מהרש"ך, תוספת לחלק ב (מודפס בסוף חלק ג), סימן ו. מהרש"ך סבור, שאין מחלוקת בין הרא"ש ו"נימוקי יוסף", שכן שניהם התייחסו לפגם מסוג שונה. הרא"ש דיבר בפגם שאפשר לתקנו בלי להחליף את המושכר או חלק ממנו, כגון קורות בית שנוטות ליפול, שאין צורך להחליפן אלא רק לחזק אותן. הריטב"א וה"נימוקי יוסף" לעומתם, מדברים במושכר (או חלק ממנו) שנשבר ואין אפשרות לתקנו כי אם בהחלפתו במושכר אחר (או להכניס בו חלק חדש). תשובה זו מובאת במקורות הבאים: כנסת הגדולה, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן שיד, הגהות הטור ס"ק א; מטה אהרן, חלק ב, כללי השי"ן, אות קמא, דב"ה ודע, ואילך; שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח, דף קו ע"א.

בעל "חקרי לב", שם, חולק על הבחנה זו. לדעתו, ישנה מחלוקת בין הרא"ש (שבעקבותיו הלך השולחן ערוך. ראה להלן, בסמוך) לבין הריטב"א (שבעקבותיו הלך הרמ"א. ראה לעיל, ליד ציון הערה 10). וכן סברו גם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיד, ס"ק ו; וקצות החושן, סימן שיד, ס"ק א. שיטה זו, כנראה שלא הייתה מקובלת אף על הראנ"ח (בתשובותיו, סימן ה), משם עולה בפירוש שכאשר חלק מחנות נשרף (דלת וכדומה), לשיטת הרא"ש חובה על המשכיר לתקנה, ולא כפי שטוען מהרש"ך. על הבחנתו של מהרש"ך נוסיף, שלא קל לקבוע איפה עובר הגבול בין החלפת חלק במושכר, שאינו מוטל על המשכיר, לבין תיקון המושכר, שבו חייב המשכיר, שכן נדירים הם התיקונים שאינם דורשים החלפתו של איזה שהוא חלק מן המושכר (מנעול, מסמר, בורג). השווה: "מכונית שכורה או שאולה שנמסרה לתיקון ונגנבה", בירורי הלכה, קובץ ד (תשנ"א) עמ' 31, הערה 3.

נציין, שאף על פי שניכר, כפי שראינו, שהבחנה זו לא הייתה מקובלת על דעתם של גדולי הפוסקים, בכל זאת מצאנו לה מהלכים אצל אחרונים אחדים (אם כי לא בשמו של מהרש"ך). ראה לדוגמה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תנינא, חלק ב, סימן כט. ר' יוסף שאול נתנזון טוען, שחובת התיקון עליה מדבר הרא"ש, אינה חלה אלא כשהתיקון אינו דורש העמדת "פנים חדשות", כלומר העמדת חלק חדש במושכר. כך היה

המצב, הוא טוען, בתשובה שהשיב הרא"ש, שם לא דובר על החלפת הקורות הפגומות אלא על חיזוקן בלבד (נציין ש"שואל ומשיב" אינו מתייחס בדבריו לשיטת הריטב"א וה"נימוקי יוסף", כך שייתכן שלדעתו הם סוברים שאין חובת תיקון אפילו לא בכגון זה). לצמצום זה, בשיטת הרא"ש, הוא מגיע בעקבות שאלה ששאל אותו אחד מתלמידיו על שיטת הרא"ש, מתוך סוגיית התלמוד, בבבא מציעא קטז ע"ב. סוגיה זו דנה בבעל בית שהשכיר את העלייה שמעליו, ונפחתה העלייה (כלומר, שרצפת העלייה שקעה). התלמוד קובע, שאם מדובר ב"עלייה זו", הפגם שמונע את השימוש בעלייה שם קץ לשכירות. על כך נשאל ר' יוסף שאול נתנזון: "שאל אותי החריף ושנון המושלם מו"ה מרדכי מיזיש נ"י, בהא דפריך [=זה שמקשה (התלמוד)] בבבא מציעא דף קטז ע"ב: 'אי דאמר עליה זו — אזדא', ועל זה הקשה: לפי מה דמבואר בטור ושולחן ערוך שם [סימן שיב], סעיף יז, דאם הוא קיים אלא שמסוכן לדור בו חייב המשכיר לתקנו, ואם כן לשמואל דאמר דנפחתה בארבעה, ואם כן עדיין יכולים לדור בו חוץ מכלי אחד, רק דסבירא ליה לשמואל דאין אדם דר חציו למטה וחציו למעלה, ואם כן על כל פנים יכולים לתקנו, ואמאי לא יתקנו?". בדברי תשובתו, ה"שואל ומשיב" מצמצם את שיטתו של הרא"ש. לדעתו, כל חלק ממושכר שהתקלקל אומרים לגביו "אזל ליה". על פי זה, אם דלת של בית שכור נשברה, לא נאמר שמאחר שהבית עוד קיים, חייב המשכיר להעמיד דלת אחרת, אלא מאחר שהדלת נשברה "אזל ליה" לשוכר. ומה שכתב הרא"ש, אינו אלא, שאם מסוכן לגור בבית ללא חיזוק התקרה, מאחר שהתקרה שלמה, חובה על המשכיר לחזקה.

וראה: תפארת צבי (לר' צדוק הכהן מלובלין, לובלין, תרס"ט), מפתחות לחלק יורה דעה, סימן א, ס"ק כב, שגם הוא כותב: "נראה לי לחלק, דבהא דתשובת הרא"ש, היה יכול לתקן אותן קורות עצמן שהיו נוטין לנפול, לכך לא אמרינן דאזיל ליה, והוא הדין בסימן שיב. אך אם צריך להעמיד אחר, מה נפקא מינה אם כל הבית או חלק מהבית, ואזיל ליה. וראיה, מ'עליה זו על גבי בית זה'... ולדינא נקטינן דכמו שנפל כל הבית אזדא ליה שכירות כל הבית, והכי נמי בהעמדת דלת חדש, כל שצריך פנים חדשות אזדא שכירות של אותו החלק, אף דהבית לא אזיל על ידי חסרון הדלת, מכל מקום הדלת הוא חלק מהבית והכל בכלל בית זה דקאמר, ואין צריך להעמיד מחדש... וכן משמע מדברי רמ"א בדקדוק לשונו שכתב: 'ואין צריך להעמיד לו אחר', אבל לא כתב לענין תיקון, שבודאי חייב כנ"ל". במילים אחרות, לדעתו, הרמ"א (שכפי שראינו מקור שיטתו הוא בדברי הריטב"א וה"נימוקי יוסף") אינו חולק על הרא"ש, וגם הוא מסכים שאם התיקון אינו כרוך בהעמדת פנים חדשות, חלק "אחר", חובה על המשכיר לתקן אפילו במושכר מסוים. לדעתנו, אין לקבל את הדיוק שעושה בעל "תפארת צבי" בלשונו של הרמ"א: בבית סתם הרמ"א מדבר במפורש על חובת תיקון ("אמר לו בית סתם צריך לתקנו כל ימי השכירות"), ומכאן שבבית זה, כשהוא אומר שהמשכיר "אין צריך להעמיד לו אחר", הכוונה גם שהוא אינו חייב לתקן.

[אם לא מקבלים את הבחנת ה"שואל ומשיב", לא ברור כיצד אפשר לישב את סוגיית בבא מציעא קטז ע"ב, לשיטת הרא"ש (ראה לעיל). בעניין זה ראה: אבני החושן (רייזנר), חו"מ, סימן שיב, ס"ק יג, המעלה את הקושי וקובע: "וצריך לומר דנפחתה דאיירי ביה הוי כנפלה", כלומר שהדבר אינו ניתן לתיקון. וכן ראה: בית יעקב על שולחן ערוך, חו"מ, חלק שני, הערתו לסמ"ע, ס"ק א, שבסימן שיד (עמ' 115). דיון ארוך בשאלה זו, ראה גם בשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קח ע"ד). הוא מעיר שם, שבפירושיהם של הרא"ש והתוספות, נמצאת מילה שאינה בגרסת הגמרות שלפנינו: "אי דאמר ליה עלייה זו ונפל אזדא ליה". ואכן, ראה כתב יד מינכן, שכך היא הגרסה שם. ובזה מסולק הקושי].

ב. ראה: שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל. פוסק זה מפלפל בשיטות הראשונים ומגיע גם הוא למסקנה שלמעשה, אין מחלוקת בין הרמ"א והשולחן ערוך. אולם דרכו בהבנת היחס בין השניים, שונה לחלוטין ממה שראינו עד כה. לדעתו, ה"נימוקי יוסף" (שעליו מבוסס הרמ"א, ראה לעיל, הערה 10), מסכים עם הרא"ש (שעליו מבוסס השולחן ערוך, ראה להלן, בסמוך), שבית שנתקלקל ומסוכן לדור בו, אם השוכר מבצע את התיקונים, הוא יכול לדרוש פיצוי, כדין שותף היורד לשדה המשותפת ומתקן בה בניין העומד ליפול (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעח, סעיף ג; ונתיבות המשפט, שם, ס"ק ג). ומכאן למסקנה, ש"אף דלא קיבל עליו המשכיר להוסיף דמים מביתו ולבנות, מכל מקום מחויב הוא לתקן מטעם אחר, כיון דהשוכר רוצה לתקן חלקו וממילא יהנה גם המשכיר על אחר זמן השכירות... ואי לאו שהמשכיר יתקן, יהיה מחויב להחזיר להשוכר השכירות מלהבא [שכן, מאחר שהשוכר אינו יכול להפיק הנאה כלל מהמושכר, שהרי מסוכן לגור בו, פטור הוא מתשלום. לעיל, הערה 9, ראינו שזו אכן דעת "נימוקי יוסף", אך לא כן דעת הריטב"א. ראה על כך עוד להלן]". לעומת זאת, אם השוכר יכול להמשיך לגור בדירה רק שנשברו

הדלתות או המנעולים וכדומה, הרי קבלת דמי השכירות אינה מותנית בביצוע תיקון הליקויים, וממילא אין יסוד לחייב את המשכיר לשלם עבורם. ה"נימוקי יוסף", כשקבע שהמשכיר אינו חייב לתקן, דיבר בפגם מן הסוג הזה (ייתכן, אמנם, שאם השוכר יבצע את התיקון והתיקון יועיל גם למשכיר, הוא יוכל לדרוש ממנו השתתפות, לפי הכללים בדבר "יורד לשדה חברו", אך לא בסוגיה זו דן ה"נימוקי יוסף"). לפנינו אם כן, יסוד אחר לחלוטין לחובת התיקון. חובה זו מבוססת על דיני שותפים יותר משהיא מבוססת על דיני שכירות. וכעין דרך זו, ראה: צדק ומשפט (לר' משה פארדו), סימן שיב, סעיף יז, שצידד גם הוא שדברי הרא"ש אינם אמורים אלא כשיש סכנה לגור בבית, ובזה לדעתו גם ה"נימוקי יוסף" סובר שחובה לתקן. והשווה גם: מנחת פתים, סימן שיד, סעיף א. ראה להלן, הערה 37.

לסיכום, הצעתו של חבצלת השרון מבוססת על שלוש הנחות: (א) יש לפרש את דברי הרא"ש באופן דווקני, דהיינו באופן שחובת התיקון אינה אלא כאשר הבית אינו ראוי עוד למגורים, אפילו לא בדוחק (להלן, בהערה 37, נראה שיש שחולקים על נקודה זו, ופירשו שדברי הרא"ש אמורים גם כשניתן עוד לגור בבית); (ב) פגם שמונע כליל את השימוש במושכר, פוטר את השוכר מתשלום אפילו במושכר מסוים (על הנחה זו, ראה להלן); (ג) פגם שאינו מונע כליל את השימוש במושכר, אף שהוא מכביד על השימוש, אינו מזכה את השוכר בהפחתת דמי השכירות המוסכמים (כנגד הנחה זו השווה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (מח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה הרי שלך לפניך. נימוקי יוסף מביא שם דעה שונה לפיה הכבדה על השימוש מזכה בהפחתת דמי השכירות. אמנם, אין זה מוכח שהוא מזדהה עם אותה דעה). חשוב להתעכב על הנחה (ב): הערנו כבר לעיל (הערה 9), שלדעת הריטב"א בניגוד לדעת "נימוקי יוסף", במושכר מסוים, אפילו אבדן גמור אינו עילה לפטור את השוכר מתשלום, אף שודאי נמנעת ממנו כל הנאה מן המושכר. יש לשים לב אפוא, שדברי "חבצלת השרון" אינם אמורים אלא לשיטת "נימוקי יוסף" ולא לשיטת הריטב"א. "חבצלת השרון" חייב להודות על פי דרכו, שלפי הריטב"א, אין חובת תיקון בשום מקרה, אפילו לא כשהמושכר אינו ראוי לשימוש. נמצא, ש"חבצלת השרון" מודה, שיש מחלוקת עקרונית בעניין חובת התיקון בין הריטב"א לשאר הראשונים. נשאלת השאלה, מאחר שהרמ"א חושש לשיטת הריטב"א להלכה (ראה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יג, וראה לעיל, הערה 10), מדוע לא הגיה דבר בסימן שיב, סעיף יז, כשהמחבר הביא להלכה את שיטת הרא"ש בענין חובת התיקון. עליו היה להעיר, שלשיטת הריטב"א, אפילו שאין הבית ראוי עוד למגורים, אין חובת תיקון. על שאלה זו, ראה דברינו לעיל, הערה 11.

לפי מה שהבאנו לעיל, ראנ"ח, הגר"א, "קצות החושן", ו"חקרי לב", אינם מקבלים גישה זו של "חבצלת השרון". לדעתם, אותה המחלוקת הקיימת בעניין חובת התיקון בין הריטב"א והרא"ש, קיימת גם בין "נימוקי יוסף" והרא"ש. נימוק נוסף להסתייג מדרכו של "חבצלת השרון", ראה להלן, הערה 87.

בהקשר לתשובה זו של חבצלת השרון נעלה את השאלה הבאה: מה דינו של שוכר שתיקן את המושכר, ועד שהחזיר אותו למשכיר שוב התקלקל המושכר (כגון שהבית נשרף לפני תום תקופת השכירות)? נראה שאף לדעת "חבצלת השרון", השוכר זכאי בכל זאת לקבל פיצוי על הוצאות התיקון מן המשכיר. הנימוק לכך הוא שדינו של שוכר אינו כדין "יורד ברשות" רגיל (ראה: י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 175, הערה 76), אלא כשותף המתקן בית העומד ליפול, שבזה יכול אפילו מלכתחילה לכוף את חברו להשתתף בהוצאות השיפוץ. לכן, אף אם מתקלקל המושכר שוב לאחר מכן, אין הדבר מוריד מחיובו של המשכיר (כך עולה לכאורה מנתיבות המשפט, סימן קעח, ס"ק ג). נציין, שלא כך פסק בשו"ת זכר יצחק (רבינוביץ), סימן עט. הוא נשאל על "שוכר בית ורפת על ו' שנים ואחר זמן אומר לו השוכר שיבנה הרפת — שהיה רעוע — מחדש, ובגמר השכירות יחזיר לו המשכיר מה שהוציא, ובאמצע הזמן נשרף הרפת". המשיב מכריע לטובת המשכיר ופוטר אותו מלשלם בגין השיפוץ, שכן הוא אינו מוצא יסוד משפטי לחייבו בתשלום על דבר שלא הספיק לזכות בו וכבר נעלם ("דבודאי אם המשכיר לא קנה את הבית [הרפת שבנה השוכר], אין כאן חיוב כסף"). כאמור, אף לדעת "חבצלת השרון" המבסס את חובת התיקון על דין "יורד ברשות", אם הרפת רעועה, המשכיר מחוייב להשתתף בהוצאות השיפוץ, והעובדה שהמושכר נשרף לאחר מכן, אינה מעלה ואינה מורידה לענין חיוב זה. לדעתנו, אי־אפשר להבין פסקו של בעל שו"ת זכר יצחק, אלא על פי שיטתו של "חבצלת השרון", בצירוף ההנחה שהרפת הייתה אמנם רעועה, אך לא נטתה ליפול ולא היה מסוכן להשתמש בה, לכן המשכיר לא היה מחוייב לבנותה מחדש, אלא הסכים להצעת השוכר כשהציע לבנותה מכספו ולקבל החזר בתום תקופת השכירות, כדין יורד ברשות. לשיטות המבססות את חובת התיקון על דיני שכירות, לא היה מקום לפסוק בענין זה לטובת המשכיר, אף שלא הספיק ליהנות מתיקונו של השוכר.

השולחן ערוך[36] מביא את שיטת הרא"ש להלכה בשם "יש מי שאומר", אולם מדבריו עולה לכאורה שחובת התיקון מסויגת. וזה לשון השולחן ערוך (כשהוא דן בשכירות בית מסוים): "ויש מי שאומר, דדוקא בשנפל כולו [כל הבית, אינו חייב להעמיד לו בית אחר]. אבל אם הוא מסוכן לדור בו[37], חייב המשכיר לתקנו, אם יש בידו שכירות מוקדם". לשון אחר, חובת התיקון אינה חלה אלא כשיש בידי המשכיר "שכירות מוקדם". הסמ"ע[38] מעיר שתנאי זה הוא חידוש של השולחן ערוך, שכן בדברי הרא"ש (שחידש את ההבחנה בין נפל לנתקלקל), לא הוזכר תנאי זה[39]. להלכה, הסמ"ע נוטה לדחות את הסייג[40].

לעומתו, "נתיבות המשפט"[41] סבור, שכוונת השולחן ערוך היא, שאם הייתה השכירות מסוימת (מושכר זה), הרי שהמשכיר אינו מחויב להוציא, לצורך התיקון, סכום העולה על דמי השכירות שקיבל (או שהוא עתיד לקבל) מהשוכר. לדעתו, "כוונתו [של השולחן ערוך], דאינו מחויב להוסיף מביתו [=מכיסו, לצורך התיקון], דהא [=שהרי] רק בית זה שיעבד לו, רק [=אלא] מכל מקום השכירות מבית זה משועבד לו, דבכלל בית זה הוא, דמבית זה אתי [=שמבית זה בא]... אבל להוסיף מביתו, אינו חייב לתקן, אם לא בבית סתם"[42]. במילים

[36] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז. וראה: באר הגולה, שם, ס"ק מ.

[37] נראה שגם אם לא מסוכן לגור בבית, חייב לתקן. מה שכתב "אם הוא מסוכן לדור בו", מקורו בדברי הרא"ש בתשובתו (לעיל, הערה 30), ששם כך היה המעשה. ואולם ראה מנחת פתים, סימן שיד, סעיף א, שרוצה לדייק מכאן שחובת התיקון קיימת דוקא כשמסוכן לגור בבית, דהיינו שאי אפשר לעשות עוד שימוש בדירה, וכך הבינו גם שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל (כה ע"ב), וצדק ומשפט (לר' משה פארדו), סימן שיב, סעיף יז (ראה לעיל, הערה 35, אות ב). אך כנגד דעות אלה, ראה: שו"ת הראנ"ח, סימן לח, בשם הרב מנחם אגוזי, ממנו עולה, שכוונת הרא"ש, כשאמר, שסכנה לגור בה, הייתה להדגיש שאף כשסכנה לגור בה, עדיין אין זה נחשב כנפל, וחייב לתקן, וקל וחומר כשאין סכנה כלל. כפירוש הזה בדברי הרא"ש, נמצא גם בשו"ת מהרש"ך, תוספת לחלק ב (מודפס בסוף חלק ג), סימן ו. וראה קצות החושן, סימן שיד, ס"ק א, שגם ממנו משמע שחובת התיקון אינה מצומצמת לבית שמסוכן לגור בו. וכך הבין גם שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קי ע"ד). וראה גם: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיד, סעיף ג, וכן משמע גם מדבריו בסימן שיב, סעיף לג.

[38] סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק לב.

[39] תנאי זה אף אינו נמצא לא בטור, חו"מ, סימן שיב, לא ברמב"ם (לעיל, הערה 21), ולא בהגהות מיימוניות (לעיל, הערה 22).

[40] "קצות החושן" מסכים לדעתו. ראה: קצות החושן, סימן שיד, סוף ס"ק א. הסמ"ע מתקשה גם בהבנת משמעות הסייג, הוא משער שכוונת השולחן ערוך היא, שאם השוכר שילם מראש, הרי שאז המשכיר חייב להשתמש בסכום המקדמה כדי לתקן את הפגם, ואם אין בידו מקדמה כזו, "יכול המשכיר לחזור בו ולומר [לשוכר], צא ושכור לך דירה אחרת". אולם הסמ"ע עצמו קובע: "מיהו, אין לו טעם כל כך, דלכאורה כיון דשיעבד נפשו להשכיר לו בית זה, ועדין שמו עליו — מחוייב לתקנה". והשווה: ערוך השולחן, סימן שיב, סעיף לג, בהסבר שהציע לדברי השולחן ערוך.

[41] נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יא.

[42] לשיטה זו השווה דברי לרנר, סעיף 191, הדן שם במושכר שנהרס וקובע: "הקמת מושכר שנהרס כרוכה בהוצאות רבות, העולות באופן ניכר על ההכנסה הצפויה למשכיר מכלל דמי השכירות, ולא סביר להכריחו לשאת בהוצאות אלה כדי לקיים את העיסקה".
על היחס בין דברי "נתיבות המשפט" בהסבר השולחן ערוך, לדברי הרא"ש בתשובתו (לעיל, הערה 30), ראה הערתו של שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל, כה ע"ב. וראה לעיל, הערה 35, אות ב, ש"חבצלת השרון" מפרש בצורה שונה את תשובתו של הרא"ש (וראה גם להלן, הערה 87).

אחרות, לדעת "נתיבות המשפט", יש להבחין בין השכרת מושכר סתם, שם חובת התיקון אינה מוגבלת, לבין השכרת מושכר מסוים, שם אין מחייבים את המשכיר לממן את התיקון אלא מתוך דמי השכירות המגיעים לו בגין אותה שכירות דווקא. בשכירות סתם המשכיר משעבד את כל נכסיו לקיום התחייבותו, ואילו בשכירות מסוימת הוא אינו משעבד לקיום חיובו (חיוב התיקון) אלא את המושכר בלבד (כולל התמורה שהוא מקבל בגין השכרתו)[43].

צריך לציין, שאם הפגם הוא מסוג שאין נוהגים לתקנו, גם הסמ"ע יודה, שהמשכיר פטור מתיקון, שכן התנאי לחובת התיקון לפי הרא"ש הוא, שהמושכר הפגום יעמוד לתיקון.

ייתכן, שמחלוקתם של הסמ"ע ו"נתיבות המשפט" היא ביטוי נוסף לחילוקי הדעות ביניהם בעניין מהות השכירות. "נתיבות המשפט", הרואה בשכירות זכות אישית[44], סבור שחובת התיקון היא אחת החובות שהמשכיר נוטל על עצמו, ולהבטחת קיום התחייבות זו משועבדים דמי השכירות שהוא מקבל מן השוכר[45]. לעומתו, הסמ"ע, שרואה בשכירות זכות קניינית[46], סבור שחובת התיקון היא פועל יוצא מזכות השכירות עצמה, כמו שפירשנו לעיל בדעת הרא"ש.

ערוך השולחן, סימן שיב, סעיף לג, מוסיף: "ואף אם יאמר השוכר אשכור ממך עוד על משך זמן ואקדים לך מעות שיהיה די לתקנה, יכול לומר, אין רצוני להשכירה יותר מעל זמן שקבעתי לך אז".
להסברים אחרים בדבר פשר סייג השולחן ערוך בענין "שכירות מוקדם", ראה: מטה אהרן, חלק ב, כללי השי"ן, אות קמא; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תנינא, חלק ב, סימן כט (הובא לעיל, הערה 35, אות א).

43 הבנה אחרת בדברי "נתיבות המשפט", ראה בשו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן תקטז. לדעתו, המשכיר אינו חייב לתקן את המושכר אלא מן הכספים ששולמו כמקדמה על חשבון דמי השכירות: "אין מחוייב לתקן רק אם יש בידו מעות מהשכירות אשר עדיין לא דר השוכר" (וכך נראה שהבין גם הסמ"ע, לעיל, הערות 38, 40). לפי תפיסה זו חיוב תיקון מושכר מסוים, מצומצם ביותר.
ר' יעקב ישעי' בלויא, בספרו פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה לח, מעלה שאלה מסוגית השוכר חמור זה: התלמוד קובע (בבא מציעא עט ע"א), שאם החמור מת בחצי הדרך, השוכר רשאי למכור את הנבלה כדי לשכור חמור אחר, וכך להשלים את מטרת השכירות (הוזכר לעיל, הערה 34). אולם, הלכה פסוקה היא שעבור חצי הדרך שכבר הלך, חייב הוא לשלם למשכיר (אם נהנה מן השכירות), ומסכום זה אין הוא רשאי לנכות דבר לשם השלמת השכירות. ואילו כאן, בדין בית שנתקלקל, משמע (לפי פירוש "נתיבות המשפט" שנקטנו בטקסט), שאפילו אם הכסף כבר שולם למשכיר, הרי הוא משועבד לתיקון המושכר. לדעתנו, אין כאן כל סתירה, שכן יש להבחין בין מושכר שניתן לתיקון (כגון בית שנתקלקל), שם חייב המשכיר לתקן, וממילא חובה עליו לנכות מדמי השכירות, לבין מושכר שאינו ניתן לתיקון (כגון חמור שמת), שם אין חובת תיקון, וממילא אין כל יסוד לניכוי כזה. ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 86. נציין, שאם נוקטים בהסברו של "תשורת ש"י" בדברי "נתיבות המשפט" (ראה תחילת ההערה), אין מקום כלל לשאלת "פתחי חושן".

44 ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 35, ובהערה 35.

45 דברים אלה עולים בקנה אחד עם דברי נתיבות המשפט, בסימן שיב, ס"ק ה, כשהוא כותב: "אף באמר 'זה', יש עליו שעבוד הגוף רק דהוי כאפותיקי מפורש". לכן, אם מתגלה פגם במושכר, המשכיר אינו חייב להוציא, לצורך התיקון, סכום העולה על דמי השכירות המתקבלים בגין אותו מושכר, שכן דמי השכירות שהוא מקבל עבור השכרת המושכר, הם, והם בלבד, משועבדים להשלמת מטרת השכירות ("אפותיקי מפורש").

46 ראה: פרישה, חו"מ, סימן ריב, ס"ק ז (מובא בדיוננו על סעיף 16, הערה 16); סמ"ע, חו"מ, סימן רס, ס"ק יג (מובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 46); שם, סימן שכא, ס"ק ו (מובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 17). כך עולה גם מתוך דיוננו במקומות שונים בחיבור זה. ראה לדוגמה: דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 119; דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 93; ועוד.

ב. היקף חובת תיקון הפגם

(1) נסיבותיו של הפגם

א. לעיל[47] ראינו את חילוקי הדעות העיקריים בשאלת חובת התיקון: יש המכירים בחובת התיקון בכל סוגי השכירות ובלי מגבלות; יש המגבילים את חובת התיקון של מושכר מסוים וקובעים שהמשכיר אינו חייב לתקן אם עלות התיקון עולה על דמי השכירות; ויש המצמצמים את חובת התיקון לשכירות בלתי מסוימת בלבד. כעת אנו מבקשים לבחון אם נסיבות אירוע הפגם עשויות להשפיע על היקף חובת התיקון.

החוק אינו מייחס חשיבות לשאלת נסיבות אירוע הפגם. חובת תיקון המושכר מוטלת על המשכיר בכל מקרה. אך האם זוהי גם עמדתו של המשפט העברי? האם אין מקום להבחין לדוגמה, בין פגם שנובע מתוך המושכר עצמו, כגון צינור מים שמתפוצץ בלא סיבה חיצונית הנראית לעין, לבין פגם שנגרם כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני, כגון שחיבלו בצינור באופן מכוון? לכאורה יש מקום להבחין ולומר שאין להטיל על המשכיר את האחריות לפגם, ולחייבו בתיקון, אלא כאשר מתהווה במושכר ליקוי המגלה למפרע שהמושכר לא היה ראוי למטרה שלשמה הושכר (כעין אי־התאמה, אלא שאי אפשר היה לדעת עליה מראש). לעומת זאת, אם ברור שלא היה שום ליקוי במושכר, אולי אין להטיל על המשכיר את חובת התיקון.

ב. בדיוננו על סעיף 10, נקדיש דיון ארוך לשאלה זו, בהקשר לחובת החלפת מושכר בלתי מסוים שאינו ניתן עוד לתיקון. מתוך מסקנותינו שם, אפשר להקדים כבר עתה ולקבוע, שהעובדה שהפגם נגרם כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני אינה משפיעה על חובת התיקון, כך על כל פנים לרוב הדעות[48]. חובתו של המשכיר לתקן מושכר שנפגם חלה גם כאשר נגרם הפגם כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני. תשובות רבות[49], העוסקות בחובת התיקון, מדברות על מקרים שבהם נגרם הפגם כתוצאה מדלקה (או מגורם חיצוני אחר) שקלקלה חלק מן המושכר, ובאף תשובה לא הועלתה עובדה זו כשיקול לגרוע מחובתו של המשכיר. דחיית הבחנה זו ברורה לאור ההסברים שראינו לעיל בדבר יסודה המשפטי של חובת התיקון. כפי שראינו, חובת התיקון יסודה בהסכם מכללא, בהוראה סטטוטורית או בעצם הגדרת השכירות, ועל כל פנים לא באשם מצד המשכיר. נמצא אפוא ששאלת מקור הפגם (פנימי או חיצוני) אינה משפיעה על חובת התיקון.

ג. נבחן כעת היבט אחר, הקשור לנסיבות אירוע הפגם, ונראה שיש מי שסבור שהיבט זה

[47] פרק שני, א, עמ׳ 124.

[48] אמנם, יש מי שמצדד בהבחנה בין פגם שמתגלה במושכר עצמו תוך כדי השימוש בו, לבין פגם הבא כתוצאה מנסיבות חיצוניות. לפי פוסקים אלה, כשהפגם נוצר כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני למושכר, אין לחייב את המשכיר בכלום, שהרי אין לו כל אשמה באירוע הפגם. לעומת זאת, אם הפגם התגלה במושכר עצמו, השוכר יכול לבוא בטענות אל המשכיר על כך שהשכיר לו מושכר שלא עמד במשימה שלשמה הושכר, ראה: דברי משפט, סימן שי, סעיף א, ס״ק א; ערך ש״י, חו״מ, סימן שיב, סעיף יז, בהסבר דברי הרמ״א; על דעה זו הוא חוזר בספר תשובותיו, תשורת ש״י, מהדורא קמא, סימן תקטז, בעניין בית שכור, שגגו נשרף באמצע תקופת השכירות. וראה דיוננו להלן, סעיף 10, ליד ציון הערה 102, וסעיף 15, ליד ציון הערה 249. אולם, כאמור הבחנה זו אינה מקובלת על רוב הפוסקים. ראה להלן, הערה 49.

[49] ראה לדוגמה: שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן מ, הקובע: ״ואפילו נפל [הבית] כשרעשה כל הארץ, על המשכיר הוי, אפילו שאינו בא היזק זה מחמתו״; שו״ת הראנ״ח, סימן ה, וסימן לח. כמו כן ראה רמ״א, חו״מ, סימן שיב, סעיף יז, בדין בית שנשרף. וראה פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה יב. והשווה לשיטת ״נתיבות המשפט״ המובאת להלן.

עשוי אמנם להשפיע על חובת התיקון. הכוונה היא למידת הקשר שבין השימוש של השוכר לבין הפגם: יש פגם שסביר להניח שהיה מופיע במושכר גם אם היה נשאר בידי המשכיר, והשימוש של השוכר לא תרם להיווצרותו. כך לדוגמה כשנשחקת מערכת הבלמים של מכונית שכורה (סביר להניח שכך היה קורה גם אם המשכיר היה ממשיך לנסוע בה). לעומת זאת, יש פגם שסביר להניח שלא היה נופל במושכר לולי אותו שימוש. כך הוא לדוגמה כשהמכונית השכורה הייתה מעורבת בתאונה (אף כשהשוכר אינו אשם בתאונה, אין סיבה לומר שתאונה כזו הייתה מתרחשת גם אם המושכר היה נותר בידי המשכיר).

הלכה מקובלת היא[50] שאם מניעת השימוש במושכר נגרמה ב"מזלו של השוכר", המשכיר יכול לומר לשוכר: "מזלך גרם, והרי שלך לפניך", ואין לו כלפיו כל חובה. על היקף הטיעון "מזלך גרם", נחלקו הדעות. לפי הסמ"ע[51], כל אימת שהמשכיר יכול להצביע על קשר (ולו קשר נסיבתי בלבד) בין השימוש שעשה השוכר במושכר לבין אירוע הפגם (כגון במקרה התאונה לעיל), כי אז יכול הוא לטעון כנגד השוכר "מזלך גרם" ולהיפטר מחובת התיקון כלפיו. ההנחה היא, שהמשכיר, אפילו שהשכיר מושכר בלתי מסוים, לא התחייב לשאת בתיקון פגם שנגרם בעקבות שימושו של השוכר, אלא רק בתיקון פגם שייתכן שהיה פוגם במושכר גם אם היה נשאר ברשותו. הסמ"ע יפטור אפוא את המשכיר מחובת תיקון מכוניתו השכורה שנפגעה בתאונת דרכים.

לעומתו, "נתיבות המשפט"[52] סבור שמבחן זה של הסמ"ע נכון רק בתנאי שהפגם האמור אינו פוגע אלא בזכות השימוש של השוכר מבלי שייפגם גוף המושכר עצמו. אם נפגם גוף המושכר, שהוא רכושו של המשכיר, די בכך כדי לקבוע שמזל המשכיר גרם, ולא מזל השוכר, שכן רכושו שלו הוא שנפגם. הוא יחייב אפוא את המשכיר בתיקון המכונית שנפגעה בתאונה.

בשו"ת חבצלת השרון[53] נדון מקרה נוסף, ובו באים לידי ביטוי חילוקי הדעות בין הסמ"ע ו"נתיבות המשפט". הוא דן בשוכר חנות, ונשדדה, ובעת ביצוע השוד, הרסו השודדים את התריס ושברו את חלון הראווה של החנות המושכרת. הוא קובע[54] שלפי שיטת הסמ"ע, מאחר שהשודדים עשו את שעשו לשם השגת הסחורה של השוכר, שהייתה מוצגת בחלון הראווה, הרי המשכיר יכול לומר שמזל השוכר גרם לכך: "דוודאי אם לא היתה סחורה בחנות, לא היו שוברים אותה. אם כן, נעשה האונס בסיבת השוכר, שהחזיק שם הסחורה, ולא בסיבת המשכיר. אם כן, אמרינן דמזלו גרם, ופטור המשכיר [מלתקן את חלון הראווה]". לעומת זאת, לפי שיטת "נתיבות המשפט", מאחר שהפגם פגע בגוף המושכר, היינו ברכושו של המשכיר, ולא רק באפשרות השימוש במושכר על ידי השוכר, הרי העובדה שהיה קשר סיבתי בין שימושו של השוכר לבין הפגם אין בה כדי להפחית מחובתו של המשכיר כלפי השוכר.

ד. לסיכום, לפי "נתיבות המשפט" אין כל חשיבות לנסיבות אירוע הפגם. גם אם אירע

[50] ראה: תוספות, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה אם בדרך הליכתה ניטלה.

[51] סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב. לניתוח דבריו ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 79, וסעיף 15, ליד ציון הערה 60.

[52] נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב. לניתוח דבריו ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 83, וסעיף 15, ליד ציון הערה 67.

[53] שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל.

[54] שם, כה ע"א.

הפגם בקשר עם שימושו של השוכר במושכר, בכל אופן חובה על המשכיר לתקן, שהרי הפגם פוגע בגוף המושכר שהוא רכושו של המשכיר — ומזלו גרם[55].

לעומת זאת, דעת הסמ"ע היא שאם היה קשר בין השימוש במושכר על ידי השוכר לבין אירוע הפגם (כלומר, שאילולי השוכר היה מחזיק במושכר, לא היה נוצר הפגם), כי אז פטור המשכיר מחובת תיקון. ברם אם הפגם היה נוצר בלא קשר לשימושו של השוכר, כלומר, גם אם היה בהחזקתו של המשכיר היה המושכר נפגם, מסכים הסמ"ע[56] שאין אומרים לשוכר "מזלך גרם". בכגון זה חל העיקרון "מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם", כלומר ההנחה היא, שהפגם — המכונה כאן באופן ציורי "מלאך המוות" — היה מתחולל גם אם היה המושכר נשאר בחזקתו של המשכיר. מאחר שהפגם היה מתחולל בין כה וכה, ואין הוא קשור לשימושו של השוכר דווקא, הרי מוכח שהפגם לא נוצר במזלו של השוכר כי אם במזלו של המשכיר, ואין המשכיר יכול עוד להתחמק מאחריותו כלפי השוכר.

נציין שוב, שלעניין המחלוקת שהצגנו כאן בין הסמ"ע ו"נתיבות המשפט", אין הבדל בין שכירות נכס מסוים לשכירות נכס בלתי מסוים. נמצא שלפי הסמ"ע, גם בשכירות נכס בלתי מסוים, אם יש קשר בין הפגם לבין שימושו של השוכר, המשכיר פטור מחובת תיקון.

(2) מיקומו — "במושכר, או בנכס שברשותו המשמש את המושכר"

הגבלת השימוש במושכר אפשר שתיגרם מתוך פגם במושכר עצמו ואפשר שתיגרם כתוצאה מנסיבות שמחוץ למושכר. בחלופה השנייה המושכר עצמו תקין לחלוטין, אלא שהשימוש בו נשלל או מוגבל כתוצאה מפגם, שאירע בנכס אחר המשמש את המושכר. לדוגמה, מחשב אישי הושכר במטרה להתחבר למחשב מרכזי המספק מידע שהשוכר מעוניין בו, אך כתוצאה מקלקול במחשב המרכזי נמנעת מהשוכר האפשרות להשתמש במחשב למטרת השכירות. נשאלת השאלה, האם מוטלת חובה על המשכיר לדאוג לתיקון המחשב המרכזי? דוגמה נוספת, מכונית הושכרה להובלת סחורה למקום מסוים שהדרך המובילה אליו עוברת על גשר, ונסדק הגשר ואין אפשרות לעבור עליו משום הסכנה. גם כאן נשאלת השאלה, האם תיקון הגשר מוטל על המשכיר?

החוק קובע שהמשכיר חייב לתקן "כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר" בין אירע הדבר במושכר ובין אירע "בנכס שברשותו המשמש את המושכר". מכאן, שאם הנכס המשמש את המושכר אינו ברשותו של המשכיר, אין עליו חובת תיקון (בדוגמת המחשב: אם המחשב המרכזי אינו של המשכיר, הוא פטור מחובת תיקון). לרנר[57] מעיר שהוראת הסעיף אינה ברורה דיה: "לא ברור אם נכס המושכר לאחר מצוי 'ברשותו' של המשכיר, ומתי אותו נכס נחשב כמשמש מושכר אחר" (האם הגשר משמש את המכונית?). ועתה מהי עמדת המשפט העברי בשאלת פגם שאינו בגוף המושכר, והאם ניתן למצוא במקורותיו תשובות לשאלות שמעלה לרנר?

אם אין למשכיר כל זיקה למושכר הפגום (הגשר או המחשב המרכזי, בדוגמאות שהבאנו לעיל, אינם בבעלותו), אין ספק שהוא פטור מלתקנו[58]. חיובו של המשכיר הוא לדאוג

[55] זולת אולי פגם כזה שללא תיקון יחלוף מעצמו, שאז לא נפגם גוף המושכר אלא רק אפשרות השימוש בו. בעניין פגם שאינו בגוף המושכר אלא בנכס אחר המשמש את המושכר, ראה להלן.

[56] ראה סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב. וראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 79 ואילך.

[57] לרנר, סעיף 116.

[58] לשאלת זכויותיו של השוכר במקרה כזה, ראה דיוננו על סעיף 15, פרק שני, ב, עמ' 302.

שהמושכר יהיה ראוי לשימוש, ואין כל יסוד משפטי להטיל עליו את האחריות על מניעת שימוש שאינה קשורה בו. אולם אולי המצב שונה כאשר בעל המושכר הוא גם בעל הנכס הפגום המשמש את המושכר או בעל זכות החזקה באותו נכס?

ואמנם מצאנו שאם במסגרת הסכם השכירות, "שעבד" המשכיר את הנכס המשמש את המושכר, אין ספק שחובה עליו לתקנו. כך עולה מדברי הרמב"ם[59]: "מעשה באחד שאמר לחברו: 'דלית זו שעל גבי הפרסק הזה [=גפן זו שענפיה נידלו על עץ אפרסק זה (שגם הוא בבעלותו של המשכיר)] אני משכיר לך', ונעקר אילן הפרסק ממקומו, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו: 'חייב אתה להעמיד הפרסק כל זמן שהדלית קיימת'. וכן כל כיוצא בזה". ההדגשה "על גבי הפרסק הזה" — שהיא מיותרת לכאורה, שהרי המושכר כבר זוהה כ"דלית זו" — מתפרשת כשעבוד עץ האפרסק לטובת הדלית[60], ועל כן המשכיר מחויב להחזירו למקומו כדי שיהווה משענת לדלית הגפן[61]. התלמוד[62] מקיש בין אופן זה לאופן בו המשכיר אומר לשוכר: "עליה זו שעל גבי בית זה אני משכיר לך", וגם שם נפסק[63]: "הרי שעבד בית לעליה [שהרי כבר צוין 'עליה זו', ומה צריך להדגיש 'שעל גבי בית זה']. לפיכך אם נפחתה העלייה בארבעה טפחים או יותר, חייב המשכיר לתקן", כל עוד הבית קיים[64]. ב"נימוקי יוסף"[65] תמה על היקש זה, שהרי אין הנידון דומה לראיה: בבית ועלייה, המושכר (העלייה) התקלקל, והנכס המשמש לו בסיס (הבית) קיים ושלם; ואילו בדלית ופרסק המצב הפוך, המושכר (הדלית) קיים והנכס המשמש לו משענת (עץ האפרסק) נעקר. בתשובה לשאלה זו מביא "נימוקי יוסף"[66] את דברי הרשב"א: "דומים הם לגמרי, שהבית [כלומר, הנכס המשמש את המושכר] הוא שנתקלקל, דהיינו תקרה, כיון שעל התחתון ליתן את התקרה, ועלייה קיימא, דהיינו כותלי' ואוירא. ותקרת הבית לעלייה כפרסק לדלית"[67]. הרשב"א מסיים, שמדין הדלית אפשר להסיק, "דכל

[59] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ח; על פי בבא מציעא קטז ע"ב (הגרסה שלפנינו בתלמוד שונה ממה שהביא הרמב"ם להלכה. על כך ראה: רש"ש, שם); וראה גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיפים יח-כ.

[60] השווה לעיל, בדיוננו על סעיף 1, הערה 157.

[61] וראה בטור, חו"מ, סימן שיב, סעיף כ, בבית יוסף, שם, ס"ק כ, וברמ"א, שם, סעיף כ, שדין זה אמור אם עץ האפרסק נעקר, אך נשאר שלם והוא עדיין קיים. אם העץ נקצץ או נאבד, "פקע שעבודיה מיניה לגמרי", ואין על המשכיר חובה להעמיד עץ אחר. וראה להלן, הערה 64.

[62] בבא מציעא קטז ע"ב, מפי רב אשי.

[63] בשולחן ערוך, חו"מ סימן שיב, סעיף יח.

[64] הרמ"א, שם, מדגיש שהוא הדין אפילו אם התמוטטה העלייה לגמרי. ראה סמ"ע, שם, ס"ק מ. אם הבית נפל ואינו קיים עוד, דעת הבית יוסף והרמ"א, שאין חובה על המשכיר להעמידו מחדש; השווה לעיל, הערה 61. נמצא שבדוגמה שהבאנו לעיל, אם התמוטט הגשר (ולא רק נסדק), אין חובה על בעל הגשר לבנות גשר חדש במקומו, בדיוק כפי שהמשכיר בית זה ונפל, אין עליו חובה לבנותו. ואמנם, לא סביר לכאורה, שדרישת התיקון של נכס המשמש את המושכר תהיה חמורה יותר מזו של תיקון המושכר עצמו. ואולם, השווה: פרישה, חו"מ, סימן שיב, ס"ק כ, ד"ה כגון, שמדבריו עולה שכל עוד המושכר עצמו קיים, המשכיר חייב להעמיד את הנכס ששיעבד לטובתו, שכן מאחר שהמושכר קיים לא אמרינן אזדא לגבי הנכס ששועבד לטובתו. וצריך עיון.

[65] נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק עשירי (עא ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה דלית.

[66] נימוקי יוסף, שם, וכן הביאו דבריו: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ח; טור, חו"מ, סימן שיב, סעיף כ; בית יוסף, שם, ס"ק כ.

[67] על פי זה ממשיך הרשב"א ומסיק הלכה: "מזה שמעינן שאם נפלו כותלי העליה, אפילו כי [=אם] תקרת הבית קיים, אינו חייב להעמיד לו עליה, שהרי הכל תלוי בדלית, והשתא הדלית נעקר". יש לשים לב לכך,

שנתקלקלה עלייתו [של השוכר] מחמת ביתו [של המשכיר], שעבד לו ביתו, שהפסד זה בא לו מחמתו".

העולה מדברי הרשב"א הוא, שבעיקרון אין לשוכר עילה לדרוש את תיקונו של פגם שאינו במושכר עצמו, וזאת אף כשהפגם הוא בנכס של המשכיר המשמש את המושכר. רק התחייבות מיוחדת לכך, שלהבטחת קיומה הוא משעבד את הנכס האחר (במפורש או במשתמע), יכולה לשמש עילה לדרישת תיקון[68].

אולם נראה שיש להבחין בעניין זה בין נכס המשכיר המשמש את המושכר באופן אקראי, ובין נכס שהוא חלק אינטגראלי של המושכר, אף שהוא נפרד ממנו, ופורמלית הוא אינו כלול בו. כך בדוגמה שראינו לעיל בעניין בית ועלייה, הבית אינו חלק אינטגראלי של העלייה, שהרי הבית אינו קיים עבור העלייה, אף על פי שבמקרה הוא משמש לה בסיס. לעומת זאת, המדרגות העולות אל העלייה, כל בנייתן וקיומן אינם אלא עבור העלייה (אם לא הייתה עלייה לא היו בונים מדרגות). לא יעלה על הדעת שלא יתקן בעל הבית את המדרגות המובילות אל

שה"בית יוסף", בעקבות "מגיד משנה" (לעיל, הערה 66), מביא גרסה אחרת בדברי הרשב"א: "... אינו חייב לתקן". מדברי הרשב"א, הסיק בעל שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קח ע"ג), שדעת הרשב"א כדעת הריטב"א ו"נימוקי יוסף" (לעיל, הערות 6, 7), שמושכר מסוים שנתקלקל אין חובה לתקנו, שהרי בפירוש אמר שאם הקלקול אירע בעלייה ולא בבית, אינו חייב לתקן. נראה שהגרסה שהייתה לפני "חקרי לב" דומה יותר לזו של ה"בית יוסף". לפי גירסת "נימוקי יוסף", אי־אפשר להוכיח, שהרשב"א שולל את חובת התיקון במושכר מסוים, שהרי על פי הלשון שם נראה יותר, שהוא מדבר במקרה שהכתלים נפלו, דהיינו שהעלייה נפלה ואזדא לה, ובאמת כך משמע מלשונו — "אינו חייב להעמיד לו עליה". לשון זו אינה מתאימה לתיקון אלא לבניה מחדש (ואולי מסכים הוא לשיטות שראינו לעיל, שאינן מזהות תיקון והעמדת מושכר חלופי). וכן משמע גם ממה שאמר "הכל תלוי בדלית והשתא הדלית נעקר", מכאן שכוונתו היא, שאם העלייה התמוטטה לגמרי, ושמה כבר אינו ניכר עליה, כי אז אף שהבית המשועבד לעלייה עדיין קיים, אין חובה על המשכיר לבנות עלייה חדשה. וראה טור, חו"מ, סימן שיב, סעיף כ, שכך פסק גם הרמ"ה, וראה שם, סוף סעיף כ, שהטור חולק על כך. הסבר שיטתו של הטור בעניין זה, ראה באריכות בפרישה ודרישה, שם, ס"ק כ, וכן ראה אבני החושן (רייזנר), חו"מ, סימן שיב, ס"ק יג.

68 והשווה: שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא. תשובה זו דנה באדם ששכר דירה הנמצאת מעל חנות, שאף היא הייתה בבעלותו של המשכיר, והייתה מושכרת לאדם אחר. לאחר זמן, גורש שוכר החנות מחנותו על ידי גוי אלים. שוכר הדירה שמעל החנות מבקש עתה לבטל את החוזה ולעזוב את הדירה ששכר, מפחד הגוי השוהה כעת בחנות שמתחתיו. לכאורה, עניין זה אינו קשור בחובת התיקון בה אנו דנים, אולם אחד המשיבים על שאלה זו, ר' שלמה הכהן (מהרש"ך), פוסק לטובת השוכר, כאשר אחד מנימוקיו הוא: "היה מקום לומר... כי הנה זה הבית נתקלקל אצלו מחמת פחדו מסכנת הריגה [=מפחד שהגוי יהרוג אותו]... והיה מקום לומר שהמשכיר היה חייב לתקן ולהעמיד לשוכר בית המושכר בשקט ובבטחה בלי פחד סכנה שימשך לו מהתוגר. ואם אינו יכול להוציאו, כי אפשר שיצטרך להוצאה גדולה מסתייה [=די, מספיק] כבוד גדול נעשה לו שיתרצה ויתפייס שוכר שיצא מהבית ולא יערער על יציאתו, ולא נכרחהו שיוציא התוגר מהבית" (מודפס שם, בשו"ת משפט צדק, סד ע"א — ע"ב). מדברי הרש"ך עולה לכאורה, שהעובדה שמקור הפגם אינו במושכר עצמו כי אם בנכס שבבעלותו המשמש את המושכר, אין בה כדי לשחרר את המשכיר מחובת התיקון, גם אם אותו נכס לא צוין במפורש בחוזה השכירות, וזאת, בניגוד למה שהסקנו מסוגיית הבית והעלייה. עוד עולה מדבריו, שדין זה אמור גם אם הנכס שבבעלות המשכיר מושכר לאדם אחר (השווה לשאלת לרנר שהוזכרה לעיל). אולם, בצדק העיר לי הרב מילר, שתשובה זו אינה נוגעת לענייננו, שכן באותה תשובה החנות אינה פגומה, כלומר היא עצמה טובה וראויה לשימוש, אלא שהגוי הישב בה גורם באופן ישיר פגם בעלייה. מדובר אפוא בפגם במושכר שמקורו מחוץ למושכר, ולא בפגם בנכס המשמש את המושכר, נשוא דיוננו כאן. על תשובה זו, ראה דיוננו על סעיף 11, ליד ציון הערה 49.

העלייה בטענה שהן לא צוינו במפורש בחוזה השכירות. להבחנה זו עדיין לא מצאנו מקור מפורש[69], אולם נראה שההיגיון מחייבה[70].

(3) חומרתו — "כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש"

על פי החוק, פגם מוגדר כ"כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות". כלומר, כל דבר הפוגע בשימוש המוסכם או הרגיל[71] של המושכר. פגיעה זו יכולה להיות בשלושה אופנים: האופן הראשון הוא כאשר השימוש נפגם בצורה מוחלטת ("השוללת... את השימוש במושכר", כלשון החוק), כלומר, כתוצאה מהפגם אי־אפשר להשלים שום מטרה ממטרות השכירות, אם לא יתוקן הפגם. האופן השני הוא כאשר השימוש נפגם בצורה חלקית ("המגבילה"), דהיינו באופן שהפגם אינו מונע כליל את אפשרות השימוש והפקת כל תועלת מהמושכר (לדוגמה, המושכר הושכר למטרות שונות ועקב הפגם נשללות חלק מהן בלבד). האופן השלישי הוא כאשר שום מטרה ממטרות השכירות אינה נמנעת, אבל עקב הפגם נגרמת הכבדה רצינית על השימוש (ואולי גם מקרה כזה כלול במונח "מגבילה"). לדוגמה, דליפת מים מתקרה של בית שכור אינה מונעת את אפשרות השימוש בדירה, אך יש בה הכבדה רבה. מבחינת חומרת הפגיעה ניתן אפוא להבחין בין שלושה סוגי פגמים: שלילה מוחלטת של השימוש, שלילה חלקית, הכבדה על השימוש. כאמור, החוק קובע במפורש שפגם נחשב לא רק כל דבר השולל את השימוש, אלא גם כל דבר המגביל את השימוש. לדעת לרנר[72]: "הגבלה של ממש' קיימת לא רק אם אי־אפשר להשתמש בחלק מן המושכר או לעשות בו שימוש כלשהו מבין השימושים האפשריים, אלא גם אם נגרמת אי נוחות רבה בעת השימוש".

נבדוק עתה מהי עמדת המשפט העברי בשאלת דרגת הפגם המחייבת תיקון. אנו נראה שאם המדובר בפגם הניתן לתיקון, אין הבחנה בין אופני הפגם השונים, ויש לתקן גם פגם המכביד על השימוש, אפילו אינו שולל אותו[73]. אמנם קיימת בהלכה הבחנה בין שלילה מוחלטת או

[69] תימוכין להבחנה זו אפשר אולי להביא מהרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ג, שם קובע הרמב"ם, שסולם, על השוכר לעשות. וראה להלן, הערה 76, בשם שו"ת דבר אברהם, שהסיבה לכך היא שסולם אינו עיקר גדול בישיבת הבתים (השימוש בגג אינו "עיקר גדול"), ולכן על השוכר לעשותו. מכאן, שאם המדרגות נחוצות כדי שאפשר יהיה להשתמש בעלייה ("עיקר גדול"), הרי שתיקונן חל על המשכיר, אף שלא הוזכרו במפורש בחוזה השכירות. וראה גם הריטב"א, המובא להלן, הערה 77. לסוגיה זו, השווה: לרנר, סעיפים 45־46.

[70] הרב מילר העלה ספק כיצד יפסקו בכגון זה אלה השוללים חובת תיקון במושכר מסוים. לכאורה, גם כאן המשכיר יהיה פטור מלתקן את המדרגות. אולם, שמא מאחר שהמדרגות לא צוינו כלל בחוזה השכירות, דינן כמושכר סתם, ואף שהן מתייחסות למושכר מסוים, חובה לתקנן. וצריך עיון.

[71] ראה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 232־233, שכך יש לפרש את המילים "לפי המקובל בנסיבות". כלומר, שהשוכר אינו חייב להוכיח נוהג. די אם יראה שזהו שימוש רגיל (מה עוד, שאם "שימוש מקובל בנסיבות" משמעו נוהג, הרי שמכוח סעיף 3, שימוש זה כבר נחשב לשימוש מוסכם). בעמ' 254 הוא ממליץ: "רצוי להחליף את ההתייחסות לשימוש 'לפי המקובל בנסיבות', בשימוש 'רגיל'". גם המשפט העברי מכיר בחובת תיקון פגם הפוגע בשימוש רגיל (ולא רק בשימוש המוסכם), כמו שעולה מדברי הרמב"ם (שנביא להלן, ליד ציון הערה 75), כשהוא מדבר על תיקון כל דבר שהוא "עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות".

[72] לרנר, סעיף 114.

[73] אם כי, לעיל, הערה 35, אות ב, וכן להלן, הערה 87, אנו מציינים שיש מי שחולק על כך.

חלקית[74] לבין הכבדה על השימוש. אולם כפי שנסביר להלן, הבחנה זו אינה רלוונטית אלא כשהפגם שהתהווה במושכר אינו ניתן לתיקון.

נעיין שוב בדברי הרמב"ם[75]: "המשכיר בית לחברו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו חלונות שנתקלקלו ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול וכל כיוצא באלו מדברים שהן מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות".

מדברי הרמב"ם עולה, שחובת התיקון של המשכיר מותנית בקיומם של שני תנאים: לתיקונו של הפגם דרוש בעל מלאכה (אומן); הפגם הוא דבר שהוא "עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות"[76]. תנאים אלה מבטיחים שהמשכיר לא יוטרד אלא בגין פגם רציני. פגם שתיקונו אינו דורש מומחיות, והשוכר יכול לתקנו בקלות בעצמו, או שאינו עיקר בישיבת הבתים, כגון: "אם רצה לעשות סולם[77] או מרזב[78] או להטיח גגו[79], הרי זה עושה משל עצמו"[80], והוא לא יהיה רשאי לנכות את הוצאות התיקון מדמי השכירות[81]. היעדרם של הדברים שנמנו על ידי הרמב"ם כ"עיקר גדול בישיבת הבתים" אינו שולל את השימוש במושכר אלא רק מכביד עליו, ומכאן שהכבדה על השימוש (ולא רק שלילת השימוש) מהווה גם היא עילה לדרישת תיקון. אין מי שחולק על הגדרה זו של פגם המחייב תיקון, שכן כל הפוסקים[82] תמימי דעים שבשכירות בית בלתי מסוים (בית סתם), אם התקלקל אחד מצורכי הבית, כגון מנעול או דלת

[74] ראה להלן, הערה 88, שלעניין מניעת חלק מן השימושים, הדבר שנוי במחלוקת.

[75] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ג.

[76] וראה: שו"ת דבר אברהם (לר' אברהם שפירא, אב"ד קאוונא), חלק א, סימן לז, ס"ק כ, שתנאי שני זה אינו נמצא בגמרא והוא חידוש של הרמב"ם. הוא מסביר שהרמב"ם זקוק לתנאי נוסף זה, כדי להסביר מדוע סולם ומעקה, שגם הם מעשה אומן, אינם חלים על המשכיר.

[77] לגג הבית כדי להשתמש בגג, ואין השימוש עיקר בישיבת הבתים; ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה ולעשות לו סולם: "לא אמרו אלא בגג שתשמישו עראי ואין עיקר השכירות בו". מובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה סולם.

[78] נסרים הסמוכים לכותל אצל הגג המטויח בטיח ומשופע, והמים שעל הגג נופלים על הנסרים ואינם מרטיבים את הכותל, וכשנופלים הנסרים, כל אדם מחזירם ואין צורך באומן לזה (ראה רש"י: בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה מרזב).

[79] להטיח סדקים שנתהוו בגג, כדי שלא ידלפו מי הגשם לבית דרך הסדקים, ואין צריך אומן לזה.

[80] רמב"ם, שם.

[81] מרדכי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שפו (מובא בדרכי משה, חו"מ, סימן שיד, ס"ק ג); ספר הראב"ן (מהדורת עהרענרייך), בבא מציעא, פרק השואל (ר ע"א), ד"ה ודין המשכיר; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעא; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיד, סעיף ד.

[82] אפילו הריטב"א, ראה שיטתו לעיל, ליד ציון הערה 6. וראה: רמ"א, חו"מ, סימן שיד, סעיף א (מקורו ב"נימוקי יוסף", לעיל, הערה 7). וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ו, המציין שהרא"ש סבור שאף ב"בית זה" קיימת חובת תיקון, וזאת בניגוד למה שפסק הרמ"א, שם, בהמשך אותה הלכה. יש לשים לב, שעל פסק הרמ"א בעניין חובת תיקון בבית סתם, לא העיר הגר"א הערה דומה, ומכאן שבעניין זה אין חילוקי דעות בין ה"נימוקי יוסף" לבין הרא"ש, וכולם מסכימים שחובת התיקון חלה על המשכיר אם נתקלקל אחד מצורכי הבית, אף שכאמור קלקול זה אינו שולל את השימוש אלא רק מכביד עליו. וראה גם: קצות החושן, שם, ס"ק א, שמתוך שאלתו על הרמ"א עולה בבירור, שגם הוא סבור ששיטת הרא"ש היא, שאם נתקלקל אחד מצורכי הבית (דלת, מנעול, חלון וכדומה), חובה על המשכיר לתקנו, בין ב"בית" סתם ובין ב"בית זה", אף שכאמור, העדר דברים אלו אינו מסוכן ואינו מונע כליל את השימוש בבית. והשווה לעיל, הערה 35, והערה 37.

שנשברו, חייב המשכיר לתקן את המנעול או הדלת, אף שעדיין ראוי הבית לדירה על ידי הדחק. מכאן שקלקול הגורם להכבדה ולאי נוחות נחשב גם הוא לפגם, וחובה לתקנו.

מעניין להשוות מסקנה זו למה ששנינו במשנה[83]: "השוכר את החמור והבריקה [=התעוורה]... אומר לו, הרי שלך לפניך". ומסביר רש"י[84]: "טלנה כמו שהיא סמויה ותלך, שאף מזלך גרם כמו מזלי, וטרח ויישר אותה בדרכים". ממקור זה משמע לכאורה שפגם הגורם להכבדה ולאי־נוחות בשימוש במושכר אינו נחשב לפגם המחייב תיקון[85]. נשאלת השאלה, כיצד מתיישבת הלכה זו עם מה שראינו למעלה, שכאשר מתקלקל המושכר, אף שאפשר על אף קיום הפגם להשלים את מטרת השכירות, אין המשכיר יכול לומר לשוכר: "הרי שלך לפניך", אלא הוא מחויב לתקן את הפגם. ר' רפאל יוסף חזן[86], בעל שו"ת חקרי לב, מסביר שאין כאן סתירה: יש להבחין בין פגם הניתן לתיקון לפגם שאינו ניתן לתיקון. כשהפגם אינו ניתן לתיקון — כגון בחמור שהתעוור — הכבדה על השימוש אינה מחייבת את המשכיר בהחלפת המושכר. לעומת זאת, כשהפגם ניתן לתיקון — כגון מנעול של בית שנשבר — מאחר שהכבדה זו על השימוש ניתנת לתיקון, על המשכיר לתקנה[87]. נמצא שנכון הוא לקבוע שהכבדה על השימוש גם היא נחשבת לפגם שחובה לתקנו, ולא רק שלילת השימוש[88].

[83] משנה, בבא מציעא ו, ג; עח ע"א.

[84] רש"י, שם, ד"ה הרי שלך לפניך. ואולם השווה פירוש הרמב"ם למשנה, שם.

[85] אמנם, לפי רש"י (ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 127), פגם כזה מזכה את השוכר בהפחתת דמי השכירות בהתאם לירידת הנאתו מהמושכר, והרי זה למעשה כעין תיקון (השווה: סעיף 9א(2) לחוק), כך שאין כאן סתירה חמורה למה שראינו לעיל. אולם, דעת הרבה פוסקים (ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 137), שכל עוד השוכר יכול להשיג את מטרת השכירות, הוא אינו רשאי לנכות דבר מדמי השכירות.

[86] ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קי ע"ג).

[87] "חקרי לב" מעיר שם, שהבחנה זו בין פגם הניתן לתיקון לפגם שאינו ניתן לתיקון, עומדת גם ביסוד הלכת הרא"ש (שראינו לעיל, ליד ציון הערה 30), המחייב לתקן בית מסוים שנפגם ואי אפשר לדור בו מחמת הסכנה שיתמוטט, אף שבתלמוד (בבא מציעא קג ע"א) נאמר במפורש, שבית מסוים שהושכר ונפל, אין על המשכיר חובה להעמיד במקומו בית חלופי (וכך נקבע גם ביחס לחמור ש"נשבר" (בבא מציעא עח ע"א)). כאמור, אין כל סתירה בין הדברים: התלמוד מדבר בפגמים שאינם ניתנים לתיקון, שבעקבותיהם מגיעה השכירות לסיומה, ואילו הרא"ש מדבר בפגם שניתן לתיקון, שאותו חייב המשכיר לתקן. את ההבחנה הזאת הזכרנו גם לעיל, בהערה 43. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 99, ובהערה 99.

יש לציין, שדעה שונה בשאלת דרגת הפגם המחייבת תיקון, באה בשו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל (הובא לעיל, הערה 35, אות ב, וראה גם, לעיל, הערה 34). לדעתו, יש להבחין בין פגם השולל את השימוש במושכר, לבין פגם המכביד על השימוש. פגם השולל את השימוש, אם לא יתוקן, לא יוכל המשכיר לדרוש את דמי השכירות עבור תקופת הפגם. לעומת זאת, פגם המכביד על השימוש (אבל השימוש עדיין אפשרי, אם כי בדוחק), המשכיר לא יפסיד דבר, אף אם לא יתקן את הפגם. במילים אחרות, לדעתו, פגם אינו נחשב, אלא דבר השולל את השימוש במושכר, ואילו הכבדה על שימוש, אינה מזכה את השוכר בכלום, כל עוד ניתן, ולו בדוחק, להשלים את מטרת השכירות. לדעתו, אין הבדל בעניין זה, בין פגם הניתן לתיקון ופגם שאינו ניתן לתיקון. אולם, לפי זה קשה, כיצד יסביר שחובה לתקן נגר (מנעול פנימי), שאינו גורם אלא הכבדה על השימוש ואינו מונע אותו.

[88] יש לציין, שהשאלה אם שלילת חלק מהשימוש נחשבת לפגם המחייב החלפת המושכר, שנויה במחלוקת: שו"ת מהר"מ מפאדווה, סימן לט (מובא בדרכי משה על טור, חו"מ, סימן שכא, ס"ק א), קובע: "אבל כאן נתקלקל מקצת השכירות לגמרי, ומה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגה [=מה ההבדל אם מת כולו או מת חציו]". אולם, ראה: ט"ז, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, ד"ה והא דאמרינן, שנראה שחולק על כך. ראה להלן, בדברינו על סעיף 10, ליד ציון הערה 46, וכן סעיף 15, הערה 104. אולם, על פי מה שראינו כאן, אף אם

ממה שראינו עולה, שבשאלת דרגת הפגם המחייבת תיקון עמדות המשפט העברי והחוק זהות[89].

פרק שלישי

תיקון פגם ותיקון אי־התאמה — "בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן"

החוק קובע שהמשכיר חייב לתקן כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר, בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר, והמשכיר הפר את חובת ההתאמה המוטלת עליו מכוח סעיף 6, בין שהתהווה לאחר מכן. החוק אינו מבחין אפוא בין פגם לאי־התאמה לעניין חובת התיקון.

בדברי ההסבר לסעיף 6[90] נאמר: "אם היתה במושכר משום אי־התאמה, פתוחות בפני השוכר שתי אפשרויות; האחת: כמו במכר — להשתמש באחת התרופות הניתנות בשל הפרת חוזה, והשניה — לדרוש תיקון המושכר לפי סעיף 7". אולם מן הראוי להעיר שספק אם אכן יוכל השוכר בכל מקרה של אי־התאמה לדרוש את תיקון המושכר מכוח סעיף 7. על פי סעיף 7, חובת התיקון מוגבלת ל"כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר". נמצא שכאשר יש אי־התאמה אשר אינה מגבילה את השימוש במושכר הגבלה של ממש, לא יוכל השוכר לדרוש את התיקון מכוח סעיף 7, והאפשרות היחידה שתעמוד לרשותו תהיה לתבוע אחת מן התרופות[91] הניתנות לו על פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970. הנאמר בדברי ההסבר לוקה אפוא בחוסר דיוק. אפשר כמובן לטעון שלמעשה אין לכך חשיבות, שכן השוכר יוכל תמיד להשיג את התיקון באמצעות תביעה לאכיפת החוזה,

לא נפגם אלא שימוש אחד מבין השימושים שלשמם הושכר המושכר, אם שימוש זה ניתן לתיקון, גם הט"ז יודה שחובה על המשכיר לתקנו.

[89] השווה דברי לרנר, לעיל, ליד ציון הערה 72.
עוד יש לציין, שפעמים שהנסיבות הגורמות למניעת השימוש אינן אובייקטיביות אלא סובייקטיביות, כלומר שרגישותו המיוחדת של השוכר היא שגורמת לכך שנמנע ממנו השימוש במושכר. דוגמה לכך מצאנו בשו"ת משפט צדק (לעיל, הערה 68), שם דובר על שוכר קומה עליונה שטען שלאחר פלישתו של גוי אלים לקומת הקרקע שמתחתיו, הוא מפחד להמשיך ולגור במושכר. מהרש"ך פסק שם, שטענתו של השוכר ראויה להתקבל: "יש מקום בנדון דידן לומר, שאלו החששות שחושש שמעון [השוכר] ומפחד מהם ורוצה לצאת מהבית ולברוח מפחד סכנה, לו שומעין, ואף על פי ששאר בני אדם לא יחושו". על פי דבריו עולה, שהגדרת פגם היא הגדרה סובייקטיבית ולא אובייקטיבית. אולם, לא מצאנו לכך תימוכין במקורות אחרים, ולא ברור אם אפשר להסיק מסקנה ממקור זה לבדו. השווה, דברי זמיר, לעיל, הערה 71.

[90] הצעת חוק השכירות, הצעות חוק, התש"ל־1970, ה"ח 901, עמ' 290.

[91] נציין, שלפי חוק החוזים (תרופות), לא תעמודנה לרשות השוכר התרופות המיוחדות הקבועות בסעיף 9 לחוק השכירות במקרה של אי־תיקון פגם (תיקון עצמי, והפחתת דמי שכירות). זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 213, מבקר את החוק הקיים השולל מהשוכר את תרופות התיקון העצמי והפחתת דמי שכירות במקרה של אי־התאמה שאינה עולה כדי פגם. והשווה דיוננו לעיל, סעיף 6, ליד ציון הערה 89, שם ראינו שבמקום אחר (שם, עמ' 346) זמיר מצדיק את שלילת התיקון העצמי כאשר הליקוי במושכר אינו פונקציונלי.

ושלא הוזכרה אי־התאמה בסעיף 7 אלא כדי להזכיר, שכאשר אי־ההתאמה עולה כדי פגם יש ביד השוכר עילה נוספת להשתית עליה את תביעתו.

אם נפנה אל המשפט העברי, נוכל למצוא יתרון ממשי יותר בהכללת אי־התאמה בסעיף 7. הרמ"א[92] מדגיש, שגם אם ראה השוכר שהמושכר היה פגום כבר לפני מסירתו לידיו ובכל זאת שכר אותו, אין הדבר פוגם בזכותו לדרוש תיקון: "ואע"פ שנכנס שם השוכר [בבית המושכר לפני כריתת הסכם השכירות] וראה שלא היו שם דברים אלו [ובכל זאת הסכים לשכור את המושכר], לא אמרינן דנתפייס במה שראה, אלא על המשכיר לתקן"[93]. ייתכן שכך יש להבין גם את הנאמר בסעיף 7 לגבי תיקון אי־התאמה. על פי סעיף 6(1) לחוק, הדן באי־התאמה, אם ידע השוכר על אי־ההתאמה בעת כריתת החוזה, לא יהיה רשאי להסתמך עליה. כוונת סעיף 7 היא, שעל אף האמור בסעיף 6(1), אם אי־ההתאמה עולה כדי פגם (דהיינו דבר השולל את השימוש במושכר או מגבילו), אף אם ידע עליה השוכר בזמן כריתת החוזה, יוכל בכל זאת לתבוע את תיקונה, ובזה יתרונו של סעיף 7 על פני סעיף 6[94]. לכאורה עדיין יש מקום לשאול: מה צורך ראה המחוקק להדגיש שחובת התיקון מוטלת על המשכיר גם כ"שהפגם היה בזמן מסירת המושכר"? גם לולי הדגשה זו, שוכר המקבל לידיו מושכר אשר אי־ההתאמה בינו לבין מה שסוכם בחוזה השכירות עולה כדי פגם, יכול להסתמך על סעיף 7. אולם נראה שצדק המחוקק בכל זאת כשהדגיש עניין זה. בכך הוא מנע אפשרות שיטען המשכיר, שמאחר שידע השוכר על הפגם כבר בשעת כריתת החוזה, ושתק, הרי היה בזה משום ויתור על זכות התיקון והסכמה שישמש המושכר למטרת השכירות כמות שהוא. המשכיר היה אף יכול להוסיף ולטעון, שסעיף 7 קובע, שחובת התיקון חלה על כל דבר השולל את השימוש במושכר "לפי ההסכם" או מגבילו, והרי אם ידע השוכר על הפגם, נראה שהסכים לו, ואין בקיומו של הפגם משום חריגה מן המוסכם. כאמור, הטעמת המחוקק — "בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן" — דוחה את הטענה הזאת, ומסירה כל ספק בעניין זה[95].

[92] רמ"א, חו"מ, סימן שיד, סעיף א. והשווה: שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ו.

[93] השווה: ע"א 40/53 ענתבי נ' קפהרסטה בע"מ, פ"ד ט 1445, שם נפסק, ש"שוכר שקיבל עליו התחייבות כנ"ל [להחזיר את המושכר במצב תקין], חייב לתקן את המושכר על מנת להביאו למצב תקין ולהחזיקו במצב זה משך כל תקופת השכירות [אף אם קיבל אותו במצב לא תקין]". על פי דברי הרמ"א, החובה להביא את המושכר למצב תקין מוטלת על המשכיר. העובדה שהשוכר קיבל על עצמו להחזיק ולהחזיר את המושכר במצב תקין, אין בה, לדעתנו, כדי לגרוע מחובתו של המשכיר. החובה להביא את המושכר למצב תקין (להבדיל מלהחזיקו במצב זה), תוטל אפוא על השוכר, רק אם התחייב במפורש לכך. עם זאת ייתכן, שאם השוכר אינו דורש מהמשכיר שימלא את חובתו, ועושה שימוש במושכר על אף אי־ההתאמה, הוא לא יוכל עוד להסתמך עליה. ראה לעיל, בדיוננו על סעיף 6, פרק חמישי, ד, עמ' 117.

[94] אפשר להוסיף, שעל פי סעיף 6(2), אם השוכר לא הודיע למשכיר על אי־ההתאמה זמן סביר לאחר שגילה אותה, גם אז לא יוכל להסתמך על אי־התאמה. מה שאמרנו ביחס לסעיף 6(1), נכון גם ביחס לסעיף 6(2).

[95] לדברינו כאן, השווה דברי זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 262־263. את תמצית דבריו הבאנו בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 110. וראה שם כל הפרק. לדעת זמיר, באותם מקרים שבהם השוכר ידע על הפגם כבר בשעת כריתת החוזה ואילו המשכיר לא ידע עליו (או שהשוכר לא ידע שהמשכיר יודע), מן הראוי לשלול מן השוכר את הזכות לדרוש את תיקון אי־ההתאמה (ראה שם, ליד ציון הערה 109, וליד ציון הערה 111). לרנר, סעיף 85, דן ביחס בין פגם ואי־התאמה, ומגיע למסקנה שמן הראוי היה להפריד את הדיון בשתי השאלות. לאור מה שכתבנו, ברור שאין אנו מסכימים להצעתו. נוסיף, שהקשיים שלרנר הצביע עליהם, הנובעים כביכול מחפיפת סעיפים 6 ו־7, אינם נראים בעינינו קשיים של ממש.

במשפט העברי, שאלת תיקונה של אי־התאמה מעוררת לכאורה קושי מיוחד: אם אי־ההתאמה עולה כדי מקח טעות השולל תוקפה של העסקה, המשכיר יכול לכאורה לטעון, שמאחר שהשוכר אינו מוכן לקבל את המושכר כמות שהוא, נכשלה העסקה, לא נוצרו יחסי משכיר־שוכר, ואין עליו אפוא כל חובה לתקן. אולם כבר ראינו בדיוננו על סעיף 6[96], שאם אי־ההתאמה אינה יסודית, כלומר, אם היא ניתנת לתיקון בלא החלפת המושכר או חלק ממנו, אין כאן מקח טעות המבטל את העסקה, אלא חובה על המשכיר לתקן את אי־ההתאמה[97]. ואף באי־התאמה יסודית, כלומר שאינה ניתנת לתיקון אלא בהחלפת המושכר, כולו או חלקו, ראינו[98] שיש מקום לומר שהמשכיר אינו רשאי להשתחרר מהתחייבותו להשכיר מושכר ראוי, וייתכן שהשוכר יכול לאכוף עליו את הביצוע הנאות של החוזה ביניהם.

על כל פנים, כשאי־ההתאמה אינה עולה כדי מקח טעות המבטל את תוקפה של העסקה, לא מצאנו שתשתנה הגדרת פגם שחובה לתקנו בהתאם לשאלת זמן אירע הפגם[99]. הפגם מוגדר כדבר שלתיקונו דרוש "מעשה אומן" ושהוא "עיקר גדול בישיבת הבתים", וכך הוא בין היה במושכר כבר בזמן המסירה בין שהתהווה במהלך השכירות[100].

פרק רביעי

סייגים לחובת התיקון

א. אחריות השוכר — "השוכר אחראי לו"

החוק פוטר את המשכיר מלתקן פגם שהשוכר אחראי לו לפי חוק השומרים, התשכ"ז־1967. על פי אותו חוק, אחריותו של שוכר היא כאחריותו של שומר חינם. אמנם השוכר מוגדר כשומר שכר, שכן יש לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו[101], אולם מאחר שבשבילו "המטרה לשמור על הנכס היתה טפילה למטרה העקרית של החזקתו", הרי על פי סעיף 2(ב) לאותו חוק, הוא אינו אחראי אלא בגין נזק שנגרם ברשלנותו[102]. לפי המשפט העברי, אחריותו של

[96] שם, פרק רביעי, עמ' 106.

[97] ראה: דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 90 ואילך.

[98] ראה: דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 98.

[99] כשהפגם אינו ניתן לתיקון, הגדרת פגם שהתהווה במהלך תקופת השכירות, שונה מהגדרת פגם שהיה קיים כבר בזמן מסירת המושכר: אם הפגם היה קיים כבר בזמן מסירת המושכר, אף שאפשר לעשות שימוש במושכר בדוחק, חייב המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי (לפחות בשכירות בלתי מסוימת), לעומת זאת, אם הפגם המכביד על השימוש לא התהווה אלא במהלך השכירות, אין השוכר יכול לתבוע העמדת מושכר חלופי. ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק א.

[100] ראה: רמב"ם, לעיל, הערה 75 (וראה גם לעיל, הערה 22). אם כי ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פט, בשם בעל שו"ת חלקין חדתין. מדבריו שם עולה, שבתחילת השכירות המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר אף דברים שהם מעשה הדיוט (שאינם דורשים מעשה אומן), אך הוא אינו חייב לתקנם כשהם מתקלקלים לאחר מכן, אלא על השוכר לתקנם. וראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה ה, שהפנה לתשובה זו, אך להלכה הסתייג ממנה. וראה להלן, הערה 118.

[101] חוק השומרים, התשכ"ז־1967, סעיף 1(ג).

[102] יש לציין, שעם זאת, יש הבדל חשוב בין שוכר לבין שומר חינם. בתביעה כנגד שומר חינם נטל ההוכחה

השוכר אינה כשל שומר חינם אלא כשל שומר שכר[103], ומכאן שהאחריות המוטלת עליו רחבה יותר מזו שמטיל עליו החוק.

עם זאת, נראה שגם במשפט העברי, רק רשלנות מצד השוכר יש בה כדי לפטור את המשכיר מחובת התיקון: "אם נתקלקלו דברים כאלו [שהם מתיקוני הבית] במשך ימי השכירות, מתקנם המשכיר, אם לא היה בפשיעת השוכר או אחד מבני ביתו, שאז אין על המשכיר לתקן"[104].

לעתים לא ברור אם יש להגדיר את התנהגותו של השוכר כהתנהגות רשלנית. הרא"ש[105] לדוגמה עוסק בשאלה הבאה: בתוך תקופת השכירות נפגם המושכר — מדובר בחמור שבאמצע הדרך החל לצלוע. למרות הפגם, המשיך השוכר בנסיעתו והעמיס את משאו על גב החמור

שהשומר התרשל הוא על התובע (ראה סעיף 2(א), שם), ואילו בתביעה כנגד שוכר, נטל ההוכחה על השוכר, שהוא לא התרשל.

103 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ב. שולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף א. על הנימוק המשפטי לכך, ראה: רש"י, בבא מציעא פ ע"ב, ד"ה רבי יהודה אומר כשומר שכר: "הואיל ולהנאתו הוא אצלו, אף על פי שנותן שכר פעולתו", כלומר, אף על פי שהוא משלם תמורת ההנאה שהוא מפיק מהמושכר, ועל כן היה צריך לכאורה להיחשב כשומר חינם, בכל זאת דינו כשומר שכר. הנימוק לכך הוא, ש"אי לא יהיב [=אם לא היה נותן] שכר, הוי שואל וחייב באונסין, השתא דיהיב ליה אגרא [=שכר], לא הוי שואל והוי שומר שכר" (מובא בשינוי לשון בסמ"ע, שם, ס"ק א). רש"י מסביר, שהשוכר, שלא כשומר חינם, משתמש בפיקדון שבידו ("להנאתו הוא אצלו"), וזה הבסיס לאחריות המוטלת עליו. אמנם נכון שהוא משלם תמורת אותו שימוש, אולם תשלום זה אינו מועיל אלא להוריד את אחריותו בדרגה אחת, ועל כן רמת אחריותו אינה כזו של השואל (החייב באונסין) אלא כזו של שומר שכר בלבד (הפטור באונסין). אפשר אולי להוסיף ולומר, שכשם ששומר שמקבל שכר, עולה אחריותו בדרגה אחת, כך משתמש שמשלם תמורת השימוש יורדת אחריותו בדרגה אחת (ולא בשתיים). והשווה: כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 1(ג), פרק ג, 2, עמ' 85.

ואפשר להציע הסבר אחר: השוכר אינו משלם תמורת מלוא הנאתו אלא הוא נותן "שכר פעולתו" (כדברי רש"י, לעיל). הוא נחשב אפוא לנהנה, משום שההנאה שהוא מפיק עולה על שכר הפעולה שהוא משלם. מאחר שיש לו הנאה, מובן מדוע דינו כשומר שכר (ברור שהוא אינו כשואל, משום שאין לו את כל ההנאה). הסבר זה הציע לי הרב א' מילר.

יש לציין, שמאחר שהשוכר אינו מקבל שכר עבור השמירה, יש הסוברים שרמת אחריותו פחותה קצת מזו של שומר שכר. העיר על כך, נ' רקובר, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ז-1967", הפרקליט כד (תשכ"ח) 208, בעמ' 214, הערה 36. וראה: כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 2(ב), פרק ד, הערה 133, עמ' 239 ומילואים, שם.

104 ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיד, סעיף ד; וראה גם שו"ת הראנ"ח, סימן לח. אמנם נכון, שהשוכר נושא באחריות למושכר לא רק בגין רשלנות אלא גם בגין גנבה ואבדה, כפי שנרמז לעיל. אולם, אין בכך כדי לשחרר את המשכיר מחיובו בטענת "מזלך גרם". הן לפי הסמ"ע והן לפי "נתיבות המשפט" (שהזכרנו אותם, לעיל, ליד ציון הערה 50 ואילך), תנאי לשחרור המשכיר מחיובו הוא שהיה קשר נסיבתי בין אירוע הפגם לבין שימושו של השוכר. ברשלנות, קיומו של קשר כזה אינו מוטל בספק, מה שאין כן בגנבה ואבדה. נמצא אפוא, שבגנבה ואבדה (שלא היו קשורים לשימוש), המשכיר אינו משוחרר מחובת התיקון. אמנם, למעשה, המשכיר לא ישלם בעד התיקון, שכן הוא יוכל לקזז מחיובו את חיובו של השוכר כלפיו, אולם הוא גם לא יקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו. לא כך כשאותו נזק נגרם ברשלנותו של השוכר, שלא זו בלבד, שהשוכר לא יזכה בתיקון, אלא הוא יהיה חייב לפצות את המשכיר על הנזק שגרם לו. לדברינו כאן, השווה: גידולי שמואל, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והנה, שלא דק בענין זה, וטען, שלפי "נתיבות המשפט" די בכך שהשוכר נושא באחריות, כדי לשחרר את המשכיר מחיוביו כלפיו בטענת "מזלך גרם". ראה עוד דיוננו על סעיף 10, הערה 91.

105 שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן א.

החולה, וכתוצאה מכך החמיר מצב בריאותו של החמור. המשכיר טוען שפשע השוכר בהתנהגותו. הרא"ש פוסק שהדין תלוי באפשרות שהייתה לשוכר לשכור חמור אחר: אם השוכר יכול היה לשכור במקום בו גילה את הפגם מושכר חלופי, היה עליו לעשות זאת, ומשלא עשה כן הרי הוא רשלן. לעומת זאת, אם לא הייתה לו ברירה אחרת להשלמת מטרת השכירות (דהיינו השלמת נסיעתו), אינו בגדר רשלן[106]. לענייננו ניתן להסיק, שאם השוכר אינו יכול למנוע את הנזק — המתהווה כתוצאה משימוש סביר ובהתאם לתנאי השכירות — אלא במחיר של ויתור על השלמת מטרת השכירות, אינו חייב לעשות זאת והוא יכול להעדיף את האינטרס שלו על פני האינטרס של המשכיר[107].

עוד יש להוסיף, שלפעמים, אף שאובייקטיבית התנהגות השוכר אינה רשלנית, הוא ישא בכל זאת באחריות לפגם. זהו הדין כאשר השוכר חורג מתנאי השכירות חריגה שיש בה משום שימוש המגביר את הסיכון למושכר לעומת המוסכם[108]. במקרה זה המשכיר פטור מלתקן את המושכר, ויצטרך השוכר לפצות את המשכיר על הנזק שגרם[109]. ואף אם מבחינה אובייקטיבית שימוש כזה לא היה מוגדר כרשלנות, העובדה שחרג השוכר מתנאי השכירות מטילה עליו אחריות, ובלבד שחריגה זו עולה כדי שימוש מסוכן ביחס לתנאי השכירות, כאמור לעיל. כך קובע הרא"ש[110] בתשובה שהשיב בעניין מי ששכר בהמה לילך למקום מסוים ולחזור למחרת, אך השוכר הלך לאותו מקום וחזר משם באותו היום. לאחר כמה ימים מתה הבהמה. המשכיר טוען שמיתת בהמתו נגרם על ידי השוכר בכך שהחזיר את הבהמה בו ביום בניגוד לתנאי השכירות. השוכר מצדו טוען, שהנסיעה אינה ארוכה ומקובל לעשותה ביום אחד, ועל כן אין להאשימו ברשלנות. הרא"ש פוסק לטובת המשכיר: "אף על פי שיש בהמות שהולכות וחוזרות ביום אחד, זה שהתנה שתלך ותחזור בשני ימים, מכיר היה בבהמתו שאין בה כח ללכת ולחזור ביום אחד, וזה ששינה — פשע [=התרשל]".

בדיוננו על סעיף 16, נרחיב בשאלת אחריותו של השוכר.

[106] תשובה זו הובאה להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, סעיף ג, בהגהת הרמ"א. לתשובה זו השווה תשובת הריצב"א, המובאת באור זרוע, בבא מציעא, סימן רסב.

[107] השווה: חוק השומרים, התשכ"ז-1967, סעיף 4. וראה לרנר, סעיף 117, ליד ציון הערה 26.

[108] לסוגיית השימוש במושכר ולבירור יסודה המשפטי של אותה אחריות, ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 72 ואילך.

[109] כך עולה כבר מן המשנה, בבא מציעא ו, ג; עח ע"א. המשנה דנה בשאלת חובותיו של המשכיר כשאירע פגם במושכר, לאחר שהיא דנה באחריותו של השוכר באותן נסיבות. כאמור, העיקרון העולה מן המשנה הוא שאם השוכר עשה שימוש במושכר תוך חריגה ממה שהוסכם בינו לבין המשכיר, ושימוש זה הגביר את הסיכון לפגיעה במושכר לעומת המוסכם, הרי שאם אירע פגם כתוצאה מהחריגה, השוכר הוא שנושא באחריות לפגם. משנה זו נפסקה להלכה ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכות א; ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, סעיפים א-ב. אם השוכר לא חרג מן המוסכם בינו לבין המשכיר (או שלא היה קשר סיבתי בין החריגה לבין הפגם), המשנה מבחינה בין פגמים שונים ונסיבות שונות, ועל כך דיברנו לעיל בהרחבה, ליד ציון הערה 48 ואילך.

[110] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ב. התשובה מובאת בטור, חו"מ, סימן שט, סעיף ג, והיא נפסקה להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, הלכה ג. וראה עוד בעניין זה, דיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 35, ושם, פרק רביעי, ב, עמ' 375.

ב. הסכם או מנהג — "תיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר"

סעיף 7(א) מורה עוד שהמשכיר פטור מחובת התיקון, אם הוסכם כן בין הצדדים או אם לפי המקובל בנסיבות תיקון הפגם אינו חל עליו. נדון בשני חריגים אלה.

השוכר והמשכיר רשאים להתנות על הדינים החלים עליהם בדבר חובת התיקון, וזאת על פי הכלל הידוע: "כל תנאי בממון... קיים"[111]. חובת התיקון היא אפוא חובה דיספוזיטיבית, במשפט העברי כמו בחוק, שכן הצדדים רשאים להתנות עליה[112]. ההסכם האמור יכול להיות מפורש או משתמע. אולם נזכיר כאן את מה שכבר הערנו לעיל[113], שהעובדה שראה השוכר שהמושכר פגום כבר לפני כריתת החוזה אינה מתפרשת כהסכמה מכללא מצדו לקבל מושכר פגום ולוותר על חובת התיקון. ההנחה היא, שהוא סומך על כך שיתקן המשכיר את הפגם לפני שימסור אותו לידיו.

הסעיף מוסיף, שאף אם לא הוסכם על כך במפורש, המשכיר פטור מחובת תיקון אם דרישת התיקון אינה מקובלת. לדוגמה, השוכר אינו יכול לדרוש תיקונה של שמשה שבורה בחלון הדירה ששכר, משום שכיום דרישה זו אינה מקובלת[114]. נמצא שלעניין חובת התיקון, הסעיף נותן עדיפות לנוהג המקובל[115].

זמיר[116] מעיר שלשון החוק שונה בעניין זה מלשון הצעת החוק. בהצעת החוק סויגה חובת התיקון של המשכיר והיא אינה חלה על "פגם... שתיקונו חל... על השוכר". החוק העדיף את הניסוח השלילי, "פגם שאינו חל על המשכיר", על פני הניסוח החיובי, "פגם שחל על השוכר". זמיר סבור, ששינוי זה אינו רצוי, "במיוחד לאור חסרונה של הוראה כלשהי בחוק שתקבע מה הן חובות התיקון המוטלות על השוכר". לדעתו, הוראות חוק השומרים אינן ממלאות חסרון זה: הוראות אלה אין בהן אלא כדי להטיל אחריות על השוכר במקרה שנגרם נזק למושכר, אולם אם לא נגרם נזק, חוק השומרים אינו מקנה למשכיר עילה לדרישת תיקון. נמצא אפוא, שבמצב הנוכחי של החוק, אין הוראה המחייבת את השוכר בתיקון כלשהו במושכר, אפילו לא שמשה שבורה.

בעניין שדה שהושכרה לעיבוד, מצאנו במשפט העברי התייחסות מפורשת לדברים שחובה על השוכר לעשות במושכר במהלך תקופת השכירות. כך לדוגמה כותב הרמב"ם[117]: "השוכר או המקבל שדה מחבירו... ומקום שנהגו לחרוש אחריו — יחרוש". ובהמשך דבריו[118]: "החוכר

[111] מקורו של הכלל הוא במשנה הדנה בהתנאה על חיובי שומרים, בבא מציעא ז, י; צד ע"א; ונפסק להלכה ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ט; הלכות אישות, פרק י, הלכה ט; ובשולחן ערוך, אבן העזר, סימן לח, סעיף ה.

[112] אם כי, יש לציין, שאם הפגם נבע מעובדות שהמשכיר ידע או שהיה עליו לדעת עליהן בעת כריתת החוזה, ולא גילה אותן לשוכר, לא יהיה תוקף לתנאי. כך מפורש בסעיף 8 לחוק. על עמדת המשפט העברי בשאלה זו, ראה דיוננו שם.

[113] ליד ציון הערה 92.

[114] ראה: דברי ההסבר להצעת החוק, סעיף 7(א), הצעות חוק, התש"ל-1970, ה"ח 901, עמ' 290.

[115] סעיף 3 לחוק אינו מורה לפנות לנוהג המקובל, אלא לשם השלמת פרטים שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים. מהוראה זו לא היה אפשר להסיק את עדיפות הנוהג על פני הוראת סעיף 7, ומכאן לצורך בהוראה מפורשת כפי שנקבעה.

[116] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 342, הערה 6.

[117] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ו. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שכ, סעיף ד.

[118] רמב"ם, שם, הלכה ח. נפסק בשולחן ערוך, שם (בלשון: "אם נהגו לנכש"). וראה שו"ת חקרי לב, חו"מ,

שדה מחבירו ולא רצה לנכש, ואמר לו, מה הפסד יש לך, הריני נותן לך חכורך, אין שומעין לו, שהרי הוא אומר לו למחר אתה יוצא ממנה והיא מעלה עשבים. ואפילו אמר לו, באחרונה [כלומר, בסוף השכירות] אני חורש אותה, אין שומעין לו". בעניין שכירות בהמה נפסק[119]: "שכר בהמה... [ש]משעת משיכה נתחייב במזונותיה". כעיקרון אפשר אפוא לומר, שהשוכר חייב לעשות כל דבר הנחוץ והמקובל, להחזקתו התקינה של המושכר.

ונראה שבכל שכירות, המנהג הוא בסיס מספיק להטלת חובת תיקון גם על השוכר. כך ניתן להסיק מדברי "ערוך השולחן"[120]: "בכל מקום ומקום לפי מנהגו, חייב המשכיר לתקן דברים הקבועים, כמו במדינתנו לעשות חלונות כפולים בימי החורף, ולתקן תנורי בית בחורף עם כל השייך להם, ולהטיח הכתלים מבחוץ בימי הסתיו, ולשפוך עפר סמוך לכתלים שלא יכנס הקור לבית וכל כיוצא בזה. והמנהג אצלנו, שאם נתקלקלו דברים כאלו במשך ימי השכירות, מתקנם המשכיר". דבריו של "ערוך השולחן" מכוונים אמנם להטלת חובת תיקון על המשכיר מכוח המנהג, ואולם עולה מהם עדיפות המנהג בעניינים אלה, ואכן כך הוא מסכם[121]: "ובכל זה הולכים אחר מנהג העיר". אשר על כן, אם יש ליקויים שהמנהג שהשוכר מתקנם, המנהג מחייב.

פרק חמישי

החלפת המושכר במקום תיקונו – "החלפת הנכס בנכס אחר"

א. סעיף 7(ב) קובע, שאם התגלה הפגם במושכר שהוא מיטלטלין, יכול המשכיר לצאת ידי חובת תיקון הפגם בהחלפת הנכס הפגום בנכס אחר, ובלבד שבשביל השוכר אין חשיבות לזהות הנכס.

לפני שנדון בשאלת התיקון בדרך החלפה, אנו מבקשים לדון בשאלה מקדמית: באיזו מידה רשאי המשכיר להחליף את המושכר שבידי השוכר במושכר חלופי, גם אם אין בו כל פגם? לשון אחר, האם השוכר רשאי להתנגד להחלפת המושכר שבידו במושכר זהה?

מלשון סעיף 7(ב) עולה, שאם המושכר הוא מקרקעין, השוכר רשאי להתנגד מקל וחומר: אם כשהמושכר פגום המשכיר אינו רשאי למלא את חובת התיקון המוטלת עליו בדרך של החלפתו בנכס אחר, ודאי שאינו רשאי להחליף מושכר תקין במושכר חלופי. ונראה שהוא הדין אף במושכר שהוא מיטלטלין. שהרי אם המשכיר רשאי, לדעת המחוקק, להחליף את המושכר המיטלטל במושכר חלופי, לשם מה ראה צורך להדגיש שהמשכיר רשאי למלא את חובת התיקון המוטלת עליו בדרך של החלפה? והרי הדבר הוא קל וחומר! דעת המחוקק

חלק ב, סימן פט, בשם בעל שו"ת חלקין חדתין, שפירש שהברייתא שבדף קא ע"ב ("ושוכר חייב להעמיד לו סולם, לעשות לו מעקה, לעשות לו מרזב, ולהטיח את גגו"), עוסקת גם היא בתיקונים במושכר המוטלים על השוכר. וראה לעיל, הערה 100.

[119] ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יג, הלכה ב.

[120] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיד, סעיף ג. וראה גם: כסף הקדשים, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, ד"ה ב"ב האחר יותר מב"ב (מובא להלן, בדיוננו על סעיף 22, הערה 83).

[121] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיד, סעיף ד.

היא אפוא שבעיקרון המשכיר אינו רשאי להחליף את המושכר שבידי השוכר בין במקרקעין ובין במיטלטלין. חידוש החוק בסעיף 7(ב) הוא, שלעיקרון זה יש חריג המותנה בקיומם של שלושה תנאים מצטברים: המושכר נפגם והשוכר דורש תיקון; המושכר הוא נכס מיטלטלין; בשביל השוכר אין משמעות לזהותו של המושכר. רק בהתקיים כל אלה מותרת החלפת המושכר.

להלן נבחן את עמדת המשפט העברי בשאלות אלה: תחילה, האם המשכיר רשאי להחליף את המושכר שבידי השוכר במושכר אחר; ולאחר מכן, אם התשובה לשאלה זו היא שלילית, האם כשנפגם המושכר, והמשכיר חייב לתקנו, יש להתיר לו את ההחלפה.

ב. לעיל[122] ראינו שהמשפט העברי מבחין בין שני סוגי חוזי שכירות: שכירות מסוימת ("מושכר זה"), ושכירות בלתי מסוימת ("מושכר" סתם). להבחנה זו נודעת חשיבות רבה לענייננו.

לכאורה, אם השכירות היא בלתי מסוימת, המשכיר אינו מנוע מלהחליף את המושכר שבידי השוכר במושכר אחר, שכן חוזה השכירות לא קבע נכס מסוים שעליו תחול השכירות. ניטול דוגמה של שכירת רכב בחברה להשכרת רכב. נניח ששכירות כזו היא שכירות בלתי מסוימת, שכן היא איננה מתייחסת למכונית מסוימת. נשאלת השאלה, האם רשאית החברה להחליף את הרכב המושכר ברכב אחר באמצע תקופת השכירות?

לבירור השאלה, נעיין בדברי השולחן ערוך[123]. השולחן ערוך אינו דן ישירות בשאלה זו, אלא בשאלת חובת המשכיר להעמיד מושכר חלופי כאשר המושכר המקורי נהרס. אולם מתוך הגהתו של הרמ"א על דברי השולחן ערוך נלמד גם לענייננו. וזה לשון השולחן ערוך: "אם אמר לו בית סתם [אני משכיר לך] ונפל, חייב לבנותו, או יתן לו בית אחר. ואם היה קטן מהבית שנפל, אין השוכר יכול לעכב עליו, והוא שיהיה קרוי בית, שלא השכיר לו אלא בית סתם". על דברים אלו מוסיף הרמ"א: "אבל כל זמן שלא נפל [הבית] הראשון, אינו יכול להוציאו וליתן לו בית קטן כזה". ומכאן שהמשכיר רשאי להוציאו לבית בגודל זהה. מדברי הרמ"א מסיק הש"ך[124], שבשכירות בלתי מסוימת, המשכיר רשאי אמנם להחליף את המושכר באמצע תקופת השכירות, אולם אף שלא הוסכם בין הצדדים על תיאורו או איכותו של המושכר, אין המשכיר רשאי להעמיד לרשות השוכר נכס הנופל באיכותו מהנכס התקין שבידיו[125]. במילים אחרות, אם לא נודעת חשיבות לזהות המושכר, והשכירות הייתה בלתי מסוימת, השוכר אינו יכול להתנגד להחלפה (אין צריך לומר, שכל זה כפוף לנוהג המקובל).

[122] בדיוננו על סעיף 1, פרק שישי, ב, עמ' 35.

[123] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז.

[124] ראה: ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה וס"ק יט. נטעים שדברים אלו אמורים אפילו כשהמושכר הוא נכס מקרקעין.

[125] ורק במקרה של אבדן המושכר (הבית התמוטט), רשאי המשכיר למלא את המשך חיובו בהעמדת מושכר הנופל באיכותו מהמושכר המקורי (בית קטן יותר). העיקרון המנחה בהלכות אלה הוא כנראה, שלמשכיר אין זכות להרע את מצבו של השוכר. ברגע שהשוכר קיבל לידיו מושכר מאיכות מסוימת, הרי שכל עוד הנכס קיים, יכול השוכר לתבוע מהמשכיר שלא ירע את מצבו. לעומת זאת, אם הנכס אבד, מצבו של השוכר הורע ממילא ולא באשמת המשכיר, ואף שהמשכיר חייב להמשיך ולהעמיד לרשותו מושכר חלופי, אין יסוד לחייבו למלא חיוב זה דוקא בנכס בעל איכות זהה למושכר המקורי. השווה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (ס ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ואי אמר ליה בית סתם, המביא דעתו של הריטב"א, שאפילו במושכר סתם, ברגע שהשוכר קיבל לידיו מושכר מאיכות מסוימת, אין המשכיר רשאי להעמיד לו מושכר

"נתיבות המשפט"[126] חולק על הש"ך: "והוא תמוה מאוד בעיני, דאם כן, בכל יום יכול להוציאו מדירה לדירה, והוא נגד הסברא, דודאי יכול לומר: 'לא בעינא למיטרח [=איני רוצה לטרוח] בכניסה ויציאה בכל יום, ואדעתא [=ועל דעת] שאדור מתחילת שנה עד סופה שכרתי בית'". על כן הוא מציע פירוש אחר בדברי הרמ"א: "ואפשר שדעת הרמ"א הוא רק פעם אחת, יכול לומר שבטעות או מחמת אונס נתן לו... אבל לשנותו בכל פעם לא מסתבר כלל". מדברי "נתיבות המשפט" האלו עולה, לכאורה, שזכותו של המשכיר להחליף את המושכר שבידי השוכר מוגבלת לפעם אחת בלבד, וכשיש לו טעם סביר לכך. אולם ייתכן ש"נתיבות המשפט" יודה שאם החלפת המושכר אינה כרוכה בטרחה כלשהי מצד השוכר (כגון בשכירות מיטלטלין), רשאי המשכיר להחליף ככל שירצה.

אם נחזור לדוגמת השכרת הרכב, נמצא, שאף אם בזמן ההשכרה לא צוין סוג הרכב המושכר, משקיבל השוכר לידיו רכב מסוים, המשכיר לא יוכל להחליפו אלא ברכב מאיכות דומה. ורק אם יאבד הרכב המקורי, יכולה החברה המשכירה להעמיד לרשות השוכר רכב מדגם נחות יותר.

ג. נבדוק עתה את השאלה כשמדובר בשכירות מסוימת. שאלת אפשרות החלפת מושכר מסוים במושכר חלופי תוך כדי תקופת השכירות אינה נידונית באופן ישיר בשולחן ערוך, אולם היא עולה, כפי שנראה, בהקשרים שונים. הרמ"א[127], לדוגמה, קובע: "המשכיר בית לחבירו, ובתוך הזמן רוצה לבנותו, אין יכול לכופו לצאת אפילו לבית יפה ממנו". הש"ך[128] מדגיש שדבריו אלה של הרמ"א אמורים בשכירות בית מסוים, ואילו בבית סתם מותר להוציא את השוכר לבית יפה כמותו, כמו שראינו לעיל.

הסמ"ע[129] מסביר, שהשוכר יכול להתנגד להוצאתו מהמושכר, משום שהוא יכול לטעון שהוא אינו רוצה לטרוח "ביציאה וכניסה". על פי הסבר זה משתמע שאם אין נימוק סביר בפי השוכר, אין הוא יכול להתנגד להחלפת המושכר שבידו במושכר זהה. ואמנם במקום אחר[130], הסמ"ע אומר במפורש: "המשכיר חמור זה יכול לדחותו ליתן לו חמור אחר הטוב כזה"[131]. דעה זו — שכפי שנראה להלן, אינה מוסכמת על הכול — היא גם המונחת ביסוד

מאיכות פחותה מזו, אף לא במקרה של אבדן המושכר המקורי. וראה נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יב, שדעה זו לא התקבלה להלכה.

[126] נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יב. והשווה: ט"ז, שם, סעיף יז, ד"ה כ"ז שלא נפל, שמאותו נימוק חלק על דברי הרמ"א, וקבע שגם בבית סתם, אסור להוציא את השוכר מן המושכר, אפילו לא למושכר יפה ממנו. מעניין לציין, שמדבריו שם עולה, שלדעתו אפילו בשכירות נכס בלתי מסוים, משנטל השוכר חזקה במושכר, הרי יש לו בו זכות קניינית. וראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, הערה 201.

[127] רמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף א.

[128] ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה.

[129] סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ג.

[130] סמ"ע, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב.

[131] הסמ"ע טוען שזו דעתו של הטור, חו"מ, סימן שיא, סעיף ד, בשמו של אביו הרא"ש. אולם יש לציין, שדברי הסמ"ע אינם נובעים בהכרח מלשון הטור. זה לשון הטור: "וכן המשכיר חמור זה, אין יכול לדחותו וליתן לו חמור אחר או ספינה אחרת [זו דעת הרמ"ה, ראה שם]. ויש אומרים דודאי בעלמא יכול לשנות, דמה לי יין זה שהתנה או אחר, אלא שמצאה כאן מקום קפידא לנוח ונחה. וכן דעת אדוני אבי הרא"ש ז"ל" (מלבד עדות הטור לא מצאתי מקור לדעה זו של הרא"ש). המדייק בלשון הטור יראה שהוא אינו מביא את דעתו של הרא"ש אלא בנוגע להחלפת היין ולא בנוגע להחלפת הספינה (מעיר על כך קצות

דברי הרמב"ם בעניין החלפת ספינה[132]: "השוכר את הספינה [להוביל בה יין] וטבעה לה בחצי הדרך: אם אמר לו [המשכיר לשוכר], ספינה זו אני משכיר לך, ושכרה השוכר להוליך בה יין סתם, אע"פ שנתן לו השכר, יחזיר כל השכר, שהרי זה [השוכר] אומר לו, הבא לי הספינה עצמה ששכרתי, שהקפדה גדולה יש בספינה זו, ואני אביא מכל מקום ואוליך בה". לדעת הסמ"ע[133], הפירוש הנכון בדברי הרמב"ם הוא, שאין השוכר יכול להקפיד על ספינה זו ששכר אלא כשטבעה הספינה (ומשום שבטיעון זה "מצאה הקפדה מקום לנוח ונחה", כלומר, משום שכך הוא מפיק תועלת, שהרי הוא מקבל כספו חזרה). לעומת זאת, אילו הספינה לא הייתה טובעת, והמשכיר היה מבקש להחליף את הספינה (המסוימת) בספינה אחרת, השוכר לא היה יכול להתנגד, שכן אין הבדל בין ספינה לספינה[134]. כאמור, גם מכאן עולה, שכאשר לא נודעת

החושן, סימן שיא, ס"ק א. וראה להלן, ליד ציון הערה 136, ובהערה 137). הסמ"ע כנראה אינו מייחס חשיבות לפרט זה, ולדעתו אין מקום להבחנה בין יין לספינה.

נעיר, שמהלכה זו של הסמ"ע, אין להסיק שהוא רואה את עסקת השכירות כעסקה חוזית ולא קניינית. נראה יותר לומר, שאף שיש לשוכר זכות קניינית במושכר, מתנאי השכירות שהוא מסכים להחלפה, כל עוד אין לו טעם סביר להתנגד. ראה על כך להלן, הערה 137.

[132] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג.

[133] סמ"ע, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב.

[134] לדעת הסמ"ע אין ספק שזוהי כוונת הרמב"ם בביטוי "שהקפדה גדולה יש בספינה זו", ולא שלאמיתו של דבר יש יתרון בספינה זו על פני ספינה אחרת: הספינה טבעה והוכח שאין היא ספינה טובה, קשה אפוא לטעון שהשוכר מעונין דוקא באותה ספינה בגלל האיכות שלה. מוכח אם כן, שאין כאן אלא טיעון משפטי פורמלי, שבאמצעותו השוכר מבקש לנצל את העובדה שהספינה טבעה.

והשווה: משנה למלך, על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג, החולק על פירושו של הסמ"ע בדברי הרמב"ם. לדעתו, מתוך לשונו של הרמב"ם "שהקפדה גדולה יש בספינה זו" (ולא "הקפדה" סתם), עולה, שבכל מקרה, גם כשהספינה לא טבעה, אין השוכר חייב להסכים להחלפתה, שכן לכל ספינה ייחוד משלה ויתרונות שאין לספינה אחרת. לכאורה, זו גם דעת הש"ך (חו"מ, סימן שיא, ס"ק א), כשהוא אומר: "מיהו כשאמר יין סתם וספינה זו, אפשר דאפילו היין לא נטבע, יכול לעכב ולומר איני רוצה ספינה אחרת", וכפי שמעיר רבי עקיבא איגר בחידושיו (שם, ד"ה ש"ך אות א'). אולם, ייתכן שכוונת הש"ך, שבעניין זה הוא מסכים עם הסמ"ע (בניגוד לעניין ספינה סתם ויין זה, שם הוא חולק עליו, ראה שם), שהשוכר יכול להתנגד להחלפת הספינה דווקא כשזו טבעה (אפילו שיינו שעמד להוביל באותה ספינה, לא טבע יחד עמה), שאז "מצאה הקפידא מקום לנוח ונחה", ואילו אם הספינה לא טבעה, אין השוכר יכול להתנגד להחלפה. וצריך עיון. והשווה דיוננו על סעיף 6, הערה 34.

והשווה: רבי עקיבא איגר, שם, שמביא דיעה נוספת בשם הטור, שרק כשטבעו שניהם — הספינה יחד עם היין — השוכר יכול להתנגד להחלפה. לעומת זאת, אפילו שהמושכר המקורי אבד, כל עוד היין שעמד להובלה קיים, אין השוכר יכול להתנגד להחלפת המושכר (ורק אם הפסיד את יינו רשאי להקפיד).

לפנינו אפוא שלוש דעות בסוגיה זו של החלפת ספינה מסוימת בספינה דומה: "משנה למלך" סבור (ואולי זו גם דעת הש"ך), שבכל מקרה, אפילו שהספינה והיין קיימים, השוכר רשאי להתנגד להחלפה, משום שהוא יכול לטעון שנודעת חשיבות לזהות הספינה; הסמ"ע סבור (ואולי זו גם דעת הש"ך), שבעיקרון אין השוכר יכול לטעון שיש חשיבות לזהות הספינה, ורק אם הספינה טבעה, רשאי השוכר להתנגד להעמדת ספינה אחרת במקומה; הטור לפי דעת רבי עקיבא איגר מחמיר עוד יותר עם השוכר, ואין הוא מתיר לו להתנגד להחלפה אלא כשאבדו שניהם — גם הספינה וגם היין, אולם כל עוד היין קיים אפילו שאבדה הספינה אין הוא יכול להתנגד להחלפתה בספינה אחרת כמותה.

המחלוקת שסקרנו כעת בעניין ספינה ויין, אינה משנה מהעיקרון שראינו בפנים. כולם מסכימים, שאם אין לשוכר סיבה סבירה לכך (כגון שלא נודעת חשיבות לזהות המושכר או שהדבר אינו עלול לגרום לו טרחה), אין השוכר רשאי להתנגד להחלפת המושכר שבידו במושכר זהה. אחד מיסודות המחלוקת שראינו כאן בין הפוסקים הוא, שלפי "משנה למלך" נודעת משמעות לזהות הספינה, ואילו לשאר הפוסקים לא נודעת

חשיבות לזהות המושכר, השוכר אינו יכול להתנגד להחלפתו במושכר זהה. על פי דעה זו נמצא, שלעניין החלפת המושכר במושכר זהה, אין כמעט[135] הבדל בין שכירות מסוימת לבלתי מסוימת, ובכל מקרה ההחלפה מותרת, ובלבד שהמושכר החלופי יהיה זהה למושכר המקורי. מיד נראה שקיימת דעה חולקת, ולפיה במושכר מסוים, אין כל אפשרות להחלפה.

דעה חולקת זו היא דעתו של "קצות החושן"[136], הסבור שכיוון ששכירות מושכר מסוים היא כמכר לזמן, ולשוכר זכות קניינית במושכר לעניין השימוש בו, המשכיר אינו רשאי להחליף את המושכר במושכר אחר, כשם שבמכר לא יעלה על הדעת שהמוכר יוכל להחליף את הממכר בממכר זהה[137].

ד. לעיל[138] שאלנו: אם בעיקרון אסור למשכיר להחליף את המושכר שבידי השוכר במושכר אחר, האם כשנפגם המושכר, והמשכיר חייב לתקנו, יש להתיר את ההחלפה?

על פי מה שראינו לעיל, כשמדובר בשכירות בלתי מסוימת — וכן לחלק מהפוסקים, אף אם מדובר בשכירות מסוימת — השאלה אינה מתעוררת כלל, שכן אם ניתן להחליף את המושכר בעודו תקין, אין כל סיבה לאסור את החלפתו כשהוא פגום. לפי אותם פוסקים ראינו, שיש והשוכר רשאי להתנגד להחלפה אם ההחלפה כרוכה בטרחה. נמצא, שאם המושכר נפגם, השוכר יוכל להתנגד להחלפה רק אם יוכיח שהטרחה הכרוכה בהחלפה גדולה מזו הכרוכה בתיקון.

לשיטתו של "קצות החושן", אשר בשכירות מסוימת אוסר באופן עקרוני את החלפת

משמעות כזאת. אולם, השווה להלן, הערה 137, הערת הרב א' מילר, שהעלה אפשרות ש"משנה למלך" נוקט כשיטת "קצות החושן", שנראה להלן בסמוך.

135 ההבדל היחיד הוא בזה שאם ההחלפה כרוכה בטירחה (כניסה ויציאה בהחלפת דירה, לדוגמה) במושכר זה, יכול השוכר להתנגד, ואילו במושכר סתם, אין השוכר יכול להתנגד. אולם, לפי "נתיבות המשפט", שהבאנו לעיל, הערה 126, גם הבדל זה כמעט ואינו קיים, שכן לדעתו, גם בבית סתם, אין המשכיר יכול להחליף את הבית המושכר אלא פעם אחת בלבד.

136 קצות החושן, סימן שיא, ס"ק א.

137 "קצות החושן" מסביר, על פי סברתו, שהרא"ש, שהובא על ידי הטור (ראה לעיל, הערה 131), אינו חולק על הרמ"ה אלא לגבי החלפת היין; את היין יכול השוכר להחליף, משום שהמשכיר לא רכש בו כל זכות קניינית, אלא רק התחייבות להובילו, מה שאין כן בספינה: השוכר "קנה" את הספינה בקנין שכירות, ולכן אי־אפשר בשום מקרה להכריחו להחליפה בספינה אחרת. לכאורה, הרמב"ם אינו מסכים לדעה זו. אילו חשב הרמב"ם כדעת "קצות החושן", לא היה צריך לנמק ש"הקפדה גדולה יש בספינה". אולם ייתכן שלדעת הרמב"ם מקרה זה אינו מקרה של שכירות נכס, אלא של קבלנות (שכירות שירותי תובלה). השווה דברינו על סעיף 15, הערה 268, ושם ליד ציון הערה 292. ואם כך, ייתכן שבעיקרון הוא היה מסכים לשיטת "קצות החושן". הרב א' מילר העלה טיעון אחר ליישוב שיטת "קצות החושן" עם דברי הרמב"ם (כלומר, אף אם נאמר שהרמב"ם רואה בשכירות ספינה מקרה של שכירות נכסים, אין כאן בהכרח דחיית גישתו של "קצות החושן"): אם הוסיף הרמב"ם את הנימוק "הקפדה גדולה יש בספינה", הרי זה משום שאף שיש לשוכר קניין במושכר, מכל מקום לולי אותה הקפדה, היינו אולי אומדים את דעתו של השוכר שהוא מוותר על זכותו, כיון שאינו רוצה להיראות כמי שנוהג במידת סדום. הרמב"ם נימק אפוא ש"הקפדה גדולה יש בספינה", וממילא ברור שאין לשוכר סיבה לוותר. הרב מילר הוסיף וטען, שייתכן שזוהי גם גישת ה"משנה למלך". השווה לעיל, הערה 134. מתוך הצעתו של הרב מילר עולה, שאין הכרח להסיק משיטת הסמ"ע בסוגיה זו, שהוא אינו רואה בשכירות עסקה קניינית. שכירות היא עסקה קניינית, שבה קיים תנאי מכללא בין המשכיר לשוכר, שבמידה שהדבר לא יגרום לו טרחה, השוכר מסכים להחלפת המושכר במושכר זהה.

138 בתחילת פרק זה, עמ' 148.

המושכר, השאלה קשה יותר. אין לדעת מה הייתה עמדתו של "קצות החושן" בשאלה זו. לכאורה, על פי הנימוק שביסוד שיטתו, נראה שהשוכר יכול לדרוש שהמושכר הפגום שבידו יתוקן ולא יוחלף, וזאת אף אם לא נודעת כל חשיבות לזהות המושכר, שכן יש לו זכויות קנייניות במושכר עצמו, ואיך נחייבו לקבל מושכר חלופי?! מאידך גיסא, ניתן לומר, שגם לפי "קצות החושן" אם לא נודעת כל משמעות לזהות המושכר שבידו (כגון שמדובר בנכס סטנדרטי), הרי שאף אם מבחינה משפטית זכאי היה להתנגד להחלפה, התנגדות כזו הייתה נחשבת כקרובה ל"מידת סדום". על כן יש להניח, שמתחילת השכירות מוסכם מכללא בינו לבין המשכיר, שאם ייפגם המושכר, יוכל המשכיר לצאת ידי חובת התיקון גם על ידי החלפתו במושכר זהה.

ה. מובן מאליו שבכל מקרה הוצאות ההחלפה חלות על המשכיר.

פרק שישי

סיכום

א. אם נפגם מושכר בלתי מסוים, הכול מסכימים שחובה על המשכיר לתקן את הפגם או להחליף את המושכר. אם נפגם מושכר מסוים, הדבר שנוי במחלוקת: לדעת הריטב"א ו"נימוקי יוסף", המשכיר אינו חייב לתקן את הפגם (כדעה זו פסק הרמ"א); לעומת זאת, לדעת הרמב"ם, המאירי והרא"ש, כל זמן שהמושכר עומד לתיקון, חובה על המשכיר לתקנו (כדעה זו פסק השולחן ערוך). לדעת "נתיבות המשפט", אפילו לשיטה זו, אם עלות התיקון עולה על דמי השכירות, המשכיר פטור מן התיקון[139].

אשר ליסוד המשפטי לחובת התיקון, ראינו שיסוד זה אינו מצוי בהכרח בתפישת מהות השכירות כעסקה חוזית (אם כי זהו כנראה יסוד דעתם של כמה מן הפוסקים). אפשר לראות בשכירות עסקה קניינית, ובכל זאת לחייב את המשכיר בתיקון כחובה נלווית (הסכם מכללא או הוראה סטטוטורית), ואולי אפילו כחלק מזכויות הקניין של השוכר במושכר (כעין זכותו של הקונה בעסקת מכר לאספקת כל הסחורה שרכש). ואפשר לראות בשכירות עסקה חוזית, ובכל זאת לפטור את המשכיר מחובת תיקון, בהנחה שחיוב זה אינו כלול בחיובים שנטל המשכיר על עצמו.

מאחר שנחלקו הדעות בשאלת חובת התיקון של מושכר מסוים, יזכה בדין מי שמחזיק בידו את דמי השכירות: אם שולמו דמי השכירות מראש, המשכיר יכול לסרב לתקן את הפגם, כשהוא מסתמך על דעת הרמ"א; אם עדיין לא שולמו דמי השכירות, השוכר רשאי להשתמש בכסף כדי לממן את התיקון, כשהוא מסתמך על דעת השולחן ערוך.

ב. זכותו של השוכר לדרוש תיקון מצומצמת לפגמים במושכר הפוגעים בדברים שהם "עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות", ושדרוש "מעשה אומן" לצורך תיקונם. אולם הפגיעה מחייבת תיקון לא רק כשהיא מונעת את השימוש בהם לגמרי, אלא אפילו אם לא נגרמה על ידה אלא הכבדה על השימוש, חובה על המשכיר לתקן את הפגמים הגורמים לפגיעה זו[140].

[139] ראה לעיל, הערה 43, שיש מי שפירש את דעת "נתיבות המשפט" בדרך אחרת.
[140] אם כי, ראה לעיל, הערה 87, שיש מי שחולק על זה.

ג. לדעת הסמ״ע, אם אפשר להראות קשר בין השימוש של השוכר לבין הפגם (אפילו אין בקשר זה כדי להטיל אשמה על השוכר לאירוע הפגם), די בכך כדי לפטור את המשכיר מחובת תיקון, שכן הוא יוכל לטעון כנגד תביעת התיקון של השוכר: ״מזלך גרם״ (בין במושכר מסוים ובין במושכר בלתי מסוים). ״נתיבות המשפט״ חולק על כך: לדעתו, מאחר שהפגם פגע בגוף המושכר, שהוא בבעלותו של המשכיר, המשכיר אינו יכול לטעון כנגד השוכר: ״מזלך גרם״.

לכולי עלמא, אם אירע הפגם מחמת רשלנות השוכר, המשכיר פטור מן התיקון, שכן בזה אין ספק ש״מזל השוכר גרם״. כמו כן המשכיר פטור מן התיקון, אם הוסכם כך בין הצדדים מראש או שבנסיבות העניין אין זה מקובל להטיל עליו את התיקון.

ד. היה הפגם בנכס אחר המשמש את המושכר, ולא במושכר עצמו, אין חובה לתקן את הנכס האחר, אלא אם כן הנכס האמור מהווה חלק אינטגראלי של המושכר (כגון מדרגות המובילות לדירה). אם לא כן, אין חובת תיקון, אלא אם כן הייתה התחייבות מיוחדת לכך, מפורשת או משתמעת, שלהבטחת קיומה שועבד אותו נכס או נכס אחר כלשהו.

ה. היה הפגם במושכר כבר בזמן מסירתו לשוכר, והוא מהווה אי־התאמה שאינה עולה כדי מקח טעות המבטל את תוקפה של העסקה, אין ספק שחובה על המשכיר לתקנו, וזאת אף שידע השוכר על קיום הפגם בזמן כריתת ההסכם. ויש אומרים, שאף אם הפגם עולה כדי מקח טעות, בכל זאת חובת המשכיר לתקנו, ואינו יכול לטעון לכישלון העסקה.

ו. בשכירות נכס בלתי מסוים אין ספק שהמשכיר יוצא ידי חובת התיקון בהחלפת המושכר הפגום במושכר זהה. ונראה שהוא הדין בשכירות נכס מסוים, אם לא נודעת משמעות לזהות הנכס, אף שהדבר אינו נקי מספקות.

ז. מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 7 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

סעיף 8

העלמה של אי־התאמה או פגם

העלמה של אי־התאמה או פגם

8. היו אי־התאמת המושכר או הפגם נובעים מעובדות שהמשכיר ידע או שהיה עליו לדעת עליהן בעת כריתת החוזה ולא גילה אותן לשוכר, זכאי השוכר לזכויות לפי סעיפים 6 ו־7 על אף האמור בכל הסכם.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 157

פרק שני: שכירות רגילה 158

פרק שלישי: שכירות פיננסית (ליסינג) 159

פרק רביעי: סיכום 160

פרק ראשון

מבוא

לפנינו אחת ההוראות הכופות (הקוגנטיות) הבודדות בחוק השכירות[1]. הסעיף קובע, שהמשכיר אינו יכול להגביל את אחריותו בגין אי־התאמה ופגם, אלא אם בעת כריתת החוזה הוא לא ידע, ולא היה עליו לדעת, על קיום העובדות שמהן נבעו אי־ההתאמה או הפגם[2]. אבל אם ידע המשכיר על אי־ההתאמה או הפגם בעת כריתת החוזה (או שהיה עליו לדעת עליהם), והעלים ידיעה זו מן השוכר, אין כל תוקף לתניית הפטור.

הסעיף בא אפוא להגן[3] על השוכר, שהוא בדרך כלל הצד החלש בחוזה. הוא שולל את תוקפן של תניות פטור, שהוכנסו לחוזה בחוסר תום לב על ידי משכיר שידע שהמושכר נשוא ההסכם לוקה באי־התאמה או בפגם. המחוקק מסרב לתת את ידו להונאה מסוג זה. חובת ההגינות במשא ומתן מחייבת את המשכיר להודיע לשוכר על קיומם של אותם ליקויים. לא ידע המשכיר על ליקוי כלשהו, וביקש על ידי תניית הפטור לפטור את עצמו במקרה שיתגלה במושכר ליקוי נסתר, יש תוקף לתניית הפטור, ולשוכר לא תהיה עילת תביעה, שכן ויתר עליה מרצון.

בדיוננו להלן, נבדוק את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו. תחילה נדון בשכירות רגילה, שבה המשכיר הוא גם בעל הנכס, והוא מכיר אותו היטב. לאחר מכן ניתן את הדעת לשכירות הפיננסית, שבה המשכיר אינו מכיר את המושכר כלל, אלא רוכש אותו כדי להשכירו מיד.

[1] להוראה נוספת, ראה סעיף 22 לחוק.

[2] לא ברור מדוע ראו מנסחי החוק צורך להדגיש, שהוראה זו חלה הן על אי־התאמה הן על פגם. כפי שנסביר מיד, לכאורה לא היו צריכים להזכיר אלא אי־התאמה. אם ידע המשכיר כבר בעת כריתת החוזה על העובדות שמהן נבע הפגם (גם אם לא התגלה הפגם בפועל אלא במהלך השכירות, ולא היה קיים בתחילת השכירות אלא בכוח), הרי בוודאי שידע עליהן גם בעת מסירת המושכר לשוכר. והלוא בסעיף 6 למדנו, שהמועד הקובע לקיום אי־התאמה הוא מועד מסירת המושכר. באותו מועד כל מום במושכר הוא בגדר אי־התאמה, בין אם מדובר במום פעוט (אי־התאמה בלשון החוק) ובין אם מדובר בפגם, וכן בין אם מדובר באי־התאמה שהייתה קיימת בפועל כבר בעת המסירה, ובין לא הייתה קיימת בו אלא בכוח, ולא יצאה אל הפועל אלא במהלך השכירות. לאור הדברים האלו עולה, שהמחוקק לא היה צריך להזכיר בסעיף זה את שני המושגים — אי־התאמה ופגם — שכן הפגם שמדובר עליו אינו אלא סוג מיוחד של אי־התאמה. אפשר היה לנסח את הסעיף בצורה הבאה: "היתה אי־ההתאמה נובעת מעובדות שהמשכיר ידע, או שהיה עליו לדעת עליהן בעת כריתת החוזה ולא גילה אותן לשוכר, זכאי השוכר לזכויות לפי סעיפים 6 ו־7, על אף האמור בכל הסכם". ייתכן שהמחוקק בחר בניסוח שבחר, משום שבסעיף 7, הדן בחובת תיקון פגם, אין התייחסות מפורשת למושג אי־התאמה.

[3] אמנם להגנתו של השוכר עומד גם סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, המחייב את המשכיר לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן לקראת כריתת החוזה. אולם על פי סעיף זה, השוכר לא יזכה אלא בפיצויים. הוא לא יהיה זכאי לבטל את החוזה או לתבוע את אכיפתו. וכעין זה, אם יבקש להסתמך על סעיפי טעות והטעיה שבאותו חוק (סעיפים 14־15), הוא יוכל לבטל את החוזה, אך לא יוכל לדרוש אכיפה או פיצויים.

סוג זה של שכירות מעלה בעיות מיוחדות מתחום דיני ההתאמה, בייחוד לעניין תוקפה של תניית פטור בגין אי־התאמה.

פרק שני

שכירות רגילה

המשפט העברי מרחיק לכת יותר מן החוק בהגנה שהוא מעניק לשוכר. הוא שולל את תוקפה של תניית פטור בגין אי־התאמה, אפילו אם המשכיר לא יכול היה לדעת עליה. כך עולה מדברי הרמב"ם[4] בהוראה מקבילה בדיני המכר: "ואם פרש המוכר ואמר, על מנת שאין אתה חוזר עלי במום — הרי זה חוזר, עד שיפרש המום שיש בממכרו, וימחול הלוקח, או עד שיאמר לו, כל מום שימצא במקח זה, הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמוחל צריך לידע הדבר שימחול לו בו ויפרש אותו, כמו המפרש בהוניה". מדבריו אלה של הרמב"ם עולה בבירור, שהמשפט העברי מחמיר יותר מהחוק: החתמת השוכר על ויתור כללי ובלתי מוגדר אין לה כל תוקף, אף שהמשכיר עצמו אינו מודע לאי־התאמה כלשהי בנכס, ואינו מבקש אלא לפטור את עצמו אם תתגלה אי־התאמה. הגנה רחבה זו אינה נובעת מן ההשקפה, שאפילו כאשר המשכיר פועל בתום לב, ראוי השוכר להגנה, אלא מן ההשקפה הכללית של המשפט העברי, שוויתור על זכות, כדי שיהיה לו תוקף, חייב להיות מוגדר. בוויתור סתמי ובלתי מוגדר, שבו השוכר אינו יודע על מה הוא מוותר, חסרה גמירת דעת, וממילא אין תוקף לוויתור.

יחד עם זה, נראה שיש במשפט העברי גם צד של קולה: אף שהמשכיר מודע לאי־התאמה במושכר, אינו חייב לגלות לשוכר את טיבה של אי־ההתאמה. די אם יודיע לו שערכו של המושכר עשוי להיות קטן מערכו של מושכר תקין, ובלבד שינקוב בסך מוגדר, כדי שהשוכר, אף שאינו יודע על מה הוא מוותר, ידע לפחות על כמה. אם השוכר מודע לכך, ומסכים בכל זאת לכרות את הסכם השכירות, אין לראות עוד את המשכיר כמי שחרג מחובת ההתאמה המוטלת עליו[5].

על פי החוק, המועד הקובע לשלילת תוקפה של תניית פטור בגין אי־התאמה או פגם הוא מועד כריתת החוזה. לעומת זאת, אם לא נודע למשכיר על אי־ההתאמה אלא מאוחר יותר, כגון בשעת מסירת המושכר, לא תישלל תוקפה של תניית הפטור, וזאת אף שהמשכיר יודע יפה בשעה שהוא מעמיד את המושכר לרשות השוכר, שהמושכר שלו לקוי. מסירה כזו יש בה משום חוסר תום לב (שהרי אילו היה מודיע לשוכר על אי־ההתאמה, השוכר היה יכול לחזור בו מן העסקה), ועל כן זמיר[6] מסתפק אם לא היה מן הראוי להרחיב את ההוראה

[4] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ו. ואולם, השווה: שו"ת הרי"ף, סימן קנג (בסופו). וצריך עיון.

[5] אמרנו שבזה המשפט העברי מקל יותר מהחוק. אולם ייתכן שגם על פי החוק, סוג כזה של תניית פטור תתפרש כהודעה מפורשת על קיומה של אי־התאמה, וממילא לא יראו במשכיר מי שנהג שלא בתום לב, וההתניה תקפה.

[6] ראה: זמיר, מכר, סעיף 328. הוא מציע לתקן את החוק ולקבוע שהסייג יחול גם אם ידע המוכר על הליקוי לפני המסירה, ולאו דווקא אם ידע עליו בעת כריתת החוזה. אולם בסעיף 331, הערה 39, הוא מסתפק: מאחר שהוראת החוק היא קוגנטית, יש אולי מקום לצמצם את שלילת תוקפה של תניית הפטור למקרה שבו ידע המוכר על אי־ההתאמה בשעת כריתת החוזה. לעומת זאת, אם אי־ההתאמה לא נולדה אלא לאחר

ולהחילה גם על מועד המסירה. מאחר שעל פי המשפט העברי, אין תוקף לתניית הפטור, אלא אם כן השוכר יודע בדיוק על מה, או על כמה, הוא מוותר, נראה שבעיה כזו של מסירה המושכר מתוך ניצול לרעה של תנאי ההסכם אינה קיימת.

פרק שלישי

שכירות פיננסית (ליסינג)[7]

שכירות פיננסית ידועה יותר בשמה האנגלי — "ליסינג". מדובר בעסקה משולשת, שבה משתתפים השוכר, המשכיר (חברת הליסינג) וספק הנכס (כגון יבואן או יצרן). השוכר מעוניין לרכוש את הנכס שהספק מציע למכירה, אולם מאחר שאין לו מקורות מימון הוא פונה לחברת הליסינג. החברה רוכשת את הנכס מהספק, ומשכירה אותו לשוכר. כך מתאפשר לשוכר להשיג את מבוקשו. מבחינה כלכלית, חברת הליסינג אינה אלא חברת מימון: היא מממנת את העסקה שבין הקונה (השוכר) לבין הספק. מבחינה משפטית יש כאן שתי עסקאות שונות: עסקת מכר (העסקה שבין הספק לחברת המימון), ועסקת שכירות (העסקה שבין חברת המימון לשוכר). מצב מיוחד זה יוצר בעיות שונות, בין השאר בתחום חובת ההתאמה. חברת הליסינג אינה קשורה למושכר כלל, והיא רק מממנת אותו עבור השוכר. החברה אינה מעוניינת לקבל על עצמה את החובות שמקבל על עצמו משכיר רגיל. משום כך, חוזי הליסינג קובעים תניות פטור, שבהן החברה מבקשת להשתחרר בין השאר מחובת ההתאמה, שהיא כידוע מן החובות הבסיסיות של כל משכיר.

מאחר שהחברה אינה קשורה למושכר כלל, היא אינה צריכה לדעת על קיום אי־התאמה, ומשום כך, מבחינת החוק, יש תוקף לתניית הפטור. הבעיה היא, שבמקרה של אי־התאמה, השוכר נותר לכאורה בלא סעד משפטי. מצד אחד, הוא אינו יכול לתבוע את חברת הליסינג, שכן הוא ויתר כלפיה על זכות ההתאמה; ומצד שני, אין יריבות חוזית בינו לבין הספק. לדעת לרנר[8], הפתרון הרצוי למצב זה אינו בשלילת תוקפה של תניית הפטור שחברת הליסינג מחתימה עליה את השוכר, אלא במתן אפשרות לשוכר לתבוע את הספק ישירות. דבר זה צריך להיעשות בדרך של חקיקה מיוחדת, שתסדיר חוזים מיוחדים אלה.

על פי המשפט העברי, תניית הפטור הגורפת שחברת הליסינג מחתימה עליה את השוכר אין לה כל תוקף (אלא אם כן צוין הסכום המסוים שעליו מוכן השוכר לוותר, דבר שאינו מעשי בסוג זה של עסקאות). יחד עם זה צריך לציין שאחריות החברה מצומצמת יותר מבמקרה של שכירות רגילה. כך עולה מדברי הרמב"ם[9]. הרמב"ם אינו עוסק בעסקת ליסינג, שלא הייתה מקובלת בזמנו, אלא בעסקת מכר על ידי סרסור, המשווק סחורה מן היצרן לצרכן: "היה המוכר סרסור, שלוקח מזה ומוכר לזה, ואינו משהה המקח עמו, ולא ידע במום זה — הרי

מכן, אולי יש מקום להבחין ולומר, שאין לשלול תוקפה של תניית פטור, שהוכנסה בשעתה לחוזה בתום לב.

7 על סוג זה של שכירות, ראה: לרנר, סעיפים 9־10, וכן סעיפים 92־94. וראה גם: ז' פרידמן, ליסינג (מקח אגב־שכירות) במשפט הישראלי, תל־אביב 1990.

8 לרנר, סעיף 94.

9 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יא.

הסרסור נשבע הסת, שלא ידע במום זה, ויפטר. מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו... הואיל ולא עשה, הוא — הלוקח — הפסיד על עצמו, וכן כל כיוצא בזה". דברים אלה יחולו בוודאי גם על חברת הליסינג, מה עוד שבליסינג, שלא כבסרסור, המושכר אינו נמצא בשום שלב בהחזקת החברה. אשר על כן, בניגוד למקרה רגיל, חובת בדיקת המושכר מוטלת כאן על השוכר, ואם התרשל בבדיקתו, אין לו להלין אלא על עצמו.

בדק השוכר את המושכר, ובשעת הבדיקה לא ניתן היה לגלות את אי־ההתאמה, על פי החוק, חברת הליסינג פטורה בהתאם לתניית הפטור שבהסכם; ואילו לפי המשפט העברי, מאחר שאין כל תוקף לתנייה זו (זולת כאמור אם נאמר בה: "כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך, קיבלתי אותו"), ומאחר שמתברר למפרע, שבשעת ביצוע העסקה היה במושכר פגם שלא ניתן היה לגלותו, תעמוד לשוכר עילת מקח טעות כנגד חברת הליסינג[10]. חברת הליסינג מצדה תוכל לתבוע את הספק בגין אי־התאמה במכר.

ועוד צריך עיון בכל זה, ואולי גם במשפט העברי היה מקום לתקן תקנות מיוחדות להסדיר סוג זה של עסקאות.

פרק חמישי

סיכום

מאחר שלפי המשפט העברי, "המוחל צריך לידע הדבר שימחול לו בו, ויפרש אותו", נראה שיש לנסח את הסעיף שלפנינו בדרך זו:

העלמה של אי־התאמה או פגם

8. הסכים השוכר לוותר על חובת ההתאמה, בין שהסכים לכך בשעת כריתת החוזה ובין שהסכים לכך לאחר מכן, אין תוקף לוויתור, אלא אם כן ידע השוכר את אופי אי־ההתאמה, או שידע את ערכה.

[10] ראה: רמ"א, חו"מ, סימן רלב, סעיף יח. וראה: ביאור הגר"א, שם, ס"ק כז, שגם הרמב"ם יסכים לזה. והשווה: אבן האזל, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה יא. וראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק כח, סעיף ה, מקורות וביאורים, שם.

סעיף 9

תרופות בשל אי־תיקון

תרופות בשל אי־תיקון

9. (א) לא תיקן המשכיר את הפגם תוך זמן סביר לאחר שקיבל על כך דרישה מאת השוכר, רשאי השוכר —

(1) לתקן את הפגם ולדרוש מהמשכיר החזרת הוצאותיו הסבירות;

(2) להפחית את דמי השכירות, כל עוד לא תוקן הפגם, לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם לעומת שוויה לפי החוזה.

(ב) רצה השוכר לתקן את הפגם, עליו להודיע על כך בכתב למשכיר זמן סביר מראש.

(ג) פגם שתיקונו דחוף עד שאין לדרוש מן השוכר שימתין לתיקונו בידי המשכיר, רשאי השוכר לתקנו כאמור בסעיף קטן (א)(1) בלי דרישה לפי סעיף 7(א) או הודעה לפי סעיף קטן (ב).

התוכן

פרק ראשון: מבוא 163

פרק שני: תיקון עצמי — "רשאי השוכר — לתקן את הפגם" 163

א. היסוד המשפטי לתיקון עצמי 163

ב. חובת מתן הודעה לפני ביצוע תיקון עצמי — "עליו להודיע" 166

פרק שלישי: הפחתת דמי השכירות — "רשאי השוכר — ... להפחית את דמי השכירות" 168

פרק רביעי: תרופות נוספות 170

א. אכיפה 170

ב. ביטול 170

ג. פיצויים 171

פרק חמישי: סיכום 172

פרק ראשון

מבוא

סעיף 7 לחוק השכירות קובע את חובתו של המשכיר לתקן פגם במושכר "תוך זמן סביר לאחר שקיבל דרישה לכך מאת השוכר". סעיף 9 קובע אלו תרופות עומדות לרשות השוכר, אם לא תיקן המשכיר "את הפגם תוך זמן סביר לאחר שקיבל על כך דרישה מאת השוכר". בעיקרון, חוק השכירות מעמיד לרשות השוכר שתי תרופות: תיקון עצמי על חשבון המשכיר (סעיף 9(א)(1)); והפחתת דמי השכירות (סעיף 9(א)(2)).

יש לציין שתרופות אלו באות בנוסף לתרופות האכיפה, הביטול והפיצויים, העומדות לרשות השוכר מכוח דיני החוזים הכלליים[1]. תרופת הניכוי קיימת גם בחוק המכר, במקרה של הפרת חובת ההתאמה[2], ואילו תרופת התיקון העצמי אינה מופיעה בחוק המכר. להלן נעיר דברים אחדים על היחס בין הוראות חוק המכר וחוק השכירות וכן על היחס בין תרופות אלה לבין תרופת הפיצויים, העומדת לרשות השוכר מכוח דיני החוזים הכלליים.

תיקון עצמי טעון הודעה בכתב למשכיר זמן סביר מראש (סעיף 9(ב)), זולת אם מדובר בפגם שתיקונו אינו סובל דיחוי, שם פטור השוכר אפילו מדרישת התיקון לפי סעיף 7(א) (סעיף 9(ג)). הפחתת דמי השכירות אינה טעונה הודעה בכתב.

בדיוננו על התרופות שמעמיד המשפט העברי בשל אי־תיקון המושכר, נדון תחילה בתרופות שבהן עוסק הסעיף במפורש (תיקון עצמי והפחתת דמי השכירות). לאחר מכן נבחן באיזו מידה עומדות לרשות השוכר התרופות שעוסק בהן חוק החוזים הכללי (אכיפה, ביטול ופיצויים).

פרק שני

תיקון עצמי – "רשאי השוכר – לתקן את הפגם"

א. היסוד המשפטי לתיקון עצמי

לדעת לרנר[3], סעד זה של תיקון עצמי על חשבון המשכיר אין לו אח ורע בדיני החוזים,

[1] ראה: סעיף 23 לחוק. לשאלת היחס בין התרופות השונות, ראה: לרנר, סעיף 239; שם, סעיף 228, הערה 3. וראה עוד להלן.

[2] חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 28: "הפר המוכר חיוב כאמור בסעיף 11 [סעיף אי־ההתאמה], ולא תיקן את הדבר תוך זמן סביר אחרי שהקונה נתן לו הודעה על כך, ואין הקונה רוצה לתבוע את ביצוע החוזה או לחזור בו ממנו, זכאי הוא לנכות מן המחיר את הסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי־ההתאמה לעומת שוויו לפי החוזה".

[3] לרנר, סעיף 235.

ו"בהסכם מכר, דרך משל, קונה אינו רשאי לתקן ממכר פגום על חשבונו של המוכר"[4]. המחוקק חרג כאן מן הכלל, וצייד את השוכר במכשיר פשוט, יעיל, ומהיר, כנראה משום שהליכה בדרך המקובלת עלולה להיות לא יעילה: היא עשויה להימשך מעבר לתקופת השכירות, ופעמים שהעלות שלה גבוהה ביחס לדמי השכירות.

לא כן היא דעתו של זמיר[5]. הוא סבור, שאף על פי שאין על כך הוראה מפורשת בחוק המכר, גם במכר ההסדר החוקי הוא, שהקונה זכאי לתקן אי־התאמה בממכר ולדרוש השבת הוצאותיו הסבירות מהמוכר המפר. לדעתו, זכות זו נובעת מתרופת הפיצויים העומדת לרשותו של הצד המקיים כנגד הצד המפר. סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, קובע ש"הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או היה צריך לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". לדעת זמיר: "ניתן להניח, שבדרך כלל הוצאותיו של הנפגע לתיקון אי־ההתאמה כאמור תיחשבנה כנזק שהיה על המפר לראות מראש בעת הכריתה כתוצאה מסתברת של אי־ההתאמה"[6]. בחוק השכירות, מסביר זמיר, המצב שונה. כאן המחוקק היה חייב לקבוע במפורש את זכותו של השוכר לתיקון עצמי, ולא היה יכול להסתפק בהוראת הפיצויים הכללית. בשונה מהממכר, שהוא רכושו של הקונה, המושכר אינו רכושו של השוכר, ובעיקרון אסור לו לבצע בו שינויים, אלא עליו להשתמש במושכר בהתאם למוסכם בלבד (כאמור בסעיף 16 לחוק), ותיקון עצמי אינו חלק מן ההסכם. סעיף 9(א)(1) מתיר אפוא לשוכר לבצע במושכר תיקונים, שאילולי ההיתר, אסור היה לו לבצעם[7]. יהיה הנימוק אשר יהיה, מוסכם בין המלומדים שתרופת התיקון העצמי כנגד משכיר המפר את חובת התיקון היא בגדר חידוש.

האם המשפט העברי מכיר באפשרות של תיקון עצמי על ידי השוכר כתרופה להפרת חובת התיקון מצדו של המשכיר? בדיוננו על סעיף 7 ראינו[8], שבשכירות בלתי מסוימת, מוסכם על הכול שחובה על המשכיר לתקן פגם המתגלה במושכר. לעומת זאת, כשמדובר בשכירות מסוימת, שאלת חובתו של המשכיר לתקן פגם במושכר שנויה במחלוקת. לכאורה לאותם פוסקים (ריטב"א ו"נימוקי יוסף") אשר אינם מכירים בחובת התיקון בשכירות מסוימת, אין מקום לדון בתרופה של תיקון עצמי, אלא במקרה של שכירות בלתי מסוימת[9]. לשאר הפוסקים (הרמב"ם, הרא"ש והמאירי), שאלת התיקון העצמי עולה בקשר לשני סוגי השכירות.

[4] לרנר, סעיף 229. נציין שאמנם נכון הוא שתרופת התיקון העצמי אינה מופיעה בחוק המכר, אולם אין זה נכון שלתרופה זו אין אח ורע בחוקי החוזים, שכן בחוק חוזה קבלנות, התשל"ד־1974, סעיף 4(א)(1), נקבעה הוראה זהה לגמרי להוראת סעיף 9 לחוק השכירות: "לא תיקן הקבלן את הפגם תוך זמן סביר לאחר שהמזמין עשה כאמור בסעיף 3(א) [כלומר הודיע לקבלן על הפגם], רשאי המזמין — לתקן את הפגם ולדרוש מהקבלן החזרת הוצאותיו הסבירות".

[5] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 342.

[6] לדעתו, עמדה זו מתחזקת לאור סעיף 14(ב) לחוק התרופות, לפיו: "הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו...".

[7] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 343, מודה שבחוק חוזה קבלנות (לעיל, הערה 4), לא היה צורך בהוראה מפורשת כזאת, שכן שם, שלא כבשכירות, המזמין אינו מנוע מלבצע שינויים בנכס המוזמן. אלא ש"ככל הנראה, מקורה של פיסקה זו בהעתקה מסעיף 9 לחוק השכירות, מבלי שניתנה הדעת להיעדר הצורך בה כשמדובר בקבלנות".

[8] שם, פרק שני, א, עמ' 124.

[9] אולם אף לפי פוסקים אלה, השוללים קיומה של חובת תיקון פגם המתגלה במושכר מסוים, ייתכן שאם

מדברי המאירי[10] נראה, שזכות התיקון העצמי היא זכות המובנת מאליה. על דברי המשנה, המפרטת את תיקוני הבית המוטלים על המשכיר, אומר המאירי: "וכן הדין בכל אלו, אם שכרו והיה הכל ראוי, ודר שם הרבה ונתקלקל, שהמשכיר חייב לו לתקנם. ואם תיקן השוכר מעצמו, מנכה לו מן השכירות"[11].

גם "נתיבות המשפט"[12] קובע כדבר פשוט: "כל שכן אם דמי השכירות ביד השוכר, שיכול השוכר לתקן מדמי שכירתו". מדברים אלה אין להסיק, שתנאי לתיקון עצמי הוא שהשוכר טרם שילם דמי שכירות. כוונת "נתיבות המשפט" היא, שזכות השוכר לתיקון המושכר אינה מצומצמת לשוכר שכבר העביר למשכיר את דמי השכירות, אלא ודאי זו גם זכותו של שוכר שטרם שילם, שכן "השכירות מבית זה משועבד לו"[13] לטובת התיקון, ואם כן לעניין זכות התיקון, אין משמעות לשאלה איפה נמצא הכסף. אמנם כאשר כבר שילם, יש להניח שהוא יהסס לתקן את הפגם בעצמו מפני החשש לקשיים בגביית החזר הוצאותיו מן המשכיר, אולם אין ספק שזו זכותו[14].

ביצע השוכר את התיקון על דעת עצמו (דבר שלכאורה אין המשכיר יכול להתנגד לו, שכן בתקופת השכירות המושכר קנוי בידי השוכר, אם כי עדיין צריך עיון), הוא יזכה להחזר הוצאותיו. הנימוק לכך הוא, שיש לראות את השוכר, המתקן פגם במושכר, כ"יורד לשדה חברו". דינו של היורד לשדה חברו הוא, שהמשביח שדהו של חברו (כגון שבנאה או נטעה) זכאי לפיצוי מבעל השדה. והשווה: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רח. סוגיה זו מוסדרת בחוק הישראלי במקומות אחדים, כגון: חוק המקרקעין התשכ"ט־1969, פרק ד (בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת), וחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979. לדיון בסוגיה זו על פי מקורות המשפט העברי, ראה: י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 37־50, ועמ' 163 ואילך.

ברם, לאור דבריו של בעל שו"ת חבצלת השרון (מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל; הובא לעיל, בדיוננו על סעיף 7, הערה 35, אות ב), הדן בעניין זה, יש להבחין בין תיקון שהוא הכרחי להמשך השימוש ובין תיקון שאינו הכרחי להמשך השימוש: אם התיקון הכרחי עד שבלעדיו השוכר אינו יכול להמשיך ולהשתמש במושכר, ומשום כך אילולי התיקון השוכר פטור מתשלום דמי השכירות (לדעת "נימוקי יוסף"), הרי השוכר שמתקן בעצמו את הפגם נחשב כמי שירד לשדה המשותפת ותיקנה, ולא זו בלבד שהוא זכאי להחזר הוצאותיו, אלא זכות זו תעמוד לו גם אם בתום השכירות התקלקל המושכר שוב, והמשכיר אינו נהנה מהתיקון. לעומת זאת, אם התיקון אינו הכרחי, שגם בלא התיקון השוכר יכול להמשיך ולהשתמש במושכר הפגום בדוחק, מאחר שבכגון זה המשכיר זכאי למלוא דמי השכירות (וכן הדין לדעת הריטב"א גם במניעת שימוש), אף אם אינו מתקן את הפגם (להלן, בדיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ב, עמ' 207, נראה ששאלה זו שנויה במחלוקת), השוכר אינו נחשב כמי שיורד לשדה משותפת, אלא דינו כ"יורד לשדה חברו" רגיל. ואף שיש לטעון שהמשכיר נהנה מהתיקון שביצע השוכר במושכר, בכל זאת זכותו לקבלת החזר מאת המשכיר אינה מוסכמת על כל הפוסקים (ראה שם בתשובה עקרונות חשובים לעניין זה). על כל פנים ברור, שבמקרה כזה, אם התיקון שביצע בעצמו כבר אינו בשעה שהוא מחזיר את המושכר למשכיר, כגון שהמושכר התקלקל שוב, אין הוא זכאי לפיצוי כלשהו.

10 בית הבחירה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה אמר המאירי המשכיר בית לחבירו; הובא לעיל, בדיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 26.

11 לכאורה עולה מדבריו, שזכותו של השוכר לעשות את התיקון בעצמו אינה דווקא כשהפר המשכיר את חובתו, וכן עולה לכאורה גם מדברי "נתיבות המשפט" המובאים להלן. אולם בהמשך נראה שאין הכרח לדייק כך מדבריהם, ותחילה על השוכר לפנות אל המשכיר בבקשה שיבצע בעצמו את התיקון, ורק משסירב הלה, יוכל השוכר לתקן את הפגם בעצמו.

12 נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יא.

13 נתיבות המשפט, שם.

14 יש לציין, שמתשובת הראנ"ח, סימן לח, היה מקום להסיק ששאלת התיקון העצמי היא שאלה ששנויה

ב. חובת מתן הודעה לפני ביצוע תיקון עצמי — "עליו להודיע"

על פי ס"ק (ב), השוכר אינו רשאי לבצע תיקון עצמי, אלא אם כן דרש תחילה מאת המשכיר,

במחלוקת (תשובה זו הוזכרה בדיוננו על סעיף 7, הערה 30). אולם תשובה זו זכתה לביקורת חריפה מבעל שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סח (קח ע"א־ע"ד), ומאחר שנימוקיו משכנעים, אין אנו מביאים את הדברים אלא בהערה.

תשובת הראנ"ח מורכבת משלושה חלקים: תחילה, הרצאת דברי תשובתו של ר' מנחם אגוזי; לאחר מכן, דעתו החולקת של ראנ"ח עצמו; ולבסוף, הכרעתו של ר' יעקב באסן. להלן סיכום התשובה והביקורת על הדעות שהובעו בה:

לפני הראנ"ח הובאה שאלה, שהעובדות הנוגעות לענייננו היו כדלקמן: חנות הושכרה לתקופה קצובה, ובאמצע התקופה נשרף חלקה הקדמי של החנות. אף שהמשכיר הציע לשוכר לתקן את הנזק, סירב הלה לתת לו את מפתחות החנות, כשהוא אומר: "אנחנו נתקנה בחפצנו כראוי לך, ואנו ממתינים שעת הכושר שנפנה מדברי ריבותינו שיש לנו עם אנשים מה, ונתקנה". אולם, למעשה לא תיקן השוכר את המושכר. בתום תקופת השכירות תובע המשכיר את דמי השכירות המלאים גם עבור התקופה שלאחר השרפה, ואילו השוכר, מצדו, טוען שאי־אפשר לחייבו לשלם דמי שכירות בעד חנות פגומה.

ראנ"ח פוסק לטובת השוכר, והרי נימוקו: "חיוב [תשלום דמי] השכירות אינו [קיים] אלא כל זמן שהבית בתקונו, וכל שחסר ממנו תקון שהמשכיר חייב לתקן, אין שם חיוב שכירות, וכאילו אינו בשכירות אצלו. ומעתה, העכבה שעכבו השוכרים אינו אלא גרמא בעלמא, שגרמו למשכירים הפסד הנאת השכירות, והם פטורים". לדעת ראנ"ח, חובת התיקון אינה אלא תנאי לקבלת דמי השכירות, ואינה זכות שהשוכר רשאי לאכוף אותה על המשכיר (למסקנה זו הוא מגיע מתוך ניתוח שיטת הרמ"ה בדין דלית ופרסק, בבא מציעא קטז ע"ב; ראה דיוננו לעיל, סעיף 7, ליד ציון הערה 59). נמצא שהשוכר אינו רשאי לתקן את הפגם על חשבון המשכיר בלא הסכמתו, וממילא אם הוא מונע את ביצוע התיקון על ידי המשכיר, אין זה אלא בגדר גרמא בעלמא, ואינו חייב לשלם דמי שכירות מלאים עבור תקופת הפגם (לדעתו, מניעת התיקון אינה צריכה להתפרש כוויתור על דרישת התיקון. ראה שם ההסבר לכך). בשו"ת חקרי לב דוחה דברים אלו של ראנ"ח: טענתו העיקרית היא, ששאלת חובת תיקון מושכר פגום שנויה במחלוקת, ונאמרו בה שתי דעות בלבד: לדעת הרא"ש, יש חובת תיקון, וממילא היא גם ניתנת לאכיפה; ולדעת הריטב"א, אין חובת תיקון (במושכר מסוים), וממילא אין השוכר נפטר מחובת תשלום דמי השכירות. דעה שלישית, כמו זו שמעלה ראנ"ח, שאין חובת התיקון בת אכיפה, אך מצד שני, אם המשכיר אינו מתקן, אינו זכאי לקבלת דמי השכירות — שיטה כזו, אומר בעל "חקרי לב", לא מצאנו אצל הראשונים (אמנם בדיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 17, ראינו שיש מי שמפרש את חובת התיקון כתנאי לתשלום, אולם הדברים שם אמורים בשכירות בלתי מסוימת, אך בשכירות מסוימת לא מצאנו שיטה כזו). בנוסף לזה, מעיר בעל "חקרי לב", כי בתשובה זו מתעלם הראנ"ח כליל משיטת הרא"ש, בעוד שבסימן ה לתשובותיו, הוא סומך לחלוטין על שיטת הרא"ש, ודבריו סותרים אלו את אלו.

באותה תשובה מובאת דעתו החולקת של ר' מנחם אגוזי. לדעתו, הדין עם המשכיר: "נתקלקל חלק ממנו [מן החנות], על השוכרים היה לתקנה ולשוב ולגבות מהמשכירים כל מה שפזרו; כל שכן וקל וחומר באם המשכירים הם היו רוצים לתקנה, והשוכרים היו מעכבים". לכאורה נראה שדעתו של ר' מנחם אגוזי שונה מזו של ראנ"ח, שלדעתו חובת תיקון המושכר ניתנת לאכיפה. אשר על כן, אם המשכיר עצמו אינו מתקן את הפגם, זכותו של השוכר לבצע את התיקון ולנכות את הוצאותיו מדמי השכירות. אולם בעל "חקרי לב" מעיר בין השאר, שיש סתירה פנימית בדברי ר' מנחם אגוזי, שכן הוא סומך את הפסק שלו על שיטת הרמ"ה בדין "דלית ופרסק" (בבא מציעא קטז ע"ב; ראה דיוננו לעיל, סעיף 7, ליד ציון הערה 59), שם פוסק הרמ"ה שהשוכר אינו יכול לאכוף על המשכיר את החזרת הפרסק שנעקר ממקומו, אם כי המשכיר אינו רשאי למנוע מן השוכר לעשות זאת בעצמו. טוען בעל "חקרי לב": אם לאחר מכן השוכר יכול לתבוע מאת המשכיר את הוצאותיו, כפי שטוען ר' מנחם אגוזי, "הרי אתה מחייבו [את המשכיר] שיוציא הוצאות מביתו, דמה לי על ידו מה לי על ידי שוכר?".

לסיכום, תשובה זו מגומגמת וקשה להסיק ממנה מסקנות, ולכן לא הבאנו אותה בפנים.

שיבצע את התיקון (כאמור בסעיף 7(א)), ומשלא נענה הודיע לו בכתב שהוא עומד לבצע את התיקון בעצמו. יוצא מכלל זה הוא המקרה שתיקון הפגם אינו סובל דיחוי, שבו מתיר ס"ק (ג) את התיקון העצמי אפילו בלא דרישה לתיקון.

הצורך בפנייה אל המשכיר, שיתקן את המושכר, מובן מאליו, שכן אם המשכיר לא נדרש לתקן את הפגם ואין צריך לומר אם אינו יודע על קיומו כלל, כיצד ייחשב לו אי־התיקון להפרה? זאת ועוד, מן הדין לתת הזדמנות למשכיר לבדוק שאכן נפגם המושכר, לברר מהי עלות התיקון ולבצע את התיקון בעצמו, כפי שנוח לו. יחד עם זאת, לא ברור מדוע דורש החוק שתי התראות למשכיר (בלשון החוק: דרישה והודעה), לפני שהוא מתיר לשוכר לבצע תיקון עצמי. לדעת לרנר[15], הסיבה לכך היא, שעל ידי שיגור הודעה בכתב, השוכר מעמיד את המשכיר על רצינות כוונותיו ועל נחישותו לסלק את הפגם בדרך של תיקון עצמי (ושמא לפי זה, ההודעה על הכוונה לבצע תיקון עצמי יכולה להינתן יחד עם הדרישה לתיקון).

לשאלה אם לפני שיתקן בעצמו, חייב השוכר להודיע למשכיר על כוונתו לבצע את התיקון, לא מצאנו מקורות מפורשים במשפט העברי. מדברי המאירי ו"נתיבות המשפט", שהבאנו לעיל[16], אפשר היה להסיק לכאורה, שלא זו בלבד שהשוכר אינו חייב להודיע על כוונתו לבצע תיקון עצמי, אלא שגם אינו חייב לשגר אל המשכיר דרישת תיקון לפני כן. אולם מסקנה זו אינה מסתברת: תיקון עצמי הוא כעין מימוש של ביטחונות כנגד חייב שאינו מקיים את חיובו, אך ברור שאין לממש את הביטחונות בטרם ניתנה לחייב הזדמנות למלא את חיובו[17]. יחד עם זה, לא נראה שיש יסוד להתראה כפולה (דרישה והודעה), כפי שהיא נדרשת על פי החוק.

כשתיקון הפגם דחוף, עד שאין לדרוש מן השוכר שימתין לתיקונו בידי המשכיר, ס"ק (ג) פוטר את השוכר אפילו מדרישת תיקון. נראה שהמשפט העברי יסכים להוראה זו, אם כי לא מצאנו לכך מקורות מפורשים.

נעבור עתה לדון באפשרות של הפחתת דמי השכירות כתרופה בשל אי־תיקון המושכר.

[15] לרנר, סעיף 230. הצורך להעמיד את המשכיר על רצינות כוונותיו של השוכר קשור לתפישתו של לרנר, הרואה בתרופת התיקון העצמי תרופה "שאין לה אח ורע בדיני החוזים" (השווה לעיל, ליד ציון הערה 3). השווה דבריו על תרופת ההפחתה מדמי השכירות, סעיף 235 (הובאו להלן, הערה 18).

[16] ליד ציון הערה 10 וליד ציון הערה 12.

[17] והשווה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף א: "אמר לו חמור סתם [ומת החמור], חייב להעמיד לו בהמה אחרת. ואם לא העמיד, יש לשוכר למכור הבהמה וליקח בהמה אחרת" (על זכותו של השוכר למכור את שארית המושכר, ראה דיוננו להלן, סעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210). רמז נוסף לכך שהשוכר חייב לדרוש תיקון לפני שיוכל לנקוט באמצעים כנגד המשכיר, אפשר למצוא בתשובת הראנ"ח, סימן ה, בקשר לשוכר חנות, שנשרפה חנותו. ראנ"ח פוסק שהמשכיר אינו חייב להאריך את תקופת השכירות בהתאם לזמן שנדרש לתקן את החנות, והוא מסיים: "כל שכן אם שמעון [השוכר] לא דבר מאומה, ולא בקש מיורשי ראובן [המשכיר] שימהרו להחזיר לו החנות לאיתנו" (יש לציין ששם הדיון אינו בשאלת התיקון העצמי). לרמז נוסף, ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סח (קי ע"ד), שקובע שאין הפחתת דמי שכירות, אלא אם התרשל המשכיר בתיקון. אם לא דרש השוכר מן המשכיר שיתקן, המשכיר אינו יכול להיחשב רשלן, וממילא השוכר אינו זכאי להפחית מדמי השכירות (גם כאן, אין המשיב עוסק בתרופת התיקון העצמי). מתוך היקש למקורות האלה, אפשר ללמוד שהוא הדין בנוגע לתיקון העצמי.

פרק שלישי

הפחתת דמי השכירות – "רשאי השוכר – ... להפחית את דמי השכירות"

תרופה אחרת שהעמיד המחוקק לרשות השוכר, כשהמשכיר אינו מתקן את הפגם שהתגלה במושכר היא, "להפחית את דמי השכירות, כל עוד לא תוקן הפגם, לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם לעומת שוויה לפי החוזה". כאמור לעיל, למימושה של תרופה זו מסתפק המחוקק בדרישת התיקון הקבועה בסעיף 7(א), ואין צורך גם בהודעה בכתב[18].

לדעת לרנר[19], תרופה זו היא בעלת אופי זמני, ומטרתה ללחוץ על המשכיר שיבצע את החיוב המוטל עליו. לדעתנו, אין לקבל גישה זו. פירוש נכון של כוונת החוק הוא, שמאחר שדמי השכירות הם התמורה שמשלם השוכר בעד התועלת שהוא מפיק מן המושכר, הרי שמן הדין שכאשר נמנעת מן השוכר חלק מן התועלת, ייפטר מחובת התשלום בשיעור ירידת ערך השכירות. כוונת המחוקק לא הייתה לצייד את השוכר באמצעי לחץ, אלא לעשות עמו צדק[20] (אם כי נכון הוא שהפחתת דמי השכירות עשויה לשכנע את המשכיר לבצע את התיקון).

לפי הריטב"א[21], ששולל את קיומה של חובת תיקון בשכירות מסוימת, אין כמובן להעלות על הדעת שהשוכר יהיה רשאי לנכות דבר מדמי השכירות. כבר ראינו[22] שעל פי גישתו, אין חובת תיקון משום ששכירות היא כמכר ליום, וכל הסיכונים רובצים על השוכר, עד כדי כך שאף אם המושכר יוצא לגמרי מכלל שימוש, ולא ניתן לתקן אותו, השוכר חייב בכל זאת להמשיך ולשלם את מלוא דמי השכירות. האופציה של הפחתת דמי השכירות, אינה עולה אפוא לפי דרכו, אלא בקשר לשכירות בעלת אופי חוזי, כגון בשכירות בלתי מסוימת[23].

ונראה שכך הוא גם לשיטת "נימוקי יוסף", ששולל גם הוא את קיומה של חובת תיקון במושכר מסוים[24]. אמנם, לדעתו, בניגוד לדעת הריטב"א, אם כתוצאה מהפגם המושכר יוצא מכלל שימוש, יש לפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות. אולם אם הפגם אינו מונע את המשך השימוש במושכר, אלא רק מכביד עליו, נראה שגם הוא לא יזכה את השוכר בניכוי מדמי השכירות[25], שהרי על המשכיר לא מוטלת חובת תיקון, שאפשר להאשימו בהפרתה.

לפי שאר הפוסקים[26], השאלה של הפחתת דמי השכירות עולה גם בקשר לשכירות מסוימת,

[18] לדעת לרנר, סעיף 235, הסיבה לכך היא ש"ההפחתה איננה תרופה דרסטית", השווה לעיל, הערה 15.

[19] לרנר, סעיף 236.

[20] לדברינו כאן, השווה גם דיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, א, עמ' 205.

[21] חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה גמרא המשכיר חייב להעמיד, בשם רבו (הרא"ה).

[22] ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 6, וראה שם, הערה 9.

[23] השאלה של הפחתת דמי השכירות יכולה עוד לעלות, אפילו בשכירות מסוימת, בקשר להפרעה לשימוש שנגרמה על ידי המשכיר עצמו (ראה דיוננו על סעיף 11, פרק שלישי, עמ' 235), אולם אין זה נוגע לענייננו כאן.

[24] ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 7, וראה שם, הערה 9.

[25] זאת בהנחה שבעניין הכבדה על השימוש, הוא פוסק כמו הרמב"ם (לדעת הרמב"ם בעניין זה, ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 134). כך הניח בעל שו"ת חבצלת השרון, ראה דיוננו על סעיף 7, הערה 35, אות ב. אם כי השווה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (מח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה הרי שלך לפניך, שם הביא את דעתם של הראב"ד והרשב"א, ולפיה הכבדה על השימוש היא עילה להפחתת דמי השכירות (ראה להלן). אולם אין זה מוכח שהוא מזדהה עם דעתם.

[26] ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 20 ואילך.

שבה לדעתם קיימת גם כן חובת תיקון. ככלל, ניתן לומר, שכאשר מוטלת על המשכיר חובת תיקון, הרי שהפרת החובה מזכה את השוכר בהפחתת דמי השכירות. להלן נבסס קביעה זו:

ראשית, לפי פוסקים אחדים, הפחתת דמי השכירות אינה קשורה דווקא בהפרת חובת התיקון מצד המשכיר, אלא היא מתחייבת מן העובדה שנשלל מהשוכר חלק מהנאת המושכר. כפי שנראה להלן[27], לדעת פוסקים אלה[28], מושכר שהתהווה בו פגם שאינו ניתן לתיקון, אף שניתן להמשיך ולהשתמש בו למטרת השכירות, אין השוכר חייב לשלם עבורו דמי שכירות מלאים, והוא רשאי להפחית את דמי השכירות בהתאם לירידת ערכו של המושכר. מאחר שדברים אלה אמורים בפגם שאינו ניתן לתיקון, הרי מוכח שהפחתת דמי השכירות אינה אמצעי לחץ על המשכיר, אלא היא מתחייבת מאופייה המשפטי של השכירות כעסקה שבה אין השוכר צריך לשלם מעבר לערך השימוש במושכר העומד לרשותו[29]. אם כך הדין במושכר שאינו ניתן לתיקון, קל וחומר שכך יהיה הדין אם המשכיר חייב לתקן את הפגם, ואף יכול, והוא אינו עושה זאת. וכך אמנם קובע בעל שו"ת חקרי לב[30]: "אבל כשנתרשל [המשכיר בתיקון המושכר], [השוכר] אינו פורע, דמצי אמר [=שיכול לומר]: אם היית רוצה בשכירות, למה לא תקנת?"[31].

אמנם יש לציין, שפוסקים אחרים[32] סבורים, שכאשר הפגם אינו ניתן לתיקון, אם ניתן, למרות הפגם, להשלים את מטרת השכירות, השוכר חייב להמשיך לשלם דמי שכירות מלאים, גם אם התועלת שהוא מפיק מהמושכר אינה זו שציפה לה בשעת כריתת חוזה השכירות. אולם ייתכן שדברים אלה אינם אמורים אלא כשהמשכיר אינו מפר את חובת התיקון המוטלת עליו, אבל במקרה של הפרת חובת התיקון, אולי יסכימו גם הם, שהשוכר רשאי להפחית את דמי השכירות כל עוד הפגם אינו מתוקן[33].

[27] בדיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ב, עמ' 207.

[28] כך היא שיטת רש"י (ראה דיוננו להלן, סעיף 10, ליד ציון הערה 127 ואילך); הראב"ד והרשב"א (ראה דיוננו להלן, סעיף 10, הערה 130). וראה דיוננו להלן, סעיף 10, הערה 141, שלפי שיטת "נתיבות המשפט", יש אולי מקום לומר שגם הרמב"ם יסכים לכך.

[29] אם כזכות קניינית, שמוסכם בין הצדדים שהתשלום יהיה בהתאם להנאה אשר תעמוד לרשות השוכר; ואם כזכות חוזית, שבה המשכיר התחייב לספק לשוכר הנאה מהמושכר תמורת תשלום, ועל כן ככל שפוחתת הנאתו מהמושכר, כך פוחתת חובת התשלום. על מהותם של דמי השכירות, ראה דיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, עמ' 24. וראה גם דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 214 ואילך.

[30] שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סח (קי ע"ד).

[31] אמנם, יש לציין, ש"חקרי לב" לא דיבר, כפי שעושה זאת החוק, על "הפחתת דמי השכירות... לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם", אלא על אי־תשלום דמי שכירות. אולם הסיבה לכך היא, כנראה, משום שהוא מדבר על מקרה שבו המושכר ניתן אמנם לתיקון, אלא שכל עוד לא תוקן, לא ניתן להפיק ממנו כל תועלת. על פי הגיונו של בעל "חקרי לב", ניתן להניח, שאם כתוצאה מן הפגם לא נמנע השימוש במושכר כליל, אלא ששווי השימוש פחת, יוכל השוכר, כפי שיטת המחוקק הישראלי, להפחית מדמי השכירות בהתאם. ואולי כוונת "חקרי לב" היא, שמאחר שהמשכיר מפר את חיובו (ואין זה מתוך אונס), זכאי השוכר לא רק להפחית מדמי השכירות, אלא אפילו לעכב כל תשלום עד שימלא המשכיר את חיובו. והשווה: לרנר, סעיף 238, הדן באפשרות של דחיית מועד התשלום של דמי השכירות (להבדיל מהפחתה), כתרופה לאי־תיקון המושכר, תרופה המקובלת בארצות־הברית.

[32] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, לפי הבנת מגיד משנה, ד"ה וחייב ליתן לו שכרו משלם (מובא בבאר הגולה, חו"מ, סימן שי, ס"ק ז). וראה סעיף 10, ליד ציון הערה 134.

[33] הפחתת דמי השכירות אינה מקובלת, לכאורה, על דעתו של המאירי (בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה השוכר את הבהמה. ראה סעיף 10, ליד ציון הערה 131). לדעת המאירי, כאשר נפגם המושכר, והוא

פרק רביעי

תרופות נוספות

כאמור במבוא, התרופות שראינו לעיל הן בנוסף לתרופות המקובלות, העומדות לרשות השוכר מכוח חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל״א־1970. תרופות אלה הן: ביטול החוזה (בתנאי שאי־תיקון הפגם מהווה הפרה יסודית של הסכם השכירות), אכיפה ופיצויים. להלן אנו מבקשים לברר את עמדתו של המשפט העברי ביחס לכל אחת מן התרופות האלה.

א. אכיפה

הזכרנו כבר פעמים אחדות, שישנה מחלוקת בין הפוסקים באשר להיקף חובת התיקון, כאשר חלקם אינם מכירים בחובת תיקון אלא בשכירות בלתי מסוימת. נראה שהשאלה אם חובת התיקון של מושכר בלתי מסוים ניתנת לאכיפה, שנויה אף היא במחלוקת. חלק מן הראשונים רואים בה חובה בת אכיפה, ואילו חלק אחר אינו רואה בה אלא תנאי לתשלום דמי השכירות, כלומר, אם המשכיר אינו ממלא אחר חיובו, השוכר פטור מתשלום דמי השכירות כליל (ולא רק בהתאם לירידת ערך הנאתו מן המושכר)[34]. לעומת זאת, מי שמכיר בחובת תיקון של מושכר מסוים, סבור כנראה שאין כאן תנאי לתשלום בלבד אלא החובה היא בת אכיפה[35].

ב. ביטול

האם השוכר רשאי לבטל את חוזה השכירות, כתרופה לאי־תיקון פגם שהתגלה במושכר? אם

אינו ניתן לתיקון, גם אם ניתן בדוחק להשלים בו את מטרת השכירות, רשאי השוכר לבטל את החוזה. אם השוכר אינו מבטל את החוזה, וממשיך להשתמש במושכר למרות הפגם, הוא יחויב בתשלום דמי שכירות מלאים. במילים אחרות, לדעת המאירי, אם השוכר אינו רוצה לשלם את מלוא דמי השכירות, עליו לבטל את חוזה השכירות (בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 103, נראה שכך היא גם דעת שו״ת מהר״ם מפאדווה, סימן לט. וראה גם דיוננו על סעיף 6, הערה 75). אולם אף לפי שיטה זו, שאלה היא אם כך הוא הדין גם בפגם שחובה על המשכיר לתקנו, והוא מפר את חובתו. השווה לעיל, הערה 31. והשווה: שו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן קיט.

[34] לפי הרשב״א והרא״ש חובת התיקון היא חובה בת אכיפה, שכן אפילו במושכר סתם הם מפרשים את חיובו של המשכיר להעמיד מושכר חלופי כחובה בת אכיפה (ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 180). לפי הריטב״א, חובת התיקון במושכר בלתי מסוים אינה בת אכיפה, אלא היא רק תנאי לתשלום (ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 17). מפשטות לשונם של השולחן ערוך והרמ״א, חו״מ, סימן שיב, סעיף יז; וסימן שיד, סעיף א, נראה לכאורה, שחובת התיקון היא בת אכיפה. זאת בניגוד לדעת הראנ״ח, סימן לח, שעל דבריו הרחבנו את הדיבור לעיל, הערה 14, ולפיהם חובת התיקון אינה אלא תנאי לקבלת דמי השכירות, אך אין היא ניתנת לאכיפה. נוסיף, שבדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 172, ראינו ששיטת הרמב״ן, ואחרים ההולכים בעקבותיו היא, שבשכירות סתם, חובת המשכיר להעמיד מושכר חלופי לרשות השוכר, במקרה של הרס המושכר המקורי, אינה חובה בת אכיפה, אלא רק תנאי לקבלת דמי השכירות. אולם כאשר המושכר קיים, ולא נהרס, אלא רק נפגם, והוא עומד לתיקון, ייתכן שגם הרמב״ן מסכים שאפשר לאכוף על המשכיר את התיקון, שכן אין כאן מקום לטענה ״במאי קני דלחייב ליה״; המושכר הוא אובייקט הקניין (כלומר ההתחייבות), והוא קיים, ואם כן ״בו קני לחייב ליה לתקנו״. אם כי, השווה, בדעת הרמב״ן, את דברי חזון איש, חו״מ, ליקוטים, סימן טו, ס״ק א.

[35] ראה: שו״ת חקרי לב, חו״מ, חלק שני, סימן סח (קח ע״א־ע״ד).

כי נראה שהשוכר אינו יכול לבטל את החוזה לפני שדרש מהשוכר לתקן את הפגם, ולא נענה[36], הרי משדרש את התיקון, ולא נענה, בוודאי השוכר יהיה רשאי לבטל את השכירות, כלומר לסיים את השכירות בטרם זמנה וללא הודעת סיום. יסוד לקביעה זו אפשר למצוא בדבריו של המאירי[37], הקובע שגם כשהפגם אינו ניתן לתיקון, אם כתוצאה מהפגם, נגרמה הכבדה על השימוש במושכר, השוכר רשאי לבטל את החוזה. לענייננו נלמד בדרך קל וחומר, שכך הדין אם הפגם ניתן לתיקון, והמשכיר מסרב לתקנו. אמנם להלן[38] נראה, שלפי רש"י[39], אין השוכר רשאי לבטל את חוזה השכירות בגין הכבדה על השימוש במושכר, אולם דברי רש"י אמורים בפגם שאינו ניתן לתיקון, שבו אין המשכיר מפר כל חובה כלפי השוכר. אשר על כן, אין להסיק מדברי רש"י על זכויותיו של שוכר כאשר המשכיר מפר את חובת התיקון שלו כלפי השוכר.

ג. פיצויים

כבר הזכרנו לעיל, שחלק מן הפוסקים סבורים שבשכירות נכס בלתי מסוים, אם המשכיר אינו מעמיד נכס חלופי לרשות השוכר בהרס המושכר המקורי, הרי השוכר פטור כליל מתשלום דמי השכירות, וכן הוא כנראה גם באי תיקון המושכר שנפגם. פטור זה, הסברנו, הוא בחינת פיצויים מוסכמים מראש[40].

לאותם פוסקים הסבורים שחובת התיקון ניתנת לאכיפה (ואינה רק תנאי לתשלום)[41], אם נגרמו הפסדים לשוכר כתוצאה מאי תיקון המושכר, האם יוכל לתבוע פיצויים מן המשכיר? לכאורה תרופה זו אינה עומדת לרשות השוכר, שכן כלל גדול הוא, "גרמא בנזיקין — פטור". כך יהיה לדוגמה במקרה הבא: מכונת ייצור שהושכרה נפגמה, ומאחר שהמשכיר לא תיקן אותה, נאלץ השוכר לשכור מכונה חלופית במחיר גבוה יותר. על פי הכלל שהוזכר לעיל, השוכר לא יוכל לתבוע מן המשכיר פיצויים על ההפסד שנגרם לו. אולם קיימת גם גישה אחרת: עילת התביעה כלפי המשכיר אינה נובעת מדיני הנזיקין, אלא יסודה בהפרת חובה חוזית שהשוכר הסתמך עליה, ובכגון זה, על פי אותה גישה, לא חל הכלל, "גרמא בנזיקין — פטור". כך עולה מדברי הריטב"א[42] בעניין אחר: "הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה שסמיך עליה [=שסומך עליו], ונתן לו ממונו, משתעבד ליה מדין ערב"[43]. אמנם דעה זו של הריטב"א אינה מקובלת על כל הפוסקים[44].

[36] כך נראה לומר מסברה. כך הוא גם על פי החוק, שכן כל עוד לא דרש השוכר את תיקון המושכר, אין המשכיר נחשב למפר חוזה.

[37] בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה השוכר את הבהמה; ראה סעיף 10, ליד ציון הערה 131.

[38] ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 127 ואילך.

[39] רש"י, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הרי שלך לפניך.

[40] ראה על כך דיוננו לעיל, סעיף 1, כשדננו באופייה המשפטי של שכירות נכס בלתי מסוים.

[41] והוא הדין לאלה המכירים בחובת תיקון במושכר מסוים. ראה לעיל.

[42] חידושי הריטב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן.

[43] את דעתו של הריטב"א בעניין זה אנו מזכירים במקומות שונים בחיבור זה. ראה דיוננו לעיל, סעיף 6, הערה 101. ולהלן: סעיף 11, הערה 37, והערה 64; סעיף 12, הערה 21; סעיף 13, הערה 43; סעיף 19, הערה 18; סעיף 20, הערה 62.

[44] כך עולה לכאורה משיטת הר"י, המובאת שם בדברי הריטב"א. וכן ראה גם: חידושי הרשב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה משלם; רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן סט; מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל קמא, סימנים

פרק חמישי

סיכום

העולה מן המקובץ הוא, שהפרת חובת התיקון מצד המשכיר מזכה את השוכר בתרופות הבאות:

1. הוא זכאי לתקן את הפגם בעצמו על חשבון המשכיר, אם כי נראה שאסור לו לעשות כן לפני שדרש מן המשכיר לתקנו, ולא נענה. על פי המשפט העברי, אין יסוד להתנות את התיקון העצמי בהודעה בכתב למשכיר על הכוונה לבצע תיקון זה (כדרישת החוק), אם כי אין מניעה לקבוע את הדבר מכוח תקנה מיוחדת.

2. שאלת הפחתת דמי השכירות אינה נקייה מספקות, אולם נראה שלרוב הדעות, כשהמשכיר מפר את חובת התיקון המוטלת עליו, השוכר זכאי להפחית את דמי השכירות בהתאם לירידת הנאתו מהמושכר. יש דעות מרחיקות לכת יותר, הפוטרות את השוכר מתשלום לגמרי (כפיצויים המוסכמים מראש).

3. אכיפת התיקון על המשכיר שנויה במחלוקת הפוסקים. גם זכותו של השוכר לקבל פיצויים על נזקים עקיפים שנגרמו לו כתוצאה מאי־תיקון המושכר אינה נקייה מספקות. לעומת זאת, נראה שלכולי עלמא, השוכר רשאי לבטל את השכירות בגין אי־תיקון.

מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 9 מתאים לעקרונות המשפט העברי (אמנם אין במשפט העברי הוראות מקבילות להוראות סעיפים קטנים (ב) ו־(ג), בעניין הודעה בכתב על הכוונה לתיקון עצמי של המושכר, אולם אין מניעה לקבוע אותן מכוח תקנה מיוחדת).

קיד־קטו; חידושי הר״ן, בבא מציעא עג ע״ב, ד״ה משלם; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק חמישי (מד ע״א בדפי הרי״ף), ד״ה משלם ליה. כל אלו הסבירו שאין חובה לשלם פיצויים על נזק שנגרם מחמת הפרת הבטחה, אלא כשהפיצוי הובטח במפורש. אולם ראה: שו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קעח, שלדעתו ייתכן שכל הראשונים הנזכרים מסכימים עם הריטב״א (אם כי להלכה, הוא מהסס לקבוע זאת). וראה: נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח, שער חמישי, עמ׳ 148־150; י״ש קפלן, ״יסודות נזיקיים בדיני הערבות במשפט העברי״, שנתון המשפט העברי, כרך ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג) 359; א׳ ורהפטיג, ״התוקף המשפטי של הסתמכות על דיבור במשפט העברי״, מחקרי משפט ב (תשמ״ב) 45; ב׳ כהנא, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ״ב, סעיף 2, הערה 76, ומילואים, שם.

סעיף 10

פגם שאין לדרוש תיקונו

פגם שאין לדרוש תיקונו

10. היה הפגם תוצאה מנסיבות שבעת כריתת החוזה לא ידע עליהן המשכיר ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, ותיקון הפגם באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שהיה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים — לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון, לפיצויים או להחזרת הוצאות כאמור בסעיף 9(א)(1).

התוכן

פרק ראשון: מבוא 175

פרק שני: צמצום הזכות לאכיפת השכירות — "לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון" 177

א. התיקון אינו אפשרי — "תיקון הפגם... בלתי אפשרי" 178

ב. התיקון אינו סביר — "חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם" 178

פרק שלישי: עילות לאכיפה, אף שהתיקון בלתי אפשרי או בלתי סביר 179

א. אחריות המשכיר (היקף הפטור מהעמדת מושכר חלופי בשכירות מסוימת) 179

(1) פגם שהמשכיר ידע עליו מראש — "ידע עליהן המשכיר" 179

(2) פגם שהמשכיר יכול היה למנעו — "יכול היה למנען" 182

ב. שכירות בלתי מסוימת (היקף חובת העמדת מושכר חלופי בשכירות בלתי מסוימת) 183

(1) הגדרת פגם לעניין חובת ההחלפה 183

(א) מבוא 183

(ב) פגם המכביד על השימוש 183

(ג) פגם השולל השגת חלק ממטרות השכירות 185

(ד) ההבחנה בין פגם שניתן לתיקון ופגם שאינו ניתן לתיקון 186

(2) נסיבות אירוע הפגם 186

(א) מבוא 186

(ב) המקור התלמודי 187

(ג) מבחן קיום השימוש במושכר ולא מבחן נסיבות הפגם (רש"י) 189

(ד) מבחן קיום המושכר ולא מבחן נסיבות הפגם (הראב"ד והרשב"א) 190

(ה) מבחן "מזלך גרם" או מבחן נסיבות הפגם (רבנו חננאל) 192

(ו) מבחן אחריות המשכיר („דברי משפט", „תשורת ש"י") 199
(ז) הנפקות המעשית בין השיטות 200
(ח) סיכום 202
(3) פגם המסכל את מטרת השכירות 204

פרק רביעי: התרופות כשאין המשכיר חייב להעמיד מושכר חלופי 205
א. מבוא 205
ב. הפחתת דמי השכירות וביטול החוזה 207
ג. מכירת המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות 210

פרק חמישי: סיכום 218

פרק ראשון

מבוא

בסעיף 7 לחוק, דן המחוקק בפגם הניתן לתיקון, ואילו כאן, בסעיף 10, דן המחוקק בפגם שתיקונו הוא בלתי אפשרי או בלתי סביר. הסעיף אינו מפרט לאיזה סוג פגמים הוא מתכוון, אולם ניתן לשער שהכוונה למקרים כגון מכונית שכורה שיצאה מכלל שימוש בעקבות תאונה והוכרזה Total-loss או בית שהתמוטט[1].

הסעיף שלפנינו הוא העתק מילולי, בשינויים המחויבים, של סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א־1970, המסדיר את סוגיית הסיכול בחוזים. העיקרון הקבוע בחוק זה הוא, שאף שחוזה שסוכל נחשב מבחינה משפטית כחוזה שהופר, הרי הצד המקיים אינו זכאי לאכיפה או לפיצויים, והוא צריך להסתפק בביטול החוזה או בניכוי הפסדו ממחיר החוזה. בסעיף שלפנינו, שלילת הזכות לאכיפת החוזה הוגדרה כשלילת הזכות לדרוש את תיקונו של המושכר, הקבועה בסעיף 7[2]. מהי המשמעות המעשית של ההוראה? כאשר תיקון הפגם אפשרי למעשה, אולם אינו סביר בנסיבות העניין, משמעות ההוראה ברורה: השוכר לא יוכל לזכות בתיקונו של הפגם. ואילו כאשר תיקון המושכר הפגום אינו אפשרי כלל (כגון שאבד המושכר), משמעות ההוראה היא, שהשוכר לא יוכל לזכות בהחלפת המושכר הפגום במושכר תקין זהה, וזאת אף שעל פי סעיף 7(ב) החלפה היא דרך תיקון אפשרית[3]. בכל מקרה, השוכר לא יוכל לדרוש פיצויים על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהסיכול. לעומת זאת, השוכר יוכל לבטל את החוזה או להפחית את דמי השכירות ביחס לפחת שווי השכירות[4].

בדיון שלפנינו ננסה לבאר את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו. דיוננו לא יצטמצם למושכר שנפגם ותיקונו אינו סביר, או אינו אפשרי, אלא נכלול בדיון גם את כל המקרים של אבדן

[1] השווה: לרנר, סעיפים 190־191. לרנר מציין שהחוק אינו עוסק במפורש במקרה של אבדן המושכר. לדעתו, ההוראות הקרובות ביותר למצב זה מצויות, בסעיפים 7 ו־15 לחוק. לדעתנו, סעיף 10, המדבר על נסיבות בהן תיקון הפגם אינו אפשרי, עוסק כמעט במפורש במצב של אבדן המושכר, כגון בית שהתמוטט או מכונית שיצאה מכלל שימוש.

[2] ראה: לרנר, סעיף 222, הערה 54, המעיר שעדיף היה להשאיר את הנוסח המקורי של סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), שכן בניסוחו הנוכחי הסעיף גורם לסתירה פנימית בחוק: מחד גיסא, הוא אינו שולל מן השוכר את התרופה הקבועה בסעיף 9א(2), היינו הפחתת דמי שכירות (ראה להלן, הערה 4); אך מאידך גיסא, הוא שולל את הזכות לדרוש תיקון. והרי התנאי להפעלת סעיף 9א(2), הוא שהמשכיר לא נענה לדרישת התיקון. והשווה, זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 215. נעיר שכהצעתו של לרנר, נהג פרופ' ידין, בקובץ לדיני ממונות, המונח כיום לפני ועדת הקודיפיקציה, שבראשותו של השופט ברק. ראה שם, סעיף 222.

[3] השווה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 334, הערה 46.

[4] סעיף 10 שולל מהשוכר את התרופות הבאות: דרישת תיקון (כולל התרופה של החזר הוצאות במקרה של תיקון עצמי, הקבועה בסעיף 9(א)(1)) ופיצויים. הוא אינו שולל מהשוכר את הזכות להסתמך על סעיף 9(א)(2), היינו להפחית את דמי השכירות ביחס לפחת שווי השכירות. בשאלת הפחתת דמי השכירות, ראה להלן, פרק רביעי, א, עמ' 205.

המושכר לסוגיהם: הרס, החרמה, גנבה, וכדומה[5]? גולאק[6] כותב בהערת שוליים: "שאלה זו, בנדון המושכר שנתקלקל או נאבד באמצע זמן השכירות, היא אחת מהיותר מסובכות בתורת משפטנו. אנו מוצאים כאן הרבה דינים בודדים הסותרים ומפריכים זה את זה בכלליהם העיקריים. הדרך היחידי לסלק את כל הסתירות והנגודים הוא להגביל את ערך הדינים הבודדים, ולבארם בתור יוצאים מן הכלל העיקרי שהעמדנו בפנים ספרנו". הכלל שהעמיד בפנים ספרו[7] הוא: "נתקלקל או אבד החפץ המושכר באמצע זמן השכירות ואינו ראוי עוד לשמושו, מחשבין את דמי השכירות כנגד זמנה, ומשלם השוכר בעד הזמן שנשתמש, אם הביא לו שמוש זה תועלת, ומנכין לו את השכר בעד הזמן הנשאר. במה דברים אמורים? בשכירות חפץ ידוע. אבל בשכירות של חפץ סתם, אם אבד החפץ, חייב המשכיר להעמיד חפץ אחר במקום זה שאבד. אבל אם אבד החפץ מחמת מכת מדינה (vis major), נפטר המשכיר גם בשכירות סתם מלהעמיד חפץ אחר". כאמור, גולאק מודע לכך שהעיקרון המנחה שקבע אינו מתיישב עם מקורות אחרים. אולם לדעתו, "בחלוקים הללו יש חריפות מרובה, אבל קשה לבנות עליהם כללים יסודיים בדיני שכירות. ולכן נשמרו בתור יוצאים מן הכלל"[8].

לדעתנו, אין לקבל את דברי גולאק משלושה טעמים: ראשית, משום שגישתו קובעת באופן שרירותי את הכלל ואת היוצא מן הכלל; שנית, משום שהגדרת הלכה מסוימת כיוצאת מן הכלל מפני סתירה בינה לבין הלכה אחרת אינה בגדר פתרון הסתירה; שלישית, והיא העיקר, משום שבדיקה קפדנית של דברי הפוסקים מגלה, שהעיקרון שקבע גולאק, אף שהוא מפתה בפשטות שלו, הריהו לוקה בחסר וביתר[9]. להלן ננסה להראות שפרטי הדינים כולם עולים לכדי תפיסה משפטית אחת המתחייבת ממהותה של השכירות, אם כי נחלקו הדעות בדבר תוכנה של אותה מהות.

בדיוננו על סעיף 1[10] ראינו אמנם, שהמשפט העברי מבחין בין שכירות מסוימת (כגון: "בית זה") לשכירות בלתי מסוימת (כגון: "בית" סתם). ואף ציינו, שאחד ההבדלים בין שני סוגי הסכמי שכירות אלה הוא בהרס המושכר. אם השכירות התייחסה לנכס מסוים, אין חובה להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. לעומת זאת, אם המשכיר לא ציין נכס מוגדר שעליו תחול השכירות, הרי שאם נהרס המושכר, המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר

[5] ראה לעיל, הערה 1. אמנם לשונו של הסעיף אינו הולם מצב של גנבת המושכר (או היעלמו בכל דרך אחרת). שאלה זו אינה נידונית במקום אחר בחוק השכירות, והיא בגדר לאקונה (אלא אם כן אפשר יהיה להכניסה למסגרת סעיף 15 לחוק, המדבר על שוכר שנמנע ממנו להשתמש במושכר "מחמת נסיבות הקשורות במושכר", אף שעיקר עניינו של סעיף 15 הוא בנכס מקרקעין. אולם סעיף 15 עוסק רק בשאלת התשלום).

[6] גולאק, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ"ב, ספר שני, עמ' 166, הערה 17.

[7] שם, עמ' 166.

[8] שם, סוף הערה 17.

[9] לביקורת על דרך מחקרו של גולאק בספרו "יסודי המשפט העברי", ראה בהרחבה: י' אנגלרד, "מחקר המשפט העברי — מהותו ומטרותיו", משפטים ז (תשל"ו) 34, בעמ' 48-54. לדברי סנגוריה על דרך מחקרו של גולאק, ראה: מ' אלון, "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי", משפטים ח (תשל"ז) 99, בעמ' 103-113.

[10] ראה שם, פרק שישי, ב, עמ' 35.

חלופי[11]. עמדנו גם על מחלוקת הראשונים בדבר המשמעות המשפטית של חובת העמדת מושכר חלופי, האם חובה זו מזכה את השוכר בפיצויים בלבד או שמא גם באכיפה?

הדיון שלפנינו יעמיד אותנו על היקף הפטור מהעמדת מושכר חלופי בשכירות מסוימת, ועל היקף החובה להעמיד מושכר חלופי בשכירות בלתי מסוימת. נראה תחילה, שהפטור מהעמדת מושכר חלופי בשכירות מסוימת אינו פטור מוחלט, שכן אחריות מצד המשכיר לאירוע הפגם, תזכה תמיד את השוכר בתביעה לאכיפת החוזה. לאחר מכן נראה, שחובת העמדת מושכר חלופי בשכירות בלתי מסוימת גם היא אינה חובה מוחלטת. ראשית, לא כל פגם שאינו ניתן לתיקון מזכה את השוכר בתביעה להחלפה, אלא רק פגם השולל את השגת מטרת השכירות. שנית, ישנן נסיבות, שנפרט אותן להלן, שבהן גם אם נמנעת מהשוכר האפשרות להשתמש במושכר, המשכיר פטור בכל זאת מחובת העמדת מושכר חלופי.

החוק לא הבחין בין שני סוגי חוזי שכירות (פרט אולי לרמז מסוים לכך בסעיף 7(ב)). נמצא שהעיקרון שנקבע לכאורה בסעיף 10, בדבר אי־אכיפת החוזה על דרך החלפת המושכר, עולה בקנה אחד רק עם הלכת המשפט העברי המתייחסת למושכר מסוים[12]. יחד עם זאת, החוק אינו שולל אפשרות של הסכם שכירות, שבו המשכיר מתחייב כלפי השוכר להעמיד לרשותו מושכר חלופי במקרה של אבדן המושכר[13]. כך עשוי להתפרש, לדוגמה, חוזה להשכרת רכב בחברה להשכרת רכב (שלא כמו מאדם פרטי) או חוזה להשכרת חדר בבית מלון. הדיון שלפנינו בדבר תנאיה של חובת ההחלפה בשכירות בלתי מסוימת עשוי אפוא להיות רלוונטי גם לפי החוק, במקרה של הסכם מן הסוג הזה[14].

פרק שני

צמצום הזכות לאכיפת השכירות – "לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון"

החוק מדבר על שני מצבים, שהוא פוטר בהם את המשכיר מחובת תיקון: יש שהתיקון אינו אפשרי למעשה, כגון מכונית שנמחצה כליל; ויש שהתיקון אפשרי למעשה, אולם הוא אינו סביר בנסיבות העניין, כגון שהוצאות התיקון עולות בהרבה על דמי השכירות שמקבל המשכיר[15]. יש לציין, שמסעיף 7 ומסעיף 10 עולה, שפגם שאינו ניתן לתיקון אינו מביא אוטומטית לסיום השכירות. הוא מזכה את השוכר בהפחתת דמי השכירות או בביטול השכירות, אך הוא אינו שם קץ אוטומטית לשכירות. עם זאת, יש להניח שאם מדובר בהרס

[11] וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, במקומות שונים, ראה לדוגמה: סימן שי, סעיפים א־ב; וסימן שיב, סעיף יז.

[12] לעניין ניכוי מדמי השכירות, ראה להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 207, ובדברינו על סעיף 15.

[13] ראה: לרנר, סעיף 122, ושם הערה 38, וסעיפים 190־191.

[14] וראה לעיל, בדיוננו על סעיף 1, הערה 157, שההבדל בין מושכר מסוים לבלתי מסוים אינו בסופו של דבר אלא הבדל בפרשנות החוזה שבין השוכר והמשכיר, וששכירות מושכר בלתי מסוים עשויה להתפרש, לעניין חובת ההחלפה, כשכירות מושכר מסוים. נמצא שהכול לפי כוונת הצדדים, העולה מנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה.

[15] השווה: לרנר, סעיף 191.

או באבדן, השכירות מסתיימת מעצמה, שכן אין לה עוד על מה לחול, ואין השוכר זכאי לקבל מושכר חלופי[16].

נבחן את שני המצבים — תיקון שאינו אפשרי ותיקון שאינו סביר — על פי המשפט העברי, כשדיוננו מצטמצם כאן בשכירות נכס מסוים.

א. התיקון אינו אפשרי — "תיקון הפגם... בלתי אפשרי"

התלמוד[17] קובע: "המשכיר בית לחבירו, ונפל הבית... אי דאמר ליה, 'בית זה', נפל — אזל ליה [=הלך לו]". מכאן שהרס המושכר מביא את השכירות לסיומה. כשהפגם שבמושכר אינו עולה כדי הרס, ושמו של המושכר עדיין ניכר עליו, ראינו לעיל[18], שלדעת הרא"ש וסיעתו, מוטלת על המשכיר חובת תיקון. אולם אין להסיק מכאן, שמושכר שלא נהרס כליל חובה לתקנו בכל מקרה. ישנם מצבים שאינם עולים כדי הרס המושכר, ובכל זאת המשכיר פטור מחובת תיקון, אף שהשכירות לא הגיעה לסיומה. כך עולה מן המשנה[19] הקובעת: "השוכר את החמור והבריקה, אומר לו: 'הרי שלך לפניך'". ר' רפאל חזן[20], בעל "שו"ת חקרי לב", מסביר שכך הדין כאשר התיקון אינו אפשרי. הרא"ש בעצמו מדבר על חובת תיקון כשהפגם "עומד לתיקון". נמצא, שבפגם שאין אפשרות מעשית לתקנו, אין מחייבים את המשכיר להעמיד במקומו מושכר חלופי, אלא המשכיר יכול לומר לשוכר: "הרי שלך לפניך"[21].

על המשמעות המשפטית של הביטוי "הרי שלך לפניך", היינו על השאלה אם השוכר רשאי בכגון זה לבטל את החוזה או להפחית מדמי השכירות, נדון להלן[22].

ב. התיקון אינו סביר — "חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם"

הרא"ש[23] מבחין בין פגם שעומד לתיקון, כגון קורות של בית הנוטות ליפול, לבין פגם שאינו עומד לתיקון, כגון בית שהתמוטט. במקרה האחרון, המשכיר אינו חייב לתקן, "כיון דאמר ליה, בית זה, לא קיבל עליו להוסיף דמים... אבל [=אלא] בית זה השכיר לו כל זמן שיוכל לדור בו, וכי נפל אזדא ליה [=הלך לו]". לעומת זאת, במקרה הראשון, כשקורות הבית נוטות

[16] ראה לרנר, שם.

[17] בבא מציעא קג ע"א. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז.

[18] לעיל, דיוננו על סעיף 7, פרק שני, א, עמ' 124.

[19] משנה, בבא מציעא ו, ג; עח ע"א.

[20] ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קי ע"ג). הובא לעיל, בדיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 86. וראה גם שם, הערה 87.

[21] לכאורה, לפי הנראה כאן, הוראת הסעיף מתאימה בדיוק למשפט העברי. אולם לאחר עיון נוסף, יש מקום לסייג את הדברים. להלן, פרק רביעי, ג, עמ' 210, נראה שאף כשהמושכר הפגום אינו ניתן לתיקון, אם הוא עומד למכירה להעמיד במקומו נכס חלופי, רשאי השוכר למכור אותו, וכך להעמיד במקומו מושכר חלופי. נמצא, שאף כשאי־אפשר לתקן את המושכר, יש שהשוכר זוכה למעשה בהעמדת מושכר חלופי, ומסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם הסעיף שלפנינו. יחד עם זאת, להלן, ליד ציון הערה 182, נראה שהרמב"ם מסייג מאוד את היתר מכירת המושכר הפגום. לדעתו, ברוב המקרים, ציון מושכר מסוים משמעו לא רק פטור מהעמדת מושכר חלופי בעת אבדן המושכר המקורי, אלא גם הטלת איסור על השוכר למכור את המושכר הפגום. נמצא, שלפי שיטתו, ברוב המקרים, ישנה התאמה בין החוק למשפט העברי.

[22] להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 207.

[23] שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ו. הובא בדיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 30.

ליפול, "מסתמא עומד הוא ליתקן, ולא שייך למימר אזדא ליה, דעדיין נקרא בית". נראה שהבחנה זו של הרא"ש, בין פגם העומד לתיקון לפגם שאינו עומד לתיקון, עולה בקנה אחד עם ההוראה שלפנינו, שהמשכיר פטור מחובת תיקון כאשר הדבר היה מטיל עליו חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בינו לבין השוכר[24].

קרובה עוד יותר לגישת החוק היא גישתו של "נתיבות המשפט"[25]. לדעתו, כפי שראינו לעיל[26], המשכיר אינו חייב לתקן פגם שעלות תיקונו גבוהה מדמי השכירות שהוא מקבל עבור המושכר. ההיגיון המשפטי לכך הוא, שהמשכיר אינו מסכים לשעבד להבטחת תיקון המושכר יותר ממה שהוא מקבל עבורו. לשון אחר, "נתיבות המשפט" היה מאמץ את לשונו של החוק, הקובע שאם תיקון הפגם "היה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים — לא יהיה הפגם עילה לדרישת תיקון"[27].

פרק שלישי

עילות לאכיפה, אף שהתיקון בלתי אפשרי או בלתי סביר

סעיף 10 מונה שני מצבים שבהם אף שהתיקון אינו אפשרי או אינו סביר, בכל זאת השוכר יהיה זכאי לדרוש את תיקונו של המושכר או את החלפתו: הראשון, כאשר הפגם היה תוצאה מנסיבות שהמשכיר ידע עליהן, או צריך היה לדעת עליהן, בשעת כריתת החוזה; והשני, כאשר המשכיר לא עשה דבר למניעת הפגם, אף שבידו היה לעשות כן. להלן נראה שסייגים אלה לפטור מחובת תיקון מקובלים גם במשפט העברי, אף כשמדובר בשכירות נכס מסוים.

כאמור במבוא לסעיף זה, מצב נוסף שבו המשפט העברי מזכה את השוכר בהעמדת מושכר חלופי הוא כאשר השכירות הייתה בלתי מסוימת. במסגרת פרק זה, נבחן את גבולותיו של חיוב זה, וניווכח שיש נסיבות שבהן, אף שהשכירות הייתה בלתי מסוימת, השוכר לא יזכה במושכר חלופי.

אך נדון תחילה במושכר מסוים.

א. אחריות המשכיר (היקף הפטור מהעמדת מושכר חלופי בשכירות מסוימת)

(1) פגם שהמשכיר ידע עליו מראש — "ידע עליהן המשכיר"

א. נקודת המוצא של הסעיף היא, שאם בעת כריתת החוזה, ידע המשכיר, או היה עליו לדעת, על הנסיבות שבעטיין נפגם המושכר, ונמנע השימוש בו, לשוכר תהיה עילה טובה לדרוש אכיפת החוזה (או פיצויים). המשכיר יחויב לתקן את הפגם, גם אם התיקון אינו סביר; ואם התיקון אינו אפשרי, הוא יחויב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. הנימוק המשפטי להלכה

[24] על יסוד חובת התיקון לפי הרא"ש, הרחבנו את הדיבור בדיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 27.

[25] נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יא.

[26] לעיל, בדיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 41.

[27] וראה עוד בעניין פטור מחובת תיקון, מה שהבאנו בדיוננו על סעיף 1, הערה 139, בעניין שכירות קצרת מועד.

זו הוא, שאם המשכיר ידע, או צריך היה לדעת, שהשוכר לא יוכל להשלים את מטרת השכירות, ובכל זאת השכיר לו את המושכר, הרי שיש בזה הפרה מכוונת של חוזה השכירות, ואין כל סיבה להעניק למשכיר את ההגנות הקבועות בחוק בנסיבות של סיכול. הגנות אלה שמורות רק למי שנוהג בתום לב, שאין לו שליטה על אי־קיום החוזה. לשון אחר, החוק פוטר את החייב לקיים את חיובו בנסיבות של אונס, אולם אדם שידע מראש שלא יוכל לקיים את חיובו, ואף על פי כן כרת את החוזה, אינו יכול להיחשב כאנוס. נמצא שבכגון זה, תחולנה עליו החובות האמורות בסעיף 7.

נעיר שבנסיבות כאלה, יש בידי השוכר עילה נוספת, שהוא יכול לבסס עליה את תביעתו. הנסיבות שגרמו לפגם היו קיימות כבר בשעת כריתת החוזה, ואם כן המשכיר הפר את חובת ההתאמה שהייתה מוטלת עליו על פי סעיף 6[28]. נמצא שגם אם סעיף 10 לא היה קובע את הסייג שקבע (היינו שכאשר המשכיר ידע על הנסיבות שהביאו לפגם, אין לשלול מן השוכר אכיפה ופיצויים), עדיין יכול היה השוכר להסתמך על סעיף 6, ומכוחו היה זוכה לאכיפה ולפיצויים. לשון אחר, אפשר לכאורה להגיע לאותה תוצאה בין על יסוד עקרון ההתאמה ובין על יסוד תורת הסיכול. אולם יש לציין, שכאשר השוכר ידע גם הוא על אותן הנסיבות שהביאו לפגם, יש יתרון לסעיף 10. בכגון זה, השוכר אינו יכול להסתמך על סעיף 6 (ראה סעיף 6(1)); ואילו לפי סעיף 10, הדרך עדיין פתוחה לפניו לדרוש אכיפת ההסכם ופיצויים[29].

ב. מהי עמדת המשפט העברי בסוגיה זו? כללי חובת התאמה ודאי שחלים כאן, כפי שהרחבנו על כך כבר את הדיבור בדיוננו על סעיף 6.

כמו כן נראה שלשוכר יש עילת תביעה נוספת כנגד המשכיר: המשכיר העלים ממנו את דבר קיומן של הנסיבות שגרמו לפגם, ובכך הוא שגרם לפגם במושכר אצל השוכר. כשנגרם הפגם באשמתו של המשכיר, העובדה שהמושכר אינו עומד עוד לתיקון אינה עילה לפטור. כך עולה מדברי הרמב"ם[30]. הרמב"ם עוסק אמנם בעניין שונה, אך נראה שזו המסקנה שאפשר להסיק מדבריו: "בית זה אני משכיר לך, ואחר שהשכירו נפל, אינו חייב לבנותו... אבל אם סתרו, חייב להעמיד לו בית אחר, או ישכיר לו כמותו. וכן אם חזר, אחר שהשכירו לזה, והשכירו או מכרו לגוי או אנס, שהפקיע שכירות הראשון, הרי זה חייב להשכיר לו בית אחר כמותו, וכן כל כיוצא בזה". מהלכה זו עולה, שאם המשכיר גרם לפגם, כי אז חייב להעמיד

[28] אם ידע המשכיר (או שהיה עליו לדעת) על הנסיבות שהביאו לפגם, ודאי שהפר בזה את חובת ההתאמה. אם לא ידע, ולא צריך היה לדעת, על אותן נסיבות, הדבר אינו פשוט. אמנם בדרך כלל הפרת חובת ההתאמה אינה תלויה בידיעתו של המשכיר, אולם מאחר שכאן לא מדובר רק בפגם שהתגלה במושכר מתוך המושכר עצמו, אלא כנראה גם בפגם כתוצאה מנסיבות חיצוניות, כגון שהשכיר בית, ולאחר זמן הייתה רעידת אדמה, והבית התמוטט. בכגון זה יש מקום לומר, שיש חשיבות לידיעתו של המשכיר. אם לא ידע על רעידת האדמה הצפויה, אין להטיל עליו אחריות. לעומת זאת, אם ידע על רעידת אדמה צפויה, והסתיר מידע זה מן השוכר, יש כאן הפרה ברורה של חובת ההתמאה. השווה דיוננו על סעיף 6, הערה 51, דעתה של השופטת בן־פורת.

[29] השווה: ע"א 240/77 כרמל נ' פרפורי ושות' בע"מ, פ"ד לד(1) 701 (בפסק דין זה דננו בדברינו על סעיף 6). באותו פסק דין קבעו השופטים שהשוכר ידע על אי־ההתאמה, ולכן שללו ממנו תרופה מכוח סעיף 6. השופטים לא נזקקו לסעיף 10, כנראה משום שנקבע במסכת העובדות, שהמשכיר לא ידע על אי־ההתאמה.

[30] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ב. וראה גם: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ.

מושכר אחר, וכדברי "מגיד משנה"[31]: "פשוט שכל שהמשכיר סיבה בענין, שהוא חייב להעמיד לו בית"[32].

לענייננו נראה שאם ידע המשכיר (ואפילו אם לא ידע בפועל, אלא שצריך היה לדעת),

[31] מגיד משנה, שם.

[32] לניתוח יסודי יותר של הלכת הרמב"ם, ראה דיוננו להלן, סעיף 11, ליד ציון הערה 30, שם נציע שלושה הסברים שונים לעניין היסוד המשפטי לחובתו של המשכיר להעמיד מושכר חלופי, אף שאין לייחס לו יותר מאשר "גרמא".

כאן נעיר, שדבריו של "מגיד משנה" אינם עולים לכאורה בקנה אחד עם סוגיית ערכין כ ע"ב. התלמוד מביא תוספתא (בבא מציעא ח, ל, אם כי שם הגרסה שונה), וזה לשונה: "המשכיר בית לחברו ונתנגע, אף על פי שחלטו כהן, אומר לו, הרי שלך לפניך. נתצו, חייב להעמיד לו בית". התוספות (שם, ד"ה אע"פ) מפרשים שמדובר בהשכרת בית מסוים (אמנם בתחילת הדברים נראה שהתוספות הבינו שמדובר בשכירות "בית" — סתם, אולם לאחר מכן התוספות חוזרים בהם). כל עוד הבית עומד על תילו, אף על פי שאסור לשוכר להשתמש בו (בית המנוגע — אסור בהנאה), המשכיר יכול לומר לו, "הרי שלך לפניך". כלומר, הוא אינו חייב להעמיד לרשות השוכר בית אחר, "ומיהו מפסיד שכרו". אם נותץ הבית, המשכיר חייב לתת לו בית אחר, "דמשום מזליה דמשכיר הוא, שנחשד על הגזל או על צרות עין" (רש"י, שם, ד"ה נתצו. לפירוש רש"י בסוגיה זו, ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סג, ד"ה הלא (קג ע"ג). וראה: תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז, שגם הר"ש משאנץ (בתירוצו השני) העלה כאפשרות לפרש את הסוגיה בבית מסוים. אם המשכיר חייב להעמיד בית אחר, הרי זה "משום דמצוה עליה רמיא"). לכאורה קשה, הרי גם כשנחלט הבית ועדיין לא נותץ, השוכר מנוע מלהפיק תועלת מהמושכר באשמת המשכיר. אם כן למה יכול המשכיר לומר לו, "הרי שלך לפניך"? מדוע אין השוכר רשאי לקבל בית חלופי מיד? על כך עונים התוספות: "כיון דהוא בעין, אינו חייב להעמיד לו בית אחר". והשווה: ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג; ושפת אמת על סוגיה זו, ד"ה בתוספות ד"ה אע"פ. שני מפרשים אלה תומכים בסברה זו של התוספות ומסבירים שאם הבית עומד עדיין, הרי אין כאן אלא "היזק שאינו ניכר". והשווה: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ד, סימן קח, ד"ה אבל.

יש לציין, שראשונים אחרים מעמידים את הסוגיה בשכירות בית בלתי מסוים. ראה: ר"ש משאנץ, מובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז (בתירוצו הראשון); רמב"ן, קונטרס אחרון לחידושים על מסכת כתובות המיוחסים לרשב"א, דף נט ע"א; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רמב; שו"ת הרשב"א, חלק שביעי, סימן שפא; ר"ן, נדרים מו ע"ב, ד"ה היכי דמי; שו"ת הריב"ש, סימן שנה. לשיטתם קשה, אם מדובר בבית בלתי מסוים, מדוע אין המשכיר חייב להעמיד לו בית אחר כבר בשעה שנמנעים ממנו המגורים בבית? ואולי גם לשיטתם, התשובה היא שאין זה אלא היזק שאינו ניכר. וצריך עיון.

לדיון בסוגיה זו ובשיטות הראשונים, ראה בשו"ת אדמת קודש (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן סז. תורף דבריו הוא, שלכל הדעות, כולל התוספות, הסוגיה עוסקת במושכר בלתי מסוים (ראה שם, כיצד פירש את לשון התוספות). לדעתו, הסיבה שהמשכיר אינו חייב להעמיד בית חלופי לרשות השוכר, אף שהשוכר אינו יכול להשתמש בבית המנוגע, אינו משום שהיזק זה אינו ניכר. הסיבה היא שיש להבחין בין בית שעומד עדיין על תילו (נחלט), אף שאסור לגור בו, שאז הפגם הוא רק בקניינו של השוכר, ו"מזלו גרם", לבין כשהבית כבר אינו קיים (נתצו). שו"ת אדמת קודש מתעלם אפוא מאחריותו של המשכיר במניעת השימוש (השווה לעיל, פירוש רש"י: "דמשום מזליה דמשכיר הוא, שנחשד על הגזל או על צרות עין"). אולם ייתכן, שלדעתו, בסכסוך המשפטי שבין השוכר והמשכיר, אין מקום להעלאת טיעון מדרשי תיאולוגי בעניין פשר הנגעים, אלא השוכר זקוק לראיה מוחשית יותר שלא מזלו גרם. והשווה: שו"ת ש"י למורא, סימן ה, ד"ה ועוד יש לברר (י ע"ב).

נציין עוד שהרמב"ם התעלם לכאורה מסוגיה זו, ולא הביא אותה להלכה במשנה תורה. אולם ראה: שפת אמת, שם, ד"ה והנה, שלדעתו, סוגיית ערכין זו היא המקור להלכת הרמב"ם, שהבאנו בפנים בעניין משכיר הסותר את הבית המושכר. לפי זה, פירוש הרמב"ם בסוגיה מתאים לפירוש התוספות, שהצענו לעיל. חזרנו אפוא לדברי מגיד משנה, "שכל שהמשכיר סיבה בענין, שהוא חייב להעמיד לו בית".

שהמושכר עומד להיפגם, והעלים מידע חיוני זה מן השוכר, הרי הוא אחראי כלפי השוכר. בכגון זה, לשוכר יש אפוא עילת תביעה נגד המשכיר.

לא ידע המשכיר על הנסיבות שגרמו לפגם, ולא היה צריך לדעת עליהן, הרי הוא אנוס, ואין לשוכר עילת תביעה נגדו. נראה אפוא שבעניין זה יש התאמה בין המשפט העברי והחוק.

(2) פגם שהמשכיר יכול היה למנעו — "יכול היה למנען"

א. הסעיף קובע שאף אם בעת כריתת החוזה המשכיר לא ידע על הנסיבות שגרמו לפגם, אך היה בידו למנוע את הפגם, ולא עשה כן, הוא חייב להעמיד לשוכר מושכר חלופי או לשלם לו פיצויים. מאחר שהנסיבות שגרמו לפגם לא היו קיימות בשעת כריתת החוזה, הרי שכאן, בשונה מהנידון בפסקה הקודמת, אין מקום לבסס תביעה על עילת אי־התאמה. העילה היחידה העומדת לרשותו של השוכר במקרה זה היא, שהמשכיר הפר את חובתו החוזית לדאוג לתקינותו של המושכר לכל אורך תקופת השכירות, חובה שעליה מושתת סעיף 7. אמנם סעיף 10 בא לצמצם את החובה ולקבוע, שכאשר התיקון אינו אפשרי או אינו סביר, אין לדרוש אותו מן המשכיר. אולם, וזהו ההיגיון של הסייג השני שאנו דנים בו כעת, המשכיר אינו יכול לטעון לסיכול, כלומר, אינו יכול לטעון שנבצר ממנו לקיים את חובת התיקון, כאשר היה בידו למנוע את הפגם בטרם הפך לפגם שאין אפשרות (או שאין זה סביר) לתקנו[33].

יש לציין שהדברים אמורים אף כשהשוכר לא דרש מן המשכיר להתערב ולמנוע את הפגם. אמנם על פי סעיף 7, אין המשכיר חייב לתקן את המושכר אלא לאחר שקיבל דרישה מן השוכר לעשות זאת. אולם אין להסיק מכך שיש בסעיף 10 משום הרחבת החובה והחלתה גם כשלא נדרש תיקון. סעיף 10 אינו מטיל חובה חדשה, הוא רק מצמצם את הפטור שניתן למשכיר במקרה של סיכול. כלומר, גם על פי סעיף 10, השוכר חייב לדרוש את התיקון. משמעות הסעיף היא, שהמשכיר לא יוכל להימלט מחובת תיקון לאחר דרישה בטענה שאין לו כעת אפשרות לתקן, כשהייתה לו הזדמנות למנוע את הפגם ולא עשה כן. במצב זה, אין לראות את המשכיר כמי שאנוס מלקיים את חיובו.

ב. בשאלה זו, נראה שעמדת המשפט העברי אינה חד־משמעית. כבר ראינו לעיל[33*] את דברי "מגיד משנה": "פשוט שכל שהמשכיר סיבה בענין, שהוא חייב להעמיד לו בית". אולם קשה לראות במשכיר שלא התערב כדי למנוע פגם במושכר "סיבה בענין". זולת אם נאמר, שהתערבות כזו היא חלק מחיוביו במסגרת השכירות. לכן שאלה זו צריכה עיון נוסף[34].

[33] נכון שבכך מוטלת למעשה על המשכיר אחריות חמורה יותר מזו המוטלת עליו על פי סעיף 11 לחוק. סעיף 11 קובע, ש"המשכיר חייב לאפשר לשוכר להשתמש במושכר במשך תקופת השכירות לפי המוסכם בין הצדדים ללא הפרעה מצדו או מטעמו". על פי הוראת סעיף 10, לא זו בלבד שהמשכיר צריך להימנע מהפרעה לשימוש, אלא הוא גם חייב להתערב ולפעול כדי למנוע פגם העלול לשלול או להגביל את השימוש במושכר, שאם לא יעשה כן, השוכר ידרוש את תיקונו, והמשכיר לא יוכל לטעון לסיכול חיובו. ואולם יש להבחין בין פגם, המוגדר כדבר השולל או המגביל את השימוש במושכר הגבלה של ממש, לבין הפרעה, שאינה עולה כדי שלילה או הגבלה של ממש. במצב הראשון חלה על המשכיר חובת תיקון (סעיף 7), ואילו במצב השני אין חובת תיקון. השווה: לרנר, סעיפים 108־136. בסעיפים אלה, דן לרנר בשאלת ההפרעה לשימוש במושכר, בה הוא כולל גם פגם וגם הפרעה, אולם הוא מתעלם לגמרי מסעיף 10. כך, למשל, הוא אינו מציין שעל פי סעיף 10, מוטלת למעשה על המשכיר החובה להתערב כדי למנוע פגם, אם היכולת בידו. והשווה דיוננו על סעיף 11.

[33*] לעיל, ליד ציון הערה 31.

[34] השווה בעניין זה, דיוננו על סעיף 11, פרק שני, ב, עמ' 229, ובמיוחד תת־פרק (3), ושם בהערה 59.

ב. שכירות בלתי מסוימת (היקף חובת העמדת מושכר חלופי בשכירות בלתי מסוימת)

במבוא לסעיף זה, הזכרנו שבשכירות בלתי מסוימת נקבעה הלכה עקרונית, שבהרס המושכר, המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. אנו עוברים עתה לדון בהיקפה של חובה זו.

(1) הגדרת פגם לעניין חובת ההחלפה

(א) מבוא

כפי שנראה מיד, לעניין חובת החלפת המושכר הפגום במושכר תקין, יש להבחין בין סוגים שונים של פגמים, ולא כל פגם מזכה את השוכר במושכר חלופי. יש פגם השולל את השימוש במושכר, ומונע את השלמת מטרת השכירות; ויש פגם, שעל אף קיומו, ניתן להשלים את מטרת השכירות, אם כי הדבר כרוך בהכבדה ואי־נוחות לשוכר. דוגמאות מובהקות לפגמים השוללים את השימוש במושכר (שאינם ניתנים לתיקון) הם: בית שנפל, או נשרף; חמור שמת, או נגנב; מכונית שנפגעה פגיעה קשה בתאונה, וכדומה. דוגמה לפגם שאינו שולל את השלמת השכירות הוא רכב, שעקב תאונה אי־אפשר עוד לנסוע בו במהירות הרגילה, אלא רק באיטיות.

(ב) פגם המכביד על השימוש

פוסקים רבים סבורים, שאם, על אף הפגם, עדיין ניתן להשתמש במושכר הפגום ולהשלים את מטרת השכירות, אף אם יהיה זה "על ידי הדחק", המשכיר יכול לומר לשוכר: "הרי שלך לפניך"[35]. דין זה נלמד מדברי התלמוד[36] על הברייתא[37]: "השוכר את החמור והבריקה [=התעוורה. פירוש אחר: התליעו רגליה], או שנשתטתה, אומר לו, הרי שלך לפניך". התלמוד מסביר שאין בהכרח סתירה בין הלכה זו לבין דעתו של רבן שמעון בן גמליאל, המובאת באותה ברייתא, ולפיה: "השוכר את החמור לרכוב עליה, והבריקה, או שנשתטתה, חייב להעמיד לו חמור". רבה בר רב הונא מסביר שאין סתירה בין הדברים, משום שרבן שמעון בן גמליאל אמר את שאמר דווקא בחמור שהושכר לרכוב עליו, ו"לרכוב עליה שאני". רש"י[38] מסביר: "לרכוב עליה שאני, שמא תפול תחתיו בגשר, או שתשליכנו באחת הפחתים". ואילו חמור שהשוכר למשא (ולא לרכיבה), אף שהתעוור, או נשתטה, "עדיין היא ראויה

[35] ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, לפי הבנת מגיד משנה, שם (וכן משמע מלחם משנה, שם, הלכה ב, בסופו. אולם ראה להלן, הערה 44); תוספות, ערכין כ ע"ב, ד"ה אע"פ; ראב"ד, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה וזה לשון הראב"ד; רשב"א, שם, ד"ה עוד כתב הרב; תלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה השוכר חמור (עמ' רכ); מאירי, בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה השוכר את הבהמה (יש לציין שהמאירי מביא דעת "יש אומרים", שבמקרה זה זכותו של השוכר לבטל את חוזה השכירות, אך אפשרות זו לא הוזכרה אצל שאר הפוסקים. וראה בהרחבה, להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 207, ובהערה 131); רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן י (וכן רא"ש, מובא בשיטה מקובצת, ערכין כ ע"ב, אות טז); טור, חו"מ, סימן שי, סעיף א; ריטב"א, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה נהוריתא; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק ו (מט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה הרי שלך לפניך; רמ"א, חו"מ, סימן שי, סעיף א; סמ"ע, שם, ס"ק ד; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק א.

[36] בבא מציעא עט ע"א.

[37] ברייתא זו מובאת (בשינוי לשון) בתוספתא, בבא מציעא ז, ז.

[38] רש"י, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה לרכוב שאני.

למשאוי"[39]. וכך הסביר רש"י[40] גם במשנה, ש"השוכר את החמור והבריקה", המשכיר אינו חייב להעמיד לו חמור אחר, משום שהוא יכול לומר לו: "טלנה כמו שהיא סמויה, ותלך, שאף מזלך גרם כמו מזלי, וטרח ויישר אותה בדרכים".

על פי אותו היגיון, רב פפא מוסיף, ש"כלי זכוכית כלרכוב עליה דמי". כלומר, אף שהחמור הושכר למשא ולא לרכיבה, אם היה זה למשא סחורה עדינה, כמו כלי זכוכית, העלולים להישבר אם יפול החמור, הרי המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, שכן חמור זה כבר אינו ראוי למשא שלשמו הושכר.

נמצא אפוא שכאשר על אף הפגם, אפשר להשלים את מטרת השכירות, ולו בדוחק, אין המשכיר נחשב כמי שאינו מקיים את חיובו[41] (בשאלת זכות השוכר לבטל את השכירות ובשאלת גובה דמי השכירות, נדון במקום אחר[42]); אם אי־אפשר בשום אופן, עקב הפגם, להשלים את מטרת השכירות, המשכיר חייב להעמיד מושכר חלופי[43]. יש לציין שיש מי שטוען שהרמב"ם אינו מקבל את ההבחנה הזו[44].

[39] דברי רש"י, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה הבריקה או שנשתטית. אולם ראה להלן, ליד ציון הערה 48, שלפי רש"י (בניגוד לשאר הראשונים). הבחנה זו אינה אמורה אלא בשכירות מסוימת, ואילו בשכירות בלתי מסוימת גם הכבדה היא עילה להחלפה.

[40] רש"י, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הרי שלך לפניך.

[41] ראה: הגהת הרמ"א, חו"מ, סימן שי, סעיף א. ועיין תוספות, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה אם בדרך הליכתה ניטלה, הקובע שאם המושכר מוחרם מידי השוכר, אף אם יוחזר לו "בעוד שתועיל חזרתה" להשלמת מטרת השכירות, "אין לשוכר להתעכב ממלאכתו", ורשאי הוא לדרוש מיד מהמשכיר שיעמיד לרשותו מושכר אחר (בתנאי שההחרמה הייתה "שלא בדרך הליכתו", ראה על כך דיוננו להלן, פרק שלישי, ב(2), עמ' 186). קביעה זו של התוספות, אף שהיא עולה מלשון הגמרא, מעוררת קושי, שכן בחמור שהתעוור נקבע בפירוש שהעובדה שהשוכר מתאחר במלאכתו עקב הפגם, אינה מחייבת את המשכיר להעמיד לו חמור אחר (ראה: תוספות, שם, ד"ה באנגריא חוזרת). התוספות אמנם ערים לקושי זה ומוסיפים: "ולא דמי להבריקה או לנשתטתה" — סתמו ולא פירשו את ההבחנה בין הדברים. אפשר אולי להציע את ההסבר הבא: בחמור שהתעוור לא נשללת אף לא לרגע מהשוכר, אפשרות השימוש שרכש מהמשכיר. לעומת זאת, בחמור שהוחרם, אפשרות זו נשללת ממנו באופן זמני. מאחר שעיקרה של השכירות הוא זכות השימוש, העדרה של זכות זו, אפילו באופן זמני, משמעו — סיכול השכירות. אפשרות השימוש היא תנאי הכרחי לקיומה של השכירות, אף שאינה תנאי מספיק; ראה בסמוך, הערה 43, דברי "ערוך השולחן". יש להעיר שלא מצאנו בין הפוסקים מי שהזכיר הלכה זו.

עוד ראה: גידולי שמואל (לר' שמואל גדליה ניימן), בבא מציעא עח ע"ב, סוף ד"ה והנה הנתיבות. מתוך דבריו עולה השאלה, מה דינו של מושכר שמתחילה לא נפגם אלא בפגם שאינו מונע את השלמת השכירות, ולאחר מכן נפגם במידה שלא ניתן עוד להשלים את מטרת השכירות? השאלה היא: האם חייב המשכיר להעמיד מושכר תקין כפי שהיה בתחילת השכירות, או שמא די אם יעמיד מושכר באיכות פחותה, ובלבד שאפשר להשלים בו את מטרת השכירות? הוא כותב: "מסתבר בהבריקה, ומתה אחר כך, אף דאז, [כ]שהבריקה, אומר לו, 'הרי שלך לפניך', אין המשכיר יכול לטעון דחייב אך להעמיד לו חמור חולה כזה, אלא אם מתה מחמת חולי, איגלאי [=מתברר] דחד אונס הוא, ומזליה דמשכיר גרם, וחייב להעמיד לו חמור בריא". אולם דבריו מסתברים רק אם אפשר לראות במיתת החמור המשך של המצב הקודם והחמרתו. עדיין אין לדעת כיצד נכריע כשמיתת החמור לא הייתה קשורה כלל במחלתו, אלא נגרמה עקב גורם אחר. וצריך עיון.

[42] להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 207.

[43] יש אומרים שהוא הדין בששכרה למשא, ובגלל הפגם השוכר אינו יכול להשלים את מטרת השכירות עד הזמן שנקבע בחוזה השכירות. כך עולה מחידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה לא שנו, וכך פסק ערוך השולחן, סימן שי, סעיף ו. והשווה להלן, הערה 129, דברי מהר"ם מפאדווה.

(ג) פגם השולל השגת חלק ממטרות השכירות

מה הדין כאשר המושכר הושכר להשגת מטרות אחדות, והפגם מונע השגתן של חלק ממטרות אלו בלבד, כשלשאר המטרות המושכר ראוי עדיין לשימוש? בשאלה זו נחלקו הפוסקים: מהר"ם מפאדווה[45] סבור שפגיעה בחלק ממטרות השכירות דינה כפגיעה בשכירות כולה, אף שהמושכר ראוי עדיין לשימוש לשאר המטרות, שכן "מה לי קטלא כולה, מה לי קטלא פלגא

[44] הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק א, מציין כמקור להלכה זו את דברי התלמוד בבא מציעא עט ע"א, שכן התלמוד הבחין בין חמור שהושכר למשא לחמור שהושכר לרכיבה. אולם יש להעיר שבתלמוד אין מפורש שההבחנה בין משא ורכיבה היא בזה, שבאחד אפשר להשלים את מטרת השכירות ואילו בשני אי־אפשר להשלימה. זהו פירושו של רש"י, שבעקבותיו הלכו כל הראשונים והפוסקים המוזכרים לעיל, הערה 35. אולם כמה מן האחרונים טוענים, שלרמב"ם יש פירוש אחר בסוגיה. ראה לדוגמה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק א. הוא מסביר את ההלכה הפוטרת את המשכיר מהעמדת מושכר חלופי במקרה של בהמה שחלתה בנימוק, "כיון שאין האונס בא על גופה של פרה, רק על הפירות שלקח ממנו [כלומר, רק על זכות השימוש], יכול [המשכיר] לומר, מזלך גרם". מהסבר זה עולה בבירור, כפי שאמרנו בפנים, שהרמב"ם אינו מקבל את ההסבר של רש"י, ולדעתו, העובדה שאי־אפשר להשלים את מטרת השכירות אינה רלוונטית (מתירוץ זה עולה גם, שהמחלה עליה מדברת המשנה היא מחלה עוברת, שאם לא כן לא היה נכון לומר, "שאין האונס בא על גופה של פרה", ראה להלן, הערה 88). והשווה: מרכבת המשנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב, ואבן האזל, שם, הלכה א, שגם הם טענו שההלכה אינה מבוססת על העובדה שהשוכר יכול להשלים את מטרת השכירות. אלא שהם הציעו דרכים אחרות בהסבר שיטת הרמב"ם.

אפשר להביא סיוע לדברי "נתיבות המשפט" מפירושו של הרמב"ם עצמו על משנת בבא מציעא ו, ג: "ומה שאמר הבריקה הוא, שאינה יכולה להלוך מחמת חולי מחוליי הבהמות". ובתרגומו של ר"י קאפח: "ואָמרוֹ הבריקה, הוא שנתבטל הלוכה במחלה ממחלות הבהמות". מאחר שמוכח שהמקרה שדנה בו המשנה הוא מקרה של חמור שהושכר למשא רגיל (ראה: בבא מציעא עט ע"א), מוכח גם כן שהרמב"ם אינו מפרש את ההבדל בין חמור שהושכר למשא לבין חמור שהושכר לרכיבה, כמו רש"י, שכן בשני המקרים אי־אפשר להשלים את מטרת השכירות. על פי זה, הצעת "נתיבות המשפט", בדבר ההבחנה בין פגיעה בזכות השימוש (כגון חלתה ועומדת להתרפא) לבין פגיעה בבעלות (כגון מתה), נראית משכנעת ביותר (לשאלה: אם כך, מה ההבחנה בין חמור למשא לחמור לרכיבה, הרי גם בחמור שהושכר לרכיבה, וחלה במחלה עוברת, אין פגיעה אלא בזכות השימוש?! ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב, להסבר דבריו שם, ראה להלן, הערה 89).

לאור האמור לעיל, שלפי "נתיבות המשפט", הרמב"ם אינו מקבל את ההבחנה של רש"י, יש מקום לתמוה על דברי "נתיבות המשפט" עצמו, בסימן שי, ס"ק ב. הוא דן שם בשאלת בית שכור שפלשו לתוכו חיילים, וקובע: "אם אפשר לדור עמם, הוי כראוי עדיין למלאכה, ומשלם הכל". הרי לפי הרמב"ם (על פי פירושו של "נתיבות המשפט"), גם אם אי־אפשר לגור עם הפולשים, השוכר יהיה חייב לשלם את מלוא דמי השכירות, מאחר שהפגיעה לא הייתה אלא בזכות השימוש, ולא בבעלות. אולם להלן (ליד ציון הערה 88) נראה, שגם כאשר לא נפגמה אלא זכות השימוש במושכר, דרוש תנאי נוסף כדי לחייב את השוכר במלוא דמי השכירות, והוא שיהא קשר בין השימוש לבין הפגם בשימוש. במקרה של אנשי חיל שפלשו לדירה, לא היה קשר כזה, ולכן אילולי העובדה שהמושכר ראוי עדיין להשלמת מטרת השכירות, השוכר היה צריך להיות פטור מתשלום. ועדיין יש מקום לשאול: מאחר שהרמב"ם אינו מקבל את ההבחנה של רש"י, בין פגם שמונע את השלמת מטרת השכירות לפגם שאינו מונע אותה, על יסוד מה קבע "נתיבות המשפט", שכאשר אפשר להשלים את מטרת השכירות, "הוי כראוי עדיין למלאכה, ומשלם הכל"? ונראה ש"נתיבות המשפט" צירף כאן שתי שיטות שונות. וצריך עיון. וראה להלן, הערה 141, שעל כל פנים, אם הפגם פגע בבעלותו של המשכיר על המושכר, אף שהמושכר ראוי עדיין למלאכה, ייתכן שהרמב"ם יהיה בדעה שיש לחייב את המשכיר בהעמדת מושכר חלופי.

[45] שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט (מובא בדרכי משה, על הטור, חו"מ, סימן שכא, ס"ק א).

[=מה ההבדל אם מת כולו או מת חציו]"; לעומתו הט"ז[46] סבור, שכאשר הפגיעה היא רק בחלק מן המטרות של השכירות, מאחר שהמושכר ראוי עדיין לשימוש לשאר המטרות, דין הפגיעה כדין הכבדה על השימוש, ואין בה אפוא עילה לדרישת העמדת מושכר חלופי.

(ד) ההבחנה בין פגם שניתן לתיקון ופגם שאינו ניתן לתיקון

העולה מדיוננו כאן ומדיוננו בסעיף 7, כשעסקנו בחובת תיקון הוא, שלעניין הגדרת "פגם", יש להבחין בין פגם שאינו ניתן לתיקון (הנידון כאן בסעיף 10), ובין פגם שניתן לתיקון (שנידון שם בסעיף 7). בפגם שניתן לתיקון, אף אם אפשר להשלים את מטרת השכירות בדוחק, הוכחנו שם שלרוב הדעות, אין המשכיר יכול לומר לשוכר, "הרי שלך לפניך", אלא הוא חייב לתקן את הפגם[47]. לעומת זאת, אם הפגם אינו ניתן לתיקון, ראינו זה עתה, שכל עוד אפשר להשלים את מטרת השכירות, על אף קיומו של הפגם, גם אם הדבר כרוך בהכבדה, המשכיר יכול לומר לשוכר: "הרי שלך לפניך, וטרח", ואינו חייב להעמיד לו מושכר חלופי.

מן הראוי לציין שאף שכאמור רוב הפוסקים קיבלו את הבחנת רש"י, בין מושכר שראוי עדיין לשימוש (ואפילו בדוחק) למושכר שאינו ראוי עוד לשימוש (וכך צמצמו את חובת העמדת מושכר חלופי בשכירות מושכר בלתי מסוים), הרי שלדעת רש"י עצמו, הבחנה זו אינה אמורה אלא בשכירות מושכר מסוים[48]. נמצא שלפי רש"י, בשכירות בלתי מסוימת, אין לצמצם את חובת העמדת מושכר חלופי, וחובה זו מוטלת על המשכיר בכל מקרה שנפגם המושכר, אפילו כשהוא ראוי עוד בדוחק לשימוש[49]. אולם בעניין זה רש"י נמצא בעמדת מיעוט, ודעתו לא נתקבלה להלכה[50].

האם מבחן קיום השימוש הוא המבחן היחיד שיש בו כדי לצמצם את חובת המשכיר להעמיד מושכר חלופי? להלן נראה שיש מחשובי הפוסקים הסבורים, שמבחן נסיבות אירוע הפגם עשוי אף הוא לצמצם את חובת המשכיר.

(2) נסיבות אירוע הפגם

(א) מבוא

בפסקה הקודמת ראינו, שלא כל פגם במושכר מזכה את השוכר בהעמדת מושכר חלופי, אלא רק פגם השולל את השגת מטרת השכירות. בפרק שלפנינו נבחן אם נסיבות אירוע הפגם

[46] ט"ז, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, ד"ה והא דאמרינן. על מחלוקת זו כבר הערנו לעיל, בדיוננו על סעיף 7, הערה 88, וכן ראה להלן, בדיוננו על סעיף 15, הערה 104.

[47] שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ו. וראה: שו"ת חקרי לב, חלק ב, סימן סח (קי ע"ג), המסביר את ההבחנה בין פגם שניתן לתיקון לפגם שאינו ניתן לתיקון. וראה דיוננו על סעיף 7, הערה 87, שם ראינו שיש מי שאינו מקבל את ההבחנה בין פגם הניתן לתיקון לפגם שאינו ניתן לתיקון, ולדעתו, פגם שאינו מונע את השגת מטרת השכירות, אין חובה לתקנו.

[48] ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 153, שם ראינו שרש"י, בניגוד לרוב הראשונים, מעמיד את המשנה במושכר מסוים ולא במושכר סתם.

[49] כך העיר במשכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קפ: "ומפירוש רש"י במתניתין שכתב, 'שהרי חמור זה שכר לו וכו' [ברש"י שלפנינו כתוב: 'שהרי חמור זה שיעבד לו']', משמע דמתניתין בשוכר חמור זה מתנייא... אבל בחמור סתם, לעולם חייב להעמיד לו חמור אחר". וכך הסיק גם במהר"ם שי"ף, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה ברש"י: "ונראה דרש"י משמע ליה לפרש מתניתין חמור זה, דאם לא כן לא מצי למימר... הרי שלך לפניך, כיון שהשכירו סתם ולא שיעבד לו חמורו".

[50] אם כי ראה בדיוננו על סעיף 1, הערה 153, שהוא אינו היחיד שנקט גישה זו.

עשויות אף הן לצמצם את חובת המשכיר, אף שהוא אינו במצב של סיכול. המחוקק, כך נראה, אינו מייחס חשיבות לשאלת נסיבות אירוע הפגם. הוא מחייב את המשכיר לתקן כל פגם במושכר (זולת פגם שתיקונו אינו אפשרי או אינו סביר), יהיו נסיבות אירוע הפגם אשר יהיו. מלשונו של החוק, אין לדעת אם כך יהיה גם דינו של משכיר שקיבל על עצמו התחייבות להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי בפגם שלא יהיה ניתן לתיקון. האם בית המשפט יתן תוקף להתחייבות זו בכל מקרה, יהיו נסיבות אירוע הפגם אשר יהיו, או שמא רצוי שתיעשה הבחנה בין נסיבות שונות בהן עשוי להתגלות הפגם? לדוגמה, הבחנה בין פגם שנובע מתוך המושכר עצמו לבין פגם שנגרם מתוך התערבות גורם חיצוני; או בין פגם המתגלה במושכר בלא שום קשר לשימוש שעושה בו השוכר, כגון שהתמוטט הבית ששכר, לבין פגם שבו שימושו של השוכר תרם להתרחשות הפגם, כגון שהמכונית ששכר הייתה מעורבת בתאונה (אף אם לא היה אשם בה). את היסודות להפעלת שיקול דעתו, יוכל בית המשפט למצוא במשפט העברי. המשפט העברי דן בשאלות אלה בהרחבה, ומתוך תפיסתו את מהות השכירות קבע בהן מבחני יסוד.

(ב) המקור התלמודי

לצורך הדיון בשאלת נסיבות אירוע הפגם, עלינו לחזור תחילה אל המשנה. המשנה[51] קובעת: "השוכר את החמור והבריקה [=התעוורה. פירוש אחר: התליעו רגליה], או שנלקחה לאנגריא[52] [=הוחרמה על ידי השלטונות], אומר לו: 'הרי שלך לפניך'[53]. מתה או נשברה, חייב להעמיד לו חמור אחר". עוד קובעת המשנה[54]: "המשכיר בית לחבירו, ונפל הבית, חייב להעמיד לו בית". המקור האחרון נתפרש בתלמוד כעוסק בשכירות בלתי מסוימת, וכך פירשו רוב הראשונים[55] גם את המקור הראשון. אלה הם אפוא המקורות העיקריים להלכה, שבשכירות בלתי מסוימת, כאשר הפגם אינו ניתן לתיקון (נשברה), או שהמושכר נהרס (מת, נפל), חובה על המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי.

מתוך מקורות אלה, קשה לדעת אם יש חשיבות לשאלת מקור הפגם. מחד גיסא, בחלקה השני של משנת השוכר את החמור, אין המשנה מציינת באילו נסיבות מת החמור, האם מת מחולשה (מקור פנימי) או מפגיעת אבן (מקור חיצוני). כך גם משנת השוכר את הבית אינה מציינת אם נפל הבית מעצמו, או שמא רעידת אדמה היא זו שמוטטה אותו. ומכאן נראה

[51] משנה, בבא מציעא ו, ג; עח ע"א.

[52] על המושג "אנגריא" ועל ניתוח הסוגיה על דרך המחקר התלמודי ההיסטורי־פילולוגי, ראה: ש"י פרידמן, תלמוד ערוך, פרק השוכר את האומנין, חלק הפירושים, ירושלים תשנ"א, הסוגיא החמישית, עמ' 153.

[53] הראשונים נחלקו בשאלה אם השוכר חייב להמשיך לשלם את דמי השכירות או לא. בעניין זה ראה דיוננו על סעיף 15, פרק שני, א(1), עמ' 286. כבר עתה נציין שלהלכה נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף א, שהשוכר חייב לשלם את מלוא דמי השכירות. פסק זה מקורו ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א. וראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ד. אולם הראב"ד (אף שבהשגותיו על הרמב"ם לא העיר דבר) והרשב"א חולקים על כך, ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך, ומגיד משנה, הלכות שכירות, שם. וראה: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ, שדעת הרמב"ם היא, שכשיוחזר החמור, השוכר יהיה רשאי להשלים את ימי השכירות שהפסיד (ראה להלן, הערה 106). אך ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו, ד"ה וראיתי; וכן שו"ת אדמת קודש, חלק א, חו"מ, סימן סז, ד"ה ומעתה, שחלקו על המבי"ט.

[54] משנה, בבא מציעא ח, ט; קג ע"א.

[55] ראה על כך, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 152.

להסיק, ששאלת נסיבות אירוע הפגם אינה שאלה רלוונטית. אך מאידך גיסא, אם אכן אין נפקות לשאלת נסיבות אירוע הפגם, כיצד נסביר את חלקה הראשון של משנת השוכר את החמור: "השוכר את החמור... נעשית אנגריא, אומר לו הרי שלך לפניך"? מדובר בחמור שבאמצע תקופת השכירות, הוחרם על ידי השלטונות לשם עבודות ציבוריות, "עבודת המלך". לכאורה החרמת החמור אינה שונה ממיתת החמור; בשניהם נמנע השימוש במושכר, ומדוע נקבע כאן, שהמשכיר פטור מלהעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי? האם לא מקופלת כאן הבחנה בין פגם שנובע מן המושכר עצמו (מת, נפל, נשבר) לבין פגם שנגרם כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני (נלקח לאנגריא)?

אילו היינו מסתפקים בדברי המשנה, ומקבלים את ההבחנה שהצענו, היינו מסיקים, שהעובדה שהפגם נגרם כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני יש בה כדי לפטור את המשכיר מחובת העמדת מושכר חלופי. והיה בזה היגיון מסוים: המשכיר מקבל על עצמו להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי רק כאשר הפגם שמונע את המשך קיום השכירות נובע מן המושכר עצמו (כעין אחריות לתקינות המושכר), ולא אם נגרם על ידי התערבות גורם חיצוני שאין לו עליו לא אחריות ולא שליטה[56]. אולם חכמי התלמוד[57] הציעו דרכים שונות לסייג את הלכת חמור שנלקח לאנגריא, ומתוך פירושי הראשונים בדבריהם, עולות הבחנות אחרות מזו שהצענו כאן.

לדעת רב, דין המשנה לא נאמר אלא באנגריא חוזרת, ומפרשים התוספות[58]: "דיכול לעשות מלאכתו כשתחזור, אף על פי שתתאחר במלאכתו, בשביל איחור אין חייב להעמיד לו חמור אחר, כמו הבריקה או נשתטתה, שמתאחרת נמי במלאכתה, ולא חיישינן" (אם כי יהיה בזה אולי עילה להפחתת דמי השכירות, ראה להלן). אבל אנגריא שאינה חוזרת, "הוה ליה [=הרי היא] כמתה או נשברה"[59]. רב סבור אפוא שדין חמור שנלקח לאנגריא זהה לדין חמור שחלה. בשני המקרים, כל זמן שאפשר להשלים את מטרת השכירות, יהיה זה אפילו על ידי הדחק או על ידי איחור, אין הדבר עולה לכדי פגם המחייב החלפה. לשון אחר, דעתו של רב היא, בניגוד למה שהצענו, ששאלת נסיבות אירוע הפגם אינה משפיעה על חובת ההחלפה. לדעתו, חמור שנלקח לאנגריא שאינה חוזרת דינו כחמור שמת, אף שבמקרה הראשון מקור הפגם אינו במושכר עצמו כי אם בנסיבות חיצוניות. ההבחנה בין שני חלקי המשנה היא אפוא, שברישא מדובר בפגם שאינו מונע את השגת מטרת השכירות, ואילו הסיפא עוסקת בפגם המונע את השגת המטרה.

בניגוד לדעתו של רב, דעתו של האמורא שמואל היא, שאין להבחין בין אנגריא חוזרת לשאינה חוזרת, אלא יש לבחון את נסיבות ההחרמה: "אם בדרך הליכתה ניטלה, אומר לו: 'הרי שלך לפניך' [כדין המשנה]. ואם לאו[60], חייב להעמיד לו חמור". מאחר שנפסקה הלכה כמותו, עלינו לדון במשמעות דבריו של שמואל. הראשונים נחלקו בהבנת דבריו, וחילוקי דעות אלה מובילים למסקנות משפטיות שונות בתכלית. ואלה עיקרי השיטות:

[56] ואכן ראה להלן, ליד ציון הערה 102, שיש מן האחרונים שדוגלים בשיטה זו.

[57] בבא מציעא עח ע"ב.

[58] תוספות, שם, ד"ה באנגריא חוזרת.

[59] רש"י, שם, ד"ה אבל אנגריא שאינה חוזרת.

[60] בדפוס שלפנינו: "ואם לאו בדרך הליכתה ניטלה". אולם המילים המודגשות אינן בכל כתבי היד.

(ג) מבחן קיום השימוש במושכר ולא מבחן נסיבות הפגם (רש"י)

רש"י[61] מסביר שהבחנת שמואל היא בין אנגריא המובילה את החמור לאותו כיוון שרצה השוכר ללכת בו לבין אנגריא המובילה את החמור לכיוון אחר. אם האנגריא הולכת "בדרך הליכתה" של החמור, המשכיר יכול לומר לשוכר "הרי שלך לפניך, שכן דרך אנגריא נוטל חמורו של זה, ומהלך בעליה אחריה, וכל חמור שפוגע בו ראשון, נוטלו ומחזיר לו את שלו, והשני חוזר אחר חמורו עד שפוגע באחר. הלכך, אומר לו: הואיל ואף מזלך גרם, שכור חמור אחר, ולך אחריו עד שיפגע בחמור אחר"[62]. על פי הסברו של רש"י, אין מחלוקת עקרונית בין רב ושמואל, כלומר גם שמואל סבור, שאם האנגריא אינה חוזרת (כלומר, שהיא אינה חוזרת בתוך תקופת השכירות, והשוכר אינו יכול להשלים את מלאכתו), הרי זה כמו חמור שמת, והמשכיר חייב להעמיד חמור חלופי לרשות השוכר[63]. המחלוקת בין רב ושמואל היא אפוא בשאלה: איזו הכבדה מזכה את השוכר בקבלת מושכר חלופי, ואיזו הכבדה אינה מזכה אותו בכך[64]? לדעת שמואל, אפשר לדרוש מהשוכר שיתאמץ כדי להפיק תועלת מהמושכר,

[61] רש"י, שם, ד"ה אם בדרך הליכתה ניטלה.
אמנם הדגשנו לעיל, ליד ציון הערה 48, שלפי רש"י מחלוקתם של רב ושמואל אינה אלא בחמור מסוים, ואילו בחמור בלתי מסוים כולי עלמא מודים, שבכל מקרה, אפילו כשהוחרם החמור בדרך הליכתו, המשכיר חייב להעמיד לשוכר חמור אחר (וראה להלן, הערה 64). אולם אנו מביאים כאן בכל זאת את שיטת רש"י, משום שפוסקים רבים אימצו את פירושו בהסבר המחלוקת בין רב ושמואל, אף שלדעתם, בניגוד לדעת רש"י, אין הדברים אמורים אלא בחמור סתם. ראה: רבינו ברוך, שיטת הקדמונים לג' בבות, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה שכר החמור, וד"ה או שנשאת (עמ' רכו-רכז); רבינו אשר מלוניל, שיטת הקדמונים על ג' בבות, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה השוכר את החמור (עמ' שעד). וראה: בית הבחירה למאירי, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה נתפשה לעבודת המלך, שהביא גם הוא את פירושו של רש"י, ולצדו הביא את פירוש הראב"ד, שנראה להלן. וראה עוד: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה פי' אנגריא; תלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה השוכר חמור (עמ' רכ); טור, חו"מ, סימן שי, סעיף א; חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה ושמואל אמר; לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א. כל אלה הביאו את פירושו של רש"י לצד פירושו של רבנו חננאל, שנראה להלן. אך השולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף א, השמיט את פירושו של רש"י מן ההלכה, כפי שהעיר על כך סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב.

[62] רש"י שם, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך.

[63] ומה שאמר שמואל, "אפילו אנגריא שאינה חוזרת", הכוונה שעבדי המלך אינם מחזירים את החמור ביזמתם, אבל אם הבעלים הולכים אחריהם, כשיפגשו בחמור אחר, יקחו אותו, ויחזירו לראשון את חמורו, כי כך מנהגם. העיר על כך הרמב"ן בחידושיו, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה פי' אנגריא. וראה גם, סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב. והשווה: חידושי מהריט"ץ על סוגיה זו (מודפס בסוף תשובותיו). הרמב"ן מוסיף, שבדרך זו של רש"י, יש לפרש את הדעה המובאת בירושלמי, בבא מציעא, פרק ו, הלכה ג (כו ע"ב בדפוס וילנא), ולפיה: "אגרא מיכא ללוד ואינסיבת [=שכרה מכאן ללוד וניטלה] אנגריא ללוד, אין חייב להעמיד לו חמור אחר. מיכא ללוד ואינסיבת אנגריא לצור, חייב להעמיד לו חמור אחר", ראה שם בדבריו. וכך העיר גם המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה נתפשה לעבודת המלך. וראה להלן, הערה 85.

[64] כפי שכבר הזכרנו (לעיל, הערה 48), רש"י עצמו מפרש שהדברים אמורים בשכירות חמור מסוים. פירוש הדבר אפוא, שאם נלקח החמור שלא בדרך הליכתו, המשכיר חייב להעמיד במקומו חמור אחר. וקשה: מדוע יהיה המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר חמור אחר, תהיה ההכבדה שנגרמה לשוכר אשר תהיה, הלא לא השכיר לו אלא חמור מסוים זה, ואותו חמור הוחרם, ואין אפילו אפשרות להעמיד אחר במקומו מדמי נבלתו (השווה פירושו של רש"י במשנה, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה חייב), שהרי אין כאן נבלה. שאלה זו על פירוש רש"י שאל תוספות רבנו פרץ, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה כשאין בדמיה ליקח: "ומתניתין דקתני חייב להעמיד לו חמור אחר, מיירי בחמור סתם. ולא כדפירש בקונטרס [=רש"י], דלפירושו משמע דמיירי בחמור זה, וזה אינו, דאם כן קשה מאנגריא". וכך שאל על רש"י גם הרא"ש בתוספותיו, ד"ה

אבל אין לדרוש ממנו שיסבול איחור כתוצאה מההחרמה. לכן אף אם האנגריא מחזירה את החמור מיוזמתה, אם כיוון הנסיעה שלה שונה מזה של השוכר, אינו צריך לסבול את האיחור שייגרם לו כתוצאה מכך. לעומת זאת, אם הפקת תועלת מהמושכר כרוכה במאמץ (גופני[65] או כספי[66]), מאמץ זה אינו מהווה עילה לדרוש מושכר חלופי, אלא רק עילה להפחתת דמי השכירות[67]. רב נוקט דעה הפוכה. לדעתו, מאמץ (גופני או כספי) עשוי לזכות את השוכר בהחלפת המושכר, אך לא איחור.

על פי פירוש זה בהסבר הסוגיה, נמצא אפוא שהמבחן הבלעדי בסוגייתנו הוא מבחן קיום השימוש במושכר, ואין כל נפקות לשאלת נסיבות אירוע הפגם (פנימי או חיצוני). מדברי שמואל למדנו, שכל עוד אפשר להשלים את מטרת השכירות במועד, אין לומר שנשללה מטרת השכירות, אף אם הדבר כרוך בהכבדה או בהשקעה כספית כלשהי.

(ד) מבחן קיום המושכר ולא מבחן נסיבות הפגם (הראב"ד והרשב"א)

הראב"ד[68] מסביר, שלא כרש"י, שהכוונה בביטוי "בדרך הליכתה" היא, ש"לפי תומם פגעו בו, ונטלוה". ואילו "שלא בדרך הליכתה" משמעו, "שהיו עומדין לו במארב, מפני שהיה מבריח מהן המס הזה, וארבו לו ולקחוה"[69]. הראב"ד מבחין אפוא בין מחרימים הפועלים "לפי תומם" לבין מחרימים האורבים ומחפשים דווקא את חמורו של המשכיר. במקרה הראשון, המשכיר פטור מלהעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, שכן הוא אומר לו: "מקרה היה לך, וחמורי ראויה למלאכתך". לעומת זאת, במקרה השני, השוכר יכול לומר למשכיר: "ודאי מקח טעות הוא, שהיית יודע שנבאשת בעיניהם, ומאיימין אותך, ושכרת [=השכרת]

רב לטעמיה: "ומתניתין בחמור סתם. דאי בחמור זה, היכי אמר רב לעיל, אבל באנגריא שאינה חוזרת חייב להעמיד לו חמור אחר, מאי שנא מבית זה ונפל?". אולם נראה שאין ממש בקושיה זו על פי דרכו של רש"י, שהרי כבר הסביר רש"י (שם), שאחת המשמעויות של הלכת המשנה "חייב להעמיד לו חמור חמור" היא, שאם המשכיר לא יעשה כן, עליו להחזיר את דמי השכירות לשוכר, וזה יכול להתקיים גם בחמור שנלקח לאנגריא. וראה באריכות ניתוח שיטת רש"י, בדיוננו על סעיף 1, הערה 153.

65 כגון בחמור שהבריקה, שהמשכיר אומר לשוכר, "טרח ויישר אותה בדרכים" (רש"י, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הרי שלך לפניך), דהיינו שעם מאמץ, תוכל להשלים את מטרת השכירות כמתוכנן.

66 זאת כנראה כוונת רש"י, כשהוא אומר, בד"ה אומר לו הרי שלך לפניך: "שכור חמור אחר, ולך אחריו עד שיפגע בחמור אחר". ומכאן תשובה לשאלת התוספות, שם, ד"ה אם בדרך הליכתה ניטלה. השווה: לשונו של טור, חו"מ, סימן שי, סעיף א. וראה סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב. והשווה: חידושי הריטב"א, שם, ד"ה ושמואל אמר.

67 ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ד, המדייק זאת מלשונו של רש"י, שכתב: "ואף מזלך גרם". אולם השווה: לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א. וראה על כך להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 207.

68 מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והראב"ד פירש וזה לשונו. מובא גם בבית הבחירה למאירי, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה נתפשה, בשם גדולי ספרד (המהדיר של בית הבחירה מעיר שם, הערה 47, שב"גדולי ספרד", הכוונה לרבנו חננאל. פירוש זה של הראב"ד הובא גם על ידי החידושים המיוחסים לריטב"א, שם, ד"ה שם בדרך הליכתה, ובסוף העיר: "וכן נראה לר"ח". אולם ראה להלן, שלדעתנו אין הדברים נכונים, אלא שיש לרבנו חננאל פירוש שונה מזה של הראב"ד. אם כי יש אכן מי שאומר שגם רבנו חננאל נוקט את מבחן קיום המושכר. ראה להלן, ליד ציון הערה 100).

69 יש להעיר שעל פי פירוש זה, הנושא של "דרך הליכתה" הוא האנגריא. ואילו לפירוש רש"י לעיל, וכן לפירוש רבנו חננאל, שנראה להלן, הנושא הוא החמור.

אותה לי, וכמי שלא נתן חמור מלכתחילה הוא"[70], ועל כן חייב הוא להעמיד לרשותו מושכר חלופי.

מתוך דבריו — "מקרה היה לך, וחמורי ראויה למלאכתך" — נראה שהראב"ד, כמו רש"י, אינו מאמץ את מבחן מקור הפגם (פנימי או חיצוני)[71]. אילו היה סובר, שכאשר נגרם הפגם כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני, המשכיר פטור מלהעמיד מושכר חלופי (ובלבד שאינו אחראי לפגם), לא היה צריך להדגיש "וחמורי ראויה למלאכתך", שכן כך היה הדין גם אם החמור היה יוצא מכלל שימוש. אולם הראב"ד אינו מאמץ את מבחן קיום השימוש במושכר שהציע רש"י, שכן לדעתו אף שהוחרם המושכר, והשוכר אינו יכול להשתמש בו, המשכיר אומר לו, "מקרה היה לך, וחמורי ראויה למלאכתך".

נראה שלדידו המבחן הקובע הוא מבחן קיום המושכר. כל זמן שהמושכר קיים, המשכיר אינו חייב להעמיד לשוכר מושכר חלופי, גם אם השוכר מנוע מלהשתמש במושכר, שכן אומדים דעת המשכיר, שלא התחייב להעמיד מושכר חלופי כל עוד המושכר המקורי קיים[72]. לפי הצעה זו, זוהי ההבחנה בין שני חלקי המשנה, שדננו בה לעיל: הרישא (הבריקה או נלקחה לאנגריא) עוסקת בפגם שאינו מביא להרס המושכר — המושכר עדיין קיים (ב"הבריקה", אמנם גוף המושכר נפגם, אולם עדיין הוא ראוי לשימוש, ונמצא שהוא עדיין קיים; וב"אנגריא", אמנם השוכר אינו יכול להשתמש במושכר, אולם המושכר עצמו קיים, וראוי עוד לשימוש). בכגון זה, המשכיר לא התחייב להעמיד מושכר חלופי ("לא בכך שעבד עצמו באחריותה", לשון הרשב"א[72*]), שכן התחייבותו להעמיד מושכר חלופי לא הייתה אלא לכשייהרס המושכר או יאבד, ולא כל זמן שהמושכר עצמו קיים וראוי כשלעצמו לשימוש. אם הנסיבות הן שהשוכר אינו מצליח לממש את זכותו, אומר המשכיר לשוכר: "מקרה היה לך", והוא פטור מלהעמיד לו חמור חלופי. לעומת זאת, הסיפא (מתה או נשברה) עוסקת בפגם המביא להרס המושכר — המושכר כבר אינו קיים[73], ובכגון זה, אם לא יעמיד המשכיר מושכר חלופי, הרי הוא יפר את התחייבותו. חידושו של שמואל הוא, שאם ידע המשכיר (או צריך היה לדעת) בשעת כריתת השכירות, שהמושכר יוחרם, הרי אף שהמושכר קיים, המשכיר נחשב כמי שלא העמיד מושכר לרשות השוכר כלל, ולכן הוא חייב להעמיד לרשותו מושכר חלופי.

[70] וכך עולה גם מפירושו של ר' יהונתן מלוניל: "ואם לא היו פוגעים בה, היו מחפשין אחריה, שהיתה נודעת להם, ודאי מחמת המשכיר באו, ולפיכך חייב המשכיר".

[71] השווה: רשב"א, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב, שכתב גם הוא בעקבות הראב"ד, שהביא אותו מתוך הסכמה (שם, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך): "נלקחה לאנגריא, אומר לו: 'הרי היא עדיין ראויה למלאכה שהשכרתיה לך'".

[72] יש לציין שמבחן קיום המושכר אינו רלוונטי, לפי הראב"ד והרשב"א, אלא לעניין העמדת מושכר חלופי. הוא אינו רלוונטי לעניין חובת תשלום דמי השכירות. כלומר, אף שהמושכר קיים, אם השימוש בו נמנע מן השוכר, דעתם היא שיש לפטור את השוכר מתשלום. ראה לעיל, הערה 53. וראה גם דיוננו על סעיף 15, הערה 222, גם שם אנו מעירים על כך. והשווה להלן, הערה 86.

[72*] רשב"א, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב.

[73] והשווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו, המבחין הבחנה דומה בין בית שהוחרם לבית שנפל: "ולא דמי לנפלה, דליתא הבית בעיניה [=שהבית אינו בעין], אבל כל היכא דאיתיה הבית בעיניה [=כל מקום שהבית ישנו בעין], כמות שהשכירה, יכול לומר 'הרי הבית לפניך'". על שיטת מחנה אפרים, ראה להלן, ליד ציון הערה 95.

(ה) מבחן "מזלך גרם" או מבחן נסיבות הפגם (רבנו חננאל)

דברי שמואל נתפרשו על ידי רבנו חננאל[74] בצורה שונה, ופירושו, שכנראה התקבל על ידי השולחן ערוך[75], מוביל למסקנות משפטיות שונות מאלו שראינו לעיל. לדעת רבנו חננאל, כוונת שמואל היא, שאם הוחרם החמור מן השוכר על ידי עבדי המלך, כשפגשו אותו בדרך ("אם בדרך הליכתה ניטלה"), כי אז המשכיר יכול לומר לשוכר: "מזלך גרם. שאילו היתה בבית, לא היתה ניטלת"[76]. במילים אחרות, מאחר שהשימוש במושכר על ידי השוכר הוא שהביא, אם כי במקרה, להחרמת החמור, הרי אינו יכול לבוא בטענות לאף אחד על ביש מזלו, "דלא דמיא למתה, דהכא [=כאן (כשנלקחה לאנגריא)], מוכח דמזלא דידיה גרם [=ברור שמזלו גרם], מחמת מהלך הדרך נעשה האונס, שעל עוברי דרכים נגזרה"[77]. לעומת זאת, אם הוחרם החמור על ידי עבדי המלך, אשר עברו מבית לבית, וערכו שם חיפושים אחרי חמורים (ולאו דווקא אחרי חמורו של המשכיר, כפי שיטת הראב"ד), כי אז אי־אפשר לומר שהשוכר היה ביש מזל, שכן גם אם החמור היה נשאר בבית, הרי היו מוצאים אותו שם, ומחרימים אותו. לכן במקרה כזה, המשכיר חייב להעמיד לו חמור אחר[78].

[74] פירושו של רבנו חננאל לא הגיע אלינו אלא מכלי שני. אנו מציגים בפנים את שיטת רבנו חננאל כפי שהיא עולה מפירוש התוספות, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה אם בדרך הליכתה ניטלה, הכותב: "ואם שלא בדרך הליכתה ניטלה, דהיינו שמחפשים גם בבתים, שאז לא מזלו של שוכר גרם". על פי דברים אלה, משמעות הביטוי "שלא בדרך הליכתה" אינה שעבדי המלך מחפשים את חמורו של המשכיר דווקא, אלא שהם נכנסים גם בבתים כדי לקחת משם חמורים, ולא שהם מחרימים רק את החמורים שהם פוגשים בדרך. כפירוש התוספות, עולה גם מדברי רבנו חננאל, המובאים בחידושי הר"ן, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה ושמואל אמר: "ר"ח ז"ל פירש, אם בדרך הליכתה ניטלה, שלא היתה האנגריא מחזרת אחריה, אלא שמצאה דרך הילוכה ביד השוכר, אומר לו, הרי שלך לפניך, דמזלך גרם. שאלו היתה בביתו של משכיר, לא נטלוה. ואם לאו, שהאנגריא זו אינה נוטלת מה שהיא מוצאת בדרך בלבד, אלא אף בבתים היא מחזרת, חייב להעמיד לו חמור, שאף אלו היה בביתו של משכיר, היו מוליכין אותו". וכן עולה גם מתוך פירוש רבנו חננאל, המובא בחידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה ושמואל אמר. וכן משמע גם מדברי רבנו חננאל, המובאים באור זרוע, בבא מציעא, פרק ו, סימן רנב, האומר: "זה לשון פירוש רבנו חננאל (משמע שהוא מעתיק את הלשון מכלי ראשון)... אבל אם היו מחפשים אחריה, ומצאוה ואנסוה, מחמת המשכיר הוא, שאפילו היתה בביתו, משם היו נוטלים אותה" (והשווה: לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א). והשווה ללשון הרמב"ן, שכתב בשם רבנו חננאל: "ואנסוה מחמת המשכיר", שזה לכאורה משמע כפירוש הראב"ד. אולם נראה יותר לומר, שבדברי הרמב"ן הושמטה המילה "הוא" ("מחמת המשכיר הוא"), שכן פרט למילה זו לשונו זהה לגמרי ללשון המועתקת ב"אור זרוע" (תודתי נתונה לרב א' מילר, שהעיר לי על פרט זה בדברי הרמב"ן). והשווה שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סה ע"ד, ד"ה ולעיקר), שמדבריו נראה שלמד על פירוש רבנו חננאל מתוך לשונו המשובשת של הרמב"ן, דבר המסביר מדוע דעתו קרובה לדעת הראב"ד, אף שלפי דבריו הוא נוקט את שיטת רבנו חננאל. וראה לעיל, הערה 68, שם הערנו על הטשטוש בין דעת הראב"ד לדעת רבנו חננאל. והשווה גם: שיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה אם דרך הליכתה, וד"ה ונראה.

[75] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב, שמסיק מלשון השולחן ערוך, שפסק כמו רבנו חננאל. וראה בעניין זה: אור זרוע, בבא מציעא, פרק ו, סימן רנב; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ.

[76] כבר הערנו לעיל, הערה 69, שלפי רבנו חננאל הנושא של "דרך הליכתה" הוא החמור, ולא האנגריא, כפי שפירש ראב"ד.

[77] לשון תוספות הר"י, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה אם דרך הליכתה ניטלה. וראה, שם, ד"ה ונראה, הערתו של ר"ש משאנץ, שגזרת המלך, לאו דווקא.

[78] הרמב"ן מוסיף, שכהסבר זה, של רבנו חננאל, יש לפרש את הדעה בירושלמי, בבא מציעא, פרק ו, הלכה ג (כו ע"ב בדפוס וילנא), האומרת: "בקפנדריא [כלומר, בשדות וכרמים], אינו חייב להעמיד לו חמור.

מתוך פירושו של רבנו חננאל בסוגיה התלמודית שראינו זה עתה, עולה העיקרון המשפטי הבא: אם יש קשר עובדתי בין השימוש שעשה השוכר במושכר לבין אירוע הפגם, דהיינו שבלא השימוש במושכר, הפגם לא היה מתחולל, כי אז המשכיר אינו חייב לשוכר דבר. לעומת זאת, אם אין קשר כזה, הרי העובדה שהפגם אירע כתוצאה מאירוע חיצוני למושכר כשלעצמה אינה פוטרת את המשכיר מחיובו כלפי השוכר להעמיד לו מושכר חלופי. על היקפו של עיקרון זה, נחלקו הסמ"ע, "נתיבות המשפט" ו"מחנה אפרים". תחילה נראה את דברי הסמ"ע, ומתוך דבריו נעמוד גם על ההיגיון המשפטי שביסוד פירושו של רבנו חננאל.

1. הסמ"ע[79] קובע: "אין צריך להעמיד לו בהמה אחרת, כשלקח משרת המלך הבהמה דרך הליכתו, שפגע בו בהיותו הולך עם הבהמה בדרך, דאמרינן מזלו גרם, דאילו היה יושב בביתו ועושה בה מלאכתו שם, לא היו מחפשים אחריו. מה שאין כן כשלא בדרך הליכתו לקחו ממנו, אלא חפשו אחריו בביתו, דאמרינן שם בגמרא, דחייב להעמיד לו אחר, דזהו דומה למתה הבהמה, דאמרינן, 'מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם [=מה לי כאן, מה לי שם. היינו שהפגיעה הייתה קורית בכל מקום]'. הכי נמי אף כשהיתה הבהמה בבית המשכיר, היה מחפש אחריה בביתו, ולוקחו מידו". מדברי הסמ"ע עולה בבירור, כפי שעלה מפירוש רבנו חננאל, שאין כל חשיבות לשאלת מקור הפגם — פנימי או חיצוני (מתה או הוחרמה). השאלה הרלוונטית היחידה היא: האם הפגם אירע בעטיו של השוכר אם לאו? ההנחה היא, שהמשכיר, אפילו שהשכיר מושכר בלתי מסוים, לא התחייב לשאת באחריות לאבדן השימוש אשר נגרם בגלל השוכר ("מזלך גרם"). אולם מאחר שגם השוכר וגם המשכיר הם בעלי זכויות במושכר (זה בעל זכות השימוש וזה בעל זכות הבעלות), כיצד נדע בשל מי נגרם הפגם? לשם כך מציע הסמ"ע את מבחן הקשר שבין השימוש לפגם. על פי מבחן זה, כל מה שקורה למושכר הוא סיכונו של המשכיר (מזלו), משום ש"מלאך המוות — מה ליה הכא, מה לי התם". כלומר, מפני שההנחה היא, שהפגם היה קורה גם אילולי היה המושכר בהחזקתו של השוכר. אם המשכיר רוצה להטיל את הסיכון על כתפי השוכר, עליו להוכיח, שאם המושכר היה נשאר בידו, הוא לא היה נפגם. לשם כך עליו להראות קשר עובדתי בין שימושו של השוכר ובין הפגם שאירע במושכר. מבחן זה נובע ממהותה של השכירות. אדם ששוכר נכס, יהיה זה אפילו נכס בלתי מסוים, רוכש את זכות השימוש בו. ככל בעל זכות אחר, מן הדין שהשוכר יישא בסיכונים הכרוכים בזכות שרכש. במילים אחרות, כשם שהקונה נכס, נושא בתוצאות של אבדן הנכס, שהוא הסיכון הכרוך בבעלות, כך השוכר נכס נושא בסיכונים הכרוכים בשימוש.

על פי עיקרון זה של הסמ"ע יש לקבוע, שבמקרה של חמור שכור שנטרף בדרכו בידי חיית טרף, המשכיר לא יהיה חייב להעמיד לרשות השוכר חמור חלופי (שלא כמו בחמור שהתליעו רגליו[80]), שכן הוא יכול לטעון שמזלו של השוכר גרם, כלומר שאילולא הביא השוכר

בסילקי [כלומר, שהיה המלך מחפש אחריה אפילו בבית], חייב להעמיד לו חמור אחר". וראה לעיל, הערה 63.

[79] סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב.

[80] על פי רוב, פגם שאירע מתוך המושכר עצמו, כתוצאה מהשימוש בו, הוא פגם שהיה מתגלה גם אצל המשכיר, ואז השוכר יכול לטעון: "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם". לכן אם "התליעו רגליו" של החמור, המשכיר חייב להעמיד לשוכר חמור אחר (אם הושכר לרכיבה), משום שההנחה היא שהפגם היה קורה גם ברשותו של המשכיר. אולם אם אין זה המצב, ויש הוכחה שהפגם לא היה מתגלה אצל המשכיר,

את החמור באותו מקום, לא היה נטרף, ועל כן עליו לשאת בהפסד[81]. לעומת זאת, בית שכור שנשרף, אף ששרפת הבית לא אירעה בגלל טיב הבית, אלא כתוצאה מאירוע חיצוני, אין דינו שונה מדין בית שהתמוטט, שכן שרפת הבית אינה קשורה לשימוש שעשה בו השוכר[82].

2. "נתיבות המשפט"[83] מקבל בעיקרון את גישת הסמ"ע. גם הוא סבור שכדי לקבוע על מי להטיל את ההפסד, על השוכר או על המשכיר, יש לבחון את נסיבות אירוע הפגם, כדי לקבוע אם הפגם היה קשור בשימוש או לא היה קשור בו. אולם לדעתו אין זה העיקר. "העיקר הוא, דכל שהאונס נעשה בגוף הבהמה[84], מזל המשכיר גרם, ואפילו בנשבר מחמת המלאכה[85], דומה למתה. אבל אם לא בא האונס רק [=אלא] במלאכת השוכר, חייב ליתן לו שכרו משלם[86], דמזלא דידיה גרם". במילים אחרות, העיקר הוא לבחון את נשוא הפגם. כלומר, האם הפגם פגע באפשרות השימוש במושכר בלבד, או שמא פגע הפגם במושכר עצמו. אם פגע הפגם בגופו של המושכר, אין להטיל על השוכר את ההפסד, שכן גופו של המושכר אינו רכושו של השוכר. זכות השימוש שלו נפגמה רק כתוצאת לוואי של אבדן המושכר עצמו, שהוא בבעלותו של המשכיר, על כן על המשכיר לשאת בתוצאות הפגם, אף שהיה קשור בשימוש[87]. לעומת

והוא נגרם דווקא בעקבות שימושו של השוכר, אז יאמר המשכיר לשוכר: "מזלך גרם", ויהיה פטור מלהעמיד לרשותו חמור אחר.

81 יש לציין שהלכה זו היא בגדר השערה בדעתו של הסמ"ע. הסמ"ע לא התייחס לשאלה זו בדבריו.

82 כך פסק מהר"ם מרוטנבורג (מובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מז). ובעקבותיו פסק כך הרמ"א, בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז (ראה: סמ"ע, שם, ס"ק לד). והשווה: תשובות מיימוניות, שם, סימן כז, שיש מי שפסק אחרת. על תשובות אלה, ראה: שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא, ובמיוחד דבריהם של ר' אהרן בן שלמה ז' חסון (דף סה ע"א־ע"ג), ושל ר' יוסף ז' עזרא (דף סה ע"ד).

83 נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב.

84 כוונת "נתיבות המשפט" אינה לפגיעה בגוף הבהמה דווקא, אלא גם לפגיעה בזכות הבעלות של המשכיר על המושכר, ראה להלן, הערה 90. השווה: שו"ת הרא"ש, כלל צא, סימן ה, שכתב: "כיון שיצא הקרקע מתחת יד שמעון [המשכיר], אין כאן עוד שכירות". והשווה גם: אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א.

85 דהיינו, אפילו כשהפגם נגרם כתוצאה מהשימוש שעשה השוכר במושכר, וממילא אי־אפשר לומר "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם". "נתיבות המשפט" טוען שהמקרה המובא במשנה "השוכר את החמור ונשברה", מוכיח שאף שהפגם נגרם עקב השימוש (שהרי נשבר בדרך), אין זה מפחית מחיובו של המשכיר. ראה להלן, הערה 87.

86 אמנם אין אנו עוסקים כאן בשאלת התשלום (שנדון בה בדיוננו על סעיף 15), אולם נעיר שמדברי "נתיבות המשפט" עולה, ששתי השאלות (העמדת מושכר חלופי ופטור מתשלום דמי שכירות כשנמנע השימוש במושכר), מוכרעות על פי אותם מבחנים. זו גישתם של רוב הראשונים והפוסקים לבד מראב"ד ורשב"א. ראה לעיל, הערה 72.

87 לדעתו, דברי הסמ"ע אינם מתיישבים עם המשנה (בבא מציעא ו, ג; עח ע"א), המחייבת את המשכיר להעמיד חמור אחר, לא רק אם מת החמור המקורי, אלא גם אם "נשברה", והרי "אם נשבר החמור בדרך הילוכו, לא שייך לומר 'מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם'", שהרי שבירתו של החמור נגרמה בדרך הליכתו, דהיינו כתוצאה מהשימוש. במילים אחרות, לכאורה אין הבדל בין חמור שנשבר בדרך הליכתו לחמור שנלקח לאנגריא בדרך הליכתו, שכן שני הפגמים קשורים באותה מידה ממש בשימושו של השוכר. ואם במקרה הראשון נפסק, שהמשכיר חייב להעמיד לו חמור אחר, כך היה צריך להיות הדין גם במקרה השני. מכאן מגיע "נתיבות המשפט" להצעת ההבחנה בין פגיעה בזכות השימוש בלבד לפגיעה בבעלות. ב"נשברה", אף שהיה זה עקב השימוש, מאחר שהפגיעה היא בבעלות, אי־אפשר לטעון: "מזל השוכר גרם". לעומת זאת, בחמור שנלקח לאנגריא בדרך הליכתו, הפגיעה היא בזכות השימוש בלבד, ובגלל השימוש, ולכן על השוכר לסבול ממנה.

נראה, שהסמ"ע היה יכול לדחות את הוכחת "נתיבות המשפט". הוא היה מסביר, שהמשנה אינה מדברת

זאת, מסכים "נתיבות המשפט", שאם הפגם — שנגרם כתוצאה מהשימוש — לא פגע אלא באפשרות השימוש (ואילו המושכר עצמו עדיין בנמצא), השוכר הוא שיצטרך לסבול מכך, שכן הפגם פגע בזכותו בלבד, זכות השימוש, ולא בזכות הבעלות של המשכיר על המושכר.

כך מסביר "נתיבות המשפט" את הדין בעניין בהמה שהושכרה למשא, וחלתה, שהמשכיר פטור מהעמדת בהמה חלופית, "כיון שאין האונס בא על גופה של פרה, רק על הפירות שלקח ממנו [השימוש בפרה]"[88]. ואף כאשר הפגיעה היא רק בשימוש (ולא בגוף המושכר), אם מניעת השימוש לא נגרמה כתוצאה מהשימוש, אין להטיל על השוכר את תוצאותיה. כך מסביר "נתיבות המשפט" את ההלכה בעניין בהמה שהושכרה לרכיבה, וחלתה, שהמשכיר חייב להעמיד בהמה חלופית, "דשאני שכרו לרכוב, דמעיקרא זביני [=קניין] רעה הוי, דיש לומר דמעיקרא הוי תשושת כח". כוונתו היא, שאף שהפגם אינו אלא בזכות השימוש, בכגון זה, מאחר שהפגם לא אירע בגלל השימוש, כי אם בגלל איכותו הירודה של המושכר ("זביני רעה"), על המשכיר לסבול מהפגם, ולא השוכר[89].

בחמור שנתקל בדרכו ושבר את רגלו, שאז באמת היה ברור שהפגם נגרם כתוצאה מהשימוש. המשנה מדברת, בחמור שרגלו נשברה כתוצאה מההליכה עצמה (כעין התליעו רגליו). פגם כזה, לא נגרם כתוצאה מהשימוש המיוחד שבחר השוכר לעשות במושכר, אלא הוא היה קורה גם אם היה נשאר ברשותו של המשכיר, במובן הזה אפשר לומר גם ב"נשברה": "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם".

המעיין בדברי "נתיבות המשפט", יראה שבתחילת דבריו כנגד הסמ"ע הוא אומר, שדין האנגריא לא יכול להיות אמור באנגריא שאינה חוזרת לעולם, שכן במקרה כזה "הוא בכלל נשבה האמור במתניתין [=במשנתנו]". ועיין אבני החושן (רייזנר), חו"מ, סימן שי, ס"ק א, שטוען ש"נתיבות המשפט" לא דייק, שכן המשנה כלל אינה מדברת על המקרה של נשבה. וראה גם: טבעת החושן, סימן שי, ד"ה ועיין, שגם הוא מתקשה בהבנת דברי "נתיבות המשפט". אולם לנו נראה שיש לקרוא בדברי "נתיבות המשפט": "נשבר" או "נשברה". בהמשך הדברים (ראה מובאה לעיל), אכן כתוב במפורש "נשבר", ולא "נשבה".

88 נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק א. יצוין כאן, בדרך אגב, שמתירוץ זה עולה, שלדעת "נתיבות המשפט", כשהרמב"ם, ואחריו השולחן ערוך, דנים בבהמה שחלתה, הפגם שממנו סובלת הבהמה אינו פגם בלתי הפיך, אלא פגם עובר, דהיינו מחלה שהבהמה יכולה להחלים ממנה. אילו היה מדובר במחלה שאינה עוברת, "נתיבות המשפט" לא היה יכול לטעון, "שאין האונס בא... רק על הפירות", כלומר על זכות השימוש בלבד ולא על גוף המושכר. ואמנם נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד, מדבר על בהמה ש"חלתה ועומד[ת] להתרפא". והשווה: מרכבת המשנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב, ואבן האזל, שם, הלכה א, שגם מדבריהם נראה שהחולי עליו מדבר הרמב"ם הוא חולי עובר. והשווה לעיל, הערה 44.

89 כאן נשאלת השאלה, מדוע לא נאמר כן גם בבהמה שהושכרה למשא? הפתרון לשאלה זו אינו בהבחנה שהציעו שאר הראשונים, שבבהמה שהושכרה למשא רגיל וחלתה, אפשר להשלים את מטרת השכירות למרות הפגם, ואילו בבהמה שהושכרה לרכיבה, אי־אפשר להשלימה. הבחנה זו אינה מוזכרת בדבריו של "נתיבות המשפט" (וראה לעיל, הערה 44, שם הוכחנו שהרמב"ם אינו מקבל הבחנה זו). ייתכן, ש"נתיבות המשפט" הבין את ההבחנה בין משא ורכיבה באופן הבא: רכיבה (וכן משא כלי זכוכית) היא מלאכה קלה (משקל קל) שאין לצפות שכתוצאה ממנה תחלה הבהמה. לעומת זאת, משא היא מלאכה קשה ("משוי שאפשר להשליכו בלא הקפדה" — לשון הרמב"ם), שבהמה עלולה לחלות בעקבותיה. נמצא שבמקרה האחרון, סביר לומר שמחלת הבהמה נגרמה עקב השימוש, ודינה כדין בהמה שנלקחה לאנגריא בדרך הליכתה. ואילו במקרה הראשון, מאחר שהבהמה לא הייתה אמורה לחלות, מתברר למפרע, שמלכתחילה חמור זה שהעמיד המשכיר לרשות השוכר היה באיכות ירודה ("זביני רעה"), וגם אם היה נשאר בידי המשכיר, הייתה מתגלה בו מחלה, או במילים אחרות, מתברר שהפגם לא היה קשור בשימוש. משום כך, דינה כדין בהמה שנלקחה לאנגריא שלא בדרך הליכתה, ועל המשכיר להעמיד לשוכר מושכר חלופי. נמצא שכאשר לא נפגם אלא השימוש במושכר, מסכים "נתיבות המשפט" עם הסמ"ע, שיש להתחשב בנימוק "מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם". כלומר, אם הפגם היה קורה בין כה וכה, אין להטיל את ההפסד

נמצא, ש"נתיבות המשפט" מרחיב את תחום אחריותו של המשכיר, לעומת הסמ"ע. לדעתו, גם כשאירע הפגם במושכר כתוצאה מהשימוש שעשה בו השוכר, יש שהמשכיר יסבול מהפגם, ולא השוכר. כך יהיה כל אימת שאבדן השימוש נגרם כתוצאה מאבדן המושכר עצמו. על פי הבחנה בסיסית זו, מצמצם "נתיבות המשפט" את הלכת התלמוד בנוגע לחמור שנלקח לאנגריא וקובע, שאם החמור נלקח לצמיתות, כי אז המשכיר אינו יכול לומר לשוכר "מזלך גרם", שכן ברור בעליל שמזלו של המשכיר גרם, שהרי איבד את חמורו[90]. מכאן עולה, שדעת "נתיבות המשפט" היא, שבשכירות בלתי מסוימת, משכיר שחמורו נטרף, לא יוכל לומר לשוכר: "הרי שלך לפניך", ועליו יהיה להעמיד לרשותו חמור אחר, שכן אף על פי שהיה קשר בין השימוש לפגם, הרי הפגם לא פגע בזכות השימוש של השוכר אלא כתוצאת לוואי של פגיעה בזכות הבעלות של המשכיר. וכן להפך, חמור שמחמת גורם חיצוני חלה במחלה שתחלוף לאחר תקופת השכירות, אף שהפגם אינו פוגע אלא בזכות השימוש של השוכר, ולא בזכות הבעלות של המשכיר, אם המחלה לא הייתה קשורה לשימושו של השוכר בחמור, חייב המשכיר להעמיד לרשותו מושכר חלופי[91].

אפשר לומר, ש"נתיבות המשפט" והסמ"ע אינם חלוקים בעיקרון המנחה בסוגיה זו. שניהם מסכימים שהשאלה המכרעת היא, "מזל מי גרם"? ההסתייגות היחידה של "נתיבות המשפט" משיטת הסמ"ע היא, שלדעתו כאשר נפגם גוף המושכר, העובדה שהמשכיר ניזוק מספיקה כדי לקבוע שמזלו של המשכיר גרם, ושיקול זה עדיף על שיקול הקשר בין השימוש למניעת השימוש.

על השוכר (דוגמה לכך: חמור שהושכר לרכיבה, וחלה), ורק אם הפגם נגרם בגלל השימוש, יש להטיל את ההפסד על השוכר (דוגמה לכך: חמור שהושכר למשא, וחלה). כשנפגם גוף המושכר (כלומר דבר הפוגע בבעלות המשכיר), גם אם אי־אפשר לטעון "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם", מאחר שרכושו של המשכיר הוא שנפגם, די בזה כדי לקבוע שמזל המשכיר גרם.

90 ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב. וכך כתב לפניו, לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א: "ואם אין מחזירין אותו כלל, צריך ליתן לו חמור אחר, וכגון שאמר לו חמור סתם". אמנם מפורש בתלמוד שדעת שמואל (המבחין בין "דרך הליכתו" ל"שלא בדרך הליכתו") אמורה גם ב"אנגריא שאינה חוזרת", אולם אין שום הכרח לפרש שהכוונה היא שהחמור אינו חוזר לעולם, אלא נראה שהכוונה היא שלא יחזור בתקופת השכירות. יש לציין שלפירוש זה מודה אפילו הסמ"ע, שם, ס"ק ב: "או שאינה חוזרת בעוד שהוא צריך לה למלאכתו, דגם זה מקרי אין סופו לחזור, דהא לאחר זמן החזרה היא שלא לתועלת לו (וכן נראה מפירוש התוספות, עיין שם בפרק האומנים, סוף דף ע"ח [ע"ב ד"ה אם])". אלא שהסמ"ע סבור, על פי דרכו, שאין זה הפירוש הבלעדי; הוא קובע במפורש: "אנגריא שאינה חוזרת, היינו [אפילו] שאינה חוזרת כלל". וראה: כסף משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, שרוצה לדייק מלשון הרמב"ם, שכן היא גם דעתו. אולם נראה שאין הכרח לדיוק זה. לשון הרמב"ם, "אף על פי שאין סופה לחזור", יכולה בהחלט גם היא להתפרש שאין סופה לחזור בתקופת השכירות.

91 הלכה זו עולה בבירור מתוך הבחנת הגמרא, בעניין חמור שנלקח לאנגריא, בין "דרך הליכתו" לבין "שלא דרך הליכתו". אם נלקח החמור "שלא בדרך הליכתו", היינו שההחרמה לא נגרמה עקב שימושו של השוכר בחמור, המשכיר חייב להעמיד לרשותו חמור אחר, וזאת אף שההחרמה אינה פוגעת אלא בזכות השימוש של השוכר (ראה לעיל, הערה 90). להדגמה נוספת להלכה זו, ראה נתיבות המשפט, סימן שי, סוף ס"ק ב, בעניין בית שהוחרם על ידי אנשי חיל. "נתיבות המשפט" משווה מקרה זה למקרה של חמור שמחפשים אותו גם בבתים. כלומר, הוא מקבל כאן את הטיעון "מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם". השווה: גידולי שמואל (ניימן), בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והנה, שלא עמד על נקודה זו. הוא טוען, שמאחר שאין לומר שמזל המשכיר גרם, שהרי לא איבד את רכושו, זה נימוק מספיק כדי לפטור אותו מחובת העמדת מושכר חלופי. הערנו על כך כבר בדיוננו על סעיף 7, הערה 104.

אולם אפשר גם להציג את ההבדל בשיטתם של הסמ"ע ו"נתיבות המשפט" כהבדל יסודי יותר. הסמ"ע שואל רק את השאלה: בגלל מי אירע הפגם? אם הפגם היה קשור בשימוש, מספיק הדבר כדי לקבוע שהפגם אירע בגלל השוכר, שהוא בעל זכות השימוש, ולהטיל עליו את תוצאות הפגם. ואילו אם הפגם לא היה קשור בשימוש, ההנחה היא שהפגם אירע בגלל המשכיר, כלומר שזהו סיכון שלו, ואין השכירות מעבירה אותו על כתפי השוכר ("מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם"). לעומתו "נתיבות המשפט" שואל קודם כול את השאלה: במי פגע הפגם? האם בבעלים של גוף המושכר (המשכיר) או בבעלים של זכות השימוש במושכר (השוכר)? אם הפגם פגע בבעלותו של המשכיר, גם אם היה הדבר קשור בשימושו של השוכר, ברור שהבעלים הוא הנפגע העיקרי, ועל כן עליו לשאת בתוצאות (שכן הפגיעה שנגרמה לשוכר, שאיבד את השימוש, אינה אלא פועל יוצא מהפגיעה בבעלותו של המשכיר). אם לא נפגמה אלא זכות השימוש, רק אז יש לשאול: בגלל מי אירע הפגם? כלומר, אף על פי שהשוכר הוא בעל זכות השימוש, אין זה ברור שהוא נושא בסיכון של אבדן השימוש. אם לא היה קשר בין שימושו במושכר לבין הפגם, הוא לא יישא בסיכון, שכן אין סיבה שיסבול מהפסד שהיה קורה גם אם היה המושכר נשאר בהחזקתו של המשכיר ("מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם"). אם היה קשר בין השימוש לפגם, רק אז יישא השוכר בסיכון[92].

ייתכן שבאים כאן לידי ביטוי הבדלי התפישה של הסמ"ע ו"נתיבות המשפט", בעניין מהות השכירות. הסמ"ע, שרואה בשכירות זכות קניינית[93], אינו מתחשב אלא במבחן הקשר כדי לקבוע מזלו של מי גרם, שכן בתקופת השכירות יש לשניהם זכויות בעלות במושכר. "נתיבות המשפט" לעומתו, שאינו רואה בשכירות זכות קניינית, אלא רק חיוב[94], קובע שכאשר הפגם פוגע בבעלות על המושכר, הרי זה ללא ספק "מזלו" של המשכיר, ולא של השוכר, שהרי לשוכר אין זכויות בעלות במושכר. אם כי יש לעיין שוב בהצעה זו לאור מה שנביא להלן בדעת "מחנה אפרים".

3. "מחנה אפרים"[95] הבין אחרת את פירוש רבנו חננאל. הוא מסביר, שההבדל בין מקום שמחפשים בבתים למקום שאין מחפשים בבתים זהה להבדל בין "מכת מדינה"[96] למכה פרטית. כלומר, בין מכה הפוגעת בכול, בלא הבחנה, לבין מכה הפוגעת באדם פלוני. כשהפגם פוגע באדם מסוים בלבד, ההנחה היא שמזלו גרם, ושאם המושכר לא היה בהחזקתו, הפגם לא היה קורה. אם גורלו של השוכר הוא שגרם לפגם, ודאי אין להטיל על המשכיר חובה להעמיד לרשותו מושכר חלופי[97]. לעומת זאת, אם הפגם פוגע בכול, בלא הבחנה ("מחפשים בבתים"), מוכח שלא מזל השוכר הוא שגרם, ועל כן יש להטיל את התוצאות על המשכיר[98].

[92] השווה: קוד סיביל הצרפתי, סעיפים 1725-1726.

[93] ראה על כך, דיוננו על סעיף 7, הערה 46.

[94] ראה על כך, דיוננו על סעיף 1, הערה 35. אמנם "נתיבות המשפט" מודה שלעניין זכות השימוש, דין השוכר כדין בעלים (כפי שהסברנו לעיל): "דהוי כלוקח פירות לזמן". זו הסיבה, שכאשר הפגיעה היא בזכות השימוש בלבד (ואין לומר, "מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם"), ההפסד הוא עליו. אולם אין זה סותר את תפישתו החוזית של השכירות. הערנו על כך כבר בהערה 35, שם. וראה גם להלן, הערה 167.

[95] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו.

[96] על המושג "מכת מדינה" ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 15, פרק שלישי, ב(3), עמ' 313.

[97] והשווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, שם כתב בקשר למלמד שחלה, "דאפשר שאם לא היה שכיר אצלו, לא היה נופל למשכב".

לכאורה בעוד שהסמ"ע ו"נתיבות המשפט" מעניקים למושג "מזלו גרם" משמעות משפטית רציונלית (קשר עובדתי, פגיעה ברכושו), הרי ש"מחנה אפרים" מפרש לכאורה את המושג במשמעות גזירת שמים. לפי "מחנה אפרים", אין צורך בקשר בין השימוש לפגם כדי לקשור בין השוכר לפגם, ועצם העובדה שהוא מחזיק במושכר מספיקה לשם כך, כי "מזלו גרם". אולם לדעתנו, לא כך יש להבין את שיטת "מחנה אפרים". הרי במקרה של הרס המושכר, כגון בית שנפל או חמור שמת (שם לא תיתכן מחלוקת, שכן דינם מפורש במשנה), יש להניח ש"מחנה אפרים" מקבל את ההנמקה של "נתיבות המשפט". כלומר, גם הוא יסביר כנראה, שאף שהרס המושכר לא אירע בנסיבות של "מכת מדינה", חייב המשכיר בכל זאת להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, שכן מאחר שהמושכר עצמו נהרס, מוכח שמזל המשכיר גרם[99], והמשכיר לא יוכל לומר, אילו היה הבית נשאר ברשותי, הוא לא היה נופל.

נמצא ש"מחנה אפרים" מאמץ אף הוא, כמו הראב"ד[100], את מבחן קיום המושכר, אם כי מנימוק שונה לחלוטין. אין מדובר באומד דעת המשכיר, שלא התחייב להעמיד מושכר חלופי כל עוד המושכר המקורי קיים, אלא מבחן קיום המושכר הוא מכריע לקביעת מזלו של מי גרם, כלומר מי נפגע מהפגם: אם המושכר אינו קיים, מוכח שמזלו של המשכיר גרם, שכן רכושו הוא שנפגע; ואילו אם המושכר קיים, ולא נפגמה אלא אפשרות השימוש של השוכר, ההנחה היא שהפגם פגע בשוכר בלבד, שכן רכושו שלו (זכות השימוש) הוא שנפגם[101]. חידושו של שמואל הוא, שקיימות נסיבות, שבהן אף שהמושכר עודנו קיים אי־אפשר לטעון שהפגם נגרם במזלו של השוכר. כך הוא לדוגמה, בנסיבות של "מכת מדינה", שם לא נפגע השוכר בלבד, אלא נפגעו כל אנשי המקום. ובוודאי שכך היה קובע "מחנה אפרים" אף כאשר אין "מכת מדינה", אלא שאפשר להוכיח קשר בין הפגם לבין המשכיר, כמו במקרה של החרמת החמור עקב אי־תשלום מסים (המקרה שבו דיבר הראב"ד).

אפשר אפוא לומר, ששיטת "מחנה אפרים", קרובה מאוד לשיטתו של "נתיבות המשפט". ההבדל ביניהם הוא, שלפי "נתיבות המשפט", כדי לקבוע שמניעת השימוש פגעה בשוכר, צריך להראות קשר בין מניעת השימוש לשימוש. לעומת זאת, לפי "מחנה אפרים", אין צורך בקשר כזה, ועצם העובדה שהשוכר הוא בעל זכות השימוש, מספיקה כדי ליצור זיקה בינו לבין אבדן השימוש. לפי זה, אין לומר ש"מחנה אפרים" הבין את הביטוי "מזלך גרם"

98 והשווה: ט"ז, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, ד"ה והא דאמרינן, שגם הוא מסביר, ש"מחפשין בבתים" מקביל ל"מכת מדינה".

99 והשווה: שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא, דברי ר' אהרון בן שלמה חסון (סה ע"א): "כיון שנפל הבית, יותר יש לתלות במזל המשכיר, שמפסיד ביתו לעולם, מלתלותו בשוכר, שאין לו הפסד אלא מן השכירות ליומיה".

יש לציין שבסוף דבריו, "מחנה אפרים" חוזר בו מתפישה זו (לא ברור לי מדוע). אולם נראה שפוסק אחר נקט בשיטה זו להלכה, ראה: שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן סז. על תשובה זו, ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 52. וראה גם לעיל, הערה 32, בעניין בית שכור המנוגע.

100 ראה לעיל, ליד ציון הערה 68 ואילך.

101 הראב"ד והרשב"א אינם מקבלים את ההבחנה הזאת, כפי שעולה מדברי הרשב"א, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך: "מה שכתב הרב [הראב"ד], נראה לי עיקר, דאם כן [כלומר, אם אמנם המבחן המכריע בשאלת חובת ההחלפה של מושכר סתם שנמנע השימוש בו הוא מבחן 'מזלך גרם'], אפילו מתה, אמאי חייב להעמיד לו חמור? לימא ליה, מזלך גרם". לפי דברים אלה ייתכן, שהרשב"א מבין את המושג "מזלך גרם" במובן של גזרת שמים, אולם הוא דוחה אותו מלשמש כמבחן משפטי בקביעת חובותיהם וזכויותיהם של המשכיר והשוכר.

במשמעות גזרת שמים, ושאין כאן טיעון משפטי רציונלי. גישתו של "מחנה אפרים" אינה פחות משפטית מזו של "נתיבות המשפט" והסמ"ע. לדידו, כפי שאמרנו, בעלותו של השוכר על זכות השימוש היא שמטילה עליו את הסיכון של אבדן השימוש. הדרך היחידה להעביר את הסיכון על כתפי המשכיר היא להוכיח, שגם אם זכות השימוש במושכר הייתה נשארת בידי המשכיר, המושכר היה נפגם. לשון אחר, עליו נטל הראיה, שה"מקרה" לא היה קשור בזכות השימוש כי אם בבעלותו של המשכיר. אם לא יעלה בידו להרים את הנטל הזה, יוכל המשכיר לטעון "מזלך גרם", כלומר: המקרה שאירע, אירע לך ולא לי ("נסתחפה שדך"), ואין עלי לשאת בתוצאותיו.

לעניין שכירות מושכר בלתי מסוים, שאנו עוסקים בה כאן, משמעות הדברים היא, שאמנם התחייב המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש לכל אורך תקופת השכירות, ולכן אם המושכר נעלם או נהרס, הוא חייב להעמיד לרשותו מושכר חלופי. אולם כל עוד המושכר ראוי אובייקטיבית לשימוש, המשכיר עומד בהתחייבותו, ואין הוא חייב להעמיד מושכר חלופי. העובדה שהשימוש נמנע מן השוכר היא הפסדו־מזלו של השוכר, זולת אם יעלה בידו להוכיח שמניעת השימוש אינה קשורה בזכות השימוש, אלא היא קשורה בזכות הבעלות של המשכיר. כך הוא בנסיבות של "מכת מדינה", הפוגעת בכל הבעלים, וכך הוא גם כשהייתה ההחרמה באשמת המשכיר (כגון שהמשכיר ידע שעומדים להחרים ממנו את המושכר, ובכל זאת השכיר אותו).

(ו) מבחן אחריות המשכיר ("דברי משפט", "תשורת ש"י")

העולה מדיוננו עד כה הוא, שההבחנה שהצענו בתחילת הדיון — בין פגם הנגרם מתוך המושכר עצמו לפגם שנגרם במושכר כתוצאה מנסיבות שמחוץ למושכר — לא נתקבלה על דעתו של אף אחד מן הראשונים או הפוסקים. אולם ראוי לציין שמבחן קרוב למבחן זה מצאנו אצל שניים מן האחרונים[102]. הם קבעו את מבחן אחריות המשכיר כעיקרון כללי בדיני שכירות. כלומר, אין המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, אלא אם כן אפשר לראות בו אחראי לאירוע הפגם. על פי אותו עיקרון הם מסבירים, שחמור שמת באמצע הדרך, חייב המשכיר להעמיד לו חמור אחר, כיוון שהבעלים "מסרו לו חמור רע כזה, דמסתמא היו מרגישין בו"[103]. וכן הסבירו שבית שנפל, חייב המשכיר להעמיד לשוכר בית אחר, כיוון שמסר לו "בית רע ועומד ליפול"[104]. לשון אחר, פגם שנגרם מתוך המושכר עצמו, חזקה שהמשכיר אחראי לו. לעומת זאת, פגם שנגרם כתוצאה מנסיבות שמחוץ למושכר (שהמשכיר לא ידע

[102] דברי משפט, סימן שי, סעיף א, ס"ק א; שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן תקטז (אותו רעיון מביע פוסק זה בספרו ערך ש"י, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז, בהסבר דברי הרמ"א. אולם השווה: שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימנים קכג, קכז, שם אין הוא מזכיר את ההבחנה בין נפל לנשרף, ודן בהם כדברים זהים. וצריך עיון בשיטתו). הוזכר לעיל, בדיוננו על סעיף 7, הערה 48; ולהלן, בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 249.

[103] דברי משפט, שם. והשווה: לחם משנה על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב, בהסברו לשיטת הרמב"ם, הכותב: "דבמתה, כיון דאית ליה עליה תרעומת, כדכתב רש"י ז"ל [בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא תרעומות], שהשכיר לו בהמה כחושה, יש להחמיר עליו, והנבילה משועבדת. ואם יש בדמיה ליקח, יקח. אבל כשנשטתה, אפילו תרעומת אין עליו, דלא היה לו לידע, משום הכי אין לו להחמיר עליו כל כך". והשווה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב.

[104] דברי משפט, שם.

עליו מראש), אין לראות את המשכיר כאחראי לו, ועל כן הוא פטור מלהעמיד מושכר חלופי במקומו. לדוגמה, אם נטרף החמור בדרך, או שנשרף הבית, מאחר שאי־אפשר להטיל על המשכיר את האשמה לאותם הפגמים, יכול המשכיר לומר לשוכר: "מזלך גרם". מבחן זה דומה מאוד למבחן של סעיף 10, אלא שבסעיף 10 הדברים אמורים גם בשכירות נכס מסוים, ואילו נוקטי המבחן הזה במשפט העברי, אינם מחילים אותו אלא במושכר בלתי מסוים.

(ז) הנפקות המעשית בין השיטות

אחת ההשלכות המעשיות מדיוננו באה לידי ביטוי בתשובה של ר' משה מטראני[105], שבה נידון עניינה של אישה ששכרה בית, ולאחר מכן גורשה מן הבית על ידי בריונים. רש"י, אילו היה נשאל על מקרה זה, היה פוסק בוודאי לטובת האישה, מאחר שאין היא יכולה עוד להשלים את מטרת השכירות. המבי"ט, שנוקט את שיטת רבנו חננאל, פוסק אף הוא לטובתה של האישה (היא זכאית לבטל את החוזה ולקבל כספה בחזרה, שכן מדובר היה שם בבית מסוים), וזאת למרות שמניעת השימוש מקורה בהתערבות גורם חיצוני — הבריונים — ולא בבית עצמו. והוא מנמק: "בתים במקומן עומדות, בין שהיתה שכורה בין היתה ביד הבעלים, היתה ניטלה לאנגריא"[106]. להלכה זו יסכימו הן הסמ"ע והן "נתיבות המשפט". ואמנם כותב "נתיבות

[105] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ.

[106] מן הראוי להביא כאן את דברי הסיכום של המבי"ט בתשובתו כלשונם (עריכת הדברים וההדגשות אינן במקור):

"א. אם כן, בבתים יש שלושה דינים חלוקים [=שונים] ב'בית זה':

1. אם נלקחה מחמת השוכר, שאם היה המשכיר שם לא היתה נלקחת — אומר לו, הרי שלך לפניך, ולכשיצאו התוגרמים [כלומר, התורקים הפולשים], יחזור השוכר וישלים ימי שכירותו לדעת הרב [הרמב"ם], דלשאר המפרשים, יחזיר לו השאר מיד.

2. ואם מחמת המשכיר [נלקחה] — חייב להעמיד בית, כמו סתרו או השכירו או מכרו לגוי, כמו בחמור שלא בדרך הליכתו.

3. ואם לא מחמת זה ולא מחמת זה, אלא בין שהיתה ביד המשכיר בין שהיתה ביד השוכר, היו לוקחים אותה — אינו חייב המשכיר להעמיד לו בית [שכן השכיר לו בית מסוים, והוא נלקח שלא באשמתו, להבדיל ממקרה 2].

ב. וב'בית'— סתם, בין מחמת המשכיר, כסתרו או השכירו, בין שלא מחמתו, כנפל ואנגריא — חייב להעמיד לו בית, כיון שאמר בית סתם".

ב"בית" — סתם, אין המבי"ט מתייחס לחלופה, שהתייחס אליה ב"בית זה": בית סתם שנלקח מחמת השוכר. נראה שבמקרה כזה, גם בבית סתם, המשכיר יהיה פטור להעמיד לו בית אחר, כדין חמור סתם שנלקח לאנגריא בדרך הליכתו. אולם על פי מה שקבע למעלה, שכאשר יתפנה הבית, יוכל השוכר להשלים את ימי השכירות שהפסיד, אפשר אולי לדייק שהוא מדבר במשכיר שבעלותו לא נפגמה. על פי זה נסיק, שדעתו כדעת "נתיבות המשפט", שאם המושכר נלקח לצמיתות, המשכיר יהיה חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, גם אם אירע הפגם מחמת השוכר. וצריך עיון.

נעיר כאן על קושי מסוים בדברי המבי"ט. מחד גיסא, בגוף התשובה הוא קובע: "דכל שלא בא מחמת השוכר, קרינא ליה מחמת המשכיר, דחמור דידיה הוא. ובבית נמי, כל שלא בא מחמת השוכר, ומיד המשכיר הוו נטלי, נמי מחמת המשכיר הוי" (הגדרה זו מתאימה לשיטת רבנו חננאל, ראה לעיל, ליד ציון הערה 74, ולא לדברי הראב"ד). אך מאידך גיסא, בדברי הסיכום שלו (שהבאנו אותם לעיל, מקרה 2), הוא מדמה חמור שנלקח לאנגריא שלא בדרך הליכתו לפגם שאירע באשמת המשכיר, כגון סתרו או מכרו לגוי (וזה מתאים לשיטת הראב"ד, ראה לעיל, ליד הערה 68). אולם נראה לומר, שהמבי"ט אינו מקבל את גישת הראב"ד, והביא מקרה זה רק כדוגמה לפגם שאירע באשמתו של המשכיר, שם חייב המשכיר להעמיד

המשפט"[107]: "הוא הדין בשוכר בית ונלקח לאנשי חיל... אם נלקח כל הבית שאי אפשר לדור עמהם, אינו חייב רק כפי מה שדר בו, דזה דומה למחפשין גם בבתים". "מחנה אפרים"[108], שמתייחס לפסקו של המבי"ט במפורש, מסתייג ממנו בטענה: "אבל בנדון דידן, דלא נלקחה כי אם בית זה בלבד, כיון דלא הוי מכת מדינה, איכא למימר [=יש לומר], דמזליה דשוכר גרם, דאפשר שאם לא היתה שכורה אצלו לא היתה נלקחת". הערנו כבר לעיל, שאילו היה הבית נהרס, המשכיר לא היה יכול להעלות טיעון כזה. אבל כאן, שהבית קיים, יכול לומר: "מזלך גרם". כלומר, על השוכר להוכיח שהפלישה הייתה בלתי נמענת והייתה קורית גם אם היה הבית נשאר בידי המשכיר (אילו היה מדובר בהשכרת בית בלתי מסוים, ומה שהיה עומד לדיון היה חובתו של המשכיר להעמיד בית חלופי, גם הראב"ד והרשב"א היו פוטרים את המשכיר, שכן לא נהרס הבית).

בדומה לזה, המבי"ט הסמ"ע ו"נתיבות המשפט", יפסקו לטובת השוכר, כשהרכב ששכר מגויס על ידי שלטונות הצבא. המשכיר אינו יכול לומר לשוכר, "הרי שלך לפניך", שכן גיוס הרכב נעשה על פי רישום, ואינו תוצאה של השימוש של השוכר ברכב. מקרה זה דומה גם הוא למקרה שבו עבדי המלך מחפשים בבתים[109]. גם רש"י היה פוסק לטובת השוכר, אם כי מנימוק אחר, הוא היה מסביר שהמשכיר חייב להעמיד לשוכר רכב חלופי, מכיוון שגיוס הרכב המקורי מונע את השגת מטרת השכירות. לעומת זאת, ראב"ד ו"מחנה אפרים" לא היו פוסקים לטובת השוכר אלא לטובת המשכיר. כל אחד ונימוקו עמו: הראב"ד היה מסביר, שהמשכיר לא התחייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי אלא במקרה של הרס או אבדן המושכר; "מחנה אפרים" היה מסביר, שמאחר שהרכב קיים, וראוי לשימוש, על השוכר להוכיח שגם אם לא היה שכור בידו, הרכב היה מגויס, ורק אם ירים את הנטל הזה, יזכה בתביעתו.

השלכה מעשית נוספת — שבה יבואו לידי ביטוי הפעם חילוקי הדעות בין הסמ"ע ו"נתיבות המשפט" — היא במקרה של שוכר שגנבים פגשו בו, וגנבו ממנו את המושכר. על פי מה שלמדנו עולה, שאף שאבד המושכר, דעת הסמ"ע היא שהשוכר לא יוכל לתבוע דבר מהמשכיר. בזה אין יסוד לטענה, שגם אם היה נשאר ברשותו של המשכיר, המושכר היה נגנב.

לשוכר מושכר חלופי, אפילו אם השכירות הייתה מסוימת (ועדיין יש לטעון, שאם אכן זו הייתה כוונתו, הרי שיש בניסוחו כדי להטעות).

[107] נתיבות המשפט, סימן שי, סוף ס"ק ב, אולם הוא אינו מציין את שו"ת המבי"ט. והשווה בעניין זה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיב, סעיף ח, בדבר אדם אלים המוציא את השוכר מהבית ומשלם שכר דירה למשכיר, שפטר את המשכיר מלהעמיד לשוכר בית אחר, מהנימוק הבא: "פטור המשכיר, כיון שהוא לא עשה בידיים, והאנס מעצמו עשה; אונס — רחמנא פטריה". הנימוק, "שהוא לא עשה בידיים", מובן בהקשר שבו מובאת אותה הלכה. הוא בא לומר, שמקרה זה אינו דומה למקרה שמשכיר משכיר את המושכר לאחר מרצונו, שם הוא חייב — אפילו במושכר מסוים — להעמיד לשוכר מושכר חלופי (ראה לעיל, פרק שלישי, א(1), עמ' 179). אולם יש להעיר, שבשכירות בלתי מסוימת, "נתיבות המשפט" יחלוק על הלכה זו של "ערוך השולחן". אמנם בעלותו של המשכיר לא נפגמה (מה עוד שהאלם מעלה לו שכר), אולם מאחר שאין קשר בין השימוש של השוכר בבית לבין הוצאתו ממנו על ידי האלם, אין הצדקה שיישא השוכר בהפסד. השווה להלן, הערה 111.

[108] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו. כשיטת "מחנה אפרים", ראה: שו"ת אדמת קודש, חלק א, סימן סז. והשווה: שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קצח, בעניין בעל אומנות מסוימת, ששכר חנות בשוק, ונאלץ, בגזרת המלך על בעלי אותה אומנות, לעזוב את השוק ולהעתיק את חנותו למקום אחר (מובא בדיוננו להלן, סעיף 15, הערה 184).

[109] ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ג, הערה י.

להפך, הגנבה הייתה קשורה בשימוש (הגנב פגש בשוכר, וכך התאפשרה הגנבה). מקרה זה דומה לחמור שנלקח בדרך הליכתו. לעומתו, דעת "נתיבות המשפט" היא[110], שהמשכיר צריך לשאת בתוצאות הגנבה, ועליו להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. אף שנכון הוא שהמפגש בין השוכר והגנב הוא שהכשיר את הקרקע לגנבה, הרי גנבת המושכר לא פגעה אך ורק בזכות השימוש הקנויה לשוכר, אלא היה בה פגיעה בבעלותו של המשכיר במושכר. משום כך, ההפסד צריך ליפול על כתפי המשכיר[111]. וכך יפסקו גם ראב"ד ו"מחנה אפרים" על פי מבחן קיום המושכר (כל אחד על פי דרכו).

(ח) סיכום

לסיכום, בהשכרת נכס בלתי מסוים, הוצעו חמישה מבחנים שונים לשאלת חובתו של המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, כשהשימוש במושכר המקורי נמנע מן השוכר:

1. מבחן קיום השימוש במושכר (רש"י) — אם אי־אפשר, בגלל הפגם, להשלים את מטרת השכירות במועד (אפילו לא במאמץ כספי או גופני), המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, יהיו נסיבות אירוע הפגם אשר יהיו.

2. מבחן קיום המושכר (ראב"ד, רשב"א, "מחנה אפרים") — אם המושכר אינו קיים עוד (מת, נפל), או שאינו ראוי עוד להשגת מטרת השכירות לשום אדם (נשברה), כי אז המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, יהיו נסיבות אירוע הפגם אשר יהיו. לעומת זאת, כל עוד המושכר קיים וראוי לשימוש, אף ששימוש זה נמנע מן השוכר (כגון שהמושכר הוחרם לתקופת השכירות), המשכיר אינו חייב להעמיד מושכר חלופי, זולת, לפי הראב"ד והרשב"א, אם יעלה ביד השוכר להוכיח שהמשכיר היה אחראי למניעת השימוש (מקח טעות); ולפי "מחנה אפרים", אם הפגם שמונע ממנו את השימוש, היה קורה גם אם המושכר היה נשאר בהחזקתו של המשכיר ("מכת מדינה").

3. מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר או מניעת השימוש בו (סמ"ע) —

[110] למקרה זה מתייחס "נתיבות המשפט" במפורש, בסימן שי, ס"ק ב: "אבל אם נגזל גוף הבהמה, דנעשה האונס גם בהגוף הבהמה, השייך להמשכיר, הרי רואים דמזל המשכיר גרם, ואין יכול לומר להשוכר מזלך גרם".

[111] ראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שי, סעיף י, שהביא דעתו זו של "נתיבות המשפט", אלא שרצה להבחין בין מקרה זה למקרה בו המושכר נלקח לאנגריא: "ולא דמי לאנגריא, שדרך הממשלה בכך, והוי כעין 'דינא דמלכותא'. ויש מי שרוצה להשוותם [הכוונה כנראה ל"נתיבות המשפט" עצמו, שקבע במפורש שאף באנגריא, אם נלקח לצמיתות, על המשכיר לסבול מכך], ולא נראה לי". הערתו זו של "ערוך השולחן" בעניין האנגריא, מכניסה לדיון שיקול חדש — "דינא דמלכותא" — שזכרו לא בא בדברי הפוסקים שלפניו. וראה: גידולי שמואל (ניימן), בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והנה הנתיבות, המעיר שלפי שיטת "נתיבות המשפט", אם ניזוק המושכר על ידי מזיק שנושא באחריות לנזק, כי אז, מאחר שהמשכיר יכול לקבל פיצוי בגין הנזק, כלומר, מאחר שבעלותו לא נפגעה, פטור מלהעמיד מושכר חלופי לרשות השוכר. הרב ניימן מסביר, שהשוכר לא יוכל לתבוע העמדת חמור חלופי מתוך הפיצוי, שכן על מניעת השימוש שגרם לשוכר, אין המזיק חייב בנזיקין, מאחר שהמניעה אינה אלא "גרמה". עוד כיוצא בזה הוא מעיר, שאם הרס המושכר (כגון מיתת החמור או גנבתו) לא אירע בנסיבות של אונס גמור, כי אז, מאחר שהשוכר נושא באחריות שמירה (שכן דין שוכר כדין שומר שכר, החייב בגנבה ואבדה), וממילא המשכיר אינו מפסיד כלום, המשכיר לא יהיה חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. אולם קשה: אם השוכר מפצה את המשכיר על אבדן החמור, הסברה נותנת שהמשכיר חייב להמשיך בחוזה ולהשתמש בפיצוי שקיבל כדי להעמיד לרשות השוכר חמור חלופי. וצריך עיון (בהקשר זה יש מקום לדון, מה יהיה הדין אם היה למשכיר ביטוח על המושכר). והשווה לעיל, הערה 91.

אין כל חשיבות לשאלת מקור הפגם (מתוך המושכר עצמו או כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני — מת או הוחרם), ואין כל חשיבות גם למהות הפגיעה (הרס המושכר או מניעת השימוש בו בלבד). השאלה הרלוונטית היחידה היא, אם היה קשר בין השימוש לאירוע הפגם. אם נגרם הפגם "במזלו של השוכר"[112], כלומר, כתוצאה מהשימוש, המשכיר אינו חייב להעמיד לו מושכר חלופי. אם לא היה קשר בין השימוש לבין אירוע הפגם, המשכיר חייב להעמיד מושכר חלופי.

4. מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש או מבחן מהות הפגיעה ("נתיבות המשפט") — אין כל חשיבות לשאלת מקור הפגם (מתוך המושכר עצמו או כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני — מת או הוחרם). השאלה הרלוונטית היחידה היא, במה פגע הפגם? ומתוך כך אפשר יהיה לקבוע מי מן השוכר והמשכיר צריך לשאת בסיכון. אם לא נפגעה אלא זכות השימוש המוקנית לשוכר, פטור יהיה המשכיר מלהעמיד לו מושכר חלופי. כדי לקבוע שזו הייתה מהות הפגיעה, צריך שיתקיימו שני אלה: הפגם לא פגע אלא באפשרות השימוש במושכר בלבד (להבדיל מפגיעה בבעלות המשכיר במושכר); שימושו של השוכר במושכר הוא שהכשיר את הקרקע לאירוע הפגם (מבחן הקשר)[113].

5. מבחן אחריות המשכיר או מבחן מקור הפגם ("דברי משפט" ו"תשורת ש"י") — המשכיר אינו חייב להחליף את המושכר, אלא אם כן הוא נושא באחריות לפגם שאירע. כשהפגם הוא קלקול או הרס המושכר שנוצר מתוך המושכר עצמו עקב השימוש בו (מת או נשבר), נחשב המשכיר אחראי לפגם, כיוון שהעמיד לרשות השוכר מושכר מאיכות ירודה, שלא עמד במשימה שלשמה הושכר (זולת אם יוכיח המשכיר, שאין להטיל עליו את האחריות למה שקרה). לעומת זאת, אם נגרם הפגם כתוצאה מהתערבות גורם חיצוני (הוחרם), אין טענה זו עומדת נגד המשכיר, והוא פטור מלהעמיד לשוכר מושכר חלופי (זולת אם יוכיח השוכר, שאף שהפגם הוא חיצוני, אף על פי כן המשכיר הוא שנושא באחריות לקיומו).

כבר הזכרנו לעיל[114], שגישת רבנו חננאל היא שנתקבלה להלכה כשאומצה על ידי הרמב"ם ובעקבותיו על ידי השולחן ערוך. אולם את גישתו אפשר להבין בשלושה אופנים שונים: כמו "מחנה אפרים" (מבחן הקיום); כמו הסמ"ע (מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר או מניעת השימוש בו); כמו "נתיבות המשפט" (מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש), ולכל הבנה השלכות משפטיות שונות, כפי שפרטנו לעיל.

בדיוננו על סעיף 15, כשנדון בחובת תשלום דמי השכירות, כשנמנע מן השוכר מלהשתמש במושכר למטרת השכירות (סיכול), נראה שמלבד הראב"ד והרשב"א (ואולי גם רש"י),

[112] מספיק שהיה קשר נסיבתי בין החזקת המושכר על ידי השוכר לבין אירוע הפגם כדי לקבוע שמזל השוכר גרם, אף שאין בקשר זה כדי להטיל עליו כל אשמה. לעומת זאת, אם הפגם היה קורה גם בלא קשר לשימוש שהשוכר עשה במושכר, אי־אפשר לומר שמזלו גרם, שכן "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם".

[113] במובן מסוים, אפשר לומר ש"נתיבות המשפט" מאמץ את שני המבחנים הקודמים גם יחד: הוא מאמץ את מבחן קיום המושכר, וממנו הוא מסיק שאם נפגם גוף המושכר, האחריות על המשכיר; אך הוא גם מאמץ את מבחן הקשר, וממנו הוא מסיק, שאם אין קשר בין מניעת השימוש לשימוש, אין להטיל את האחריות על השוכר.

[114] ראה לעיל, הערה 75.

המבחנים שסקרנו כאן לעניין חובת ההחלפה של מושכר בלתי מסוים, הם גם המבחנים לעניין חובת התשלום[115].

(3) פגם המסכל את מטרת השכירות

על פי מה שראינו עד כה עולה, שבעיקרון, בשכירות בלתי מסוימת, אובדן המושכר מזכה את השוכר בהעמדת מושכר חלופי. לחובה עקרונית זו מצאנו עד כה שני חריגים: הראשון הוא, כאשר אפשר, על אף קיום הפגם, להשלים את מטרת השכירות; והשני הוא, כאשר הפגם נגרם במזלו של השוכר (לפי הסבריהם השונים של הסמ"ע, "מחנה אפרים" ו"נתיבות המשפט", למושג זה). להלן נראה, שהמשפט העברי מכיר בחריג נוסף לחובת ההחלפה. להבנת חריג זה נתבונן בדוגמה הבאה: אדם שכר מכונית (בלתי מסוימת) להובלת סחורה. בשעת השכירות צויין במפורש שהוא שוכר את המכונית להובלת סחורה מסוימת ומוגדרת. באמצע הדרך אירעה תאונה (שלא באשמתו של השוכר), שכתוצאה ממנה, נהרסו לחלוטין המכונית והסחורה. השוכר דורש את החלפת המכונית, כדי שיוכל להוביל סחורה אחרת במקום הסחורה שניזוקה. המשכיר מסרב בטענה, שגם אם יעמיד לרשות השוכר מכונית חלופית, הרי מטרתה המקורית של השכירות סוכלה, שכן הסחורה שלשמה הושכרה מכונית אינה עוד בנמצא, וממילא אין עוד אפשרות להובילה.

הדיון במקרה זה, מקורו בתלמוד[116]: "תנו רבנן: השוכר את הספינה [להובלת יין], וטבעה לה בחצי הדרך... בספינה סתם ויין זה [דהיינו, כששכירות הספינה הייתה בלתי מסוימת, ואילו הסחורה צוינה במפורש], אם לא נתן [=אף אם השוכר טרם שילם דמי שכירות], אמאי לא יתן [=מדוע יהיה פטור מלשלם עכשיו]? נימא ליה [=המשכיר יכול לומר לשוכר]: הב לי ההוא חמרא, ואנא מייתינא ספינתא [=הבא לי את היין שלך, ואז אני אעמיד לרשותך ספינה]".

נמצא, שבמקרה שהעלינו, הדין עם המשכיר. זכותו לטעון, שמאחר שמטרת השכירות אינה יכולה להתקיים עוד, הוא פטור מחובת העמדת מושכר חלופי במקום המושכר הפגום[117].

[115] הערנו על כך לעיל, הערה 72, והערה 86.

[116] בבא מציעא עט ע"א — ע"ב; נפסק להלכה ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיא, סעיפים ב־ה. על סוגיה זו ועל חילוקי הדעות בין הפוסקים בהבנתה, ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 263. וראה עוד: סמ"ע, שם, ס"ק ז, שהסביר שדין ספינה סתם שטבעה, שונה מדין חמור סתם שמת, משום שבחמור שמת מדובר בשהסחורה עדיין קיימת. וראה: דברי משפט, סימן שי, סעיף א, ס"ק ב, שהסיק מדברי הסמ"ע בס"ק ז, "שאם הסחורה אינו בעין, אף הכא [בחמור שמת], אינו חייב להעמיד לו חמור אחר".

[117] נעיר, שלפי הש"ך, העובדה שצד להסכם יכול להפיק תועלת מעמידה על זכותו הפורמאלית העולה מלשון ההסכם, אינה תנאי מספיק כדי להתיר העלאתה של טענה כזו, שיש בה, כשלעצמה, משום "מידת סדום". וכך אומר הש"ך, חו"מ, סימן שיא, ס"ק א: "ונראה דדוקא תרתי בעינן, כיון שנטבע ספינתו, ואין היין זה לפנינו, יכול להקפיד, כי יכול לומר, הואיל ונזקתי ונטבע ספינתי, למה לי להשתדל [להביא] ספינה אחרת? כיון שאין לך יין זה". במילים אחרות, לדעת הש"ך, לא די בכך שטענתו הפורמאלית יכולה להועיל לו, אלא המשכיר צריך גם להוכיח שסיכול ההסכם היה כרוך גם בנזק לרכושו שלו. במקרה המובא בתלמוד, המשכיר איבד את ספינתו, ועל כן הוא רשאי להיפטר מהחובה להעמיד ספינה חלופית, בטענה שמטרתה המפורשת של השכירות סוכלה בעקבות טביעת הספינה הראשונה. כדעתו סוברים גם: קצות החושן, סימן שיא, ס"ק א; פתחי תשובה, סימן שיא, ס"ק א; וכן נראה מלשון נתיבות המשפט, סימן שיא, ס"ק א; וערוך השולחן, סימן שיא, סעיף ג וסעיף ה.

בדבריו אלה, חולק הש"ך על שיטת הסמ"ע (חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב, בהסבר שיטת הרא"ש): "כל כהאי, דיש לו מקום קפידא לזכות על ידו [=כל מקרה כגון זה, שבו עמידה על צדו הפורמאלי של הסכם יכולה

פרק רביעי

התרופות כשאין המשכיר חייב להעמיד מושכר חלופי

א. מבוא

סעיף 10 לחוק קובע, שפגם שאין לדרוש תיקונו, "לא יהא... עילה לדרישת תיקון, לפיצויים או להחזרת הוצאות כאמור בסעיף 9(א)(1)". במילים אחרות, החוק שולל מהשוכר פיצויים ואת האפשרות לדרוש את תיקונו או החלפתו של המושכר. בהתאם לכך, החוק גם שולל ממנו את האפשרות הקבועה בסעיף 9(א)(1), לתקן את הפגם בעצמו ולדרוש מהמשכיר החזרת הוצאותיו הסבירות. החוק אינו שולל אפוא מהשוכר את האפשרות לבטל את החוזה, וכך להשתחרר מחובת תשלום דמי שכירות עבור מושכר ששוב אין לו תועלת בו. החוק אף אינו שולל ממנו את האפשרות הקבועה בסעיף 9(א)(2), "להפחית את דמי השכירות, כל עוד לא תוקן הפגם, לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם לעומת שוויה לפי החוזה".

לדעת לרנר[118], הסדר זה אינו רצוי. הוא אומר: "לדעתנו, בנסיבות של סיכול אין להעניק לשוכר זכות להפחית את דמי השכירות בשל הפגם... ההפחתה היא סעד זמני שמטרתו ללחוץ על המשכיר לתקן את הפגם, ואילו בנסיבות שסעיף 10 עוסק בהן אין לצפות לתיקון הפגם. ההפחתה במקרה זה תהפוך לפתרון של קבע בניגוד לכוונתו המוצהרת של המחוקק. יתכן שהכוונה היתה להעניק לשוכר אפשרות של הפחתה רק כאשר הפגם הוא זמני, אולם זו לא באה לידי בטוי בנוסח הסעיף"[119]. מסקנתו היא שיש לבטל את סעיף 10 ולהסתפק בסעד הביטול העומד לרשות השוכר מכוח סעיף 23 לחוק, המחיל על חוק השכירות את הוראות חוק החוזים (תרופות), וביניהן סעיף 18, המסדיר כאמור את סוגיית הסיכול בחוזים.

לדעתנו, ביקורתו של לרנר אינה מוצדקת משלושה טעמים: ראשית, משום שהפחתת דמי השכירות אינה עונש או לחץ על המשכיר שיזדרז לתקן, אלא הקלה או פיצוי לשוכר על הגבלת השימוש שנגרמה לו במושכר. שנית, אף לפי סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), זכאי יהיה השוכר לנכות מדמי השכירות את השיעור שבו פחת ערך השכירות[120]. שלישית, לא ברור

להועיל], יכול לקפוד [=להקפיד] בשביל זכותו, ולית ביה משום 'מדת סדום'". במילים אחרות, לדעת הסמ"ע, אף שבעיקרון אין המשכיר יכול להתנגד להחלפת הסחורה בסחורה זהה, שכן התנגדות כזו, היות ואין בה כל תועלת, יש בה משום שימוש לרעה בזכות — "מידת סדום" — הרי כשנוצרות נסיבות שבהן עמידה על צידו הפורמאלי של הסכם יכולה להביא למשכיר תועלת, הוא רשאי לנצל זאת. וראה: שו"ת צמח צדק, סימן מה. על מחלוקת זו כבר עמדנו לעיל, בדיוננו על סעיף 4.

בשאלה זו, השווה: ד' פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, והזיקה לדין הגרמני", הפרקליט לו (תשמ"ד) 53, בעמ' 67.

[118] ראה: לרנר, סעיף 222. וראה שם עוד, סעיף 236. להשקפתו, השווה: פ' דיקשטיין, "שכירות דירות — השואה של המשפט העברי, המערבי והמושלמי בתור חומר לתקנות בשביל הישוב העברי או לחוקים בשביל ארץ ישראל", המשפט העברי, קובץ שני (תרפ"ז) 109, בעמ' 132־134. וראה להלן.

[119] השווה: סעיף 15 לחוק. וראה: לרנר, סעיף 240.

[120] ראה: זמיר, מכר, סעיף 549. נוסיף, שכך עולה גם מסעיף 222 לקובץ דיני ממונות, שהציע פרופ' ידין (ראה לעיל, הערה 2). הנוסח המוצע שם הוא להוסיף לסעיף 9 הנוכחי סעיף קטן (ג) שייאמר בו: "בנסיבות של סיכול, כאמור בסעיף 113(א) [לקובץ דיני ממונות המוצע, שהוא הסעיף המקביל לסעיף 18 לחוק התרופות הנוכחי], אי־קיום של חובת התיקון לא יהיה עילה גם להחזרת ההוצאות, כאמור בסעיף זה". הוא אינו שולל אפוא את אפשרות הפחתת דמי השכירות הכלולה באותו סעיף (בס"ק 222(א)(2)).

מדוע ההסדר של הפחתת דמי השכירות, מבלי שיבוטל החוזה, אינו יכול להיות פתרון של קבע. כאשר הפגם מכביד על השימוש במושכר, ותיקונו אינו אפשרי, או אינו סביר, מדוע להעמיד את השוכר בפני הבררה הקיצונית: לקיים את השכירות ולשלם דמי שכירות מלאים או לסיימה וכך להשתחרר מחובת תשלום דמי השכירות? מדוע לא לאפשר לו להמשיך להשתמש במושכר תוך הפחתת דמי השכירות? אם המשכיר מעוניין בדמי שכירות מלאים, הבררה בידו לתקן את המושכר (או להעמיד לרשותו מושכר חלופי), דבר שהשוכר אינו רשאי להתנגד לו, כפי שעולה מהאמור בסעיף 17 לחוק[121]. להלן נראה, שלבטים אלה אינם חדשים, וכבר התחבטו בהם גדולי פרשני התלמוד.

בדיוננו עד כה, ראינו נסיבות שונות שבהן המשפט העברי שולל מן השוכר את הזכות לאכיפת השכירות. לצורך דיוננו להלן, נבחין בעניין זה בין שתי קבוצות: יש נסיבות שבהן השכירות מסוכלת, כלומר שבעקבות הפגם, השוכר אינו מסוגל עוד להשלים את מטרת השכירות, ואף על פי כן אין לו זכות לאכיפה; ויש נסיבות שבהן השלמת מטרת השכירות אינה נשללת מהשוכר, אלא שהיא כרוכה בהכבדה, ומשום כך אין לשוכר זכות לאכיפה. בכל אופן שיהיה, נשאלת השאלה: האם עומדת לרשות השוכר תרופה אחרת כלשהי (כגון ביטול השכירות או פטור מתשלום), או שמא הוא חייב להמשיך ולשלם את דמי השכירות במלואם, בלא שתהיה לו אפשרות להשתחרר מכך?

מאחר שהחוק דן בתרופות שהשוכר זכאי להן כשנמנע ממנו השימוש במושכר, הן בסעיף 10 והן בסעיף 15, אף אנו נחלק את דיוננו בשאלת התרופות לשני חלקים[122]. כאן, במסגרת הדיון על סעיף 10, נדון אך ורק בתרופות השוכר כאשר לא נשללה מטרת השכירות. במסגרת זו, נדון תחילה באפשרות של הפחתת דמי השכירות בהתאם לירידת ההנאה מהמושכר, ולאחר מכן נדון בתרופה שאינה מוזכרת בחוק, אבל היא קיימת במשפט העברי. מדובר בזכות שניתנת לשוכר, למכור את שארית המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות, וניתן את דעתנו להיקפה ותנאיה של תרופה זו. בדיוננו על סעיף 15, נעסוק בתרופות השוכר במצב של סיכול השכירות (סיכול מוחלט או חלקי), כלומר, כאשר אין אפשרות להשלים את מטרות השכירות (כולן או מקצתן).

[121] השווה: לרנר, סעיף 236. הוא טוען: "המשכיר לא יורשה לבצע תיקון לאחר שהשוכר בחר בהפחתה". משום כך הוא מתנגד לתרופה זו, שכן "מבחינת האינטרס הציבורי והיעילות הכלכלית, רצוי בכל מקרה להביא לתיקון פגמים ולא להמשיך להשתמש בנכסים פגומים". כאמור, לדעתנו, לאור לשונו הכללית של סעיף 17 ("השוכר חייב לאפשר למשכיר, בכל עת סבירה, לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים"), אין לקבל את טיעונו של לרנר. זאת ועוד. לשיטתו של לרנר (יעילות כלכלית), אפשר לטעון ולומר, ממה נפשך: אם הפגם אינו ניתן לתיקון, סביר להניח שהשוכר יעדיף לבטל את החוזה, ואם לא יבטל את החוזה, וימשיך לשלם דמי שכירות מלאים, ודאי שלא יהיה בזה משום עידוד לתיקונו, מה עוד שמעשית אין אפשרות לתקנו. מבחינה זו, לא ברור מדוע לא לאפשר לשוכר להפחית את דמי השכירות כפתרון של קבע, כפי שהוא קיים בחוק המכר. מאידך גיסא, אם מדובר בפגם שתיקונו אפשרי, אלא שאינו סביר, הפחתת דמי השכירות תוכל לשמש עידוד למשכיר לתקן בכל זאת את המושכר (דבר רצוי מבחינה כלכלית), ואם יבחר שלא לתקן, אין הצדקה (גם לא הצדקה כלכלית) לחייב את השוכר בתשלום מלוא דמי השכירות, אם בחר לא לבטל את החוזה.

[122] וראה במבוא לדיוננו על סעיף 15, עמ' 281, שם הערנו על אי־אחידות בין שני הסעיפים.

ב. הפחתת דמי השכירות וביטול החוזה

ראינו לעיל[123], שאם על אף הפגם שבמושכר, לא נשללה השגת מטרת השכירות (אם כי היא כרוכה בהכבדה ואי־נוחות), הרי שאף אם השכירות הייתה בלתי מסוימת, אין לשוכר עילה לדרישת החלפה[124]. כאמור, נשאלת השאלה, האם יחויב השוכר בתשלום מלוא דמי השכירות, או שמא הוא יוכל להפחית את דמי השכירות בהתאם לירידת ערך הנאתו מהמושכר? סעיף 10 אינו שולל את זכותו של השוכר להסתמך על חוק החוזים (תרופות) כדי לבטל את החוזה ולהשתחרר מחובת תשלום דמי השכירות, או לקיים את החוזה, ולהסתמך על סעיף 9א(2) כדי להפחית את דמי השכירות בהתאם לירידת ערך הנאתו מהמושכר[125]. בשאלות אלה, נחלקו הדעות במשפט העברי.

על דברי המשנה[126], שעסקנו בה לעיל באריכות: "השוכר את החמור, והבריקה או שנעשית אנגריא, אומר לו, 'הרי שלך לפניך'", אומר רש"י[127]: "טלנה כמו שהיא סמויה, ותלך, שאף מזלך גרם כמו מזלי, וטרח ואשר [=ויישר] אותה בדרכים. וגבי אנגריא נמי, המתן עד שתשוב, שאף מזלך גרם, ונפסיד שנינו". הגר"א[128] מעיר, שמדברי רש"י עולה, שאף המשכיר מפסיד; השוכר נאלץ לסבול את ההכבדה שנגרמה לו כתוצאה מהפגם[129], והמשכיר חייב לוותר על חלק מדמי השכירות המוסכמים, בהתאם לירידת ערך הנאתו של השוכר. מדברי רש"י עולה גם, שהשוכר אינו רשאי לבטל את חוזה השכירות. התרופה היחידה העומדת לרשותו היא ניכוי דמי השכירות בהתאם לירידת ערך ההנאה מהמושכר. כשיטת רש"י נוקטים ראשונים אחרים[130].

[123] לעיל, פרק שלישי, ב(1), עמ' 183.

[124] ראה להלן, הערה 141, שלפי הסברו של "נתיבות המשפט" בדעת הרמב"ם, יש אולי מקום לומר שייתכן מצב שבו אף שאפשר להשלים את מטרת השכירות, המשכיר חייב בכל זאת להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי.

[125] ראה לעיל, ליד ציון הערה 118, מה שהעיר לרנר על כך, ומה שהערנו עליו.

[126] משנה, בבא מציעא ו, ג; עח ע"א.

[127] רש"י, שם, ד"ה הרי שלך לפניך.

[128] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ד.

[129] יש לזכור, שלדעת רש"י, גם בחמור שנלקח לאנגריא, השוכר אינו סובל אלא מהכבדה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 61 ואילך.

לפירוש זה של הגר"א בדברי רש"י, השווה: שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט. הוא מסביר: "אם הוא עדיין ראוי למלאכה ראשונה, אלא דיש יותר טורח ויותר זמן, כגון חמור והבריקה, או נשתטה, דהשוכר צריך לטרוח וליישרו, וילך לאט, וירבה הזמן, שניהן יפסידו: המשכיר [את הזמן] והשוכר [את הטורח], [ולכן] אומר המשכיר לשוכר: 'הרי שלך לפניך'". לפנינו פירוש אפשרי אחר לביטוי "אף מזלך גרם", שנוקט רש"י. לפי פירוש זה, רש"י אינו שולל את אפשרות ביטול החוזה בלבד אלא גם את האפשרות להפחתת דמי השכירות. התרופה היחידה העומדת לרשות השוכר היא הארכת תקופת השכירות לשם השלמת מטרת השכירות. והשווה לעיל, הערה 43. וראה דיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 151.

[130] ראב"ד, מובא בשיטה מקובצת לבבא מציעא עח ע"א, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך (יש להעיר, שאף על פי שלא כך פסק הרמב"ם, ראה להלן, הערה 134, הראב"ד אינו משיג עליו. אולם זוהי תופעה נפוצה); רשב"א, שם, ד"ה עוד כתב הרב (דעת הראב"ד והרשב"א מובאת בנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (מח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה הרי שלך לפניך). וראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט. יש לציין, שמלשון הראב"ד שם: "אבל לענין השכר, נראה לי שלא יטול אותו, מפני שאינו יכול להשתמש בו כראוי", נראה לכאורה שהשוכר פטור לגמרי מתשלום דמי השכירות. אולם אין זה סביר להניח שהשוכר יורשה

למאירי[131] עמדה הפוכה. הוא אמנם מסכים, כפי שכבר ראינו, שכאשר נמנעת ההנאה מהמושכר לחלוטין, כגון חמור שנלקח לאנגריא, השוכר פטור מכל תשלום. אולם כשהשוכר יכול, על אף קיום הפגם, להשלים את מטרת השכירות, דעתו היא, שאם השוכר רוצה להיפטר מתשלום דמי השכירות, הדרך היחידה לשם כך היא לבטל את השכירות. אם לא יבטל את השכירות, וימשיך להשתמש במושכר הפגום, הוא יתחייב בתשלום מלוא דמי השכירות. ובלשונו: "ויש אומרים, שלא נאמר כן [שהמשכיר יכול לומר לשוכר, 'הרי שלך לפניך'], אלא שאם השוכר תובעו [להעמיד לו חמור אחר], אף הוא אומר לו כן, ר"ל [=רוצה לומר]: 'טול בהמה ועשה בה מדוחק, ותן שכרי'[132]. אבל כל שהשוכר מניחו [היינו, מבטל את השכירות, ומחזיר את החמור], אין המשכיר יכול לומר, 'על כל פנים עשה בה מלאכתך מדוחק, ופרע', אחר [=מאחר] שאין יכול לעשות בה כראוי. ונראין הדברים"[133].

הרמב"ם[134], שהשולחן ערוך[135] פסק כדעתו, נוקט שיטה אחרת בעניין זה. גם הוא סבור, כמו שנראה להלן[136], שבעד מושכר מסוים שיצא לגמרי מכלל שימוש, השוכר אינו צריך לשלם מעבר להנאתו. ברם, במקרה של חמור שהושכר למשא רגיל, וחלה, או נשתטה, דעתו היא, ש"המשכיר אומר לשוכר, 'הרי שלך לפניך'", והשוכר מצדו אינו יכול לבטל את חוזה השכירות, כפי דעת המאירי, אלא "חייב ליתן לו שכרו משלם". נשאלת השאלה, מהי ההצדקה להבחנה שעושה הרמב"ם, בין חמור שמת לחמור שחלה: מדוע כאן פטור השוכר מתשלום דמי השכירות מעבר להנאתו, ואילו כאן חייב לשלם דמי שכירות מלאים? יש אומרים[137], שכמו רש"י, הרמב"ם מבחין בין מושכר שיצא לגמרי מכלל שימוש (חמור שמת) לבין מושכר שלא יצא לגמרי מכלל שימוש (חמור שחלה). אולם, בניגוד לרש"י, הרמב"ם סבור, שכל עוד

להשתמש ברכוש המשכיר בלא לשלם תמורת הנאתו כלל. ועל כן עדיף לפרש, שכוונתו שלא יטול את השכר במלואו.

והשווה: בית יוסף וב"ח, חו"מ, סימן שכא, ס"ק א, שכתבו בשם תלמידי הרשב"א, שהשוכר שדה בית השלחין, ויבש המעיין הקטן, אינו רשאי לנכות בגין כך מדמי השכירות, אף שהוא נאלץ לטרוח להביא מים מהנהר הגדול. לכאורה הלכה זו אינה עולה בקנה אחד עם מה שראינו בדעת הרשב"א, המצדד בניכוי מדמי השכירות, אפילו כשהפגם לא גרם אלא להכבדה. לפתרון לשאלה זו, ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 301 ואילך, ובהערה 302.

131 בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה השוכר את הבהמה, בשם "יש אומרים". בדיוננו על סעיף 6, הערה 75, העלינו שאולי זוהי גם דעתו של מהר"ם מפאדווה, סימן לט. וראה לעיל, הערה 35.

132 אם נפרש שהכוונה ב"תן שכרי" היא לשכר מופחת בהתאם לירידת ההנאה, כי אז אין מחלוקת בין המאירי לרש"י אלא בשאלת זכותו של השוכר לבטל את החוזה. אולם נראה יותר לפרש את הלשון כמכוון לשכר מלא, כפי שפרשנו בפנים.

133 לדעתו, השווה דעת הרמ"ך, מובא בשיטה מקובצת לבבא מציעא עח ע"א, ד"ה והרמ"ך ז"ל כתב. נעיר, שדעת לרנר (לעיל, הערה 118), בפירושו לחוק, זהה לדעת המאירי בפירושו לסוגיה התלמודית. זוהי גם גישת המג'לה (סעיפים 513-519), וראה ביקורתו של דיקשטיין על גישה זו (לעיל, הערה 118).

134 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א.

135 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף א.

136 בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 37.

137 ראה: מגיד משנה, שם, הלכה א, ד"ה וחייב ליתן לו שכרו משלם (דבריו מובאים בבאר הגולה, חו"מ, סימן שי, ס"ק ז). כך עולה גם מט"ז, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, ד"ה והא דאמרינן. הוא מוסיף שם, שהוא הדין גם כשלא ניתן להשיג אלא חלק ממטרות השכירות. לדעתו, ניכוי מדמי השכירות בכגון זה אינו אפשרי אלא בנסיבות של "מכת מדינה" (על המושג "מכת מדינה", ראה דיוננו על סעיף 15).

ניתן להשלים את מטרת השכירות, אין סיבה לפטור את השוכר מתשלום מלא עבור השירות שהוא מפיק מהמושכר, כל עוד המשכיר לא היה יכול למנוע את הפגם[138].

מתוך דברי "נתיבות המשפט" שראינו לעיל[139], עולה שהרמב"ם אינו מבחין, כמו רש"י, בין פגם המונע את השלמת מטרת השכירות לבין פגם שאינו מונע את השלמת מטרת השכירות. לדעתו, לא זו ההבחנה, אלא ההבחנה היא בין פגם בזכות השימוש בלבד לבין פגם בזכות הבעלות. חיוב התשלום המלא בחמור שחלה מבוסס על העיקרון שבגללו הרמב"ם מחייב את השוכר בתשלום מלא כשנלקח החמור באנגריא (והרי כשהוחרם החמור, ברור שאי־אפשר להשלים את מטרת השכירות). עיקרון בסיסי זה הוא, שגם בשאלת חובת התשלום במושכר שנפגם, יש לשאול במה פגע הפגם? אם פגע בבעלותו של המשכיר במושכר, הרי שעליו לסבול מכך. לעומת זאת, אם לא פגע אלא בזכות השימוש שהובטחה לשוכר מכוח הסכם השכירות, ואירע בעקבות השימוש, הרי שעל השוכר לסבול ממנו. על פי עיקרון זה, ברור שבחמור שמת או בית שנפל או נשרף, אין המשכיר יכול לדרוש עבורם שכר מעבר להנאה שהספיק השוכר להפיק. לעומת זאת, בחמור שנלקח לאנגריא לתקופת השכירות "בדרך הליכתו" (פירוש: שההחרמה הייתה קשורה בשימוש), מאחר שהפגם אינו פוגע אלא בזכות השימוש של השוכר, ברור שעל השוכר לסבול מהפגם. על פי עיקרון זה, צריך לומר, שכאשר הרמב"ם פסק בחמור שחלה, או נשתטה, שהמשכיר יכול לומר לשוכר, "מזלך גרם", אין הדברים אמורים אלא בפגם עובר, דהיינו במחלה שהחמור עומד להחלים ממנה[140]. אבל אם הפגם אינו עובר, הרי שלא פגע בזכות השימוש של השוכר בלבד, כי אם גם בזכות הבעלות של המשכיר, שירד ערך חמורו[141]. נמצא, שאליבא ד"נתיבות המשפט", המחלוקת בין הרמב"ם לרש"י אינה כה קיצונית, שכן הרמב"ם סבור גם הוא, שבחמור שחלה במחלה שלא יתאושש ממנה, השוכר אינו משלם מעבר להנאתו (והוא הדין גם בחמור שנלקח לאנגריא שאינה חוזרת לעולם[142]). המחלוקת ביניהם היא בחמור שהוחרם לתקופת השכירות בלבד, או שחלה החמור במחלה שהוא יחלים ממנה בחלוף תקופת השכירות. לדעת רש"י, השוכר פטור מתשלום מעבר להנאה שהוא מפיק, ואילו לדעת הרמב"ם, השוכר חייב בדמי שכירות מלאים. עם זאת ייתכן שדעת הרמב"ם כדעת המאירי, היינו שאם השוכר אינו רוצה לשלם את מלוא דמי השכירות, עליו לבטל את השכירות. והדבר צריך עיון.

138 הסמ"ע יזדהה כנראה עם הסבר זה.

139 נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב. נידון לעיל באריכות, בהערה 44, וכן ליד ציון הערה 83.

140 ואמנם, לעיל, הערה 88, ראינו ש"נתיבות המשפט" מתייחס לפגם כזה כאל פגם עובר.

141 יש מקום לעיין בשאלת דעת הרמב"ם במקרה כגון זה, שפגע הפגם בבעלות המשכיר על המושכר, אך ניתן עדיין להשלים, למרות הפגם, את מטרת השכירות. בעניין זה, עיין מה שכתבנו לעיל, הערה 44, שם ראינו שלדעת "נתיבות המשפט", אם פלשו אנשי חיל לתוך בית שכור, אך ניתן להתגורר עמם, "הוי כראוי עדיין למלאכה, ומשלם הכל". אולם שם מדובר בפגם שאינו פוגע בבעלות המשכיר על ביתו (הפלישה היא זמנית). יש מקום לטעון שאם הפגם שבמושכר פוגע בבעלות המשכיר, ומוריד את ערך המושכר (כגון שהייתה הפקעת בעלות, או נפל חלק מן הבית), אף שהשוכר יכול להשלים את מטרת השכירות בדוחק (הוא יכול לגור עם הפולשים או במה שנותר מן הבית), הרמב"ם לא יחייב את השוכר בתשלום מלוא דמי השכירות, ואולי אף יחייב את המשכיר בהעמדת מושכר חלופי. וצריך עיון.

142 ראה לעיל, ליד ציון הערה 90.

ג. מכירת המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות

לעיל ראינו, שבשכירות מסוימת, אם אירע פגם שאינו ניתן לתיקון, לא יוכל השוכר לתבוע את אכיפת החוזה, כלומר העמדת מושכר חלופי. לכאורה משמעות הדבר היא, שעם אובדן המושכר, מגיעה השכירות לסיומה. אולם אין זה כך תמיד. בתלמוד[143] מובא: "השוכר את החמור, ומתה לו בחצי הדרך. אמר רב: אם יש בדמיה ליקח — יקח, לשכור — אל ישכור; ושמואל אמר: אף לשכור — ישכור". נמצא, שאף על פי שהמושכר יצא מכלל שימוש ואי־אפשר לתקנו, השוכר יכול בכל זאת להמשיך בקיום החוזה, והוא זכאי למכור את שארית המושכר (נבלת החמור) כדי לקנות מושכר חלופי. אם התמורה המתקבלת ממכירת שארית המושכר אינה מספיקה לקניית מושכר חלופי, נפסקה הלכה כשמואל, שהשוכר רשאי גם לשכור מושכר חלופי, וכך להשלים את מטרת השכירות, אף שהדבר יכלה את הקרן[144].

את ההיגיון המשפטי העומד מאחורי הלכה מרחיקת לכת זו, אפשר להסביר בשלושה אופנים שונים:

1. גוף המושכר קנוי לשוכר להשלמת מטרת השכירות, ומכאן לזכות המכירה. לפי זה, זכות המכירה אינה מוגבלת, והיא עומדת לשוכר יהיה אובייקט השכירות אשר יהיה. יש כאן ביטוי מובהק לזכותו הקניינית של השוכר במושכר. כדעה זו נוקט הרמ"ה[145].

2. זכותו הקניינית של השוכר אינה בגוף המושכר אלא רק בפוטנציאל השימוש בו. זכותו של השוכר למכור את שארית המושכר הפגום מוגבלת אפוא למושכר שנותר בו פוטנציאל שימוש. השאלה אם נותר במושכר פוטנציאל שימוש, אם לאו, תלויה בשאלה אם המושכר הפגום עומד למכירה לשם המשך השימוש בו, אם לאו. נראה שהתוספות[146] נוקטים כדעה זו, ובעקבותיהם הלכו רוב הראשונים[147]. נרחיב מעט בביאור שיטה זו: השוכר רשאי לנצל את זכות השימוש הקנויה לו במושכר עד תומה, והעובדה ששימוש זה מכלה את המושכר עצמו אינה מעניינו של השוכר, ובלבד שפגיעה זו היא בלתי נמנעת[148]. בנקודה זו חשוב להבין, שיש שגוף המושכר אינו ראוי עוד לשימוש כמות שהוא (החמור מת), אבל נוהגים למכור אותו כשהוא פגום ולקנות במקומו נכס תקין, שבו ממשיכים את השימוש[149]. נמצא שיש עוד אפשרות להפיק ממנו שימוש: ההנאה מהמושכר לא תמה, והיא רק לובשת צורה של כסף, שבאמצעותו ממשיכים את השימוש בו. פוטנציאל שימוש זה הוא, כאמור, קניינו של השוכר, ומכאן זכותו למכור את שארית המושכר לשם השלמת מטרת השכירות. מכאן שאם המושכר הפגום אינו עומד למכירה, תם פוטנציאל השימוש שבו, ותמה השכירות, וממילא השוכר אינו

[143] בבא מציעא עט ע"א.

[144] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, הלכה ב.

[145] רמ"ה, מובא בטור, חו"מ, סימן שיב, סעיף טז. וראה להלן, הערה 151. על תפישתו של הרמ"ה את השכירות כזכות קניינית, ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד. וראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 185.

[146] תוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה ואם יש בדמיה לשכור.

[147] ראה להלן, הערה 151.

[148] השווה: שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן א. על תשובה זו, ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 105.

[149] השווה לשונם של ראשונים אחרים: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (מט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה אם יש בדמיה: "דבחמור, דרכן של בני אדם, שכיון שמת, לוקחין אחר בדמיו"; חידושי הר"ן, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אי; מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו; נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד, וסימן שיב, ס"ק ה.

יכול לדרוש את מכירת המושכר הפגום. כך קובעים אמנם התוספות[150] ביחס לבית שכור שנפל באמצע תקופת השכירות, כשהם מסבירים שאבני הבית אינן עומדות למכירה[151], כי אם לבנייה מחדש[152]. על פי זה, השוכר רכב מחברו, ונפגע הרכב בתאונה, ואין זה כדאי עוד לבעלים לתקן אותו, כי אם למכור אותו כגרוטאה, יהיה דינו כדין נבלת חמור[153].

150 תוספות, שם. וראה בהערה הבאה, שכדעת התוספות פסקו כל הראשונים חוץ מהרמ״ה.

151 ההבחנה בין מושכר פגום העומד למכירה למושכר פגום שאינו עומד למכירה מקורה בסתירה לכאורה בין שתי סוגיות תלמודיות. מצד אחד, נקבע שהשוכר חמור זה, ומת בחצי הדרך, מותר לשוכר למכור את נבלתו כדי להשלים את מטרת השכירות (בבא מציעא עט ע״א). מצד שני, כשהתלמוד דן בשוכר בית מסוים שנפל, הוא אינו מזכיר אפשרות זו (בבא מציעא קג ע״א). דעת הרמ״ה (ראה לעיל, הערה 145) היא שאין סתירה בין שני המקורות, ואף שהדבר לא צוין במפורש בתלמוד, גם בבית זה שנפל, אפשרות המכירה קיימת. רוב הראשונים, שלא כרמ״ה, סוברים שתרופת המכירה אינה קיימת בבית שנפל, ועל כן, לדעתם, יש לכאורה סתירה בין דין חמור זה שמת לדין בית זה שנפל. פתרונות אחדים הוצעו ליישובה של סתירה זו. בפנים הצגנו את ההבחנה המקובלת, שמקורה בדברי התוספות, בבא מציעא עט ע״א, ד״ה ואם יש: ״התם [לגבי בית שנפל] אין הבית עומד לימכר, אלא להוסיף עליו ולחזור ולבנותו כבתחילה. וכיון דאמר ליה, בית זה, ונפל, אין למוכרו, וגם לא קיבל עליו להוסיף יציאה בבנין בית זה, אלא בית זה כמו שהוא השכיר לו לדור בו כל זמן שיוכל, וכי נפל — אזדא [=וכשנפל — הלך הבית]; אבל חמור שמת, אין עומד אלא למוכרו בדמים. ולכן: יש בדמיה ליקח — יקח; לשכור — ישכור״. בדרך התוספות הלכו גם: הרא״ש, שו״ת הרא״ש, כלל לה, סימן ו; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (מט ע״א בדפי הרי״ף), ד״ה אם יש בדמיה; אור זרוע, בבא מציעא, פרק ו, סימן רנג; הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן י, בשם מהרי״ח; וכן גם כתב הסמ״ע, חו״מ, סימן שיב, ס״ק ל. לדיון ארוך בתירוץ זה של התוספות וביחס בינו לבין שו״ת הרא״ש, כלל לה, סימן ו, ראה: שו״ת חקרי לב, חו״מ, חלק ב, סימן סח, מדף קו ע״ג, ד״ה ובר, עד דף קז ע״א, ד״ה וע״פ. בפנים ניסינו להסביר את ההיגיון המשפטי העומד מאחורי הבחנה פורמלית זו. תודתנו נתונה לר׳ שבתי רפפורט, שהציע לנו את ההסבר האמור.

תירוץ זה של התוספות מקובל גם על הרמב״ן, ראה: חידושי הרמב״ן, בבא מציעא קג ע״א, ד״ה אי; על הריטב״א, ראה: חידושי הריטב״א, בבא מציעא עט ע״א, ד״ה אף לשכור ישכור; ועל הר״ן, ראה: חידושי הר״ן, בבא מציעא עט ע״א, ד״ה אי. פרשנים אלה הציעו הבחנה נוספת: ״הכא, חמור זה קאמר, בין חי ובין מת, חמור מקרי, ושעבודי משעבד ליה, אבל בית זה, כיון דנפל לאו בית מקרי, ולא משעבד ליה כלל״ (לשון הר״ן).

הבחנה אחרת, בשם הראב״ד, ראה בשיטה מקובצת לבבא מציעא עט ע״א, ד״ה הא דאמרינן הכא, וכן הובא גם בבית הבחירה, בבא מציעא עט ע״א, ד״ה יש שואלים (בתירוצו הראשון). לדעתו, בשכירות חמור, מטרת השכירות היא להגיע למקום מסוים, לכן אם מת החמור ״באמצע הדרך״, מאחר שמטרת השכירות לא מתקיימת כל זמן שלא הגיע לאותו מקום, לכן השוכר רשאי למכור את הנבלה. לעומת זאת, בשכירות בית ״אין קצבה, אלא כל שנה ושנה יתן לו״. כלומר, בשכירות בית, בכל יום שהשוכר גר בבית יש משום קיום השכירות, והזמן שנקבע בין השוכר והמשכיר אינו אלא קביעת מועד לתשלום, לכן אין להניח שהשוכר רשאי למכור את שארית הבית. המאירי, שם, מציע עוד הבחנה נוספת: ״שמכירת המתה... אין כאן פסידא כל כך. אבל בית, שהפסדו מרובה, לא העמידוה על דין זה״. להבחנות נוספות, ראה: שיטה מקובצת, שם, ד״ה ותירץ ריב״ן; וראה גם: אור שמח, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב.

152 שים לב ללשון התוספות, שם (הובא בהערה 151): ״דהתם אין הבית עומד לימכר, אלא להוסיף עליו ולחזור ולבנותו כבתחילה״. האבנים אינן עומדות למכירה לשם קניית בית חדש (כמו נבלת חמור שאינה עומדת אלא לכך), אלא הקמת הבית מחדש נעשית באמצעות האבנים כמות שהן בתוספת השקעה כספית חדשה. נמצא שפוטנציאל השימוש של הבית לאחר שנפל, תם ונשלם. לכל היותר יוכל השוכר לעשות שימוש באבנים ובמקרקעין שעמד עליו הבית, כמות שהם. ראה על כך: שו״ת הרדב״ז, חלק ג, סימן תרכג, המתיר לשוכר לבנות את הבית שנפל על חשבונו. והשווה: הגהת הרמ״א, חו״מ, סימן שיב, סעיף יז, הפוסק שהמשכיר רשאי להתנגד לכך. מחלוקתם היא כנראה בשאלה אם נשתעבדה קרקע הבית

3. לשוכר אין זכות קניינית במושכר כלל, אלא רק זכות אישית כלפי המשכיר שיעמיד לרשותו את המושכר עד סוף תקופת השכירות. להבטחת קיום התחייבותו, המשכיר משעבד את המושכר לטובת השוכר, ובלבד שהמושכר עומד למכירה. אם המושכר אינו עומד עוד למכירה, אין לשוכר עוד אמצעי לכפות על המשכיר את קיום התחייבותו. נראה שזו הדרך שהולך בה "נתיבות המשפט"[154]. דרך ההנמקה על פי גישה זו דומה לדרך ההנמקה שראינו לפי הגישה הקודמת. ההבדל בין הגישות הוא, שהראשונה רואה בשכירות זכות קניינית, ואילו השנייה אינה רואה בשכירות אלא זכות חוזית.

הרמ"א[155], בעקבות ראשונים רבים, פוסק להלכה את ההבחנה, שראינו לעיל, בין מושכר פגום העומד למכירה ובין מושכר פגום שאינו עומד למכירה[156]. ונראה שדרכו היא כדרך התוספות. יש להעיר, שלפי שיטה זו, מושכר שנפגם ואינו ראוי עוד להשלמת מטרת השכירות, אף שהוא ראוי בדוחק למטרה אחרת, נחשב בכל זאת כעומד למכירה[157]. עוד יש לציין, שהאופציה של מכירת המושכר הפגום לא הוזכרה בתלמוד אלא בקשר למושכר מסוים שיצא מכלל שימוש, כגון "חמור זה" שמת באמצע הדרך. לכאורה נראה, שהאופציה קיימת גם במושכר בלתי מסוים, אולם הדבר אינו נקי מספקות[158].

לדירה או לא. בעניין זה ראה: מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי"ן, אות קלז; שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סז (קא ע"ד), ד"ה ויש לחקור.

וראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סז (קב ע"ג), ד"ה ומיהו, הדן בשאלה אם מותר לשוכר למכור את הנבלה, גם כשברור שהתמורה שיקבל מהמכירה לא תספיק לשכור חמור אחר, אלא יצטרך להוסיף מכיסו. דעתו נוטה להתיר את המכירה.

153 השווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ג, הערה כ.

154 ראה נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ה.

155 רמ"א, חו"מ, סימן שי, סעיף ב; סימן שיא, סעיף ב.

156 ההבחנה בין מושכר פגום שעומד למכירה למושכר פגום שאינו עומד למכירה אינה מפורשת בדברי הרמ"א, אולם היא עולה ממה שפסק בסימן שיב, סעיף יז (וראה שם: סמ"ע, ס"ק ל).

157 כך מפורש בטור, חו"מ, סימן שי, סעיף א; וכן העיר מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א: "לפי המפרשים האחרים, ודאי כששכרה לרכוב [והתליעו רגליה, והיא עלולה ליפול], חייב להעמיד לו חמור ממש, על הצדדים שיתבארו למטה בחילוק אם אמר חמור זה לחמור סתם". מכאן, שאף כשחלתה הבהמה, אם היא אינה ראויה עוד להשלמת מטרת השכירות, כגון שהושכרה לרכיבה, דינה כמתה, כלומר שיכול השוכר למכור אותה כדי להשלים את מטרת השכירות, אף שבהמה חולה עדיין ראויה למשא רגיל. דבריו מובאים בסמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ה, ובביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ח. וראה מה שכתב בפרישה, חו"מ, סימן שיב, ס"ק טז (מוזכר בסמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ל), בהסבר להלכה זו, ולפיה רשאי השוכר למכור את המושכר הפגום, אף שלכאורה הוא לא יצא מכלל שימוש ואינו עומד להימכר: "ויש לומר דחמור המתולע, או נסתמא, גם למשאוי אינו מצוי מי ששוכרו, אלא של שוכר [צ"ל: שלשוכר] זה אמרינן, 'מזלך גרם, ונסתחפה שדך'. וכיון שאינו מצוי להשכיר אפילו למשא, גם כן אינו עומד אלא למכור, וק"ל [=וקל להבין]". והשווה להלן, הערה 170, דברי "נתיבות המשפט", בהסבר שיטת הרמב"ם, מהם עולה שהרמב"ם אינו חולק על עיקרון זה. וראה שם, שאין זו דעת הגר"א. והשווה: לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א, שמדבריו משתמע שהוא חולק על הלכה זו, ואינו מתיר את המכירה אלא כשיצא המושכר מכלל שימוש כלשהו.

158 לכאורה מסתבר שהשוכר יוכל להשתמש בתרופה זו כדי להשלים את מטרת השכירות, גם אם מדובר בשכירות בלתי מסוימת, ראה: חידושי רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן שי, ד"ה אות ו. וראה: לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א, שפסק כך במפורש. אולם ראה: ביאור הגר"א, סימן שי, ס"ק ח, שאומר ביחס לאותם ראשונים: "בחמור סתם ליתא לדין למכור ולשכור". כן משמע מדברי הסמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט, ודרישה, סימן שי, ס"ק ב, ששעבוד הנבלה הוא דווקא במושכר מסוים (והשווה: נתיבות המשפט, סימן

לרמב"ם[159] שיטה ייחודית ומורכבת בנושא זה, והיא מצמצמת את זכות מכירת שארית המושכר. מאחר שדבריו נפסקו להלכה בשולחן ערוך[160], ראוי להביא את הדברים כלשונם ולבחנם:

"א. השוכר את הבהמה, וחלתה, או נשתטית, או נלקחה לעבודת המלך – אף על פי שאין סופה לחזור, אם נלקחה דרך הליכתה, הרי המשכיר אומר לשוכר, 'הרי שלך לפניך', וחייב ליתן לו שכרו משלם. במה דברים אמורים? בששכרה לשאת עליה משוי שאפשר להשליכו בלא הקפדה. אבל שכרה לרכוב עליה או לשאת עליה כלי זכוכית וכיוצא בהן, חייב להעמיד לו חמור אחר, אם שכר ממנו חמור[161]. ואם לא העמיד, יחזיר השכר, ויחשב עמו על שכר מה שהלך בה.

ב. מתה או נשברה. בין ששכרה לשאת בין ששכרה לרכוב:

אם אמר לו 'חמור' סתם אני משכיר לך, חייב להעמיד לו חמור אחר מכל מקום. ואם לא העמיד, יש לשוכר למכור הבהמה וליקח בה בהמה אחרת, או שוכר בדמיה, אם אין בדמיה ליקח, עד שיגיע למקום שפסק עמו.

אמר לו 'חמור זה' אני שוכר לך:

אם שכרה לרכוב עליה או לכלי זכוכית, ומתה בחצי הדרך, אם יש בדמיה ליקח בהמה אחרת, יקח. ואם אין בדמיה ליקח, שוכר אפילו בדמי כולה, עד שיגיע למקום שפסק עמו;

שכרה למשא, הואיל ואמר לו חמור זה, ומת בחצי הדרך, אינו חייב להעמיד לו אחר, אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך, ומניח לו נבלתו".

לעניין מכירת המושכר הפגום, יש שלושה הבדלים בין שיטת הרמב"ם לבין שיטת שאר הראשונים:

1. בהלכה א, הדנה בחמור שחלה, אין הרמב"ם מזכיר את האופציה של מכירת החמור החולה, מה שאין כן שאר הראשונים.

2. בהלכה ב, הדנה בחמור שמת, הרמב"ם מבחין בין "חמור" סתם ל"חמור זה". ב"חמור"

שי, ס"ק ד). וכך עולה לכאורה מפשוטה של סוגיית התלמוד, בבא מציעא עט ע"א. אולם ראה: ביאור הגר"א, שם, ס"ק ז, שטוען שהרמב"ם לא גרס בסוגיה "אי דאמר ליה חמור זה", אלא גרס "אלא דאמר ליה חמור זה", ומכאן לחילוקי הדעות בעניין מכירת חמור סתם שמת. עיין שם. על ביאור הגר"א קשה (מלבד שדקדוקי סופרים אינו מציין חילופי נוסח במשפט זה), שכן במקום אחר (שם, ס"ק ט), כשהוא דן בשיטתו של הרמב"ם, הוא כותב: "ואמר [הרמב"ם] בחמור סתם, ואם לא העמיד כו', אם אינו רוצה להחזיר שכרו, דרשות למכור הבהמה בלא בית דין לעשות דין לעצמו, במכל שכן [=בקל וחומר] מחמור זה". אם "כל שכן" יש כאן, מדוע לא סוברים כך שאר הראשונים? וצריך עיון. בסוגיה זו, השווה: ש"י פרידמן, תלמוד ערוך, פרק השוכר את האומנין, חלק הפירושים, ירושלים תשנ"א, הסוגיא הששית, עמ' 171.

[159] שיטתו של הרמב"ם מצויה בהלכות שכירות, פרק ה, הלכות א־ב. פרשני הרמב"ם חלוקים בהבנת דבריו. דברינו להלן הם לפי הבנת נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד וס"ק ז. לפירושו השווה: סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט; מרכבת המשנה, על הרמב"ם, שם, הלכה ב; אור שמח, שם (וראה גם: שו"ת אור שמח, חלק א, סימן יז); אבן האזל, שם, הלכה א; שו"ת דברי חיים (צאנז), חלק א, סימן מב. הפניות נוספות ראה בספר המפתח על אותן הלכות, במשנה תורה לרמב"ם, מהדורת ש' פרנקל.

[160] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיפים א־ב.

[161] השולחן ערוך, שם, מעתיק הלכות אלה מילה במילה למעט שינויי לשון קלים. השינוי המשמעותי היחיד הוא, שהמילים "אם שכר ממנו חמור" הושמטו על ידי השולחן ערוך. ואמנם המילים האלה מיותרות. השווה: ש"י פרידמן (לעיל, הערה 158), עמ' 176, הערה 42, שדן בנוסח הרמב"ם.

סתם, הוא מזכיר במפורש ובלא כל סייג את האופציה של מכירת נבלת החמור כתרופה למקרה שבו המשכיר אינו מעמיד מושכר חלופי[162]. כאמור, שאר הראשונים לא אמרו דברים מפורשים בעניין זה, ויש אומרים שהם אינם מכירים באופציית המכירה במושכר סתם.

3. לעומת זאת, ב"חמור זה", הרמב"ם מסייג את אופציית המכירה, כשהוא מבחין בין שכרה לרכיבה ובין שכרה למשא. בשכרה לרכיבה, הוא מכיר באופציה של מכירת הנבלה, מה שאין כן בשכרה למשא. שאר הראשונים[163] דחו הבחנה זו מכול וכול.

כפי שכבר ראינו לעיל[164], "נתיבות המשפט" מסביר שהרמב"ם מבחין בין פגם הפוגע בזכות השימוש בלבד, שהוא דן בו בהלכה א, ובין פגם הפוגע בבעלות המשכיר על המושכר, שהוא דן בו בהלכה ב. כאשר הפגם אינו פוגע אלא באפשרות השימוש של השוכר במושכר, כגון שהחמור ששכר למשא חלה במחלה שהוא יכול להירפא ממנה[165], או שנלקח לאנגריא למשך תקופת השכירות[166], מאחר שאין הפגם פוגע אלא באפשרות השימוש של השוכר במושכר (שיש לדון בה כרכוש השוכר[167]), ולא בזכות הבעלות של המשכיר, על השוכר לשאת בתוצאות הפגם[168]. אחת ההשלכות[169] מכך היא, שגם אם כתוצאה מהפגם הוא אינו יכול להשלים את מטרת השכירות, הוא אינו רשאי למכור את המושכר הפגום כדי לרכוש או לשכור מושכר חלופי, שכן מאחר שהפגם הינו חולף, אין המושכר הפגום עומד למכירה[170] (לעניין זה, אין הבדל, כמובן, בין משא ורכיבה).

[162] ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ז, המסביר כיצד דייק הרמב"ם זאת מהסוגיה. ראה לעיל, הערה 158.

[163] ראה להלן, ליד ציון הערה 171.

[164] לעיל, ליד ציון הערה 83.

[165] ראה לעיל, ליד ציון הערה 140, ובהערה 88.

[166] ראה לעיל, ליד ציון הערה 90.

[167] אמנם לפי שיטת "נתיבות המשפט", לשוכר אין זכות קניינית במושכר. אולם לעניין הזכות החוזית שרכש כלפי המשכיר, דינו כדין בעלים, שהוא הנושא בהפסד לרכושו. ראה לעיל, הערה 94.

[168] נזכיר שדרוש לכך תנאי נוסף, והוא שאילולי השימוש של השוכר במושכר, הפגם לא היה מתהווה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 88. זהו ההסבר להבחנה שעושה הרמב"ם (בהלכה א), בין חמור שהושכר למשא לחמור שהושכר לרכיבה. כפי שהסברנו כבר לעיל (בהערה 89), אם הושכר החמור לרכיבה, וחלה, מאחר שהמשימה שלשמה הושכר לא הייתה משימה קשה, ההנחה היא, שהחולי לא נגרם כתוצאה מהשימוש, אלא היה קורה גם בלעדיו.

[169] אפשר לציין שתי השלכות נוספות: ראשית, שהשוכר חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות מלאים, "וחייב ליתן לו שכרו מושלם" (שם, הלכה א). על שאלה זו נרחיב בדיוננו על סעיף 15. שנית, גם אם השכירות הייתה בלתי מסוימת, השוכר אינו זכאי לדרוש העמדת מושכר חלופי, אף שכתוצאה מהפגם אין לו כל תועלת במושכר. על כך הרחבנו לעיל, ליד ציוני הערות 88, 89, ובהערה 89.

[170] דין זה אינו מפורש בדברי הרמב"ם, אולם הוא עולה בבירור מתוך ניתוח שתי ההלכות והשוואתן זו לזו. כאמור, בהלכה א, דן הרמב"ם בדינה של בהמה שכורה שהשימוש בה בלבד נפגם (חלתה, או נשתטית, או נלקחה לאנגריא). בהלכה ב, דן הרמב"ם בדינה של בהמה שכורה, שגופה נפגם (מתה או נשברה). את האפשרות של מכירת המושכר הפגום, מעלה הרמב"ם בהלכה ב בלבד, ולא בהלכה א. היו שרצו להסיק מכך, שדעת הרמב"ם היא, שכל עוד המושכר ראוי לשימוש כלשהו, אין השוכר רשאי למכרו. ראה: ביאור הגר"א, סימן שי, ס"ק ו: "מה שאין כן כאן [בבהמה שחלתה, או נשתטתה], דלא שיעבד לו למכור ולשכור"; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שי, סעיף ז (וראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ה, שטוען שכך אמר "מגיד משנה", אולם ב"מגיד משנה" לא מצאנו דברים מפורשים בעניין זה, אך ראה סמ"ע, שם, ס"ק ט, בסוף דבריו); לבוש עיר שושן, סימן שי, סעיף א. הלכה זו עומדת בניגוד לדעתם של שאר הראשונים,

הסברו זה של "נתיבות המשפט" מסביר יפה מדוע הרמב"ם לא הזכיר את האופציה של מכירת החמור בהלכה א (נקודה 1 לעיל). אולם אינו מסביר את ההבחנה שעשה הרמב"ם בהלכה ב, לעניין שעבוד הנבלה ב"חמור זה" שמת בין שכרה למשא לשכרה לרכיבה (נקודות 2 ו־3 לעיל). כאמור, הראשונים דוחים הבחנה זו מכול וכול. הראב"ד[171] לדוגמה כותב בהשגותיו: "אין לזה שורש וענף, שאין הפרש [כשהחמור מת] בין רכיבה לשאר משא". הטור[172] פחות חריף: "ואיני מבין מה חילוק בין שכרו למשא או לרכיבה"[173]. את ההבחנה הזאת נבין, טוען "נתיבות המשפט"[174], אם נניח, בנוסף למה שהוסבר עד כה, שבשאלת המשמעות המשפטית של חובת ההחלפה, דעת הרמב"ם אינה כדעת הרשב"א אלא כדעת הרמ"ה[175]. כלומר, המשכיר חייב להעמיד מושכר חלופי, רק אם היה כזה ברשותו בשעת ביצוע עסקת השכירות. להלן הסבר הדברים:

בשכירות מסוימת, טוען בעל "נתיבות המשפט", יש לבחון את השאלה, מה הייתה כוונת המשכיר כשקבע מושכר מסוים לשם מילוי מטרת השכירות? ברור שהגבלת השכירות למושכר מסוים מטרתה להגן על האינטרסים של המשכיר. אולם פעמים שהגבלת השכירות למושכר מסוים חייבת להתפרש לא רק כרצון להיפטר מהעמדת מושכר חלופי, אם יתקלקל המושכר ויצא מכלל שימוש, אלא גם כרצון לשלול מהשוכר את הזכות למכור את שארית המושכר

שפסקו במפורש, שאם הושכר החמור להובלת כלי זכוכית או לרכיבה, וחלה, אף שהוא ראוי עוד למשא רגיל, מכל מקום רשאי השוכר למכור אותו כדי להשלים את מסעו (ראה לעיל, הערה 157). לדעת הסמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט, אף שהרמב"ם לא העלה את האפשרות של מכירת הבהמה הפגומה אלא בהלכה ב, אין להסיק מכך שאין דעתו כדעת שאר הראשונים.

נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ד, מסביר את דעתו זו של הרמב"ם, לפי דרכו, בנימוק שהבאנו בפנים: "בחלתה ועומד להתרפא גם כן אינו עומד למכור, רק להמתין עד שתתרפא, משום הכי אין מוכרין החמור, כשחלתה, לקנות או לשכור אחרת, ודינו כבית, שאם נפל, אזדא". מכאן שאם הפגם קבוע, אף שאפשר, למרות הפגם, להשתמש במושכר למטרות אחרות, יודה הרמב"ם שאין זה מונע את מכירתו של המושכר (השווה לעיל, הערה 157).

171 השגות הראב"ד, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב. על השגה זו ראה: שו"ת הרשב"ש, סימן עב.

172 טור, חו"מ, סימן שי, סעיף ב.

173 וראה: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב, ד"ה שכרה למשא, שהעיר שלפי גרסת התלמוד שלפניו, אי־אפשר לקבל את הבחנת הרמב"ם, וכך העיר גם תלמיד הרשב"א, מובא בשיטת הקדמונים, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אמר לו (עמ' רכא). הגרסה שלפניו הייתה כנראה דומה לגרסת כ"י מינכן: "אמר רבה בר רב הונא אמר רב, השוכר את החמור [ולא כתוב שם לרכוב], ומתה לו בחצי הדרך — אין לו עליו אלא תרעומת". "מגיד משנה" מוסיף, שלפי הגרסה שלפניו (שלא כתוב "לרכוב"), יש הוכחה כנגד הבחנת הרמב"ם (שבשכר לרכוב, רשאי למכור; ובשכר למשא, אינו רשאי למכור). אם הבחנת הרמב"ם נכונה, הייתה הגמרא יכולה להעמיד את דברי רב בחמור שהושכר למשא, ועל כן השוכר אינו יכול למכור את הנבלה, ויש לו תרעומת על המשכיר, והייתה זו תשובה טובה לשאלת הגמרא: "אי יש בדמיה ליקח — יקח". על גרסה זו של הראב"ד ו"מגיד משנה", העיר גם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ח. אולם הגר"א, שם (וכך עולה גם מדבריו בס"ק ז) והסמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט, מעירים שגרסת הרמב"ם הייתה: "אמר רבה בר רב הונא אמר רב, השוכר את החמור לרכוב עליה..." (כמו הגרסה שלפנינו בדפוס וילנא). הרמב"ם הבין שאופציית המכירה, שהגמרא מדברת עליה בהמשך היא דווקא בחמור שהושכר לרכיבה ולא בחמור שהושכר למשא. לפנינו אפוא הצדקה פורמלית להבחנת הרמב"ם. ועדיין קשה, מה הגיונה של ההבחנה? על כך, ראה בהמשך.

174 נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ז.

175 את זאת מוכיח נתיבות המשפט בסימן שי, ס"ק ד. על הוכחה זו הרחבנו את הדיבור בדיוננו על סעיף 1, הערה 188.

לכשייפגם. כך לדוגמה, כאשר חמור מסוים הושכר למשא, המשכיר אינו זקוק להגנה למקרה שיחלה החמור, שכן, במקרה זה, אף שאי־אפשר יהיה להשלים את מטרת השכירות, השוכר לא יוכל לבוא אליו בתביעה כלשהי[176]. נמצא שכאשר הגביל המשכיר את השכירות למושכר מסוים, כוונתו הייתה לקבוע הגנה מיוחדת למקרה שימות החמור. כלומר, שגם אם ימות החמור, לא ייאלץ להעמיד לרשות השוכר חמור אחר[177]. מכאן מתבקשת המסקנה, לדעת "נתיבות המשפט", שאם רצה המשכיר להיפטר מחובת העמדת מושכר חלופי, שלדעת הרמב"ם אינה כרוכה בהפסד[178], הרי בהכרח ביקש המשכיר גם למנוע את מכירת הנבלה, שהייתה עלולה להסב לו הפסד ניכר (שכן, אם הפדיון לא היה מספיק לרכוש מושכר חלופי, הוא היה שוכר מושכר חלופי, והיה מכלה את הקרן). שאם לא תאמר כן, נמצא שהגבלת השכירות לנכס מסוים לא מילאה את תפקידה, ולא הגנה כראוי על האינטרסים של המשכיר. אשר על כן, במקרה זה, מן ההכרח לומר שהציון "חמור זה" משמעו, שיעמוד החמור לרשות השוכר כמות שהוא, ואם יתקלקל, לשוכר לא תהיה הזכות למכור את הנבלה. דוגמה נוספת ופשוטה יותר[179]: ספינה מסוימת הושכרה וטבעה בלב ים. כוונת המשכיר, כאשר הגביל את השכירות לספינה מסוימת, הייתה שאם תינזק הספינה בצורה שאינה ניתנת לתיקון, הוא לא ייאלץ להעמיד לרשות השוכר ספינה חלופית. גם כאן יש לומר, שאם רצה המשכיר למנוע אפשרות זו — שלדעת הרמב"ם, אינה כרוכה בהפסד — הרי מן ההכרח לומר, שהמשכיר ביקש גם לאסור על השוכר למכור את הספינה הטבועה, לבל ייגרם לו הפסד ניכר. אם לא תאמר כן, הגבלת השכירות לספינה מסוימת אינה מגינה עליו כראוי.

לעומת זאת, ממשיך "נתיבות המשפט", יש מקרים שבהם הגבלת השכירות למושכר מסוים אינה מתפרשת אלא כביטוי לרצונו של המשכיר לפטור את עצמו מחובת העמדת מושכר חלופי, אם ייפגם המושכר, ומפטור זה אין הכרח להסיק איסור על השוכר למכור את המושכר הפגום. כך, לדוגמה, כאשר חמור מסוים הושכר לרכיבה. הגבלת השכירות לחמור מסוים באה, במקרה זה, לשחרר את המשכיר מחובתו להעמיד חמור חלופי, לא רק אם ימות החמור (כמו לעיל, בשוכר חמור למשא), אלא גם אם יחלה החמור[180]. ומאחר שחמור חולה, שלא כחמור מת, אין לשוכר רשות למכרו[181], ממילא גם אם נאמר שיש לשוכר רשות למכור את נבלת החמור, אם מת, עדיין הגבלת השכירות למושכר מסוים מגינה כראוי על האינטרסים

[176] ראה לעיל, ליד ציון הערה 165.

[177] חייבים להעיר כאן שטיעון זה אינו נכון לכאורה. כבר הערנו לעיל, הערה 168, שגם כשהפגיעה היא רק בזכות השימוש, השוכר מנוע מלתבוע העמדת מושכר חלופי רק אם מתקיים תנאי נוסף, והוא שהשוכר תרם בשימושו להתרחשות הפגם שמנע את השימוש. אם תנאי נוסף זה אינו מתקיים, כגון שנלקח החמור לאנגריא שלא בדרך הליכתו, המשכיר חייב להעמיד לרשותו מושכר חלופי. אשר על כן, אין זה נכון לכאורה לטעון, שבחמור שהושכר למשא, הציון של חמור מסוים לא בא לשחרר את המשכיר מחובת העמדת מושכר חלופי רק במקרה שימות החמור. הוא משחרר אותו מאותה חובה גם במקרה שיוחרם החמור "שלא בדרך הליכתו". ואולי צריך לומר, שמאחר שאפשרות זו נדירה, המשכיר לא נתן את דעתו עליה כלל, וכשבאים לפרש את החוזה, כלומר את כוונת הצדדים, אין להתחשב בה. ועדיין צריך עיון.

[178] אפשרות זו אינה כרוכה בהפסד, משום שהמשכיר אינו חייב להעמיד חמור אחר, אלא אם כן חמור כזה ישנו כבר ברשותו, והוא אינו חייב לקנות מושכר חדש בשביל השוכר. ראה לעיל, ליד ציון הערה 175.

[179] ראה: נתיבות המשפט, סימן שיא, ס"ק ב. נתיבות המשפט אינו מאריך בביאור העניין שם, אך נדמה שיש להבין את דבריו בדרך זו.

[180] ראה לעיל, הערה 168.

[181] ראה לעיל, ליד ציון הערה 170. וראה בהערה 170, שלפי "נתיבות המשפט" עצמו, שלילת האפשרות למכור

של המשכיר. אכן ייתכן שהגבלת השכירות, כאמור, כוונתה הייתה לשחרר את המשכיר מהחובה להעמיד חמור חלופי, אם יחלה החמור. הגבלה זו אינה חסרת משמעות, שכן במקרה זה השוכר אינו רשאי למכור את החמור הפגום. נמצא אפוא שבכגון זה, אין הכרח, וממילא גם אין הצדקה, לפרש את החוזה כנגד השוכר. כלומר, אין לומר שאם מת החמור, אסור לו למכור את הנבלה.

נציין שמסקנת הדברים היא, שבהשכרת נכס מסוים, הרמב"ם מצמצם כמעט לחלוטין את האפשרות של מכירת המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות, שכן ברוב המקרים השכרת מושכר מסוים כוונתה בעיקר הטלת איסור על השוכר למכור את המושכר, אם ייפגם[182], ולא רק פטור מהעמדת מושכר חלופי.

לסיום פרק זה, נותר עוד לדון בשאלה הבאה: מאחר שלרוב הפוסקים, תרופה זו של מכירת שארית המושכר קיימת גם במושכר בלתי מסוים[183], מה דין התרופה בכל המקרים שמנינו לעיל, שבהם אף שהשכירות הייתה בלתי מסוימת, השוכר אינו זכאי לדרוש העמדת מושכר חלופי, האם גם אז רשאי השוכר, במידה שהדבר אפשרי, למכור את המושכר לשם השלמת מטרת השכירות?

ברור שתרופה זו אינה עומדת לרשותו של שוכר שיכול בדוחק להשלים את מטרת השכירות על אף הפגם שבמושכר[184]. כמו כן ברור שהיא אינה עומדת לרשותו של שוכר שהשימוש במושכר נמנע ממנו כתוצאה מפגיעה בזכות השימוש בלבד, שכן המושכר אינו עומד למכירה[185]. התרופה גם אינה באה בחשבון כשאין עוד אפשרות להשיג את מטרת השכירות (סיכול המטרה)[186]. אולם מה דינה של תרופה זו בשכירות בלתי מסוימת, שבה שימושו של השוכר במושכר הוא שתרם להתרחשות הפגם שפגע בגוף המושכר? דוגמה למקרה כזה, כפי שראינו לעיל היא, כשנטרף חמור בדרכו בידי חיית טרף. האם במקרה זה נאמר שנבלת החמור משועבדת לשוכר להשלמת השכירות? שאלה זו לא נידונה אצל פרשני התלמוד והפוסקים, כנראה משום שהמקרה הקלאסי לסוג זה של פגמים, שנידון בתלמוד, הוא של חמור שנלקח לאנגריא בדרך הליכתו, שבו לא נותר ביד השוכר מה למכור. נדמה שהתשובה לשאלה זו תלויה במחלוקת שראינו לעיל בין הסמ"ע ו"נתיבות המשפט". לפי הסמ"ע, בכגון זה, יש לומר, "מזל השוכר גרם", שכן הפגם היה קשור בשימוש, ולפי זה אין להתיר לו את מכירת

את החמור החולה, אינה קיימת אלא אם כן מדובר בחולי שהחמור יכול להחלים ממנו (מום עובר), אולם אין בכך כדי להפחית מערך ההסבר שהוא מציע כאן ליישוב דברי הרמב"ם.

182 מכאן הסבר נוסף לכך שבבית מסוים שנפל, אסור למכור את האבנים כדי לקנות או לשכור בתמורתן בית אחר (ראה לעיל, הערה 149). שכירות בית לדירה אינה שונה משכירות חמור למשא. גם בשכירות בית מסוים לדירה יש לומר, שאם את העמדת בית חלופי רצה המשכיר למנוע, דבר שלפי הרמב"ם אינו כרוך בהפסד גדול, קל וחומר שאסור לשוכר למכור את שארית הבית שנפל.

183 ראה לעיל, ליד ציון הערה 162, שכך דעת הרמב"ם. וראה לעיל, הערה 158, שיש אחרונים האומרים שכך היא גם שיטת שאר הראשונים.

184 בעניין זה, ראה: פרישה, חו"מ, סימן שיב, ס"ק טז.

185 ראה לעיל, ליד ציון הערה 170, ובהערה 170.

186 אפשר גם להביא הוכחה לכך מהעובדה שהרמ"א, חו"מ, סימן שיא, סעיף ג, בעניין ספינה סתם ויין זה, אינו מעיר שהשוכר רשאי למכור את שארית הספינה כדי לשכור ספינה להוביל בה יין אחר, כפי שהעיר זאת בעניין ספינה זו ויין סתם (ראה שם, סעיף ב).

המושכר הפגום[187]. לעומת זאת, לפי "נתיבות המשפט", מאחר שבעלותו של המשכיר נפגמה, חובה עליו להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. אם לא יעשה זאת, השוכר יהיה זכאי למכור את שארית המושכר, כמפורש בדברי הרמב"ם[188].

פרק חמישי

סיכום

העולה מדיוננו הוא, שבדין מושכר שנפגם, ואינו ניתן לתיקון, יש להבחין בין שכירות נכס מסוים לשכירות נכס בלתי מסוים:

בשכירות נכס מסוים, המשכיר פטור מלהעמיד לשוכר מושכר חלופי, זולת אם המשכיר נושא באחריות להיווצרות הפגם. העובדה שהמשכיר פטור מלהעמיד לשוכר מושכר חלופי אין פירושה שהשוכר נותר בלא כל תרופה, כי יש שהוא זכאי למכור את שארית המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות. אולם היקפה של תרופה זו שנוי במחלוקת: רוב הראשונים (ובראשם הראב"ד) אינם שוללים אותה אלא כשהמושכר הפגום אינו עומד למכירה. לעומתם, הרמב"ם שולל אותה ברוב המקרים. השולחן ערוך פסק כרמב"ם, ואילו הרמ"א פסק כראב"ד. זכותו של השוכר להפחית את דמי השכירות בגין הכבדה על השימוש שנויה במחלוקת, כפי שנראה להלן.

בשכירות נכס בלתי מסוים, הכלל הוא שהמשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. אולם ישנם מקרים שהמשכיר פטור מחובה זו אף שהשכירות הייתה של נכס בלתי מסוים. כך הוא הדין אם נתקיים אחד מן התנאים האלה: על אף קיום הפגם, השוכר יכול להשלים בדוחק את מטרת השכירות; שימושו של השוכר במושכר תרם להתרחשות הפגם (ובעלותו של המשכיר במושכר לא נפגמה — "נתיבות המשפט"); הפגם גרם לסיכול מטרת השכירות[189] — בכל אלה השוכר אינו רשאי למכור את שארית המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות.

[187] וראה: אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ב, ד"ה ונראה, שממנו אפשר להסיק, שכל שמזל השוכר גורם, אינו רשאי למכור את שארית המושכר.

[188] ולזה היו מסכימים כנראה הראב"ד ו"מחנה אפרים".

[189] לדעת גולאק (לעיל, הערה 6), יש להוסיף על רשימה זו עוד חריג, והוא כשהרס המושכר נגרם כתוצאה מ"מכת מדינה". המקור לחריג זה הוא בדברי הסמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק לד. הסמ"ע מתקשה שם בהבנת דברי הרמ"א, שבסוף סעיף יז: "נשרף הבית, דינו כנפל. נשרף כל העיר, הוי מכת מדינה, ומנכה לו מן שכירותו". הקושי בדברי הרמ"א הוא, שלכאורה, כשנשרף הבית, אין שום הבדל בין מכה פרטית ל"מכת מדינה"! אחד הפתרונות שהסמ"ע מעלה להבנת הדברים הוא, שהרמ"א התכוון לומר, "דבנשרף כל העיר, אין צריך [המשכיר] להעמיד לו אחר, דהוי ליה מכת מדינה". במילים אחרות, סייג נוסף לחובת ההחלפה הוא כאשר המושכר נפגם בנסיבות של "מכת מדינה". אולם הסמ"ע אינו מעלה תירוץ זה אלא כהצעה בפירוש דברי הרמ"א, והוא עצמו דוחה הצעה זו בנימוק: "דאם כן [אם זאת הייתה כוונתו של הרמ"א], לא הוי ליה למור"ם לסתום אלא לפרש". עוד יש לציין, שמחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו, פסק במפורש להפך, שבנסיבות של "מכת מדינה", המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. כאמור, גולאק הביא את הצעתו של הסמ"ע כאחד העקרונות הבסיסיים בסיכול חוזה שכירות. אולם לאור הדברים האמורים לעיל, ברור שאין לקבל את דבריו (וראה שם, בהערה 17, שכמקור לדבריו הביא, בנוסף

תוצאותיה המשפטיות של אי־העמדת מושכר חלופי שנויות במחלוקת, ואנו דננו בה במסגרת דיוננו על סעיף 1 לחוק. גם השאלה, אם בכגון זה, עומדת לשוכר הזכות למכור את שארית המושכר, שנויה במחלוקת.

אשר למקרים שבהם המשכיר אינו חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, נחלקו רש״י ורמב״ם בדבר זכותו של השוכר להפחית את דמי השכירות, אם נגרמה לו הכבדה בשימוש (אך לא נשללה השגת המטרה). אולם שניהם מסכימים שהשוכר אינו רשאי לבטל את החוזה בגין כך. לא כן היא דעת המאירי. בשאלת חובת תשלום דמי השכירות, כשנמנע השימוש (כולו או מקצתו), ובהעדר חובת העמדת מושכר חלופי, נדון במסגרת דברינו על סעיף 15.

לאור האמור לעיל, אנו מציעים לנסח את סעיף 10 כדלהלן:

פגם שאין לדרוש תיקונו

10. היה הפגם תוצאה מנסיבות שבעת כריתת החוזה לא ידע עליהן המשכיר ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, [ולא יכול היה למנען?], ותיקון הפגם באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שהיה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים —

(א) בשכירות נכס מסוים, לא יהא הפגם עילה לדרישת העמדת מושכר חלופי, לדרישת תיקון, לפיצויים או להחזר הוצאות כאמור בסעיף 9(א)(1).

(ב) בשכירות נכס בלתי מסוים, זכאי השוכר לכל התרופות האמורות בסעיף קטן (א), אלא אם כן נתקיים אחד מן התנאים האלה:

(1) הפגם אינו מונע את השגת מטרת השכירות, אלא גורם רק להכבדה;

(2) היה קשר בין שימושו של השוכר במושכר ובין אירוע הפגם;

(3) הפגם גרם לסיכול מטרת השכירות.

לסמ״ע הנ״ל, גם את דברי הסמ״ע שבסימן שכא, בלי לציין מקור מדויק. אולם בסימן שכא, לא מצאנו רמז לדין זה בדבריו של הסמ״ע).

סעיף 11

שימוש ללא הפרעה

שימוש ללא הפרעה

11. המשכיר חייב לאפשר לשוכר להשתמש במושכר במשך תקופת השכירות לפי המוסכם בין הצדדים ללא הפרעה מצדו או מטעמו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 223

פרק שני: חובת הימנעות מהפרעה — "חייב לאפשר לשוכר להשתמש... ללא הפרעה" 226

א. היסוד המשפטי לחובה 226

ב. היקף החובה 229

(1) הפרעה לשימוש המוסכם — "לפי המוסכם בין הצדדים" 230

(2) מידת ההפרעה 232

(3) מניעת הפרעה מידי גורם שלישי — "לאפשר" 233

פרק שלישי: תרופות 235

פרק רביעי: סיכום 236

פרק ראשון

מבוא

סעיף 11 משלים את רשימת הסעיפים הדנים בחיובי המשכיר. בסעיפים 5־6, למדנו שחיובו הראשון של המשכיר הוא למסור לשוכר מושכר מתאים. חיוב זהה הטיל המחוקק על המוכר במסגרת עסקת המכר[1]. אולם עסקת השכירות, שלא כעסקת המכר, אינה נגמרת ברגע אחד, אלא נמשכת לכל אורך תקופת השכירות. אשר על כן, חיוב המסירה וההתאמה אינו החיוב הבלעדי של המשכיר. שני חיובים נוספים הוטלו עליו במהלך תקופת השכירות, הבאים להגן על זכותו הנמשכת של השוכר להחזיק ולהשתמש במושכר: סעיף 7 קובע, שאם מתגלה פגם המונע או מגביל את השימוש במושכר, המשכיר חייב לדאוג לתיקונו; וסעיף 11 מוסיף, שלמשכיר יש גם חובה לאפשר לשוכר שימוש בלא הפרעה מצדו או מטעמו.

שר המשפטים, כאשר הציג את הסעיף לפני הכנסת[2], הסביר ש"סעיף 11 אצלנו הוא סעיף חדש... פה יש כמעט דבר פילוסופי של [ה]שכירות שיש צורך לדון עליו באופן רציני ביותר בתקופה החדשה... באנגליה היו נסיונות קשים מאוד להתגבר על זכויותיהם של השוכרים... על ידי הכנסת דיירים שאי אפשר לסבול אותם, על ידי הקמת רעש, על ידי יצירת תנאים שהשוכר יהיה צריך לברוח". יש לציין שעיקרון זה הוכר על ידי הפסיקה עוד לפני חקיקת חוק השכירות. השופט קיסטר[3] לדוגמה קבע כלל גדול, ולפיו "המשכיר מתחייב מכללא, היינו אף אם לא פורש בחוזה, לאפשר לשוכר להשתמש במושכר למטרת השכירות ללא כל הפרעה מצידו, ולא להקטין את אפשרות הפקת ההנאה המלאה מהמושכר כפי שהיתה בזמן ההשכרה".

סעיף 11 בא אפוא להגן על זכויות השימוש של השוכר במהלך השכירות, כשהוא קובע שעסקת השכירות כוללת חובה מצד המשכיר להימנע מהפרעה[4]. במסגרת המבוא לסעיף זה, אנו מבקשים לבחון את סעיף 11 לאור קיומם של סעיפים אחרים בחוק הישראלי, שיש בהם, במבט ראשון, כדי לספק לשוכר הגנה זהה, ומייתרים לכאורה את סעיף 11. דיון זה, ביחס שבין הוראות החוק הישראלי השונות, יעזור לנו לתחום טוב יותר את גבולותיו של הסעיף[5].

[1] חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 7 וסעיף 11.

[2] דברי הכנסת 59 (התשל"א) 270.

[3] ע"א 314/55 גרינברג נ' בלבטניק, פ"מ יג 150, 153. הובא בהסכמה בע"א 318/63 ליבוביץ ואח' נ' כץ ואח', פ"ד יח(1) 384, 389. לרנר, סעיף 127, מעיר שבזה "אימץ השופט קיסטר את ההלכה האנגלית לפיה משכיר מתחייב מכללא ב'covenant for quiet enjoyment'". והשווה: המ' (ת"א) 453/49 פרידמן נ' לינשבסקי, פ"מ ב 305, משם נראה לכאורה שההתחייבות של המשכיר כלפי השוכר להנאה שקטה היא, שהשוכר לא יופרע על ידי אחרים, שאינם המשכיר עצמו, והדברים מתמיהים.

[4] וראה: לרנר, סעיף 126, המדגיש שהסעיף אינו מכוון רק כנגד משכיר המתנכל לזכויות השוכר, אלא גם כנגד משכיר שפועל לתועלתו שלו ותוך כדי כך גורם להפרעה אצל השוכר. בהתאם לכך, גישתו היא ש"אין ליצור כפילות בין סעיף 11 לבין דיני הנזיקין והקנין, ומשום כך יש להחילו רק כאשר אין באותם דינים תשובה הולמת". הקורא ייווכח בהמשך שדרכנו בפרשנות החוק שונה מדרכו של לרנר. וראה להלן, הערה 38.

[5] לדיוננו להלן, השווה דיונו של לרנר, סעיפים 126־134.

נתחיל בהוראה המצויה בחוק השכירות עצמו, וכוונתנו לסעיף 7 לחוק. סעיף 7 קובע בצורה ברורה וחד־משמעית חובת עשה, ולפיה על המשכיר לתקן כל דבר השולל את השימוש במושכר, או מגבילו. לכאורה אם חובה לתקן, ברור שחובה גם להסיר כל הפרעה (הסרת הפרעה אינה אלא צורה אחרת של תיקון). אולם סעיף 7 אינו מייתר את סעיף 11, וזאת לפחות משלוש סיבות:

1. סעיף 7 מדבר על תיקון פגם, כלומר כל דבר השולל, או המגביל הגבלה של ממש, את השימוש במושכר. לעומתו, סעיף 11 רחב הרבה יותר, שכן הוא כולל גם הפרעה גרידא, אף שאינה עולה כדי פגם[6].

2. סעיף 7 מדבר על תיקון כל פגם במושכר או בנכס שברשות המשכיר המשמש את המושכר. בזה לא נכללים אופני הפרעה שאינם במושכר או בנכס המשמש את המושכר. לא נכלל בזה, לדוגמה, מקרה שבו המשכיר בא כל לילה ומתופף מתחת לחלונו של השוכר, מה שאין כן סעיף 11.

3. סעיף 7 מדבר על חובת תיקון לאחר קבלת דרישת תיקון. ואילו לפי סעיף 11, השוכר אינו צריך לדרוש מהמשכיר שיימנע מהפרעה; משכיר המפריע לשימושו, נחשב מיד כמי שמפר חוזה.

עולה אפוא שעילת התביעה בגין הפרעה רחבה הרבה יותר מזו שבגין פגם. ההצדקה לכך היא, שסעיף 7 דן בהפרעה שלמשכיר אין כל אחריות לקיומה[7], ועל כן הציב המחוקק שלושה תנאים והגבלות לגיבוש עילת התביעה: הפגם גורם להגבלה של ממש בשימוש; הפגם הוא במושכר עצמו (או בנכס של המשכיר המשמש את המושכר); השוכר צריך לדרוש את התיקון. לעומת זאת, סעיף 11 דן בהפרעה שהמשכיר אחראי לה בין במעשה בין במחדל. על כן התנאים לגיבוש העילה חמורים פחות.

הוראות אחרות בחקיקה הישראלית, שבהן יכול לכאורה השוכר להיעזר כדי להגן על החזקתו ועל שימושו, הן הוראות חוק המקרקעין[8] וחוק המיטלטלין[9], הבאות להגן על מחזיק כדין מפני משיג גבול, והוראת פקודת הנזיקין[10] בעניין מטרד, המגינה על מחזיק במקרקעין מפני מי שמפריע לשימושו בהם. אולם גם הוראות אלה אינן מייתרות את סעיף 11, שכן קביעת החובה להימנע מהפרעה כחובה חוזית, מעניקה לשוכר מספר ניכר של יתרונות. להלן נמנה חלק מהן:

1. היא מעניקה לשוכר זכות לביטול החוזה[11], מה שאין כן ההוראות האחרות[12].

[6] לשאלת מידת ההפרעה האסורה, ראה להלן, פרק שני, ב(2), עמ' 232.

[7] אמנם על פי סעיף 8 לחוק, סעיף 7 חל גם על משכיר שידע בעת כריתת החוזה על העובדות שגרמו לפגם, אולם לרוב מקרים כאלה יילכדו גם ברשתו של סעיף 11. כוונתו של סעיף 8 היא, שגם אם נקבע בהסכם שלשוכר לא תהיה עילה נגד המשכיר במקרה של הפרעה לשימוש, אם הנסיבות הגורמות להפרעה היו ידועות למשכיר בעת כריתת החוזה וההפרעה עולה כדי פגם, לתניית הפטור אין תוקף, והמשכיר יהיה חייב לתקן את הפגם.

[8] חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיפים 15־20.

[9] חוק המיטלטלין, התשל"א־1971, סעיף 8.

[10] פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשי"ז־1957, סעיף 44.

[11] אם ההפרעה נחשבת להפרה יסודית, יוכל השוכר לבטל את החוזה באופן מיידי, ואם לאו, לאחר דרישה מאת המשכיר שיחדל מהפרעה. ראה: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 7.

[12] לרנר, סעיף 126, מנה מספר יתרונות לעילה החוזית, אך שכח לציין את היתרון החשוב הזה.

2. היא מעניקה לשוכר את הזכות לפיצויים גם בלא הוכחת נזק[13], מה שאין כן שאר החוקים[14].

3. עוולת המטרד מצומצמת להפרעה בשימוש במקרקעין בלבד, מה שאין כן סעיף 11, הכולל את כל סוגי הנכסים, כולל מיטלטלין וזכויות[15].

4. היא מעניקה תרופה לא רק במקרה של הפרעה לשימוש רגיל (כמו עוולת המטרד), אלא גם במקרה של הפרעה לשימוש מיוחד המוסכם בין השוכר והמשכיר.

5. היא מעניקה גם תרופה בגין הפרעה עקיפה, ולא רק בגין הפרעה ישירה. לדוגמה, אם המשכיר אינו משלם חשבונות מים וחשמל, וכתוצאה מכך מופסקים השירותים האלה למושכר, השוכר לא היה יכול למצוא כל תרופה כנגד המשכיר בעוולת המטרד, שכן חברות השירותים אינן פועלות כשלוחות המשכיר, אלא באופן עצמאי[16].

רשימת זו של היתרונות שמעניק סעיף 11 אינה שלמה, אך די בה כדי להסביר את הצורך בקיומו.

הסעיף האחרון, שאליו יש להשוות את סעיף 11, הוא סעיף 4 לחוק השכירות, ומקבילו, סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973 (שנחקק כשנתיים לאחר חקיקת חוק השכירות). סעיפים אלה קובעים את הכלל הגדול בדיני החוזים, ולפיו "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". לכאורה ברור שמשכיר המפריע לשימוש שהעניק לשוכר, אינו נוהג בתום לב, ולפי זה סעיף 11 הופך למיותר. כנגד זה אפשר להעלות שני טיעונים:

ראשית, לולי סעיף 11, היה מקום לומר שזכות השימוש של השוכר במהלך תקופת השכירות היא זכות חפצית (הנובעת מזכותו הריאלית של השוכר במושכר), ולא "חיוב הנובע מחוזה" (כלשון סעיף 4), ועל כן אי־אפשר להחיל על זכות זו את סעיפי תום הלב, המדברים על קיום של חיוב הנובע מחוזה בתום לב[17].

שנית, מניסוחו של סעיף 11 עולה, שהוא עשוי לכלול לא רק חובת "לא תעשה" — להימנע מהפרעה, אלא גם חובת "עשה" — לאפשר את השימוש (השווה הגדרתו של טדסקי[18] לשכירות כ"התחייבות לאפשרות השימוש"). דוגמה לחובת עשה היא המקרה שבו מוגשת תביעה קנטרנית לבעלות על המושכר על ידי גורם זר שאינו קשור אל המשכיר כלל. על פי סעיף 11, המשכיר יהיה חייב להגיש את העזרה הדרושה לשוכר (המצאת מסמכים וכדומה), כדי שזה

[13] ראה: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 11(א).

[14] סעיף 44 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע: "לא ייפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק". ועל פי העילות הקנייניות (הגנת הבעלות והחזקה), אין לשוכר אלא סעד של צו מניעה, ולא של פיצויים. השווה: לרנר, סעיף 126, ששכח לציין גם את היתרון הזה.

[15] בהקשר הזה נציין עוד יתרון נוסף לסעיף 11: הוא מאפשר לשוכר להגיש תביעה נגד המשכיר בגין הפרת חוזה, אף שעוד לא נטל את החזקה במושכר, מה שאין כן על פי פקודת הנזיקין, שלפיה אין עילה בגין מטרד אלא כאשר הניזוק מחזיק במקרקעין.

[16] מעיר על כך לרנר, סעיף 130.

[17] כאן אמנם היה מקום להיזקק לכלל האנגלי הקרוי "הפחתה מהענקה" ("derogation of grant"), שלפיו אסור לאדם לגרוע ממה שהעניק ולקחת ביד אחת מה שנתן ביד השנייה. ראה: לרנר, סעיף 128. השווה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן סו, סעיף לב, וסימן שפו, סעיף א.

[18] ראה דיוננו על סעיף 15, הערות 1 ו־7.

יוכל להסיר מעל עצמו את טרדת התביעה[19]. ספק אם אפשר היה לבסס חיוב כזה על עקרון תום הלב בלבד. יש להודות שנקודה אחרונה זו, אינה נקייה מספקות[20].

בדיוננו להלן, נבחן אם המשפט העברי מכיר בחובה זו של הימנעות מהפרעה, ובאיזו מידה, ומהן התרופות של שוכר במקרה של הפרת החובה.

פרק שני

חובת הימנעות מהפרעה – "חייב לאפשר לשוכר להשתמש... ללא הפרעה"

א. היסוד המשפטי לחובה

כפי שראינו במבוא, על פי חוק השכירות, יסוד החובה המוטלת על המשכיר להימנע מהפרעה לשימושו של השוכר הוא יסוד חוזי, שהפרתו גוררת אחריה את הסנקציות המקובלות במקרה של הפרת חוזה – אכיפה (צו להימנע מהפרעה), ביטול ופיצויים.

העיקרון של חובת הימנעות מהפרעה מקובל גם במשפט העברי[21]. כך עולה מדברי ה"מרדכי"[22] בעניין משכיר דירה: "וכן [המשכיר] אינו יכול לכופו [את השוכר] להכניס בו פועלים לבנותו בעוד שמושכר לו, מפני קול הנכנסים ודריסת הרגלים". הנה לפנינו איסור הפרעה. אמנם היה מקום לטעון שהיסוד המשפטי לאיסור זה הוא, שמאחר שבמשך תקופת השכירות זכות ההחזקה במושכר היא של השוכר, הרי שאסור למשכיר להשיג את גבולו ולהיכנס אל תוך המושכר בלא רשותו של השוכר. ואם כך, אין להסיק מכאן אלא חובת הימנעות מהפרעה שיש עמה משום השגת גבולו של השוכר. אולם אילו זה היה יסוד האיסור, לא היה זקוק ה"מרדכי" לנימוק שהשוכר יכול לסרב להכניס פועלים "מפני קול הנכנסים ודריסת הרגלים", שהרי השוכר אינו צריך כל אמתלא כדי להתנגד לכניסה אל תוך רשותו נגד רצונו (אפילו לכניסתו של המשכיר[23]). מתוך ההנמקה שנקט בה, רשאים אנו אפוא להסיק, שלדעת ה"מרדכי", קיים איסור הפרעה, גם כשאין הפרעה זו כרוכה בהשגת גבולו של השוכר,

[19] השווה: לרנר, סעיף 134.

[20] ואמנם ראה להלן, הערה 58, שהמלומדים דוחים פירוש זה בסעיף 11.

[21] מטרתנו להלן היא להוכיח שחובת הימנעות מהפרעה מקובלת במשפט העברי, גם כשלא הייתה על כך הסכמה מיוחדת בין השוכר והמשכיר. אמנם מעניין לציין שגולאק מביא בספרו "אוצר השטרות", ירושלים תרפ"ו, נוסחי שטרות שמהם עולה שהיה מקובל לכלול בשטרי שכירות תניות מיוחדות הבאות להגן על השוכר מפני הפרעה במהלך השכירות. כך, לדוגמה, אפשר למצוא שם בשטר רח: "המשכיר נודר לשוכר שלא יהיה מגורש מן הבית הנזכר לעיל כל זמן השכירות, לא מצדו ולא מצד באי כחו ולא מצד הבעל בית גוי ולא משום אדם שבעולם" (שטר זה הוא מאיטליה, המאה הט"ז). ובשטר רו: "ואם יבוא שום אדם בעולם ויערער על שוכר זה בכלום מחמת בית זה, עלי ועל יורשי אחרי לפצות ולהדיח ולסלק מעליו ומעל יורשיו אחריו כל ערעורין שבעולם, ולהעמיד בית זה בחזקתו ובחזקת הבאים מכחו עד משלם ימי השכירות שפסקתי עמו" (שטר זה הוא מתוך ספר השטרות לר' יהודה הברצלוני (ספרד), שטר סג). בעניין אחרון זה, השווה להלן, פרק שני, ב(3), עמ' 233.

[22] מרדכי, בבא בתרא, פרק השותפין, סימן תעב, נפסק ברמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף א.

[23] איסור זה מפורש בדברי הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ז. וראה על כך, דיוננו על סעיף 17, ליד ציון הערה 7.

כלומר היא כוללת גם את האיסור לגרום הפרעה מן החוץ. ואכן בסוף דבריו ה"מרדכי" מפנה לסוגיה התלמודית[24] הקובעת, שאדם רשאי למנוע משכנו לפתוח בדירתו חנות בטענה: "איני יכול לישון מקול הנכנסין ומקול היוצאים"[25].

מניתוח דברי ה"מרדכי" עולה אפוא, שאמנם אסור למשכיר להפריע לשוכר, אף שאין בהפרעה זו משום כניסה פיזית אל תוך המושכר. אולם מתוך המקור שהביא לביסוס דבריו עולה, שאיסור ההפרעה אינו מיוחד למשכיר בתור שכזה, אלא חלים עליו, כמו על כל אדם אחר, הלכות "נזקי שכנים" הכלליים (המקבילים לדיני המטרד שבפקודת הנזיקין[26]).

להלן ננסה להוכיח, שלפחות חלק מהפוסקים סבורים, כמו החוק, שהמשכיר נושא באחריות מיוחדת כלפי השוכר בכל מה שנוגע להפרעה לשימוש, ולא רק שחלים עליו דיני הנזיקין הכלליים. לשם כך, נביא מדברי הרמב"ם[27], שנפסקו גם בשולחן ערוך[28]: "אם חזר, אחר שהשכירו לזה, והשכירו או מכרו לגוי או אנס, שהפקיע שכירות הראשון — הרי זה חייב להשכיר לו בית אחר כמותו. וכן כל כיוצא בזה" (נדגיש שהדברים אמורים גם בהשכרת בית מסוים). מהלכה זו עולה בבירור, שאסור למשכיר לא רק להיכנס בעצמו אל תוך המושכר ולהפריע שם להחזקתו ולשימושו של השוכר, אלא אסור לו גם ליצור נסיבות שיגרמו להוצאתו של השוכר מהמושכר או ליציאתו. עוד עולה מדברי הרמב"ם, שאם המשכיר הפר איסור זה, כגון שמכר את המושכר לאדם שידע עליו שיוציא בכוח את השוכר מן המושכר, הרי הוא חייב להעמיד לשוכר מושכר חלופי (וזאת אף אם מדובר בשכירות מסוימת)[29].

"מגיד משנה"[30] מעיר על הלכה זו של הרמב"ם: "פשוט שכל שהמשכיר סיבה בענין, שהוא חייב להעמיד לו בית". מה שנראה כה פשוט בעיני "מגיד משנה", אינו נראה פשוט כל כך בעיני "נתיבות המשפט"[31]. אמנם "נתיבות המשפט" אינו חולק על ההלכה, אולם לדעתו אין היא מובנת מאליה. לכאורה, מקשה "נתיבות המשפט", מה שעושה המשכיר, כשהוא מוכר את המושכר לגוי או לאנס, אינו אלא בגדר "גרמא" (נזק עקיף), והרי כלל ידוע הוא, "גרמא בנזיקין — פטור"! נסביר: מכירת המושכר לאחר אין בה מבחינה משפטית כדי לפגוע בזכותו של השוכר[32], ואם כן הפקעת זכותו של השוכר אינה מתחייבת (משפטית) מהמכירה. נמצא אפוא שההפקעה אינה מעשהו של המשכיר, אלא של הגורם האלים שקנה ממנו. המשכיר לא

[24] בבא בתרא כ ע"ב — כא ע"א.

[25] נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קנו, סעיף ב. אמנם בהלכה זו התנאי להתנגדות הוא, ש"הנכנסים והיוצאים" עוברים דרך החצר המשותפת. אולם מצאנו גם הלכות אחרות בהלכות נזקי שכנים, שבהן נאסר על אדם לגרום להפרעה לשכנו, אף שאין בה משום שימוש ברכושם המשותף; "והקפידה תורה שלא יעשה אדם בתוך שלו דבר הגורם היזק לחבירו", טור, חו"מ, סימן קנה, סעיף כא, ראה הערה הבאה. וצריך עיון אם דרגת ההפרעה האסורה שונה בשני המקרים, כי לשאלה זו עשויה להיות השפעה בנושא דידן.

[26] ראה: א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 192 ואילך.

[27] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו. מקורו כנראה בירושלמי, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט, ראה שם, מראה הפנים, ד"ה ברתיה.

[28] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ב.

[29] ייתכן, שלהלכה זו יסכימו אפילו הפוסקים שבעיקרון אינם מכירים בחובת תיקון מושכר מסוים (על אותם פוסקים, ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 6). ראה להלן, הערה 35.

[30] מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו. וראה בית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק טז, שחוזר על דבריו בהסכמה. וראה דיוננו על סעיף 10, הערה 32.

[31] נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ה.

[32] ראה דיוננו על סעיף 21, העברת המושכר.

עשה את הנזק, הוא רק גרם לו. אם אדם זר היה מונע מהשוכר את השימוש בדרך של גרמא, לא הייתה לשוכר כל עילת נזיקין לתבוע ממנו העמדת מושכר חלופי! ומה נשתנה המשכיר? נמצא אפוא שהעיקרון, "כל שהמשכיר סיבה בענין, שהוא חייב להעמיד לו בית", אינו עיקרון פשוט כל כך, אלא הוא עצמו טעון ביסוס.

לביסוסו של העיקרון, הוצעו שלוש גישות עיקריות:

1. יש הרואים את בסיס העיקרון באופי החוזי של עסקת השכירות. כך לפי "נתיבות המשפט"[33]: "ונראה דכל משכיר יש עליו שיעבוד הגוף להעמיד לו לדבר המושכר לדבר שצריך לו... כל זמן שהדבר עומד בעין, ואינו רוצה ליתן, כל נכסיו משועבדין להעמיד לו... ומשום הכי כל שבפשיעה תו אינו נותן לו [=שוב אינו נותן לו] דבר שהשכיר לו, כל נכסיו משועבדין להעמיד בית אחר". לשון אחר, המשכיר אינו דומה לאדם זר שהיה מזיק לשכירות, שכן הוא מתחייב במסגרת השכירות שלא להזיק ולספק לשוכר מושכר מתאים למוסכם[34]. הסבר זה עולה בקנה אחד עם תפישתו של "נתיבות המשפט" את מהות השכירות כעסקה חוזית[35].

2. לדעת "ערך ש"י"[36], כדי להסביר את ההלכה הזאת, אין צורך להניח שהרמב"ם רואה את השכירות כעסקה חוזית, ולא קניינית, כפי שעשה "נתיבות המשפט". הוא מסתמך על שיטת הריטב"א[37] בעניין תוקפה של הבטחה: "ולפי מה שכתב הריטב"א... אתי שפיר, דשאני הכא שהוא [המשכיר] השכירו לו, וסמך עליו [השוכר] שיניחנו לדור בו". הסבר זה תקף אף אם רואים בשכירות עסקה קניינית, ולא חוזית: כשקנה השוכר את זכותו במושכר, היה ברור מכללא שהמשכיר מבטיח לו שלא לפגוע בקניינו. ומאחר שהבטחה זו עמדה בבסיס העסקה שביניהם, הרי היא מחייבת. על פי גישה זו, יש בהחלט מקום לקבוע אמות מידה שונות להפרעה מצד המשכיר לעומת הפרעה מצד אדם זר[38], ועל המשכיר לא חלים דיני המטרד הרגילים בלבד.

[33] ראה לעיל, הערה 31.

[34] השווה: טבעת החושן, סימן שיב, ד"ה עיין נתיבות ס"ק ה: "כל זה מתנאי השכירות הוא".

[35] כפי שראינו כבר בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 35, ובהערה 35.
שאלה היא, האם לדעת "נתיבות המשפט", הרמ"א חולק על הלכה זו של הרמב"ם, שהרי הרמ"א חושש לדעת הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א, הרואים בשכירות זכות קניינית (ראה לעיל, הערה 29). אמנם הרמ"א לא העיר דבר על הלכה זו, שנפסקה בשולחן ערוך. אולם אין בכך בלבד כדי להוכיח שהוא מקבל את ההלכה. וראה להלן, הסברים שונים העשויים ליישב את ההלכה עם תפישות קניניות של השכירות. וצריך עיון.

[36] ערך ש"י, חו"מ, סימן שיב, סעיף ב (והשווה: ערך ש"י, חו"מ, סימן רל, סעיף ט (בסופו), שם הוא מזכיר את גישתו של "נתיבות המשפט"). ההבדל המעשי בין דרכו של "ערך ש"י" לדרכו של "נתיבות המשפט" בסוגייתנו הוא לעניין תשלום פיצויים. ראה להלן, פרק שלישי, עמ' 235.

[37] על שיטתו של הריטב"א בעניין תוקפה של הבטחה מסחרית, ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן: "הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה שסמיך עליה [=שסמך עליו], ונתן לו ממונו, משתעבד ליה מדין ערב". וראה דיוננו על סעיף 19, הערה 18, שם נראה, ש"ערך ש"י" מסתמך על שיטה זו עוד בהקשר אחר. "ערך ש"י" עצמו מעיר על כך כשהוא כותב: "ולפי מה שכתב הריטב"א, הבאתיו בסמוך בסעיף יד...". יש לתמוה על כך, שבספר תשובותיו, תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן קכג, מתעלם הפוסק מדברי הרמב"ם האלה (אף שנפסקו בשולחן ערוך. ראה לעיל, הערה 28), ומהסברו שלו עצמו על אותו פסק. על כך אנו מעירים להלן, הערה 45.

[38] השווה: לרנר, סעיף 126, הטוען: "לא ברור מדוע יש לקבוע אמות מידה שונות להפרעה מצד המשכיר

3. בעל "דברי משפט"[39], שכנראה אינו מקבל את שיטת הריטב"א בעניין תוקפה של הבטחה, וכנראה גם אינו מקבל את הגישה החוזית של "נתיבות המשפט", מציע הסבר אחר להלכת הרמב"ם. לדעתו, אין סתירה בין הלכת הרמב"ם לבין כללי הנזיקין כלל: אמנם נכון, ש"גרמא בנזיקין — פטור", אולם ידוע גם, ש"גרמא בנזיקין — אסור"[40] ועל כן משכיר או כל אדם אחר, השולל בעקיפין מהשוכר את השימוש במושכר, יכול השוכר להוציא נגדו צו מניעה. בית המשפט יורה לגורם המפריע להפסיק לגרום נזק לשוכר, ואם צריך, הוא אף יחייב אותו להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, ובלבד שתיפסק ההפרעה (לפי זה הוא מדגיש, חיוב העמדת מושכר חלופי אינו אלא בטרם חלפה תקופת השכירות). בעניין זה, אין אפוא הבדל בין המשכיר לאדם זר. האמצעים המשפטיים העומדים לרשות השוכר, כשהמשכיר מפריע לשימושו במושכר, הם דיני הנזיקין הרגילים.

לפנינו אם כן מחלוקת יסודית בהגדרתה המשפטית של השכירות: לדעת "דברי משפט", השכירות מעניקה לשוכר זכות חפצית בנכס המושכר, ואין בה מרכיב חוזי מחייב כלשהו. להגנת זכותו החפצית של השוכר, עומדים כללי הנזיקין בלבד. לעומת זאת, דעת "נתיבות המשפט" היא, שהשכירות היא עסקה חוזית שבמסגרתה המשכיר לוקח על עצמו סדרה של התחייבויות כלפי השוכר. בין השאר, הוא מתחייב להימנע מהפרעה לשימוש. לפי "ערך ש"י", אף אם רואים בשכירות עסקה קניינית, הרי יש בצדה גם הבטחה שלא לפגוע בקניינו של השוכר, והבטחה זו מחייבת. בפרק הבא נראה עד כמה היסודות התיאורטיים השונים שמצאנו אצל הפוסקים, יש בהם כדי להשפיע על היקף חובת ההימנעות מהפרעה ועל התרופות בגין הפרתה.

ב. היקף החובה

יש לציין, שהפוסקים, שאת גישותיהם סקרנו בפרק הקודם, לא דנו בשאלת חובת ההימנעות מהפרעה אלא בקשר למקרים המפורשים ברמב"ם ובשולחן ערוך. במקרים אלה, דובר על הפרה בוטה של זכות השימוש, כגון הפקעת המושכר מידי השוכר על ידי מכירתו לגורם אלים. מקרים פחות קיצוניים לא נידונו על ידם. זאת על כן יש לדעת, שהדברים שיבואו להלן בדבר היקף חובת ההימנעות מהפרעה, מתחייבים אמנם לדעתנו מגישתם התיאורטית של הפוסקים, אולם הדברים לא נאמרו על ידם באופן מפורש.

ולהתנהגות דומה של אדם זר". אמנם לרנר מודה שמשכיר המתנכל לזכויותיו של השוכר בתור שכזה, ולא כמחזיק גרידא, ראוי להחמיר עליו ולהרחיב את מסגרת אחריותו כלפי השוכר מעבר לזו הקבועה על פי כללי הנזיקין. אולם מאחר שהסעיף אינו מתייחס למשכיר שפועל מתוך כוונת זדון בלבד, אלא גם למשכיר שפועל לתועלתו, ואגב כך פוגע בשוכר, אין לקבל אמות מידה שונות. לדעתנו לרנר צודק אמנם שהסעיף כולל גם משכיר שאינו פועל מתוך כוונת זדון, אולם בניגוד למה שהוא טוען, נראה בהחלט, שמאחר ששוררים בין המשכיר לבין השוכר יחסים חוזיים, מוצדק להטיל על המשכיר קריטריונים שונים מאלה החלים על אדם זר.

[39] דברי משפט, סימן שיב, סעיף ב, ס"ק א. הוא מציין את קושיית "נתיבות המשפט", אך הוא אינו מסביר מדוע הוא דוחה את הסברו. הסיבה הפורמלית לכך היא, שהוא אינו מקבל את השאלה כלל, לכן אינו צריך להתמודד עם ההסבר של "נתיבות המשפט". אולם לנו נראה, שישנה סיבה עקרונית יותר: לדידו שכירות היא עסקה קניינית, ולא חוזית. כך עולה באופן ברור ממה שאנו מביאים בשמו, בדיוננו להלן על סעיף 15, ליד ציון הערה 249.

[40] ראה: בבא בתרא כב ע"ב.

על פי מה שראינו לעיל, נראה שהיקפה של חובת ההימנעות מהפרעה שנוי במחלוקת: לפי גישת "נתיבות המשפט", המשכיר חייב לספק לשוכר את ההנאה שהבטיח לו, וכל פעם שהוא אינו עומד בהבטחתו, עד שהשוכר יכול לטעון, "על דעת כן לא שכרתי", יש לו עילה טובה כנגד המשכיר (למסקנה זו נראה שיצטרף "ערך ש"י", אם כי מנימוק שונה). לעומת זאת, לפי "דברי משפט", אין לשוכר עילה אלא כאשר ההפרעה מצד המשכיר מוגדרת כמעשה נזיקין (שאף אם נעשה באופן עקיף, הרי הוא אסור). להלן כמה מן הנפקויות המעשיות בין הגישות האלה:

(1) הפרעה לשימוש המוסכם — "לפי המוסכם בין הצדדים"

א. כאמור, הנפקות בין תפישותיהם של "נתיבות המשפט" ו"ערך ש"י" מצד אחד ותפישתו של "דברי משפט" מצד שני, תבוא לידי ביטוי כאשר התנהגותו של המשכיר אינה עולה כדי נזק, אך יש בה משום הפרת התחייבות או הבטחה. ניקח לשם דוגמה את המקרה הבא[41]: השוכר שכר מקרקעין לשטוח שם עצים לייבוש. פעולת הייבוש זקוקה לזרימת אוויר רב. המשכיר, שהוא גם בעל החלקה הסמוכה, מקים שם מבנה הפוגע בזרימת האוויר. הקמת מבנה ברשותו לכשעצמה אינה פעולה שיש בה באופן אובייקטיבי משום נזק (אם זר היה עושה את זה, אי־אפשר היה לעצור בעדו, משום שהמעשה אינו נחשב אפילו לנזק בגרמא). ועל כן לשיטת "דברי משפט", לשוכר אין עילה למנוע את הקמת המבנה[42]. לעומת זאת, מאחר ששכירות המקרקעין הייתה למטרה מיוחדת של ייבוש העצים, הרי ברור שהמשכיר התחייב מכללא כלפי השוכר שלא יחסום את זרימת האוויר. לפיכך אלה המבססים את איסור ההפרעה על הפן החוזי של העסקה, בוודאי שיאמרו שלשוכר יש עילה טובה למנוע מהמשכיר הקמת המבנה בחלקה הסמוכה.

באופן דומה יש לדון לכאורה בחנות שהושכרה במטרה לפתח בה עסק מסוים, והמשכיר פותח לידה עסק מתחרה[43]. בעלי הגישה החוזית, ייתכן שיאמרו, שהשוכר יכול להשיג צו מניעה, שכן יש להניח שהמשכיר התחייב מכללא לא להפריע למהלך העסקים של השוכר (אם כי אין זה בטוח, ראה להלן). לעומת זאת, לפי הגישה הנזיקית, מאחר שאין בפתיחת חנות מתחרה משום מעשה נזיקין (אפילו לא בגדר גרמא), ודאי אין למנוע זאת מן המשכיר. מקרה דומה לזה הגיע לפני בעל שו"ת בית יצחק[44], אשר פסק שלכתחילה אסור למשכיר להשכיר את החנות הסמוכה לחנותו של השוכר לשם פתיחת עסק מתחרה, אך בדיעבד אם

[41] מקרה זה לקוח מתוך פסק דין אנגלי: Aldin v. Latimar Clark Muirhead & Co. [1894] 2 Ch. 437. הובא בע"א 17/62 לטוביצקי נ' לפלר, פ"ד יז(1) 87.

[42] יש מקום לעיין, על פי שיטה זו, מה יהיה הדין מבחינת תשלום דמי השכירות, במיוחד אם ההפרעה גורמת למניעה מוחלטת של השימוש. האם השוכר יהיה חייב להמשיך בתשלום, או שמא תהיה כאן עילה לפטור? לאור דיוננו להלן, סעיף 15, ליד ציון הערה 249, נראה שלפי "דברי משפט", מאחר שלמשכיר יש אשמה במניעת השימוש, הרי לשוכר יש עילה להיפטר מתשלום, שכן שוב אין המשכיר יכול לטעון כנגדו, "מזלך גרם". כך נראה גם משו"ת מהרי"ל דיסקין, פסקים, אות רז: "עוד נראה לי, דלכולי עלמא, על כל פנים אין צריך לשלם לו השכירות [אף להני דממכר הוא (תוספת זו היא במקור)], דעל כל פנים, העיכוב מצדך, ולא הוה לי לדידי לאתנויי, עיין סימן שלד".

[43] לעמדת הפסיקה הישראלית בשאלה זו, ראה: ע"א 314/55, לעיל, הערה 3. וראה גם: לרנר, סעיף 133. בעיקרון הגישה היא שהשוכר לא יכול למנוע מהמשכיר לפתוח עסק מתחרה (זולת אם כללה השכירות את המוניטין של המשכיר), וזאת מתוך מדיניות לעודד תחרות מסחרית.

[44] שו"ת בית יצחק (שמלקיש), חו"מ, סימן מג.

עשה כן, אין לשוכר עילה לביטול השכירות. ייתכן שהגיונו של פסק זה הוא, שהפוסק עצמו מתלבט בין שתי התפישות, ועל כן, בכל מקרה, המוחזק נהנה מן הספק. ייתכן גם שהוא מסכים לגישה החוזית, אלא שיש לו ספק אם בכגון זה ישנו הסכם מכללא מצד המשכיר שלא ישכיר את החנות הסמוכה למתחרה, שכן סוף סוף השכרת החנות הסמוכה למתחרה אינה שוללת את השימוש של השוכר הראשון. וצריך עיון[45].

ב. יש לציין שחילוקי הדעות בין השיטות המנויות לעיל יהיו פחות חריפים כשמדובר בהפרעה לשימוש הרגיל במושכר (להבדיל מהפרעה לשימוש המוסכם). ניטול את הדוגמה של משכיר שאינו משלם חשבונות לחברת שירותים, וכתוצאה מכך מנותק המושכר מהספקת השירותים, כגון מים חשמל או טלפון[46]. בכגון זה לא רק בעלי הגישה החוזית יתנו סעד לשוכר, אלא גם הנוקטים בגישה הנזיקית, שכן מניעת אותם שירותים היא ודאי נזק בגרמא שבגינו השוכר זכאי לצו מניעה (בניגוד לפגיעה בשימוש המוסכם, שאינה מוגדרת כנזק כלל, ועל כן השוכר אינו יכול לדרוש את הפסקתה). עם זאת, בעלי הגישה הנזיקית לא יזכו את השוכר בפיצויים בגין הנזקים שנגרמו לו, מה שאין כן בעלי הגישה החוזית.

ג. בשולי סוגיה זו, יש להעיר, שאף אם שימושו של השוכר גורם נזק או הפסד למשכיר, אין בכך כדי להצדיק הפרעה מצדו או מטעמו. כך אפשר ללמוד מתוך תשובת ר׳ חיים אור זרוע[47]. במקרה שהגיע לפניו, טענו המשכירים שהדייר ששכר מהם את חדר הכניסה לבית

[45] מקרה דומה לזה מצאנו בספרות השאלות ותשובות אצל בעל ״ערך ש״י״ בספר תשובותיו תשורת ש״י, מהדורא תניינא, סימן קכג. הוא דן במי ששכר מרעה לצאנו, אף שלא קיבל בו החזקה בלעדית (המשכיר שמר לעצמו את הזכות לרעות גם הוא את צאנו באותו מרעה). לאחר זמן, החליט המשכיר לחסן את צאנו לבל ילקה במחלה מסוימת, וכך עשה. תקופת החיסון היא תקופה שבה מסוכן לבהמה לא מחוסנת לבוא במגע עם בהמה מחוסנת. על כן נאלץ השוכר להוציא את צאנו מן המרעה, שכן לא היה מעוניין לחסן גם הוא את צאנו מפני אותה מחלה. בתשובתו דן הפוסק, בין השאר, בזכותו של השוכר לתבוע החזר דמי השכירות ששילם מראש. הוא מגיע למסקנה, שהשוכר אינו יכול לקבל את כספו חזרה, וזאת מפני שהמשכיר יכול לסמוך על הפוסקים הסוברים ששוכר שביתו נשרף באמצע תקופת השכירות, חייב בכל זאת להמשיך ולשלם את דמי השכירות (על שיטות אלו, ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 226). על פי העקרונות שראינו עד כה, היינו מצפים שבעל ״ערך ש״י״, אף שהוא חושש לשיטות הרואות בשכירות זכות קניינית לכל דבר, יצדיק בכל זאת את השוכר, ולכל הפחות יפטור אותו מתשלום דמי השכירות: בשונה מבית שנשרף, כאן המשכיר הוא שגרם למניעת השימוש, ובזה הוא הפר הבטחה מכללא כלפי השוכר, והרי לעיל, ליד ציון הערה 36, ראינו שלדעת ״ערך ש״י״ יש להבטחה זו תוקף משפטי. אך למרבה הפליאה, בעל ״ערך ש״י״ אינו מתחשב בנימוק זה. הוא אמנם ער לכך שהמקרה הנידון שונה, ״דכאן גרע מנשרף ממלא דהכא ראובן [המשכיר] עשה זה״, כלומר המשכיר הוא זה שהפריע לשימושו של השוכר. אולם הוא מסביר, שהמשכיר ״אינו רק כאחר שגרם ולא בטל המכירה [כלומר לא בטלה השכירות שהיא כמכר ליום]״. ההצדקה היחידה שאפשר למצוא לפסק זה של בעל ״ערך ש״י״ שיש בו לכאורה משום סתירה לעיקרון שקבע הוא עצמו, ״שאני הכא, שהוא השכירו לו, וסמך עליו שיניחנו לדור בו״ (לעיל, ליד ציון הערה 36), הוא שכאן לא הייתה התחייבות כזאת מצד המשכיר. המשכיר לא העניק לשוכר זכות החזקה בלעדית במושכר, הוא שמר לעצמו את הזכות לרעות את צאנו במרעה, ועל כן אין לראותו כמי שהתחייב שלא לחסן את צאנו במשך תקופת השכירות. ועדיין צריך עיון.

[46] לעניין זה השווה: לרנר, סעיף 130. הרב א׳ מילר העיר לי, שבדוגמה זו, יש סיבה עקרונית יותר לפיה גם בעלי הגישה הנזיקית יחייבו את המשכיר. אספקת השירותים היא חלק מה״סחורה״ שהמשכיר חייב לספק, הוא מכר בית עם חשמל, מים וטלפון. אשר על כן, אם הוא גורם להפסקת השירותים, הרי הוא כמוכר שאינו מספק את הסחורה.

[47] שו״ת מהר״ח אור זרוע, סימן קעב. וכך עולה גם משו״ת הרמ״א, סימן כ. הרמ״א דן בשוכר דירה שלפני

גורם להם נזקים, "כי כל גוי הבא ללוות בריבית פוגע הוא בתחילת כניסתו, ולווה הימנו, ולא יניח שום גוי לעלות אצלם, עד בלתי השאיר לו שריד. ולכן הם רוצים שישב אצלם למעלה". השוכר טוען לעומתם, שהחדר הושכר למטרה מסוימת זו, וכי המשכירים ידעו, ש"דרכו לישב בחדרו ולישא וליתן בתוכו... ולדעת כן שכרתיו". בתשובתו מקבל ר' חיים אור זרוע את טענת השוכר, וזאת על בסיס היקש לדיני המכר. לפי היקש זה, "חשוב כאילו מכרו לו זה החדר זו השנה... ומעתה אינם יכולים לומר לו, 'לא השכרנו לך חדר זה לישא וליתן בתוכו', דאין קנין למחצה... ואף על פי שעתה באים לידי הפסד, אינם יכולים לומר, 'אדעתא דהכי לא מכרנו לך חדר זה'". כלומר, כפי שאין מכר למחצה כך אין שכירות למחצה, ועל כן זכות השימוש הוענקה לשוכר במלואה, ולא ניתן מאוחר יותר לסייגה או להגבילה, וממילא גם אין כל הצדקה לגרום הפרעה.

(2) מידת ההפרעה

מאחר שהחוק משתמש כאן במונח "הפרעה", ולא במונח "פגם" שבסעיף 7, יש להניח ש"הפרעה" אסורה אף אם אינה עולה כדי פגם "השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר"[48]. יצירת מצב של אי־נעימות או אי־נוחות גם היא תיחשב ל"הפרעה". הדבר מסתבר, שכן כל שוכר מצפה להנאה שקטה מהמושכר ששכר, והחוק מניח שהמשכיר מתחייב על כך כלפיו.

זכותו של השוכר לשימוש שקט הוזכרה על ידי מהרש"ך[49]: "שהמשכיר היה חייב לתקן ולהעמיד לשמעון [השוכר] בית המושכרת בהשקט ובבטחה"[50]. גם ה"מרדכי", כפי שראינו לעיל[51], אומר שאסור להכניס פועלים למושכר, משום שהשוכר יכול לטעון שאינו יכול לסבול את דריסת רגליהם, ומכאן שההפרעה קיימת כבר באי־נוחות בשימוש, ולאו דווקא במקרה של מניעת השימוש[52]. אולם כבר ציינו, שמידה זו של הפרעה נוהגת ככלל בנזקי שכנים. השאלה

כניסתו לדירה חלתה אשתו במחלה מידבקת, ומשום כך רצה המשכיר לבטל את השכירות, כדי שלא ייאלץ לעזוב את ביתו. הרמ"א פוסק שהנזק שנגרם למשכיר כתוצאה מן השכירות אינו עילה לביטול החוזה. לתשובה זו אנו מפנים בדיוננו על סעיף 19, הערה 78. והשווה דברי ההסבר לסעיף 11 להצעת החוק, שם נאמר שאף על פי שלפי סעיף 11(ב) להצעת החוק (הוא סעיף 17 לחוק) מותר למשכיר לבצע תיקונים במושכר, כלומר להפריע להחזקתו של השוכר, הרי אין זה אלא כאשר ההפרעה באה לשם שמירה על שלמות המושכר. אולם "ההוראה לא תצדיק הפרעה לשוכר הנגרמת תוך כדי ביצוע תיקונים בחלקים אחרים של הנכס שבו נמצא המושכר". כלומר, אף שאי־תיקון אותם חלקים עלול לגרום נזק למשכיר אין בכך כדי להצדיק הפרעה לשוכר. ראה דיוננו על סעיף 17.

48 כך מוגדר פגם בסעיף 7. בזה קבע המחוקק באופן ברור שהוא מסתלק מהכלל האנגלי, ולפיו "בית המשפט ימנע מאת המשכיר לעשות שימוש בנכס שלו הגובל עם המושכר, רק באם השוכר מצליח להוכיח כי אותו שימוש יביא לשלילת הנאתו של השוכר מהמושכר או להפחתה ממשית ("substantial", "material") בה". דברי השופט מני, בע"א 17/62 (לעיל, הערה 41), עמ' 96 (ההדגשה במקור).

49 בשו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סד ע"ג). בתשובה זו דננו לעיל, בדיוננו על סעיף 7, הערה 68.

50 יש לציין שבאותו תקדים, טענת השוכר הייתה שהשימוש במושכר נמנע ממנו מרוב פחד שגורם לו שכנו החדש. מדובר היה בגוי שנטל בכוח את החזקה בחנותו של המשכיר, הנמצאת בדיוק מתחת לדירת השוכר. נמצא, שלא דובר שם על הפרעה מצד המשכיר, אלא על הפרעה מצד גורם זר, היוצרת פגם במושכר. יחד עם זה, אמירתו של מהרש"ך חשובה גם לענייננו.

51 לעיל, ליד ציון הערה 22.

52 וכן לאו דווקא בהפרעה פיזית, שכן המעשים האסורים על פי כללי "נזקי שכנים" אינם רק מעשים שיש

שנשאלת היא, האם ישנן הפרעות כאלה שאינן עולות כדי נזק על פי כללי נזקי שכנים (דיני מטרד) ובכל זאת בכוחו של השוכר למנוע מהמשכיר מלקיימן?

נדמה שוב, שהתשובה לשאלה זו שנויה גם היא במחלוקת בין שתי הגישות שראינו לעיל: לפי הגישה הנזיקית, השוכר לא יוכל למנוע אלא מעשים הגורמים הפרעה שעולה כדי נזק, כגון מניעת שימוש או הפרעה האסורה על פי כללי נזקי שכנים. לא כן לפי הגישה החוזית. על פי גישה זו, אף שההפרעה הנגרמת לשימוש אינה עולה כדי מעשה נזיקין, אם ברור שלא "על דעת כן" שכר השוכר, בידו למנוע את ההפרעה. כאן המבחן אינו מבחן של נזיקין, אלא של פרשנות החוזה. אם המשכיר גורם הפרעה פעוטה שרגילים לעבור עליה בשתיקה, השוכר לא יוכל להתנגד לה. לעומת זאת, אם מדובר בהפרעה שכל שוכר סביר היה מוחה עליה ולא היה מסכים לה מראש, זכאי הוא למנעה.

(3) מניעת הפרעה מידי גורם שלישי — "לאפשר"

נפקות נוספת בין שתי הגישות אפשר למצוא כשהמשכיר יודע שגורם שלישי עומד להפריע לשימושו של השוכר. כאן השאלה אינה של "אל תעשה", כלומר של איסור לגרום הפרעה, שכן המשכיר עצמו אינו מפריע, אלא של "קום ועשה", למנוע את ההפרעה שנעשית על ידי גורם זר. השאלה היא אפוא: האם מוטלת על המשכיר החובה להתערב כדי למנוע את ההפרעה, או שמא אין לו חובה כזאת, והימנעות מהגשת עזרה לשוכר לא תיחשב כהפרעה מצדו?

על פי האמור בסעיף 10, משכיר שיש ביכלתו למנוע פגם במושכר, ואינו עושה כן, נושא באחריות לתיקון הפגם, וזאת אף אם "תיקון הפגם באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי, או שהיה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים"[53]. חובת "עשה" זו אינה נזכרת בסעיף 11, זולת אם נפרש שהוראת הסעיף, "חייב לאפשר לשוכר להשתמש...", מקפלת בתוכה חיוב מעין זה[54]. אם לא נקבל את הפירוש הזה, נצטרך להסיק, שעל פי החוק, החובה להתערב כדי למנוע הפרעה על ידי צד שלישי, קיימת על פי סעיף 10, רק כאשר צד שלישי מאיים לגרום פגם במושכר (כלומר, הגבלה של ממש בשימוש), אך אין חובה כזו אם צד שלישי אינו מתכוון אלא לגרום הפרעה שאין בה משום הגבלה של ממש בשימוש. לכאורה הפירוש השני סביר יותר, שכן יש בו משום קביעת איזון נכון בין חובת המשכיר לספק לשוכר מושכר ראוי לשימוש (חובה שנמשכת לאורך תקופת השכירות) לבין אחריותו של השוכר כבעל זכות להגן על זכויותיו ולשאת במידה מסוימת של סיכון[55]. אולם הפירוש הזה מחייב את המסקנה הנוספת, שאם צד שלישי מאיים לגרום פגם שאינו בגוף המושכר או בנכס שברשות המשכיר, המשמש את המושכר, אין המשכיר חייב על פי סעיף 10 להתערב כדי למנוע את הפגם (שכן סעיף 10 מדבר על תיקון פגם כמשמעותו בסעיף 7, וסעיף 7 מדבר על חובת תיקון פגם שבמושכר או בנכס שברשות המשכיר, המשמש את המושכר). במקרה זה תרופתו היחידה של השוכר תבוא לו מסעיף 15, הקובע שאם נמנע השימוש במושכר (סיכול),

בהם כניסה פיזית לתוך ביתו של הניזק, אלא גם כאלה הנגרמים מן החוץ. ראה לעיל, ליד ציון הערה 24. השווה לרנר, סעיף 129, ליד ציון הערה 70, בדבריו על החוק האנגלי.

[53] בשאלה זו כבר דננו לעיל, בדברינו על סעיף 10, פרק שלישי, א(2), עמ' 182.

[54] פרשנות כזו הצענו לעיל, בסוף המבוא לסעיף זה, ליד ציון הערה 18.

[55] לדברינו כאן, השווה: לרנר, סעיף 134.

פטור השוכר מחובת תשלום דמי השכירות זמנית (ויש אומרים שאף רשאי לבטל את השכירות), וכאן אין הדבר מוגבל למניעה שבגוף המושכר דווקא.

מהי עמדתו של המשפט העברי בשאלה זו? על פי הגישה הנזיקית, ודאי שאין להטיל חובת "עשה" על המשכיר. על פי הגישה החוזית, יש מקום לדון בעניין. מדברי "נתיבות המשפט"[56] עולה, שאם מחדלו של המשכיר, שלא מנע את הפגם במושכר, עולה כדי "פשיעה" או כדי הפרת התחייבותו, חייב יהיה להעמיד לרשות השוכר מושכר אחר, שכן נכסיו משועבדים לעניין זה. השאלה היא אפוא, האם המשכיר נוטל על עצמו רק התחייבות שלא להפריע לשימושו של השוכר, איסורי "לא תעשה", או שמא נוטל הוא על עצמו גם חיובי "עשה", לעזור לשוכר מפני הפרעות של גורם שלישי? נדמה שבתשובה לשאלה זו, לא נגיע בהכרח לתוצאה שהגענו אליה בניתוח החוק. מחד גיסא, אכן לא סביר להניח שהמשכיר מתחייב לטפל בכל הפרעה שתיגרם על ידי צד שלישי (כולל הפרעה שעולה כדי פגם), כשהשוכר מסוגל להתמודד אתה בכוחות עצמו (ובלא הוצאות מיוחדות). סביר יותר לומר, שמוסכם מכללא בין הצדדים, שהשוכר יטפל בעצמו בגורמים חיצוניים הגורמים לו הפרעות (כולל הפרעות העלולות להביא לשלילת השימוש)[57]. אולם מאידך גיסא, סביר להניח, שבהפרעה חמורה (שאין לשוכר יכולת להתמודד אתה בלא עזרתו של המשכיר), המשכיר מתחייב להושיט לשוכר את הסיוע הנחוץ, וזאת בין אם הפגם הוא במושכר ובין אם אינו במושכר. לדוגמה, אם מוגשת תביעה לבעלות על המושכר על ידי גורם זר שאינו קשור אל המשכיר כלל, המשכיר מתחייב מכללא להגיש את העזרה הדרושה לשוכר (המצאת מסמכים וכדומה), כדי שזה יוכל להסיר מעל עצמו את טרדת התביעה[58]. אם נקבל גישה זו, נמצא שעל פי המשפט העברי, יוכל השוכר לקבל מבית המשפט צו שיורה למשכיר להגיש לו את המסמכים הדרושים לו; ואילו על פי החוק, ייאלץ השוכר כנראה להסתפק בפטור זמני מתשלום או בביטול החוזה. אולם יש להודות שמסקנה זו בדעת "נתיבות המשפט" אינה מוכחת[59].

[56] לעיל, ליד ציון הערה 33.

[57] השווה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיא.

[58] השווה לעיל, הערה 21, מה שהבאנו מתוך ספר השטרות לר' יהודה הברצלוני.
והשווה: לרנר, סעיף 134. מדבריו משתמע שחובתו של המשכיר להתערב היא רק כאשר ההפרעה באה כתוצאה מתביעתו של בעל זכות עדיפה במושכר, כגון שהתובע המפריע הוא המשכיר הראשי, ואילו הוא (המשכיר) אינו אלא משכיר משנה. אם התביעה היא תביעה קנטרנית של מי שאינו בעל זכות עדיפה, נראה מתוך דבריו שאין סעיף 11 מחייב אותו להתערב, שכן ההפרעה אז אינה "מטעמו" של המשכיר. לדעה זו של לרנר, השווה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 238, ליד ציון הערה 182. לדידו, הסעיף אינו מכסה אפילו לא את המקרה של לרנר, משום שאי־אפשר לראות את המשכיר הראשי כפועל "מטעמו" של משכיר המשנה.

[59] סיוע לגישה זו, המחייבת את המשכיר בהגשת עזרה, היה אולי מקום להביא מן התלמוד הירושלמי, בבא מציעא, פרק ו, הלכה ג (כו ע"ב בדפוס וילנא). המשנה, בבא מציעא ו, ג, קובעת: "השוכר את החמור והבריקה [=התעוורה], או שנישאת באנגריא [=הוחרמה על ידי השלטונות] — אומר לו, הרי שלך לפניך; מתה או נשברה, חייב להעמיד לו חמור". התלמוד הירושלמי מביא מקור תנאי שסותר לכאורה את המשנה: "אית תניי דתני אנגריא כמתה", כלומר שגם בהחרמה המשכיר חייב להעמיד לשוכר חמור חלופי. הירושלמי מסביר שאין כאן סתירה: בעיקרון אם הוחרם חמור, אין המשכיר חייב להעמיד לשוכר חמור חלופי (כדברי המשנה). מה שנאמר בברייתא לא נאמר אלא במקרה מיוחד: "מאן דתני אנגריא כמתה — באותו שיכול לפשר". ומסביר "פני משה" (שם, ד"ה באותו שיכול לפשר): "שהיה יכול [המשכיר] להתפשר עמם שלא יקחו אותה לעבודת המלך, ולא רצה להתפשר, ולפיכך חייב להעמיד לו חמור". נמצא

פרק שלישי

תרופות

מאחר שהפרעה לשימוש מהווה הפרה של חוזה השכירות, חלים עליה התרופות המקובלות במקרה של הפרת חוזה: אכיפה (צו מניעה), ביטול החוזה ופיצויים. בנוסף לכך, השוכר רשאי להפחית את דמי השכירות בגין ההפרעה בדרך של קיזוז. זהו סעד עצמי, שאמנם אינו מפורש בסעיף, אך הוא עולה מתוך סעיף 25, הקובע, "חובות שהצדדים חבים זה לזה עקב השכירות ניתנים לקיזוז"[60]. נדמה שבאותה דרך השוכר רשאי לסלק בעצמו את ההפרעה ולקזז את ההוצאות שנגרמו לו עקב כך מדמי השכירות[61].

במשפט העברי ראינו ששאלת היקף חובת ההימנעות מהפרעה שנויה במחלוקת בין התפישה הנזיקית לתפישה החוזית. למחלוקת זו תהיינה השלכות גם לעניין תרופות השוכר במקרה של הפרעה.

על פי הגישה הנזיקית תרופתו של השוכר צופה אך ורק פני עתיד. מאחר שהמשכיר מוגדר כמזיק בגרמא, ומאחר ש"גרמא בנזיקין — אסור", בית המשפט יורה לו, לא רק להפסיק את ההפרעה, אלא גם להחזיר לשוכר מושכר ראוי לשימוש מכאן ולהבא. אולם אם נגרמו לשוכר נזקים כתוצאה מההפרעה, הוא לא יקבל עליהם שום פיצוי, שכן "גרמא בנזיקין — פטור". יחד עם זאת, צריך לציין, שהשוכר לא יחויב כנראה בתשלום מלוא דמי השכירות עבור תקופת ההפרעה[62]. ונראה גם שהשוכר יהיה רשאי לבטל את ההסכם בטענת "על דעת כן, לא שכרתי". אם כי צריך עיון בשאלה זו.

על פי הגישה החוזית של "נתיבות המשפט", השוכר נהנה מהגנה רחבה יותר. הוא זכאי לא רק להפחתת דמי השכירות[63] ולביטול החוזה, אלא גם לאכיפה. באשר לפיצויים, יש מקום לעיין בדבר, שכן ההפסדים האלה אינם אלא בגדר גרמא, ו"גרמא בנזיקין — פטור".

על פי גישת "ערך ש"י", המסתמך על גישתו של הריטב"א[64] בעניין תוקפה של הבטחה, מאחר שכאשר הקנה המשכיר לשוכר את המושכר, הוא הבטיח לו מכללא שלא יפריע לשימושו, הרי שאם הוא מפר הבטחה זו, לא זו בלבד שהשוכר יוכל לתבוע את אכיפת

אפוא, שהימנעותו של המשכיר מלהגיש עזרה לשוכר, נחשבת למעשה פסול, והיא אף עשויה לחייב אותו להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. אולם יש לשים לב שאין ראיה מהירושלמי אלא אם כן מפרשים כמו רש"י (ראה לעיל, סעיף 1, הערה 153), שהסוגיה עוסקת בחמור זה. לרוב הראשונים, הסוגיה עוסקת בחמור סתם, ואם כן אין ראיה לענייננו: כל שנאמר כאן הוא, שאם הוחרם החמור כשהמשכיר יכול היה לפשר, שוב אין המשכיר יכול להיפטר מחיובו כלפי השוכר להעמיד לרשותו חמור חלופי בטענה, "מזלך גרם, והרי שלך לפניך", שהרי היה יכול לפשר, וממילא אין לומר עוד שההחרמה הייתה במזל השוכר. וראה עוד שם, מה שהוסיף בעל "פני משה" ב"מראה הפנים"; מהגרסה שמביא שם עולה שאין להסיק כל מסקנה לענייננו.

[60] וראה: לרנר, סעיף 126.

[61] וזאת אף שאין ההפרעה עולה כדי פגם, כלומר למרות שלא חל כאן סעיף 9.

[62] על כך הערנו כבר לעיל, הערה 42.

[63] השווה דיוננו על סעיף 9, פרק שלישי, עמ' 168.

[64] על גישת הריטב"א, ראה לעיל, הערה 37. אמנם דברי הריטב"א שם אינם מתייחסים לנושא דידן, אולם אין סיבה שלא ללמוד מהם גם לענייננו. והשווה: דיוננו על סעיף 9, בשאלת פיצויים בשל אי־תיקון פגם במושכר, ליד ציון הערה 42.

ההבטחה, אלא שאם נגרמו לו הפסדים כתוצאה מהפרת ההבטחה הוא יזכה בפיצויים, אף על פי שנזקים אלה אינם אלא בגדר גרמא.

פרק רביעי

סיכום

הכול מסכימים שהמשכיר חייב להימנע מהפרעה לשימושו של השוכר במושכר, אולם יסודה של החובה והיקפה שנויים במחלוקת המחזירה אותנו, לפי חלק מן הפוסקים, אל המחלוקת הבסיסית בהגדרת השכירות כזכות חוזית או כזכות קניינית:

לדעת "דברי משפט", השכירות מעניקה לשוכר זכות קניינית בנכס המושכר, ואין בה מרכיב חוזי מחייב כלשהו. להגנת זכותו הקניינית של השוכר, עומדים כללי הנזיקין בלבד. לעומתו, "נתיבות המשפט" סבור שהשכירות היא עסקה חוזית, ובמסגרתה המשכיר מקבל על עצמו סדרה של התחייבויות כלפי השוכר. בין השאר, הוא מתחייב להימנע מהפרעה לשימוש. לפי "ערך ש"י", אף אם רואים בשכירות עסקה קניינית, המשכיר נחשב כמי שהתחייב מכללא שלא לפגוע בקניינו של השוכר, והוא כפוף להתחייבות זו.

ראינו עד כמה היסודות התיאורטיים השונים שמצאנו אצל הפוסקים עשויים להשפיע על היקף חובת ההימנעות מהפרעה ועל התרופות בגין הפרתה. לגישת "דברי משפט", אין לשוכר עילה כנגד המשכיר, אלא כאשר ההפרעה שהוא גורם לו מוגדרת כמעשה נזיקין; ואילו לפי הדעות האחרות, יש לשוכר עילה כנגד המשכיר כל אימת שהתנהגותו אינה עולה בקנה אחד עם מה שנחשב כמוסכם ביניהם מכללא.

מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 11 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

סעיף 12

חובת קבלת המושכר

חובת קבלת המושכר

12. השוכר חייב לקבל את המושכר להחזקתו במועד ובמקום כאמור בסעיף 5.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 239

פרק שני: שיתוף פעולה עם המשכיר 240

פרק שלישי: קבלת המושכר ואחריות שמירה 241

פרק רביעי: תרופות בגין אי־קבלה 242

פרק חמישי: סיכום 243

פרק ראשון

מבוא

סעיף 12 פותח את סימן ג לפרק השכירות, שעניינו חיובי השוכר. הסעיף קובע שחובתו הראשונה של השוכר היא לקבל את המושכר להחזקתו. מאחר שקבלת המושכר דורשת גם פעולה וגם כוונה של השוכר — עליו ליטול את המושכר תוך כוונה לשלוט בו[1] — ברור מדוע לא הטיל החוק על המשכיר את החובה למסור בפועל לשוכר את החזקה במושכר, אלא הסתפק בדרישה שיעמיד לרשותו את האפשרות להחזיק בנכס. את קבלת החזקה במושכר הוא מטיל כחובה על השוכר[2].

נשאלת השאלה, לשם מה צריך המחוקק לקבוע חובת קבלה? הרי משעה שעמד המשכיר בחובתו, והעמיד את המושכר לרשות השוכר[3], מתחילה תקופת השכירות[4], וחלים על השוכר חיוביו במסגרת עסקת השכירות: חיוב תשלום דמי שכירות (סעיפים 13־14); איסור שימוש שלא בהתאם למוסכם (סעיף 16); וחיוב החזרת המושכר בתום תקופת השכירות (סעיף 20). מהי אפוא ההצדקה להוספת סעיף הקובע חובת קבלה, דבר שנראה לכאורה מיותר.

ההצדקה הראשונה לכך היא כנראה, שהחוק מעוניין שהשוכר יקבל על עצמו את אחריות השמירה על המושכר כבר בראשית תקופת השכירות, וישחרר בכך את המשכיר מאחריות זו ומן הדאגה לשלמות המושכר. מאחר שהתנאי להטלת אחריות שמירה על השוכר הוא, שיקבל השוכר את המושכר להחזקתו[5], לכן קבע המחוקק הוראה המחייבת את השוכר ליטול את החזקה במושכר[6]. כשהשוכר מפר חובה זו, עומדות לרשות המשכיר התרופות בשל הפרת חוזה, כולל פיצויים על נזק שנגרם למושכר בשל אי־שמירתו[7].

[1] ראה: ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' לבנשטיין ואח', פ"ד ל(1) 716. וראה גם: לרנר, סעיף 55.

[2] השווה: לרנר, סעיף 77; זמיר, מכר, סעיף 172.

[3] ומאותו רגע אין ספק שקניין השכירות עבר לידי השוכר, ראה: לרנר, סעיפים 29־30.

[4] סעיף 18 קובע שתקופת השכירות מתחילה עם מסירת המושכר (ולא עם קבלתו).

[5] שכן סעיף 1(א) לחוק השומרים, התשכ"ז־1967, מגדיר שמירת נכס כ"החזקתו כדין שלא מכוח בעלות", ולא די בזכות להחזיק בלבד.

[6] השווה: לרנר, סעיף 103: "עם קבלת ההחזקה בנכס, השוכר הופך לשומר... והוא אחראי לאבדן או נזק שנגרמו לנכס, אלא אם יוכיח שאלו נגרמו שלא ברשלנותו".
גם חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 19, כמו חוק השכירות, מטיל על הקונה חובה לקבל את הממכר בהוראה מפורשת: "הקונה חייב לשלם למוכר את המחיר ולקבל את הממכר". לכאורה גם שם עולה השאלה ששאלנו בנוגע לחוק השכירות, ואפילו ביתר שאת: לשם מה צריך לקבוע הוראה המחייבת את הקונה לקבל את הממכר? הרי משעה שעמד המוכר בחובתו, ומסר את הממכר לקונה, מתחייב הקונה בחיוביו שלו, כלומר תשלום התמורה, ומה איכפת אם הוא נוטל את החזקה בממכר אם לאו? הרי זהו עניינו של הקונה. ועל שום מה יש להטיל עליו חיוב קבלה? גם אם לא יקבל, לא תפגענה זכויותיו של המוכר! לכאורה, בחוק המכר אי־אפשר להציע את ההסבר שהצענו בחוק השכירות. בניגוד לשכירות, שם המושכר נשאר בבעלותו של המשכיר גם במשך תקופת השכירות, ומשום כך הוא מעוניין שיחולו על השוכר חיובי שמירה, הרי במכר משעה שהבעלות עוברת לקונה אין עוד למוכר סיבה לדאגה. אולם יש לזכור,

בהצדקה נוספת להוראת סעיף 12 ניתן להבחין מתוך השוואה לסעיף 65 לחוק המכר (מכר טובין בין־לאומי), התשל"א־1971. סעיף זה, בניגוד לסעיף שלפנינו, מגדיר ומתאר את חובת נטילת הממכר המוטלת על קונה במסגרת עסקת מכר: "נטילת הטובין היא בעשיית הקונה כל הפעולות הדרושות כדי לאפשר למוכר את העברתם לקונה ובלקיחת הקונה את הטובין לרשותו למעשה". אם נקיש מכאן לדיני השכירות נאמר, שחובת הקבלה כוללת לא רק את החובה ליטול את החזקה במושכר, אלא גם את החובה לשתף פעולה עם המשכיר, כדי לאפשר לו לבצע את המסירה. לדוגמה, השוכר עשוי להידרש לקבוע את המקום המדויק שאליו ישלח המשכיר את המושכר, לערוך סידורי הובלה כאשר ההובלה מוטלת עליו, וכיוצא בזה[8].

את דיוננו בשאלת קבלת המושכר נחלק אפוא לשלוש שאלות: האם מוטלת על השוכר חובה לשתף פעולה עם המשכיר כדי שהלה יוכל לבצע את המסירה? האם נטילת החזקה במושכר היא תנאי לאחריות שמירה עליו, או שאחריות השמירה מתחילה משהסכים השוכר לקבל את המושכר? מהן התרופות העומדות לרשות המשכיר כשהשוכר אינו מקבל את המושכר במועד או במקום המוסכם?

פרק שני

שיתוף פעולה עם המשכיר

לא מצאנו במשפט העברי מקורות מפורשים המחייבים את השוכר לשתף פעולה עם המשכיר, כדי שהלה יוכל למסור לו את המושכר. עם זאת, גם אם לא נראה בשיתוף פעולה עם המשכיר

שחוק המכר ניתק את שאלת העברת הבעלות משאלת העברת הסיכון. על פי סעיף 22 לאותו חוק, המועד שבו המוכר מפסיק לשאת בהפסד על אבדן הממכר או קלקולו הוא המועד שבו הקונה מקבל בו את השליטה (בין שמועד זה הוא לפני העברת הבעלות ובין הוא לאחריה). נמצא שגם על פי חוק המכר, חשוב להטיל על הקונה חובת קבלה, כדי לשחרר את המוכר מהסיכון הרובץ עליו כל זמן שהקונה אינו מקבל את הממכר. משנקבעה חובת קבלה, יכול סעיף 22 להמשיך ולהורות, שאם הממכר "אבד או נתקלקל, מסיבה שאין המוכר אחראי לה, אחרי שהמוכר עשה את המוטל עליו למסירתו והקונה הפר את חובתו לקבלו", המוכר משוחרר מאחריות. אי־אפשר לדבר על הפרת חובת קבלה בלא לקבוע תחילה חובת קבלה (השווה: זמיר, מכר, סעיף 393, הכותב: "להפרת חיוב הקבלה עשויה להיות משמעות רבה בנוגע להעברת הסיכון, משום שהכלל היסודי הוא שקבלת הממכר היא המעבירה את הסיכון של אובדן הממכר או קלקולו לקונה. אמנם, סעיף 22 דן ומתחשב גם באפשרות של הפרת חיוב הקבלה במועד, אולם עדיין עדיף מצבו של המוכר כאשר הקונה מקבל את הממכר במועד". על דבריו האחרונים של זמיר יש להעיר, שסעיף 22 לא היה יכול לדבר על הפרת חיוב הקבלה, אם חוק המכר לא היה קובע תחילה את החיוב לקבל את הממכר, כפי שעשה בסעיף 19).

7 אם כי, כל עוד לא קיבל השוכר את החזקה במושכר, המשכיר נושא באחריות השמירה על המושכר כשומר חינם. ראה על כך להלן, הערה 18.

נציין שעל פי מה שנאמר כאן בפנים, יש הצדקה נוספת להטלת חובה על השוכר לקבל את המושכר: אי־קבלה עלולה לגרום נזקים עקיפים למשכיר, כגון במקרה שהמסירה היא על ידי מוביל, והמוביל מחייב את המשכיר בתשלום עקב השהיית המסירה או עקב האחסון בחצריו. הטלת חובת קבלה תאפשר למשכיר לתבוע פיצוי מהשוכר בגין הפרת חוזה. השווה: זמיר, מכר, סעיף 393.

8 השווה: זמיר, מכר, סעיפים 393־394.

משום חובה חוזית, הרי שחיוב המסירה המוטל על המשכיר יידחה, כל עוד השוכר אינו משתף פעולה, ומונע בכך מן המשכיר את האפשרות לקיים את חלקו בהסכם[9].

אולם נדמה שגם המשפט העברי רואה בשיתוף פעולה של השוכר עם המשכיר חובה חוזית שהפרתה מזכה את המשכיר בתרופות בשל הפרת חוזה (ולא רק כתנאי, שבלעדיו השוכר אינו יכול לתבוע את המשכיר בגין הפרת חובת המסירה). כך ניתן להסיק מהיקש לחובת המסירה המוטלת על המשכיר[10]: כשם שהמשכיר חייב לשתף פעולה עם השוכר כדי שהלה יוכל ליטול את החזקה במושכר, כך חייב השוכר לשתף פעולה עם המשכיר כדי שהלה יוכל למסור לו את המושכר, וכך יעביר אליו את אחריות השמירה שהתחייב לקבלה.

פרק שלישי

קבלת המושכר ואחריות שמירה

השאלה העומדת כאן לדיון היא: האם נטילת החזקה במושכר על ידי השוכר היא תנאי להטלת אחריות שמירה עליו? או שמא אחריות השמירה מתחילה משהסכים השוכר לקבל את המושכר? מקומו של הדיון בשאלה זו הוא בחוק השומרים[11], לכן לא נביא כאן אלא קיצורי דברים.

על פי המשפט העברי, ברור שמשעה שנכרת הסכם שכירות מחייב בין המשכיר והשוכר, והעמיד המשכיר את המושכר לרשות השוכר, חלה על השוכר אחריות שמירה, אף שטרם נטל את החזקה במושכר[12].

ישנה אפילו שיטה[13], ולפיה גם אם הסכם השכירות טרם התגבש בצורה סופית, והצדדים

[9] כך ניתן להסיק מתוך היקש לשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט, שם נקבע, שכל זמן שהמשכיר אינו מעמיד מושכר תקין לרשות השוכר, הלה פטור מחובת תשלום, גם אם כבר החל מועד השכירות. והשווה: חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 43, הדן בדחיית קיום.

[10] ראה דיוננו על סעיף 5, ליד ציון הערה 4.

[11] ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 1(א), פרק א, 3 (ה), עמ' 21. וכן ראה: א' ורהפטיג, "קניין בשומרים", ספר זיכרון להרב יצחק ניסים, סדר ראשון, הלכה ומשפט, ירושלים תשמ"ה, עמ' רפה, הדן בשאלה זו באריכות.

[12] ראה: רש"י, בבא קמא עט ע"א, ד"ה תיקנו משיכה בשומרים; רמב"ם, פירוש המשניות, בבא קמא ז, ו: "שארבעה שומרין אינן קונים אותו דבר לענין חיוב שמירתו... אלא אחר שיתקיים להם באותן המטלטלין דרך מן הדרכים שהמטלטלין נקנין בהם במקח וממכר", כולל אפוא קניין שאין בו משום נטילת החזקה, כגון קניין סודר. וכן ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ח, ומגיד משנה, שם. וכך נפסק להלכה לעניין שוכר, בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף ב, הדעה הראשונה (לדעה השנייה, ראה להלן, הערה 13).

[13] ראה: תוספות, בבא מציעא צט ע"א, ד"ה כך; רא"ש, בבא מציעא, פרק שמיני, סימן טו: "וסברא גדולה לחלק בין חזרה [מן העסקה] לחיוב אונסין [הרא"ש מדבר בשואל, אבל הוא הדין לשוכר, לעניין חיובו]: דלענין חזרה, ברשות הבעלים קיימא כל זמן שלא עסק [עשה? וראה פלפולא חריפתא, שם] בה השומר דבר הקונה במקח וממכר. אבל לענין חיוב אונסין, מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר, קמה לה ברשות השומר לשומרה". וכך נפסק להלכה לעניין שוכר, בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף ב, בשם יש אומרים.

עדיין רשאים לחזור בהם, הסכמתו של השומר שהבעלים ישאיר לו את הנכס (״הנח לפני״) מספיקה כדי להטיל עליו חיובי שמירה. במילים אחרות, בניגוד לעמדת החוק, שומר אינו רק מי שמחזיק בפועל, אלא גם מי שהתחייב לשמור, ועל סמך הבטחה זו השאיר המפקיד את הנכס תחת השגחתו.

נמצא שעל פי המשפט העברי, בכל מה שנוגע להטלת אחריות שמירה על השוכר, סעיף 12 הוא מיותר.

פרק רביעי

תרופות בגין אי־קבלה

מהן התוצאות של הימנעות השוכר מלקבל את המושכר או מלשתף פעולה כדי שיוכל המשכיר למסור לו את המושכר? ראשית, יש לקבוע שסירוב השוכר לקבל את המושכר אינו משחרר אותו מחיוביו כלפי המשכיר (ובלבד שהיה מעשה קניין בר־תוקף, המונע ממנו לחזור בו מן העסקה). המהרי״ט[14] עומד באופן ברור על כך, שהשוכר חייב בתשלום דמי שכירות כבר משהועמד המושכר לרשותו, ולא רק משנטל בו את החזקה.

בנוסף לכך, כפי שראינו, אי־נטילת החזקה במושכר יש בה משום הפרת חובת השמירה. אשר על כן, אם הפרה זו עלולה לגרום נזק ממשי למושכר, אין ספק שהמשכיר רשאי לבטל את השכירות, ואינו צריך להסתפק בעילת התביעה שתעמוד לרשותו כנגד השוכר במקרה של נזק, שכן ודאי שעל דעת כן לא הסכים המשכיר לשכירות[15]. אם ההפרה אינה עלולה לגרום לנזק ממשי (כגון שהמושכר הוא דירה שהשוכר אינו נוטל את החזקה בה), המשכיר רשאי להשכיר את המושכר לאחר כדי שלא להשאיר את המושכר ללא השגחה, וזאת, כאמור, אף שהנזק הצפוי אינו ממשי[16]. כך עולה מפסקו של הרמ״א[17] בעניין נטישת דירה שכורה: ״ואם

[14] שו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן קיט: ״שאם אתה אומר שבידו של שוכר למנוע ממנו [מן המשכיר] חיובו במה שיתעכב מליכנס לדור, אם כן לקתה מדת הדין...״.

[15] על כך שהפרה יסודית של חובת השמירה מזכה את המשכיר בביטול השכירות, ראה דיוננו להלן, סעיף 16, פרק רביעי, עמ׳ 372.

[16] ההבחנה בין נזק ממשי לנזק לא ממשי אינה מפורשת במקורות. אולם ראה דיוננו להלן, סעיף 16, פרק שלישי, ה, עמ׳ 371, שם אנו מעלים את ההבחנה לאור מקורות שונים.

[17] רמ״א, חו״מ, סימן שטז, סעיף א. וראה נושאי הכלים, שם, שנחלקו בשאלה למי מגיעים דמי השכירות שמשלם השוכר השני? לדעת הסמ״ע, שם, ס״ק ג, הדבר תלוי בשאלת מועד תשלום דמי השכירות: אם שילם השוכר מראש, דמי השכירות שמשלם השוכר השני מגיעים למשכיר, ולא זו בלבד אלא שהמשכיר אינו חייב להחזיר לשוכר הראשון את מה ששילם מראש; לעומת זאת, אם עדיין לא שילם השוכר את דמי השכירות, המשכיר חייב לנכות מדמי השכירות שחייב בהם השוכר את מה שמקבל מן השוכר השני. קצות החושן, שם, ס״ק ב, חולק על הסמ״ע. לדעתו, בכל מקרה, בין שילם השוכר מראש ובין לא שילם, וכן בין שהיה השוכר רשאי להשכיר את הדירה בשכירות משנה ובין לאו, דמי השכירות שמקבל המשכיר הם רכושו של השוכר הראשון, ו״כיצד עושה הלה סחורה בפרתו של חברו?״, ועל כן המשכיר חייב לנכות אותם מדמי השכירות. נתיבות המשפט, שם, ס״ק ב, חולק גם הוא על הסמ״ע, אם כי דעתו שונה מזו של ״קצות החושן״. הוא סבור שיש חשיבות לשאלה אם היה מותר לשוכר בנסיבות העניין להעביר את השכירות לשוכר משנה, אם לאו: אם הדבר היה מותר, דמי השכירות מגיעים לו (כשיטת ״קצות החושן״); ואם לאו, דמי השכירות

השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין, ורוצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים, דביתא מיתבא יתיב, ושאייה יוכת שער [כלומר, בית נטוש מתקלקל יותר]".

אם נגרם נזק למושכר כתוצאה מאי־קבלתו (או מאי־שיתוף פעולה), כבר ראינו לעיל, שאף שלא נטל את החזקה במושכר, השוכר נושא באחריות[18]. אם לא נגרם נזק למושכר עצמו, אלא שנגרם נזק עקיף למשכיר, כגון שנאלץ לשלם למוביל על אחסון המושכר בחצריו[19], נראה שהעניין שנוי במחלוקת בין הפוסקים. לדעת רוב הראשונים[20], אין כאן אלא נזק בגרמא, ועל כן למשכיר אין זכות תביעה כנגד השוכר. לדעת הריטב"א[21], אין לדון בשוכר כבמזיק בגרמא גרידא, אלא יש לראות בו מי שגרם נזק תוך הפרת חובה חוזית לקבל את המושכר. בכגון זה, דעתו היא שלא חל הכלל "גרמא בנזיקין — פטור", וכיון שסמך המשכיר על השוכר, והשוכר גרם לנזק תוך הפרת הבטחתו, חובה על השוכר לפצות את המשכיר על הנזקים שגרם לו.

פרק חמישי

סיכום

כשם שהמשכיר חייב לשתף פעולה עם השוכר, כדי שיוכל הלה ליטול את החזקה במושכר, כך השוכר חייב לשתף פעולה עם המשכיר, כדי שיוכל הלה למסור לו את המושכר, וכך תחל תקופת השכירות.

סירב השוכר לקבל את המושכר, אינו משתחרר מחיוביו כלפי המשכיר (ובלבד שהיה מעשה קניין בר־תוקף, המונע ממנו לחזור בו מן העסקה). בכגון זה, מאחר שהשוכר מפר את חובת השמירה המוטלת עליו, המשכיר רשאי לבטל את השכירות, אם עלול להיגרם נזק ממשי למושכר. אם לא עלול להיגרם נזק ממשי למושכר, המשכיר רשאי להשכיר את המושכר לשוכר אחר (אם כי נחלקו הדעות למי מגיעים דמי השכירות שמשלם השוכר הזה). נגרם למשכיר נזק עקיף כתוצאה מהפרת חובת קבלת המושכר, יש מי שאומר שהוא זכאי לתביעת פיצויים.

מגיעים למשכיר (אם כי המשכיר חייב לנכות ממה שחייב לו השוכר הראשון, כדין פועל בטל). וראה: שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד, ניתוח מקיף של שיטות הפוסקים, ובמיוחד הסבר מאלף לשיטת הסמ"ע. והשווה עוד: פתחי תשובה, שם, ס"ק ב. הרחבנו כאן בדברי הפוסקים משום שעולה מהם, שנטישת המושכר, כלומר אי־שמירתו, אינה עילה לביטול השכירות, שאם לא כן, לא היה מקום לכל הדיון הזה. וראה ביתר הרחבה דיון בהלכת הרמ"א ובדברי הפוסקים, בדיוננו להלן, סעיף 16, הערה 101.

[18] יש להעיר, שעל פי המשפט העברי, מרגע שאחריות השמירה עוברת לשוכר, המשכיר אינו נושא עוד בשום חיוב, אפילו לא כשומר חינם. זאת בניגוד לעמדת החוק, ולפיה גם אם השוכר מפר את חיוב הקבלה, עדיין המשכיר נושא באחריות השמירה על המושכר, לפחות כשומר חינם. כך עולה מתוך היקש לחוק המכר, ראה לשונו של סעיף 22 לחוק המכר. וראה: זמיר, מכר, סעיף 483. וראה לעיל, הערה 7.

[19] ראה לעיל, הערה 7.

[20] ראה הדעה הראשונה המובאת בחידושי הריטב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן. וכך נקטו רוב הראשונים על הסוגיה, שם (ראה הערת המהדיר, בחידושי הריטב"א, הוצאת מוסד הרב קוק, שם, הערה 38).

[21] ראה: חידושי הריטב"א, שם, בשם רבו. וראה דיוננו לעיל, סעיף 9, הערה 43.

לאור האמור לעיל, אף שלעניין הטלת חובת שמירה על השוכר ראינו שסעיף 12 מיותר, מאחר שלעניין שאר חיוביו של השוכר, הסעיף אינו מיותר, אנו סבורים שיש לקיים את הסעיף, ואין אנו מציעים שינוי כלשהו בניסוחו.

סעיף 13

דמי השכירות

דמי השכירות

13. (א) השוכר חייב לשלם למשכיר את דמי השכירות.

(ב) לא הוסכם על שיעור דמי השכירות או על דרך קביעתם, ישולמו דמי שכירות שהיו ראויים להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 247

פרק שני: חובת התשלום — "חייב לשלם למשכיר את דמי השכירות" 247

פרק שלישי: שיעור דמי השכירות 248

א. כשלא נקבעו מראש — "לא הוסכם על שיעור" 248

ב. חילוקי דעות בדבר שיעור דמי השכירות שנקבעו 250

פרק רביעי: תוצאות אי־תשלום 254

פרק חמישי: סיכום 256

פרק ראשון

מבוא

בסעיף 1, כבר הוגדרה השכירות כ"זכות שהוקנתה בתמורה (להלן — דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות", מכאן שיסוד התמורה הוא מרכיב עיקרי בהגדרת השכירות, והוא המבדיל בינה לבין שאילה (סעיף 26). סעיף 13(א) חוזר אפוא וקובע את חובתו של השוכר לשלם דמי שכירות כאחת מחובותיו היסודיות של השוכר במסגרת עסקת השכירות.

סעיף קטן (ב) קובע, שאם לא הוסכם על שיעור דמי השכירות או על דרך קביעתם, כי אז ישולמו דמי השכירות שהיו ראויים להיקבע בשעת כריתת ההסכם.

על מהותם של דמי השכירות, דנו בדיוננו על סעיף 1 כאשר ניתחנו את יסוד התמורה שבהגדרת השכירות[1]. כאן נדון בעיקר בשאלות הבאות: כיצד קובעים את גובה דמי השכירות, כאשר הצדדים לא סיכמום ביניהם מראש? כיצד מכריעים, כאשר מתגלעים חילוקי דעות באשר לשיעור דמי השכירות המוסכמים? ומהן התרופות העומדות לרשות המשכיר, כשהשוכר אינו עומד בחיוב התשלום?

פרק שני

חובת התשלום — "חייב לשלם למשכיר את דמי השכירות"

"דמי השכירות" שהשוכר חייב לשלם למשכיר הוגדרו בסעיף 1 כ"תמורה". "תמורה" היא מושג רחב יותר מ"דמי שכירות". "תמורה" אינה משתלמת רק בכסף, כפי שהיה עשוי להשתמע מהביטוי "דמי שכירות", אלא גם בצורות אחרות, כגון: הספקת סחורות או שירותים (שיפוץ המושכר, הגדלתו, החזקתו השוטפת וכדומה) או כל דבר השווה כסף, שמתחייב השוכר לזכות בו את המשכיר בתמורה לזכות שמעניק לו המשכיר להחזיק במושכר ולהשתמש בו[2].

חובת התשלום היא מיסודות הגדרת השכירות, כפי שעולה לדוגמה מדברי הרמב"ם[3]: "השוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן". מן הראוי לציין, שבמקורות המשפט העברי, עסקה שהושכר בה שדה, והתמורה משתלמת בפרות, היא הנקראת "חכירה". דיני החכירה והשכירות זהים, ואין ביניהם אלא שינוי השם. וכך כותב הרמב"ם[4]: "אחד השוכר

[1] ראה דיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, עמ' 24.

[2] ראה: לרנר, סעיף 50. וראה: פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק י, הערה ז (בסופה). וראה גם להלן בדיוננו על סעיף 26, פרק חמישי, עמ' 555.

[3] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה.

[4] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה א.

מחבירו שדה לזורעה או כרם לאכול פירותיו בדמים, או ששכר ממנו בפירות קצובים, כגון ששכר ממנו שדה זו בעשרים כור בשנה וכרם זה בעשרים כדי יין בכל שנה, שניהם דין אחד יש להן. והשוכר בפירות הוא הנקרא חוכר". הגדרה זו שונה מן ההגדרה של החוק הישראלי[5], שייחד את המושג "חכירה" לשכירות מקרקעין לתקופה שלמעלה מחמש שנים.

פרק שלישי

שיעור דמי השכירות

א. כשלא נקבעו מראש — "לא הוסכם על שיעור"

א. כאשר לא הוסכם על שיעור דמי השכירות או על דרך קביעתם, הסעיף קובע שהשוכר ישלם את דמי השכירות שהיה ראוי לקבוע אותם בעת כריתת ההסכם[6]. כפי שנראה מיד, המשפט העברי סבור גם הוא, שבהעדר הסכם, משתלמים דמי השכירות הראויים. אולם, שלא כחוק, אינו מצמצם את קביעת דמי השכירות הראויים לשעת כריתת החוזה בלבד, אלא דמי השכירות הראויים יחושבו על פי עדכון ערך השכירות לכל אורך התקופה עד לתביעת התשלום, כפי שיבואר להלן. ההבדל הזה, שבין החוק לבין המשפט העברי, מקורו בהבדלי התפישה שלהם בדבר התוצאות המשפטיות של עסקה שחסר בה מרכיב העלות.

ב. לעובדה שהצדדים לא קבעו ביניהם את שיעור דמי השכירות מראש יש במשפט העברי השלכה משפטית מכרעת בדבר תוקפה של העסקה. הרמב"ם[7] קובע: "זה כלל גדול יהיה בידך. הקונה את המטלטלין[8]: אם פסק הדמים ואחר כך הגביה, קנה [כלומר, אין המוכר יכול עוד לחזור בו]; ואם הגביה תחילה, והניח, ואחר כך פסק הדמים — לא קנה באותה הגבהה, עד שיגביה אחר שפסק". במילים אחרות, אי־הסכמה על מרכיב כה מרכזי בעסקה כמו שיעור דמי השכירות, פוגמת בגמירות דעתם של הצדדים, ולעסקה אין תוקף מחייב. יש לסייג את הדברים ולציין שאם מחיר העסקה ידוע ומפורסם לכול, העסקה תקפה כאילו הסכימו במפורש על המחיר המקובל. כך עולה מדברי הרמב"ם[9] בהמשך: "היה הדבר הנמכר דמיו קצובים וידועין, והגביהו — קנהו, אף על פי שפסק אחר שהגביה".

נמצא אפוא שאם מחיר השכירות אינו ידוע ומפורסם, והצדדים לא סיכמו ביניהם את המחיר, העסקה אינה מחייבת, ופירוש הדבר שאף אם הסכימו על תקופת השכירות, כל צד

[5] חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 3. על פי אותו סעיף, שכירות לתקופה שמעל עשרים וחמש שנים נקראת "חכירה לדורות".

[6] הסדר זה נמצא גם בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 46: "חיוב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו, יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".

[7] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ד, הלכה יא. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן ר, סעיף ז.

[8] הרמב"ם מדבר על מיטלטלין כנראה משום שבכך עוסק המקור התלמודי שהוא סומך עליו (ראה: בבא בתרא פו ע"א), אולם ברור שהדברים תקפים גם במכירת מקרקעין. ראה: בית יוסף וב"ח, חו"מ, סימן ר, ס"ק י.

[9] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ד, הלכה יב.

יהיה רשאי לשים לה קץ במועד מוקדם יותר[10]. במקרה זה, ובניגוד לקבוע בסעיף, המשכיר יקבל את דמי השכירות הראויים, לא רק לפי מה שהיה ראוי להיקבע בעת כריתת החוזה, אלא דמי השכירות הראויים יחושבו על פני כל תקופת השימוש, כלומר: אם עלה ערכה של השכירות במשך התקופה או ירד, יעלו דמי השכירות בהתאם או ירדו[11].

ואכן במקרה זה, שבו לא נקבע מראש שיעור דמי השכירות, מצאנו שקבע הרשב"ש[12]: "יראו בני אדם הבקיאים בשומת השכירות כמה ראוי לתת בשכירות המקום". הרשב"ש אינו אומר, כפי שעשה סעיף 13, כמה היה ראוי לתת בשכירות המקום בשעת כריתת ההסכם. כאמור, מקור ההבדל הזה בין החוק לבין המשפט בהבדלי התפישה שלהם בדבר תוקפה של עסקה שחסר בה מרכיב העלות.

ג. אם מתברר שלשכירות הנכס, אין מחיר אחיד, ויש נוהגים להשכירו ביוקר, ואחרים נוהגים להשכירו בזול, כיצד יקבעו ה"בקיאים" את דמי השכירות הראויים? במקרה כזה נקבע, שידו של השוכר על העליונה, והוא רשאי לשלם לפי השער הזול. כך עולה מתוך היקש לדיני שכירות פועלים[13], שם קובע הרי"ף[14]: "דדעתיה דאיניש אתרעא זילא [=שדעת האדם על השער הזול], ועלייהו דידהו רמיא לגלויי ליה לבעל הבית דלא מתגרינן לך אלא בארבעה". כלומר, דעתו של השוכר (המעביד) היא לשלם לפי השער הזול, ולכן אם העובד (המשכיר את שירותיו) מעוניין בקבלת תמורה לפי השער הגבוה — עליו לדרוש זאת במפורש.

ד. כאמור, אין הדברים האמורים עד כה נכונים אלא אם כן אין מנהג אחיד מקובל. אם יש מנהג מקובל ומחיר מפורסם, ראינו בדברי הרמב"ם, שנחשב הדבר כאילו הסכימו הצדדים במפורש על המחיר בשעת כריתת ההסכם, בכגון זה, שינוי דמי השכירות הראויים באמצע תקופת השכירות, לא ישפיע על חיוב התשלום המוטל על השוכר.

כאן המקום להעיר שתי הערות להשלמת התמונה: ראשית, אם השוכר והמשכיר באים משני מקומות שונים שבכל אחד מהם מנהג אחיד, נראה שהולכים אחר המנהג של מקום ביצוע העסקה[15]. שנית, אם נתנו הצדדים את דעתם על דרך קביעת גובה דמי השכירות, והסכימו שדמי השכירות יהיו לפי מנהג המקום, כי אז גם אם יש מנהגים שונים במקום, לא ילכו אחר השער הזול אלא אחר השער הממוצע (בשונה ממה שראינו לעיל, בשלא סוכם כלום). בכגון זה, מאחר שהצדדים הביעו במפורש את הסכמתם שדמי השכירות יהיו לפי המנהג, מניחים שכוונתם הייתה שהתשלום יהיה לפי השער הממוצע[16].

[10] כאן יש מקום להסתפק: האם שכירות כזו דינה כדין שכירות לא קצובה? שבעיקרון אינה מסתיימת אלא במתן הודעה מראש לצד השני (ראה דיוננו על סעיף 19, פרק שני, א, עמ' 408); או שמא, מאחר שלא היה מעשה קניין בר־תוקף, רשאי כל צד לשים קץ לשכירות גם בלא מתן הודעה מראש. וראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמה, משם עולה שיש חובת הודעה. ועוד צריך עיון.

[11] השווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ה, הערה ד (ד"ה ואם לא קבעו).

[12] שו"ת הרשב"ש, סימן קב. וראה גם: שו"ת, מהרשד"ם, חו"מ, סימן רמה. וכן השווה: נתיבות המשפט, סימן שלב, ס"ק ב, המדבר על כך ש"בלא פיסוק דמים אינו נותן רק שוויין".

[13] על היקש זה, ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ה, הערה ד (ד"ה ואם לא קבעו).

[14] רי"ף, בבא מציעא, פרק שישי (מו ע"א בדפי הרי"ף). כך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שלב, סעיף א. וראה סמ"ע, שם, ס"ק ג, שמביא את נימוקו של הרי"ף. וכן ראה בש"ך, שם, ס"ק ה.

[15] מתוך היקש למה שנפסק בעניין דומה בשכירות פועלים. ראה: רמ"א, חו"מ, סימן שלא, סעיף א. וראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, תל־אביב תשכ"ט, כרך ראשון, עמ' 278־279.

[16] שוב, מתוך היקש למה שנפסק בעניין דומה בשכירות פועלים. ראה: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ט,

ב. חילוקי דעות בדבר שיעור דמי השכירות שנקבעו

בפרק זה אנו מבקשים לדון בשאלת הכרעת הדין בשעה שמתגלע סכסוך בין המשכיר והשוכר בעניין גובה דמי השכירות שסוכם ביניהם. לדוגמה: המשכיר טוען שהשכיר את ביתו באלף שקל, ואילו השוכר טוען שלא שכרו אלא בחמש מאות שקל, על מי הנטל להוכיח את צדקת טענתו? לא היינו נזקקים לשאלה זו במסגרת הדיון על חוק השכירות, לולי העובדה שפתרון השאלה מבליט את אופייה המשפטי המיוחד של עסקת השכירות.

מן המפורסמות הוא, שבסכסוך בדיני ממונות הכלל הוא "המוציא מחברו עליו הראיה". אולם הבעיה בסכסוכים הנוגעים לעסקת שכירות היא לקבוע מיהו "המוחזק" ומיהו "המוציא". בשאלה זו נקבע בעיקרון, שבסכסוך בין השוכר לבין המשכיר בקשר לתוכן ההסכם ביניהם, יד המשכיר על העליונה, שכן "קרקע בחזקת בעלה עומדת". כלומר, אף על פי שהנכס מושכר, ולדעת רבים השוכר רוכש בו זכויות קניינית של שימוש והחזקה[17], הרי מאחר שגופו של המושכר נשאר בבעלותו של המשכיר, השוכר הוא הנחשב "המוציא מחברו", ומשום כך עליו להביא ראיה לביסוס טענותיו.

בהתאם לעיקרון הזה נפסקו בשולחן ערוך ההלכות הבאות:

(א) "המשכיר בית לשנה בסכום ידוע, ונתעברה שנה [בית דין הוסיף לשנה חודש אדר ב] — נתעברה לשוכר [השוכר זכאי להישאר בבית חודש נוסף בלא תוספת תשלום]. השכיר לחדשים — נתעברה למשכיר [השוכר יהיה חייב לשלם עבור החודש השלושה־עשר]. הזכיר לו חדשים ושנה — בין שאמר לו, דינר לחדש, שנים־עשר דינר לשנה; בין שאמר לו, י"ב דינר לשנה, דינר בכל חדש [כלומר, בין שהקדים את החדשים ובין שהקדים את השנה, בשניהם קיים ספק מה היה תוכן ההסכם, האם שנה עיקר או חודשים עיקר?] — הרי חדש העיבור של משכיר, שהקרקע בחזקת בעליה"[18]. ומשמעות הדבר שיצטרך השוכר לשלם עבור החודש השלושה־עשר, גם אם הוא נתבע לעשות כך בסיומו של אותו חודש[19].

הלכה ב; וראה גם: קצות החושן, סימן שלא, ס"ק ג. בעניין זה ראה בהרחבה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, תל־אביב תשכ"ט, כרך ראשון, עמ' 271־272.

[17] כפי שראינו בדיוננו על סעיף 1, פרק שני, ג, עמ' 11, לא הכול מסכימים לכך: יש הסבורים שבמסגרת השכירות אין לשוכר אלא תביעה אישית כלפי המשכיר. מחלוקת זו נותנת את אותותיה בסוג אחר של סכסוך שעשוי להתגלע בין השוכר והמשכיר (ואשר אינו נוגע לתוכן ההסכם כפי שאנו עוסקים כאן). הכוונה לסכסוך בדבר הבעלות במיטלטלין הנמצאים במושכר. לדעת הש"ך (ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, ליד ציון הערה 33), מאחר שלשוכר אין שום זכויות בגוף המושכר, עליו להביא ראיה לטענתו, משום שהמשכיר הוא שנחשב למוחזק. לעומתו, פוסקים רבים אחרים (ראה דיוננו שם, ליד ציון הערה 46) סבורים, שלשוכר יש זכות קניינית במושכר, ועל כן הנכסים הנמצאים במושכר נמצאים בחזקתו, ועל המשכיר להביא ראיה כדי להוציאם מידו. ראה: שו"ת עבודת הגרשוני, סימן קכא (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן קלח, ס"ק א). וראה דיוננו לעיל, סעיף 1, ליד ציון הערה 70.

[18] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף טו, על פי בבא מציעא קב ע"ב.

[19] ראה: סמ"ע, שם, ס"ק כו, וש"ך, שם, ס"ק טו, שהדגישו שזהו הדין גם אם המשכיר בא לתבוע את כספו בסוף חודש העיבור. במקרה כזה היה לכאורה מקום לטעון שהמשכיר הוא בגדר "מוציא מחברו", ו"המוציא מחברו, עליו הראיה". אולם רש"י, שם, ד"ה ורב נחמן אמר, מסביר: "ואפילו בא בסוף החדש, כולו למשכיר, שהספק לא עכשיו נולד, אלא בתחילת החודש נולד, והעמד קרקע על חזקתו, ונמצא שדר בשל חבירו, וצריך להעלות לו שכר". הסמ"ע, שם, והש"ך, שם, ס"ק יד, הדגישו שדין זה אינו אמור אלא במקרקעין; ואילו במיטלטלין, "מי שתפס [היינו השוכר], לא מפקינן מיניה [=אין מוציאים ממנו]". ראה על כך להלן, הערה 34. עוד הדגיש הש"ך, שם, שדין זה אינו אמור אלא כשהשוכר טוען טענת שמא. לעומת זאת, אם

(ב) "בעל הבית שאמר, לזמן השכרתיך; והשוכר אומר, לא שכרתי אלא סתם או לזמן ארוך — על השוכר להביא ראיה. ואם לא הביא, בעל הבית נשבע היסת [היינו שבועה שתקנו חכמים], ומוציאו מן הבית"[20].

(ג) "השוכר בית מחבירו, וטוען ששכרו על תנאי שיכניס עמו דיורין אחרים, והמשכיר מכחישו — ישבע המשכיר שלא התנה, וכן הדין לכל הטענות שביניהם"[21].

(ד) "המשכיר בית לחבירו בשטר לעשרה שנים, ואין בו זמן. השוכר אומר, עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה; והמשכיר אומר, כבר עברו ושלמו שני השכירות ושכנת עשר שנים — על השוכר להביא ראיה. ואם לא הביא ראיה, ישבע המשכיר היסת, ויוציאנו (והוא הדין בשאר טענות שביניהם)"[22].

חשוב לציין שבניגוד להלכות שראינו עד כה, ושהוכרע בהן הסכסוך לטובת המשכיר, ישנו מקרה אחד שבו הספק מוכרע לטובת השוכר: כך נפסק[23] כשהסכסוך בין השוכר והמשכיר נוגע לביצוע תשלום דמי השכירות (ובלבד שהשוכר אינו טוען ששילם לפני מועד התשלום, שאם כן לא היה נאמן בהתאם לכלל, "חזקה — אין אדם פורע תוך זמנו"): "השוכר אומר, נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו; והמשכיר אומר, עדיין לא נטלתי... תבעו המשכיר לאחר שלושים יום [כלומר, לאחר מועד התשלום], ישבע השוכר שכבר נתן, ויפטר".

נשאלת השאלה, כיצד מתיישבת הלכה אחרונה זו, שבה השוכר נחשב למוחזק שמבקשים להוציא מידו, עם ההלכות הקודמות שבהן נפסק להפך (ובמיוחד הלכה א, שנפסק בה שמוציאים מיד השוכר את דמי השכירות בגין חודש העיבור, ואין אומרים שהוא מוחזק בכסף[24])? הסמ"ע[25] מציע את ההסבר הבא: בהלכות הראשונות שהבאנו, הספק נוגע לזכויות השימוש של השוכר במושכר (או להיקפן של זכויות אלה): האם חודש העיבור כלול בזכויות

השוכר טוען טענת ברי (כלומר, שהוא טוען שהמשכיר התחייב שדמי השכירות לא יעלו על שנים־עשר דינרים אפילו יתוסף לשנה חודש עיבור), הרי הדין עם השוכר. הטעם לכך: "לא שייך כאן כלל לומר קרקע בחזקת בעליה קיימת, דנהי דקרקע הוא של המשכיר, מכל מקום אפשר דמתחלה לא היה בה פירות, רק י"ב דינרין. ואם כן השוכר שטוען ברי, הוא מוחזק". על דברים אלה הש"ך חוזר בסימן שיז, ס"ק ה. וראה להלן, ליד ציון הערה 30, שם אנו חוזרים על שיטתו. וראה במיוחד, להלן, הערה 32.

[20] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף טז, על פי רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה ב; וראה מגיד משנה, שם. והשווה עוד להלן, הערה 33. והשווה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן נב, ס"ק א (=פד"ר, כרך ו, עמ' 109, בעמ' 111־112). שכאשר מדובר בסכסוך הפוך, כלומר, שהשוכר מבקש לסיים את השכירות, ואילו המשכיר טוען שהשכירות טרם הגיעה לסיומה, "השוכר הוא המוחזק, והמשכיר רוצה בטענתו להוציא ממנו ממון".

[21] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שטו, סעיף ג, על פי שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ז. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק ו; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן כא (בסופו). והשווה: מטה אהרן, חלק ב, כללי השי"ן, אות קמא, ערך "שוכר, אי יכול להשכיר", המביא דעה (שו"ת כרם שלמה), שאם ישנם חילוקי דעות אם הוסכם שיורשה השוכר להשכיר בשכירות משנה למי שבני ביתו מרובים משלו, "לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, ד'שכירות ליומיה — ממכר הוא'. ותו, דהכא לא פליגי בעיקר השכירות, דכולי עלמא מודו דהוא מושכר לו... ובהא השוכר הוא המוחזק". תמוה שבדיון שם בדברי בעל "כרם שלמה", "מטה אהרן" אינו מביא את ההלכה המפורשת בשולחן ערוך, הסותרת את דבריו.

[22] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיז, סעיף ב, על פי בבא מציעא קג ע"א. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק ח. והשווה להלן, הערה 33.

[23] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיז, סעיף א, על פי בבא מציעא קב ע"ב.

[24] ראה לעיל, הערה 19.

[25] סמ"ע, חו"מ, סימן שיז, ס"ק ה.

השימוש של השוכר (הלכה א)? לאיזו תקופה רכש השוכר זכויות שימוש (הלכה ב)? האם בזכויותיו כלול גם היתר להכניס דיירים נוספים (הלכה ג)? האם נסתיימה תקופת השכירות המוסכמת או לא נסתיימה (הלכה ד)? בכל אלה, כאמור, יד המשכיר על העליונה, שכן הוא המוחזק במושכר. לעומת זאת, בהלכה האחרונה לא זכויות השימוש של השוכר במושכר הן נושא המחלוקת, אלא האם השוכר קיים את חיובו ושילם דמי שכירות, אם לאו? אין ספק שהשוכר הוא המוחזק בדמי השכירות השנויים במחלוקת, ועל כן הוא נאמן לטעון שקיים את חיובו בזמנו, ועל המשכיר הנטל להוכיח את ההפך, אם הוא רוצה להוציאם מידו.

נחזור לשאלה שהעמדנו בראש הדברים: מה יהיה הדין אם הסכסוך בין השוכר והמשכיר נוגע לשאלת גובה דמי השכירות שהוסכם עליו? לכאורה היינו נוטים לומר שעל המשכיר להביא ראיה, שכן הוא מבקש להוציא כסף מיד השוכר[26]. אולם לא כך פסק ראב"ן[27]: "משכיר אמר, בששה דינרים השכרתי לך ביתי; ושוכר אמר, בד' דינרים — יד המשכיר על העליונה, דקיימא לן כרב נחמן, דאמר (בבא מציעא קב ע"ב), קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואפילו בא בסוף החודש". נראה שהגיונה של הלכה זו הוא, שבניגוד למה שנראה במבט ראשון, הוויכוח על גובה דמי השכירות אינו ויכוח על פירעון השכירות גרידא (שאז אכן מן הדין היה לראות במשכיר "מוציא מחברו"), אלא זהו ויכוח על זכויות השימוש: לטענת המשכיר אין לשוכר זכות שימוש אלא אם כן הוא משלם את הסכום שהוא טוען לו, ומאחר שהקרקע בחזקת בעליה קיימא, השוכר הוא המוציא מחברו, ועליו להוכיח את טענתו. לפי גישה זו, אין הבדל אם תביעתו של המשכיר באה בתחילת השכירות או בסיומה[28], בכל מקרה, אם לא יעלה ביד השוכר להוכיח את טענתו, יישבע המשכיר שבועת היסת, ויזכה בדין. כדעה זו, נראה שפסק הרמ"א[29].

[26] כך נטה לומר תחילה בשו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט, ד"ה ואמת: "אפשר היה לחלק ולומר שדוקא היכא שהמחלוקת הוא על הקרקע, כגון חדש העבור, דאמרינן כולו למשכיר, בעבור שנאמר קרקע בחזקת בעליה קיימא, והחדש אינו מושכר לשוכר... אבל היכא דהמחלוקת או הספק יהיה על קציצת השכר, לאמור ראוי לפרוע רק כך וכך, לא יהיה בכלל דין חזקת הקרקע, אך יהיה כמו שהיו חולקין על הפרעון אחר זמנו, דהשוכר נאמן". אולם מהר"ם מפאדווה חוזר בו, ומקבל את הכרעת ה"מרדכי" (היא העמדה שאנו מביאים להלן, בשם ראב"ן): "אמנם מה אעשה שבהדיא כתב המרדכי בסוף השואל דאף על הקציצה... יד המשכיר על העליונה... לכן לא אוכל להשמט ולומר בענין אחר". וראה גם: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן כא, שגם הוא נטה תחילה להכריע את הספק לטובת השוכר, מה עוד שכך הדין במכר, שאם לאחר הקניין מתגלעים חילוקי דעות באשר לעלות העסקה שהוסכם עליה, המכר קיים, ועל המוכר הנטל להוכיח את צדקת טענתו. אולם "מחנה אפרים" גם הוא חוזר בו, ומקבל את הכרעת ה"מרדכי" (מבלי להסביר מדוע שכירות שונה ממכר, וראה על כך להלן, הערה 29).

[27] ספר הראב"ן (מהדורת עהרענרייך), פרק השואל (ר ע"ב), ד"ה משכיר. מובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעא (והשווה שם, סימן קנז), ובמרדכי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שפז.

[28] זולת לעניין טענת "מיגו". ראה: רמ"א, חו"מ, סימן שיז, סעיף ב, בשם יש אומרים. וראה: ש"ך, שם, ס"ק ה, שהשיג עליו גם בעניין זה, וטען שעניין ה"מיגו" אינו שנוי במחלוקת, ולכולי עלמא, אם יש לשוכר טענת "מיגו", אין ספק שהוא זוכה בדין. וראה: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ב, שהציע פירוש אחר בדברי הרמ"א, וטען שלפי פירושו, עניין ה"מיגו" אמנם שנוי במחלוקת. על הצעתו של "נתיבות המשפט", ראה: טבעת החושן, שם, ד"ה בנתיבות, שהשיג על דבריו.

[29] ראה: רמ"א, חו"מ, סימן שיז, סעיף ב, כפי שהסבירו סמ"ע, שם, ס"ק ח. לעיל, הערה 26, שאלנו, מדוע בשכירות מוכרע הסכסוך לטובת המשכיר בעוד שבמכר הוא מוכרע לטובת הקונה? נראה שההסבר לכך הוא, שבשונה ממכר, בשכירות גוף המושכר נותר בבעלותו של המשכיר, אשר על כן בשכירות יש מקום

הש"ך[30] חולק על הבנה זו בדברי ראב"ן. לדעתו, יש להבחין בין תקופת השכירות העתידה לבוא ובין תקופת השכירות שכבר חלפה. באשר לתקופה השכירות העתידה לבוא, השוכר הוא אמנם "המוציא מחברו": הוא תובע זכויות שימוש בנכס, שעל אף היותו שכור בידו, נותר בחזקת המשכיר. ברור אפוא שעליו להוכיח שהמשכיר הסכים לעסקה תמורת דמי שכירות נמוכים. אם לא יעלה הדבר בידו, ויסרב בכל זאת לשלם את דמי השכירות שתובע המשכיר, המשכיר יהיה רשאי לסלקו מן המושכר[31]. לדעת הש"ך, כך יש להעמיד את פסקו של ראב"ן. שונה המצב באשר לתקופת השכירות שכבר חלפה: כאן, גם ראב"ן מסכים, שהמשכיר הוא "המוציא מחברו", שכן אין ספק שהשוכר החזיק במושכר מכוח הסכם השכירות, וייתכן שהאמת עם השוכר כשהוא טוען שהוסכם על תשלום נמוך. ביחס לתקופה זו, שכבר חלפה, העובדה שהמשכיר מוחזק אינה מעלה ואינה מורידה. על המשכיר להוכיח אפוא שתמורת השכירות הסכים השוכר לשלם דמי שכירות גבוהים, שהרי ביחס לאותו ממון השוכר הוא המוחזק[32, 33]. נמצא שאם הסכסוך מתגלע בתחילת השכירות, הדין עם המשכיר; ואילו אם הסכסוך מתגלע בסיום השכירות, הדין עם השוכר.

לומר "קרקע בחזקת בעליה עומדת", מה שאין כן במכר. והשווה: ל"ב נתיבות (זעפרני), הלכות שכירות ושכנים, ירושלים תשנ"ג, נתיב ו, עמ' 56-57.

30 ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק יד, וסימן שיז, ס"ק ה. והסכים לדעתו נתיבות המשפט, סימן שיז, ס"ק ב. "נתיבות המשפט" טוען שגם הרמ"א מסכים לדעת הש"ך (לצורך זה הוא מציע בדברי הרמ"א פירוש שונה מהפירוש שהציע הסמ"ע. וראה לעיל, הערה 28).

31 לעיל, הערה 26, העלינו את השאלה מדוע שונה הדין בשכירות מבמכר, שם נפסק שיש להכריע את הספק לטובת הקונה ולא לטובת המוכר. "נתיבות המשפט" סבור שכאן נעוצה הוכחה נוספת לכך ששכירות אינה בעלת אופי קנייני. ואמנם לעיל, בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 31, הראינו שזו גם דעת הש"ך, שאין לשכירות אופי קנייני. אולם השווה לעיל, הערה 29.

32 הש"ך אינו מקבל את הטיעון שהצענו לעיל, ולפיו אין כאן סכסוך על הממון כי אם על זכויות השימוש, משום שלדעתו אין לומר שהסכסוך הוא על זכויות השימוש אלא כשאין לשוכר טענת ברי (כך כבר הבאנו בשמו, לעיל, הערה 19). כך הוא לדוגמה בהלכה שהבאנו לעיל, בעניין חודש העיבור, שם מתחילה אין לדעת מה הייתה כוונת החוזה, אם לכלול את חודש העיבור אם לאו. בכגון זה, העובדה שהשוכר מוחזק בממון אינה מעלה ואינה מורידה, ואינה הופכת את הסכסוך בינו לבין המשכיר מסכסוך על זכויות שימוש לסכסוך ממון. לעומת זאת, אם השוכר טוען טענת ברי, כמו במקרה שלפנינו, שהשוכר טוען שלא שכר אלא בדמי שכירות נמוכים, יש לדון בסכסוך כבסכסוך ממון, שבו השוכר טוען "מעולם לא הוציא קרקע שלך פירות יותר מזה". מאחר שהוא מוחזק בכסף, על המשכיר להביא ראיה שהקרקע שלו הוציא פרות יותר מזה (וראה בעניין זה: נתיבות המשפט, סימן שיז, ס"ק ב). וראה מה שהעיר על דרכו של הש"ך, מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן כא. לסיכום יפה של דעות הפוסקים בסוגיה זו, ראה עוד: ל"ב נתיבות (זעפרני), הלכות שכירות ושכנים, ירושלים תשנ"ג, נתיב ו, עמ' 53-58.

33 בשולי פרק זה, שהתייחסנו בו לא רק לסכסוך הנוגע לגובה דמי השכירות, אלא גם לסכסוכים אחרים העשויים להתגלע בין השוכר והמשכיר בקשר להסכם שכירות, יש להפנות לפולמוס גדול שמצאנו בין שניים מגדולי המשיבים. נתחיל בתיאור העובדות שהיו נשוא הפולמוס: בין השוכר והמשכיר נחתם חוזה שכירות בית לתקופה של מאה ארבעים ושמונה חודשים. השוכר שילם את דמי השכירות מראש, אך הוסכם בין הצדדים, שאם תוך זמן מוגדר יחזיר המשכיר חלק מדמי השכירות, הרי יוכל לקצר את תקופת השכירות עד למאה חודשים בלבד. השוכר מת, ונתגלע סכסוך בין המשכיר ליורשי השוכר: המשכיר טוען שאכן ניצל את זכותו והחזיר חלק מדמי השכירות, וכך כעת תקופת השכירות אינה עומדת אלא על מאה חודשים. לעומתו טוענים יורשי השוכר, שלהם לא ידוע על החזרת דמי שכירות כלשהם, ועל כן זכותם להישאר במושכר עד תום מאה ארבעים ושמונה החודשים הנקובים בשטר השכירות. להכרעת הסכסוך, נשלחה שאלה (במקביל?) לשניים מגדולי המשיבים של התקופה, ר' שמואל די מדינה (ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן

מסקנת הדברים למעשה: במה שנוגע לתביעת המשכיר בגין תקופת השכירות שמכאן ולהבא, המשכיר הוא שיזכה בדין (לכל הדעות); במה שנוגע לתביעת המשכיר בגין תקופת השכירות שכבר חלפה, יוכל השוכר לסמוך על שיטת הש"ך ולדחות את תביעתו של המשכיר[34].

פרק רביעי

תוצאות אי־תשלום

א. אם השוכר אינו משלם את דמי השכירות, הרי הוא מפר את החוזה, ובעיקרון עומדים

רצג), ור' יצחק אדרבי (ראה: שו"ת דברי ריבות, סימן שכו). שניהם מגיעים למסקנות הפוכות: לדעת מהרשד"ם (בטענתו המרכזית, וראה שם באריכות נימוקים נוספים), מאחר שעל פי השטר, זכותו של המשכיר לקצר את תקופת השכירות בארבעים ושמונה חודשים (בתנאי שישלם סך ידוע), הרי שביחס לאותו פרק זמן אין לראות את היורשים כמוחזקים, אלא "קרקע בחזקת בעלה קיימא". לכן אם לא יביאו היורשים ראיה שהמשכיר לא שילם, ידם תהיה על התחתונה. לעומתו, ר' יצחק אדרבי סבור, שמאחר שהשוכר רכש זכויות שימוש למשך מאה ארבעים ושמונה חודשים, ועל עובדה זו אין חולקים, הרי שבמשך כל אותה תקופה הוא מוחזק במושכר, ואם המשכיר טוען שניצל את זכותו על פי החוזה לקצר את תקופת השכירות, עליו להביא ראיה. מאחר שסביב שאלה זו נכתבו תשובות רבות, נתאר להלן, בלי להיכנס לתוכן הדברים, את השתלשלות הפולמוס, דבר שיקל על הקורא המעוניין להעמיק את העיון בסוגיה זו. על שאלה זו ביקש ר' יצחק אדרבי את חוות דעתם של פוסקים נוספים מבני דורו: ר' מרדכי מטאלון (ראה דברי ריבות, שם), ר' שמואל טאיטאנאק (שם), ר' שלמה לבית הלוי (שם), ור' דוד ברוך (שם, סימן שכז), וכולם הסכימו לדעתו. בסימן שכח, כתב ר' יצחק אדרבי דברי ביקורת חריפים כנגד פסקו של מהרשד"ם (הוא אינו מזכיר אותו בשמו, אלא אומר בפתח התשובה: "ראיתי פסק אחד שכתב חכם שלם אחד על ההיא שאלה"). מהרשד"ם דוחה את דברי ביקורתו של ר' יצחק אדרבי, ומחזיר כנגדו דברי ביקורת, כפי שמודפס בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצד. ר' יצחק אדרבי מדפיס תשובה אחרונה זו, בסימן שכט בספר תשובותיו, ואליה הוא מצרף הערות ביקורת. וראה: שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן קח, ד"ה אבל, שהעיר על סתירה בדברי מהרשד"ם בין מה שכתב בסימנים רצג־רצד ובין מה שכתב בסימן ש. וצריך עיון (מהרש"ם מפנה שם לדברים שכתב הוא עצמו בעניין ספק פלוגתא בשכירות, בקונטרס אחרון לסימן קפט; ולא מצאתי קונטרס זה). וראה עוד בעניין זה: שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן א (דף ב ע"ב, ד"ה והנה לפום ריהטא), סימן ב (תשובה זו היא של ר' חסדאי הכהן), סימן ג (דף ו ע"א, ד"ה ובמ"ש, תשובה זו אף היא של ר' אהרן פרחיא). וראה עוד, שם, סימן מב, ד"ה ואל.

בשאלה, מי נחשב למוחזק, השוכר או המשכיר, כשהספק הוא ספק בדין (ספיקא דדינא)? ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קמא; שו"ת מנחת יצחק (וייס), חלק ב, סימן פו.

[34] כל זה אמור בשכירות מקרקעין. ויש לעיין אם הוא הדין גם בשכירות מיטלטלין. לעניין זה ראה: תוספות, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה ארעתא (שממנו עולה שאין להבחין בין מיטלטלין ולמקרקעין, וגם במיטלטלין המשכיר נחשב למוחזק, משום שהכלי חוזר לידיו). לעומת זאת, השווה: תוספות, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה פרדיסי; רא"ש, שם, פרק ח, סימן לד; ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק יד; נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק יד (שמהם עולה שהשוכר מיטלטלין הוא המוחזק). ונראה לומר, שלפי שיטה זו, אין ליצור זיקה, כפי שביקשנו לעשות בפרק זה, בין מהות השכירות ובין השאלה מיהו "המוציא מחברו". לדידם, די בעובדה שהשוכר מחזיק במושכר המיטלטל כדי להגדירו כמוחזק, וזאת בלא קשר למהות הזכות, שמכוחה הוא מחזיק בו (ואולם השווה: נתיבות המשפט, סימן שיז, ס"ק ב. וצריך עיון). וראה גם: ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג (בסופו).

לרשות המשכיר התרופות הקבועות בחוק החוזים (תרופות): ביטול, אכיפה ופיצויים. בדרך כלל, יעדיף המשכיר לבטל את החוזה ולא להמשיך ולהתעסק עם שוכר שאינו משלם. אולם על פי חוק החוזים (תרופות), אין למשכיר רשות לבטל את החוזה אלא אם הייתה ההפרה יסודית. מובן שאם השוכר אינו משלם את דמי השכירות כלל, יש בכך משום הפרה יסודית, וזכותו של המשכיר לבטל את ההסכם מיידית. אולם מה הדין כאשר השוכר מאחר בתשלום, או כאשר שילם רק חלק מדמי השכירות? נראה (בכפוף לנסיבות מיוחדות) שקשה יהיה לראות בזה הפרה יסודית, ועל כן, על פי חוק התרופות[35], יצטרך המשכיר לתת לשוכר הזדמנות למלא אחר ההסכם, ורק אם לא תיקן את המעוות, יהיה רשאי לבטל את החוזה.

בעייתי עוד יותר הוא המקרה שבו נקבעו דמי השכירות לסך מסוים לתקופות קצובות, האם אי־תשלום באחת התקופות מזכה את המשכיר בביטול החוזה כולו, או שמא יש לראות חוזה כזה כחוזה הניתן להפרדה לחלקים, ואז אין רשות למשכיר אלא לבטל את אותו חלק שהופר[36]? בשאלה זו דן לרנר[37], ואנו מפנים את הקורא לדיונו.

נזכיר עוד, שעל פי החוק, גם אם נמנע השוכר מלשלם דמי שכירות מחמת נסיבות שאין לו שליטה עליהן, עקב מחלה לדוגמה, עדיין תרופת הביטול עומדת לרשות המשכיר, מה שאין כן בשאר התרופות[38].

ב. על פי המשפט העברי, אין ספק שאפשר לכפות על שוכר שאינו משלם דמי שכירות את התשלום, כדין כל חיוב תקף[39].

גם אופציית הביטול עומדת לרשות המשכיר. כך הדין בכל הסכם על תנאי: "כיון שלא קיים חבירו התנאי, אף שהוא מחמת אונס, למה יתחייב הוא?"[40]. המשכיר לא השכיר אלא על תנאי שישלם השוכר דמי שכירות, ומשלא שילם, אינו חייב להמשיך ולהעמיד לרשותו את המושכר. כך עולה גם מדברי המהרי"ט[41], שהתייחס במפורש להסכם שכירות: "מי שהשכיר בית לחבירו בשנים עשר דינרים לשנה בדינר לחדש ולפרוע בכל חודש וחודש, והרי הוא עני שאין סיפק בידו לפרוע מה שעבר ומה שעתיד לבוא, וכי לא יוכל [המשכיר] לומר: 'צא מביתי, שעל מנת כן לא השכרתי לך'... נראה דבר פשוט דמצי מסלק ליה, שלא השכיר לו

[35] חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 7(ב).

[36] שם, סעיף 7(ג).

[37] לרנר, סעיפים 211־212.

[38] חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 18.

[39] יש לציין ששוכר המאחר בתשלום דמי השכירות עובר על איסור הלנת שכר, כפי שמפורש כבר במשנה, בבא מציעא ט, יב: "אחד שכר אדם, ואחד שכר בהמה, ואחד שכר כלים — יש בו משום 'ביומו תתן שכרו' (דברים כד, טו), ויש בו משום 'לא תלין פעולת שכיר אתך עד בוקר' (ויקרא יט, יג). אמתי? בזמן שתבעו; לא תבעו, אינו עובר עליו". וראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלט, סעיף א וסעיף י.
בשכירות קרקע, שלא הוזכרה במשנה, ישנה מחלוקת אם עוברים בה משום הלנת שכר, אם לאו. מחלוקת זו מוזכרת בדברי השולחן ערוך, שם, סעיף א. בעניין זה ראה: ביאור הגר"א, שם, ס"ק א; משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קעח.

[40] לשון הש"ך, חו"מ, סימן כא, ס"ק ג.

[41] שו"ת המהרי"ט, חלק א, סימן קיג, ד"ה ואני. וראה: משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קעח. בנוסף לתשובת מהרי"ט, הוא מביא עוד סיוע לכך משו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן מב, שהדגיש שהמשכיר רשאי להוציא את השוכר מן המושכר אפילו בימות הגשמים. אולם ספק אם אפשר להסתמך על אותה תשובה, שכן הדיון שם הוא בשכירות שאינה קצובה בזמן, ואין זה בטוח כלל, שאפשר להקיש ממנה לשכירות קצובה. והשווה: שו"ת הרשב"ש, סימן צא.

אלא על מנת שיפרע לו חודש בחודש". כפי שנראה בדיוננו על סעיף 14, העיקרון בשאלת מועד התשלום במשפט העברי הוא, "שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף". כלומר, בהעדר הסכמה אחרת, התשלום מתבצע בסיום השכירות. על פי זה, היה מקום לכאורה לומר שאופציית הביטול בגין אי־תשלום אינה רלוונטית אלא אם כן הייתה הסכמה מפורשת על מועד תשלום לפני מועד סיום השכירות. אולם מדברי המהרי"ט עולה בבירור, שאם המשכיר צופה שהשוכר לא יעמוד בחובת התשלום, כיוון ש"הוא עני, שאין סיפק בידו לפרוע מה שעבר ומה שעתיד לבוא", יש למשכיר עילה לביטול בגין ההפרה הצפויה[42].

בשאלת הפיצויים, נראה שהעניין שנוי במחלוקת[43].

פרק חמישי

סיכום

חיוב התשלום הוא מיסודות הגדרת השכירות, שהרי "השוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן", כלשון הרמב"ם.

כשלא קבעו הצדדים את שיעור דמי השכירות בעת כריתת החוזה, יש להבחין בין אופנים שונים: אם היה מנהג בעניין שיעור דמי השכירות באותה שעה, נחשבים הצדדים כמי שהסכימו לשכירות על סמך המנהג; אם יש מנהגים שונים, יד השוכר על העליונה, וישלם לפי השער הזול; אם אין מנהג כלל, אין תוקף לעסקה, וישלם השוכר תמורת השימוש שעשה במושכר לא לפי דמי השכירות שהיו ראויים להשתלם בשעת כריתת החוזה (כפי שקובע החוק), אלא לפי דמי השכירות הראויים להשתלם לכל תקופה מתקופות השימוש.

נחלקו הצדדים בעניין דמי השכירות המוסכמים: מכאן ולהבא, יד המשכיר על העליונה; לשעבר, נחלקו הדעות בין הפוסקים, ויוכל אפוא השוכר לדחות את תביעתו של המשכיר.

לאור האמור לעיל, אנו מציעים לנסח את סעיף 13 כדלהלן:

דמי השכירות

13. (א) השוכר חייב לשלם למשכיר את דמי השכירות.

(ב) לא הוסכם על שיעור דמי השכירות או על דרך קביעתם,

(1) היה מנהג אחיד בעניין שיעור דמי השכירות, ישולמו דמי שכירות שהיו ראויים להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה;

(2) היו מנהגים שונים בעניין שיעור דמי השכירות, ישולמו דמי השכירות כאמור בס"ק ב(1) לפי השער הזול;

(3) לא היה מנהג בעניין שיעור דמי השכירות בשעת כריתת החוזה כלל, ישולמו דמי השכירות הראויים במשך תקופת השימוש במושכר.

[42] וכך פסק גם כסף הקדשים, חו"מ, סימן שיז, סעיף א, בסוף דבריו.

[43] ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן. וראה דיוננו, לעיל, סעיף 9, הערה 43.

סעיף 14

מועד התשלום ומקומו

מועד התשלום ומקומו

14. (א) נקבעו דמי השכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות ישולמו, בשכירות מקרקעין — בראשית כל תקופה, ובשכירות אחרת — בסוף כל תקופה.

(ב) דמי השכירות ישולמו, באחת הדרכים המקובלות, במקום עסקו של המשכיר, ובאין לו מקום עסק — במקום מגוריו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 259

פרק שני: מועד התשלום — "בראשית כל תקופה... בסוף כל תקופה" 260

א. הכלל: "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף" 260

ב. "נקבעו דמי שכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות" 262

ג. דמי השכירות לא נקבעו לפי תקופות 266

ד. תשלום מראש והשלכותיו המשפטיות 266

פרק שלישי: אמצעי התשלום — "באחת הדרכים המקובלות" 269

א. מבוא 269

ב. הוסכם על אמצעי התשלום 269

ג. לא הוסכם על אמצעי התשלום 270

פרק רביעי: מקום התשלום — "במקום עסקו של המשכיר" או "במקום מגוריו" 275

פרק חמישי: סיכום 276

פרק ראשון

מבוא

בהעדר הסכמה מפורשת בין הצדדים לעניין פרטי העסקה, כגון: גובה דמי השכירות, אמצעי התשלום, מועד התשלום ומקומו, חל בעיקרון סעיף 3 לחוק. סעיף זה קובע, שפרטים שלא נקבעו בהסכם, "יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעסקאות קודמות שביניהם, ובאין הסכם כזה — לפי הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעסקאות מאותו סוג". אולם כבר ראינו שהמחוקק לא הסתפק בהוראה כללית זו, וביקש, בסוגיות שונות, לקבוע סטנדרט בסיסי שיחול על הצדדים באין הסכמה אחרת ביניהם (מה שקרוי "הוראות השלמה דיספוזיטיביות"). הוראות כאלה יש בהן למנוע התדיינויות משפטיות מיותרות.

סעיף 14 שלפנינו הוא אחד מסעיפי השלמה אלו. הוא מסדיר שלושה עניינים: מועד התשלום, אמצעי התשלום ומקום התשלום. שאלת גובה דמי השכירות באין הסכם בין הצדדים מוסדרת בסעיף 13.

בעניין מועד התשלום, הסעיף מבחין בין שכירות מקרקעין לשכירות מיטלטלין, אך בשניהם המועד קשור בתקופות השכירות שביחס אליהן נקבע גובה דמי השכירות: בשכירות מקרקעין, התשלום יבוצע בראשית כל תקופה; ואילו בשכירות מיטלטלין, בסוף כל תקופה. על פי האמור בדברי ההסבר להצעת החוק[1], הבחנה זו, בין מקרקעין למיטלטלין, אינה אלא ביטוי לנוהג המקובל, ומכאן שמקורה אינו בהבדלים משפטיים עקרוניים בין שכירות מקרקעין לשכירות מיטלטלין. יש להניח שנוהג זה יסודו בחוק ההיצע והביקוש: בשכירות מקרקעין, מאחר שהביקוש גדול וההיצע קטן, יכולים המשכירים לדרוש ולקבל תשלום מראש. בשכירות מיטלטלין, מאחר שהמצב הפוך, אין המשכירים דורשים תשלום מראש.

אולם יש שדמי השכירות המוסכמים אינם נקבעים לפי תקופות, כי אם לפי קריטריון אחר[2]. בשכירות רכב, לדוגמה, דמי השכירות נקבעים לפי קילומטרז' ולא (או לא רק) לפי אורך תקופת השכרת הרכב. המחוקק לא נתן את דעתו למקרים כאלה, ולכאורה יחול עליהם הנוהג המקובל, או הדין הכללי, ולפיו יש לקיים חיוב זמן סביר לאחר כריתת החוזה[3].

הסעיף קובע שהתשלום יבוצע באחת הדרכים המקובלות. בכך לא חידש הסעיף לעומת ההוראה הכללית של סעיף 3, ועל כן לא ברור מה הייתה מטרת הוספת דברים אלו בסעיף 14.

לעניין מקום התשלום, העיקרון של הסעיף הוא שהשוכר הולך אחר המשכיר, ולכן הוא שצריך לבוא אל המשכיר כדי להמציא לו את דמי השכירות, ולא על המשכיר לרוץ אחרי

[1] סעיף 14 להצעת חוק השכירות, התש"ל-1970, ה"ח 901, עמ' 291.

[2] השווה לסעיף 19 לחוק, שיש בו הבחנה בין דמי שכירות שנקבעו לתקופות קצובות (19ב(1)), ובין דמי שכירות שנקבעו באופן אחר (19ב(2)).

[3] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 41. וראה: לרנר, סעיף 49.

השוכר. בעדיפות ראשונה, השוכר יביא את דמי השכירות למקום עסקו של המשכיר, ובאין לו מקום עסק — למקום מגוריו.

בדיון שלפנינו נבחן את השאלות שדן בהם סעיף 14. תחילה נדון בשאלת מועד תשלום דמי השכירות. במסגרת זו נלבן את העיקרון התלמודי, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", וכן נבדוק מהן ההשלכות המשפטיות של תשלום דמי השכירות מראש. לאחר מכן נדון בשאלת אמצעי התשלום ובעיקר בשאלה, האם השוכר חייב לשלם בכסף דווקא? או שמא רשאי הוא לשלם גם בשווה כסף? לבסוף נדון בשאלת מקום התשלום.

פרק שני

מועד התשלום — "בראשית כל תקופה... בסוף כל תקופה"

א. הכלל: "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף"

שאלת מועד תשלום דמי השכירות לא נדונה במקורות התלמודיים או הבתר תלמודיים באופן ישיר, כי אם באופן עקיף. השאלה עלתה בקשר לאיסור ריבית[4] ובקשר לנאמנותו של שוכר הטוען שפרע את דמי השכירות לפני סיום השכירות[5]. העיקרון שנקבע בתלמוד הוא "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף"[6], כלומר, אין חובה לשלם דמי שכירות אלא בסוף תקופת השכירות, ובעניין זה, בניגוד לחוק, אין הבחנה בין סוגי שכירות שונים (העיקרון חל אפילו בשכירות פועלים[7]). בהסתמך על העיקרון האמור, נקבע[8] ששוכר הטוען שפרע את דמי השכירות במהלך תקופת השכירות, אינו נאמן, וזאת לפי החזקה (פרזומפציה) שאין אדם פורע את חובו לפני מועד הפירעון[9].

[4] בבא מציעא סה ע"א.

[5] בבא מציעא קב ע"ב. וראה להלן, הערה 10.

[6] בדיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, עמ' 24, דננו במשמעותו של כלל זה לעניין מהותם של דמי השכירות ומהות השכירות עצמה. וראה להלן, הערה 12.
וראה: א' קרלין, "פרק בהלכות שכירות", סיני ו (ת"ש) תפה, בעמ' תפו, הטוען שיסודו ההיסטורי של עיקרון זה הוא, כנראה, שבזמן קדום לא היו רגילים לקבוע זמן מוגדר לשכירות. ועל כן מאחר שלא היה ידוע מראש כמה זמן תימשך השכירות, לא היה מקום לחייב את השוכר בתחילת השכירות, כי אם בסופה, שרק אז אפשר לקבוע את עלות השכירות (הובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 140). להשערה זו השווה מה שהבאנו בשם שו"ת בני אהרן, סעיף 1, הערה 100.

[7] ראה: בבא מציעא קי ע"ב; וראה שם סה ע"א, שהכלל נסמך על הפסוק, "כשכיר שנה בשנה יהיה עמו" (ויקרא כה, נג). פסוק זה עוסק אמנם בשכירות פועלים ולא בשכירות נכסים, אולם נראה שאין כאן אלא אסמכתא בעלמא. ראה על כך: דברות משה, בבא מציעא, חלק שלישי (בני־ברק תשד"ם), פרק ו, סימן ד, ענף א, ד"ה ואף. והשווה שם, ענף ב.

[8] ראה: נימוקי יוסף, בבא בתרא, פרק ראשון (ג ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה גמ' הקובע זמן לחבירו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיז, סעיף א (וראה: סמ"ע, שם, ס"ק ב); רמ"א, חו"מ, סימן עח, סעיף א.

[9] ראה: תוספות, בבא מציעא קב ע"ב, ד"ה בחזקת, המעירים שאפילו מי שסובר, "עביד איניש דפרע בגו זימניה [=אדם עשוי לפרוע בתוך זמנו]" (זו דעת אביי ורבא רב פפא ורב הונא בריה דרבי יהושע, בבבא בתרא ה ע"א), כאן מודה, משום שהשוכר בוודאי לא יסתכן להקדים דמי שכירות שאינו בטוח שיחויב בהם

העיקרון "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף" נאמר במפורש בתלמוד בהקשר לדיני ריבית[10]. מפאת חשיבות העניין, נרחיב קצת בנקודה זו. כידוע, ריבית מוגדרת כשכר המתנת מעות, כלומר אסור למלווה לקבל פיצוי על התקופה שבה הוא משאיר את כספו ביד הלווה, וממתין להחזרת מעותיו. בהתאם להגדרה זו, חל איסור בעסקאות מכר להעלות את מחיר הממכר בגין אשראי לתשלום. העלאה כזו יש בה משום ריבית, שכן המוכר דורש מחיר גבוה יותר מהמחיר במזומן כפיצוי על המתנת מעותיו המגיעים לו, על פי הדין, תיכף עם גמר העסקה. וזה לשון המשנה[11]: "ואין מרבין על המכר. כיצד?... מכר לו שדהו, ואמר לו: אם מעכשיו אתה נותן לי, הרי היא שלך באלף זוז; אם לגורן, בשנים עשר מנה [שהם אלף ומאתיים זוז] — אסור". לעומת זאת, בעסקאות שכירות, אין מניעה לקבוע תשלום גבוה יותר עבור תשלום בסוף תקופת השכירות: "מרבין על השכר... כיצד? השכיר לו את חצרו, ואמר לו: אם מעכשיו אתה נותן לי, הרי הוא לך בעשר סלעים לשנה; ואם של חודש בחודש, סלע לחודש [היינו שנים־עשר סלעים לשנה] — מותר". התלמוד מסביר, שמאחר ש"שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", ועד סוף תקופת השכירות אין המשכיר יכול לתבוע דמי שכירות, ממילא המחיר הגבוה שדורש המשכיר תמורת תשלום בסוף השכירות, הוא הוא מחיר השכירות, ואין כאן משום ריבית. התשלום הנמוך שמסכים המשכיר להסתפק בו תמורת תשלום מראש, אינו אלא הנחה שהמשכיר מוכן להציע לשוכר, ובלבד שיקבל את התמורה מיד[12].

(לדוגמה, אם יתמוטט הבית ששכר, הוא יהיה פטור מתשלום, ואין זה סביר, אם כן, שיסתכן בהקדמת התשלום).

[10] עיקרון זה עומד בוודאי, כפי שראינו, גם ביסודה של סוגיית בבא מציעא קב ע"ב, העוסקת בשאלת נאמנותו של שוכר הטוען שפרע את דמי השכירות "בתוך זמנו" (ראה שם רש"י, ד"ה בתוך זמנו), אולם שם העיקרון אינו מפורש בדברי התלמוד.

[11] משנה, בבא מציעא ה, ב; סה ע"א.

[12] נשאלת השאלה: אמנם כשהמשכיר מקבל מחיר גבוה יותר תמורת תשלום בסוף השכירות, אין בכך משום ריבית, כפי שהוסבר. אולם כשהשוכר מקבל הנחה ממחיר השכירות תמורת תשלום מראש, מן הדין היה לראות בו, בשוכר, מי שמקבל ריבית. נסביר את השאלה: מאחר ששכירות אינה משתלמת אלא בסוף, הרי דמי השכירות שהשוכר מקדים למשכיר, אינם תשלום השכירות, כי אם הלוואה גרידא. פירעון ההלוואה נעשה על ידי המשכיר באמצעות זכויות השימוש שהוא מעמיד לרשות השוכר. מדוע אם כן אין רואים את ההנחה שמקבל השוכר בעד השימוש במושכר, כריבית על אותה הלוואה? הרי אילולי ההלוואה, השוכר היה חייב לשלם מחיר גובה יותר תמורת אותן זכויות שימוש (וכך מפורש באותה משנה עצמה, בבא מציעא ה, ב: "המלוה את חברו... לא ישכר ממנו בפחות, מפני שהוא רבית")? בתשובה לשאלה זו מסבירים האחרונים, שאף שבעיקרון שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, הרי שאם השוכר מחליט להקדים את תשלום דמי השכירות, תשלום זה אינו הלוואה כלל, כי אם תשלום מוקדם תמורת השכירות. לפי זה, ברור שאין מקום לראות בשוכר המקבל הנחה ממחיר השכירות, מקבל ריבית. ראה: קובץ הערות (וסרמן), סימן נג, ס"ק ט; קהלות יעקב (קנייבסקי), בבא מציעא, בני־ברק תשמ"ח, סימן מו (והשווה ספרו המוקדם, שערי תבונה, סימן יא, ס"ק א־ג); וכך עולה כבר מדברי מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ג. נציין ש"מחנה אפרים", וכן הרב וסרמן מפנים לעניין זה לדברי הר"י מגאש, המובא בשיטה מקובצת, בבא בתרא פו ע"ב, ד"ה תא שמע. הר"י מגאש מתייחס שם לשאלה זו במפורש, ולהלן נוסח תשובתו: "ואף על גב דקיימא לן, שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, הני מילי, היכא דלא בעי משכיר [צ"ל: שוכר] למיתן ליה מתחלה הוא דלא מחייבינן ליה לשלומי אלא לבסוף, אבל היכא דיהיב ליה מדעתיה מתחלה, מכל מקום שכירות מקריא [=נקראת] ולא הלואה, ואין כאן אגר נטר ליה [אין כאן שכר המתנת מעות; כלומר, אין כאן ריבית שמשלם כביכול המשכיר לשוכר]". וראה עוד בעניין זה, מה שמובא בשם עליות דרבנו יונה, בשיטה מקובצת, בבא בתרא פז ע"א, ד"ה אמר רבא (גם מקור זה צוין על ידי הרב וסרמן). והשווה: תוספות, בבא

כאמור, המשפט העברי אינו מבחין בעניין זה בין סוגים שונים של שכירות. יחד עם זאת, כלל גדול הוא בשכירות שהכול הולך אחרי המנהג[13], ואם המנהג הוא שמשלמים את דמי השכירות מראש, יש להניח שהמנהג מחייב. כבר הערנו במבוא, שההבחנה שעשה החוק בין שכירות מקרקעין לשכירות מיטלטלין, אינה אלא ביטוי לנוהג המקובל. אם אכן זהו הנוהג, יש בו אפוא כדי לחייב גם על פי המשפט העברי[14].

ב. "נקבעו דמי שכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות"

על פי החוק, אם נקבעו דמי שכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות, מועד התשלום הוא בראשית כל תקופה (בשכירות מקרקעין) או בסופה (בשכירות מיטלטלין). ברוב המקרים הוראה זו סבירה, אולם לא בכל המקרים. נניח לדוגמה, שדמי השכירות נקבעו לסך מסוים ליום או לשבוע, כנהוג בשכירות חדר בבית מלון, האם כוונת המחוקק הייתה שהשוכר יידרש להתייצב מדי יום אצל המשכיר כדי לשלם? סביר יותר היה לקבוע, שתשלום דמי השכירות יהיה בסיומה של השכירות (כשיעזוב האורח את בית המלון), ואם המתנה לתשלום עד סיום השכירות אינה סבירה, במועד מוקדם יותר במהלך השכירות. להלן נבחן את עמדת המשפט העברי בשאלה זו.

לכאורה על פי הכלל, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", גם אם נקבעו דמי שכירות בסך מסוים לתקופות קצובות, מועד ביצוע התשלום לא יהיה אלא בסיומה של השכירות כולה, ולא לפני כן. או שמא נאמר, שלעניין מועד התשלום, כל תקופת שעל פיה נקבעו דמי השכירות

מציעא עט ע"ב, ד"ה אי, שגם מדבריו עולה בבירור, שהקדמת דמי השכירות אינה בגדר הלוואה, כי אם בגדר תשלום השכירות: "אף על גב דאינה משתלמת אלא לבסוף, לדעת כן נותנו, שיהא שלו לאלתר [כלומר, דמי השכירות יהיו של המשכיר מיד]", ואין כאן אפוא הלוואה כלל.

לסיום עניין זה, יש להעיר על הבדל מהותי בין הרב וסרמן לרב קנייבסקי (על הבדל זה כבר עמדנו בדיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, עמ' 24). לפי הרב וסרמן, אם נקבע בעיקרון שהשוכר אינו חייב לשלם מראש, הרי זה משום שלהבדיל ממכר, השכירות אינה מעניקה לשוכר זכות קניינית במושכר. זו הסיבה שחיוב השכירות אינו מתגבש עם גמירת העסקה אלא רק עם התקדמותה ("ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף"). אולם כשהשוכר משלם מראש, אי־אפשר לראות בתשלום זה תשלום בעד שימוש, שהרי השימוש עדיין אינו בנמצא, ואין מנוס אלא לראות את השוכר כמי שקנה את גוף המושכר לפרותיו. נמצא, שלפי הרב וסרמן, תשלום מראש משנה את אופייה המשפטי של עסקת השכירות מעסקה אישית לעסקה קניינית (ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, הערות 93, 95. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 26). לעומת זאת, לדעת הרב קנייבסקי, בכל מקרה, גם כשהוא משלם בסוף, זכותו של השוכר במושכר היא זכות קניינית. ההבדל היחיד בין תשלום מראש לתשלום בסוף הוא, שבתשלום מראש התמורה מחושבת לפי ערכה של הזכות הקניינית בתחילת השכירות, ואילו בתשלום בסוף מוסכם שהתמורה היא כנגד השימוש (ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, הערה 89). נמצא שלפי הרב קנייבסקי, תשלום מראש אינו משנה את אופייה המשפטי של עסקת השכירות, ובכל מקרה יש לה אופי קנייני.

[13] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כו, הלכה ח. ועוד רבים.

[14] ראה בין היתר: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שסה.

יש מקום להניח שאם המנהג הוא לשלם את דמי השכירות מראש, בתחילת השכירות, לא יחול עוד דין המשנה, "מרבין על השכר", ואסור יהיה להעלות את דמי השכירות תמורת דחיית מועד התשלום, אלא בכגון זה הדין יהיה כדין "אין מרבין על המכר". אולם מדברי התוספות, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה נטר, עולה שאין הדבר כן, ואפילו אם נהוג להקדים את דמי השכירות, בכל זאת מותר להרבות על השכר במקרה של דחיית תשלום. וצריך עיון.

נחשבת לשכירות נפרדת, שעליה חל הכלל, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף". נניח לשם דוגמה, שדירה מושכרת לתקופה של שלוש שנים, כשדמי השכירות נקבעים בסך מסוים לחודש. האם משמעות הכלל היא, שישלם השוכר את דמי השכירות בסוף שלוש השנים, שהן סוף השכירות? או שמא על השוכר לשלם את דמי השכירות מדי חודש בחודשו? ועוד צריך לשאול, אם נבחר בחלופה הראשונה (תשלום במועד הסיום דווקא), אימתי ישתלמו דמי השכירות, כאשר לא נקבע מראש מועד סיום, כלומר שנקבעו דמי שכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות, אך לא נקבע למשך כמה זמן? בשאלות אלה מצאנו חילוקי דעות בין הפוסקים. חילוקי דעות אלה יסודם בפירושים שונים, שניתנו לפסק הרמב"ם[15] בעניין שוכר שטוען שכבר פרע את דמי השכירות. וזה לשון הרמב"ם: "השוכר שאמר, נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו; והמשכיר אומר, עדיין לא נטלתי... אם תבעו בתוך שלושים יום, על השוכר להביא ראיה... תבעו המשכיר לאחר שלושים יום... על המשכיר להביא ראיה... וכן אם שכר ממנו, ופירש שיתן לו השכר שנה שנה, ותבעו בתוך השנה, על השוכר להביא ראיה. תבעו לאחר השנה... על המשכיר להביא ראיה".

למקרא הלכה זו של הרמב"ם עולות שתי שאלות עיקריות: מה פשר שלושים הימים שהרמב"ם מדבר עליהם ברישא של ההלכה? מה היחס בין תחילת ההלכה לסיומה (האם הסיפא אינה אלא עוד הדגמה למה שכבר נאמר ברישא, או שמא יש בה גם חידוש דין? ומדוע ציין הרמב"ם שהצדדים הסכימו במפורש שדמי השכירות ישתלמו שנה שנה? האם לולי זה השוכר לא היה משלם אלא בגמר השכירות?). כאמור, הועלו הצעות שונות לפרש את דברי הרמב"ם.

1. "מגיד משנה"[16] טוען שהרמב"ם דן בשכירות שלא נקבע לה מועד סיום (מכאן ואילך: שכירות שאינה קצובה) ושלושים הימים שמדובר עליהם ברישא, הם שלושים ימי ההודעה הנחוצים במקרה כזה כדי להביא את השכירות לסיומה. אכן בשכירות שאינה קצובה אין צד אחד רשאי לסיים את השכירות באופן מיידי, אלא עליו להודיע על סיום השכירות לצד השני, ורק בחלוף שלושים יום מן ההודעה, מסתיימת השכירות[17]. כאמור, לפי "מגיד משנה", הרמב"ם מדבר במקרה כזה של שכירות שאינה קצובה, שנקבעו בה דמי שכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות בלי שנקבע מועד סיום. לדעתו, גם בכגון זה, דמי השכירות אינם אמורים להשתלם אלא בסוף השכירות, כלומר בחלוף שלושים יום מיום ההודעה. אשר על כן, אם השוכר טוען שכבר שילם לפני שחלפו ימי ההודעה, אינו נאמן. לעומת זאת, אם הוא טוען את הטענה הזו לאחר חלוף אותם שלושים יום, כלומר בסוף השכירות, הרי הוא נאמן, ועל המשכיר הנטל להוכיח את ההפך. בסיפא הרמב"ם מלמד, שאם הסכימו הצדדים שישתלמו דמי השכירות בסוף כל שנה, אף שסוף השנה אינו זהה לסוף השכירות, הסכם הצדדים הוא המחייב. שיטה זו גורסת אפוא שבאין הסכם אחר, כשנאמר, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", הכוונה היא, כפשוטו, בסוף השכירות כולה, ולא בסוף כל תקופה שעל פיה נקבעו דמי השכירות[18].

[15] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה ג.

[16] מגיד משנה, שם.

[17] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ז. וראה בהרחבה, דיוננו על סעיף 19, פרק שני, א, עמ' 408.

[18] כשיטה זו עולה לכאורה גם מתוך תשובת הרא"ש, כלל סט, סימן יא, שהובאה להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו, סעיף יח. גם כאן, שאלת מועד תשלום דמי השכירות לא עלתה אלא באופן עקיף (במסגרת דין

ודברים בעניין המחאת חוב). מעשה שהיה כך היה: ראובן היה חייב ללוי מאה זהובים. כדי לפרוע את חובו, המחה ראובן ללוי את החוב שחב לו שמעון בגין שכירות חפץ ששכר ממנו "בסך ידוע [ליום] לזמן שיצטרך לו [שמעון]". לוי, הנמחה, תובע משמעון, השוכר, מאה זהובים, אולם הלה מסרב לשלם סכום זה בטענה שלא התחייב לראובן המשכיר אלא חמישים זהובים בלבד, "כי לא נצטרך יותר לחפץ". הרא"ש פוסק: "אם לוי [הנמחה] מודה, שעל שכר החפץ הבטיחו [ראובן הממחה] לתת לו, ולא היה לשמעון [השוכר] ממעות ראובן [המשכיר־הממחה], אלא שכר אותו החפץ, אינו חייב ללוי כלום, אפילו דמי השכר שנשתמש בחפץ עד אותו היום, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, והיינו כשיחזיר החפץ... הלכך אין כאן לא מלוה ולא פקדון". כוונת הרא"ש היא, שהואיל ו"שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", הרי שבשעת ההמחאה החוב טרם התגבש, ואי־אפשר היה להמחותו, לכן שמעון השוכר אינו חייב לשלם כלום ללוי, הנמחה.

הש"ך (חו"מ, סימן קכו, ס"ק עו) והגר"א (ביאור הגר"א, שם, ס"ק נ) תמהים על פסק הרא"ש: אמנם "שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף", אולם הלכה ידועה היא, "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף". כלומר, אף שמועד התשלום נדחה לסוף תקופת השכירות, הרי שחוב השכירות עצמו הולך ומתגבש בד בבד עם התקדמות תקופת השכירות. מדוע לא נאמר אפוא, שהנמחה זוכה בשכר החפץ שנשתמש בו השוכר עד יום ההמחאה, שהרי עד אז חוב כלשהו הספיק כבר להתגבש, ולא הייתה מניעה להמחותו? קצות החושן (שם, ס"ק יג) עונה על תמיהה זו, ומצדיק את פסקו של הרא"ש נגד ביקורת הש"ך. לדעתו, כל עוד לא נסתיימה השכירות, אין כל חוב על השוכר. רק בסיום השכירות, "אז הוי ליה למפרע חוב ומלוה, ולהכי ניחא טעמא דהרא"ש, דשכירות אינו נקנה במעמד שלשתם". במילים אחרות, בשעת ההמחאה, החוב עדיין אינו קיים, שכן הוא לא יתגבש אלא למפרע, בסיומה של השכירות, והרי ידוע שאי־אפשר להמחות אלא חוב קיים ולא חוב בכוח ("קצות החושן" מוכיח תפישה תמוהה זו — חוב מתחילה ועד סוף למפרע — מתוך דברי התוספות, בבא קמא צט ע"א, ד"ה אלא, ומרש"י, קידושין מב ע"א, ד"ה אלא במקדש במלוה קמפלגי. עיין שם).

מתשובה זו של הרא"ש, כפי שהובנה על ידי "קצות החושן", אפשר להסיק כפי שפתחנו לעיל, שגם הרא"ש, כמו "מגיד משנה", סבור שכאשר תקופת השכירות לא נקבעה מראש (כגון במקרה הזה, שהשכירות הייתה אמורה להיות "בסך ידוע [ליום] לזמן שיצטרך לו"), מועד התשלום הוא בסיום השכירות כולה (במקרה הנידון, "כשיחזיר החפץ". ראה: אבני מילואים, אבן העזר, סימן כח, ס"ק מו, ד"ה אלא). הוא אינו מפצל את התקופה כולה לפרקי משנה, שבהם מתגבשים חיובי תשלום חלקיים. אילו היה עושה כך, לא היה קובע, "אין כאן לא מלוה ולא פקדון". הרב א' מילר העיר לי, שמסקנה זו בדעת הרא"ש אינה מוכחת, שכן ייתכן שבמקרה שעמד לפני הרא"ש השכירות ארכה פחות משלושים יום, וכי אז אפילו אליבא דהשיטות החולקות על "מגיד משנה", שנראה להלן, לא הספיק שום חוב להתגבש, שכן לאותן שיטות תקופה מינימלית של חיוב היא חודש. והשווה: צ"י בן יעקב, "שמיטת כספים בחובות מחמת מכר או שכירות", תחומין יד (תשנ"ד) 113, בעמ' 136.

מאחר שפסק זה של הרא"ש נפסק בשולחן ערוך, הרי שאם הניתוח שהצגנו כאן נכון (כלומר, לפי הערתו של הרב מילר, בהנחה שבאותה תשובה המחאת חוב השכירות באה לאחר חלוף חודש ימים מתחילת השכירות), נצטרך לקבוע שההלכה נפסקה כ"מגיד משנה" ("שכירות אינה משתלמת אלא בסוף" — בסיום השכירות כולה). אולם, יש לציין שלפסק זה של הרא"ש הוצע פירוש אחר, וממנו אי־אפשר להסיק מסקנה כזו. ה"תומים" (חו"מ, סימן קכו, ס"ק כב) טוען שלפי הרא"ש, ראובן־המשכיר לא היה יכול להמחות ללוי את דמי השכירות המגיעים לו משמעון כלל: כלל הוא בדיני המחאת חיובים (מעמד שלושתם), שאי־אפשר להמחות אלא חוב שקיומו אינו מוטל בספק. לדעת ה"תומים", הרא"ש עוסק בתשובתו בחוב שקיומו מוטל בספק, ועל כן לא ניתן היה להמחותו. התשלום מוטל בספק, משום שהשכירות שמדובר עליה באותה תשובה (כך מבין ה"תומים") הייתה שכירות להשגת מטרה מסוימת. ואם יתקלקל המושכר, והשוכר לא יוכל עוד להשיג את מטרת השכירות, הוא ייפטר מתשלום. אילו מדובר היה בשכירות דירה לדוגמה, שגם אם הדירה מתמוטטת באמצע תקופת השכירות, השוכר חייב בדמי שכירות עבור התקופה שבה הפיק תועלת ממנה, פסקו של הרא"ש היה משתנה. כאמור, אם נקבל פירוש זה של ה"תומים", לא נוכל לקבוע שדעת הרא"ש כדעת "מגיד משנה".

2. ל"מרכבת המשנה"[19] הבנה שונה לחלוטין בדברי הרמב"ם. לטענתו, לא ייתכן לומר שדמי השכירות משתלמים בסוף תקופת השכירות ממש, שכן ברור שלא לכך התכוונו הצדדים. נניח, הוא טוען, שהייתה שכירות לתקופה של עשרים שנה, האם סביר לומר שהשוכר לא יצטרך לשלם אלא בסוף אותן עשרים שנה? הרי ודאי שלא לזה התכוונו הצדדים, וממילא אין זה הפירוש הנכון לכלל, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף". לדעת "מרכבת המשנה", דעת הרמב"ם היא שבכל שכירות, בין שזמן סיומה נקבע מראש (שכירות קצובה) ובין אם לאו (שכירות שאינה קצובה), יש לראות את השכירות כמחולקת לתקופות משנֶה של שלושים יום, שבסיום כל אחת מהן חלה חובת תשלום דמי שכירות. זהו פשר אותם "שלושים יום", שהרמב"ם מדבר עליהם בתחילת ההלכה. במילים אחרות, כשנאמר בתלמוד, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", הכוונה היא לסוף שלושים יום, ולא לסוף השכירות כולה, שכן לעניין מועד התשלום ודאי שלכך התכוונו הצדדים. על פי זה, מובן היטב מדוע בסיפא של דבריו, הרמב"ם מדבר על מקרה שבו הסכימו הצדדים לשלם את דמי השכירות בסוף כל שנה. הסיבה לכך היא, שאם נקבעו דמי השכירות לפי שנה, בלא לציין במפורש שהם ישולמו בסוף כל שנה, גם אז מועד התשלום הוא כל שלושים יום. לכן הרמב"ם ציין והדגיש שהוסכם במפורש בין הצדדים שדמי השכירות ישולמו "שנה שנה", ורק אז דין שנה כדין שלושים יום.

3. הצעה שלישית בהסבר דברי הרמב"ם מצאנו אצל "מחנה אפרים"[20]. את שיטתו אפשר להגדיר כשיטה ממוצעת בין שתי השיטות הקודמות. שלא כ"מרכבת המשנה", הוא סבור שאם השכירות הייתה שכירות קצובה, שבה תשלום דמי השכירות לא נקבעו לפי תקופות (אלא סכום גלובלי אחד), דמי השכירות ישולמו בסוף השכירות, וזאת גם אם מדובר בשכירות ארוכת טווח. לעומת זאת, אם מדובר בשכירות שנקבעו בה דמי שכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות, גם הוא סובר, כמו "מרכבת המשנה" (ובניגוד ל"מגיד משנה"), שגם אם הוסכם על מועד סיום, לעניין מועד התשלום יש לראות כל תקופת קצובה כשכירות בפני עצמה. "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", כלומר, בסופה של כל תקופה קצובה שעל פיה נקבעו דמי השכירות. "מחנה אפרים" מוסיף ומבאר, שאם נקבעו דמי השכירות לפי ימים בלבד (כך וכך ליום), אין אומרים שמועד התשלום הוא מדי יום, אלא שלושים יום מהווים תקופת תשלום מינימלית, שכן אין אדם עשוי לשכור לפחות משלושים יום. לדעתו, זאת הסיבה שבגללה ציין הרמב"ם בסיפא, שהצדדים הסכימו במפורש שדמי השכירות ישולמו מדי שנה, שאף שדמי השכירות נקבעו לפי ימים או לפי חודשים, ואז לולי הסכימו אחרת, היה השוכר חייב לשלם בסוף כל שלושים יום, מאחר שהסכימו במפורש שדמי השכירות ישולמו בסוף כל שנה, הסכמתם המפורשת היא הקובעת. ושוכר הטוען ששילם לפני תום השנה הוא כמי שטוען שפרע בתוך זמנו.

[19] מרכבת המשנה, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה ג.

[20] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יב. לשיטת "מחנה אפרים", השווה: מרדכי, בבא בתרא, פרק השותפין, סימן תסח: "ורבי יהונתן השיב, דלא אמרינן, 'שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף' אלא בדבר שיש לו קצבה". נראה שגם הוא מתכוון לומר, שאם השכירות קצובה, גם אם היא ארוכה, היא אינה משתלמת אלא בסוף. אבל, אם אינה קצובה, היא עשויה להשתלם גם באמצע. אם כי, השווה: שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן א, אות ד, ד"ה והנה, שנראה שהבין את כוונת הדברים בדרך אחרת (הובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 100). וצריך עיון.

מבין שלוש השיטות שסקרנו כאן[21], שיטת "מחנה אפרים" היא הקרובה ביותר לעמדת החוק הישראלי, שגם הוא קבע שאם נקבעו דמי שכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות, הם ישולמו בסוף כל תקופה. "מחנה אפרים" הוסיף תוספת חשובה, שאם נקבעו דמי השכירות בסך מסוים ליום (ואולי הוא הדין גם אם נקבעו לשבוע), התשלום לא יהיה בסוף כל יום (או בסוף כל שבוע), כי אם בסוף כל חודש.

ג. דמי השכירות לא נקבעו לפי תקופות

עד כה דננו, בעקבות הסעיף, במקרים שנקבעו בהם דמי שכירות בגובה מסוים לתקופות קצובות. אולם כבר הערנו במבוא, שישנם מקרים שבהם דמי השכירות אינם נקבעים לפי תקופות, אלא לפי קריטריון אחר, הדוגמה הקלאסית לכך היא השכרת רכב, שם נקבעים דמי השכירות לפי קילומטרז'. לסוג זה של שכירות לא נתן כאן המחוקק את דעתו.

לפי שיטת ה"מגיד משנה", שראינו לעיל, ברור שגם במקרה כזה ישולמו דמי השכירות בסוף השכירות בהתאם לכלל, "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף". לפי "מרכבת המשנה", נראה שעל השוכר להמציא תשלום מדי חודש, שכן כך הוא פירש את הכלל, כפי שראינו לעיל. ונראה שלכך היה מסכים גם "מחנה אפרים", שכן אף שגובה דמי השכירות לא נקבע לפי תקופות, הרי השכירות עצמה היא לזמן. ואם כן בסוף כל חודש (שלדידו, הוא כאמור תקופת שכירות מינימלית) יש לעשות חשבון כמה מגיע למשכיר ולשלם לו.

ד. תשלום מראש והשלכותיו המשפטיות

אמרנו שבעיקרון "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף", אולם אין מניעה להקדים ולשלם את דמי השכירות מראש[22].

לדעת חלק מן הפוסקים, הקדמת תשלום השכירות גוררת בעקבותיה תוצאות משפטיות מרחיקות לכת: כך, לדעת "נתיבות המשפט"[23], אם אחד מתנאי השכירות היה שישלם השוכר את דמי השכירות מראש, הרי העסקה נושאת אופי קנייני, וכל הסיכונים רובצים על השוכר: "דבהקדים לו שכר, דהיינו שפירש בשעת השכירות שהוא באופן שיקדים לו השכר, לכולי עלמא[24], 'שכירות ליומיה — ממכר הוא', ולפי זה אפילו באונס שאירע להבית [כגון שנשרף

[21] לשיטות אלה, השווה: נתיבות המשפט, סימן שיז, ס"ק ב: "אף שהשכיר לו על עשר שנים, מכל מקום כל שנה ושנה זמניה היא לענין פרעון". מדבריו עולה שבשכירות ארוכה (עשר שנים), סוף כל שנה הוא מועד פירעון, אפילו אם לא הסכימו הצדדים על כך במפורש. וצריך עיון מהו מקור דבריו אלה. השווה עוד: אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה ג, שהציע פירוש אחר בדברי הרמב"ם.

[22] כפי שראינו כבר לעיל, ליד ציון הערה 14. וראה גם לעיל, הערה 12, שם הוכחנו שתשלום מוקדם אין דינו כהלוואה, אלא כתשלום השכירות.

[23] נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יג. מובא מתוך הסכמה בשו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן קכג, ד"ה אמנם. והשווה: הרב י"א הלוי הרצוג, כתבים ופסקים, כרך ט, שו"ת בדיני חו"מ, ירושלים תשנ"א, סימן קב, ס"ק ד. אף שהרב הרצוג אינו מפנה ל"נתיבות המשפט", נראה שהוא נוקט אותה גישה.

[24] "נתיבות המשפט" טוען כאן, שדבריו מוסכמים "לכולי עלמא", אולם להלן נראה שאין הדבר כן.

הבית], פטור מלהחזיר השכירות"[25]. דעה דומה מצאנו, בהקשר אחר, אצל הרב וסרמן[26]. גם הוא סבור שתשלום דמי השכירות מראש משנה את אופי השכירות: לדידו, שוכר שטרם שילם את דמי השכירות, זכותו אינה אלא זכות אישית כלפי המשכיר, ועל כן הקדשת המושכר על ידי המשכיר מפקיעה את זכויות השוכר במושכר. לעומת זאת, אם הקדים השוכר ושילם את דמי השכירות מראש, רכש זכות קניינית במושכר, ולמשכיר אין כוח להפקיע את קניינו במושכר, אפילו לא על ידי הקדש.

פוסקים אחרים סוברים שיש אמנם נפקות להקדמת תשלום דמי השכירות, אולם בניגוד לשיטות שראינו לעיל, לדידם אין זה משום שהקדמת דמי השכירות יש בה כדי לשנות מאופייה

[25] את הדברים האלה מביא "נתיבות המשפט" בשם "מחנה אפרים", בלי לציין מקור מדויק. אמנם מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ג, מביא את דברי התוספות, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אי: "דכיון שהקדים לו שכרו, נתרצה שיהא שלו לאלתר, דאף על גב ד'שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף', לדעת כן נותנו, שיהא שלו לאלתר", ומסיק: "למדנו מזה, דכל שהקדים לו השכר, לא שייך לומר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף" (וכן מביא מחנה אפרים, שם, סימן ד, ד"ה ומעתה, ושם, סימן ז, ד"ה היכא, והלכות שכירות פועלים, סימן ג, ד"ה בעל הבית). נראה, ש"נתיבות המשפט" הבין מן הדברים, שכאשר השוכר מקדים ומשלם דמי שכירות מראש, הרי ודאי יש לראותו כמי שקנה את המושכר (וכעין זה הסיק בעל שו"ת חקקי לב (פלאג'י), חו"מ, חלק ב, סימן לט, ד"ה אלא דצריכא). אולם ראה: הרב עזרא יצחק חמווי (אב"ד ארם־צובה), "השכיר לו בית ונפל", המאסף ה (תשמ"ג) 526, בעמ' 530, ד"ה עוד חזות, המעלה שמדבריו של "מחנה אפרים" שם, בניגוד לשיטת "נתיבות המשפט", עולה דווקא שבעיקרון אף שהקדים השוכר את דמי השכירות, אם נהרס המושכר, הוא זכאי לקבל את כספו חזרה, כל זמן שהוא מוכן ומזומן למלא את חלקו בהסכם (אם אינו מסוגל למלא את חלקו, כגון בספינה זו ויין זה, הרי שהקדמת תשלום דמי השכירות מתפרשת כוויתור על מילוי חלקו של הצד השני, והלה זכאי לשמור את הכסף, אף שגם הוא אינו מסוגל להשלים את חלקו). וראה להלן.

לגופו של עניין, על שיטה זו של "נתיבות המשפט", יש מקום להקשות: אם אכן הקדמת דמי השכירות הופכת את השוכר ל"בעלים" עם כל הסיכונים הכרוכים בכך, כיצד אפשר להסביר, לשיטתו, דין אחר הנמצא באותה סוגיה ממש? "אילימא בספינה זו ויין סתם, אם נתן, אמאי לא יטול?!". לכאורה הגמרא הייתה צריכה לענות שהשוכר אינו מקבל את כספו חזרה, משום שכאשר הקדים את דמי השכירות, הוא נטל על עצמו את כל הסיכונים. מקובל לראות את ההבחנה בין שני המקרים בכך, שביין סתם, השוכר מסוגל ומוכן להשלים את חלקו בהסכם; ואילו ביין זה, אין הוא מסוגל לכך (ראה רש"י, שם בסוגיה). אולם לא נראה שיש בהבחנה זו כדי ליישב את הקושי, שכן אם אכן נטל את כל הסיכונים, מה איכפת לנו אם הוא מסוגל ומוכן להשלים את חלקו בהסכם? עובדה ש"נתיבות המשפט" החיל את העיקרון בבית שנשרף, אף שהשוכר מוכן ומזומן להמשיך את חלקו בהסכם.

[וראה מאמרו של הרב חמווי שצוין לעיל, בעמ' 531, שגם הוא הקשה כך. וראה שם עוד, שביקר קשות את דברי "נתיבות המשפט", עד שלבסוף, לאחר ניתוח מדוקדק בדבריו, הוא מגיע למסקנה (שם, עמ' 533): "אשר על כל אלה, לבי אומר לי, דהגה זו, דסימן שיב איננה מהרב המחבר, ואיזה תלמיד כתבה. ותלמיד טועה, ברבו תולה". הרב א' מילר הציע לתרץ ולומר, ש"נתיבות המשפט" נוקט כנראה כשיטת חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י, ולפיה שכירות ספינה היא כשכירות פועל, וכשיטת "מחנה אפרים" (הלכות שכירות, סימן ה, ד"ה והשתא), ולפיה אף שהפועל נחשב לקניינו של השוכר, הרי אין הפועל זכאי לשכרו אלא אם כן השלים את המשימה שלשמה הושכר. לפי זה ברור, שבבית שנשרף, מאחר שהמשכיר השלים את חלקו בעצם מסירת הבית לשוכר, הרי מאחר שהבית הוא קניינו של השוכר, הסיכון רובץ עליו. לעומת זאת, בספינה זו, מאחר שהמשכיר לא השלים את חלקו, שהרי לא הוביל את היין ליעדו, בעוד שהשוכר מוכן להשלים את חלקו ולהעמיד יין אחר, מובן מדוע השוכר פטור. אולם יש לבדוק אם תירוץ זה אכן עולה בקנה עם דרכו של "נתיבות המשפט"].

[26] קובץ הערות, סימן נג, ס"ק ט. וראה לעיל, הערה 12. וראה גם לעיל, בדיוננו על סעיף 1, הערות 93, 95, ולהלן, בדיוננו על סעיף 21, הערה 54.

המשפטי של השכירות. כך עולה, לדוגמה, מדברי התוספות[27] בפירושם לסוגיה שכבר דננו בחלקה לעיל[28]. "תנו רבנן: השוכר את הספינה, וטבעה לה בחצי הדרך. רבי נתן אומר, אם נתן [הקדים את דמי השכירות מראש] — לא יטול [לא יקבל את כספו חזרה]; ואם לא נתן — לא יתן". שואלים התוספות: "[אפילו] אם נתן כל השכירות, אמאי לא יטול השוכר שכר דחצי הדרך שלא הלך? וכי בשביל שהמשכיר מוחזק, ירויח?! ועוד, דשכירות אינה משתלמת אלא בסוף, ולמה יפסיד השוכר שכר חצי הדרך שלא הלך?". ועונים התוספות: "ויש לומר, דכיון שנתן לו שכרו, נתרצה שיהא [השכר] שלו לאלתר, אף על גב דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, לדעת כן נותנו, שיהא שלו לאלתר אם לא ישאר בו[?]". אם השוכר מסכים לשלם מראש את דמי השכירות, אף שמצד הדין אין השכירות משתלמת אלא בסוף (כלומר, משישלים המשכיר את חיוביו כלפיו), הריהו מראה שהוא אינו מתנה את תשלום דמי השכירות בהשלמת חלקו של המשכיר בשכירות. הוא מוכן ליטול על עצמו את הסיכון שייבצר מן המשכיר האפשרות להשלים את חלקו, כגון במקרה של טביעת הספינה, וזו הסיבה ש"אם נתן — לא יטול". על פי הגיונם של הדברים האלה, נראה שצעדו של השוכר לא יתפרש כוויתור אלא אם כן הקדמת התשלום באה מיזמתו. אם הקדמת התשלום הייתה בלחץ המשכיר, שלא הסכים לשכירות אלא בתנאי שיקדים לו השוכר את דמי שכירות, אין סיבה לפרש את הסכמתו של השוכר כוויתור על קיום חלקו של המשכיר. מסקנה זו עומדת בניגוד גמור לדברי "נתיבות המשפט", שראינו לעיל[29].

פוסקים אחדים[30] סבורים ששוכר שהקדים את תשלום דמי השכירות אינו רשאי עוד להשכיר את המושכר בשכירות משנה. לא נעמוד כאן על הנימוקים להבחנה זו, ורק נציין שאותם פוסקים אינם טוענים שהקדמת דמי השכירות משנה את אופייה של השכירות.

יש לציין שבניגוד למה שראינו עד כה, פוסקים רבים סבורים, שלהוציא היתרון הראייתי שיש למשכיר בכך שדמי השכירות מצויים בידו[31], אין נפקות משפטית להקדמת תשלום דמי השכירות: היא אינה מעבירה את הסיכון להרס המושכר על כתפי השוכר[32]; היא אינה מתפרשת כוויתור מצד השוכר על קיום חלקו של המשכיר[33]; ואין לה כל משמעות לא לעניין הקדשת המושכר[34] ולא לעניין זכותו של השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה[35].

[27] תוספות, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אי. מובא להלכה בש"ך, חו"מ, סימן שלב, ס"ק ב (בסופו). והשווה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, מהדורת בלאך, דפוס פראג, סימן תתרב.

[28] בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 116.

[29] כעין סברה זו, ראה בשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט, ד"ה ואחרי (קיד ע"א). אם כי שם הדברים אמורים בהקשר אחר.

[30] ראה על כך דיוננו על סעיף 22, הערה 71, אות א.

[31] ועל כן הוא המוחזק, ואם השוכר מבקש להוציא את דמי השכירות מידו, עליו להביא ראיה. לשאלה אם המשכיר המוחזק יכול לסמוך על שיטת הר"ש משאנץ ולהטיל על השוכר את ההפסד בהרס המושכר, ראה דיוננו להלן, סעיף 15, הערות 231, 232.

[32] כפי שעולה מדיוננו להלן, על סעיף 15, שם נראה, שבהרס המושכר, רוב הראשונים פוטרים את השוכר, והם אינם מבחינים בעניין זה בין שוכר שהקדים ושילם מראש לשוכר שאינו משלם אלא בסוף. אילו סברו כך, מן הדין היה שיציינו זאת. וראה שו"ת מהרי"א הלוי (איטנגיא), חלק ב, סימן נה, שדחה מכול וכול את דעת "נתיבות המשפט", ואף דחה את ההבחנה בין שוכר שהקדים את דמי השכירות מעצמו ובין שוכר ששילם מראש כחלק מתנאי השכירות.

[33] ראה לדוגמה: שיטת ריב"ם, בתוספות, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אי, בעניין שכירות הספינה. הוא מסביר שבספינה סתם ויין זה, הדין הוא, "אם נתן, לא יטול", ש"כיון שהוא מוחזק ומזומן לקיים תנאו, ניחא ליה

בשכירות מקרקעין, ההסדר שנקבע בחוק הוא שהשוכר חייב לשלם דמי שכירות מראש בראשית כל תקופה. יש מקום לבחון, לאותן שיטות המכירות בנפקות להקדמת דמי השכירות, כיצד ישפיעו תשלומים חלקיים אלה על זכויותיו של השוכר: האם יחולו הנפקויות שמנינו לעיל, על תקופת השכירות שבגינה הוקדמו דמי השכירות? או שמא אין כאן אלא אופן של פרישת תשלומי השכירות, שאין בו כדי להשפיע על זכויותיו של השוכר? צריך עיון.

פרק שלישי

אמצעי התשלום – "באחת הדרכים המקובלות"

א. מבוא

על פי החוק, אם הוסכם בין הצדדים על תשלום התמורה באחת הדרכים המקובלות, כגון תשלום בכסף מזומן, ודאי שהשוכר חייב לשלם לפי המוסכם. הוא הדין אם הוסכם על תשלום תמורה שלא באחת הדרכים המקובלות, כגון בהספקת סחורה או שירות, גם אז ההסכם מחייב, והמשכיר רשאי לסרב לקבל את התשלום באופן אחר, יהיה זה אפילו בכסף מזומן. לא נתנו הצדדים את דעתם לשאלת אמצעי התשלום, לפי האמור בסעיף שלפנינו, התשלום חייב להתבצע באחת הדרכים המקובלות. כלומר, השוכר לא יהיה רשאי לשלם את דמי השכירות בשווה כסף, אלא בכסף דווקא, בין במזומן בין בשֶׁק ובין בכל דרך מקובלת אחרת.

כבר הערנו לעיל במבוא, שהוראה זו אינה מוסיפה לכאורה דבר על הנאמר כבר בסעיף 3. הוראה מקבילה לא נמצאת בחוק המכר, אשר הסתפק בקביעת חובת הקונה "לשלם את המחיר"[36]. זמיר[37], בפירושו לחוק המכר, מרחיב בשאלת אמצעי התשלום. הוא מציין שחובתו הבסיסית של הקונה היא לשלם בכסף מזומן, שהוא ההילך החוקי במקום התשלום. תשלום בדרכים מקובלות אחרות – כגון שֶׁק, כרטיס אשראי, העברה בנקאית וכדומה – טעונה הסכמת הצדדים, מפורשת או מכללא. על פי זה, יש חידוש בסעיף, שהוא קובע שהמשכיר חייב לקבל כל צורת תשלום המקובלת בשוק, אלא אם כן הוסכם בחוזה על דרך מסוימת.

להלן נבדוק מהי עמדת המשפט העברי בשאלת אמצעי התשלום של דמי השכירות.

ב. הוסכם על אמצעי התשלום

על פי המשפט העברי, אם הוסכם באיזה אמצעי יבוצע התשלום, בין שהוסכם על תשלום

שלא יחזיר כלל". ולא זו בלבד, אלא כך הדין אפילו בספינה זו ויין זה, שאף שהמשכיר אינו מזומן לקיים תנאו, הרי מכיוון שגם השוכר אינו מזומן לקיים את שלו, "לא מפקינן מיניה, דהמוחזק יאמר לחבירו, כיון שאינך יכול לקיים תנאך, מזלך גרם – המוציא מחברו, עליו הראיה". על שיטת ריב"ם, ראה להלן, בדיוננו על סעיף 15, הערה 269.

[34] ראה דיוננו על סעיף 21, הערה 54.

[35] ראה דיוננו על סעיף 22, הערה 71, אות א.

[36] חוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 19.

[37] ראה: זמיר, מכר, סעיפים 379־388.

בכסף ובין שהוסכם על תשלום בשווה כסף, השוכר אינו רשאי לחרוג מן ההסכם, ואינו יוצא ידי חובתו אלא על ידי תשלום בהתאם למוסכם[38].

נוסיף שאם הוסכם על אמצעי התשלום, ברור שבעיקרון המשכיר חייב להסכים לתשלום באופן שהוסכם. אולם בעניין זה, מצאנו חריג חשוב: בתלמוד[39] נידון מקרה שהוסכם בו על תשלום דמי השכירות בשווה כסף, ולאחר זמן ביקש המשכיר לקבל את דמי השכירות בכסף. מדובר היה באדם שהשכיר את הרחיים שלו לחברו, ובמקום דמי שכירות הוסכם שהשוכר יטחון עבורו את החיטים שלו. לאחר זמן, התעשר המשכיר, רכש רחיים, ולא היה זקוק עוד לטחינתו של השוכר, ועל כן ביקש לקבל את התמורה המגיעה לו בכסף. נפסק שאם יש מספיק עבודה לשוכר, ובמקום לטחון את החיטים של המשכיר הוא יכול באותו זמן לטחון בשכר עבור מישהו אחר, הוא חייב להסכים לדרישתו של המשכיר. אמנם אין זה לפי תנאי החוזה, אולם, מסביר התלמוד, זה אחד מן המקרים שבהם "כופים על מידת סדום", שכן לא נגרם לשוכר כל הפסד משינוי אופן התשלום, ועל כן אין מרשים לו להתעקש על תשלום בשווה כסף דווקא[40].

ג. לא הוסכם על אמצעי התשלום

אם לא סיכמו דבר בקשר לאמצעי התשלום, אלא רק נקבו בערך השכירות, אף שכלל ידוע הוא, ש"שוה כסף — ככסף"[41], השוכר חייב בכל זאת לשלם בכסף דווקא, ולא בשווה כסף,

[38] לכך שאם הוסכם על תשלום בכסף, ההסכם מחייב, ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קא, ס"ק י. הוא קובע שאפילו בהלוואה (שם נקבע שאם אין ללווה כסף, הוא רשאי לשלם בשווה כסף, כפי שנראה להלן), אם הוסכם שיפרע הלווה את חובו בכסף, ההסכם מחייב (מובא להלן, הערה 65). אם כך הדין בפירעון הלוואה, אין ספק שכך הדין גם בתשלום דמי שכירות. וראה גם: קצות החושן, סימן קא, ס"ק ג.
לכך שאם הוסכם על תשלום בשווה כסף, ההסכם מחייב, ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק רביעי (כז ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה לישנן בעינא: "מי שמשך חפץ מחברו, והתנה ליתן לו כור חטים חדשים, חייב ליתן לו כמו שפסק". וראה גם: ערוך השולחן, חו"מ, סימן קא, סעיף ג. כשם שכך הדין במכר כך הדין גם בשכירות.
[נעיר, שלא כך הדין בשכירות פועלים, כפי שעולה ממה שפסק הרמ"א, חו"מ, סימן שלב, סעיף ד: "בעל בית ששכר פועלים [צ"ל פועל] ואמר לו ליתן לו חפץ בשכרו, יכול ליתן לו אחר כך דמיו. הואיל ולא משך החפץ, לא קנאו". לשאלה, מדוע בשכירות פועלים נפסקה הלכה שונה מבמכר? ראה: מחנה אפרים, הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם, סימן ג. וראה גם: נתיבות המשפט, סימן שג, ס"ק ז. והשווה: דברי משפט, סימן שלו, סעיף ב, ס"ק ב (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שלו, ס"ק א). דברי משפט מסביר, שלפי רש"י (להלן, הערה 52), המעביד חייב לתת לפועל את הנכס שהבטיח לו בשכרו, שאם לא כן הוא עובר על "לא תלין פעולת שכיר" (ויקרא יט, יג). להלן, ליד ציון הערה 53, נראה שזו גם דעת בעל "מנחת פתים". מתוך פסקו של הרמ"א ניכר שהוא אינו מקבל את שיטת רש"י. העיר על כך בעל "דברי משפט"].

[39] כתובות קג ע"א.

[40] נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיח, סעיף א. וראה: שו"ת מהרי"ק, שורש ט, ד"ה ונחזור לעיקר הדין, שמסביר שאף שיש כאן קפידא מסוימת, שהרי חייב לסבול דעת איש אחר שיטחון עבורו, בכל זאת "כופים על מידת סדום". וראה לעיל, דיוננו על סעיף 4.
אם השוכר אינו מוצא לקוחות חלופיים, אינו חייב לשלם למשכיר בכסף, אלא הוא רשאי לעמוד על כך שישלם לו בשירות המוסכם. האם המשכיר רשאי לבטל את השכירות אם כתוצאה מכך נגרם לו הפסד? שאלה זו שנויה במחלוקת בין הראשונים, כפי שמובא בסמ"ע, שם, ס"ק ג. ראה על כך, דיוננו על סעיף 19, הערות 67, 69.

[41] ראה: קידושין ז ע"ב — ח ע"א.

כדין כל לווה[42]. לשון אחר, אין להבין את הכלל "שוה כסף — ככסף" כפשוטו, היינו שאם לא הוסכם אחרת, החייב יכול גם לכתחילה לשלם בשווה כסף. לכתחילה, ודאי שיש לפרוע חוב בכסף, אלא שכאשר אין לחייב כסף, הוא יכול לצאת ידי חובתו גם בתשלום בשווה כסף. בכגון זה הוא שנאמר: "שוה כסף — ככסף".

בשכירות, ישנה מחלוקת בשאלה, מה הדין כאשר לשוכר אין מזומנים תחת ידו? יש אומרים[43], שבנסיבות כאלה, דינו כלווה, ובהתאם לכלל "שוה כסף — ככסף", השוכר אינו חייב להמיר את שווה הכסף שברשותו ולהביא למשכיר כסף דווקא, אלא הוא יוצא ידי חובתו על ידי מתן שווה כסף; ויש אומרים[44], שדין השוכר שונה מדין לווה, ושעליו לא חל הכלל "שוה כסף — ככסף", אלא מוטלת עליו החובה למכור את שווה הכסף שברשותו ולהביא למשכיר כסף דווקא.

כדי להבין את המחלוקת הזאת, יש להזכיר תחילה את הכלל היסודי שקבע רבנו תם[45] בשאלת אמצעי התשלום. לדעתו, "יש שלושה דינים: לבעל חוב, לנזיקין ולשכיר". כלומר, יש שלושה סוגי חייבים — לווה, מזיק ומעביד — שעל כל אחד מהם חלים כללים שונים בדבר אמצעי התשלום:

1. לווה חייב בעיקרון לפרוע בכסף, שכן סביר שעל דעת כן קיבל את ההלוואה[46]. אולם אם בבוא מועד הפירעון אין בידו מזומנים, אינו חייב למכור בעצמו מנכסיו כדי להמירם במזומנים, אלא הוא רשאי לפרוע בשווה כסף[47]. הנימוק לכך הוא שהמלווה נחשב כמי שאינו עומד בתוקף על תשלום בכסף דווקא: ההלוואה היא פעולה של גמילות חסד[48], שבה עיקר כוונת המלווה אינה השגת כסף, כי אם הגשת עזרה לזולת, ובלבד שלא ייגרם לו הפסד. אשר על כן, כשאין לחייב כסף, הנושה מוכן להסתפק בשווה כסף. לשון אחר, כשאין ללווה כסף, חל הכלל, "שוה כסף — ככסף", משום שלמלווה אין סיבה מיוחדת להתנגד לתשלום בשווה כסף.

2. מזיק. עומדת בפניו הבררה: רצה, משלם בכסף; רצה, משלם בשווה כסף[49]. הנימוק לכך הוא, כנראה, שלא היה כל הסכם בין המזיק לניזק, ומאחר שהמזיק פגע ברכושו של הניזק, הניזק רשאי לקחת מרכושו של המזיק כדי לפצותו על נזקו. אולם אין יסוד לחייב את המזיק לפצות את הניזק בכסף דווקא.

[42] כדין כל לווה, שבעיקרון חייב לפרוע את חובו בכסף. ראה להלן, הערה 46. ודאי שבעניין זה, דינו של השוכר אינו קל מדינו של הלווה. וראה להלן, שיש אפילו האומרים שבעניין אמצעי התשלום, דינו של השוכר חמור מדין הלווה.

[43] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצט, בשם התשב"ץ. לנימוקו, ראה להלן.

[44] מנחת פתים, סימן שלו, סעיף א. לנימוקו, ראה להלן.

[45] תוספות, כתובות פו ע"א, ד"ה לבעל חוב. התוספות מזכירים כלל זה במקומות נוספים: בבא קמא ט ע"א, ד"ה רב הונא; בבא קמא מו ע"ב, ד"ה ה"ג אי דליכא; בבא בתרא צב ע"ב, ד"ה אי דליכא. הכלל מובא גם בשם הרשב"א, בשיטה מקובצת, בבא מציעא קיז ע"ב, ד"ה מה ששנינו. וראה גם: ר"ע מברטנורה, משנה, בבא קמא א, א, ד"ה במיטב הארץ.

[46] ראה: תוספות, בבא בתרא צב ע"ב, ד"ה אי דליכא. וראה: ט"ז, חו"מ, סימן קא, סעיף ו.

[47] וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קא, סעיף א.

[48] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קא, ס"ק י.

[49] וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן תיט, סעיף א. בשאלה, האם זכותו של המזיק לבחור בין תשלום במיטלטלין או במקרקעין, לפי הנוח לו? או שמא הניזוק זכאי לדרוש תשלום במיטלטלין (שקל יותר להמירם בכסף)? נחלקו הדעות בין הפוסקים, ראה: הסמ"ע, שם, ס"ק א, וש"ך, שם, ס"ק ב.

3. מעביד. חייב לשלם לעובד בכסף דווקא, וגם אם אין לו מזומנים, הוא חייב למכור את נכסיו כדי להמירם במזומנים[50]. על הנימוק להלכה זו נדון מיד.

נקדים ונאמר, שגדר הספק באשר לתשלום דמי שכירות נכסים הוא, האם יש לדמות את השוכר לחייב רגיל, שבהעדר מזומנים רשאי לשלם בשווה כסף? או שמא, יש לדמות את שוכר הנכסים לשוכר עבודה (מעביד), שאף כשאין לו מזומנים, חייב למכור בעצמו מנכסיו כדי לשלם לעובד במזומנים דווקא[51]?

כדי לענות על השאלה יש לבחון את נימוקה של ההלכה המחייבת את המעביד לשלם לעובד במזומנים דווקא, ומדוע אין רואים בו חייב רגיל, שכאשר אין לו כסף, חל הכלל "שוה כסף — ככסף"? רש"י[52] מסביר: "אף על גב דבכל דוכתי [=בכל מקום] אית ליה שוה כסף ככסף. הכא, גבי פועל, בל תלין שכרו כתיב (ויקרא יט, יג). מאי דאתני בהדיה משמע [כלומר, אל תאחר לשלם לו את מה שסיכמת עמו]". "מנחת פתים" ו"דברי משפט"[53] מסיקים מדבריו אלה של רש"י, שהמעביד חייב לשלם את שכר העובד במזומנים, משום שכך הוסכם מכללא בין הצדדים, ואם לא יעמוד המעביד בהסכם, יעבור על איסור בל תלין[54]. על פי נימוק זה של רש"י, הוא הדין גם בשכירות נכסים, שגם שם יש להניח שמוסכם מכללא על תשלום בכסף דווקא, וגם שם מצווה השוכר שלא להלין את שכרו של המשכיר[55].

[50] ראה: משנה בבא מציעא י, ה; קיח ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה י; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלו, סעיף ב; ש"ך, שם, ס"ק ד.

[51] לכאורה מתבקש היה לדמות את השוכר לקונה, שכן "שכירות ליומיה — ממכר הוא" (ראה: בבא מציעא נו ע"ב). אולם לעניין אמצעי התשלום, דין הקונה אינו מפורש יותר במקורות מדינו של השוכר (שים לב, שרבנו תם לא הביא את הקונה כאחת הקטיגוריות של החייבים לעניין אמצעי התשלום). משום כך כנראה לא הקישו הפוסקים בעניין זה בין מכר לשכירות. וראה להלן, הערה 65, שגם במכר השאלה שנויה במחלוקת, האם יש לדמות את הקונה לכל לווה? או שמא יש לדמות אותו למעביד? אולם ראה, שם, דעת "קצות החושן", שמדבריו עולה באמת, שבמכר ההיגיון מחייב לומר שהוא חייב לשלם בכסף דווקא ולא בשווה כסף, שכן כל כוונתה של מכירה היא להפוך שווה כסף לכסף. לפי זה, כך הוא גם בשכירות.

[52] רש"י, בבא מציעא קיח ע"א, ד"ה אין שומעין לו.

[53] מנחת פתים, סימן שלו, סעיף א. כך הובנו דברי רש"י גם על ידי בעל דברי משפט, סימן שלו, סעיף ב, ס"ק ב (כפי שכבר צוין לעיל, הערה 38).

[54] מדברי "מנחת פתים" עולה שאילולי איסור בל תלין, לא הייתה לעובד עילה לאכוף את ההסכם על המעביד. כנראה, לדעתו, ההסכם האמור אינו בגדר תנאי מכללא, וממילא אינו יוצר התחייבות גמורה של המעביד כלפי העובד. השווה לעיל, הערה 38, שבהתחייבות גמורה, כולי עלמא מודים שההסכם מחייב. השווה דרכו של הש"ך בענין זה, להלן, ליד ציון הערה 62.

[55] על איסור הלנת שכר בשכירות, ראה לעיל, סעיף 13, הערה 39. מאחר שיסוד החובה הוא איסור בל תלין, דברי משפט (לעיל, הערה 53) מסיק, שבמקום שאין איסור בל תלין, אין העובד יכול למנוע תשלום באופן שונה מן המוסכם (מכללא) בינו לבין המעביד. כך יהיה, לדוגמה, כאשר העסקתו של העובד הייתה על ידי שליח, והשליח ציין, "שכרכם על בעל הבית", שם נפסק שלא חל איסור בל תלין (ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלט, סעיף ז). עוד יש לציין, כפי שמצוין לעיל, סעיף 13, הערה 39, שיש אומרים שאין איסור הלנת שכר בשכירות מקרקעין. לפי זה, גם בשכירות מקרקעין, אין המשכיר יכול לדרוש תשלום בכסף דווקא (שכן השוכר יוכל להסתמך על אותן שיטות). וראה מה שהעיר בעניין זה בעל "מנחת פתים", בדבר הבחנה בין בית למקרקעין.

עוד הדגיש "דברי משפט", שלפי רש"י, מעביד שמשלם במצרכי מזון במקום בכסף, עובר גם הוא על איסור בל תלין, משום שתשלום באופן זה אינו כפי המוסכם מכללא בינו לבין העובד (הוזכר כבר לעיל, הערה 38). השווה להלן, בסמוך, דעת הרשב"א.

הרשב"א[56] דוחה את הסברו של רש"י. לדעתו, מעביד שהיה משלם לעובדו בשווה כסף, לא היה עובר על איסור בל תלין, אף על פי שתשלום זה אינו בהתאם למוסכם ביניהם. לדידו, יסוד החובה לשלם לעובד בכסף מזומן אינו איסור בל תלין, אלא העובדה "שלא נשכר לו זה אלא שהוא צריך למזונותיו לערב, וכשיצא מפעולתו, לא יהא צריך לירד לשוק ולחזור ולמכור, ושימות בינתים ברעב". אפשר להבין את דברי הרשב"א בשני אופנים: האופן הראשון הוא, שמאחר שהעובד זקוק לכסף למחייתו, הרי שתשלום בכסף נחשב כתנאי מוקדם, שאף על פי שלא הותנה במפורש מראש, הריהו כאילו הותנה (תנאי מכללא)[57]; והאופן השני, שאף שמעיקר הדין המעביד היה זכאי, אם אין לו כסף, לשלם בשווה כסף, מתוך דאגה לעובד, תיקנו חכמים שישלם המעביד בכסף דווקא[58]. תהיה אשר תהיה כוונת הרשב"א (הסכם מכללא או תקנת חכמים), מה אפשר להסיק מגישתו לעניין אמצעי התשלום של דמי שכירות נכסים? הרדב"ז[59] מעיר, שהמשכיר שונה מהפועל (המשכיר את שירותו), "כיון שיש לו בית או כלים להשכיר, לא ימות ברעב, ואינו נושא את נפשו אל שכירות ביתו כמו לשכר פעולתו". לשון אחר, אין היגיון להקיש בעניין זה שכירות נכסים לשכירות פועלים[60]. נמצא, לפי גישה זו, שדין שוכר נכסים כדין חייב רגיל, שאם אין בידו כסף, הוא רשאי לשלם בשווה כסף[61].

[56] מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קיז ע"ב, ד"ה מה ששנינו.

[57] כך נראה שהבין: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה י: "שעל דעת כן נשכר, ואינו יכול להגבותו ממטלטלין, כי אל שכרו הוא נושא נפשו". וכך נראה שהבין גם קצות החושן, סימן קא, ס"ק ג. אמנם איש מהם לא הפנה במפורש לרשב"א, אולם נראה שדבריו הם שעומדים ברקע דבריהם. על שיטת "קצות החושן", ראה עוד להלן, הערה 65.

[58] כך נראה לנו שהבין: שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצט (צוין לעיל, הערה 43. ראה ציטוט להלן, בהערה 60). בתשובתו הרדב"ז מייחס את הדברים לרבנו תם, אולם אנו לא מצאנו אותם אלא אצל הרשב"א, שהובאו לעיל (כנראה שבטעות ייחס הרדב"ז את הדברים לרבנו תם, משום שבדבריו שם, הרשב"א חוזר על החלוקה המפורסמת על שמו של רבנו תם בין שלושה סוגי חייבים: לווה, מזיק, מעביד. ראה לעיל, הערה 45).
בסוף התשובה, הרדב"ז מעלה נימוק נוסף לתקנה: מאחר שלפעמים העובד לוקח על עצמו סיכונים במסגרת עבודתו, תיקנו חכמים שיקבל תמורה בכסף דווקא. ובלשונו: "כיון שמכר נפשו בפעולתו, שעלה באילן או בנדבך, ראוי שיתן לו כסף ולא שוה כסף. ולא חלקו חכמים בכל פועל [חכמים לא הפלו בין הפועלים השונים, וקבעו לכולם כלל אחיד, גם לאלה שאין סיכון בעבודתם]".

[59] צוין לעיל, הערה 43 והערה 58.

[60] הרדב"ז מעיר שלא זו בלבד, אלא מאחר שבניגוד לשכירות פועל, בשכירות נכסים, הצד החלש הוא השוכר, "אם אתה מטריחו למכור ולהביא מעות שלא כדינו, נמצא אתה מקלקלו [את הצד החלש] מפני תקנת בעל הבית, הפך תקנת הפועל", שם נתקנה התקנה להגנת הצד החלש. עם זאת, הרדב"ז סובר שבשכירות בהמה, תיקנו חכמים שעל השוכר לשלם בכסף דווקא: "דכיון שהוא [המשכיר] צריך לקנות לה מאכל, בעוד שילך למכור מה שנותן לו [השוכר בסיום השכירות] ולקנות מאכל בהמתו, איכא צער בעלי חיים, וכתיב 'ורחמיו על כל מעשיו' (תהלים קמה, ט)". כל הדברים האלה מראים שוב, שהרדב"ז הבין שתשלום בכסף הוא תקנת חכמים.
נעיר שגם הנימוק השני שהעלה הרדב"ז לתקנה (לתשלום בכסף כפיצוי לסיכון שבעבודה, ראה לעיל, הערה 58), אינו רלוונטי בשכירות נכסים, שבה אין כל סיכון.

[61] והשווה: תורה תמימה (לר' ברוך אפשטיין), ויקרא יט, יג, אות עא. לדעתו, בניגוד לרשב"א ובהתאם לשיטת רש"י, היסוד לחובת המעביד לשלם בכסף מצוי באיסור בל תלין. אולם, ובזה דעתו קרובה לרשב"א יותר מאשר לרש"י, האיסור עצמו אינו תלוי בהסכם בין הצדדים אלא ביכלתו של העובד להשיג בקלות את מזונו, "דכל שאינו מוצא הפועל מזונותיו ממש, הוא כאילו לא קיבל שכרו". לפי גישה זו, כדי שלא לעבור על איסור בל תלין, עומדת בפני המעביד הברירה: לשלם בכסף (שבאמצעותו קל לקנות מזון) או לשלם במצרכי מזון. לפי זה, מאחר שבשכירות נכסים, המשכיר אינו זקוק לדמי השכירות להשגת מזונותיו, שוכר שישלם

עד כאן סקרנו את דעותיהם של הפוסקים שעסקו במפורש בשאלת אופן התשלום של דמי שכירות נכסים. להלן נציע דעה שלישית, השונה משתי קודמותיה, שאמנם לא מצאנו לה ביטוי מפורש, אולם נראה לנו שהיא מתבקשת מתוך דבריהם של כמה מן הפוסקים בעניין מעביד. לפי אותם פוסקים, היסוד לחובתו של המעביד לשלם את שכר העובד בכסף דווקא, אינו באיסור בל תלין (כדעת "מנחת פתים" ו"דברי משפט"), ואף לא בעובדה ש"אליו הוא נושא את נפשו" (כדעת הרדב"ז), אלא במנהג המקובל. נראה שזו לדוגמה גישת הש"ך[62], כשהוא כותב בעניין שכירות פועלים: "סתם שכירות במעות הוא, שכל השוכרים על דעת כן שוכרים פועלים, ובמעות הן מתחייבים, ואין צורך לזה התנאי". לפי הש"ך[63], זהו הנימוק העומד גם ביסוד פסקו של השולחן ערוך[64] בעניין מכר, שם קבע, שתמורת הסחורה שקיבל הקונה, הוא חייב לשלם במזומנים ולא בשווה כסף[65]. נראה לנו, שיש להחיל את הנימוק הזה גם על שכירות. לפי זה, בכל מקרה, חובה על השוכר לשלם את דמי השיכרות בכסף כמקובל, ואף

בשווה כסף לא יעבור על איסור בל תלין. נמצא שלעניין שכירות נכסים שיטת "תורה תמימה" כשיטת הרשב"א. ההבדל ביניהם הוא בשכירות פועלים במקום שאיסור בל תלין אינו חל (ראה לעיל, הערה 55): לפי הרשב"א, אף כשאין איסור בל תלין, חובה על המעביד לשלם בכסף (או במצרכי מזון); ואילו לפי "תורה תמימה", כשאין איסור בל תלין, אין יסוד לחייב את המעביד לשלם בכסף דווקא.

62 ראה: ש"ך, חו"מ, סימן שלב, ס"ק יח, בהסבר פסקו של הרמ"א, שהוזכר לעיל, הערה 38 (על פי ר"ן, עבודה זרה, פרק חמישי (ל ע"ב בדפי הרי"ף, למטה, ד"ה ומדמקשינן)). וראה גם: ש"ך, חו"מ, סימן שלו, ס"ק ב. הש"ך שולל שם כל תשלום אחר לבד מכסף, אפילו תשלום במצרכי מזון. מכאן ראיה נוספת לכך שלדידו, חיובו של המשכיר לשלם בכסף אינו מיוסד על נימוקו של הרשב"א ("דאליו הוא נושא את נפשו"). והשווה: פתחי תשובה, חו"מ, סימן שלו, ס"ק א, שגם הוא הבין מתוך דבריו של הש"ך, שאינו מסכים לשיטת הרשב"א. אמנם הוא מפנה לרש"ש, בבא מציעא קיח ע"א, ד"ה משנה, שהציע להבחין בדעת הש"ך בין חיטים ושעורים, שאינן ראויות לאכילה כמות שהן לבין פת אפויה. אולם מתוך סגננו של הש"ך, שם, ניכר שאין מקום להבחנה זו, ולדעתנו ברור שהש"ך חולק על שיטת הרשב"א מכול וכול. מכאן גם, שבניגוד להצעתו של "דברי משפט", אין לומר (לפחות לא לפי הש"ך), שהרמ"א מאמץ את גישת הרשב"א. לעומת זאת, נראה שהש"ך היה מסכים עם "דברי משפט", שהרמ"א אינו מאמץ את שיטת רש"י (כלומר, שהחיוב לשלם בכסף אינו קשור לאיסור בל תלין).

63 ראה: ש"ך, חו"מ, סימן קא, ס"ק ד.

64 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קא, סעיף ו.

65 גם הש"ך וגם הסמ"ע, שם, ס"ק י, מביאים בהקשר זה את דברי הריטב"א, בבא מציעא מה ע"ב, ד"ה ליישנן בעינן להו: "במכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל [כלומר הקונה אינו רשאי לשלם בשווה כסף תמורת הסחורה, גם כשאין בידו מזומנים], אלא שנותן לו מעות כמו שהתנה ומאותו מטבע שהתנה, וכדין פועל, וכן בדין [=וכך מחייב ההיגיון], שאנן סהדי, שאין מוכר מטלטליו וסחורתו על דעת שיקבל קרקע או סובין, וכן היה אומר מורי הרב". הסמ"ע מפרש את כוונת הריטב"א: "והאי 'כמו שהתנו' שכתבו [הריטב"א], אינו רצונו לומר שהתנה כן בשעת המקח בתנאי גמור, דאם כן בהלואה נמי הוה דינא הכי, אלא מיירי כדרך התגרין שמוכרין סחורה שיתן לו בעדה כך וכך מעות, ובזה אפילו קבע לו זמן לנתינת המעות והגיע הזמן ואין לו מעות, צריך לשלם לו במעות דוקא, כיון דכל סוחר דעתו לכך מסתמא" (ומה שהוסיף הריטב"א, "וכן בדין, שאנן סהדי, שאין מוכר מטלטליו וסחורתו על דעת שיקבל קרקע או סובין", אינו טעם עיקרי, אלא נאמר לרווחא דמילתא. השווה להלן, דרכו של "קצות החושן"). אמנם גם בהלוואה מקובל לפרוע בכסף, ועל דעת כן הייתה ההלוואה (ראה לעיל, הערה 46). אף על פי כן מאחר שהלוואה היא ביסודה פעולה של חסד ולא פעולה עסקית למטרות רווח, ההנחה היא שבאין ללווה מזומנים, המלווה מוותר ומסתפק בשווה כסף.

לעניין אמצעי התשלום במכר, השווה: ט"ז, חו"מ, סימן קא, סעיף ו. לדעתו, דין הקונה כדין כל לווה: כשם שבהלוואה, אף שסמך המלווה על פירעון בכסף, בכל זאת, אם אין ללווה כסף, מותר לו לפרוע בשווה

כשאין לו מזומנים, עליו להמיר את נכסיו לכסף מזומן (או להילך מקובל אחר) ולהעבירו למשכיר.

פרק רביעי

מקום התשלום – "במקום עסקו של המשכיר" או "במקום מגוריו"

העיקרון הקבוע בסעיף, ולפיו השוכר הולך אחר המשכיר, חוזר כעיקרון כללי בסעיף 44 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, בקשר לשאלת מקום ביצוע חיוב חוזי שלא הוסכם על מקום קיומו: "חיוב שלא הוסכם על מקום קיומו, יש לקיים במקום עסקו של הנושה, ואם אין לו מקום עסק – במקום מגוריו הקבוע"[66].

בדיוננו על סעיף 5, כשדננו בשאלת מקום מסירת המושכר[67], סקרנו את עקרונות המשפט העברי במה שנוגע למקום ביצוע חיוב, וראינו שכללים שונים חלים על חיוב שהוא תשלום כספי (הלוואה) לבין חיוב הנוגע לנכס בעין (פיקדון).

במה שנוגע למקום התשלום של דמי שכירות, כותב הש"ך[68]: "בשלטי הגבורים[69] נסתפק במי שחייב לחבירו מעות בשביל שכירות או בשביל איזה דבר שקנה ממנו אי הוי כמו הלוואה או פקדון... נראה לי פשוט דיש לו דין הלוואה". וכן כותב גם "נתיבות המשפט"[70]: "וכך בשכירות בתים או דמי מקח, דינו כהלוואה".

כסף, כך צריך להיות הדין גם במכר. וראה: נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק ה, שהביא בשם ה"תומים", שכל עוד לא היה תנאי מפורש, אם אין לקונה כסף, הוא זכאי לשלם בשווה כסף.

עוד בעניין אמצעי התשלום במכר, השווה: קצות החושן, סימן קא, ס"ק ג־ה. שלא כמו הט"ז, הוא מקבל את פסק השולחן ערוך (אם כי הוא מצמצם את משמעותו, שכן לדעתו, הקונה רשאי להחזיר את הנכס שרכש כתשלום. ראה שם), אולם הוא דוחה את גישת הש"ך והסמ"ע באשר לדרך הנמקת הפסק. לדעתו, ככלל, אין אומדנא שהצדדים התכוונו לתשלום בכסף בכל תנאי (כפי שטוענים הש"ך והסמ"ע). על תשלום כזה אין לחייב אלא בנסיבות מיוחדות שבהן עולה בבירור שלכך התכוונו הצדדים. וכך בהלוואה, אף שהצדדים התכוונו לפירעון בכסף (ראה לעיל, הערה 46), מאחר שאין אומדנה מיוחדת שהמלווה עומד בכל תוקף על תנאי זה, הרי שאם אין ללווה מזומנים, הוא רשאי לפרוע את חובו בשווה כסף (השווה דברי הט"ז, לעיל). לעומת זאת, במכר הקונה חייב לשלם בכסף דווקא, משום שיש כאן אומדנה מיוחדת: אדם אינו מוכר סחורה כדי לקבל במקומה סחורה אחרת, כדברי הריטב"א (ואולי זהו הנימוק לכך, שלדעתו, הקונה רשאי להחזיר למוכר את הממכר עצמו כתשלום). והוא הדין גם בפועל. המעביד חייב לשלם בכסף דווקא, משום שישנה אומדנה מיוחדת: "אליו הוא נושא את נפשו". ואם כן ברור שיש כאן תנאי מכללא לתשלום בכסף. נמצא, שלדידו, בניגוד לש"ך ולסמ"ע, ההיקש שעושה הריטב"א בין מכר לפועל אינו מצד ההנמקה, אלא רק מצד דינם המשותף. להשגות על דרכו של "קצות החושן", ראה: טבעת החושן, סימן קא, ד"ה עיין בקצות סק"ג, ואילך.

למקורות נוספים בעניין אמצעי התשלום במכר, ראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ח, סעיף א, מקורות וביאורים, ס"ק א.

[66] סעיף מקביל נמצא בחוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 21.

[67] שם, פרק רביעי, עמ' 83.

[68] ש"ך, חו"מ, סימן עד, ס"ק ג.

[69] שלטי הגבורים, מכות, פרק א, אות ב (א ע"ב בדפי הרי"ף).

[70] נתיבות המשפט, חידושים, סימן עד, ס"ק א.

על פי העקרונות שסקרנו בסעיף 5 נוכל אפוא לקבוע שעל שאלת מקום תשלום דמי השכירות חלים הדינים הבאים:

1. בעיקרון, השוכר חייב להביא את דמי השכירות אצל המשכיר, שכן ברוב המקרים זהו המקום שבו נכרת ההסכם ביניהם, ועל פי הכלל שראינו בדיוננו על סעיף 5, מקום כריתת ההסכם הוא מקום הקיום. אם עבר המשכיר דירה, יהיה עליו לבוא למקום ביצוע ההסכם כדי לקבל שם את התשלום, ואין מחייבים את השוכר להביאו עד למקומו החדש של המשכיר, זולת אם המקום החדש אינו רחוק יותר מהמקום הישן.

2. אם השוכר פוגש במשכיר במקום אחר, ומבקש לבצע שם את התשלום, הוא רשאי לעשות זאת, בתנאי שאותו מקום הינו מקום יישוב ולא "מדבר", כלומר שמקום התשלום אינו מקום שיש בו סכנה לביטחון הכסף[71].

3. אם המשכיר הוא שמבקש להיפרע במקום המפגש, לא יוכל השוכר להשתמט מתשלום אלא אם כן אין לו די כסף גם לתשלום וגם למחייתו באותו מקום. אם אכן אין לו די כסף לשניהם, הוא זכאי לדחות את תביעת המשכיר, ולומר שהוא יבצע את התשלום רק במקום שכרתו ביניהם את החוזה. אולם זכותו של המשכיר לדרוש ממנו שיתלווה אליו למקום עריכת ההסכם כדי שישלם שם.

פרק חמישי

סיכום

העולה מן המקובץ:

א. מועד התשלום: בעיקרון, מועד תשלום דמי השכירות הוא בסוף תקופת השכירות, על פי הכלל התלמודי "שכירות אינה משתלמת אלא בסוף" (בעניין זה אין הבחנה בין סוגי שכירות שונים — מקרקעין ומיטלטלין — אולם כידוע בכגון זה, המנהג יכול לנטות מן הדין). אולם לדעת "מרכבת המשנה", השוכר חייב לשלם דמי שכירות בסוף כל שלושים יום (הנחשבים תמיד סוף תקופת תשלום).

נקבעו דמי שכירות קצובים לתקופות קצובות, נחלקו הפוסקים בשאלת מועד התשלום: "מגיד משנה" סבור, שדמי השכירות משתלמים בסוף תקופת השכירות כולה; "מרכבת המשנה" סבור, שבכל מקרה השוכר חייב לשלם דמי שכירות בסוף כל שלושים יום (שהרי לדידו כך הוא הדין אף כשלא נקבעו דמי השכירות לפי תקופות קצובות); "מחנה אפרים" סבור שדמי השכירות צריכים להשתלם בסוף כל תקופה שנקבעו על פיה דמי השכירות. דעה אחרונה זו היא דעת החוק, אולם "מחנה אפרים" מוסיף שתקופת תשלום לא תהיה קצרה משלושים יום (דבר זה אינו עולה מלשון החוק).

[71] וראה: שלטי הגיבורים, מכות, פרק א, אות ב (א ע"ב בדפי הרי"ף): "אם הלוה מצא למלוה חוץ מעירו במקום ישוב, ורוצה לפרוע המלוה ממעות שאינן ניתנין להוצאה בעירו [של המלווה] רק לשם [=שם] במקום שרוצה לפורעו, אם צריך [לקבלם], כשהלוהו מטבע סתם בלי שום תנאי, רק שיתחייב לשלם לו מטבע? נראה דודאי צריך לקבלם, כיון דבאותו מקום דמצי לפורעו המטבע ההיא ניתן להוצאה. וכן כל כיוצא בזה". כלומר, העיקר הוא שהכסף יהיה הילך חוקי במקום התשלום.

לא נקבעו דמי השכירות לפי תקופות, נראה שבכל זאת השוכר חייב לשלם בסוף כל שלושים יום, ואינו יכול לדחות את התשלום כולו עד לסיום השכירות. לכך יסכימו "מרכבת המשנה" ו"מחנה אפרים", אך לא "מגיד משנה", שלדעתו התשלום יהיה בסיום השכירות.

השוכר רשאי להקדים את תשלום דמי השכירות. מקצת מן הפוסקים הרואים בשכירות עסקה חוזית טוענים שהקדמת התשלום יש בה כדי לשנות מאופייה המשפטי של העסקה ולהפוך אותה לעסקה קניינית; מקצת מהם אינם מסכימים לכך שהקדמת התשלום משנה את אופייה של השכירות, אם כי להקדמת התשלום יש השלכות משפטיות בתחומים אחרים; אך פוסקים רבים אחרים טוענים שאין נפקות משפטית להקדמת התשלום כלל, להוציא היתרון שיש למשכיר בכך שהוא מוחזק בדמי השכירות, והשוכר הוא שנחשב אפוא ל"מוציא מחברו" שעליו הראיה.

ב. אמצעי התשלום: אם לא הוסכם על אופן תשלום אחר, הכלל הוא שהשוכר חייב לשלם בכסף דווקא ולא בשווה כסף. אם אין לו כסף, יש אומרים שדין השוכר כדין לווה, והוא רשאי לשלם בשווה כסף; ואילו אחרים סבורים שדין השוכר כדין מעביד (השוכר את עבודת הפועל), ואם אין לו אלא שווה כסף, הוא חייב להמירו ולשלם בכסף דווקא. לכאורה מאחר שהנושא שנוי במחלוקת, לא יוכל המשכיר להתנגד לתשלום בשווה כסף. אולם מאחר שכיום, לכל הפחות, ברור שהמנהג הוא שדמי שכירות משולמים בכסף בכל מקרה, ולא בשווה כסף, נראה שהמנהג מחייב לכל הדעות[72] (והוא הדין באמצעי תשלום מקובלים אחרים, כגון המחאה בנקאית, כרטיס אשראי וכדומה).

ג. מקום התשלום: הכלל הוא שתשלום דמי השכירות חייב להתבצע במקום שבו נכרת הסכם השכירות, כמו בתשלום הלוואה רגילה, אולם המשכיר רשאי לדרוש תשלום במקום אחר, בתנאי שאין בכך פגיעה בשוכר.

לאור האמור לעיל, נראה כי חוץ מן ההסתייגות ממה שנקבע בחוק בעניין מקום התשלום, ניסוחו של סעיף 14 תואם את עקרונות המשפט העברי. להלן הצעת נוסח מתוקן:

מועד התשלום ומקומו

14. (א) נקבעו דמי השכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות ישולמו, בשכירות מקרקעין — בראשית כל תקופה, ובשכירות אחרת — בסוף כל תקופה.

(ב) דמי השכירות ישולמו, באחת הדרכים המקובלות, במקום כריתת הסכם השכירות.

[72] השווה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן קא, סעיף ג, שכתב כן בעניין מכר: "והעיקר לדינא, דמוכר סחורה חייב לשלם במזומן, דכן מנהג הסוחרים".

סעיף 15

פטור מחובת תשלום

פטור מחובת תשלום

15. (א) היה הנכס המושכר מקרקעין ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך, פטור הוא מתשלום דמי השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע כאמור; המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר בנסיבות הענין, לבטל את החוזה, זולת אם הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי השכירות.

(ב) הפטור האמור יחול רק אם בעת כריתת החוזה לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 281

פרק שני: מניעת השימוש במושכר — "ונמנע מן השוכר להשתמש" 286

א. "מחמת נסיבות הקשורות במושכר" 286

(1) מניעת שימוש מוחלטת (הגישות השונות בהבנת שיטת הרמב"ם) 286

(א) כללי 286

(ב) מבחן קיום המושכר ("פני משה" ו"מחנה אפרים") 290

(ג) מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר (סמ"ע) 292

(ד) מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש ("נתיבות המשפט") 294

(ה) סיכום 296

(2) מניעת שימוש זמנית או חלקית 297

(א) מבוא 297

(ב) פגם הניתן לתיקון 299

(ג) פגם שאינו ניתן לתיקון 300

ב. מחמת נסיבות שאינן קשורות במושכר — "בדרכי הגישה" 302

(1) מבוא 302

(2) דרכי הגישה חסומות בפני השוכר בלבד 304

(3) דרכי הגישה חסומות בפני כולי עלמא 308

פרק שלישי: הפסקת עניין השוכר בהמשך קיום השכירות (סיכול המטרה) 309

א. מבוא 309

ב. פגיעה בתועלת השכירות 311
(1) מבוא 311
(2) קיום התועלת כתנאי בשכירות 312
(3) פגיעה בתועלת כשאינה תנאי בשכירות (גישות שונות) 313
(א) הקדמה 313
(ב) אין עילת פטור (״מחנה אפרים״) 314
(ג) ״מכת מדינה״ הפוגעת במושכר כעילת פטור (סמ״ע) 315
(ד) ״מכת מדינה״ כעילה לחלוקת ההפסד (״נתיבות המשפט״) 319
ג. מניעת השוכר מלהפיק תועלת מן המושכר 322

פרק רביעי: סיכום 323

פרק חמישי: השלמות 328
א. מניעת השימוש במושכר 328
(1) מניעת השימוש היא עילה לפטור מתשלום (רש״י, ראב״ד, רשב״א) 328
(2) הרס המושכר אינו עילה לפטור מתשלום (ר״ש משאנץ ורבו של הריטב״א (הרא״ה)) 330
ב. מבחן הקיום מול הכלל ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״ 337
ג. פגיעה בתועלת השכירות 339
(1) סקירת הסוגיות התלמודיות 339
(2) בחינת הסוגיות התלמודיות לאור שיטות הראשונים 343
(א) הסיכון לאבדן המושכר רובץ על השוכר (הר״ש משאנץ ורבו של הריטב״א) 343
(ב) מבחן הקיום (הרמב״ם, על פי הבנת ״פני משה״) 344
(ג) מבחן קיום השימוש (הראב״ד והרשב״א) 347
(ד) מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר (הרמב״ם על פי הבנת הסמ״ע) 349
(ה) מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש (הרמב״ם על פי הבנת ״נתיבות המשפט״) 351
(ו) שינוי נסיבות כעילת פטור (מהר״ם מרוטנבורג) 351
ד. טבלת סיכום 354

מבוא

א. סעיף 15 עוסק בסוגיית הסיכול של חוזה שכירות. החוזה נחשב למסוכל כאשר אחד הצדדים לחוזה אינו מסוגל לעמוד בהתחייבותו מחמת נסיבות שאין לו שליטה עליהן. בחוזה שכירות, חובתו של המשכיר היא להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש במשך כל תקופת השכירות[1]. כך עולה כבר מסעיף 7, הקובע שכאשר נמנע השימוש במושכר מחמת פגם הניתן לתיקון, חובה על המשכיר לתקן את הפגם כדי לאפשר לשוכר את המשך השימוש במושכר. חובה זו קיימת אף כשאירע הפגם מחמת נסיבות שאינן קשורות במשכיר. אשר על כן, העובדה שהמושכר אינו ראוי עוד לשימוש, אף אם אירע הפגם מחמת נסיבות שאין למשכיר שליטה עליהן, די בה כדי לראות במשכיר כמי שהפר את חיובו כלפי השוכר. אולם כבר ראינו[2] בסעיף 10, שבנסיבות כאלה של סיכול, ובהתאם לתורת הסיכול הכללית בחוזים, השוכר אינו רשאי לתבוע את אכיפת החוזה. כלומר, הוא אינו רשאי לדרוש העמדת מושכר חלופי במקום המושכר הפגום, ואף אינו רשאי לתבוע פיצויים מהמשכיר. יחד עם זאת, ראינו[3] שסעיף 10 רומז לתרופות אחרות העומדות לרשות השוכר: הוא רשאי לבטל את החוזה; והוא אף רשאי (מכוח סעיף 9) להפחית את דמי השכירות בהתאם לירידת ערך השכירות בעקבות הפגם.

בסעיף 10, נקודת המוצא היא של חיובי המשכיר כלפי השוכר, ובייחוד חיובו לתקן את המושכר (הסעיף מופיע תחת הכותרת "חיובי המשכיר"); ואילו בסעיף 15, העוסק באותה סוגיה, אם כי מהיבט רחב יותר, נקודת המוצא היא של חיובי השוכר כלפי המשכיר ובייחוד חיובו לשלם דמי שכירות (הסעיף מופיע תחת הכותרת "חיובי השוכר"). זכותו של השוכר לבטל את החוזה, כשנמנע ממנו להשתמש במושכר, מוזכרת בסעיף כדבר המובן מאליו: "והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך". ונראה לכאורה, שחידושו של הסעיף אינו אלא באפשרות שהוא מעניק לשוכר, שלא לשלם את דמי השכירות, אף שעדיין החוזה תקף[4]. כך מעידה גם כותרת הסעיף — "פטור מחובת תשלום". המחוקק קובע סייגים אחדים לתרופה זו: התרופה אינה קיימת אלא בשכירות מקרקעין; התרופה אינה עומדת לרשותו של שוכר

[1] ראה: ג' טדסקי, "סיכול החוזה", מסות במשפט, ירושלים תשל"ח, עמ' 106 (מכאן ואילך: טדסקי). בעמ' 140, טדסקי קובע: "רואים את השכירות כיחס שבו על המשכיר להעמיד לרשות השוכר את המושכר כשהוא שמיש לפי מטרת השכירות — ולהמשיך ולהעמידו כך לרשות השוכר במשך כל תקופת השכירות". השווה הגדרה זו להגדרתו המובאת להלן, הערה 7. והשווה גם: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 214.

[2] ראה דברינו על סעיף 10, פרק ראשון, עמ' 175.

[3] ראה דברינו על סעיף 10, ליד ציון הערה 4, ובפרק רביעי, א, עמ' 205.

[4] ראה: טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 151; וכן לרנר, סעיף 225. והשווה: ע"א 240/77 שלמה כרמל בע"מ נ' פרפורי ושו"ת בע"מ, פ"ד לד(1) 701, שם נדמה שבית המשפט התעלם מנקודה זו.

שידע בעת כריתת החוזה על הנסיבות שמנעו ממנו את השימוש, או שיכול היה למנוע אותן, ולא עשה כן. בנוסף לאלה, אם בחר השוכר בתרופה של אי־תשלום דמי השכירות, המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר, לבטל את החוזה[5]. כלומר, התרופה היא זמנית בלבד.

נמצא אפוא שלכאורה אין התאמה בין סעיף 15 לסעיף 10. בעוד שסעיף 10, העוסק בפגם שאינו ניתן לתיקון, מאפשר לשוכר להפחית את תשלום דמי השכירות בלא כל סייג בהתאם להוראת סעיף 9 (האפשרות קיימת אפילו בשכירות מיטלטלין ואינה מוגבלת בזמן), הרי סעיף 15, שעניינו גם בפגם חולף, שהוא פחות חמור, מסייג תרופה זו בכמה סייגים (אין היא חלה במיטלטלין, והיא מוגבלת בזמן). ייתכן שההבדל בין שני הסעיפים נובע מכך, שסעיף 10 עוסק רק במניעת שימוש הנובע מפגם במושכר; ואילו סעיף 15 מקיף יותר, שכן הוא כולל גם מניעת שימוש שלא כתוצאה מפגם (כגון נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר). אולם עדיין אין זה פותר את אי־ההתאמה בין שני הסעיפים במה שנוגע למניעת השימוש הנובעת מפגם במושכר. על המחוקק לתת את דעתו על אי־התאמה זו[6].

ב. ראוי להוסיף שיש הרואים בסעיף 15 גם משום הרחבה. על פי טענתם, סעיף 15 מרחיב את הגדרת השכירות שבסעיף 1, ומבהיר שאין סוף עניינה של השכירות הקניית זכות החזקה ושימוש בלבד, אלא המשכיר גם מבטיח לשוכר שיעמיד בידו את האפשרות להשתמש. למסקנה זו הם מגיעים, משום שעל פי הסעיף, זכותו של השוכר לבטל את החוזה — "והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך" — עומדת לו גם כשמניעת השימוש אינה קשורה במושכר עצמו אלא בדרכי הגישה אליו. כלומר, גם כשהשימוש אינו אפשרי, אף שהמושכר עצמו תקין לחלוטין. לכאורה, בנסיבות אלה, קשה לראות במשכיר כמי שמפר את חיובו כלפי השוכר, זולת אם מניחים, שחובתו של המשכיר היא גם לדאוג שיוכל השוכר להשתמש במושכר[7]. לרנר מעיר[8]: "חיוב כללי ומרכזי חבוי אפוא בין שיטיו של סעיף 15, ודומה שהמחוקק היה מטיב לעשות, אילו היה מייחד לו הוראה בחוק".

יש להעיר שהדברים אינם מוכחים. ייתכן שאופציית הביטול, שהסעיף מדבר עליה — "והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך" — אינה באה לחדש אלא רק לתאר. כלומר, כוונת הסעיף היא, שעל אף שיש בידו לבטל את השכירות, השוכר אינו חייב להשתמש בתרופה זו דווקא. הוא יכול להשאיר את השכירות בתוקפה ובכל זאת להפסיק את תשלום דמי השכירות.

[5] השווה: לרנר, סעיף 240.

[6] ושמא הוראת סעיף 15 היא בגדר lex specialis, הגוברת על הוראת סעיפים 9־10, ומשמעות הדבר היא, שבשכירות מיטלטלין התרופה היחידה העומדת לרשות השוכר היא ביטול החוזה. אולם אם כך, מן הראוי היה לתקן את סעיף 10 בהתאם. והשווה: לרנר, סעיף 222, הטוען שיש לבטל את סעיף 10, משום שאין זה רצוי להעניק לשוכר זכות להפחית את דמי השכירות בשל פגם שאינו חולף. וראה שם, סעיף 136. אולם הוא אינו מדגיש את הסתירה שבין סעיף 10 לסעיף 15. וראה עוד מה שהערנו על דבריו, בדיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, א, עמ' 205.

[7] הגדרה כזו אפשר למצוא אצל טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 153: "השכירות היא הבטחה לאפשרות השימוש". וכן שם, בעמ' 151: "באי אפשרות השימוש במושכר מסיבות אובייקטיביות, יש משום אי קיום החוזה על ידי המשכיר, על פי מושג השכירות המקובל בחוק". השווה להלן, הערה 145. והשווה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 218, הערה 116. והשווה: דברי השופט זוסמן, בפס"ד כרמל נ' פרפורי (לעיל, הערה 4), עמ' 712, מול האות ג: "אבל המשכיר [צ"ל: השוכר?] יבטלו מכח סעיף 15" (יש לציין שדבריו שם מגומגמים).

[8] לרנר, סעיף 225.

מכאן אין להסיק שבכל מקרה של מניעת שימוש, גם כשמניעה זו אינה קשורה במושכר אלא בדרכי הגישה אליו, קיימת זכות ביטול. אפשר שהמשפט, "והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך", אינו מתייחס אלא לרישא של הסעיף. כלומר, לשימוש שנמנע מחמת נסיבות הקשורות במושכר (וגם אז אין זה כולל מושכר שיש זכות לדרוש את תיקונו, ראה על כך להלן). כשמניעת השימוש נובעת מנסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר, לא הפר המשכיר את חיובו. אשר על כן, אין לשוכר זכות לבטל את החוזה, אלא הוא יהיה פטור מלשלם דמי שכירות בהתאם לזמן שנמנע ממנו השימוש[9].

ג. נוסיף שאפשר לדון בשאלת הסיכול משני היבטים: מן ההיבט של החייב (המשכיר), שמחמת כוח עליון אינו מסוגל לעמוד בהתחייבותו; מן ההיבט של הנושה (השוכר), שמחמת נסיבות שאין לו שליטה עליהן, אינו מעוניין עוד בביצוע ההסכם על ידי החייב. בהיבט הראשון מדברים על סיכול הקיום של החוזה, ובהיבט השני מדברים על סיכול המטרה של החוזה[10].

על פי הגדרת חובות המשכיר, שעמד עליה לרנר, צריך לומר, שלפי החוק, סיכול הקיום של חוזה שכירות הוא כשהמשכיר אינו מסוגל להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי, כגון שנהרס המושכר או הוחרם, או שהמשכיר אינו מסוגל לאפשר לו את השימוש, כגון שנחסמו דרכי הגישה אליו. סיכול המטרה הוא כשהשוכר, על אף שיש בידו מושכר שאפשר אובייקטיבית להשתמש בו, אינו מסוגל או אינו מעוניין להשתמש בו למטרת השכירות. כך הוא המצב לדוגמה, כאשר מניעת השימוש נובעת ממחלה שלקה בה השוכר. או דוגמה נוספת: השוכר שכר מכונות לפריקת אונייה, וטבעה האונייה ואין עוד מה לפרוק. לפי גישה זו, סעיף 15 אינו דן בסיכול המטרה אלא רק בסיכול הקיום.

לעומת זאת, אם נאמץ את הפרשנות הקובעת שאין בחסימת דרכי הגישה משום הפרה מצד המשכיר, וממילא אין השוכר רשאי לבטל את השכירות, הרי שיש בסעיף הכרה מפורשת בסיכול המטרה כטענת פטור לגיטימית. אכן הסעיף פוטר את השוכר מחיובו אך ורק משום שנמנעת ממנו הגישה אל המושכר. כלומר, אך ורק מפני שאין הוא מעוניין עוד בעל כורחו בקיום החוזה על ידי המשכיר[11].

מאחר שכאמור, רוב המלומדים הלכו בדרך הראשונה, והגדירו את חסימת דרכי הגישה אל המושכר כסיכול הקיום, כלומר כהפרת חוזה השכירות על ידי המשכיר, נחלק גם אנו את דיוננו בהמשך בהתאם.

ד. בדיוננו להלן, נבחן את עמדת המשפט העברי בסוגיית הסיכול על היבטיה השונים. תחילה, במסגרת הדיון בשאלת סיכול הקיום, נדון בתרופות העומדות לרשות השוכר כשמניעת השימוש קשורה במושכר עצמו, כגון שנהרס או הוחרם. כן נעסוק במקרים שבהם מניעת השימוש אינה קשורה במושכר ישירות, כגון שמניעת השימוש נובעת מנסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר (אף שככל הנראה, המשפט העברי לא היה מגדיר מצב זה כסיכול הקיום

[9] פירוש זה הציע לי עו"ד מאיר ארן ז"ל, ששקד יחד עם פרופ' א' ידין על הכנתו של החוק וניסוחו.

[10] ראה על כך בהרחבה במאמרו המקיף של טדסקי (לעיל, הערה 1).

[11] על סיכול המטרה, ראה בהרחבה דיוננו, להלן, פרק שלישי, עמ' 309. נציין שיש מקום לפקפק בדברים שאנו אומרים כאן או לפחות לצמצם אותם למקרה של פגיעה בדרכי הגישה אל המושכר, ולא להחילם על כל סוגי סיכול המטרה, כגון שחלה השוכר ואינו מסוגל להשתמש במושכר או ליהנות ממנו. והשווה דבריו של טדסקי (לעיל, הערה 1), בעמ' 152, הטוען שהחוק בניסוחו הנוכחי אינו מכיר בתורת סיכול המטרה.

אלא כסיכול המטרה). לאחר מכן, נרחיב את היריעה, ונדון גם בשאלת סיכול המטרה[12]. נדגיש שוב, שמאחר שיש חפיפה בין סעיף 10 לסעיף 15, מתפצל גם דיוננו בשאלת הסיכול בין שני הסעיפים. בסעיף 10, אנו דנים בשאלת חובת המשכיר להעמיד מושכר חלופי כשהמושכר המקורי אינו ניתן לתיקון. כמו כן אנו דנים שם בזכותו של השוכר לבטל את השכירות או להפחית את דמי השכירות, כשהפגם במושכר מכביד על השימוש (אך אינו מונע אותו). כאן, בסעיף 15, אנו דנים בשאלת חובת השוכר לשלם את דמי השכירות, כשנמנע ממנו להשתמש במושכר למטרת השכירות.

כבר אמר גולאק[13], כי שאלה זו, בנידון המושכר שנתקלקל או נאבד באמצע זמן השכירות, "היא אחת מהיותר מסובכות בתורת משפטינו. אנו מוצאים כאן הרבה דינים בודדים הסותרים ומפריכים זה את זה בכלליהם העיקריים. הדרך היחידי לסלק את כל הסתירות והנגודים הוא להגביל את ערך הדינים הבודדים, ולבארם בתור יוצאים מן הכלל העיקרי". לדעתו, הכלל העיקרי הוא, שאם "נתקלקל או אבד החפץ המושכר באמצע זמן השכירות ואינו ראוי עוד לשמושו, מחשבין את דמי השכירות כנגד זמנה, ומשלם השוכר בעד הזמן שנשתמש, אם הביא לו שמוש זה תועלת, ומנכין לו את השכר בעד הזמן הנשאר"[14]. במהלך דיוננו נבדוק אם אכן הכלל שקבע גולאק עומד במבחן המקורות.

ה. אולם בטרם נחל בדיון, יש להעיר הערה כללית חשובה. בדיוננו על סעיף 1 ראינו, שישנן נסיבות שבהן אם נהרס המושכר, או שאינו ניתן לתיקון, המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי. בעיקרון, חובה זו חלה על המשכיר, כאשר השכירות מתייחסת למושכר בלתי מסוים. מאחר שבסוג זה של שכירות, המשכיר חייב להמשיך ולהעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, אין לדבר לכאורה על מצב של סיכול השכירות. אולם נחלקו הראשונים בעניין זה[15]. הרמב"ן[16] סבור שאי־אפשר לכפות על המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי, אלא שהפרה זו של החוזה תעלה לו במחיר של ויתור על כל דמי השכירות, אפילו בעד התקופה שלפני הפגם, בחינת פיצויים מוסכמים מראש. לעומתו סבורים הרשב"א[17] והרא"ש[18], שהשוכר זכאי לתבוע את אכיפת החוזה, כלומר הוא יכול לחייב את המשכיר להעמיד לרשותו מושכר חלופי.

נשאלת השאלה: לדעת אלה הסוברים שהשוכר זכאי לאכיפת החוזה, האם השוכר חייב

[12] כאמור הגדרת סיכולה של שכירות כסיכול הקיום או כסיכול המטרה היא פועל יוצא מהגדרת חובות המשכיר במסגרת השכירות. לכן צריך להדגיש שחלוקת הדיון המוצעת כאן אין משמעותה שהמשפט העברי מגדיר את חובות המשכיר כפי שמגדיר אותן החוק. החלוקה היא לנוחות הדיון בלבד. תוך כדי הדיון, נבחן לְמה מתחייב המשכיר לפי המשפט העברי, כשהוא משכיר נכס? ונראה ששאלה זו שנויה במחלוקת.

[13] א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ"ב, ספר שני, עמ' 166, הערה 17. הובא כבר לעיל, בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 6. וראה שם, הערה 9.

[14] שם, עמ' 166. וראה גם: פ' דיקשטיין, "שכירות דירות — השואה של המשפט העברי, המערבי והמושלמי בתור חומר לתקנות בשביל הישוב העברי או לחוקים בשביל ארץ ישראל", המשפט העברי, קובץ שני (תרפ"ז) 109, בעמ' 133־134, שאימץ את דברי גולאק.

[15] על מחלוקת זו בין הראשונים, הרחבנו את הדיבור בדברינו על סעיף 1, פרק שישי, ב, עמ' 35, ושם הבאנו עוד שיטות נוספות.

[16] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה הא.

[17] מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב.

[18] רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן י.

להמשיך את קשר השכירות ולתבוע את אכיפתה, או שמא הוא רשאי להעדיף לבטל את השכירות? אפשר גם לשאול שאלה דומה לשיטת הרמב"ן: אם המשכיר מעוניין להעמיד מושכר חלופי, האם השוכר רשאי לסרב לכך (מובן שבמקרה זה, הוא יהיה חייב לשלם את דמי השכירות שעד לאירוע הפגם)? שאלה מעין זו אפשר להעלות, לכולי עלמא, גם בפגם הניתן לתיקון: האם השוכר חייב לאפשר למשכיר לתקן את המושכר הפגום, או שמא הוא רשאי להתנגד לכך ולהעדיף לשים קץ לחוזה. לדעת טדסקי[19], השוכר רשאי לבחור בין אכיפה (דרישת תיקון) לביטול. מדברי לרנר[20] עולה דעה הפוכה, ולפיה המשכיר לא ייחשב למפר, אלא אם כן דרש ממנו השוכר לתקן את המושכר, ולא עשה כן תוך זמן סביר[21]. דעתו של לרנר תואמת את עמדתו של הטור[22]: "ונראה שכל היכא שחייב להעמיד לו חמור... אין אחד מהם יכול לחזור בו".

נזכור אפוא שדיוננו להלן בשאלת הסיכול אינו רלוונטי אלא כשאין לשוכר תרופה המאפשרת לו להמשיך בחוזה[23]. כלומר, גם לאותן שיטות שנראה להלן, ולפיהן השוכר פטור מתשלום כאשר נמנע ממנו השימוש במושכר, אין הדברים אמורים אלא כאשר אין לו תרופה אחרת המאפשרת לו להמשיך את השכירות (בדברינו כאן אין אנו קובעים שעמדת המשפט העברי היא כאותן שיטות, שבעיקרון, סיכול הוא עילת פטור מתשלום, וכפי שנרחיב על כך להלן).

ו. לנוכח מורכבות הנושא שבפנינו ולנוכח ריבוי הדעות בו, נחרוג מעט מדרך הצגת הדברים שנקטנו עד כה. הדיון יתמקד בדעות המרכזיות ואילו את הדעות האחרות לא נזכיר בגוף הדיון אלא בקצרה. כמו כן, לעתים לא ניכנס לפרטי ניתוח המקורות שצומחות מהם הדעות שנציג, או לא נדון באופן שבו דעה מסוימת מתמודדת עם מקור תלמודי מסוים הסותר אותה לכאורה. עניינים אלה שנשמיט בגוף הדיון יידונו להלן בפרק השלמות.

[19] טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 121: "משום הפגם הזה אין הנושה (השוכר) חדל להיות מעוניין בקיום החוזה והוא זכאי לדרוש את תיקון הפגם, אם אינו מעדיף את הביטול [ההדגשה שלי: מ"ו]". וכך עולה גם מדבריו בעמ' 151.

[20] לרנר, סעיף 117.

[21] יש לציין, שעמדתו של טדסקי נראית עקבית יותר מזו של לרנר. כפי שראינו לעיל, גם טדסקי וגם לרנר סבורים, שעל פי סעיף 15, כאשר נמנעת מן השוכר האפשרות להשתמש במושכר, אף שלא הייתה למשכיר כל שליטה על כך, הוא נחשב כמפר את חיובו. הלא על יסוד הנחה זו, הסבירו שניהם את העובדה (לפי דרכם), שסעיף 15 מזכה את השוכר בביטול השכירות לא רק כאשר המושכר אינו ראוי לשימוש, אלא גם כאשר מניעת השימוש במושכר היא מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אליו. על פי זה, הוא הדין גם בפגם המונע את השימוש: אף שהפגם ניתן לתיקון, ולא ניתנה הזדמנות למשכיר לתקן, די בעובדה שנמנע השימוש מן השוכר כדי לראות את המשכיר כמפר, אמנם בעל כורחו, את חוזה השכירות. סעד נוסף לגישתו של טדסקי, אפשר להביא מסעיף 23 לחוק. על פי אותו סעיף, התרופות שמעניק החוק (וביניהן דרישת תיקון) באות להוסיף על התרופות שמעניק חוק החוזים (תרופות) ולא לגרוע מהן. כלומר, גם כשיש זכות לתבוע את תיקון המושכר, אין זה גורע מהזכות לבטל את השכירות. וראה עוד בעניין זה, להלן, ליד ציון הערה 85.

[22] טור, חו"מ, סימן שי, סעיף ב. וראה שם, בית יוסף, ס"ק ב, שכשהשוכר יכול להמשיך בשכירות מבלי לתבוע מהמשכיר העמדת מושכר חלופי, כגון שיכול למכור את שארית המושכר הפגום, גם הרמב"ן מסכים לעיקרון זה.

[23] תרופות אלו הן: תיקון המושכר, שדננו בו בסעיף 7; מכירת שארית המושכר, שדננו בה בסעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210; החלפת המושכר הפגום במושכר תקין, שדננו בה בסעיף 10, פרק שלישי, עמ' 179.

פרק שני

מניעת השימוש במושכר – "ונמנע מן השוכר להשתמש"

את נסיבות מניעת השימוש, אפשר לחלק לשלוש קבוצות לפי מידת הזיקה של המשכיר אל גורם המניעה: המושכר אינו ראוי לשימוש מסיבה הקשורה במושכר עצמו; המושכר אינו ראוי לשימוש מסיבה שאינה קשורה במושכר עצמו; ושלא כבשתי החלופות הראשונות, המושכר עצמו ראוי לשימוש, אלא שנסיבות הקשורות בדרכי הגישה אליו מונעות את אפשרות השימוש בו. הסעיף שלפנינו אינו מבחין בין שלושה מצבים אלו, אלא מציין רק שניים מהם: מניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות במושכר (ואין הבחנה בין נסיבות פנימיות לחיצוניות); מניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר. בשניהם הוא מחיל את אותו ההסדר (לכל הפחות ככל שמדובר בשכירות מקרקעין).

גם במשפט העברי, נראה להלן, שרוב הפוסקים סבורים, שכאשר המושכר עצמו אינו ראוי לשימוש, אין חשיבות למקור המניעה – מתוך המושכר עצמו או מתוך נסיבות שמחוץ למושכר. לעומת זאת, רוב הפוסקים מבחינים בין מניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות במושכר לבין מניעת שימוש מחמת נסיבות שאינן קשורות במושכר אלא בדרכי הגישה אליו. אשר על כן, דיוננו להלן יתחלק לשניים: ראשית, נדון במניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות במושכר; שנית, נדון במניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר.

א. "מחמת נסיבות הקשורות במושכר"

בסוגיית מניעת השימוש, יש להבחין בין שני סוגים של מניעת שימוש בהתאם להיקף המניעה: יש שהמניעה היא מניעה מוחלטת; ויש שהיא חלקית, שלא נמנע מן השוכר אלא השגתן של חלק ממטרות השכירות[24]. נתחיל את הדיון במניעת שימוש מוחלטת.

(1) מניעת שימוש מוחלטת (הגישות השונות בהבנת שיטת הרמב"ם)

(א) כללי

דוגמה טיפוסית של מניעת שימוש מוחלטת היא, כשנהרס המושכר, כגון שנפל בית שכור באמצע תקופת השכירות. החוק אינו עוסק במפורש במקרה של הרס המושכר. בעניין זה אומר לרנר[25]: "החקיקה הקיימת אינה מתייחסת במפורש למקרה של אבדן המושכר, אולם דומה שהפתרון הרצוי העולה בין שיטיה הוא, שמאורע זה מביא לסיום יחסי השכירות. כדי למנוע ספק, עדיף שפתרון זה ייקבע במפורש על ידי המחוקק, כמו שעשו קודים אחרים".

האם לפי המשפט העברי, מניעת השימוש במושכר מחמת נסיבות הקשורות במושכר (כגון הרס, אבדן, החרמה) משחררת את השוכר מהמשך קיום חיובו? אמנם, בדיוננו לעיל על סעיף 1, כשדננו במהות השכירות, ראינו שרוב רובם של הראשונים סבורים שזכותו של השוכר היא

[24] מאחר שסעיף 15 עוסק בפגם המונע את השימוש למטרת השכירות, דיוננו כאן מצטמצם גם הוא לתרופות העומדות לרשות השוכר בנסיבות של מניעת השימוש (מוחלטת או חלקית). בדיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ב, עמ' 207, דננו בתרופות העומדות לרשות השוכר כאשר הפגם גרם להכבדה ואי־נוחות, אך לא שלל השגת אף מטרה ממטרות השכירות. בפרק רביעי, ג, שם, עמ' 210, דננו באופציה של מכירת המושכר הפגום לשם השלמת מטרת השכירות, ולא נחזור על כך כאן.

[25] לרנר, סעיף 191.

זכות קניינית. אולם כפי שנראה מיד רק מעטים מביניהם מסיקים מכך שהרס המושכר הוא סיכונו של השוכר.

מקורות מעטים בתלמוד עוסקים באופן ישיר בשאלת תשלום דמי השכירות בנסיבות של מניעת שימוש מחמת פגיעה במושכר. התלמוד[26] מביא הלכה מפורשת בשם רב בזה הלשון: "השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך — נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומות". מכאן, שעם הרס המושכר מתבטלת השכירות, והשוכר פטור מחובת תשלום דמי השכירות. להלן מביא התלמוד[27] הלכה נוספת המובילה לאותה מסקנה: "ת"ר [=תנו רבנן]: השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך... בספינה זו ויין סתם, אם נתן אמאי לא יטול [מדוע לא יטול בחזרה את דמי השכירות ששילם מראש]?". כלומר, השוכר ספינה מסוימת להוביל בה יין, וטבעה הספינה באמצע הדרך, הריהו פטור מחובת תשלום דמי השכירות[28]. מקורות נוספים בתלמוד עוסקים במניעת שימוש, כגון הסוגיה בעניין בית שנפל[29] או הסוגיה בעניין חמור שהוחרם[30]. אולם מקורות אלה אינם דנים בשאלת חובת תשלום דמי השכירות, אלא בשאלת חובתו של המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי כשהושכר נכס בלתי מסוים (מושכר סתם). כפי שנראה להלן, רבים מן הראשונים שעסקו בסוגיות אלה נתנו את דעתם גם לשאלת תשלום דמי השכירות באותן נסיבות.

בשאלה זו, בדבר תוצאות מניעת השימוש במושכר על חובת תשלום דמי השכירות, נחלקו הראשונים והפוסקים מן הקצה אל הקצה. בקצה האחד עומדים ר"ש משאנץ[31] ורבו של הריטב"א[32] (הרא"ה), הטוענים שמאחר ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא", הרי שבעיקרון כל הסיכונים למניעת השימוש במושכר נופלים על השוכר, והוא חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות מלאים אף שיצא המושכר מכלל שימוש[33]. על גישה זו, שאינה הגישה המרכזית בין

[26] בבא מציעא עט ע"א. שאלת הגרסה בסוגיה זו, שעמדנו עליה בדיוננו על סעיף 10, הערה 173, אינה רלוונטית כאן.

[27] שם, עט ע"א-ע"ב.

[28] לדיון בסוגיה זו, ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, ליד ציון הערה 274. על מקורות אלה אפשר אולי להוסיף עוד את המשנה בבבא מציעא ט, ב, הקובעת: "המקבל שדה מחברו... אם אמר לו, חכור לי שדה בית השלחין זו או שדה בית האילן זה, יבש המעין ונקצץ האילן — מנכה לו מן חכורו". משנה זו אמנם אינה עוסקת בהרס מוחלט של המושכר, אולם עולה ממנה לכאורה המסקנה שפגיעה בשימוש גוררת אחריה פטור מתשלום בהתאם לירידת ערך ההנאה מן המושכר. לדיון בסוגיה זו, ראה בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 149 ואילך.

[29] ראה: בבא מציעא קג ע"א.

[30] ראה: בבא מציעא עח ע"ב. לעמדת החוק בשאלת הפקעת המושכר או החרמתו הזמנית, ראה: לרנר, סעיפים 185-186.

[31] מובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז. לבירור שיטת רש"י בעניין זה, ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, א(1), עמ' 328.

[32] חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה היכי דמי.

[33] זולת אם נגרם ההרס בנסיבות של "מכת מדינה". ראה: תשובות מיימוניות, שם. על הנימוקים המשפטיים לפטור מתשלום ב"מכת מדינה" לפי שיטה זו, ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, ליד ציון הערה 276. לשאלה כיצד בעלי גישה זו מתמודדים עם המקורות המפורשים שציינו זה עתה, בעניין חמור וספינה, ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, א(2), עמ' 330 (פסקה א).

פוסקי ההלכה, לא נרחיב כאן, אם כי יש לציין, שלדעת הסמ"ע[34], הביא הרמ"א שיטה זו בשם "יש אומרים".

בקצה השני עומדים הראב"ד והרשב"א[35]. לדעתם, כל מניעת שימוש הקשורה במושכר היא עילת פטור מתשלום דמי השכירות. כך לדוגמה בעניין שכירות בית, הרשב"א[36] קובע שהשוכר בית ונהרס באמצע תקופת השכירות, פטור מתשלום דמי השכירות משעת הנפילה. וכך הוא פוסק גם בעניין חמור שהוחרם. במילים אחרות, לעניין דמי השכירות, הסיכון למניעת השימוש הקשורה במושכר הוא סיכונו של המשכיר ולא של השוכר. דעה זו לא הוזכרה להלכה.

בתווך בין שתי הגישות הקיצוניות האלה עומדת גישת הרמב"ם. הוא אינו מטיל את כל הסיכון על השוכר, אבל גם אינו מטיל את כולו על המשכיר: מחד גיסא, בעניין בית שנפל, הרמב"ם פוסק[37] כמו הרשב"א: "בית זה אני משכיר לך, ואחר שהשכירו נפל, אינו חייב לבנותו, אלא מחשב על מה שנשתמש בו, ומחזיר לו שאר השכירות"[38]; מאידך גיסא, בעניין חמור שהוחרם, הוא פוסק[39] לכאורה כמו הר"ש משאנץ וסיעתו: "השוכר את הבהמה... נלקחה לאנגריא, אף על פי שאין סופה לחזור, אם נלקחה דרך הליכתה, הרי המשכיר אומר לשוכר, הרי שלך לפניך, וחייב ליתן לו שכרו משלם". זאת, על אף שהמושכר אינו עומד עוד לרשות השוכר, ואין בידו להשתמש בו[40]. במבט ראשון נראה לכאורה שעמדת הרמב"ם בסוגיה זו אינה עקבית[41], ואף על פי כן נפסקה ההלכה בשולחן ערוך[42] כדבריו. על כן נשתדל להסביר להלן את ההיגיון המשפטי בשיטתו.

[34] הסמ"ע (חו"מ, סימן שיב, ס"ק לד) מגיה את דברי הרמ"א בחו"מ, סימן שיב, סעיף יז, ולפי הגהתו, הרמ"א מביא שיטה זו להלכה בשם "יש אומרים". ואכן, כך עולה מדברי הרמ"א בדרכי משה, טור, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה; וסימן שכא, סוף ס"ק א. וראה השלמות, להלן, פרק חמישי, הערה 232.

[35] ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך וד"ה עוד כתב הרב.

[36] ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן ג. על היחס בין גישה זו לכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא", ראה להלן, השלמות, פרק חמישי, א(1), עמ' 328.

[37] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ו.

[38] וכך פסק גם שם, הלכה ב, ביחס לחמור שמת: "שכרה למשא, הואיל ואמר לו, חמור זה, ומת בחצי הדרך, אינו חייב להעמיד לו אחר, אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך, ומניח לו נבלתו". אולם לזה מסכים גם הר"ש משאנץ, ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, א(2), עמ' 330 (פסקה א).

[39] שם, הלכה א.

[40] יש אומרים שכך פסק גם הרא"ש (בבא מציעא, פרק ו, סימן י). ראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שי, ס"ק א; וביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ד — שהסיקו שזו דעת הרא"ש מתוך כך שהרא"ש הביא בדבריו את דברי התוספתא, בבא מציעא ז, ח: "השוכר את הפועל, וניזדמן לו אנגריא, לא יאמר לו, הרי זה לפניך, אלא נותן לו שכרו במה שעשה" (יש להעיר שנוסח זה של התוספתא שונה במקצת מן הנוסח שבפנינו). מדברי התוספתא אכן עולה שמשמע הביטוי "הרי זה לפניך" (שמשתמשת בו גם המשנה בבבא מציעא עח ע"א, ביחס לחמור שנלקח לאנגריא — "הרי שלך לפניך"), שהמשכיר (הפועל) תובע מהשוכר (המעביד) את מלוא התשלום המגיע לו על פי ההסכם, כשיטת הרמב"ם. וראה מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, ד"ה בד"א. ואולם השווה: תוספתא, בבא מציעא ח, לב־לג. וכן השווה: תוספתא, שם, הלכה ל (כפי שפורש בתוספות, ערכין כ ע"ב, ד"ה אע"פ), משם נראה שאין לביטוי זה אותה משמעות, ואם כך נופלת הראיה. ועדיין צריך עיון מהי שיטת הרא"ש. לשאלת גרסת התוספתא ופירושה, ראה: תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 253, הפירוש לשורות 45־46.

[41] לתמיהה זו יש להוסיף תמיהה נוספת: חיוב השוכר, כשהוחרם החמור, חל רק כשהייתה ההחרמה בדרך הליכתו של החמור, מהי אפוא הצדקת הפטור כשנלקח החמור שלא בדרך הליכתו? על חילוקי הדעות בין

מצאנו שלוש גישות עיקריות בהסבר שיטת הרמב״ם. המשותף לשלוש הגישות הוא, שכולן מסכימות שבעיקרון השוכר נושא בסיכון לאבדן השימוש במושכר כאשר ״מזלו גרם״, אולם הם חולקים בשתי שאלות: אימתי אפשר לקבוע שמזל השוכר גרם? ועל מי נטל ההוכחה בעניין זה? על השוכר, שיצטרך להוכיח שלא מזלו הוא שגרם, או על המשכיר, שיצטרך להוכיח שמזל השוכר הוא שגרם.

לדעת ר׳ משה בנבנשת, בעל שו״ת פני משה[43], ואחרים, שיטת הרמב״ם היא, שמאחר שזכות השוכר היא זכות קניינית, הרי שבעיקרון מניעת השימוש היא מזלו של השוכר. השוכר לא ייפטר אפוא אלא אם כן יוכיח שמניעת השימוש לא הייתה בגלל מזלו. יחד עם זאת, אם מניעת השימוש הייתה מחמת הרס המושכר או אבדנו, הסיכון הוא של המשכיר תמיד (כנראה משום שאם הייתה הפגיעה ברכושו של המשכיר, שגם הוא נשאר בעל זכות קניינית בנכס המושכר, אין מקום לומר שמזל השוכר הוא שגרם). על פי גישה זו, המבחן הקובע הוא מבחן קיום המושכר.

לדעת הסמ״ע[44], שיטת הרמב״ם היא, שאף שהשוכר הוא בעל זכות קניינית במושכר, הרי מאחר שגם המשכיר הוא בעל זיקה קניינית במושכר, בעיקרון מניעת השימוש היא מזלו של המשכיר. השוכר לא יחויב בתשלום, אלא אם כן יוכיח המשכיר שבנסיבות העניין מזל השוכר הוא שגרם. כך הוא לדוגמה, כשאבדן המושכר היה קשור לשימוש של השוכר. לדעת הסמ״ע, בכגון זה, גם הרס המושכר יכול להיזקף לחובת מזלו של השוכר. על פי גישה זו, המבחן הקובע הוא מבחן הקשר בין השימוש לפגיעה במושכר.

לדעת נתיבות המשפט[45], הרס המושכר או אבדנו הוא תמיד מזלו של המשכיר (אף שהיה קשור בשימוש השוכר, כמו לדעת ״פני משה״). מניעת השימוש (להבדיל מהרס המושכר או אבדנו) גם היא בעיקרון נחשבת למזלו של המשכיר, אלא אם כן יוכיח המשכיר שבנסיבות העניין מזל השוכר הוא שגרם, כגון שהיה קשר בין מניעת השימוש לשימוש (בעניין זה דעתו כדעת הסמ״ע). על פי גישה זו, שיטת הרמב״ם מבוססת על מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש.

להלן פירוט שלוש הגישות בדעת הרמב״ם ונימוקיהן:

הראשונים בפירושה של הבחנה זו (בין בדרך הליכה לשלא בדרך הליכה), הרחבנו בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 60 ואילך.

כאן יש להעיר, שבשו״ת פני משה (בנבנשת), חלק ב, סימן לב, נטען שגם ב״חמור זה״ שנלקח לאנגריא שלא בדרך הליכתו, דעת הרמב״ם היא שהשוכר חייב בתשלום מלוא דמי השכירות, שכן ההבחנה בין דרך הליכה לשלא בדרך הליכה אינה רלוונטית אלא בשכירות חמור סתם (״דלהרמב״ם גם כן בדאמר לו, חמור זה, לא שנא דרך הליכה [חסר כנראה: ולא שנא שלא בדרך הליכה], וחייב ליתן לו שכרו נמי משלם, אף על פי שאין סופה לחזור״ (סא ע״ג, ד״ה והבאתי)). אולם נראה, ש״פני משה״ הוא היחיד שהבין כך את דברי הרמב״ם, השווה לדוגמה: שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן מ; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו, ד״ה והשתא (אם כי בד״ה וראיתי, חזר בו); שו״ת אדמת קודש (מזרחי), חלק א, חו״מ, סימן סז; שו״ת קול אליהו (ישראל), סימן כט. לכן, לרוב מפרשי הרמב״ם, השאלה שהעלינו בתחילת ההערה במקומה עומדת, ובהמשך נציע לה פתרון.

[42] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שי, סעיפים א־ב; וסימן שיב, סעיף יז.

[43] שו״ת פני משה (בנבנשת), חלק ב, סימן לב (סא ע״ג), ד״ה והבאתי. וראה ביתר הרחבה להלן.

[44] סמ״ע, חו״מ, סימן סימן שכא, ס״ק ו. וראה ביתר הרחבה להלן.

[45] נתיבות המשפט, סימן שכא, ס״ק א. וראה גם, שם, סימן שי, ס״ק א־ב. וראה ביתר הרחבה להלן.

(ב) מבחן קיום המושכר (״פני משה״ ו״מחנה אפרים״)

בעל שו״ת פני משה[46] סבור שהעיקרון בשיטת הרמב״ם הוא, שכל זמן שהמושכר קיים, ולא יצא מכלל שימוש[47], השוכר חייב בתשלום דמי השכירות, בין שהשוכר מסוגל לעשות בו שימוש בין שהדבר נמנע ממנו בעל כורחו. אין השוכר פטור מתשלום, אלא אם כן אבד המושכר או נפגם באופן המוציא אותו מכלל שימוש. על פי מבחן זה, מובן שבהחרמת החמור (״נלקחה לאנגריא״), המשכיר יכול לטעון כנגד השוכר, שנמנע ממנו השימוש במושכר: ״הרי שלך לפניך, ומזלך גרם [כלומר, ההפסד הוא שלך]״, שכן המושכר קיים, ואף לא יצא מכלל שימוש. לעומת זאת, בבית שנפל, מאחר שהמושכר אינו קיים עוד, המשכיר אינו יכול לתבוע את דמי השכירות.

מבחן הקיום, כפי שמציע אותו ״פני משה״, אם כי יש בו כדי ליישב את ההלכות הסותרות של הרמב״ם, הרי עדיין הוא טעון ביאור נוסף. הלוא הרמב״ם עצמו מגדיר את השכירות כזכות חפצית (מכירת גוף המושכר לעניין זכות השימוש בו לזמן[48]). אם כן, מדוע אינו מגיע למסקנה שהגיעו אליה הר״ש משאנץ ורבו של הריטב״א, ואינו מחייב את השוכר בתשלום גם כשהמושכר אינו קיים עוד? מדוע לא יוכל גם אז המשכיר לומר לשוכר: ״מזלך גרם, וקניינך הוא שאבד״? להלן הפתרון שמציע ״מחנה אפרים״[49] לשאלה זו: אמנם השוכר רוכש זכות קניינית במושכר, אולם זכות זו מוגבלת בהיקפה, ואין הוא קונה אלא ״גוף לפרותיו״: השוכר אינו רוכש בעלות מלאה במושכר אלא רק זכות שימוש והחזקה בו. להוציא זכויות אלה, הבעלות בגוף המושכר נותרת ביד המשכיר. אשר על כן, מבחן הקיום שמציע ״פני משה״ הוא כמעט מחויב ההיגיון המשפטי: השוכר, כמו כל קונה אחר, נושא בסיכונים הנוגעים לזכות שרכש, ולא יותר. לכן כשנפגע רק השימוש, אין לו עילה להיפטר מתשלום, זולת אם יעלה בידו להוכיח שהפגם היה קורה גם אם היה המושכר נשאר בהחזקתו של המשכיר (ראה להלן). לעומת זאת, כשהפגיעה היא בגוף המושכר, כלומר בנכס של המשכיר, מן הדין שהמשכיר הוא שיישא בהפסד, שכן רכושו הוא שנפגע. ומאחר ש״ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף״, הרי ש״לא זכה המשכיר בשכירות, שלא דר בו השוכר״[50].

כפי שראינו, על פי גישה זו, כאשר נמנע השימוש (להבדיל מאבדן גוף המושכר), כגון כשהחמור שהושכר הוחרם על ידי השלטונות, ההנחה היא ש״מזל השוכר גרם״, כלומר שזהו סיכונו של השוכר. השוכר לא יוכל להיפטר מן התשלום אלא אם כן יעלה בידו להוכיח

[46] שו״ת פני משה (בנבנשת), חלק ב, סימן לב (סא ע״ג), ד״ה והבאתי. והשווה: ט״ז, חו״מ, סימן שכא, סעיף א, ד״ה והא דאמרינן. לדעתנו, אף שהט״ז אינו מפנה לשו״ת פני משה, ניכר מדבריו שהוא נוקט אותה שיטה. לניסוח שיטת הט״ז, ראה: ערוך השולחן, חו״מ, סימן שכא, סעיף ט.

[47] כאשר נפגם גופו של המושכר, ואינו ראוי עוד לשימוש שלשמו הושכר, דינו כמושכר שאינו קיים, אף שפיזית עדיין הוא קיים. כך המצב, לדוגמה, לפי רבים ממפרשי הרמב״ם, בחמור שהושכר לרכיבה, וחלה (רמב״ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א; שולחן ערוך, חו״מ, סימן שי, סעיף א). וראה לעניין זה, דיוננו על סעיף 10, הערה 35, והערה 44.

[48] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 11.

[49] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו. הדברים שאנו מציעים להלן אינם מפורשים בדבריו של ״מחנה אפרים״; הם נובעים מניתוח דבריו, שהובא בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 95.
לשאלה זו הוצעו פתרונות אחרים, ומן הראוי להשוות אותם לפתרונו של ״מחנה אפרים״. ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, ב, עמ׳ 337.

[50] ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ג.

שבנסיבות העניין, מניעת השימוש לא הייתה במזלו. לדוגמה, אם הוא יַראה שלא רק חמורו הוחרם, אלא הוחרמו כל החמורים של אותו מקום — "מכת מדינה" — הרי שאז יוכח שלא מזלו גרם, שהרי גם אם החמור היה נשאר בידי המשכיר הוא היה מוחרם. לפי גישה זו, ההבחנה בין חמור שנלקח לאנגריא "בדרך הליכתו" ובין חמור שנלקח לאנגריא "שלא בדרך הליכתו" זהה אפוא להבחנה בין מכה פרטית ובין "מכת מדינה"[51].

גישת בעל "פני משה" באה לידי ביטוי בתקדים הבא[52]: בשנת 1732, ביקר ווזיר בירושלים, ובא להתפלל על הר־הבית. כשראה נשים עומדות בחלון, ומשקיפות אל עבר ההר, שאל אודותן. משנאמר לו שדיירי הבתים הם יהודים ששכרו את הדירות המשקיפות על הר־הבית, ציווה מיד לסלק את היהודים מן הבתים, ואסר עליהם לגור שם. בעלי החזקה בבתים (שגם הם היו יהודים) תבעו מהשוכרים שסולקו מהבתים את מלוא דמי השכירות בטענה שמזלם גרם, והם, המשכירים, אינם צריכים לשאת בהפסד הסילוק. השוכרים טענו לעומתם, שמאחר שנאסרו עליהם המגורים בבתים על ידי הווזיר, אין לדרוש מהם שכר דירה. הסכסוך בין המשכירים (בעלי החזקות) והשוכרים הגיע להכרעה לפני ר' נסים חיים משה מזרחי, בעל שו"ת אדמת קודש, אשר פסק שלכאורה הדין עם המשכירים[53], ונימוקו: "דכשהבית קיימת,

[51] ואמנם כך פירש את העניין מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו, ד"ה והשתא: "כל שמחפשים בבתים, הרי זה מכת מדינה... שאפילו לא היה שוכרה זה, היתה נלקחת, שכן מחפשים ולוקחים כל החמורים" (לניתוח דרכו של "מחנה אפרים" בפירוש סוגיית חמור שנלקח לאנגריא, ראה עוד, דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 95 ואילך, וראה עוד להלן). כך פירש גם הט"ז (לעיל, הערה 46): "אם מחפשים הבהמות... אז ההפסד על בעל החמור, והטעם כתבו התוספות שם, דאז לאו מזליה של השוכר גרים כו', והיינו ממש טעמא דמכת מדינה". וכך פירש את העניין גם בשו"ת אדמת קודש (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן סז, ד"ה ומעתה: "ואם שלא בדרך הליכתו, דהיינו שהיו מחפשים בבתים, הוי פסידא דמשכיר, דהא אף אם לא היתה ביד השוכר, היתה נאחזת מבית המשכיר. דאי לא הוי מכת מדינה, ודאי דכל הפסידא הויא דשוכר". והשווה: דברי "חזון איש" המובאים בהשלמות, להלן, פרק חמישי, ב, עמ' 337. על מכה פרטית ו"מכת מדינה", ראה עוד להלן, פרק שלישי, ב(3), עמ' 313.

לסברה זו, השווה גם: אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, ד"ה ונראה וד"ה והנה: "אם מתה הבהמה, או נטבעה הספינה, אינו חייב השוכר לשלם, דאף שקנה על שכירות [צ"ל: לשכירות. כוונתו היא כנראה שאף שיש לשוכר זכות קניינית במושכר], מכל מקום לא דמי למכירה. דכשקנה הלוקח, כבר נתחייב בדמים, ואם מתה, מתה ללוקח. אבל שוכר לא קנה אלא לזה שישתמש בדבר השכור, וישלם דמי התשמיש, וכשמתה הבהמה, או נטבעה הספינה, אין בשביל מה לחייבו... ועכשיו מבואר שיטת הרמב"ם גבי נעשית אנגריא, דאף שאין סופה לחזור, מכל מקום צריך לשלם, משום דבאמת כל זמן שהבהמה קיימת, אלא שאינו יכול להשתמש בשביל שלקחוה לעבודת המלך, כיון שאין מחפשין בבתים, לא הוי בגדר מכת מדינה, ולכן אמרינן בזה, מזל השוכר גרם, והיינו דמזלו גרם שאינו יכול להשתמש בה. ולא הוי כמו מתה הבהמה, דמצד הבהמה אין כאן חסרון, ולכן חייב לשלם כל השכירות, כיון שכבר קנה הבהמה לשכירות, וההיזק שלו". מדברי "אבן האזל" עולה שחיובו של השוכר הוא אפילו כשהוחרם המושכר לצמיתות. והשווה להלן, הערה 69, בשיטת "נתיבות המשפט".

[52] התקדים לקוח מתוך שו"ת אדמת קודש (מזרחי), חלק א, חו"מ, סימן סז. בפסק זה חולק המשיב על דעתו של המבי"ט. על דעת המבי"ט, ראה להלן, ליד ציון הערה 71.

[53] הספק הוא שאולי זהו מקרה של "מכת מדינה". מקור הספק הוא, שנראה לו שיש מחלוקת בין רש"י (בבא מציעא קה ע"ב, ד"ה רובא דבאגא) לרמב"ם (הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ה. וראה מגיד משנה, שם, ותוספות יום טוב, בבא מציעא ט, ג) בהגדרת "מכת מדינה". לכן הכריע, ש"ממונא — היכא דקאי, ליקום", כלומר, אף צד אינו יכול להוציא כסף מהצד שכנגד: אלה מבין המשכירים שעדיין לא קיבלו דמי שכירות בעד התקופה שלאחר הסילוק, לא יוכלו לתבוע אותם; ואלה מבין השוכרים שכבר הקדימו את דמי השכירות, לא יוכלו לקבל את כספם חזרה.

פסידא דשוכר דוקא, ולא דמשכיר, דהרי אומר לו, 'הרי שלך לפניך, ומזלך גרם. אני מה הפסדתיך? הרי כל קניינך לפניך'. דמשעה שמסר לו הבית, ולא נשאר גבי משכיר לעשות לו שום דבר, נתחייב השוכר בכל דמי השכירות תכף ומיד באותה שעה. ואם השוכר נאנס, שלא דר בבית מפני אונס דאתי ליה מעלמא [אונס שנגרם כתוצאה מנסיבות שמחוץ למושכר], ודאי דהוי פסידא דשוכר, דמזלו גרם, דקיימא לן 'שכירות ליומיה — ממכר', ונסתחפה שדיהו של שוכר"[54].

נביא כאן תקדים נוסף. שו"ת משפט צדק[55] דן באדם ששכר דירה הנמצאת מעל חנות, ואף היא בבעלותו של המשכיר, והייתה מושכרת לאדם אחר. לאחר זמן, גורש שוכר החנות שמתחת לדירה מחנותו על ידי גוי אלים. שוכר הדירה שמעל החנות מבקש עתה לבטל את החוזה ולעזוב את הדירה ששכר מפחד הגוי השוהה כעת בחנות שמתחתיו. באותה תשובה מובאת חוות דעתו של ר' יוסף ן' עזרא[56]. לדעתו, אין לפטור את השוכר מחובת תשלום, ונימוקו: "אבל בנידון דידן, שהבית הוא על תילו, ולא בא האונס מחמת גוף הבית, אלא מחמת הגוים הדרים בחנות, וכל כי האי מילתא [=בכגון זה], מאן נימא לן [=מי יאמר לנו], שלא יהיה מזלו של השוכר גורם דבר זה. ולזה צריך להביא ראיה, כדי שיתקיים הדין יפה". כלומר, מאחר שהבית עצמו לא נפגם כלל, העובדה שהשימוש נמנע מן השוכר אינה מספיקה כשלעצמה כדי לפטור אותו מתשלום.

(ג) מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר (סמ"ע)

בדיוננו על סעיף 10, כבר ראינו[57] שבחמור שנלקח לאנגריא, ישנם פרשנים שלא הסבירו את ההבחנה בין "דרך הליכה" ל"שלא דרך הליכה" כהבחנה בין מכה פרטית ל"מכת מדינה". לפי אותם פרשנים, ההסבר בשיטת הרמב"ם אינו יכול להתמצות בהבחנה בין מושכר שעודנו קיים לבין מושכר שנהרס, שהרי חמור שנלקח לאנגריא שלא בדרך הליכתו עודנו קיים, ואף על פי כן השוכר פטור מתשלום, אף שההחרמה לא הייתה בנסיבות של "מכת מדינה". יש אפוא לחפש הסבר אחר להבחנה שעושה הרמב"ם בין שכירות למכר, וכן יש להסביר מדוע לפעמים מניעת השימוש במושכר פוטרת את השוכר מתשלום דמי שכירות (כגון בחמור שהוחרם "שלא בדרך הליכתו"), ולפעמים לא (כגון בחמור שהוחרם "בדרך הליכתו").

לשם כך, נביא כאן את דבריו של מהר"ם מפאדווה[58]: "ואף שבמקח, דוקא כי היה בו מום קודם המקח, הוא דיכול לחזור בו משום מקח טעות, אבל אם נולד אחר כך, מפסיד הלוקח. שם [במכר] הדין הוא כך, דברשות הלוקח הוא לגמרי. אבל שכירות, אף כי הוא ממכר ליומא,

[54] לדברי פוסק זה, השווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו.

[55] שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא. והשווה גם: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מב. בתשובה זו דן המשיב בעניין מי ששכר רחיים המופעלים בכוח זרימת המים בנחל הסמוך. כתוצאה מייבוש הנחל, נמנע השימוש ברחיים. מדברי המשיב עולה, שאילולי היה זה "מכת מדינה", כלל לא ברור שהיה פוטר את השוכר מתשלום. מכאן אפשר להסיק, שגם הוא נוקט את מבחן קיום המושכר, שמאחר שהמושכר (הרחיים) קיים, אין עילה לפטור את השוכר בגין מניעת השימוש, זולת ב"מכת מדינה".

[56] שם, (סה ע"ד). התשובה נתפרסמה לאחרונה בנפרד, בשו"ת ר' יוסף ן' עזרא, בהוצאת יד הרב ניסים, ירושלים התשמ"ט, סימן מ.

[57] סעיף 10, ליד ציון הערה 79 ואילך (דרכו של הסמ"ע), וליד ציון הערה 83 ואילך (דרכו של "נתיבות המשפט").

[58] שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט. על נסיבות המקרה שדן בו מהר"ם מפאדווה, ראה להלן, ליד ציון הערה 103. וראה עוד על תשובה זו, להלן, ליד ציון הערה 163.

כמפורסם, מכל מקום, גם למשכיר שייכא ביה, כי שלו הוא, כאשר ביאר הר"ן בפרק המקבל[59]". במילים אחרות: אמנם השכירות היא כמכירה לזמן, אולם היא אינה מכירה ממש, שכן, שלא כבמכר, המושכר נשאר בבעלותו של המשכיר. עובדה זו, לפי מהר"ם מפאדווה, היא המסבירה מדוע כאשר המושכר נפגם, השוכר אינו צריך לסבול מכך. אולם הסבר זה עצמו טעון ביאור שכן, כפי שראינו לעיל, גם "פני משה" ו"מחנה אפרים" עמדו על מהותה המיוחדת של השכירות, ובכל זאת הגיעו למסקנה שונה. לשם כך, ניעזר בדבריהם של הסמ"ע ו"נתיבות המשפט", שכבר דננו בהם במסגרת דברינו על סעיף 10.

הסמ"ע[60] מסביר: "דוקא במכר, אם היה נעשה בו המום אחר כך, הוא דאמרינן דבמזלו דהלוקח נעשה בו המום, מה שאין כן בשכירות, דשייך בו גם המשכיר, אין שייך לומר דהמום והקלקול שנעשה אחר כך בהשכירות דנעשה על ידי מזל רע דהשוכר, דלמא במזל רע דהמשכיר נעשה[61]. משום הכי שניהם יכולים [כל אחד] לחזור בו, דהיינו: השוכר מליתן שכירות בשלימות, והמשכיר יכול לחזור בו מליתן לו בפחות מהסך ששכרוהו"[62]. לפי הסמ"ע, כמו לפי "מחנה אפרים", שראינו לעיל[63], ייחודה של עסקת השכירות הוא באופי החלקי של זכויות השוכר במושכר. בשכירות, גם השוכר וגם המשכיר הם בעת ובעונה אחת בעלי זיקה וזכויות במושכר. הבעלות על המושכר נשארת בידי המשכיר, ואילו זכות השימוש בו היא בידי השוכר. לעיל ראינו, שגם "מחנה אפרים" בנה על יסוד זה את הסברו בשיטת "פני משה". אולם לדעת הסמ"ע, המבחן שעל פיו יש לקבוע על כתפי מי יפול הסיכון של אבדן המושכר או מניעת השימוש בו אינו השאלה מיהו הנפגע (בעל זכות השימוש או בעל זכות הבעלות)? אלא השאלה בעטיו של מי נגרמה הפגיעה במושכר? אם נגרמה הפגיעה במושכר בגלל שימושו של השוכר, על השוכר להפסיד, גם אם נהרס המושכר; אם נגרמה הפגיעה בלא קשר עם השימוש, אף שלא נפגם אלא השימוש, מאחר שהמושכר עודנו רכושו של המשכיר, רואים את ההפסד כנגרם בעטיו של המשכיר[64], שכן "מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי

[59] כוונתו לחידושי הר"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה ודאמרינן, שם כתב הר"ן בעניין חוכר שדה, כלומר מי ששכר שדה ובתמורה הוא מתחייב להעביר למחכיר כמות מסוימת של פֵּרות. הר"ן מעיר שם דברים בעניין ההבדל בין חכירה למכר: "דכיון שהבעלים נוטלים חלק בפירות, אכתי שייכי בקרקע, מה שאין כן במוכר, שכיון שנגמר המכר, נסתלק [המוכר] לגמרי". אמנם כשהמושכר אינו שדה נעבד אלא נכס העומד לשימוש גרידא, למשל דירת מגורים, המשכיר אינו נוטל פרות אלא דמי שכירות. אולם נראה, שלפי מהר"ם מפאדווה, דמי שכירות אלה הם "פרות" הדירה, ועל כן גם בשכירות זו, נכון לומר שעדיין יש זיקה בין המשכיר למושכר. ראה: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מב, ד"ה ומה, שהעיר על כך.

[60] סמ"ע, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ו. על שיטת הסמ"ע בעניין זה, ראה ביתר הרחבה בדברינו על סעיף 10, ליד ציון הערה 79 ואילך.

[61] בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא, הוסיף: "יחזור בו [השוכר], ונראה מה יהיה מזלו של המשכיר ההוא, אם יסור מעליו נגע המום ההוא".

[62] לסברה זו הסכימו: שו"ת מהרי"א הלוי (איטנגיא), חלק ב, סימן נה; ושו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא. סברה דומה הועלתה גם בשו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סה ע"א, דברי ר' שלמה ן' חסון, בתירוצו השני).

[63] לעיל, ליד ציון הערה 49.

[64] נדגיש שוב, שלשו"ת פני משה (לעיל, הערה 46), לשו"ת אדמת קודש (לעיל, הערה 52), ו"למחנה אפרים" (לעיל, הערה 49), שנקטו במבחן קיום המושכר, יש נקודת מוצא הפוכה. הם טוענים, שמאחר שהשוכר הוא בעל זכות השימוש במושכר, ההנחה היא שכאשר המושכר קיים, אם נמנע מן השוכר להשתמש בו, הרי מניעת השימוש קשורה בו ולא במשכיר.

התם" [=מה לי כאן, מה לי שם. היינו שהפגיעה הייתה קורית בכל מקום]. כלומר, לדעת הסמ"ע, בניגוד לדעת "פני משה" וסיעתו, אין צורך ב"מכת מדינה" כדי לקבוע שהפגם היה קורה גם אם היה נשאר בחזקתו של המשכיר. הנחת היסוד היא, שהפגם היה קורה גם ברשותו. אם המשכיר טוען שהפגם נגרם בגלל השוכר, ועל כן על השוכר לשאת בהפסד, עליו נטל ההוכחה. אם יצליח המשכיר להראות קשר בין שימושו של השוכר ובין הפגיעה במושכר או מניעת השימוש בו, רק אז יוטל הסיכון על כתפי השוכר (נדגיש שאין מדובר כאן ב"קשר סיבתי" במובן של אחריות בנזיקין, אלא בקשר עובדתי אובייקטיבי, אפשר אולי לומר "קשר נסיבתי"). אם לא יצליח, יישא הוא בהפסד[65].

לאור האמור עד כה, מובנת דעתו של הסמ"ע[66], שאם נלקח החמור באנגריא "בדרך הליכתו" (כלומר, על פי הבנתו, בעקבות השימוש), אפילו אם נלקח לצמיתות (כלומר, שלא נפגם רק השימוש במושכר אלא שאבד גוף המושכר), השוכר חייב להמשיך ולשלם את דמי השכירות. לעומת זאת, כאשר נלקח החמור "שלא בדרך הליכתו" (כלומר, בלא קשר עם השימוש), כי אז, מאחר שלא היה קשר בין שימושו של השוכר לבין אירוע ההחרמה, דינו כמת. דהיינו, יש לתלות את ההחרמה במזלו של המשכיר, וזאת אף אם לא נפגמה אלא אפשרות השימוש בו (כגון שההחרמה אינה לצמיתות אלא רק למשך תקופת השכירות).

(ד) מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש ("נתיבות המשפט")

מדברי "נתיבות המשפט"[67] עולה הצעה אחרת להבנת גישתו של הרמב"ם, המצרפת יחד את שני המבחנים הקודמים, זה של "פני משה" וזה של הסמ"ע. גישת "נתיבות המשפט" מבוססת גם היא על העובדה שלשוכר אין במושכר אלא זכות שימוש, ואילו גוף המושכר עצמו נשאר בבעלותו של המשכיר. לדעת "נתיבות המשפט", כדי לקבוע מי צריך לשאת בסיכון של מניעת השימוש, המבחן אינו רק השאלה "בעטיו של מי נגרם הפגם?", כפי שטוען הסמ"ע, אלא הוא קודם כול השאלה "במי פגע הפגם?", כמו שסבור "פני משה". נסביר: ככל קונה זכות, על השוכר לשאת בסיכונים הנוגעים לזכות שרכש, היינו לזכות השימוש[68]. לעומת זאת, אין כל סיבה שיישא השוכר בסיכונים לפגיעה בגוף המושכר או אבדן הבעלות עליו. בעל המושכר הוא המשכיר, לכן מן הדין שהוא יישא בסיכונים אלה. במילים אחרות, בכגון זה, ודאי שמזל המשכיר גרם. על פי המבחן האמור, ברור מחד גיסא, שבבית שנפל או בחמור שמת, השוכר פטור מתשלום, גם אם היה קשר נסיבתי בין השימוש לבין האבדן. מאידך גיסא, כאשר לא נפגמה אלא זכות השימוש שרכש, השוכר הוא הנושא לכאורה בסיכון, והוא יהיה חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות מלאים, כמו, לדוגמה, בחמור שנלקח לאנגריא[69]. אולם לחיוב

[65] נעיר כבר עתה, שלפי זה, הסמ"ע יצטרך לתת הסבר אחר למושג "מכת מדינה". ואכן הוא עושה כן, ראה להלן, ליד ציון הערה 163.

[66] סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק ב.

[67] נתיבות המשפט, סימן שכא, ס"ק א. וראה גם, שם, סימן שי, ס"ק א־ב. על שיטת "נתיבות המשפט", ראה ביתר הרחבה, דברינו על סעיף 10, ליד ציון הערה 83 ואילך.

[68] אמנם לפי "נתיבות המשפט", השכירות אינה זכות קניינית. עם זאת, לעניין זכות השימוש, דין השוכר כדין בעלים. וכבר הערנו על כך בדיוננו על סעיף 10, הערה 94.

[69] ברור שאם נלקח החמור לצמיתות, או נגנב, מאחר שהפסיד המשכיר את חמורו, פטור השוכר מלשלם. עד לנקודה זו, "נתיבות המשפט" צועד בדרך שנסללה כבר על ידי שו"ת פני משה (לעיל, הערה 46), שצעדו בה גם שו"ת אדמת קודש ו"מחנה אפרים" (אם כי, השווה לעיל, הערה 51, בעניין החרמה לצמיתות). אולם

זה ישנו סייג, והוא שאם מניעת השימוש לא הייתה קשורה בשימוש (כגון שהוחרם החמור "שלא בדרך הליכתו"), כי אז פטור השוכר מלשלם, משום שאין הצדקה להטיל על השוכר סיכון שהיה קורה גם אם היה המושכר נשאר בחזקתו של המשכיר ("מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם"). במילים אחרות, במה שנוגע לפגיעה בגוף המושכר (הבעלות של המשכיר), "נתיבות המשפט" מסכים עם "פני משה"; ואילו במה שנוגע לפגיעה בזכות השימוש, "נתיבות המשפט" מסכים עם הסמ"ע. בדיוננו על סעיף 10 הערנו, ש"נתיבות המשפט" משתמש גם הוא בטיעון "מזלך גרם", אלא שלדעתו משמעות הטיעון אינה רק "בגללך אירע הפגם" (כמו לסמ"ע) אלא גם "בך" או "בשלך פגע הפגם"[70].

נמצא, שלפי "נתיבות המשפט", השוכר חייב לשלם דמי שכירות, אף שנמנע ממנו השימוש, רק כשמתקיימים שני התנאים: המושכר קיים וראוי לשימוש; מניעת השימוש במושכר הייתה בעקבות השימוש.

גישה דומה לגישתם של הסמ"ע ושל "נתיבות המשפט" בהבנת הרמב"ם עומדת ביסוד פסקו של המבי"ט[71] בעניין אישה שגורשה מהבית ששכרה. מקרה זה דומה למקרה שנידון בשו"ת אדמת קודש, שראינו לעיל[72]. לדעת המבי"ט, מאחר שבשימושה לא תרמה השוכרת לגירושה מן הבית, הרי שמניעת השימוש צריכה לבוא על חשבון המשכיר ולא על חשבונה: "דכל שלא בא מחמת השוכר, הוי כנפל, דאף שלא בא גם כן מחמת המשכיר, מזלו גרם, דקרקע ברשותיה קיימא". לכן על המשכיר להחזיר לשוכרת את דמי השכירות ששילמה מראש עבור כל אותה תקופה שנמנע ממנה השימוש בדירה ששכרה. אגב נציין, שגם "נתיבות המשפט"[73] פסק במפורש, ומאותו נימוק, ששוכר שגורש מן המושכר, פטור מדמי שכירות. עוד נציין, שלפני בעל שו"ת אדמת קודש, שהוזכר לעיל, עמד פסקו של המבי"ט, והוא דחה אותו. הוא העדיף את מבחן קיום המושכר, ועל כן פסק שהדין עם המשכיר, ושבעיקרון יש לחייב את השוכר לשלם דמי שכירות מלאים. קשה לדעת בוודאות אם דעת המבי"ט כדעת הסמ"ע או כדעת "נתיבות המשפט". אולם מתוך תשובתו נראה[74] שדעתו קרובה יותר לדעת "נתיבות המשפט". כלומר, אם אבד המושכר, אף שהיה זה בקשר נסיבתי לשימוש, השוכר פטור מתשלום.

גם כאן יש מקום לציין את התשובה שהזכרנו לעיל[75], בעניין שוכר שנאלץ לנטוש את

דרכיהם נפרדות בעניין חמור שנלקח שלא בדרך הליכתו, כלומר (לפי הבנת "נתיבות המשפט"), במניעת שימוש שאינה קשורה בשימוש. שם מתברר, ש"נתיבות המשפט" אינו מאמץ את מבחן קיום המושכר כמבחן בלעדי לקביעת חובתו של השוכר להמשיך ולשלם את דמי השכירות, אלא הוא מאמץ גם את מבחן הקשר הסיבתי, שהסמ"ע דוגל בו. ראה בסמוך. לדברינו כאן, בניתוח שיטת "נתיבות המשפט", השווה: גידולי שמואל (ניימן), בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והנה הנתיבות.

70 "מזלו של השוכר גרם, דבדידיה נעשה האונס", נתיבות המשפט, סימן שכא, ס"ק א.

71 שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ. השווה: משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קפ, שדן במקרה דומה (אך לא הפנה לשו"ת המבי"ט).

72 לעיל, ליד ציון הערה 52.

73 נתיבות המשפט, סימן שי, ס"ק ב. וכך עולה גם משו"ת קול אליהו (ישראל), סימן כט. שם דובר על שוכר, שלאחר שנסע לרגל עסקיו, הוחרם המחסן ששכר. המשיב מוסיף, שבמקרה המסוים, יש מקום לחייב את השוכר, משום שאילולי עזב את המקום, הוא היה יכול, בהיותו נתין זר, לערב את הקונסול של מדינתו ולמנוע את ההחרמה. לכן יש מקום לומר שמזלו גרם, כלומר שהיה קשר בין אופן השימוש להחרמה.

74 כך העלינו בדברינו על סעיף 10, הערה 106.

75 שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא. הוזכר לעיל, ליד ציון הערה 55.

הדירה ששכר מפחד הגוי שפלש לחנות שמתחת לאותה דירה. אחד המשיבים על שאלה זו, ר׳ שלמה הכהן (מהרש״ך), מגדולי ההוראה בתורכיה בסוף המאה הט״ז, פוסק לטובת השוכר, ואחד מנימוקיו הוא[76]: ״היה מקום לומר... כי הנה זה הבית נתקלקל אצלו מחמת פחדו מסכנת התוגר [התורכי]... והיה מקום לומר שהמשכיר היה חייב לתקן ולהעמיד לשוכר בית המושכר בשקט ובבטחה בלי פחד סכנה שחושש שימשך לו מהתוגר. ואם אינו יכול להוציאו, כי אפשר שיצטרך להוצאה גדולה, מסתייה [=די לו]. כבוד גדול נעשה לו, שיתרצה ויתפייס שוכר, שיצא מהבית ולא יערער על יציאתו, ולא נכרחהו שיוציא התוגר מהבית״. מתוך הדברים ניכר שגם פוסק זה לא קיבל את מבחן קיום המושכר, אם כי גם כאן קשה לדעת איזו מן השיטות עומדת ביסוד דבריו, זו של הסמ״ע או זו של ״נתיבות המשפט״.

(ה) סיכום

כפי שכבר הזכרנו לעיל, גישת הרמב״ם היא שנפסקה להלכה בשולחן ערוך[77]. לפי מה שראינו, את הפסק הזה אפשר להבין בשלושה אופנים שונים: כמו ״פני משה״ (מבחן הקיום); כמו הסמ״ע (מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר); כמו ״נתיבות המשפט״ (מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש) — ולכל הבנה השלכות משפטיות שונות[78]. נסכם בקצרה את שלוש הגישות האלה בהבנת שיטת הרמב״ם:

1. מבחן קיום המושכר (הרמב״ם, לפי הבנת ״פני משה״ וסיעתו) — על אף השכירות, המשכיר הוא עדיין הבעלים של גוף המושכר, אשר על כן הוא נושא בסיכון של אבדן המושכר. לעומת זאת, כשעדיין המושכר קיים, ורק אפשרות השימוש בו נמנעת מן השוכר, מאחר שהשוכר הוא בעל זכות השימוש במושכר, מן הדין שהוא יישא בסיכון. הייתה מניעת השימוש בנסיבות של ״מכת מדינה״, נופל הסיכון על כתפי המשכיר, משום שאז ברור שמניעת השימוש קשורה בבעלות המשכיר ולא בזכות השימוש של השוכר, שהרי כל הבעלים שבאזור ניזוקו גם הם.

2. מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר או מניעת השימוש בו (הרמב״ם, לפי הבנת הסמ״ע) — אף שהשוכר הוא בעל זכות השימוש במושכר, מאחר שהבעלות במושכר עדיין היא של המשכיר, הרי כל מה שקורה למושכר הוא סיכונו שלו, זולת אם יוכיח קשר נסיבתי בין שימושו של השוכר לבין הפגיעה במושכר. בהעדר קשר כזה, ההנחה היא שאבדן המושכר או מניעת השימוש בו היו קורים גם אם המושכר היה נשאר בחזקתו של המשכיר

[76] שו״ת משפט צדק, שם (סד ע״ב — ע״ג).

[77] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שי, סעיפים א־ב; שם, סימן שיב, סעיף יז.
נציין כאן, שישנם ראשונים שברור לנו שלא נקטו בשיטת הר״ש משאנץ והריטב״א, אולם אין לקבוע אם דעתם כדעת הראב״ד והרשב״א או כדעת הרמב״ם, משום שלא הגיעה אלינו דעתם בעניין חמור שנלקח לאנגריא: תוספות, בבא מציעא קטז ע״ב, ד״ה אי (בעניין עלייה שנפלה); רא״ש, בבא מציעא, פרק שמיני, סימן לה (בעניין בית שנפל. וראה מה שהערנו לעיל, הערה 40); חידושי הר״ן, בבא מציעא קג ע״א, ד״ה היכי דמי (בעניין בית שנפל).

[78] נציין שהרמב״ן פוסק גם הוא כמו הרמב״ם. בעניין בית שנפל, הוא פוסק שהשוכר אינו משלם אלא עד הנפילה. ראה: חידושי הרמב״ן, בבא מציעא קג ע״א, ד״ה אי דא״ל בית זה. ובעניין חמור שנלקח לאנגריא, הוא פוסק שהשוכר חייב לשלם דמי שכירות מלאים. ראה שם עט ע״א, ד״ה ומפרקינן. אך קשה לדעת באיזו מבין שלוש הגישות הוא נוקט: זו של ״פני משה״, זו של הסמ״ע או זו של ״נתיבות המשפט״. אם כי, לפי פירושו בסוגיית חמור שנלקח לאנגריא, נראה שדעתו קרובה יותר למבחן שהציעו הסמ״ע ו״נתיבות המשפט״, שכן הוא אינו רואה בחמור שנלקח לאנגריא שלא בדרך הליכתו ״מכת מדינה״.

(״מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם״), ועל כן אין כל הצדקה שיקבל המשכיר תשלום עבור מה שאין לו. לשון אחר: לפי הסמ״ע, אין צורך ב״מכת מדינה״ כדי ליצור זיקה בין הפגם למשכיר; זיקה כזו מתקיימת גם במכה פרטית, ובלבד שלא הופרכה על ידי הוכחת קשר בין שימושו של השוכר ובין אירוע הפגם.

3. מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש או המבחן הכפול (הרמב״ם, לפי הבנת ״נתיבות המשפט״) — פגם שפוגע בבעלותו של המשכיר הוא תמיד סיכונו של המשכיר, יהיו נסיבות הפגם אשר יהיו (וזאת מאותו נימוק שהעלה ״פני משה״ — מבחן הקיום). באשר לפגם שאינו פוגע אלא בזכות השימוש, הרי לא יהיה זה סיכונו של השוכר, אלא אם הוכח קשר בין שימושו במושכר לבין מניעת השימוש (וזאת מהנימוק שהעלה הסמ״ע — מבחן הקשר). רק כשמתקיימים שני המבחנים גם יחד (מבחן הקיום ומבחן הקשר), אפשר לומר שרכושו של השוכר הוא שנפגע, ואז יהיה עליו לשאת בסיכון.

הרמ״א[79] הביא בשם ״יש אומרים״ את שיטת הר״ש משאנץ והריטב״א המטילה את כל הסיכונים על השוכר, כולל הסיכון של הרס המושכר. אמנם יש מן הפוסקים[80] שפסקו שלהלכה אין להתחשב בשיטה זו, אולם פוסקים רבים אחרים[81], לבד מן הרמ״א, סבורים שאין להתעלם ממנה, ועל כן פסקו שאם כבר הגיעו דמי השכירות לידי המשכיר, השוכר לא יוכל להוציאם מידו. משום מה, גישת הראב״ד והרשב״א, הפוטרת את השוכר מתשלום כל אימת שנמנע השימוש במושכר (מחמת נסיבות הקשורות במושכר), לא הוזכרה להלכה על ידי הפוסקים.

(2) מניעת שימוש זמנית או חלקית

(א) מבוא

עד כה ראינו, שרוב הראשונים סוברים, שכאשר אבד המושכר או נהרס, ואינו ראוי עוד לשימוש, השכירות מגיעה לקיצה, והשוכר פטור מתשלום. אולם מהו הדין כאשר הפגם אינו מונע כליל את השגת מטרת השכירות, אלא מונע רק השגת חלק ממטרותיה? בכגון זה, אי־אפשר לומר שנתבטלה השכירות[82], ועל כן עולה שאלת התרופות של השוכר באותן נסיבות: האם הוא רשאי להפחית את דמי השכירות ביחס לירידת ערך הנאתו מהמושכר? או שמא הבררה היחידה העומדת לרשותו היא ביטול החוזה, ורק כך יכול הוא להשתחרר מתשלום דמי השכירות? בדיוננו על סעיף 10 ראינו[83], שעל פי החוק, הבררה בידי השוכר לבחור בין שתי התרופות האמורות[84].

[79] ראה: דרכי משה, טור, חו״מ, סימן שיב, ס״ק ה; וסימן שכא, סוף ס״ק א. וראה גם: סמ״ע, חו״מ, סימן שיב, ס״ק לד. הסמ״ע מגיה את דברי הרמ״א בחו״מ, סימן שיב, סעיף יז, ולפי הגהתו, הרמ״א מביא שיטה זו להלכה בשם ״יש אומרים״: ״נשרף הבית, דינו כנפל. ויש אומרים, דצריך ליתן לו כל שכרו. מיהו, אם נשרף כל העיר, הוי מכת מדינה, ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו, בין הקדים לו שכרו או לא״. הוזכר כבר לעיל, ליד ציון הערה 34.

[80] ראה: שו״ת שי למורא, סימן ח; ט״ז, חו״מ, סימן שיב, סעיף יז, ד״ה נשרף הבית; מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי״ן, אות קלו, ד״ה הנה, שכך הסיק משו״ת המבי״ט, חלק א, סימן מ. והשווה: שו״ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (דבריהם של ר׳ אהרון בן שלמה חסון ושל ר׳ יוסף ן׳ עזרא, סה ע״ב וע״ד). והשווה: שו״ת מהרי״א הלוי (איטנגיא), חלק ב, סימן נה.

[81] ראה להלן, בהשלמות, הערה 232.

[82] השווה: לרנר, סעיף 186.

[83] שם, פרק רביעי, א, עמ׳ 205.

[84] הערנו לעיל (ליד ציון הערה 5), שבעניין זה ישנה סתירה בחוק: לפי סעיף 15, הפחתת דמי השכירות מוגבלת

אותה שאלה יש מקום לשאול כאשר הפגם שבמושכר מונע אמנם לגמרי את השימוש במושכר, אלא שמניעה זו אינה אלא מניעה זמנית. לכאורה גם סעיף 10, ובבירור יותר סעיף 15, מעניקים לשוכר את אותה הבררה: ביטול החוזה או פטור זמני מתשלום דמי השכירות[85]. כאן עולה שאלה מעניינת במיוחד: האם בררה זו עומדת לפני השוכר גם כאשר מניעת השימוש היא עקב פגם הניתן לתיקון? כלומר, האם מניעת השימוש במושכר עקב פגם הניתן לתיקון היא עילה לביטול החוזה, גם כשהמשכיר מוכן לתקן? והאם מניעת השימוש במושכר עקב פגם הניתן לתיקון, מזכה את השוכר בפטור זמני מתשלום במשך תקופת התיקונים?

כבר העלינו לעיל[86], שלדעת טדסקי, כאשר המושכר לוקה בפגם הניתן לתיקון, השוכר רשאי לבחור בין אכיפה (דרישת תיקון) לבין ביטול השכירות. ההיגיון המשפטי להסדר זה הוא, שלדעתו עולה מסעיף 15, שכאשר נמנעת מן השוכר האפשרות להשתמש במושכר, המשכיר נחשב כמי שמפר את חיובו, אף שמניעה זו לא הייתה בשליטתו[87]. כשהופר חוזה באונס, אמנם אין הנושה זכאי לאכיפה או לפיצויים, אולם הוא רשאי לבטל את החוזה (ובלבד שההפרה נחשבת להפרה יסודית). על פי אותה גישה, אם המושכר היה נכס מקרקעין, ובחר השוכר שלא לבטל את השכירות, אלא העדיף לדרוש תיקון, הוא יהיה פטור מתשלום דמי השכירות כל זמן שנמנע ממנו השימוש במושכר (אם כי, לאחר זמן סביר, תהיה למשכיר הזכות לבטל את השכירות, הכול בהתאם לאמור בסעיף 15). במושכר מיטלטלין, אם ידרוש את תיקון הפגם (ולא ינצל את זכותו לביטול השכירות), השוכר יהיה חייב לשלם דמי שכירות גם במשך תקופת התיקונים, שבה נמנע ממנו השימוש במושכר, שכן, על פי סעיף 15, ההסדר של פטור זמני מתשלום בלא ביטול השכירות אינו חל אלא במקרקעין[88].

בניגוד לעמדת טדסקי, לרנר[89] סבור, שכל עוד לא סירב המשכיר להיענות לדרישת התיקון, אין לראות אותו כמי שמפר את הסכם השכירות. לפי זה נראה, שהשוכר הוא שיצטרך לשאת בהפסד שנגרם לו, כשנמנע ממנו להשתמש במושכר במשך תקופת התיקונים, אפילו בשכירות מקרקעין. כבר הערנו לעיל[90], שעמדתו זו של לרנר, אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות שהוא עצמו נותן לסעיף 15, כסעיף הטומן בחובו את חובת המשכיר לאפשר לשוכר את השימוש במושכר ואת זכותו של השוכר לבטל את החוזה כשהמשכיר מפר את החובה הזו, אפילו בעל כורחו (על סמך הנאמר בסעיף: "והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך").

בזמן, מה שאין כן לפי סעיף 10. הזכרנו גם את דעת לרנר, סעיף 222, שאם הפגם אינו זמני, אין להעניק לשוכר את האפשרות להפחית את דמי השכירות, אלא רק לבטל את החוזה. על דבריו ראה ביקורתנו, לעיל, סעיף 10, פרק רביעי, א, עמ' 205.

85 אם כי, על פי סעיף 15, אופציה זו אינה קיימת אלא בשכירות מקרקעין, ואפילו שם, אם יבחר השוכר בפטור מתשלום, המשכיר יהיה רשאי לבטל את החוזה לאחר זמן סביר.

86 ראה לעיל, ליד ציון הערה 19.

87 ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 7.

88 ואף על סעיף 10, לא יוכל השוכר להסתמך. אמנם לעיל (ליד ציון הערה 5) הערנו שסעיף 10 אינו מוגבל למקרקעין, והפטור מתשלום העולה ממנו אינו מוגבל בזמן. אולם הסעיף מדבר על פגם שאין לדרוש את תיקונו, ואילו כאן אנו עוסקים בפגם שניתן לדרוש את תיקונו. על פי סעיף 9, בפגם שיש לגביו חובת תיקון, אין השוכר רשאי להפחית את דמי השכירות, אלא אם כן "לא תיקן המשכיר את הפגם תוך זמן סביר לאחר שקיבל על כך דרישה מאת השוכר".

89 ראה לעיל, ליד ציון הערה 20.

90 לעיל, הערה 21.

עוד נציין, שלפי פרשנות אחרת לסעיף 15, שהצענו לעיל[91], אין ספק שבפגם הניתן לתיקון, השוכר לא יהיה רשאי להפחית את דמי השכירות ואף לא לבטל את החוזה. שכן, לפי אותה פרשנות, כשנמנע מן השוכר השימוש במושכר, אין כאן בהכרח הפרת חוזה השכירות מצד המשכיר. סעיף 15 אינו יוצר זכות לביטול במקרה של מניעת שימוש, הוא רק מדגיש שהפטור מתשלום שהוא מעניק לשוכר בשכירות מקרקעין, כשנמנע השימוש, חל אפילו כשיש ביד השוכר בררה אחרת, והיא לבטל את החוזה.

עד כאן עמדת החוק. מהי עמדת המשפט העברי בסוגיות אלה? בכך נעסוק להלן.

(ב) פגם הניתן לתיקון

בשאלת הפחתת דמי השכירות בגין תקופת התיקון, שנמנעת בה הנאת השימוש במושכר, מצאנו מחלוקת בין הפוסקים:

כפי שכבר ראינו בדיוננו על סעיף 10[92], לפי רש"י, הראב"ד והרשב"א, פחת הנאה מהמושכר מזכה את השוכר בניכוי מדמי השכירות. אשר על כן, פשוט שכך הדין גם ביחס לפגם שניתן לתיקון, והשוכר פטור אפוא מתשלום דמי השכירות למשך תקופת התיקון. וכך פסק הראנ"ח[93], אם כי לא סמך את דעתו על שיטתו של רש"י, כי אם על דעת הרא"ש: "חייב המשכיר, לכל הדעות[94], להשלים לו שנת הביטול [כלומר, להחזיר לו את דמי השכירות עבור תקופת התיקון], כיון שהיה מחויב לתקנה [כשיטת הרא"ש]", ובלבד שהשוכר דרש את התיקון מאת המשכיר. אם לא דרש את התיקון, טוען הראנ"ח, אפשר שהמשכיר לא יפסיד דבר[95].

לעומתו, בעל שו"ת חקרי לב[96] סובר, שאם "אנו מחייבים את המשכיר שיתקן [כדעת

[91] לעיל, ליד ציון הערה 8 ואילך.

[92] ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 127, ובהערה 130. דברינו כאן ושם מבוססים על ההנחה שרש"י אינו מאמץ את שיטת הר"ש משאנץ. ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, א(1), עמ' 328.

[93] שו"ת הראנ"ח, סימן ה.

[94] להלן נראה שיש הפרזה בקביעה זו.

[95] והשווה: שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן ג. הרשב"א נשאל על בית המושכר שנעשו כתליו רעועים, והייתה סכנה לגור בבית. המשכיר סתר את הבית, ובנאו מחדש. הרשב"א פוסק שהמשכיר חייב לנכות את דמי השכירות בעד התקופה שנמנע מן השוכר לגור בבית. אמנם לכאורה ספק אם אפשר ללמוד משם לענייננו, שכן הרשב"א משווה את המקרה שהוא דן בו למקרים המובאים בתלמוד בדבר השוכר את החמור ומת בחצי הדרך (בבא מציעא עט ע"א), ובית שנפל (שם קג ע"א), ומשם הוא מסיק את העיקרון, "שאין השוכר חייב ליתן לו אלא שכר מה שדר בו". ואם כן היה מקום לומר שהלכה זו נכונה רק בהרס המושכר, ולא במושכר קיים שנפגם השימוש בו וצריך לתקנו. אולם על פי מה שראינו לעיל, בדעת הרשב"א, יש לדחות את ההסתייגות. לפי הרשב"א, אין הבדל מהותי בין הרס המושכר למניעת השימוש שאינה עולה כדי הרס המושכר. מניעת השימוש, כל עוד היא קשורה במושכר, היא תמיד עילה לפטור מתשלום, כולל כנראה במצב של מניעה זמנית עקב תיקון. העובדה שבאותו מקרה, בחר המשכיר להרוס את המושכר כדי לתקנו, אין לה כל משמעות. סביר להניח שאילו היה מתקן בלא להרוס, ובמשך זמן התיקון, היה נמנע מן השוכר להשתמש במושכר, הרשב"א היה פוסק גם כן שהשוכר פטור מתשלום למשך תקופת התיקונים. וצריך עיון.

[96] שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סח (קי ע"ד). לא ברור מה דעת מהר"ם מפאדווה (להלן, הערה 103), במקרה זה. מחד גיסא, ייתכן שהוא יסכים עם שיטת ה"חקרי לב", שכן לדעתו אין להיזקק לתרופת הניכוי אלא כשאין תרופה הולמת אחרת, והרי כאן אם השוכר אינו רוצה לשלם דמי שכירות עבור תקופת התיקון, בידו לבטל את החוזה. ואולי אין זה כך, שכן אם המשכיר חייב לתקן, והוא מקיים את חיובו, השוכר אינו רשאי לבטל את החוזה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 22), וממילא ייתכן שמהר"ם מפאדווה יסכים לשיטת הראנ"ח, ויתיר לשוכר לנכות את תקופת התיקון מדמי השכירות.

הרא״ש], צריך [השוכר] לפרוע לו שכר הבטלה [=שכר עבור התקופה שנמנע בה השימוש] מיום שנשרף עד זמן שנתקן״; וזאת, גם אם דרש השוכר את התיקון מאת המשכיר[97]. לדעת ״חקרי לב״, השוכר אינו רשאי להפחית את דמי השכירות שהוא חייב בהם, אלא כשלא תיקן המשכיר את הפגם תוך זמן סביר. במקרה כזה, יוכל השוכר לטעון, שאם המשכיר היה מעוניין בקבלת דמי השכירות, הייתה בידו הבררה לתקן את המושכר, ומשלא עשה כן, הרי יש בכך משום ויתור על אותם דמי שכירות. ובלשונו: ״אבל כשנתרשל [המשכיר מלתקן], אינו פורע, דמצי אמר [=שיכול לומר], ׳אם היית רוצה בשכירות, למה לא תיקנת?׳״. גישה זו דומה לגישתו של לרנר.

עד כאן לעניין פגם הניתן לתיקון. נעבור עתה לדון בדינם של פגם חולף ושל פגם המונע השגת חלק ממטרות השכירות.

(ג) פגם שאינו ניתן לתיקון

למי שנוקט את מבחן קיום המושכר[98], אין ספק שבפגם חולף אין לשוכר כל תרופה. לדעת הט״ז[99] (שגם הוא נוקט את מבחן הקיום), הוא הדין גם כן בפגם קבוע, כל עוד הוא אינו מונע את השגתן של כל מטרות השכירות, אלא רק את חלקן.

לא כן סבור מי שאינו מקבל את מבחן הקיום (לפחות לא כמבחן בלעדי). לעיל ראינו[100], שלשיטת ״נתיבות המשפט״, מאחר שפגם חולף אינו פוגע אלא בזכות השימוש של השוכר במושכר, אמנם אם ״תרם״ השוכר להתרחשות הפגם, עליו לסבול מהפגם. ואף שאפשרות השימוש במושכר נשללת ממנו, הוא אינו רשאי לנכות את דמי השכירות ואף לא לבטל את החוזה. דוגמה לכך היא, כאשר הוחרם חמור כשהיה ״בדרך הליכתו״. לדעת הסמ״ע[101], עיקרון זה נכון אפילו כשנפגם גוף המושכר. לעומת זאת, אם הפגם (אף שהוא חולף) לא היה קשור בשימושו של השוכר, כגון חמור שהוחרם ״שלא בדרך הליכתו״, ראינו שהשוכר פטור מתשלום.

נשאלת השאלה: האם כדי להיפטר מתשלום זה, השוכר חייב לבטל את השכירות? או שמא בלא ביטול הוא רשאי לנכות מדמי השכירות, וממילא עם חלוף הפגם, הוא יהיה רשאי להמשיך ולהשתמש במושכר? אותה שאלה יש לשאול גם כאשר נפגם חלק מגוף המושכר, וכתוצאה מכך נשללה מהשוכר השגתן של חלק ממטרות השכירות בלבד. האם יוכל השוכר להיפטר מתשלום מלוא דמי השכירות, רק אם יבטל את השכירות (ויוותר על שאר מטרות

[97] ראיה משכנעת לכך מביא ״חקרי לב״ מסוגיית הבית והעלייה (בבא מציעא קטז ע״ב). המשנה עוסקת (על פי פירוש הגמרא) בבעל הבית שהשכיר את הקומה שמעליו, ו״נפחתה העלייה [=שקעה רצפת העלייה]״. נקבע שאם ״אין בעל הבית רוצה לתקן, הרי בעל העלייה [השוכר] יורד ודר למטה, עד שיתקן לו את העלייה״. מסיק ״חקרי לב״: ״ומדתני, ׳ואין בעל הבית רוצה לתקן׳, נראה, אי רוצה לתקן וגם [=ואף] שאינו ראוי לדור, אינו דר בבית כל שמתקן לו״ (יש לציין שבהמשך, דבריו של ״חקרי לב״ מגומגמים, שכן הוא מוסיף: ״וי״ל דברוצה לתקן מוגיר ליה [משכיר לו] בית אחריתי, או ידור במקום״. דברים אלה, נראים כסותרים את מה שכתב בתחילה).

[98] ראה לעיל, ליד ציון הערה 64.

[99] ט״ז, חו״מ, סימן שכא, סעיף א, ד״ה והא דאמרינן. וראה להלן, הערה 104.

[100] לעיל, ליד ציון הערה 67, ואילך. וראה גם בדברינו על סעיף 10, ליד ציון הערה 83, ואילך.

[101] ראה: לעיל, ליד ציון הערה 60, ואילך. וראה גם בדברינו על סעיף 10, ליד ציון הערה 79.

השכירות אף שעדיין הן ניתנות להשגה)? או שמא הוא רשאי לנכות את דמי השכירות בהתאם לירידת ערך המושכר כתוצאה מהפגם מבלי לבטל את החוזה?

בשאלה זו, מצאנו שיש לכאורה מחלוקת בין הפוסקים, אף כי, יש להודות, רק פוסק אחד התייחס לשאלה באופן ישיר, ודעתם של שאר הפוסקים אינה חד־משמעית. כפי שכבר הזכרנו לעיל[102], הראב"ד והרשב"א סבורים שאפילו אם לא נגרמה אלא הכבדה על השימוש במושכר, השוכר אינו חייב לשלם יותר מערך הנאתו מהמושכר. מכאן לכאורה ניתן להסיק, שבמניעה זמנית של השימוש במושכר או במניעת השגת חלק ממטרות השכירות, השוכר אינו צריך לבטל את השכירות, אלא הוא רשאי לנכות מדמי השכירות בהתאם להפסד שנגרם לו. אולם מסקנה זו בדעת אותם פוסקים אינה חד־משמעית. בניגוד להכבדה על השימוש, כשנמנע השימוש זמנית, או כשנשללת מטרה ממטרות השכירות, יש לשוכר זכות לבטל את השכירות, ובכגון זה, אולי פוסקים אלו היו סוברים, שאם השוכר אינו מנצל את זכותו לבטל את השכירות, אין לפטור אותו מתשלום. כפי שנראה מיד בהמשך, גישה זו הייתה גישתו של מהר"ם מפאדווה, שהתייחס במפורש לשאלה זו.

מהר"ם מפאדווה[103] דן באדם ששכר מחברו זיכיון לעסוק בהלוואות בריבית. ההלוואות בריבית נעשו אז בשני אופנים: הלוואות בשטר בלבד, בלא ביטחונות, המכונות "הלוואות אמנה"; הלוואות עם ביטחונות (משכון), המכונות "הלוואות משכונות". לאחר זמן, הוציא המושל הוראה לדייני המקום, שלא להיזקק לתביעות של מלווים יהודים הנוגעות ל"הלוואות אמנה". למרות פגיעה קשה זו במושכר שרכש, שהיה בה משום שלילת השגתה של אחת ממטרות השכירות, לא ביטל השוכר את השכירות (מתוך תקווה שיעלה ביד היהודים להשיג את ביטול הצו). לאחר תשעה חודשים, לא זו בלבד שלא בוטל הצו, אלא שהוחל גם על "הלוואות משכונות". השוכר מבקש עתה להפחית את דמי השכירות על אותם תשעה חודשים, שבהם לא היה יכול לעסוק ב"הלוואות אמנה". מהר"ם מפאדווה, שנשאל בעניין זה, מכריע לטובת המשכיר. לדעתו, אם השוכר היה רוצה להיפטר מחובת תשלום מלוא דמי השכירות בגין הפגיעה בחלק ממטרות השכירות ("הלוואת אמנה"), יכול היה, וממילא גם צריך היה, לבטל את השכירות כולה מיד עם פרסום הצו הראשון. משלא עשה כן, הפסיד[104]. מהר"ם מפאדווה מסביר, שבמקרה כזה, לשוכר לא הייתה זכות לנכות את דמי השכירות, אלא רק לבטל את החוזה: "דלא מצינו דין ניכוי, כי אם בהכרח... אבל היכא דאינו הכרח, למה נבוא לידי ניכוי ולברר שמאים אשר ישומו, ואולי אחד מהם לא ניחא ליה בשומא זו, ולא היה משכירו או שוכרו בשומא זו?". במילים אחרות, התרופה של ניכוי מדמי השכירות עקב ירידת ערך השכירות אינה רצויה, שכן ניכוי כזה דורש הערכה של השכירות הפגומה, ואין כל ביטחון שמלכתחילה היו הצדדים מסכימים לשכירות בתנאים אלה. אשר על כן, אין להשתמש בתרופת

[102] ראה לעיל, הערה 92.

[103] שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט. חלק מתשובה זו הוזכר כבר לעיל, ליד ציון הערה 58. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 163.

[104] הט"ז, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, ד"ה והא דאמרינן, חולק על מהר"ם מפאדווה, בין השאר בנקודה זו. לדעתו, גם אם נשללו חלק ממטרות השכירות לחלוטין כתוצאה מהפגם, אין לשוכר עילה לחזור בו מן החוזה, שכן עדיין המושכר ראוי לשימוש למטרות אחרות. המשכיר יכול לומר לשוכר, "הרי שלך לפניך", בדיוק כמו בחמור שחלה, ואין לומר: "מה לי קטלה כולה, מה לי קטלה פלגא". בדיוננו על סעיף 6, הערה 75, הערנו שייתכן שדעת מהר"ם מפאדווה כדעת המאירי, שכל הכבדה על השימוש (ולא רק מניעה) מצדיקה ביטול השכירות. וראה גם: דיוננו על סעיף 9, הערה 33; ועל סעיף 10, הערה 131.

הניכוי אלא כשאין בררה אחרת[105]. לעומת זאת, כל זמן שביטול החוזה מספק תרופה הולמת, יש להעדיפו על פני הניכוי.

על פי זה נוכל להסיק על דרך ההיקש, שאם מניעת השימוש במושכר היא זמנית, על השוכר לבחור באחת משתי האפשרויות: הוא רוצה בקיום החוזה תוך כדי הפחתת דמי השכירות — הדבר תלוי בהסכמתו של המשכיר[106]; הוא רוצה להיפטר מתשלום מלוא דמי השכירות — הוא רשאי לבטל את החוזה, ופירוש הדבר שעליו לוותר על המושכר (וכן הוא הדין לא רק במיטלטלין, אלא גם במקרקעין).

נמצא שהאופציה שהמחוקק מעמיד לרשות השוכר, לקיים את החוזה בלא לשלם דמי שכירות במשך תקופה סבירה, אינה מקובלת על מהר"ם מפאדווה (אם כי יכול להיות שיש לה תוקף מצד "דינא דמלכותא" או מצד המנהג). עוד יש לציין, שבמקרה שבו דן מהר"ם מפאדווה, גם החוק היה מגיע לאותה תוצאה, שכן לא דובר שם על שכירות מקרקעין, אלא על שכירות זכויות (המושכר היה הזיכיון לעסוק בהלוואות בריבית), שעליהן לא חל ההסדר המיוחד של סעיף 15.

ב. מחמת נסיבות שאינן קשורות במושכר — "בדרכי הגישה"

(1) מבוא

עד כה עסקנו במצבים של הרס המושכר, של מניעת השימוש הנובעת מפגם שבגוף המושכר או של מניעת שימוש הקשורה במושכר (כגון שהוחרם המושכר). כאן אנו מבקשים לבחון מהן זכויותיו של השוכר כאשר מניעת השימוש אינה קשורה במושכר, כי אם בנסיבות שמחוץ למושכר, כגון בנסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר. על פי הסעיף, אין הבדל בין מניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות במושכר למניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר. הרקע ההיסטורי לקביעת הסעיף הוא פרשת "Palwoodma", שאירעה בתקופת המנדט הבריטי[107]. באותה פרשה, נמנעה מן השוכר האפשרות להגיע אל החנות ששכר עקב סגירת האזור על ידי שלטונות המנדט. השוכר ביקש פטור מתשלום דמי שכירות מחמת מניעת השימוש. את תביעתו ביסס על סעיף 478 למג'לה, הקובע: "פסקה הנאת המושכר לחלוטין, אין חייבים בשכר". תביעתו נדחתה בטענה שהמושכר כשלעצמו ראוי לשימוש, ולא פסקה ההנאה ממנו. העובדה שנמנעת מן השוכר האפשרות לנצל את השימוש

[105] למקרים שבהם ביטול החוזה אינו מספק תרופה הולמת, ראה דברינו להלן, ליד ציון הערה 163. וראה גם הערה 166, דברי "חתם סופר".

[106] דברינו בפנים הם על פי הסברו של הסמ"ע, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ו. וכך הסביר גם בשו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מב, ד"ה וע"כ. ראה להלן, הערה 166. אלא שחידש שיש שהשוכר זכאי לנכות מדמי השכירות בהתאם לירידת ערך הנאתו מהמושכר בלא לבטל את השכירות. כך הוא לדוגמה כאשר ניכוי מדמי השכירות אינו עילה מצד המשכיר לביטול השכירות (כגון שהייתה לשוכר זכות לתבוע העמדת מושכר חלופי, ראה להלן, ליד ציון הערה 150), או שאף שיש לו בעיקרון זכות לבטל, ערכה של השכירות בעקבות הפגיעה בה אינו נתון לוויכוח. כך פסק בעניין מי ששכר רחיים המופעלים בכוח מים זורמים, ונמנעה מלאכת הטחינה עקב ייבוש הנחל הסמוך. עיין שם. לדבריו השווה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ח, וס"ק יא.

[107] C.A. 138/37 "Palwoodma" (Palestine Woodwork Machinery Trading and Manufacturing Company), Haifa v. Tawfic Majdalani, 2 C. L.R. 73.

העומד לרשותו אינה עילה לשלול מן המשכיר את דמי השכירות. בפס"ד "אלברנס"[108], שנידון בפני בית המשפט לאחר קום המדינה, נדחתה הלכת "Palwoodma", ונקבע שמניעת השימוש באותן הנסיבות היא עילה מוצדקת לפטור מתשלום. הדגשת הסעיף שלפנינו, "מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו", באה אפוא לאמץ את גישת הפסיקה בפס"ד "אלברנס".

לעיל ראינו[109] שהמלומדים הסיקו מהוראת הסעיף, שכל אימת שנמנעת מן השוכר האפשרות להשתמש במושכר, הוא זכאי לבטל את החוזה, וזאת גם אם הנסיבות המונעות את השימוש לא היו קשורות במושכר אלא בדרכי הגישה אליו. אנחנו הטלנו ספק בנכונותה של מסקנה זו. על כל פנים, ברור שהאפשרות של אי־תשלום דמי שכירות עקב מניעת השימוש במושכר קיימת, הן כשמניעת השימוש קשורה במושכר הן כשהיא קשורה בדרכי הגישה אליו.

מה מוגדר כפגם בדרכי הגישה? בעניין זה אומר לרנר[110]: "בפסק דין שלמה כרמל בע"מ נ' פרפורי ושות' בע"מ[111], הסתמנה מגמה להעניק פירוש רחב לתנאים השונים שבסעיף 15. השופט זוסמן ראה בכל גורם מפריע בסביבתו של המושכר, הפרעה הקשורה למושכר או לדרכי הגישה אליו. לפי האמור בפסק הדין, מקור הפרשנות הרחבה, ברצון לפטור את השוכר מתשלום דמי שכירות כל אימת שהוא אינו יכול להשתמש במושכר"[112]. אולם יש לציין שזוהי מגמתו של השופט זוסמן. מדברי השופטת בן־פורת[113], משתמעת מגמה הפוכה לפרש את הסעיף על דרך הצמצום: "דעתי לכאורה היא כי סעיף 15 לחוק השכירות מעניק פטור בעיקר עקב מניעת שימוש הנובעת מכח עליון: דברי הכנסת 59 בעמ' 529; וכי מכל מקום מותנה הפטור במניעה מוחלטת, כגון: כאשר דרכי הגישה למושכר נחסמו, המושכר הוחרם או נהרס"[114]. להלן יתברר שגישתה של השופטת בן־פורת קרובה יותר לגישת המשפט העברי.

לבירור עמדתו של המשפט העברי, יש להבחין בין שני מצבים: יש שדרכי הגישה אל המושכר חסומות לכולי עלמא ומונעות מכל אדם את אפשרות השימוש במושכר[115]; ויש שהדרך אינה חסומה אלא לשוכר, ואילו אחרים יכולים לגשת אל המושכר (כגון שהשוכר לא

[108] ע"א 16/49 יוסף אלברנס נ' יוחנן שמטרלינג, פ"ד ד 573.

[109] ליד ציון הערה 6, ואילך.

[110] לרנר, סעיף 240.

[111] צוין לעיל, הערה 4.

[112] יש לציין שמגמה דומה עולה מדברי טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 150־152, שכן לדעתו סעיף 15 נוגע לכל מקרה שנמנע בו השימוש מחמת נסיבות אובייקטיביות הקשורות במושכר.

[113] ראה פס"ד פרפורי (לעיל, הערה 4), עמ' 704, מול האות ו.

[114] לרנר מבקר את דברי השופט זוסמן. לדעתו: "יש לזכור שסעיף 15 מעניק לשוכר סעד מיוחד שאין לו מקבילה בדיני החוזים ו'אין לך בו אלא חידושו', כחריג, יש לפרשו על דרך הצמצום. השוכר יוכל ממילא להיפטר מתשלום דמי השכירות בדרך אחרת, על ידי ביטול החוזה" (ההדגשה שלי — מ"ו). על דבריו האחרונים של לרנר נעיר שאין הם נכונים. הלא אם תפרש את הסעיף על דרך הצמצום, ולא תכלול בו "כל גורם מפריע בסביבתו של המושכר", מניין תסיק שבמקרים אלה זכאי השוכר לבטל את החוזה? הרי לרנר עצמו סבור שהבסיס לזכותו של השוכר לבטל את החוזה, כשנמנע ממנו השימוש, הוא סעיף 15! ? נמצא שאם לא תכלול את אותם מקרים במסגרת הסעיף, לא יהיה כל יסוד לראות במשכיר מי שמפר את חוזה השכירות, וממילא לא תעמוד לשוכר כל תרופה: לא רק שלא יהיה פטור מתשלום דמי השכירות, אלא גם לא תהיה לו זכות לבטל את השכירות. בזה אין אנו קובעים דבר במחלוקת שבין השופט זוסמן לשופטת בן־פורת, אנו מעירים רק על סתירה בדבריו של לרנר.

[115] ונראה שזה המצב שעמד לנגד עיני המחוקק, ראה פס"ד אלברנס נ' שמטרלינג (לעיל, הערה 108), שם

יכול להגיע למקום המושכר עקב שביתת אמצעי התחבורה). במצב הראשון, מניעת אפשרות השימוש היא אובייקטיבית; ואילו במצב השני, מניעת אפשרות השימוש אינה אלא סובייקטיבית (להלן יוסבר מדוע הבחנה זו חשובה). מאחר שעל פי ניסוחו, סעיף 15 כולל לכאורה גם מניעה סובייקטיבית ("נמנע מן השוכר להשתמש... מחמת נסיבות הקשורות... בדרכי הגישה", ולא נאמר "נמנע השימוש במושכר"), נפתח בה את הדיון.

(2) דרכי הגישה חסומות בפני השוכר בלבד

המקורות התלמודיים אינם דנים במניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר, לכן ננסה לנתח את הבעיה לאור הדעות השונות שסקרנו לעיל. מאחר שהמושכר עצמו לא נפגם, אלא רק דרכי הגישה אליו, כלומר אפשרות השימוש של השוכר, הרי שעולות המסקנות הבאות:

לפי גישתם של ר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א[116], אין ספק שאין כאן עילה לפטור, שהרי אפילו כשנהרס המושכר עצמו, הם מחייבים את השוכר להמשיך ולשלם דמי שכירות.

לפי המאמצים[117] את מבחן קיום המושכר (הרמב"ם, לפי הבנת "פני משה" ואחרים), אין ספק גם כן שאין כאן עילה לפטור: המושכר קיים, והעובדה שהשוכר אינו מסוגל לנצל את זכות השימוש הקנויה לו, היא הפסד שלו — "מזלו גרם".

גם הסמ"ע[118] ו"נתיבות המשפט"[119] לא יפטרו את השוכר במקרה כזה. אמנם לכאורה היה מקום לטעון, שמאחר שאין קשר בין השימוש לבין מניעת השימוש, יש כאן עילה לפטור. אולם כאן אין משמעות לטענה הזאת: קיום זיקה בין השימוש של השוכר לבין מניעת השימוש במושכר אינו רלוונטי אלא כאשר אובייקטיבית המושכר אינו ראוי לשימוש, ורוצים לקבוע אם פגם זה במושכר קשור במשכיר (שהוא בעל המושכר) או בשוכר (שהוא בעל זכות השימוש במושכר). אולם כאן ברור שמניעת השימוש קשורה בשוכר, שהרי אובייקטיבית המושכר עוד ראוי לשימוש, ולא נמנע השימוש אלא ממנו[120]. בלשון אחר: אם המושכר עצמו לא "מת" (כלומר לא נפגע השימוש בו), אין מקום לטענה, "מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם".

היחידים שהיינו מצפים מהם שיפטרו את השוכר מתשלום, כשמניעת השימוש הייתה מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר, הם הראב"ד והרשב"א[121]. אכן, לפי מה שראינו לעיל, לדעתם אפשרות השימוש במושכר היא מתנאי השכירות (או מחיובי המשכיר), והרי כאן נמנעת מן השוכר אפשרות השימוש. אולם נראה שיש להבחין בין מניעת אפשרות שימוש אובייקטיבית (כמו בחמור שנלקח לאנגריא) לבין מניעת אפשרות שימוש סובייקטיבית, כלומר הפוגעת רק בשוכר. הרשב"א[122] כותב במפורש: "הגע עצמך: אילו הלך לו למקום אחר לעכבו [צ"ל: ועכבו] נהר, או ששמו לו מארבים בדרך, ולא בא ולא גר שם כל אותו הזמן או מקצתו,

נחסמו דרכי הגישה לעיר העתיקה בגלל פרעות הערבים. וראה גם דברי השופטת בן־פורת (לעיל, הערה 113).

[116] ראה לעיל, ליד ציון הערה 31; ובהרחבה בהשלמות, להלן, פרק חמישי, א(2), עמ' 330.

[117] ראה לעיל, ליד ציון הערה 46, ואילך.

[118] ראה לעיל, ליד ציון הערה 60, ואילך.

[119] ראה לעיל, ליד ציון הערה 67, ואילך.

[120] המעיין היטב בדברי נתיבות המשפט, סימן שכא, ס"ק א, יראה שזו הסברה העולה שם מדבריו.

[121] ראה לעיל, ליד ציון הערה 35. ובהרחבה להלן, השלמות, פרק חמישי, א(1), עמ' 328.

[122] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שכח.

היטעון טענת אונס זה?". נמצא שכל עוד אפשר אובייקטיבית להשתמש במושכר, הרי העובדה שהשוכר נאנס, ואינו יכול לממש את זכותו, אינה עילה לפטור. לשון אחר, השכירות מותנית אמנם בעובדה שהמושכר יהיה ראוי לשימוש. ואולם, שלא כשיטת טדסקי, היא איננה כוללת התחייבות לאפשר לשוכר את השימוש.

נמצא שעד כה לא מצאנו מי שיפטור את השוכר מחובת תשלום דמי השכירות, כשמניעת השימוש קשורה בדרכי הגישה אל המושכר. אולם יש דעה כזו אצל המהר"ם מרוטנבורג[123]. לדעתו, אם נאנס השוכר, ואינו יכול להשתמש במושכר למטרת השכירות, הרי הוא פטור מתשלום (כנראה על דרך ביטול השכירות, ולא פטור מתשלום, כפי שמאפשר סעיף 15). הוא מסיק זאת מסוגיית התלמוד[124] הדנה במי ששכר פועלים להשקות את שדהו. בתלמוד נקבע, שאם ירד גשם לפני שהספיקו הפועלים לבצע את העבודה, ואין עוד טעם בהשקיה, השוכר פטור מלשלם לפועלים. מכאן מסיק מהר"ם, שבכל מקום שהשוכר אנוס מלהשתמש במושכר, יהיה זה אפילו אונס סובייקטיבי לחלוטין, הוא פטור מתשלום. לדוגמה, השוכר מלמד לבנו, ומת הבן, פטור מלשלם למלמד את שכרו[125].

[123] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תתרב (מובא במרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שמה). וראה גם: הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ו.

[124] בבא מציעא עז ע"א. אמנם סוגיה זו עוסקת בשכירות פועלים, אולם להלן נראה, שלפי מהר"ם מרוטנבורג, אין הבדל מהותי בין שכירות פועלים לשכירות נכסים. והשווה: דרוש וחידוש לרבי עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה תד"ה אלא, שטוען שאין זו המסקנה שיש להסיק מבבא מציעא עז ע"א.

[125] וראה שם, שהוא מוצא יסוד לדבריו בדעת הריב"ן, המובאת בתוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא. הריב"ן משווה שם בין סוגיית שכירות ספינה סתם (בבא מציעא עט ע"א. על סוגיה זו ראה ביתר אריכות בהשלמות, להלן, פרק חמישי, ליד ציון הערה 263) לסוגיית שכירות פועלים. בסוגיית שכירות הספינה נפסק (לפי הבנת הריב"ן), שאפילו שהשוכר אנוס מלהשתמש בספינה (שכן המטען שביקש להוביל טבע בלב ים), הוא חייב בכל זאת לשלם את מלוא דמי השכירות. הריב"ן תמה על כך, שכן לכאורה הלכה זו סותרת את מה שנפסק בסוגיית שכירות פועלים, שם ראינו שאם השוכר מנוע מלעשות שימוש בפועלים ששכר, יש לו טענת אונס, והוא פטור מלשלם להם את שכרם. ליישובה של סתירה זו, הריב"ן מציע את ההסבר הבא: בשכירות ספינה, השוכר חייב בתשלום על אף האונס שאירע לו, משום שבנסיבות הנידונות שם, גם למשכיר נגרם הפסד, שכן ספינתו טבעה יחד עם היין (כאמור, מדובר שם בשכירות ספינה סתם, ועל כן אילו יכול היה השוכר להביא את יינו, המשכיר היה חייב בעיקרון להעמיד ספינה אחרת במקום זו שטבעה). לעומת זאת, בשכירות הפועלים, לא נגרם כל נזק לפועלים (למעט אבדן העבודה עצמה, שאינו הפסד אלא מניעת רווח בלבד), ומכיוון שהשוכר אנוס, אינו חייב לשלם. מכאן, שבמניעת שימוש מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר, מאחר שהמושכר עצמו תקין, והמשכיר לא הפסיד דבר, יש לשוכר טענת אונס, והוא פטור מתשלום דמי השכירות.

וראה: שו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן מה. הוא מקשה על תשובת הריב"ן: "לכאורה זה דחוק, דמה בכך שזה הפסיד ספינתו, הלא גם זה הפסיד יינו, ואם מדינא [כלומר, אם על פי שורת הדין] אינו מחוייב לשלם לו, למה נרחם עליו [על המשכיר] יותר מעל זה, ושנאמר שכיון שהפסיד ספינתו, אזי זה מתחייב לשלם לו גם שכר דלהבא עבור ספינה שהוא רוצה להביא לו, אף על פי שבעל היין אנוס, וכשלא הפסיד ספינתו, אין בעל היין מחוייב לשלם לו, כיון שבהיין נאנס? אין לזה טעם, דהחיוב אין לו ענין במה שזה מפסיד!". שאלה זו מצאנו גם אצל: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק יב, ד"ה ויש: "ויש לעיין, מה טעם הוא זה שהמשכיר הפסיד ספינתו? הלא אין השוכר חייב בהפסדו של משכיר... ואם הדין נותן שאינו חייב בחצי הדרך שלא הוליך, כי הפסיד ספינתו מאי הוי?" (על תירוצו, ראה להלן, הערה 132); אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א, ד"ה ונראה: "מה בכך שהמשכיר הפסיד ספינתו, אטו [=וכי] מדיני ישר וטוב אמרינן, הא בדינא קא איירינן [=הלא בדין אנו עוסקים]. וכיון דמוכח מהא דבעל הבית ופועלים, דהיכי דהשוכר אנוס, אין צריך לשלם, אם כן, מה בכך שזה הפסיד ספינתו?".

קשה מאוד להלום את שיטתו של מהר״ם מרוטנבורג. הלא הוא עצמו פוסק[126], שהשוכר מלמד לבנו, וחלה המלמד, מאחר ש״נסתחפה שדהו״ של השוכר, הוא חייב לשלם למלמד את שכרו. מכאן מסיק ״מחנה אפרים״[127] שמהר״ם מרוטנבורג מאמץ גם הוא את הכלל, ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״ (אפילו לגבי פועל![128]). כלומר, הוא מקבל את מבחן קיום המושכר, שראינו לעיל (בדעת הרמב״ם)[129], וכיצד זה מתיישב עם דבריו, שראינו זה עתה, בעניין פטור השוכר במקרה של אונס? הרי אם נפגם המושכר, השוכר אנוס מלהשתמש בו! לשון אחר. מדוע כשהאונס הוא במושכר (כגון שחלה המלמד), השוכר הוא הנושא בהפסד (ובלבד שהמושכר עצמו קיים); ואילו אם האונס הוא במטרת השכירות (כגון שחלה הילד),

אבן האזל דוחה אפוא את תירוץ הריב״ן, והוא מציע במקומו תירוץ אחר. לדעתו, אין מקום להשוואה בין שתי הסוגיות כלל: סוגיית שכירות הספינה עוסקת בשכירות נכסים, שיש בה לשוכר זכויות קניינות במושכר, ועל כן הסיכון של מניעת השימוש במושכר רובץ עליו. לא כן בשכירות פועלים: הפועל אינו קניינו של מי ששוכר את שירותיו, ועל כן חלים שם כללים אחרים. לתירוץ זה, השווה תירוצו של שו״ת צמח צדק.

לכאורה, אפשר היה לומר, בעקבות תירוצו של ״אבן האזל״, שהעובדה שמהר״ם מרוטנבורג מקיש בין שכירות פועלים לשכירות ספינה מלמדת אולי שלדידו שכירות נכסים אינה עסקה קניינית, אלא עסקה חוזית, כמו שכירות פועלים, ועל כן לא ראה מניעה להקשות מאחת על השנייה. אולם מיד נראה, שההפך הוא הנכון: לדידו, גם שכירות פועלים היא עסקה חפצית (הפועל הוא קניינו של מי ששוכר את שירותיו לעניין כוח עבודתו), ולפי תפישה זו, ודאי שלא היה יכול לקבל את ההבחנה שמציע ״אבן האזל״, והיה מוכרח להציע הבחנה עניינית בין שתי הסוגיות. ליישוב השאלה הקשה ששאלו עליו (ועל הריב״ן) שו״ת צמח צדק, ״חזון איש״ ו״אבן האזל״, ראה להלן, הערה 132.

[126] כפי שמובא במרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סוף סימן שמו. והשווה: תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן לא.

[127] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה. וראה: שו״ת חקרי לב, חו״מ, חלק ב, סימן פב (קלא ע״ד), ד״ה וראיתי, שגם הוא הסיק כן מתשובת מהר״ם מרוטנבורג, שבתשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן לא.

[128] מהר״ם מרוטנבורג אינו היחיד המחיל על שכירות פועלים את הכלל, ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״. זו גם דעת המשיב בתשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן ל (ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 13, שם הערנו שתשובה זו היא כנראה של ר״ש משאנץ): ״האי נמי [=גם זה (הַשָּׂכִיר)] נמכר הוא, כדאמר בפרק הזהב (בבא מציעא נו ע״ב), דשכירות נמי מכירה הוא. דמהאי טעמא אין אדם מחוייב להשתכר בשביל פרנסת אשתו ומזונותיה, דכי היכי דדרשינן, ונמכר בגניבתו (שמות כב, ב), ולא בזממו — פרק קמא דקידושין (יח ע״א), הכי נמי דרשינן ולא באשתו״. מקור דרשה זו הוא בדברי רבנו תם, כמובא בשו״ת הרא״ש, כלל עח, סימן ב. וראה: ב׳ ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ״ד, עמ׳ 33־50, המראה שגישה זו הייתה מקובלת על כל הראשונים עד הרמב״ן.

[129] חשוב לציין שמהר״ם מרוטנבורג אף שהוא מקבל את העיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״, אינו מסיק ממנו את המסקנה הקיצונית שהסיק הר״ש משאנץ (לעיל, הערה 31). לדעתו, הרס המושכר אינו בא על חשבונו של השוכר, אלא על חשבונו של המשכיר. ראה: תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מז, בעניין בית שנשרף, שם פטר את השוכר מתשלום. יש אפוא להניח שפסק את מה שפסק במלמד שחלה, משום שהמלמד עודנו חי וקיים. אילו היה מת המלמד, הוא היה פוטר את השוכר מלשלם את דמי השכירות ליורשיו, כפי שעשה בבית שנשרף. לכן כתבנו בפנים שמהר״ם מרוטנבורג מקבל לכאורה את מבחן קיום המושכר, שראינו לעיל (ליד ציון הערה 46) בדעת הרמב״ם. המהר״ם אינו מקבל כנראה את גישת הסמ״ע ו״נתיבות המשפט״, שאם כן היה צריך לפטור את השוכר מתשלום למלמד שחלה, מאחר שמניעת השימוש בו אינה קשורה בשימוש (״מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם״).

ההפסד על המשכיר? הרי לכאורה הדברים קל וחומר וסיכול מטרת השכירות היא ודאי מזלו של השוכר![130]

להלן הסברו של "מחנה אפרים"[131] לתעלומה זו. עסקת שכירות (כמו כל עסקה ריאלית) מורכבת משני דברים: הרקע לעסקה ואובייקט העסקה. הנסיבות החיצוניות המביאות את הצדדים להתקשר ביניהם מהוות את הרקע לשכירות, ואילו אובייקט השכירות הוא המושכר עצמו. כמו כל קונה בעסקה ריאלית, השוכר לוקח על עצמו סיכונים מסוימים, כלומר הוא לוקח בחשבון שיצטרך להמשיך ולשלם דמי שכירות, אף שיימנע ממנו השימוש במושכר. אולם לדעת מהר"ם מרוטנבורג, נכונות זו של השוכר נוגעת אך ורק למניעת שימוש מחמת פגיעה במושכר, שהוא האובייקט שרכש, ולגביו בלבד הוא נושא בסיכונים (כל עוד המושכר עצמו קיים, כפי שהסברנו לעיל). לכן, כשחלה המלמד, שהוא אובייקט השכירות, ההפסד הוא על השוכר, ואינו רשאי לבטל את החוזה. לעומת זאת, הרקע לשכירות, היינו הנסיבות שהביאו את השוכר להסכים לעסקה, נחשב כתנאי מכללא לקיום העסקה, ואם נשמט הרקע לשכירות, רשאי השוכר לבטל את העסקה. אשר על כן, כאשר מסוכלת מטרת השכירות בלי שהדבר קשור כלל במושכר, לדוגמה כשמת הילד שעבורו שכר את המלמד, מאחר שהדבר נוגע לרקע העסקה, שהרי אם לא היה ילד, לא היה שוכר מלמד, השוכר רשאי לבטל את השכירות, ש"אדעתא דהכי, לא שכרה". אנו נוסיף שהוא הדין כנראה, לפי מהר"ם מרוטנבורג, כשנחסמו דרכי הגישה אל המושכר: הרקע לשכירות השתנה באונס, ועל כן השוכר רשאי לבטל את העסקה[132].

[130] ובאמת כך פסק הר"ש משאנץ (בתשובה שהובאה לעיל, הערה 128). אחרי שפסק שמלמד שחלה, חייב בעל הבית לשלם לו את שכרו המלא, הוא מוסיף: "כל שכן חלה התינוק, שירויח המלמד". יש לציין שהש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ב, פוסק כשיטת מהר"ם מרוטנבורג, שאם השוכר אנוס מלהשתמש במושכר, כגון שמת או חלה, הוא פטור מתשלום דמי השכירות. הוא מצדיק את עמדתו בשלושה נימוקים. הנימוק הראשון הוא, שהכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא", שעליו מסתמכים החולקים על מהר"ם מרוטנבורג, אינו תופס להלכה אלא בדיני הונאה (ראה על כך, דיוננו על סעיף 1). אולם כבר הוכחנו בפנים, שלא כך היה סבור מהר"ם מרוטנבורג עצמו. הנימוק השני הוא, שאפילו אם נאמץ את הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" כעיקרון כללי בדיני שכירות, אין זה סותר את שיטת מהר"ם מרוטנבורג, שכן "כל יומא ויומא ממכר הוא". כלומר, זהו ממכר שמתחדש בכל יום, ועל כן אף על פי שאונס אינו יכול לבטל מכר למפרע, הרי כאן אין ביטול למפרע אלא רק מניעת חידוש המכר. וקשה לקבל גם תירוץ זה, שאם כך היה סבור מהר"ם מרוטנבורג, כיצד פסק שמלמד שחלה חייב בעל הבית לשלם לו דמי שכירות? מדוע שם לא הכיר בזכותו של השוכר למנוע את חידוש השכירות כשהוא אנוס? והנימוק השלישי, "דאטו [=האם] במכירה גופא, כשיש אונס, והוא בענין שהוי ליה להמוכר להתנות, מי לא נתבטל המכר?! והכא נמי, כיון דטעמא הוא דבעל הבית הוי כמו פועל, והוי ליה להתנות, בטל השכירות". לתירוץ זה, השווה תירוצו של "מחנה אפרים", שאנו מביאים בפנים.

[131] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימנים ד־ה.

[132] לפי הסבר זה, נוכל להבין את דברי הריב"ן (לעיל, הערה 125). נזכיר שבעניין אונס בשכירות, התלמוד קבע לכאורה הסדר שונה בשכירות פועלים ובשכירות ספינה (סתם). בשכירות פועלים הוא הכיר בטענת אונס כטענת פטור, מה שאין כן בשכירות ספינה. הריב"ן הסביר שאין כאן סתירה, משום שבמקרה של שכירות הספינה, מדובר היה באונס שגרם הפסד למשכיר (גם ספינתו טבעה עם היין), מה שאין כן בשכירות פועלים. שו"ת צמח צדק, "חזון איש" ו"אבן האזל" שאלו, מדוע הפסדו של המשכיר רלוונטי לקביעת

(3) דרכי הגישה חסומות בפני כולי עלמא

אם דרכי הגישה אל המושכר חסומות בפני כולי עלמא, ולא רק בפני השוכר, כמו שהיה בפסק דין אלברנס[133], נראה שהדין שונה, שכן מניעת הגישה אל המושכר פוגעת באפשרות השימוש בו מבחינה אובייקטיבית, כלומר השימוש במושכר הזה אינו אפשרי לכול.

על פי הדעות שסקרנו לעיל, נראה אפוא לומר שלכאורה הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א יחייבו בכל זאת את השוכר לשלם דמי שכירות מלאים, שכן "שכירות ליומיה — ממכר הוא". גם הרמב"ם, לפי הבנת "פני משה", יחייב לכאורה את השוכר, משום שהמושכר עודנו קיים, ולא נפגמה אלא אפשרות השימוש בו. אולם אם נחסמה הגישה אל האזור כולו, ולא רק אל המושכר המיוחד הזה, אפשר שהיו דנים במקרה זה כב"מכת מדינה", ועל יסוד זה, היו פוטרים את השוכר (על כך נרחיב בפרק הבא).

הראב"ד הרשב"א וכן הרמב"ם, לפי הבנת הסמ"ע ו"נתיבות המשפט", יפטרו את השוכר מתשלום גם שלא ב"מכת מדינה"[134]: הראב"ד והרשב"א, משום שהשימוש במושכר אינו אפשרי; והרמב"ם, משום שמניעת השימוש במושכר לא הייתה קשורה בשימוש שעשה בו השוכר.

נמצא שבפסק דין אלברנס, מאחר שנחסמה הגישה אל אזור העיר העתיקה כולה, אפשר שכל הפוסקים היו רואים בכך משום "מכת מדינה", והיו פוטרים את השוכר. נדמה שזוהי הגישה הבאה לידי ביטוי בדברי השופטת בן־פורת בפסק דין פרפורי[135].

כפי שראינו, לפי כל הפוסקים, חסימת דרכי הגישה אל המושכר מוגדרת כסיכול מטרת השכירות ולא כסיכול הקיום. על סיכול המטרה ועל המשמעות המשפטית של "מכת מדינה", נרחיב בפרק שלפנינו.

חיובו של השוכר? ממה נפשך: או שטענת אונס היא טענת פטור לגיטימית, או שהיא אינה כזו, אך במה הפסדו של המשכיר יכול להשפיע על כך? נראה שכעת יש בידינו ליישב את הקושי. כפי שראינו עכשיו, באונס הפוגע ברקע לשכירות, יסוד הפטור הוא הסכם מכללא, דהיינו מניחים שהשוכר לא התחייב לשלם, אלא אם כן יתקיימו הנסיבות שהביאו לכריתת ההסכם. אם המשכיר אינו מסכים לתנאי מכללא זה, היה עליו להתנות על כך במפורש לפני כריתת ההסכם. אולם אין שום יסוד להניח שהמשכיר מסכים לפטור גם במקרה שהוא עצמו יסבול כתוצאה מן האונס. בכגון זה, סביר להניח הנחה הפוכה, כלומר שמוסכם מכללא בין הצדדים, שהאונס יהיה סיכונו של השוכר. אם רצה השוכר להימלט מסיכון זה, היה עליו להתנות על כך במפורש. כעין זה מצינו בעניין שכירות פועלים, שם נקבע שאם השוכר היה יכול לצפות את האונס יותר מן המשכיר, כי אז הסיכון נחשב לסיכון שלו, וממילא עליו היה להתנות על כך (ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלד, סעיף א וסעיף ד). כעין התירוץ שהצענו כאן, ראה: דברות משה, בבא מציעא, חלק שלישי (בני־ברק תשד"ם), פרק ו, סימן ד, ענף ד, ד"ה ואולי. והשווה תירוצו של "חזון איש": "ונראה, דלעולם, שכר שהמשכיר נוטל, כלול בו אחריות של אונסין, דכל הדרכים בחזקת סכנה, ואם באמת אירע האונס, הוי ליה כשימש השוכר בספינה שימוש יתירא, ואשר נשתעבד בשכרה בשביל ספק זה".

[133] לעיל, הערה 108.

[134] להלן, פרק שלישי, ב(3)(ד), עמ' 319, נראה, שלפי "נתיבות המשפט", "מכת מדינה" היא שיקול להטיל את הסיכון על שני הצדדים. על כן אם המניעה נובעת מ"מכת מדינה", הדין יהיה שונה מאשר אילו היה רק מכה פרטית, שפוגעת אובייקטיבית באפשרות השימוש במושכר.

[135] ראה לעיל, ליד ציון הערה 113.

פרק שלישי

הפסקת עניין השוכר בהמשך קיום השכירות (סיכול המטרה)

א. מבוא

לדעת טדסקי[136], המשותף לכל המקרים שדננו בהם עד כה הוא העובדה שמחמת נסיבות שאין למשכיר שליטה עליהן, הוא אינו מקיים את המוטל עליו על פי חוזה השכירות: הוא אינו מעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש (נסיבות הקשורות במושכר), או אינו דואג לאפשר לו את השימוש במושכר (נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר). למצב זה קוראים: סיכול הקיום של חוזה השכירות, כלומר שהחייב נמנע בעל כורחו מלקיים את חיובו. לפי מה שראינו בפרק הקודם, אפילו הפוסקים המרחיבים ביותר את היקף חיוביו של המשכיר (הראב"ד והרשב"א) אינם נוקטים כשיטתו של טדסקי. הם אינם מקבלים את הקביעה שחיובו של המשכיר הוא לא רק להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש, אלא גם לדאוג לכך שלשוכר תהיה אפשרות להשתמש בו. נמצא שלדידם, כאשר מניעת השימוש היא מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר, אין לדבר על סיכול הקיום, שכן המשכיר לא הפר את החיוב המוטל עליו, אלא על סיכול המטרה, שכן השוכר הוא זה שאינו מעוניין עוד להמשיך בשכירות.

על פי מה שראינו בפרק הקודם, להוציא מהר"ם מרוטנבורג, הפוסקים אינם רואים בסיכול המטרה עילה לפטור את השוכר מתשלום דמי שכירות. בעניין זה של סיכול המטרה, נרחיב בפרק שלפנינו. כאמור, סיכול המטרה קיים כאשר השוכר אינו מעוניין עוד שימשיך המשכיר לקיים את ההסכם, אף שיש בידו מושכר ראוי לשימוש, שכן הוא אינו מסוגל להשתמש במושכר למטרת השכירות. אפשר להבחין בין שני אופנים של סיכול המטרה:

1. השוכר מסוגל להשתמש במושכר, אבל מטרת השכירות אינה ניתנת עוד להשגה (או שכבר הושגה בדרכים אחרות). לדוגמה, הוא שכר מכונות לפריקת אונייה, אבל האונייה טבעה, ואין מה לפרוק. דוגמה נוספת (שמביא טדסקי, ראה להלן) היא, שדה שהושכר למטרת הפקת יבול, אך בצורת מונעת כל אפשרות להפיק יבול מן השדה המושכרת (או שהושמד היבול על ידי מזיקים). בכגון אלה, השוכר מסוגל להשתמש במושכר, אולם אין לו עוד עניין בדבר, משום שאין בידו להפיק את התועלת שלשמה שכר את המושכר. כאן נדבר על סיכול המטרה מחמת פגיעה בתועלת השכירות.

2. נסיבות שאינן בשליטת השוכר מונעות ממנו להשתמש במושכר, כגון ששכר דירה בקומה גבוהה, וכתוצאה ממחלה שלקה בה, הוא אינו מסוגל לעלות לדירה. בכגון זה, אילו היה יכול השוכר להשתמש במושכר, הייתה לו תועלת ממנו, אלא שכאמור השימוש נמנע ממנו בעל כורחו, ולכן אינו מעוניין עוד בקיום השכירות (במובן מסוים, לדעת הפוסקים, בניגוד לדעת טדסקי, סוגיית מניעת השימוש מחמת פגיעה בדרכי הגישה אל המושכר, שדננו בה בפרק הקודם, נכנסת גם היא לקטיגוריה זו). כאן נדבר על סיכול המטרה מחמת מניעת השוכר מלהפיק תועלת מן המושכר.

גורם הסיכול באופן השני קשור יותר בשוכר מאשר באופן הראשון, והיה מקום לחשוב

[136] לעיל, הערה 1.

שעובדה זו עשויה להשפיע לרעה על זכויותיו של השוכר. להלן נברר אם אכן כך הם פני הדברים, אם לאו.

עמדת החוק בשאלת סיכול המטרה שנויה במחלוקת, אם כי המחלוקת אינה נוגעת אלא לחוק המצוי, ולא לחוק הרצוי. אין ספק שסעיף 15 אינו דן בשוכר שנמנע ממנו השימוש במושכר מחמת נסיבות הקשורות בו עצמו (האופן השני לעיל), שכן הסעיף מצמצם את תחולתו למניעת שימוש "מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו". אולם לדעת ידין[137] ולרנר[138], אם השוכר אינו משלם דמי שכירות, משום שנסיבות שאין לו שליטה עליהן מנעו ממנו להפיק תועלת מהמושכר (כגון שהוא מרותק למיטתו), ניתן להחיל את סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, כשרואים בהפרה זו של השוכר הפרה בנסיבות של סיכול. משמעות הדבר היא, שהמשכיר לא יוכל לתבוע את אכיפת החוזה או פיצויים, אולם הזכות לביטול תהיה שלו (ולא של השוכר). לעומתם, דעתו של טדסקי[139] היא, שהכרה בנסיבות של סיכול המטרה (להבדיל מסיכול הקיום) מחייבת שינוי בחקיקה. מאחר ששינוי זה עדיין לא נעשה, יש להניח שדעתו היא שהשוכר ייאלץ להמשיך ולשלם דמי שכירות, אף שאינו יכול להפיק תועלת מהמושכר.

באשר למצב שבו מטרת השכירות אינה קיימת עוד (האופן הראשון לעיל), גם כאן חלוקות הדעות. לדעת לרנר[140], מלשון סעיף 15 — "ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות" — ניתן להסיק שהמשכיר מפר את הסכם השכירות, כשהוא אינו מספק לשוכר את מטרת השכירות שביקש הלה להשיג באמצעות השכירות. לפי זה, בהיעלם המטרה, אפילו כתוצאה מנסיבות שאין למשכיר שליטה עליהן, השוכר רשאי לבטל את השכירות ולהיפטר מתשלום (כלומר, אין הוא רואה במקרה זה סיכול המטרה, אלא סיכול הקיום). לעומתו, טדסקי[141] סבור שהתועלת שהשוכר מצפה להפיק מן המושכר אינה חלק מהבטחת המשכיר, כל עוד לא הוזכרה במפורש בחוזה[142]. באין ציון אחר, ההנחה היא שהמשכיר אינו מבטיח אלא את אפשרות השימוש במושכר, ולא את קיום המטרה, וזאת אף אם הוא יודע שהיא שימשה רקע להתקשרות. יחד עם זה, מדברי טדסקי עולה, שהכרה בתורת סיכול המטרה בכגון זה היא רצויה, ולכן הוא ממליץ על תיקון החוק[143].

את דיוננו בעמדת המשפט העברי בשאלת סיכול המטרה, נפתח באופן הראשון שתיארנו לעיל: פגיעה בתועלת השכירות.

[137] א' ידין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א־1970, ירושלים תשל"ט (מהדורה שנייה), עמ' 153־154.

[138] לרנר, סעיף 224.

[139] טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 116; עמ' 129; עמ' 152.

[140] לרנר, סעיף 226.

[141] טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 152.

[142] או שהיא עולה בבירור, באופן אחר, מכוונת הצדדים. ראה שם, עמ' 123.

[143] ואכן בקובץ דיני ממונות, שהוכן על ידי פרופ' ידין, והמונח כיום לפני ועדת הקודיפיקציה שבראשותו של השופט ברק, בסעיפים, 113(א) ו־225, ישנה הכרה מפורשת בסיכול המטרה כעילה לפטור.

ב. פגיעה בתועלת השכירות

(1) מבוא

אלה דברי טדסקי[144], כשהוא מתייחס לשאלת הפגיעה ביבול חקלאי: "לפי מסורת ישנה הקיימת עדיין בכמה ארצות, פוטרים בחכירות חקלאית את החוכר מחובו, כאשר אינו מקבל יבול משום פגעי טבע (או אף במקרים אחרים שאינם תלויים בו)". טדסקי מציין שהיו שטענו, "כי אין הכלל אלא תולדה הגיונית מטיב השכירות, כי חיוב השוכר כרוך בהנאתו מן המושכר". אך טדסקי עצמו אינו מקבל הנמקה זו: "אין זה מושג השכירות. די באפשרות ההנאה ואין מרחיקים לכת מכך". באשר לעמדת החוק בישראל בשאלה זו, מסיים טדסקי: "לפי המושג המקובל גם בחוק הישראלי, השכירות היא הבטחה לאפשרות השימוש, ולאו דוקא לתועלת השימוש של השוכר"[145] (ההדגשות במקור), ועל כן פגיעה בתועלת אינה מזכה את השוכר לא בביטול החוזה ולא בפטור מדמי השכירות (טדסקי מציין שלרשות השוכר עומדות תרופות אחרות, כגון אפשרות העברת השכירות (סעיף 22); או שינוי הייעוד המקורי של השכירות (סעיף 16)).

יש לציין, שבניגוד לעמדתו בעניין פגיעה ביבול חקלאי, טדסקי, כפי שראינו לעיל, נוטה להסכים שבנסיבות כגון אלה שהיו במשפטי ההכתרה המפורסמים באנגליה[146], מן הראוי לפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות (אם כי לדעתו, לאחר ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו[147], הדבר דורש תיקון בחוק). משפטים אלה עסקו בעניינם של אנשים אשר שכרו דירות המשקיפות על מסלול תהלוכת ההכתרה של מלך אנגליה, אלא שברגע האחרון בוטלה תהלוכת ההכתרה, ולשוכרים כבר לא היה עניין בדירות אלה, שכן מטרת השכירות סוכלה. לדעתנו, ההבחנה שעושה כאן טדסקי אינה ברורה. מדוע ביטול תהלוכת ההכתרה נחשב בעיניו לעילה מוצדקת לביטול חוזי שכירות הדירות, ואילו אי־יכולת הפקת יבול אינה מצדיקה את ביטולה של שכירות אדמה חלקאית? הלוא בשני המקרים התועלת שבשכירות נפגעה באותה מידה[148].

[144] טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 152־153.

[145] והשווה דברי השופט זוסמן בפס"ד כרמל נ' פרפורי (לעיל, הערה 4), בעמ' 711־712: "הרעיון המונח ביסודו של סעיף 15 הנ"ל הוא פשוט בתכלית: חוסר אפשרות להפיק מן המושכר את התועלת המוסכמת, פוטר את השוכר מחובת תשלום דמי השכירות". ייתכן שאין לראות כאן אלא הבדל סמנטי בין דברי טדסקי לדברי השופט זוסמן, אולם אין הדבר ברור די הצורך.

[146] ראה לדוגמה: Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740.

[147] ראה: חוק יסודות המשפט, התש"ם־1980, סעיף 2.

[148] אמנם נראה מדבריו, שההבחנה שהוא עושה היא בין אפשרות השגת ההנאה, שאותה רצוי לראות כחלק מחיובי המשכיר (כגון במשפטי ההכתרה, שמשבוטלה התהלוכה נעלמה יחד עמה אפשרות ההנאה), לבין השגת ההנאה בפועל, שאותה אין לראות כחלק מחיובי המשכיר (כגון בפגם ביבול חקלאי, שאפשרות ההנאה הייתה קיימת — השדה הייתה מסוגלת להניב פרות — אלא שבפועל היא לא הושגה). אולם לפי זה צריך לומר שטדסקי מסכים שאם אין אפשרות להפיק יבול מן הקרקע, כגון בשנת בצורת, השוכר יהיה רשאי לבטל את החוזה. ועדיין ההבחנה נראית מאוד דקה. ייתכן גם שיסוד ההבחנה של טדסקי בהבדל שנראה להלן (הערה 180) בין שכירות שימוש לשכירות עסקית, שבשכירות לשם הפקת יבול, המטרה הייתה להרוויח, ובזה מן הדין שהשוכר יקח על עצמו גם את הסיכון להפסיד, מה שאין כן בשכירות שהייתה ללא כוונות רווח, אלא לשם שימוש גרידא. אולם גם זה אינו נראה, משום שבמשפטי ההכתרה כוונת השוכר הייתה גם להרוויח על ידי השכרת מקומות לציבור המעוניין לצפות בתהלוכה.

כפי שנראה להלן, לשם בירור עמדת המשפט העברי בשאלה זו, יש להבחין בין תועלת שהיא תנאי בשכירות ובין תועלת שאינה תנאי בשכירות.

(2) קיום התועלת כתנאי בשכירות

המשנה[149] קובעת: "המקבל שדה מחבירו, והיא בית השלחין או בית האילן: יבש המעיין ונקצץ האילן — אינו מנכה לו מן חכורו. אם אמר לו: 'חכור לי שדה בית השלחין זו או שדה בית האילן זה': יבש המעין ונקצץ האילן — מנכה לו מן חכורו". ההבדל בין שני חלקי המשנה הוא, שבחלק השני, קיום תכונות השדה — יש מעיין בתוכה, ואפשר להשקות ממנו; או יש עצים בתוכה, ואפשר ללקוט מהם פרי בלי מאמץ — מהווה תנאי בהסכם השכירות. מאחר שתכונות אלה חודרות לתוך החוזה, הרי ברור שהעדרן נחשב כהפרה של החוזה, ומכאן נובעת זכותו של השוכר לנכות מדמי השכירות בהתאם להפסד שנגרם לו. לעומת זאת, בחלק הראשון, תכונות השדה — מעיין ועצים — אינן חלק של ההסכם (המילים "והיא בית השלחין", מתארות את מצבה של השדה, ואינן חלק מתוכנו של ההסכם), ומשום כך נקבע, שהעדרן של תכונות אלו אינו מזכה את השוכר בניכוי דמי השכירות[150].

אימתי נחשבת תכונתה של השדה כחלק מהסכם השכירות? בשאלה זו (שמקומה בכללי פרשנות חוזים), נחלקו הראשונים. יש הסוברים[151] שכאשר השוכר הוא שציין את התכונה ("חכור לי"), די בכך כדי לחייב את המשכיר. לעומת זאת, אם המשכיר הוא שהציע לשוכר את השדה, הוא יכול לטעון — ובלבד שניסוחו של ההסכם אינו סותר זאת — שלא התכוון להתחייב שהשדה תהיה בעלת אותה תכונה, אלא ביקש רק לאפיין את המושכר על פי כינויו המקובל. אחרים סבורים[152], שאין זה משנה מי הוא מנסח ההסכם. בכל מקרה, ציון התכונה כשלעצמה, אפילו שנעשתה על ידי השוכר, אין די בה כדי לחייב את המשכיר. הסיבה לכך שכאן תכונת השדה נחשבת לתנאי בקיום השכירות, היא משום שציון התכונה (בית השלחין

[149] משנה, בבא מציעא ט, ב; קג ע"ב.

[150] כך עולה גם מן התוספתא, בבא מציעא ט, ב: "שדה בית השלחין אני שוכר הימך, שדה בית האילן אני שוכר הימך: יבש המעיין ונקצץ האילן — חייב להעמיד לו מעיין אחר, חייב להעמיד לו אילן אחר. שדה בית השלחין זו אני שוכר הימך, שדה בית האילן זו אני שוכר הימך: יבש המעיין ונקצץ האילן — מנכה לו מן חכירו".
בניגוד לרוב הראשונים, דעת מהר"ם מרוטנבורג היא (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 123 ואילך) שאונס הפוגע ברקע לעסקה הוא עילה חוקית לביטול השכירות, משום שהשוכר יכול לטעון "על דעת כן לא שכרתי". כלומר, קיום התועלת שבשכירות הוא לכאורה תמיד תנאי לקיום השכירות. לפי זה נשאלת השאלה, כיצד מסביר מהר"ם מרוטנבורג את המקורות שהבאנו כאן? לדיון בשאלה זו, ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, ליד ציון הערה 310.

[151] ראה: רמ"ה, מובא בטור, חו"מ, סימן שכא, סעיף א; רמב"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה רבינא; רשב"א, מובא במגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ד, ד"ה היה עומד בתוך השדה; ר"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה רבינא; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק תשיעי (סא ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה אידי ואידי; והשווה ריטב"א, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה רבינא. וראה: רמ"א, חו"מ, סימן שכא, סעיף ב.

[152] ראה: תוספות, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה אידי ואידי; רמב"ם, אליבא דמגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ד; רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן ב; בית הבחירה, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה אמר המאירי. דברי הרא"ש תמוהים, שכן הוא עצמו מביא את התוספתא הנ"ל, אף שלכאורה היא סותרת את דעתו. לניסיונות יישוב דברי הרא"ש, ראה: ב"ח, חו"מ, סימן שכא, ס"ק א; לחם משנה, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ד; קצות החושן, סימן שכא, ס"ק א; ביאור הגר"א, שם, ס"ק ח. וראה: נתיבות המשפט, סימן שכא, ס"ק ב. וראה גם על סוגיה זו, תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 280־281.

או בית האילן) היה מיותר, שהרי הושכרה "שדה זו", כלומר שהיה ברור באיזו שדה מדובר. אם כן, בנסיבות אלה תוספת תכונת השדה מתפרשת כתנאי בהסכם.

האם מסקנת הדברים היא, שכאשר מטרת השוכר לא חדרה לגוף ההסכם, השוכר הוא שנושא בסיכון לפגיעה באותה מטרה? נדון בשאלה זו להלן.

(3) פגיעה בתועלת כשאינה תנאי בשכירות (גישות שונות)

(א) הקדמה

התלמוד[153] שואל על חלקה הראשון של המשנה שראינו זה עתה, בעניין שדה בית השלחין שיבש המעיין שבתוכה: "היכי דמי [=באיזה מקרה מדובר, כלומר באילו נסיבות התייבש המעיין]? אילימא דיבש נהרא רבה [=אם נאמר שיבש המעיין הראשי], אמאי אינו מנכה לו מן חכורו? נימא ליה: 'מכת מדינה היא'". לשון אחר, לא ייתכן שהמשנה דיברה בבצורת כללית, שכן במקרה זה היה צריך לאפשר לשוכר לנכות מדמי השכירות[154]. חייבים אפוא להעמיד את המשנה בשלא יבשו כל המעיינות, אלא רק המעיין הקטן שבשדה, שממנו משקים אותה בדרך כלל[155]. מכאן עולה לכאורה, שכאשר אין לשוכר תועלת במושכר (אינו יכול להפיק יבול מן השדה, שכן אינו מסוגל להשקות אותה), אמנם הוא אינו רשאי לנכות מדמי השכירות, אולם אם הפגיעה בתועלת הייתה בנסיבות של "מכת מדינה", הרי שאז יש לו עילת פטור.

הבחנה זו בין מכה פרטית ובין "מכת מדינה" מפורשת כבר במשנה[156]: "המקבל שדה מחבירו, ואכלה חגב או נשדפה: אם מכת מדינה היא — מנכה לו מן חכורו; אם אינה מכת מדינה — אין מנכה לו מן חכורו". כלומר, פגיעה ביבול חקלאי אינה עילה לפטור מתשלום דמי שכירות, ובלבד שנסיבות הפגיעה לא היו בגדר "מכת מדינה". פגיעה בשדה המושכרת נחשבת ל"מכת מדינה", כאשר לא נפגעה השדה המושכרת בלבד, אלא נפגעו יחד עמה רוב השדות של אותו המקום. על ההיגיון המשפטי בהבחנה בין מכה פרטית ובין "מכת מדינה", נרחיב להלן.

בשלב זה נעיר רק, שאם נקבל את גישת טדסקי, שפגיעה ביבול חקלאי אינה אלא פגיעה בתועלת השכירות, נוכל להסיק מכאן, שלפי המשפט העברי, בעיקרון, פגיעה בתועלת השכירות אינה עילה לביטול החוזה ולפטור מתשלום דמי השכירות, אולם אם הפגיעה הייתה בנסיבות של "מכת מדינה", יש לשוכר עילת פטור. כפי שנראה להלן, בשאלה זו עצמה נחלקו הדעות בין הפוסקים: יש הרואים בפגיעה ביבול החקלאי פגיעה במושכר עצמו (אם לא פגיעה בגוף המושכר, לכל הפחות פגיעה באפשרות השימוש בו); ואילו אחרים רואים בפגיעה ביבול החקלאי פגיעה בתועלת השכירות בלבד.

[153] בבא מציעא קג ע"ב.

[154] וראה: תוספות, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה דאפשר, שמדבריו עולה שאף ב"מכת מדינה", כאשר אפשר בהשקעת מאמץ להתגבר על הפגם (כגון, שאף שיבשו כל המעיינות של האזור, אפשר בכל זאת להביא מים בדליים ממקום אחר), השוכר אינו רשאי לנכות מדמי השכירות על אף ההכבדה. וראה שכך נקט בשו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט, הביאו הרמ"א, חו"מ, סימן שכא, סעיף א (וראה שו"ת הרי בשמים (הורוביץ), מהדורא תניינא, סימן רב). אולם השווה שיטת הט"ז, המובאת בהשלמות, להלן, פרק חמישי, ליד ציון הערה 287.

[155] וראה: תוספות, שם, שהדגיש (בניגוד למה שעולה לכאורה מפשוטה של הסוגיה), שבמכה פרטית, השוכר אינו רשאי לנכות, אפילו אם אינו יכול להביא מים ממקום אחר.

[156] משנה, בבא מציעא ט, ו; קה ע"ב.

דיוננו להלן יתמקד בהבנת היסוד המשפטי של הפטור ב"מכת מדינה" ובקביעת היקפו של פטור זה, כלומר האם "מכת מדינה" היא עילת פטור גם כאשר הפגיעה הייתה רק בתועלת השכירות? בגלל מורכבות הנושא, אנו מפצלים את דיוננו לשני חלקים. כאן בגוף הדיון נעסוק בשיטת הרמב"ם לפי הפירושים השונים שהוצעו לה, משום ששיטה זו היא אשר נפסקה להלכה בשולחן ערוך. בין הראשונים אפשר למצוא גישות אחרות לנושא, אבל מאחר שגישות אלה אינן הגישות המרכזיות, לא נדון בהן כאן. כמו כן אנו בוחנים כאן את עניין סיכול המטרה רק לאור הסוגיה שהבאנו לעיל בעניין פגיעה ביבול חקלאי. בתלמוד אפשר למצוא סוגיות נוספות אשר נוגעות לכאורה לעניין ומעוררות קשיים שונים, פרשניים ומשפטיים. גם בסוגיות אלה לא נדון כאן. בפרק ההשלמות[157] נשלים את התמונה, ונדון בכל שיטות הראשונים ודרכי התמודדותן עם כל הסוגיות התלמודיות הנוגעות לעניין.

(ב) אין עילת פטור ("מחנה אפרים")

כפי שראינו לעיל[158], מי שנוקט את מבחן קיום המושכר, טוען שכל זמן שגוף המושכר קיים, הסיכון למניעת השימוש בו רובץ על השוכר, שכן המשכיר יכול לטעון כנגדו: "מזלך גרם", כלומר שמניעת השימוש לא נגרמה אלא מפני שהמושכר היה בהחזקתו. ההיגיון המשפטי בהבחנה בין מכה פרטית ובין "מכת מדינה" הוא, כפי שכבר ראינו שם, שב"מכת מדינה", מאחר שנפגע השימוש של כל בעלי הנכסים מן הסוג הזה, מוכח שלא מזלו של השוכר הוא שגרם, אלא הפגיעה הייתה נגרמת גם אם המושכר היה נשאר בהחזקתו של המשכיר[159].

האם הפטור ב"מכת מדינה" חל גם כאשר לא נפגע השימוש במושכר, אלא נפגעה רק התועלת שהשוכר מפיק ממנו? כאמור, התשובה לשאלה זו תלויה בשאלת הגדרת פגיעה ביבול חקלאי? אם מגדירים פגיעה זו כפגיעה בתועלת השכירות, כי אז מוכח מן המקורות שראינו לעיל, בעניין שדה שאכלה חגב וכן בעניין שדה בית השלחין שיבש הנהר הגדול, שב"מכת מדינה" הסיכון מוטל על כתפי המשכיר. לעומת זאת, אם מגדירים פגיעה זו כפגיעה בשימוש[160], כי אז אין הוכחה שב"מכת מדינה", הסיכון לפגיעה בתועלת של השכירות מוטל על כתפי המשכיר.

נראה ש"מחנה אפרים"[161], שהוא אחד מנוקטי מבחן הקיום, מצדד באפשרות השנייה, שכן

[157] להלן, פרק חמישי, ג, עמ' 339.

[158] ראה לעיל, ליד ציון הערה 46 ואילך.

[159] על פי הסבר זה, צריך לומר, שהפטור של השוכר הוא מכאן ואילך, כמו בחמור שמת באמצע הדרך, אף שהפגם גרם להפסד השכירות למפרע, כגון שלשוכר אין כל תועלת בהבאת הסחורה לאמצע הדרך (ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט). הסבר אחר, שיוביל לתוצאה שונה הוא, שמאחר שהפגיעה הייתה בכל בעלי השדות, מתברר למפרע שהמשכיר השכיר דבר שאין לו. לשון אחר, "מכת מדינה" הופכת את הפגיעה לפגיעה בגוף השדה, וממילא על פי מבחן קיום המושכר, הסיכון צריך להיות סיכונו של המשכיר, והשוכר צריך להיות פטור מתשלום. ה"חזון איש" (חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י) מנסח טיעון זה בצורה הבאה: "ואפשר דחשיב כהשכיר לו דבר שלא היה לו, שהיתה לו שדה שאינה ראויה לקצור ממנה תבואה. ודוקא במכת מדינה. אבל מכה בשדה זו, חשבינן כמזלו של השוכר גרם, ואי אפשר למחשב [כלומר, לראותו] כחסרון בשדה". על פי הסבר זה, השוכר יהיה פטור מדמי השכירות לחלוטין, אפילו למפרע, שכן אם היה מקח טעות, הוא זכאי לדרוש את כספו חזרה, כשלא הייתה לו כל תועלת.

[160] ובוודאי אם מגדירים אותה כפגיעה בגוף המושכר, כפי שעולה מדברי הט"ז. ראה להלן, השלמות, פרק חמישי, ליד ציון הערה 284.

[161] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ז. השווה להלן, הערה 184, פסקו של מהרש"ך ש"מחנה אפרים" חולק

בעניין סוחר שנאסר עליו להמשיך לנהל את עסקו בחנות ששכר (ונדרש, יחד עם שאר הסוחרים, לעבור למקום אחר), הוא פוסק: "יש להעמיד השכירות ולחייבו לשוכר, כיון דלא נשתנה החנות מכמות שהיה וראויה היא לאומנות אחרת, אלא שלזה השוכר אינה ראויה, כהאי גוונא לא שייך לומר מזליה דמשכיר גרם". נמצא אפוא, שהעובדה שמניעת התועלת מן החנות היא ב"מכת מדינה" אינה עילה לפטור. במשפטי ההכתרה, נוקטי גישה זו לא היו פוטרים אפוא את השוכרים מחובת תשלום דמי השכירות, וזאת אף אם היו רואים בביטול התהלוכה משום "מכת מדינה".

(ג) "מכת מדינה" הפוגעת במושכר כעילת פטור (סמ"ע)

כעת אנו מבקשים לבחון את השיטה הקובעת שמניעת השימוש היא עילה לפטור מתשלום דמי השכירות ובלבד שלא היה קשר נסיבתי בין המניעה לשימוש. על פי שיטה זו, נשאלת השאלה, מדוע השוכר חייב בתשלום דמי השכירות, כשנפגע היבול או נפגעה היכולת להפיק יבול מן השדה ששכר? הלא מניעה זו אינה קשורה בשימוש כלל[162], ועל פי המבחן האמור, מן הדין היה לפטור את השוכר מתשלום. בתשובה לשאלה זו, נחלקו גדולי האחרונים: הסמ"ע ו"נתיבות המשפט". הצד השווה בין הסמ"ע ו"נתיבות המשפט" הוא, ששניהם אינם יכולים לאמץ את הנימוק שראינו עד כה לפטור ב"מכת מדינה". כזכור, עד כה ראינו ש"מכת מדינה" פוטרת את השוכר מתשלום, משום שהמשכיר אינו יכול עוד לטעון כנגדו: "מזלך גרם", שכן יש להניח שהפגיעה הייתה מתרחשת גם אם המושכר היה נשאר בחזקתו של המשכיר. הסבר זה אינו יכול להתקבל על דעתם של הסמ"ע ו"נתיבות המשפט", משום שלדידם, יש להניח כך אפילו במכה פרטית ("מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם"), ולשם כך אין צורך בנסיבות מיוחדות של "מכת מדינה". לכן שני פוסקים אלה חייבים להציע הסבר אחר ומשמעות אחרת למושג "מכת מדינה".

ואמנם הסמ"ע מאמץ גם בעניין זה את שיטת מהר"ם מפאדווה, המסביר את ההיגיון המשפטי שביסוד הפטור ב"מכת מדינה" באופן שונה ממה שראינו עד כה. דעת מהר"ם מפאדווה[163] היא, שבשדה שכורה שהשמיד חגב את התבואה שגדלה בה, או שיבש המעיין שבתוכה ואי־אפשר להשקותה עוד, גם אם היה זה בנסיבות של מכה פרטית, השוכר רשאי לבטל את השכירות (מהר"ם מפאדווה עצמו אינו מנמק את קביעתו, אבל נראה שהנימוק הוא שמניעת השימוש לא הייתה קשורה בשימוש). לדעתו, אין זה שונה מדינו של חמור שמת,

עליו כאן. וראה: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ג, סימן קפ, ד"ה ועוד דגם. המשיב דן במי ששכר זיכיון למסחר במשקאות משכרים, ולאחר מכן הוטלו מסים כבדים, שהפכו את העסק לבלתי משתלם. הוא מאמץ את דרכו של "מחנה אפרים".

[162] אמנם במקרה של חגב שאכל את התבואה, יש אולי מקום לטעון שקיים קשר בין השימוש לפגם, שהרי החגב לא בא לשדה אלא בשל התבואה הגדלה בו (השווה: שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל). ואולי כאן טמון ההסבר לפטור בנסיבות של "מכת מדינה": ב"מכת מדינה", נראה בעליל שאין קשר בין השימוש לפגם, שכן החגב פלש לכל האזור בלא הבחנה. וצריך עיון. בטקסט נקטנו בגישה אחרת, משום שבמעיין שהתייבש, אי־אפשר לטעון לקשר סיבתי כלשהו.

[163] ראה: שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט. בחלק מתשובה זו דננו לעיל, ליד ציון הערה 58 וליד ציון הערה 103. לשיטת מהר"ם מפאדווה הסכימו: שו"ת ראנ"ח, סימן לח; סמ"ע, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ו; ש"ך, שם, ס"ק א (השווה: שו"ת פרי תבואה (מרגליות), סימן לד, סוף ד"ה ומעתה, שלדעתו, הש"ך הסכים לשיטת הרמ"א ולא לשיטת מהר"ם מפאדווה); שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סד; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ח; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא.

שם השוכר רשאי לבטל את החוזה ולהיפטר מתשלום דמי השכירות מכאן ולהבא[164]. אולם ביטול השכירות במקרה זה, אם כי הוא אפשרי, לא יפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות אלא מכאן ולהבא, ולא יהיה בו כדי לפצותו על אבדן השקעתו עד שעת הביטול[165]. החידוש של הלכת "מכת מדינה" הוא, שאם אירע ההפסד כתוצאה מנסיבות שפגעו ב"רוב השדות של אותה העיר", כי אז רשאי השוכר לנכות מדמי השכירות למפרע, היינו אינו חייב לשלם גם לא בעד התקופה שעד אירוע הפגם[166]. הנימוק להלכת "מכת מדינה" הוא אולי הסכם מכללא

[164] היקשו של מהר"ם מפאדווה בין מיתת החמור לשדה שאכלה חגב הוא שהביא כנראה חלק מן הפוסקים (חתם סופר והראנ"ח) לקבוע, שלשיטתו, פגיעה ביבול היא פגיעה בגוף השדה. ראה להלן.

[165] ומכאן ראיה שבעניין חמור שמת באמצע הדרך, דעת מהר"ם מפאדווה כדעת הרמב"ם, שהשוכר חייב בדמי השכירות בעד חצי הדרך, אף שלא היה לו כל תועלת (כפי שהעיר ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט, בדעת הרמב"ם). ואין לומר שבמכה פרטית הוא מחייב את השוכר בתשלום, משום ש"מזלו גרם", שכן אילו זה היה הנימוק, הוא היה מחייב אותו בתשלום גם מכאן ואילך, ולא היה מאפשר לו לבטל את השכירות.

[166] על טיעון זה, שואל נתיבות המשפט, סימן שכא, ס"ק א: "וקשה, דהא במתניתין... משמע דאפילו חכרה לכמה שנים, ויבש המעין קודם שזרע בשנה שנית, או שיבש המעיין תיכף אחר הקנין, קודם שזרע, גם כן מנכה לו, אף דההיזק הוא רק על להבא". מכאן הוא מבקש להוכיח שתרופת הניכוי, הנתונה לשוכר בנסיבות של "מכת מדינה", אינה צופה רק פני עבר אלא גם פני עתיד. לבירור שיטת "נתיבות המשפט", ראה להלן.

חתם סופר (שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא) דוחה את קושיית "נתיבות המשפט": "והוא הדין נמי [שהשוכר יכול לחזור בו ואף צריך לעשות כן] בחוכר ויבש המעיין, אי חכרו לכמה שנים, פשיטא ששנה שניה לא יעמוד בחכירתו, ויחזור בו. אבל ש"ס מיירי מחוכר שנה אחת, ובאותה שנה, אפילו בתחילתה, יבש המעיין, וזה הוא כמו לשעבר, דידוע דכל משך זמן שנה אחת שייכי אהדדי טורח העבודה ושכר הפרות. ועל כן יש לחלק בין מכת מדינה למכה פרטית, ואי אפשר לחזור אחר תחלת השנה". כוונת ה"חתם סופר" היא, שגם אם התייבש המעיין בתחילת השכירות, שעה שהתבואה טרם גדלה בשדה, חזרת השוכר מן החוזה לא תהווה תרופה הולמת, משום שבשכירות שדה, קשה מאוד להעריך את ערך השכירות עד שאירע הפגם באמצע התקופה. הסיבה לכך היא, שבתחילת השכירות השוכר משקיע הרבה עבודה, ואילו את פרות ההשקעה הוא אינו קוצר אלא לקראת סופה, וברור שדמי השכירות שסוכם עליהם הם דמי השכירות של שנה שלמה, ששוקללו בהם ההשקעה והפרות גם יחד. על כן יש מקום להבחנה בין מכה פרטית ל"מכת מדינה". לא כן בשכירות חמור, שם כל יום ויום הוא בעל ערך שווה, ועל כן במה שנוגע לעתיד אין להבחין בין "מכת מדינה" למכה פרטית אלא רק במה שנוגע לשעבר (מה שאין כן בשדה, שם העתיד דינו כלשעבר, כפי שהוסבר). וראה דברינו לעיל, ליד ציון הערה 103 ואילך. כנגד דברי ה"חתם סופר", ראה: שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צב, אות כא.

השווה: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מב, ד"ה וראיתי, שגם הוא דחה את קושיית "נתיבות המשפט", אבל בנימוק שונה. לדעתו, אין מקום לשאלת "נתיבות המשפט", משום שאין היגיון להעמיד את המשנה דווקא במעיין שהתייבש בתחילת השכירות. דברי המשנה אמורים בוודאי גם במעיין שהתייבש לאחר הזריעה. לפי זה, מהר"ם מפאדווה יכול לפרש יפה, שעל כגון זה דווקא שאלה הגמרא: אם "מכת מדינה" היא, מדוע אינו מנכה מדמי השכירות בגין ההפסד שנגרם לו למפרע (והשאלה אמנם אינה עולה במעיין שהתייבש לפני שהשוכר הספיק לזרוע, שכן אז ביטול החוזה הוא סעד מועיל)? לעומת זאת, אומר בעל "חסד לאברהם", בשדה שאכלה חגב או שהתייבשה, קשה לכאורה לשיטת מהר"ם מפאדווה. לפי אותה משנה, זכותו של השוכר לנכות מדמי השכירות גם כשאירע הדבר בתחילת תקופת השכירות. לפי זה, דין "מכת מדינה" צופה גם פני עתיד, שהרי אף שיכול היה לבטל את השכירות ולא עשה כן, בכל זאת, זכותו לנכות מדמי השכירות. מכאן מסיק בעל "חסד לאברהם", שלשיטת מהר"ם מפאדווה, ודאי רשאי השוכר לנכות מדמי השכירות, אלא שהוא חייב להודיע למשכיר שבחר לנכות ולא לבטל, והמשכיר מצדו רשאי להתנגד לניכוי ולבטל את השכירות (השווה סעיף 15). כך פירש את הדברים

בין הצדדים[167]. כלומר, השוכר, כמו כל משקיע אחר, לוקח את הסיכון שהשקעתו תרד לטמיון, עקב פגם שימנע את המשך השימוש במושכר. אולם אם יהיה ההפסד שייגרם למפרע בגדר "מכת מדינה", דהיינו הפסד הנתפס בתודעת הצדדים כבלתי נמנע, כי אז מוסכם בין הצדדים שאין הצדקה שיישא השוכר בהפסדה של השקעה שלא היה לה שום סיכוי להניב פרות. ואפשר להציע נימוק יסודי יותר: בעיקרון, הפגיעה בתועלת שהשוכר מפיק מן המושכר היא סיכונו של השוכר — "מזלך גרם" — אבל ב"מכת מדינה" מוכח שהמושכר לא היה יכול להניב כל תועלת, ומתברר אפוא למפרע שהמשכיר "מכר" לשוכר מושכר שאינו מתאים — "מקח טעות" — ומשום כך הוא חייב להחזיר לשוכר את כספו[168].

נמצא שגישתו של מהר"ם מפאדווה להלכת "מכת מדינה" היא אמנם גישה ייחודית, ובעקבותיו הלך הסמ"ע: כאשר הפגם אינו פוגע במושכר אלא להבא, אין צורך להיזקק לטענת "מכת מדינה". העלאת טענת "מכת מדינה" אינה רלוונטית אלא בפגם הפוגע בשכירות למפרע, דוגמת תבואה שאכלה חגב, שבו ביטול השכירות אינו מספק תרופה הולמת. עוד רבים מן האחרונים[169] מאמצים גם הם את גישת המהר"ם מפאדווה.

מהן המסקנות העולות משיטה זו לעניין פגיעה בתועלת השכירות, שאנו עוסקים בה בפרק זה? גם כאן, הדבר תלוי בשאלה, כיצד מגדירים פגיעה ביבול חקלאי (כפי שראינו לעיל, מקורה של הלכת "מכת מדינה" הוא ביחס לפגיעה כזו)? האם רואים בה פגיעה במושכר (או לכל הפחות באפשרות השימוש בו)? או שמא אין רואים בה אלא פגיעה בתועלת שמפיק השוכר מן המושכר?

אם מגדירים, כמו טדסקי[170], פגיעה ביבול כפגיעה בתועלת השכירות (סיכול מטרת השכירות), כי אז עולים העקרונות הבאים: פגיעה בתועלת השכירות היא תמיד עילה לביטול חוזה השכירות, אפילו במכה פרטית[171]. אם הפגיעה בתועלת השכירות היא מכאן ולהבא,

גם הסמ"ע (אלא שלא העיר על המשנה). ראה לעיל, ליד ציון הערה 106. והשווה: שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צב, אות ב.

[167] השווה: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י, בהסברו הראשון להלכת "מכת מדינה".

[168] השווה: חזון איש, שם, בהסברו השני להלכת "מכת מדינה".

[169] ראה לעיל, הערה 163.

[170] ראה לעיל, ליד ציון הערה 144.

[171] וכך נראה שסובר שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סד (ראה מה שנעיר על "חקרי לב", להלן בהשלמות, פרק חמישי, הערה 306). והשווה גם: שו"ת שאילות משה (ראזין), חו"מ, סימן נז. פוסק זה, בן הדור הקודם, תומך בגישה זו, ואף מרחיק לכת בניסוחו. הוא דן במי ששכר חנות למכור בה משקאות משכרים, אך עקב מצב מלחמה, נאסרה בפקודת השלטונות מכירת משקאות אלה. השאלה הייתה כמובן, האם השוכר יכול להיפטר מתשלום דמי השכירות בעקבות הפגיעה במטרה שלשמה שכר את החנות? המשיב פוסק שיש אמנם לפטור את השוכר, וזאת מהנימוק הבא: "כל היכא דנתבטל התשמיש של הבית לפי הענין דהשכירות לפי כוונת השוכר בהתשמיש המיוחד להשכירות, הרי זה כמום בעצם הבית, ודינו לענין זה כנפל הבית או נשרף". תימוכין לדעתו הוא מוצא בשו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט. אולם ראה להלן, הערה 172, שלאור דבריהם של הראנ"ח ו"חתם סופר", קשה למצוא בתשובת מהר"ם מפאדווה ראיה לגישתו של "שאילת משה". היסוד היחיד שעליו יכול "שאילת משה" לבנות את טיעונו הוא הערכתו שלו, שפגם ביבול חקלאי אינו אלא דוגמה של סיכול המטרה. אולם אין לדעת אם מהר"ם מפאדווה אכן ראה גם הוא את הדברים כך, או שמא ראה אותם כפי שראו אותם הראנ"ח ו"חתם סופר", שפגיעה ביבול חקלאי נחשבת לפגם בגוף השדה, משום שהיבול "יוצא מן השדה", ואין להפריד בינו לבין השדה עצמה (ראה בסמוך). השווה: שו"ת שער אפרים (כ"ץ), חו"מ, סימן קמד, הדן במקרה דומה (על תשובה זו ראה

והצדדים אינם מסכימים לניכוי מדמי השכירות, אין פתרון אלא ביטול החוזה, אפילו אם מדובר בפגם זמני בלבד. אם נפגמה גם התועלת של תקופת השכירות שלפני אירוע הפגם, הניכוי מדמי השכירות מסויג בשני סייגים: הוא אינו אפשרי אלא בנסיבות של "מכת מדינה"; הוא אינו צופה אלא פני עבר, ולתקופה שמכאן ואילך אין תרופה אחרת, כאמור, כי אם ביטול החוזה. לפי גישה זו, במשפטי ההכתרה, מהר"ם מפאדווה היה מאפשר לשוכרים לבטל את השכירות ולהיפטר מתשלום דמי השכירות.

אולם נראה שלדעת רוב הפוסקים אשר אימצו את שיטת מהר"ם מפאדווה להלכה[172], אין להתייחס לשדה שאכלה חגב, או יבש המעיין שבתוכה, כאל סיכול מטרת השכירות. לדידם, אין כאן פגיעה בתועלת השכירות בלבד, אלא פגיעה בשדה ובאפשרות השימוש בה. נמצא שאין הבדל מהותי בין חמור שמת לשדה שאכלה חגב[173]: בשני המקרים מדובר במושכר שנפגמה אפשרות השימוש בו, ומאחר שלא היה קשר סיבתי בין פגם זה לשימושו של השוכר במושכר, הסיכון (מכאן ואילך) צריך ליפול על כתפי המשכיר. השוכר רשאי אפוא לבטל את השכירות מכאן ואילך. באשר לפגיעה בתועלת השכירות למפרע כתוצאה מהפגם, השוכר אינו רשאי לנכות בגינה מדמי השכירות ולזכות בכך לפיצוי רטרואקטיבי, אלא כשהיה הפגם בנסיבות של "מכת מדינה".

לפי זה, אין לנו מקור במקורות המשפט העברי לקביעה שפגיעה בתועלת השכירות כשלעצמה (בלא פגם במושכר) מזכה את השוכר בביטול השכירות, ובוודאי לא בניכוי מדמי השכירות, וזאת אפילו בנסיבות של "מכת מדינה". לדוגמה, מי ששכר חנות למכור בה סחורה, ועקב עוצר שהוכרז באזור, הלקוחות אינם פוקדים את חנותו, לא יוכל לבטל את החוזה או להפחית את דמי השכירות. ואכן נראה שכך פסק הראנ"ח[174] בעניין מי ששכר חנות, והוטלו

השלמות, להלן, פרק חמישי, הערה 281). עוד בעניין דומה, השווה: שו"ת רבנו חיים כהן (רפפורט), חו"מ, סימן יט. וראה להלן, הערה 184.

[172] ראה: שו"ת הראנ"ח, סימן לח; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קסא; שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ד, סימן קח. לדעתם, פגיעה ביבול חקלאי כמוה כפגם בגוף המושכר: "אכלה חגב, או נשתדפה... מכל מקום הקלקול הוא בדבר היוצא מן השדה" (לשון הראנ"ח); "מכל מקום מבואר דמעיין [של שדה מושכר שיבש] ואילן [של שדה מושכר שנקצץ], היינו שדה" (לשון "חתם סופר"). ומכאן לזכותו של השוכר לבטל את החוזה. הם מדגישים, שבמקרה שדן בו מהר"ם מפאדווה, לא היה מדובר בפגם בתועלת של השכירות, כי אם בפגם במושכר עצמו. ואלה דברי הראנ"ח בעניין זה: "התם כל שבח החנות לא היה אלא רשות המלך שהיה למחזיק החנות להלוות בריבית, והרשות ההיא היא שהיו שוכרים זה מזה. וכיון שגזר המלך שלא ילוו, נפל פתא בבירא [כלומר נפל כל העסק], ונתבטל השבח ההוא, ונתקלקל". במילים אחרות, מהר"ם מפאדווה עוסק במקרה של הרס המושכר, שכן המושכר לא היה חנות, אלא זיכיון לעסוק בהלוואות בריבית, והזיכיון אכן נפגם. לדעת הראנ"ח, יש להבדיל מקרה זה מהמקרה של שוכר חנות למכור בה סחורה, ובמשך השכירות, עקב סיבה כלשהיא (כגון מיסוי על הסחורות, וכדומה), מתבטלת הכדאיות של העסק. כאן לא נהרס המושכר (החנות), רק הכדאיות של המשך ההחזקה בו למטרת השכירות נפגמה. על הבחנה זו מעיר "חתם סופר": "וסברא נכונה היא". והשווה: שו"ת שאילת משה (ראזין), חו"מ, סימן נז (לעיל, הערה 171), שלא עמד על הבחנה זו. הראנ"ח ו"חתם סופר" היו מקבלים את פסקו של "שאילת משה", אילו היה מדובר במי ששכר זיכיון לעסוק במסחר של משקאות משכרים, ולאחר מכן הוטל איסור על שיווקם של משקאות חריפים. אולם במקרה שדן בו "שאילת משה", המושכר הוא חנות, וזו לא נפגמה כלל, ואילו שיווק משקאות משכרים הוא מטרת השכירות, וסיכולה של מטרה זו אינו מקנה לשוכר עילה לביטול השכירות.

[173] ראה מה שהערנו לעיל, הערה 164.

[174] ראה: שו"ת ראנ"ח, סימן לח.

מסים שפגעו בהכנסותיו מן המושכר, וכן נוטה גם דעת הרב הרצוג[175] בעניין מי שהכנסותיו מהחנות ששכר ירדו פלאים עקב פתיחת מרכז מסחרי בקרבת מקום. מדברי שניהם עולה שפגיעה בתועלת כשלעצמה, כשאינה קשורה בפגם במושכר, אינה עילה לביטול השכירות. כך יהיה אפוא הדין גם במי ששכר מכונות לפריקת אונייה, וטבעה האונייה בלב ים, ואין לו עוד צורך במכונות. גם כאן אי־אפשר לטעון שהפגיעה בתועלת כמוה כפגיעה במושכר, כי הפגיעה היא חיצונית למושכר לחלוטין, ועל כן אין לשוכר עילה לבטל את השכירות, והוא חייב בתשלום מלא. כמו כן נראה, שבמשפטי ההכתרה, פוסקים אלה לא היו פוטרים את השוכרים מחובת תשלום דמי השכירות.

לדעת מי שאינו רואה בפגיעה ביבול חקלאי סיכול מטרת השכירות, אלא סיכול הקיום, עולות אפוא המסקנות הבאות לשיטת מהר"ם מפאדווה והסמ"ע:

1. כשנפגע השימוש במושכר מכאן ולהבא, אין לשוכר תרופה אחרת זולת ביטול השכירות.

2. כשנפגע השימוש במושכר, ופגיעה זו מסכלת את התועלת שבשכירות למפרע, אין לשוכר כל תרופה על העבר, אלא אם כן הייתה פגיעה זו בנסיבות של "מכת מדינה".

3. פגיעה בתועלת של השכירות כשלעצמה אינה מזכה את השוכר בשום מקרה, לא בביטול החוזה ובוודאי לא בניכוי מדמי השכירות, וזאת גם בנסיבות של "מכת מדינה".

(ד) "מכת מדינה" כעילה לחלוקת ההפסד ("נתיבות המשפט")

אף ש"נתיבות המשפט" אינו מאמץ את מבחן קיום המושכר כמבחן בלעדי להטלת הסיכון לפגיעה במושכר על השוכר, הוא חולק על גישת מהר"ם מפאדווה והסמ"ע מכול וכול, הן במכה פרטית הן ב"מכת מדינה". במכה פרטית, הוא סבור שפגיעה ביבול חקלאי אינה עילה לביטול השכירות; ב"מכת מדינה", עמדתו היא ש"מכת מדינה" אינה שיקול הפועל רק לטובת השוכר אלא גם לטובת המשכיר, ושסעד הניכוי מדמי השכירות אינו צופה פני עבר בלבד, אלא גם פני עתיד. להלן נימוקי המחלוקת בשלוש הנקודות האמורות:

1. לדעת "נתיבות המשפט"[176], פגיעה ביבול המופק משדה או במעיין שמשקים בו את השדה אינה עילה לביטול השכירות, משום שפגיעה זו אינה לא בגוף המושכר ואף לא באפשרות השימוש בו. המושכר עצמו תקין וראוי לשימוש, ולא נפגמה אלא התועלת שהפיק השוכר, או שהוא מצפה להפיק מן המושכר[177]. תועלת זו היא חיצונית למושכר, תולדה

[175] ראה: הרב י"א הלוי הרצוג, כתבים ופסקים, כרך ט, שו"ת בדיני חו"מ, ירושלים תשנ"א, סימן קב. והשווה להלן, הערה 184.

[176] ראה: נתיבות המשפט, סימן שכא, ס"ק א; שם, סימן שלד, ס"ק א.

[177] ראה לעיל, הערה 172, שהראנ"ח ו"חתם סופר" לא הסכימו לדברים אלו. לדעתם, הפגם שבשדה שאכלה חגב הוא פגם בשדה עצמו. לדעתנו, דברי "נתיבות המשפט" מסתברים יותר. הפגם הוא בתועלת שהשוכר מפיק מן השדה, ולא בשדה. "חתם סופר" דוחה במפורש את דברי "נתיבות המשפט", בנימוק שהמקרה של "החוכר או המקבל שדה מחבירו, והוא בית השלחין או בית האילן, ויבש המעין בית השלחין... או נקצץ האילן של בית האילנות" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן שכא, סעיף א), שגם בו נאמר דין "מכת מדינה", הוא בוודאי מקרה של פגם בגוף השדה — המעיין של השדה התייבש, והאילן שבו נקצץ. "נתיבות המשפט", שהיה מודע לקושי זה, כותב: "ובמקבל שדה, והיה בו מעיין ויבש, גם כן [לא] נעשה האונס בשדה. ועוד דלא החכיר לו מעיין כלל, כיון שלא אמר לו, בית השלחין אלא רק שדה סתם". ואף ש"חתם סופר" כתב על דברי "נתיבות המשפט" אלו, ש"דבריו תמוהים", בכל זאת נראים דברי "נתיבות המשפט" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 149 ואילך).

ממנו. היא אינה האובייקט של השכירות — השוכר לא רכש אותה, ולא התנה את חיובו בקיומה[178]. אשר על כן, כשנמנעת התועלת, אין כל הצדקה משפטית לביטול השכירות, אף שמניעה זו לא הייתה בעקבות השימוש. סיכון זה הוא אם כן סיכונו של השוכר. לעומת זאת, אפשרות השימוש היא חלק מן המושכר. היא האובייקט של השכירות — השוכר "רכש" אותה. אמנם מאחר שאפשרות השימוש נחשבת לרכושו של השוכר, היה מקום לומר שפגיעה בשימוש צריכה לבוא על חשבונו של השוכר. אולם כפי שראינו לעיל[179], ההנחה היא שהשימוש היה נפגם גם אם היה המושכר נשאר בהחזקתו של המשכיר. על כן אין להטיל את הסיכון על השוכר, אלא אם כן מוכח שהפגם קרה בעקבות השימוש (כלומר שלא היה קורה אילו היה נשאר ברשותו של המשכיר)[180].

כפי שראינו לעיל[181], רבים מן הפוסקים שאימצו את גישת מהר"ם מפאדווה אינם חולקים בעיקרון עם "נתיבות המשפט", אלא רק טוענים שמאחר שהיבול יוצא מן השדה, אין לראותו כדבר חיצוני לשדה אלא כחלק ממנה, וממילא פגיעה בו היא כפגיעה בשדה עצמה. על כן טענו שיש לשוכר עילה לביטול השכירות, ולא משום שהכירו בעיקרון של סיכול המטרה כעילה לביטול.

2. הנקודה השנייה שבה חולק "נתיבות המשפט" על גישת מהר"ם מפאדווה, נוגעת להשלכות המשפטיות של "מכת מדינה". בעניין זה, "נתיבות המשפט" מאמץ את שיטת הרמ"א[182], החולק על מהר"ם מפאדווה, וקובע: "כל מקום שנפסד הענין לגמרי, והוי מכת

[178] ראה לעיל, פרק שלישי, ב(2), עמ' 312.

[179] לעיל, ליד ציון הערה 67 ואילך.

[180] לדעת ערוך השולחן, חו"מ, סימן שכא, סעיף יא, אין צורך בהבחנת "נתיבות המשפט" בין פגיעה בשימוש לפגיעה בתועלת, כדי להסביר את ההלכות הנוגעות לפגיעה ביבול חקלאי. לשון אחר, אין מניעה להגדיר פגיעה ביבול חקלאי כפגיעה באפשרות השימוש. חוזרת אפוא השאלה: מה בין פגיעה ביבול חקלאי לפגיעה באפשרות השימוש בחמור? ומדוע לא נפסק בשניהם, שאם לא היה קשר סיבתי בין שימושו של השוכר לבין הפגם, השוכר פטור מתשלום? "ערוך השולחן" מציע לשאלה זו פתרון מקורי. לדעתו, המיוחד בשדה שאכלה חגב אינו אופי הפגם (שפוגע בשכירות למפרע (כשיטת הסמ"ע, לעיל, ליד ציון הערה 163 ואילך), או שאינו נוגע אלא לתועלת השכירות (כשיטת "נתיבות המשפט" כאן), או שאינו מונע כליל את השגת מטרת השכירות (כשיטת הט"ז, להלן, בהשלמות, פרק חמישי, ליד ציון הערה 284)), אלא אופי השכירות עצמה — "עיקר הענין אינו דומה כלל". זוהי שכירות שבה השוכר מעוניין בהפקת רווח מהמושכר, ולא בשימוש במושכר גרידא, והבחנה זו היא רבת משמעות. בשכירות לשם שימוש גרידא (כגון בית או חמור), השוכר אמור להחזיר את המושכר כמות שהיה, בלא שנטל ממנו דבר זולת הנאת השימוש בו. בכגון זה, מובן שקיום אפשרות השימוש הוא תנאי לחיוב השכירות. לעומת זאת, "שוכר שדה מחבירו אינו שוכרה בשביל רגבי האדמה, אלא שיזרע עליה ותצמח ויקצרנה", ואת זאת הוא עושה אף שאין לדעת מראש, אם תתן השדה יבול אם לאו. לשון אחר, בסוג זה של שכירות, שאפשר לכנותה "שכירות מסחרית", מן הדין שבצד הסיכוי לרווח, יטול השוכר על עצמו גם סיכון להפסד. "כללו של דבר: כל שכירות שהענין הוא להוציא ריוח מהשכירות, כמו שדה לאכול פירותיה, או שוכר חנות לסחורה... הדין בזה, דאם אינה מכת מדינה, ההיזק הוא על השוכר, ובמכת מדינה, ההיזק על שניהם". וכעין סברא זו, ראה גם: שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סג ע"א); שו"ת פרי תבואה (מרגליות), סימן לד. והשווה: שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צב, אות יב. מסוף דברי "ערוך השולחן", נראה שגם הוא סבור, כמו "נתיבות המשפט", כפי שנראה בסמוך, שב"מכת מדינה" השוכר אינו נפטר מתשלום דמי השכירות לגמרי, אלא רק מחציין, וזאת כדי שיפול ההפסד בשווה עליו ועל המשכיר. והשווה: Code civil, art. 1769.

[181] ראה לעיל, הערה 172.

[182] רמ"א, חו"מ, סימן שכא, סעיף א.

מדינה, מנכה לו משכירותו... וכל מקום שמנכה לו, אין חילוק במה שעבר או להבא". כלומר, "מכת מדינה" אינה צופה רק פני עבר (ניכוי דמי שכירות לתקופה שעד הפגיעה), אלא היא צופה גם פני עתיד (השוכר ימשיך לנכות מדמי השכירות גם להבא)[183]. הסיבה ש"נתיבות המשפט" מעדיף את גישת הרמ"א על גישת מהר"ם מפאדווה מובנת לאור עמדתו בעניין פגיעה ביבול חקלאי, כפי שראינו אותה לעיל: אם השוכר אינו רשאי לבטל את השכירות, כשנפגע היבול, הרי שלעניין הניכוי, אין כל היגיון להבחין בין התקופה שלמפרע ובין התקופה שמכאן ולהבא.

3. מדברי "נתיבות המשפט", עולה עוד הבדל נוסף בין תפישתו את המושג "מכת מדינה" לבין תפישתו של מהר"ם מפאדווה. מהר"ם מפאדווה, וכן כל הראשונים והפוסקים שראינו עד כה (כולל הסמ"ע), סבורים ש"מכת מדינה" היא שיקול שיש בכוחו לסלק את הסיכון מכתפי השוכר ולהטילו על כתפי המשכיר. לעומת זאת, לדעת "נתיבות המשפט", "מכת מדינה" פועלת לרעת שני הצדדים: "דכל שההיזק בא מכח מכת מדינה, הוא על שניהם". הסיבה לכך היא, "דליכא למימר מזלא דהשוכר והמשכיר גרם". נמצא שאף שהפגיעה היא במושכר, מאחר שהמכה פוגעת בכולי עלמא, אין לומר שדווקא על המשכיר לשאת בסיכון, שהרי נפגעו כל בעלי הזכויות, ומאחר שהשוכר גם הוא בעל זכות מסוימת (זכות השימוש), אין סיבה שלא יישא גם הוא בסיכון. וכן כשנפגעה התועלת בלבד: מאחר שהמכה פגעה בכולי עלמא, אין לומר שדווקא על השוכר לשאת בסיכון, שהרי נפגעו כל בעלי הזכויות, ומאחר שהמשכיר גם הוא בעל זכות, אין סיבה שלא יישא גם הוא בסיכון.

לסיכומו של עניין דעת "נתיבות המשפט" היא:

1. במכה פרטית, כאשר הפגיעה אינה בגוף המושכר או בזכות השימוש בו, אלא בתועלת השימוש בלבד, אין ספק שהסיכון רובץ על השוכר, שהרי המשכיר לא השכיר לשוכר את התועלת (הוא לא התחייב לכך כלפיו), כי אם את השימוש בלבד, ומה שיפיק השוכר משימוש זה הוא בלא ספק עניינו וסיכונו של השוכר.

2. נפגמה השכירות ב"מכת מדינה", אין זה משנה איזה חלק של השכירות נפגם — גוף המושכר, השימוש בו, או אפילו רק התועלת ממנו[184] — על הצדדים לשאת בהפסד יחד.

[183] לכאורה קשה, כיצד מתיישב פסקו זה של הרמ"א, שניכוי מדמי השכירות אינו אפשרי אלא בנסיבות של "מכת מדינה", עם מה שפסק בעניין חמור שמת באמצע הדרך (חו"מ, סימן שי, סעיף ב): "והא דאמרינן, דנותן לו שכרו מחצי הדרך [בחמור שהושכר למשא ומת באמצע הדרך], היינו שיכול למכור סחורתו שם, או שיכול לשכור חמור אחר עד מקום שרוצה לילך. אבל בלאו הכי, אינו נותן לו כלום משכרו, דהא לא מהני ליה מידי". הרי שניכוי מדמי השכירות אפשרי גם בנסיבות של מכה פרטית, כשלא הייתה לשוכר תועלת מהשכירות. אפשר להציע מספר פתרונות לשאלה זו. האחד, שהרמ"א פוסק כשיטת הר"ש משאנץ (ראה לעיל, ליד ציון הערה 34), והוא רואה במקרה החמור שהושכר למשא, מקרה יוצא מן הכלל (ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, א(2), עמ' 330). פתרון אחר הוא, לומר שביסוד דברי הרמ"א ההבחנה שראינו זה עתה בדברי "נתיבות המשפט" בין פגם במושכר לפגם בתועלת השכירות. אלא שלאור העובדה שהרמ"א פסק כמו הר"ש משאנץ (ראה לעיל, הערה 34), נראה שההצעה הראשונה עיקר.

[184] להלן נביא פוסקים אחדים, שגם מדבריהם עולה, שאף שנפגעה רק התועלת שבשכירות, בלא שנפגם גוף המושכר או אפילו אפשרות השימוש בו, אם היה זה "מכת מדינה", השוכר רשאי לנכות מדמי השכירות, בהתאם לנאמר בעניין פגיעה ביבול חקלאי (שדה שאכלה חגב וכו'). ראה: שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קצח — המשיב דן בשוכר חנות, שנאסר עליו מטעם השלטונות, כמו על שאר בעלי החנויות, להמשיך ולנהל עסק באותו מקום (כלומר, נשללה מטרת השכירות, אך לא אפשרות השימוש במושכר); שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מא — המשיב דן בשוכר שנפגעו הכנסותיו מהפונדק

לכן: מחד גיסא, השוכר אינו רשאי לבטל את השכירות; אולם מאידך גיסא, השוכר אינו חייב לשלם את מלוא דמי השכירות. הוא רשאי לנכות מהתשלום שהוא חייב בו, כך שההפסד יפול בשווה עליו ועל המשכיר.

נמצא שבמשפטי ההכתרה, "נתיבות המשפט" היה פוטר את השוכרים ממחצית דמי השכירות, וזאת בהנחה שהיה רואה בביטול תהלוכת ההכתרה משום "מכת מדינה" (ועדיין הדבר צריך עיון).

ג. מניעת השוכר מלהפיק תועלת מן המושכר

כעת נברר מה דינו של השוכר, כאשר המושכר ודרכי הגישה אליו תקינים, אך הנאת השימוש במושכר נמנעת ממנו מחמת נסיבות הקשורות בו. לדוגמה, אדם שכר דירה בקומה גבוהה בלי מעלית, וכתוצאה ממחלת לב שלקה בה, אינו יכול לעלות לדירה. מחד גיסא, השוכר אמנם אינו יכול להפיק תועלת מהמושכר, ומשום כך יש אולי הצדקה לפטור אותו מתשלום. אולם מאידך גיסא, הסיבות שבגללן השוכר אינו יכול להפיק תועלת מהמושכר אינן קשורות במשכיר כלל. לא זו בלבד שהמושכר שלו ראוי לשימוש מבחינה אובייקטיבית (אפילו דרכי הגישה אל המושכר אינן חסומות), אלא מטרת השכירות כשלעצמה לא נפסקה (עדיין השוכר מעוניין במקום מגורים), אלא שנסיבות הקשורות אך ורק בשוכר מונעות ממנו את השימוש. בכגון זה, יש יסוד לומר שעל השוכר לסבול את ההפסד, ואין הצדקה להטיל אותו על המשכיר.

כפי שראינו לעיל[185], כל המלומדים שעסקו בשאלה זו מסכימים שמן הראוי לתת לשוכר הגנה מסוימת: אמנם השוכר אינו רשאי לבטל את החוזה, אולם אם לא ישלם את דמי השכירות, המשכיר לא יוכל לתבוע אכיפה או פיצויים (לדעת טדסקי, תוצאה רצויה זו טעונה שינוי בחקיקה).

במשפט העברי, שאלה זו שנויה במחלוקת: רוב הראשונים מצד אחד ומהר"ם מרוטנבורג מצד שני.

כבר ראינו[186], שמהר"ם מרוטנבורג הוא היחיד בין הראשונים הסבור שכאשר אונס מונע מן השוכר את האפשרות להשתמש במושכר, יש לו טענה לגיטימית לביטול השכירות. לכן מיתת השוכר או מחלתו מזכות אותו בביטול השכירות.

לפי העקרונות של רוב הראשונים, שסקרנו לעיל את דעתם, אין ספק שאין כל יסוד לפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות, כשמניעת השימוש תלויה בו. בכגון זה, ברור שמזלו של השוכר גרם, כלומר שהסיכון למניעת השימוש רובץ עליו, ולא על המשכיר. ואכן, כפי שכבר

ששכר בעקבות סלילת כביש חדש, שגרמה ללקוחות להימנע מלעבור דרכו; שו"ת רמ"ץ (וויטמאיר), חו"מ, דיני חזקות, סימן כג — המשיב דן במקרה דומה. וראה גם לעיל, הערה 171. וראה גם: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ב, סימן קצט, שממה שהסיק משו"ת הריב"ש, סימן תכו, נראה שזוהי גם דעתו (אם כי השווה: שם, חלק ג, סימן קפ, ד"ה ועוד דגם, שמשם עולה מסקנה שונה. וצריך עיון). נדגיש שהעובדה שפוסקים אלה פסקו, שכאשר נפגעה רק התועלת של השכירות ב"מכת מדינה", השוכר זכאי לסעד, אינה מוכיחה כשלעצמה שדעתם כדעת "נתיבות המשפט", אלא היא מוכיחה רק, שלדידם פגיעה ביבול חקלאי אינה אלא פגיעה בתועלת השכירות, ולא פגיעה בגוף המושכר או בשימושו. השווה: פעמוני זהב, סימן שלד, סעיף א; מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ז, הובא לעיל, ליד ציון הערה 161.

[185] ראה לעיל, פרק שלישי, א, עמ' 309.

[186] לעיל, הערה 123. דעה זו הובאה על ידי הרמ"א בחו"מ, סימן שלד, סעיף א. ראה: ביאור הגר"א, שם, ס"ק ג.

ראינו[187], אפילו הראב"ד והרשב"א, שהם המקילים ביותר עם השוכר, ופוטרים אותו מתשלום דמי השכירות במקום שאחרים אינם עושים זאת, פוסקים במפורש, שאונס המונע מן השוכר את השימוש במושכר אינו עילה לפטור. כך פסקו בעניין שוכר שמת, כשחייבו את היורשים להמשיך ולשלם את דמי השכירות, אף שאין לך אונס גדול מזה.

נשאלת השאלה, האם ישתנה דין זה כשמניעת השימוש נבעה בשל "מכת מדינה", כגון שלקו רוב תושבי המקום בקוצר נשימה, ואף אחד אינו מסוגל לעלות אל הדירה המושכרת? את השאלה הזו, נשאיר בצריך עיון[188].

פרק רביעי

סיכום

בדיוננו על סעיף 15, עסקנו בסוגיית הסיכול של חוזה שכירות משני היבטים. תחילה עסקנו בסוגיה מן ההיבט של המשכיר, היינו שהמשכיר אנוס מלקיים את חיובו כלפי השוכר — למצב זה קוראים: סיכול הקיום. לאחר מכן דננו בסוגיה מן ההיבט של השוכר, היינו שמחמת נסיבות שאין לו שליטה עליהן, השוכר אינו מעוניין עוד בקיום השכירות — למצב זה קוראים: סיכול המטרה.

ברור שהגדרת הפגיעה בשכירות כסיכול קיום השכירות על ידי המשכיר או כסיכול מטרת השכירות של השוכר היא פונקציה של קביעת היקף חיובו של המשכיר במסגרת השכירות.

לדעת טדסקי, סיכול הקיום אינו רק כשהמשכיר אינו מסוגל להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש מחמת נסיבות שאין לו עליהן שליטה, כגון שנהרס המושכר, נגנב, הוחרם או נפגם. גם כשהשימוש נמנע כתוצאה מפגם הקשור בדרכי הגישה אל המושכר, הרי זה סיכול הקיום, שכן, לדעתו, המשכיר נוטל על עצמו במסגרת השכירות, לא רק התחייבות להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש, אלא הוא מתחייב גם לדאוג שלשוכר תהיה אפשרות להשתמש במושכר. ראינו שיש מקום לחלוק על הגדרה זו של חיובי המשכיר, ולומר שהחיוב שנוטל על עצמו המשכיר אינו אלא שהמושכר יהיה ראוי לשימוש לכל אורך תקופת השכירות, אך אינו מתחייב באשר לאפשרות השימוש. על פי הגדרה זו, הרי שיש להגדיר מניעת השימוש מחמת נסיבות הקשורות בדרכי הגישה אל המושכר כסיכול המטרה ולא כסיכול הקיום. תהיה הגדרת חיובו של המשכיר אשר תהיה, ברור שבמצב של סיכול קיומו של חיוב זה, השוכר רשאי לבטל את השכירות. סעיף 15 מוסיף, שבשכירות מקרקעין, עומד לרשות השוכר סעד נוסף: פטור מתשלום דמי השכירות, וזאת כאמור אף על פי שיש בידו

[187] לעיל, הערה 122. דעה זו הובאה על ידי הרמ"א, שם, בשם "יש חולקים".

[188] אמנם מצאנו דיון במי ששכר בית, ומחמת מגפה נאלץ לברוח יחד עם כל תושבי המקום. ראה: ש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק ג; וט"ז, שם, סעיף א. פוסקים אלה נוטים לומר, שבכגון זה יש לשוכר טענת "מכת מדינה". אולם נראה שהטעם לכך הוא, שהם רואים במגפה פגם בבית עצמו, שאינו ראוי לשימוש. השווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ז; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלד, סעיף יב, שנראה שלדעתם, יש להבחין בין פגם שפוגע במושכר לפגם שפוגע באנשים. ונראה אפוא, שלדעתם, "מכת מדינה" הפוגעת באנשים, ולא במושכר, אינה עילה לפטור. ועוד צריך עיון בסוגיה זו.

החלופה של ביטול השכירות. אולם לאחר זמן סביר, המשכיר רשאי לבטל את החוזה, זולת אם יודיע לו השוכר שהוא מוכן לשלם דמי שכירות.

כאמור, סיכול המטרה מוגדר כשמחמת נסיבות שאין לשוכר שליטה עליהן, הוא אינו מעוניין שהמשכיר ימשיך לקיים את חלקו בהסכם. באופן כללי נאמר כאן שדעת המלומדים היא שגם בזה, ראוי לפטור את השוכר מתשלום.

באשר למשפט העברי, העולה מן המקובץ הוא, שההסדר המשפטי במקרה של סיכול, נגזר בעיקרון ממהות השכירות, אלא שדעות הראשונים והפוסקים מגוונות, אף על פי שרובם רואים בשכירות זכות קניינית.

בקצה האחד ניצבים הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א[189]. לדידם, השכירות היא כמכר לזמן, ועל כן אין לפטור את השוכר אפילו לא בהרס גמור של המושכר, "דברשותו נפל, דכל ימי השכירות הבית ברשותו"[190]. אולם הם מודים שאם אירע ההרס בשל "מכת מדינה", השוכר פטור מתשלום דמי השכירות[191]. זאת כנראה משום שאף שאירע ההרס כשהמושכר ברשות השוכר, הרי מאחר שהמושכר לא יצא לגמרי מרשותו של המשכיר, ישנה הסכמה מכללא בין הצדדים, שבפגם בלתי נמנע (="מכת מדינה"), השוכר לא יחויב בתשלום. יש לציין שראשונים אלה מכירים כנראה בסוג אחר של שכירות, שכירות בעלת אופי חוזי, שבה מניעת ההנאה מהמושכר גוררת אחריה פטור מתשלום[192].

בקצה האחר עומדים הראב"ד והרשב"א[193]. לדידם, בנוסף לזכות הקניינית של השוכר במושכר, השכירות כוללת גם התחייבות המשכיר להעמיד לרשותו מושכר ראוי לשימוש כל תקופת השכירות. לכן כל אימת שהמושכר אינו ראוי לשימוש, יהיו נסיבות המניעה אשר יהיו, השוכר פטור מלמשלם מעבר להנאתו מן המושכר. לעומת זאת, אם מניעת השימוש או התועלת מהמושכר אינה קשורה בהפרת התנאים על ידי המשכיר, השוכר חייב להמשיך ולשלם את דמי השכירות, זולת כשהייתה מניעת השימוש או התועלת בשל "מכת מדינה"[194]. וקרוב לומר שזוהי גם דעת רש"י[195].

הרמב"ם[196], כמו הר"ש משאנץ, מגדיר גם הוא את השכירות כזכות חפצית במושכר לעניין השימוש בו לזמן (בלא כל התחייבות נוספת, שלא כמו הראב"ד והרשב"א). יחד עם זה הוא אינו מגיע לתוצאות הנוקשות (כלפי השוכר) שאליהן הגיע ר"ש משאנץ. לדוגמה, לדידו, הסיכון בהרס המושכר אינו רובץ על השוכר אלא על המשכיר[197]. מצאנו שלוש גישות בהבנת שיטת הרמב"ם, ולכל אחת מהן, השלכות משפטיות שונות:

1. לדעת "פני משה"[198] וסיעתו (הט"ז, "מחנה אפרים", ועוד), השוכר הוא אמנם בעל זכות קניינית במושכר, ועל כן הוא נושא בתוצאות של פגמים המתגלים בו. אולם זכותו חלה רק

[189] ראה לעיל, ליד ציון הערה 31.
[190] דברי הר"ש משאנץ, מובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז.
[191] ראה בתשובת הר"ש משאנץ, שם. וראה השלמות, להלן, פרק חמישי, ליד ציון הערה 276 ואילך.
[192] ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, א(2), עמ' 330.
[193] ראה לעיל, ליד ציון הערה 35. ובהרחבה להלן, בהשלמות לסעיף זה, פרק חמישי, ליד ציון הערה 220.
[194] ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, ליד ציון הערה 298 ואילך.
[195] ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, א(1), עמ' 328. וראה גם שם, הערה 298.
[196] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 11.
[197] ראה לעיל, ליד ציון הערה 37.
[198] ראה לעיל, ליד ציון הערה 46.

כל זמן שהמושכר עצמו קיים. הרס המושכר מביא את השכירות לסיומה, ופוטר ממילא את השוכר מהמשך תשלום דמי השכירות. שלושה הסברים הוצעו לכך: על פי הסבר אחד[199], הרס המושכר מביא את השכירות לסיומה, משום שיש בו כדי ללמד על מקח טעות למפרע (שכירות מעבר לחיי המושכר); הסבר אחר הוא[200], שמוסכם בין הצדדים (מכללא), שהשכירות תגיע לסיומה עם הרס המושכר; הסבר נוסף הוא[201], שהשוכר אינו נושא אלא בסיכון לרכושו שלו, כלומר סיכונים הקשורים לזכות השימוש, ולא סיכונים לרכושו של המשכיר, היינו סיכונים הנוגעים לגוף המושכר (יש לזכור שגם במשך תקופת השכירות גוף המושכר נותר בבעלותו של המשכיר, להבדיל מזכות השימוש בו). נמצא שכאשר לא נפגעה אלא זכות השימוש, ההנחה היא ש"מזל השוכר גרם", כלומר שהנזק אירע לו דווקא, ולא היה קורה אילו היה המושכר נשאר בחזקתו של המשכיר. הנחה זו ניתנת כמובן לסתירה. אחד מן המצבים שבהם השוכר יכול להוכיח שמניעת השימוש אינה קשורה בו דווקא, אלא הייתה נגרמת גם אם היה המושכר נשאר בחזקתו של המשכיר, הוא ב"מכת מדינה", היינו מכה שפוגעת בכל בעלי הנכסים. בכגון זה, המשכיר כבר אינו יכול לטעון ש"מזל השוכר גרם", שהרי ברור בעליל, שמניעת השימוש הייתה פוגעת גם בו, ואפילו היה המושכר נמצא בהחזקתו[202].

2. לדעת הסמ"ע[203], העיקרון המנחה של הרמב"ם הוא, שבמושכר שנפגם ונמנעת אפשרות השימוש בו, פטור השוכר מתשלום דמי השכירות, אפילו כשלא נהרס המושכר, אלא אם כן קיים קשר נסיבתי בין השימוש שעשה השוכר במושכר לבין הפגם (ואז הוא חייב אפילו אם נהרס המושכר). לדעתו, אין לקבל את טענת המשכיר שכביכול מזלו־גורלו של השוכר הוא שגרם למניעת השימוש, ואילו אם המושכר היה נשאר ברשותו, השימוש לא היה נפגע. להפך, העובדה שהנכס נשאר בבעלותו של המשכיר, על אף היותו מושכר, מצדיקה את ההנחה ההפוכה. כלומר, כל עוד לא הוכח ההפך, ההנחה היא שהפגם נגרם במזלו של המשכיר, היינו שהוא היה קורה גם אם היה המושכר נשאר בחזקתו ("מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם"). אולם מובן שאם המשכיר יכול להצביע על קשר בין שימושו של השוכר לבין אבדן המושכר, הרי שהרים את הנטל, והסיכון עובר לכתפי השוכר, ויהיה הלה חייב להמשיך ולשלם לו דמי שכירות מלאים. באשר ל"מכת מדינה", הסמ"ע סבור, בעקבות מהר"ם מפאדווה[204], שהעלאת הטענה בדבר "מכת מדינה" אינה רלוונטית אלא כשפגע הפגם בשכירות למפרע. כלומר, ניכוי מדמי השכירות בגין הפגיעה בשכירות בתקופה שלפני הפגם אינו אפשרי אלא בנסיבות של "מכת מדינה". התרופה העומדת לשוכר בנסיבות של "מכת מדינה" אינה צופה אפוא אלא פני עבר.

3. ל"נתיבות המשפט"[205] יש גישה המשלבת את שתי הגישות הקודמות: מחד גיסא, הוא מקבל את מבחן קיום המושכר, ופירוש הדבר שכאשר נהרס או אבד המושכר, הסיכון רובץ על המשכיר, שרכושו אבד; מאידך גיסא, הוא מקבל גם את דעת הסמ"ע, שכל עוד לא הוכח

[199] זהו אחד הנימוקים שמציע "חזון איש". ראה השלמות להלן, פרק חמישי, ב, עמ' 337.
[200] גם זה אחד הנימוקים שמציע "חזון איש". ראה השלמות, להלן, פרק חמישי, ב, עמ' 337.
[201] את ההסבר הזה ייחסנו ל"מחנה אפרים". ראה לעיל, ליד ציון הערה 49.
[202] ראה לעיל, הערה 51. וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 159.
[203] ראה לעיל, ליד ציון הערה 60.
[204] ראה לעיל, ליד ציון הערה 163.
[205] ראה לעיל, ליד ציון הערה 67.

ההפך, מניחים שמניעת השימוש במושכר הייתה קורית גם אם היה המושכר נשאר בחזקתו של המשכיר. על כן כל זמן שלא הוכח קשר בין השימוש במושכר על ידי השוכר לבין מניעת השימוש, השוכר אינו צריך לשאת בסיכון למניעת השימוש. לעומת זאת[206], אם לא נפגעה אלא התועלת שציפה השוכר להפיק מן המושכר (כגון שנאכל היבול שגדל בשדה השכור על ידי חגב), הרי זה סיכונו של השוכר, גם אם לא היה קשר בין השימוש לפגיעה, שכן התועלת מן המושכר אינה חלק מהסכם השכירות. כשהפגיעה במושכר (בגופו, בשימוש בו, בתועלת ממנו) הייתה בשל "מכת מדינה", השוכר אינו רשאי להסתלק מן השכירות, וההפסד מתחלק בינו לבין המשכיר בשווה, כי אין לדעת מיהו הנפגע, ועל כולם לשאת בסיכון בשווה[207].

להלכה[208], פסק השולחן ערוך כשיטת הרמב"ם. אולם כאמור, את הפסק הזה אפשר להבין בשלושה אופנים שונים. הרמ"א הביא להלכה את שיטת הר"ש משאנץ, ורוב הפוסקים אכן סבורים שאין להתעלם ממנה.

באשר לסיכול המטרה, הבחננו בין שני מצבים טיפוסיים שונים, וברור שההסדר בהם הוא פועל יוצא מהדברים שהזכרנו עד כה:

יש שסיכול המטרה מתבטא בפגיעה בתועלת השכירות[209]. כלומר, אין עוד תועלת לשכירות, אם משום שהמטרה של השכירות כבר הושגה בדרכים אחרות, ואם משום שאין עוד אפשרות להשיג אותה (כמו במשפטי ההכתרה). בכל אלה, ראינו שבמכה פרטית, רוב הפוסקים סבורים שאין מקום לפטור את השוכר מתשלום; ואילו ב"מכת מדינה", נראה שהעניין שנוי במחלוקת: יש שאינם מכירים ב"מכת מדינה" עילה לביטול החוזה או לפטור מדמי שכירות; יש שרואים בה עילה לביטול השכירות (ואילו ניכוי טעון הסכמת המשכיר); ויש שרואים בה עילה לניכוי מחצית דמי השכירות (וההפסד יתחלק בין השוכר ובין המשכיר בשווה). למהר"ם מרוטנבורג[210] שיטה ייחודית: לדעתו, כשנפגעת התועלת של השכירות בלא קשר לפגם בגוף המושכר, יש כאן אונס הפוגע ברקע להתקשרות, והוא מזכה את השוכר בביטול השכירות.

ויש שסיכול המטרה נובע מן העובדה שהשוכר מנוע מלהפיק את התועלת שקיווה להפיק מן המושכר[211]. כלומר, הוא אינו מסוגל עוד להשתמש במושכר (כגון שחלה, או כגון שנחסמה דרכו אל המושכר). בכגון זה, שוב, לבד ממהר"ם מרוטנבורג, הרואה בסיכול המטרה עילה חוקית לסיום השכירות, כל הראשונים סוברים שעל השוכר לשאת בסיכון. שאלנו, מה יהיה הדין, אם מה שאירע לשוכר אירע גם לכל בני המקום ("מכת מדינה")? והשארנו את השאלה בצריך עיון. באשר לחסימת דרכי הגישה, טענו שאם החסימה היא אובייקטיבית, פוסקים רבים היו פוטרים את השוכר; ואם החסימה היא של אזור שלם — "מכת מדינה" — כל הפוסקים היו פוטרים את השוכר (אף כי הערנו, שייתכן ש"נתיבות המשפט" לא היה פוטר אותו אלא ממחצית דמי השכירות).

לאור האמור לעיל, קשה להציע נוסח של החוק שיהיה מקובל על כל הפוסקים ואין מנוס

[206] ראה לעיל, ליד ציון הערה 177.
[207] ראה לעיל, ליד ציון הערה 182.
[208] על פסיקת ההלכה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 77, והערות שם.
[209] ראה לעיל, ליד ציון הערה 144 ואילך.
[210] ראה לעיל, ליד ציון הערה 123. וראה גם השלמות, להלן, פרק חמישי, ג, ליד ציון הערה 310.
[211] ראה לעיל, ליד ציון הערה 185.

אלא להציע נוסחים שונים בהתאם לכל גישה. מאחר שדעת הרמב"ם היא שנתקבלה להלכה על ידי השולחן ערוך, נציע שלושה נוסחים התואמים שלוש גישות בפרשנות דבריו:

נוסח א ("פני משה")

פטור מחובת תשלום

15. (א) נמנע השימוש מחמת הרס המושכר או מחמת פגיעה בו, השוכר פטור מתשלום דמי השכירות מכאן ואילך.

(ב) נמנע השימוש במושכר מסיבה אחרת, אין השוכר פטור מתשלום. היה השימוש במושכר נמנע גם אם נשאר בחזקתו של המשכיר, השוכר זכאי לבטל את חוזה השכירות ולהיפטר מתשלום דמי השכירות מכאן ואילך.

(ג) נמנעה התועלת מן השימוש במושכר, אין השוכר פטור מתשלום דמי השכירות, יהיו נסיבות המניעה אשר יהיו.

נוסח ב (סמ"ע)

פטור מחובת תשלום

15. (א) נמנע השימוש במושכר, השוכר רשאי לבטל את השכירות ולהיפטר מתשלום דמי השכירות מכאן ואילך, אלא אם כן היה קשר בין השימוש שעשה השוכר במושכר למניעת השימוש.

(ב) נמנעה התועלת מן המושכר כתוצאה ממניעת השימוש בו, השוכר אינו פטור מתשלום דמי השכירות על התקופה שקדמה למניעת השימוש, אלא אם כן הייתה מניעת השימוש "מכת מדינה".

(ג) נמנעה התועלת מן המושכר שלא כתוצאה ממניעת השימוש בו, אין השוכר זכאי לבטל את השכירות, אפילו לא ב"מכת מדינה".

(ד) לעניין סעיף זה "מכת מדינה" היא פגיעה הפוגעת במידה שווה בכל בעלי הנכסים הדומים למושכר באותו אזור.

נוסח ג ("נתיבות המשפט")

פטור מחובת תשלום

15. (א) נמנע השימוש מחמת הרס המושכר או מחמת פגיעה בו, השוכר פטור מתשלום דמי השכירות מכאן ואילך.

(ב) נמנע השימוש במושכר מסיבה אחרת, השוכר רשאי לבטל את השכירות, אלא אם כן היה קשר בין השימוש שעשה השוכר במושכר למניעת השימוש.

(ג) נמנעה התועלת מן השימוש במושכר, אין לשוכר עילת פטור.

(ד) ב"מכת מדינה", פטור השוכר ממחצית דמי השכירות על אף האמור בס"ק (א), (ב) ו־(ג). "מכת מדינה" לעניין זה היא פגיעה הפוגעת במידה שווה בכל בעלי הנכסים הדומים למושכר באותו אזור.

פרק חמישי

השלמות

א. מניעת השימוש במושכר

בדיוננו לעיל[212], התרכזנו בניתוח שיטת הרמב"ם בעניין מניעת השימוש במושכר מחמת נסיבות הקשורות במושכר. הזכרנו בקצרה את שיטות הראב"ד והרשב"א מצד אחד ואת שיטות הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א מצד שני. כאן נרחיב בניתוח אותן שיטות ובדרכי התמודדותן עם המקורות התלמודיים.

(1) מניעת השימוש היא עילה לפטור מתשלום (רש"י, ראב"ד, רשב"א)

קשה לקבוע בוודאות מהי השקפתו של רש"י בשאלת התוצאות של מניעת השימוש על תשלום דמי השכירות. מחד גיסא, מפירושו בסוגיית חמור שנלקחה לאנגריא[213] עולה, שמניעת שימוש גוררת אחריה פטור מתשלום, וזאת אף שהמושכר כשלעצמו לא יצא מכלל שימוש (כגון כשהוחרם)[214]. מאידך גיסא, בעניין בית שנפל, עמדתו של רש"י אינה נקייה מספקות. התלמוד[215] קובע שאם הושכר בית מסוים, ונפל באמצע תקופת השכירות, השוכר אינו יכול לדרוש העמדת בית חלופי, אלא "אזל ליה", ומפרש רש"י[216]: "הלך לו, מזלו גרם". ר"ש משאנץ[217] מבקש להסתמך על דברי רש"י, כדי לתמוך בגישתו, שבבית שנפל, השוכר ממשיך לשלם דמי שכירות מלאים[218]. לפי זה, שיטת רש"י היא כשיטת הר"ש משאנץ והריטב"א שהזכרנו בפנים, ונדון בה בהמשך תת־פרק זה.

אולם ייתכן שאין להסיק מהביטוי "מזלו גרם" שבדברי רש"י מסקנה כה מרחיקת לכת. אולי לא התכוון רש"י אלא להסביר, שבמקרה כזה המשכיר אינו חייב להעמיד לרשות השוכר בית חלופי, שכן אף שבבית מסוים עסקינן, אם נפילת הבית הייתה ב"מזלו" של המשכיר, הוא היה חייב להעמיד לשוכר בית אחר[219]. אם נאמץ פירוש זה בדברי רש"י, נמצא שלפי רש"י, שוכר שנמנע ממנו להשתמש במושכר, כגון שנפל הבית ששכר, פטור מתשלום דמי השכירות.

אם עדיין קיים ספק אם אכן זוהי גישת רש"י, אין ספק שזוהי גישתם של הראב"ד

[212] לעיל, פרק שני, א(1), עמ' 286.

[213] בבא מציעא עח ע"א וע"ב.

[214] כך דייק הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ד, מדברי רש"י על המשנה, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הרי שלך לפניך, ומדבריו שם עח ע"ב, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך. וראה דברינו על שיטת רש"י, לעיל סעיף 10, ליד ציון הערה 126, ובהערה 129.

[215] בבא מציעא קג ע"א.

[216] רש"י, שם, ד"ה אזדא ליה.

[217] מובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז. צוין כבר לעיל, הערה 31.

[218] דיוק דומה בדברי רש"י, ראה בין השאר בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק שישי, סימן י (בשם מהרי"ח). פוסקים נוספים דנו בעמדתו של רש"י בעניין בית שנפל. לרשימת הפוסקים הללו, ראה להלן, הערה 232.

[219] השווה: רש"י, ערכין כ ע"ב, ד"ה נתצו. להערה זו בניתוח שיטת רש"י, ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סז, ד"ה הלא (קג ע"ג). וראה שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ, שגם הוא פירש, שרש"י לא דיבר אלא על חובת העמדת בית חלופי, ולא על חובת תשלום.

והרשב״א. ביחס לשכירות חמור, הם קובעים[220] שחמור שנלקח לאנגריא (=הוחרם), אפילו שהיה זה בדרך הליכתו (בכגון זה, המשכיר אינו חייב להעמיד לשוכר מושכר חלופי, אפילו שהושכר חמור בלתי מסוים[221]), הרי מאחר שהשוכר אינו יכול להשתמש במושכר בפועל, הוא פטור מתשלום דמי השכירות[222]. גם בעניין שכירות בית, הרשב״א[223] קובע במפורש, שהשוכר בית, ונהרס הבית באמצע תקופת השכירות, פטור מתשלום דמי השכירות משעת הנפילה. נמצא שלעניין חיובו של השוכר בהמשך תשלום דמי השכירות, המבחן הקובע לדעתם הוא מבחן קיום השימוש: כל אימת שנמנע מן השוכר השימוש במושכר מחמת נסיבות הקשורות במושכר (כלשון החוק), הוא פטור מתשלום דמי השכירות.

נראה לומר ששיטת הראב״ד והרשב״א (וכנראה שזוהי גם שיטת רש״י) אינה עומדת בסתירה לעיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״. המושכר הוקנה לשוכר, ומוסכם בין הצדדים שקניין זה תקף כל זמן שהמושכר עומד לשימוש[224]. אפשר גם לנסח את שיטתם כך: בנוסף לזכות הקניינית של השוכר במושכר, השכירות כוללת גם התחייבות מצד המשכיר להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש כל תקופת השכירות[225]. כבר ציינו שגישה זו אינה מקובלת להלכה.

220 ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע״א, ד״ה אומר לו הרי שלך לפניך וד״ה עוד כתב הרב. יש להעיר, שכדעה זו סובר גם הרמ״ך, מובא בשיטה מקובצת, שם, ד״ה והרמ״ך ז״ל. עוד נעיר שבעל ההשגות אינו מעיר דבר על הלכת הרמב״ם באותו נושא, אף שהרמב״ם פוסק שהשוכר חייב לשלם ״שכרו משלם״. ראה לעיל, הערה 39. וכבר הערנו על כך בדיוננו על סעיף 10, הערה 130.

221 ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 60 ואילך.

222 נמצא אפוא שהראב״ד והרשב״א אינם נוקטים באותו מבחן בסוגיית חובת ההחלפה (שדננו בה בסעיף 10) ובסוגיית חובת התשלום (שאנו דנים בה כעת). בסוגיית חובת החלפה של מושכר בלתי מסוים, הראב״ד והרשב״א נקטו במבחן קיום המושכר, כלומר שבעיקרון, כל עוד לא נהרס המושכר, אין חובת החלפה, אף שהשימוש במושכר נמנע מן השוכר (כגון כשנלקח לאנגריא בדרך הליכתו, כלומר לפי דרכם, שלא היה מקח טעות, ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 68 ואילך). לעומת זאת, בסוגיית חובת התשלום, אנו רואים שהראב״ד והרשב״א אינם נוקטים במבחן קיום המושכר, אלא הם נוקטים במבחן קיום השימוש. כלומר, כל זמן שהמושכר עומד לשימושו של השוכר, הוא חייב בדמי שכירות, ומרגע ששימוש כזה נמנע ממנו, הוא פטור.

223 ראה: שו״ת הרשב״א, חלק ד, סימן ג. וכן סובר גם הרמ״ך, ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא קג ע״א, ד״ה וכתב הרמ״ך. לא מצאנו דברים מפורשים של הראב״ד בעניין זה, אולם כך עולה מדבריו. והשווה: שו״ת ראשי בשמים (גוריון), חו״מ, סימן צב, אות ו. משיב זה טוען, שלפי ה״בית יוסף״ ו״דרכי משה״ (הרמ״א), בעניין בית שנפל, או נשרף, דעת הרשב״א והראב״ד כדעת הר״ש משאנץ. אנו לא מצאנו זאת בדבריהם, ועל כל פנים, לאור תשובתו המפורשת של הרשב״א, שהבאנו לעיל, נראה שמשיב זה נתפש לכלל טעות. וראה להלן בדבריו שם, אות יג, שמדברי הראב״ד המובאים בשיטה מקובצת, בבא מציעא קו ע״ב, ד״ה נהר מלכא, בעניין שדה שיבש המעיין שלידו, ביקש להוכיח שדעת הראב״ד היא, שאם נפל הבית, או נשרף, השוכר חייב להמשיך ולשלם את דמי השכירות. אולם אין הנידון דומה לראיה כלל, ואין מקום לדבריו. והשווה גם: ש׳ בעלקין, ״קנין של שכירות״, אידנו (תש״ב) 39, בעמ׳ 43.

224 השווה: משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי״ן, סימן קפ: ״ונראה דסבירא ליה לרשב״א ז״ל, דשכירות ממכר הוא, הני מילי היכא דלא אתניס וקיימא אכתי ברשותיה, אבל היכא דאתניס, ותו לא חזיא לאשתמושי בה, פקעה מניה שכירות, ולא מחייב ליה אלא במאי שאתהני בעודה ברשותיה״. והשווה דיוננו על סעיף 1, הערה 55.

225 הסבר שני זה עולה בקנה אחד עם דברי הרשב״א, המובאים בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע״א, ד״ה עוד כתב הרב, כשהוא מסביר, שגם בשכירות חמור זה, יש על המשכיר אחריות להעמיד לשוכר חמור, אלא שלצורך התחייבות זו, הוא אינו משעבד אלא את המושכר עצמו: ״בחמור זה, אחריות עליו [על

(2) הרס המושכר אינו עילה לפטור מתשלום (ר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א (הרא"ה))

א. כאמור בקצרה בגוף הדיון, ר"ש משאנץ[226] ורבו של הריטב"א[227] (הרא"ה) סבורים שמי ששכר בית, ונפל הבית באמצע תקופת השכירות, חייב להמשיך ולשלם את מלוא דמי השכירות המוסכמים. כך הם מפרשים את סוגיית התלמוד[228] בעניין בית שנפל: "המשכיר בית לחברו ונפל... אי דאמר ליה, בית זה, נפל — אזל ליה [=הלך לו]". אומר הריטב"א: "ודעת רבינו, דהא דאמרינן: 'נפל — אזדא', לגביה אמרינן [=לגביו נאמר, כלומר הדברים אמורים ביחס לחיוביו של המשכיר, שאינו חייב להעמיד בית חלופי]. וחייב השוכר לפרוע השכירות, ואף על פי שעדיין לא נתן, הרי זה כלוקח בית ונפל קודם שיפרע דמיו". במילים אחרות, אף שמניעת השימוש נגרמת מחמת הרס המושכר, היא אינה עילה לא לביטול החוזה ולא לפטור מתשלום דמי השכירות. הנימוק לכך הוא, שהשוכר הוא כקונה נכס (אם כי לזמן מוגבל ולעניין השימוש בו בלבד), וכשם שהקונה נכס אינו נפטר מחובת התשלום, אם נהרס הנכס ברשותו, אף השוכר כך[229]. ההבדל היחיד בין קונה לבין שוכר הוא, שאם הרס המושכר היה בנסיבות של "מכת מדינה", כגון רעידת אדמה שהחריבה את בתי כל האזור, כי אז ורק אז, יש לשוכר עילת פטור (על עילה זו נרחיב להלן[230]). יש מי שטוען[231], שדעה זו נחשבת כדעת יחיד, ואין פוסקים כמותה, אולם הרמ"א[232] מזכיר אותה להלכה.

החמור, כלומר שהחמור משמש בטוחה לקיום חיובו של המשכיר], אף על פי שהוא עצמו אינו ראוי למלאכה, כגון שמת, או נשבר, והרי הוא כאפותיקי מפורש". וראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 78.

[226] מובא בתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז. תשובה זו הובאה בשו"ת ראנ"ח, סימן ה. והשווה: הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן י, בשם מהרי"ח. וראה: שו"ת אדמת קודש, חלק א, חו"מ, סימן סז, שטוען, מתוך דיוק בלשונו, שכך היא גם שיטת המרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שנה. יש לציין, שר"ש משאנץ טוען שזו גם דעת רש"י: "וגם בקונטרס פירש, מזלו גרם". הכוונה לרש"י, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה אזדא ליה. אולם אין הכרח להסיק משם, שכוונת רש"י היא גם לעניין חובת התשלום. וראה לעיל, פרק חמישי, א(1), עמ' 328, דיון בשיטת רש"י.

[227] חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה היכי דמי.

[228] בבא מציעא קג ע"א.

[229] על המקור שהובא בגוף הדיון, הערה 28, הסותר לכאורה את הגישה הזו, אומר הריטב"א, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה ואמאי: "ורבינו תירץ, דשאני הכא, דאפילו השתא הוה סלקא דעתין [=שאפילו עכשיו היה עולה על דעתנו], דכיון דאמר, בית השלחין זה, הוא כאומר, בית זה בכתליו, דלישנא יתירא דלא כפלא אחר". אף שהלשון אינה ברורה מספיק, נדמה שהכוונה היא שזהו מקרה מיוחד, שבו התנה השוכר (על ידי הכפלת הלשון "בית השלחין זה"), שהוא לא ישלם דמי שכירות, אלא אם לא יתייבש המעיין שבשדה. כלומר, אילולא התנאה זו, השוכר היה חייב לשלם את מלוא דמי השכירות. בשאר הסוגיות הסותרות לכאורה את גישת הר"ש משאנץ והריטב"א (חמור שמת, ספינה שטבעה), נרחיב בהמשך.

[230] להלן, פרק חמישי, ג, עמ' 339.

[231] ראה: שו"ת שי למורא, סימן ח; ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז, ד"ה נשרף הבית; מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי"ן, אות קלו, ד"ה הנה, שכך הסיק משו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ. והשווה: שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (דבריהם של ר' אהרון בן שלמה חסון ושל ר' יוסף ן' עזרא, סה ע"ב וע"ד). והשווה: שו"ת מהרי"א הלוי (איטנגיא), חלק ב, סימן נה.

[232] ראה: דרכי משה, טור, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה, וסימן שכא, סוף ס"ק א. וראה גם: סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק לד. הסמ"ע מגיה את דברי הרמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף יז. לפי הגהתו, הרמ"א מביא שיטה זו להלכה בשם "יש אומרים": "נשרף הבית, דינו כנפל. ויש אומרים, דצריך ליתן לו כל שכרו. מיהו, אם נשרף כל העיר, הוי מכת מדינה, ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו, בין הקדים לו שכרו או לא". יש לציין שהסמ"ע מפנה לתשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז, בשם הריב"א, אולם יש כאן טעות סופר, וצריך לומר הרשב"א, הוא ר' שמשון בן אברהם משאנץ.

שיקול זה, שהשוכר הוא כקונה נכס, מכריע את המקורות המפורשים שראינו בגוף הדיון[233], בעניין חמור שמת באמצע הדרך ובעניין ספינה שטבעה בלב ים, אף ששם נפסק במפורש בתלמוד שבעקבות מניעת השימוש, השוכר אינו חייב לשלם את מלוא דמי השכירות שסוכמו מראש. הר"ש משאנץ אומר: "וסברות הרבה יש לחלק בין בית לספינה ובין ספינה לחמור שמת באמצע הדרך". ברור אם כן, שהוא היה מודע לסתירה לכאורה בין הסוגיות, אולם סתם ולא פירש מהן הסברות שיש להבחין ביניהן. ליישובן של סוגיות החמור והספינה עם אותה שיטה[234], העלו האחרונים הצעות שונות:

1. לדעת "חזון איש"[235], ההבחנה בין בית שנפל לספינה שטבעה בים היא, שהמקרה של ספינה, שהתלמוד מדבר עליו, הוא מקרה של שכירות שירותי תובלה (שכר את בעל הספינה שיוביל לו את הסחורה בספינתו): בעל הספינה התחייב לבצע את השירות, ומשנבצר ממנו למלא אחר התחייבותו, אין לחייב את השוכר בתשלום. אילו היה מדובר בשכירות ספינה, כי אז השוכר היה חייב בתשלום גם לאחר טביעת הספינה, כדין בית שנפל[236]. אמנם עדיין יש

להלן רשימת פוסקים נוספים שהזכירו את שיטת הר"ש משאנץ להלכה: שו"ת הראנ"ח, סימן ה; שו"ת פני משה (בנבנשת), חלק ב, סימן לב, ד"ה ואוסיפה (סא ע"ב); שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סז (מדף קג ע"ג, ד"ה הלא); שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן קכג, ד"ה אמנם; מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי"ן, אות קלו; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ג, סימן קכט; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צב, אות יח. לדעת כל אלה, יש לחוש לשיטת הר"ש משאנץ, ופירוש הדבר, שאם המשכיר מחזיק בדמי השכירות, אין להוציאם מידו (שכן הוא יכול לטעון "קים לי" [=אני נוקט] כדעת הר"ש משאנץ). נציין שראנ"ח טוען שכשיטת ר"ש משאנץ נוקט גם הרמ"ה (אולם כנגד דבריו, ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 178). עוד נציין, ש"חקרי לב", שם, דן באריכות בשיטות הראשונים בסוגיה זו. ואף שבתחילת דבריו גם הוא נוטה לראות בשיטת הר"ש משאנץ דעת יחיד (השווה לעיל, הערה 231), הרי שלאחר פלפולים סבוכים בדבריהם של רש"י, הרמ"ה וה"מרדכי", הוא מגיע למסקנה ששאלה זו שנויה במחלוקת בין הראשונים, ולכן אין לבטל את שיטת ר"ש משאנץ. וראה גם: שו"ת קול אליהו (ישראל), סימן כט, שאף הוא סובר שבעיקרון יש לחוש לשיטת הר"ש משאנץ, זולת במקום שנהגו לפסוק רק כשיטת הרמב"ם.

נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יג, מעיר שיש זיקה בין פסק הרמ"א כאן בסימן שיב, סעיף יז, לבין הדעה השנייה שהביא הרמ"א, בסימן שלד, סעיף א, ולפיה השוכר בית, ומת, חייבים היורשים להמשיך ולשלם דמי שכירות. לדעתו, "שני הדעות הוא הרשב"א, והוא מטעם דסבירא ליה, שכירות ליומא ממכר הוא, והוי כקונה לזמן, דכל האונסין חל על הקונה". אולם צריך להעיר שקביעה זו של "נתיבות המשפט" תמוהה, שכן הרשב"א המובא בסימן שלד, הוא ר' שלמה בן אדרת הספרדי, ואילו הרשב"א שאליו מתייחס הרמ"א בסימן שיב, הוא ר' שמשון בן אברהם משאנץ, מגדולי בעלי התוספות בצרפת. ר' שלמה בן אדרת חולק בפירוש על הר"ש משאנץ, כפי שאפשר ללמוד משו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן ג. נדמה שמקור הטעות של "נתיבות המשפט" הוא לשונו של דרכי משה, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה, המדבר על הרשב"א ומפנה לדבריו בסימן שלד, שם גם מופיע בדבריו הרשב"א, אולם כאמור אלה הם שני פוסקים שונים. על טעות זו של "נתיבות המשפט", כבר העירו: שו"ת שאילת שלום (טויבש), מהדורא תניינא, חו"מ, סימן יא, ד"ה אלא; הרב עזרא יצחק חמווי (אב"ד ארם־צובה), בתשובה שנתפרסמה בהמאסף ה (תשמ"ג) 526, בעמ' 529־530.

233 ראה בגוף הדיון, ליד ציון הערה 26 ואילך.

234 עניין נוסף שאינו מתיישב עם שיטה זו הוא הכלל, "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" (ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 90). אם השכירות היא כמכר ממש, לא ברור מדוע חובו של השוכר אינו מתגבש כבר בתחילת השכירות? וראה מה שהערנו על כך בדיוננו על סעיף 1, הערה 96.

235 חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י.

236 הבחנה זו מצויה כבר בחידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אבל ביין סתם וספינה סתם, הכותב: "ומיירי כשאין זו שכירות הספינה כשוכר את החמור, אלא שנתחייב לו להוליך יינו עד מקום פלוני... וכעין

להסביר את ההבחנה בין ספינה לחמור, שכן מן הסוגיה משמע, שהדין אמור בשכירות חמור ולא בשכירות שירותי תובלה[237]. הפתרון שה"חזון איש" מציע הוא, שבחמור, השוכר פטור משום שיש לו תרעומת על המשכיר, שמסר לו חמור חלש, שלא עמד במשימה. ובלשונו: "ואפשר דהתם איירי שהחמור היה חלש, שהרי אמר דיש לו תרעומת[238], ונהי דלא חשיב מום, מכל מקום לא נתחייב בכל השכירות. ואפשר דחשיב מום, ומכל מקום חייב בשכר חצי הדרך שהלך"[239].

2. הצעה אחרת מובאת בשו"ת חבצלת השרון[240]. לדעתו, יש להבחין בין שכירות לשם השגת מטרה מוגדרת, אשר סיומה בא עם השגת המטרה, לבין שכירות לזמן מוגדר מראש: במקרה הראשון, העסקה מתפרשת כהתחייבות אישית מצד המשכיר, ועל כן אין

קבלנות היא, שמוטלת עליו לעשות". הבחנה זו עולה גם בקנה אחד עם דברי ר"ש משאנץ, המובאים בשיטה מקובצת, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה וזה לשון תוספות שאנץ, המשווה בין סוגיית שכירות הספינה לסוגיית שכירות פועלים. ראה שם. והשווה: שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צב, אות יד, שהציע הבחנה דומה, אלא שדחה אותה, משום שלא יכול היה ליישב בה את סוגיית החמור שמת באמצע הדרך. הרב עזרא יצחק חמווי (אב"ד ארם־צובה), המאסף ה (תשמ"ג) 526, בעמ' 533, הציע גם הוא הבחנה דומה. הרב חמווי מוסיף עוד נימוק מדוע אין לראות בשכירות הספינה שכירות קניינית: "ועוד, דרוב הספינות, כל אחת נשכרת לכמה בני אדם, זה בא בכדו וזה בא בחביתו, ואין לה מקום מיוחד לזה או לזה, ולא דמי למכר, ומשום הכי לא שייך למימר בה 'שכירות ליומיה — ממכר הוא'".

וראה בחידושי הריטב"א, שם, לעניין הסתירה שיש לכאורה בין סוגיית הספן לסוגיה אחרת: בעניין הספן נפסק, שאם התחייב הספן להוביל יין מסוים (יין זה) על גבי ספינה כלשהי (ספינה סתם), השוכר חייב בתשלום מלוא דמי השכירות, אף שאונס מונע ממנו להמשיך בהסכם וליהנות מעבודתו של הספן. לעומת זאת, בשוכר את הפועל להשקות את שדהו, נפסק (בבא מציעא עז ע"א), שאם ירד גשם, ואין עוד צורך בעבודת הפועל, השוכר אנוס, ולכן הוא פטור מתשלום. לדעת הריטב"א, אין סתירה בין הסוגיות, משום שבסוגיית ההשקיה, מדובר "בפועל או קבלן דעלמא, שלא נשכר אלא בדיבור בעלמא". כלומר, שלא היה הסכם מחייב בין הצדדים, ומאחר שחיובו אינו אלא מדין "ערב" (ראה חידושי הריטב"א, שם עג ע"ב, ד"ה האי מאן; וראה גם שו"ת הריטב"א, סימן קיז), הרי שאונס פוטר אותו מחיוב זה. לעומת זאת, בסוגיית הספן, מדובר בשהיה הסכם מחייב, "נתחייב לגמרי להוליך דבר ידוע או לעשותו, ומשך הדבר". בכגון זה, אם האונס אינו מצדו של הספן, והוא מוכן להשלים את חיובו (בספינה אחרת), השוכר אינו רשאי לחזור בו, אפילו לא מחמת אונס, וממילא "אין לו [לפועל־המשכיר] להפסיד משכרו כלום". כתירוץ זה ראה: דרוש וחידוש לרבי עקיבא איגר, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה עוד יש לומר. לדרך אחרת בהבנת היחס בין שתי הסוגיות האלה, ראה בגוף הדיון, הערה 125, והערה 132, דרכם של הריב"ן ומהר"ם מרוטנבורג.

237 ה"חזון איש" אינו מסביר מדוע משמע כך בחמור יותר מבספינה. נראה שההסבר הוא, שבהמשך סוגיית חמור שמת נאמר: "אם יש בדמיה לשכור — ישכור", כלומר שהשוכר חמור להובלה יכול למכור את נבלת החמור כדי להשלים את משאו. מסתבר אפוא שהשוכר נמצא לבדו עם הנבלה ובעל החמור אינו עמו.

238 ראה: בבא מציעא עט ע"א, ורש"י, שם, ד"ה אלא תרעומות.

239 על דבריו אלה של החזון איש, ראה דברינו על סעיף 6, הערה 49.

יש לשים לב, ש"חזון איש" עונה על השאלה על דרך האוקימתא "התם איירי, שהחמור היה חלש". לדעה זו, השווה הדעה המובאת להלן, ליד ציון הערה 249, ולפיה כל פעם שנגרם פגם מתוך המושכר עצמו תוך כדי שימוש סביר בו, השוכר פטור מתשלום, משום שרואים בזה אשמת המשכיר. ברור שהר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א אינם מקבלים את אותה דעה, שכן לדעתם, בבית שנפל, השוכר חייב לשלם את מלוא דמי השכירות, ואין אומרים שהמשכיר נושא באחריות להתמוטטות הבית.

240 שו"ת חבצלת השרון, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל (סוף התשובה). כתירוץ זה ראה גם: חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה אי (הוא מפנה לחידושי הריטב"א, נדרים נו ע"א, ד"ה כתב רבנו. מודפס גם מסביב לרי"ף, שם, סוף פרק שביעי (יט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה הדין. אולם לא זכיתי להבין את הקשר בין הנאמר שם לענייננו כאן).

אומרים "שכירות ליומיה — ממכר הוא"; ואילו במקרה השני, כשהשכירות היא לזמן, נחשב הנכס כ"מכור" לשוכר למשך אותה תקופה[241]. על פי זה, בשוכר חמור למשא או ספינה להובלה, "לא שייך לומר ממכר הוא", ולכן הרס המושכר פוטר את השוכר מחובת תשלום. לעומת זאת, בשוכר בית לזמן, "בזה יש לומר, שכירות ליומיה — ממכר", ועל כן הרס המושכר אינו עילה לפטור מתשלום.

3. הרב משה פיינשטיין[242] מציע הסבר אחר. לדעתו, אף שהעיקרון הוא, שאם "מת קניינו של השוכר", הוא חייב במלוא התשלום, כמו בדיני מכר (ולכן כשנפל הבית, מאחר שאין לשוכר עוד שום זכויות בבית — "מת קניינו" — הרי הוא חייב לשלם, כיוון שקנה הגוף לפרותיו, והוא איבד את קניינו), יש נסיבות שמניעת השימוש במושכר אין משמעה ש"מת קניינו", כלומר שאבדו לו הזכויות בגוף לפרותיו. דוגמה לזה ראינו[243] בחמור שמת, שם נפסק, שהשוכר רשאי למכור את הנבלה ולשכור בתמורתה חמור חלופי. הלכה זו מוכיחה, שאף על פי שמת החמור, עוד לא הפסיד השוכר את קניינו. כפי שהסברנו, קניינו לובש צורה של כסף, שבאמצעותו הוא יכול להמשיך את זכויות השימוש שרכש. לכן, כשמת החמור, אין להטיל עליו את מלוא תשלום דמי השכירות. לפי זה צריך לומר, שאם ערך הנבלה אינו מספיק כדי לשכור חמור חלופי, הרי פירוש הדבר, שהשוכר איבד את קניינו, והוא יהיה חייב לשלם את מלוא דמי השכירות, כדין בית שנפל[244]. ונראה שהוא הדין גם בספינה: השוכר יכול למכור את הספינה שטבעה כדי לשכור ספינה חלופית[245], ולכן הוא פטור מתשלום דמי שכירות[246].

4. נציע כאן הצעה נוספת, המבוססת על שיטת הריטב"א בהבנת המושג "קניין הגוף

[241] יסוד להבחנה זו מוצא "חבצלת השרון" בדברי הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה הא דאמרינן הכא (הובא לעיל, בדיוננו על סעיף 10, הערה 151). והשוווה: שו"ת ראשי בשמים (גוריון), חו"מ, סימן צב, אות טו: "והטעם הוא דבקבלנות אקרקפתא דבעלים חייל [=על ראש הבעלים מוטל] חוב ושעבוד להעמיד לו חמור, כפי ששכרו".

[242] דברות משה, בבא מציעא, חלק שלישי (בני־ברק תשד"ם), פרק ו, סימן ד, ענף א, ד"ה וא"כ. הסבר דומה להסבר זה מצאנו בדברי "נתיבות המשפט". ראה להלן, הערה 246, ההסבר והביקורת עליו.

[243] ראה דיוננו לעיל, סעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210.

[244] סיוע לפירוש זה, ולפיו דברי רב אינם אמורים אלא כשיש בדמי הנבלה כדי לשכור חמור אחר, ואם לאו, השוכר חייב במלא דמי השכירות, אפשר להביא אולי מדברי הריטב"א עצמו. בפירושו למשנה, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתה או נשברה, כשהוא מנתח את השאלה, באלו נסיבות אמורים דברי המשנה, הוא אומר: "ואם בששכר חמור זה, אינו חייב [להעמיד לו חמור אחר], אלא כשיש בדמיה ליקח או לשכור, כדאיתא בגמרא, ואם אין בדמיה לא ליקח ולא לשכור, פסידא דשוכר הוא". כלומר, ממש כדברי "דברות משה", שאם אין בדמיה לשכור, השוכר מפסיד, והוא חייב לשלם את מלוא דמי השכירות. אם כי ייתכן גם, שכוונתו אינה שהשוכר חייב במלוא התשלום, אלא רק שהוא אינו יכול להשיג חמור חלופי, ובזה הפסדו.

"דברות משה" מעיר לפי דרכו, שהר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א אינם מקבלים את הערת התוספות בבבא מציעא עט ע"א, ד"ה ואם יש בדמיה. כפי שכבר ראינו, התלמוד מביא את דברי רב: "השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך — נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומות". התלמוד, כמנהגו, מנסה לקבוע באלו נסיבות אמורים דברי רב. הוא מגיע למסקנה, שדבריו אמורים בשכירות חמור מסוים שמת, ואין בדמי נבלתו כדי לקנות חמור אחר, אלא רק כדי לשכור חמור אחר. מאחר שרב אוסר לכלות את הקרן (כלומר את דמי הנבלה) על ידי שכירות חמור אחר, לכן הוא פוסק: "נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת". התוספות מעירים, שהתלמוד יכול היה גם להעמיד את דברי רב בשאין בדמי הנבלה אפילו כדי לשכור חמור אחר (והאמת שהייתה זו תשובה פשוטה יותר, אלא שלפי

התוספות, התלמוד לא ענה כך, משום ש"רוב פעמים יש בדמיה לשכור, והאמת משני ליה [=מתרץ לו]").
כעת מובן, שלפי הסברו של "דברות משה" שראינו זה עתה, יש לדחות את הערת התוספות, שכן אם אין בדמי הנבלה כדי לשכור חמור אחר, הרי שאיבד השוכר את קניינו, ורב לא היה פוסק, "נותן לו שכרו של חצי הדרך", אלא היה מחייב את השוכר לשלם את מלוא דמי השכירות.
"דברות משה" מציין שאמנם דעתו של רב היא, שאסור לשוכר למכור את הנבלה ולשכור בתמורתה חמור אחר (בלשון התלמוד: "רב סבר, לא מכלינן קרנא". ראה על כך דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 143), אולם אין בכך כדי לבטל את ערכו של ההסבר המוצע. אם רב אוסר לשכור חמור אחר בדמי הנבלה, הרי זה משום שלדעתו, יש להגן על רכושו של המשכיר (הנבלה), ואין לאפשר לשוכר לכלות רכוש זה. אולם ברור ששיקול זה, שבא להגן על המשכיר, אין כל הצדקה שיהיה בו כדי להטיל חיוב על השוכר. אשר על כן, המשכיר חייב לפטור את השוכר מתשלום עבור חצי הדרך שלא הספיק לעשות.

[245] ראה: רמ"א, חו"מ, סימן שיא, סעיף ב.

[246] נראה שבניגוד למה שאנו כותבים כאן, "דברות משה" עצמו לא ראה בתירוצו הסבר לעניין שכירות ספינה, שכן הוא כותב: "בספינה זו שנטבעה, שנפסדה לגמרי, ואין שייך ליקח ולשכור בדמיה, הרי מת קניינו, והיה לו להשוכר בעל היין לשלם כל השכירות אף ביין סתם, ואף בלא נתן". משום כך, בעניין ספינה, נראה שהוא נשאר בצריך עיון. אולם כאמור מתוך דברי הרמ"א שהבאנו בהערה 245, אין זה נכון לומר, שבספינה שטבעה "אין שייך ליקח ולשכור בדמיה". ועל כן נראה שאפשר להחיל את התירוץ גם על שכירות ספינה. לעומת זאת, נעיר שהסבר זה של ר' משה פיינשטיין, אין בו לכאורה, כדי להסביר את הפטור מתשלום בחמור שנלקח לאנגריא; הרי שם לכאורה מת קניינו של השוכר. ושמא נאמר, שהעובדה שגוף המושכר קיים, הרי שלא אבד קניינו, אף שהוא אינו מסוגל להשתמש בו.
בהערה 242, רמזנו ש"נתיבות המשפט" מציע הסבר קרוב להסבר שראינו זה עתה. להלן נציג את ההסבר, וננמק מדוע לא הבאנו אותו בפנים. נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יג, מעלה את הסברה, שלפי ר"ש משאנץ יש הבדל מהותי בין שכירות בית לשכירות חמור. בשכירות חמור, העובדה שנבלת החמור (אם ימות) משועבדת לטובת השוכר, מלמדת ששכירות זו היא בעלת אופי חוזי — התחייבות המשכיר שהמושכר יהיה ראוי לשימוש בכל תקופת השכירות. מכאן שאם המושכר יוצא מכלל שימוש, השוכר פטור מתשלום. לעומת זאת, בשכירות בית, אם הבית מתמוטט, העצים והאבנים אינם משועבדים לשוכר (ראה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 150, ובהערה 151). עובדה זו מלמדת, לדעת "נתיבות המשפט", ששכירות בית היא בעלת אופי קנייני: "בבית זה, דאם נפל, אזדא, ואין על בעל הבית שום שיעבוד, אמרינן שפיר דממכר הוא, וכל האונסין חל על הלוקח". אם היינו מקבלים את ההסבר הזה של "נתיבות המשפט", היה בזה כדי להסביר גם את ההבדל בין בית לספינה, שכן בעניין ספינה שטבעה, פסק הרמ"א (לעיל, הערה 245), שהשוכר רשאי למכור את שארית הספינה שטבעה כדי לשכור ספינה אחרת.
אולם לדעתנו הסבר זה קשה מכמה בחינות. ראשית, מהעובדה שדמי הנבלה משועבדים לשוכר אין להסיק שההסכם בין המשכיר והשוכר נושא אופי חוזי, ואולי אפילו להפך (השווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה כב). שנית, גם אם נניח ששעבוד שארית המושכר הפגום מעיד על האופי החוזי של השכירות, לא ברור על יסוד מה קובעים ששכירות פלונית היא בעלת אופי חוזי כזה. הרי, לפי "נתיבות המשפט", שעבוד שארית המושכר הוא התוצאה של האופי החוזי, ולא הסיבה לאופי. אם כן, חוזרת השאלה, מדוע נקבע ששכירות בית היא בעלת אופי קנייני, ואילו שכירות חמור היא בעלת אופי חוזי? אמנם הסברו של "דברות משה" מושתת גם הוא על העובדה שבבית שהתמוטט, אין המפולת משועבדת לטובת השוכר; ואילו חמור שמת, נבלתו משועבדת לטובת השוכר. אולם אצלו, בניגוד ל"נתיבות המשפט", אין עובדה זו מלמדת על אופי שונה בין שכירות בית לשכירות חמור, אלא היא מעידה רק, שבבית "מת קניינו", ועל כן עליו לשאת בסיכון; ואילו בחמור "לא מת קניינו", ועל כן אין סיבה שיישא בסיכון. לדעת הרב א' מילר, אין צדק בדברי ביקורת אלה על "נתיבות המשפט": ההבדל בין חמור שמת, שמותר לשוכר למכור את הנבלה, ובין בית שנפל, שאין השוכר רשאי למכור את העצים והאבנים, נובע מכך שזה עומד למכירה וזה אינו עומד למכירה (ראה דיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210). בחמור שמת, מאחר שזקוקים לשוות לשכירות אופי חוזי, כדי שהשוכר יהיה רשאי למכור את הנבלה, ממילא השכירות כולה הופכת לחוזית. בשכירות בית, מאחר שאין צורך להיזקק לפן חוזי, השכירות שומרת על אופייה הקנייני. ועוד צריך עיון.

לפרותיו". וזה לשון הריטב"א[247]: "לא אשכחן הקנאת גוף לפירות אלא בקרקע העושה פירות, שפירות יוצאים מגופו, ומשום הכי מהניא להו קנין גוף הקרקע. ובנותן בית לדירה, מכיון דקרקע עולם, וחזי לפירות ממש, חזי לאקנויי לדירתו. אבל בנותן כלי לתשמישו, שאין התשמיש דבר יוצא מגופו, לא שמענו שיהא נקנה במשיכה ולא בקנין בשום מקום". מדבריו אלה של הריטב"א (שגם הם נאמרו בשם רבו, הרא"ה), עולה הבחנה ברורה בין בית מצד אחד וחמור וספינה מצד שני. בית, שהוא דבר שעושה פרות (ליתר דיוק, נמצא על מקרקעין שמסוגלים להניב פרות), השוכר רוכש בו קניין הגוף לפרותיו, ועל כן הוא נושא בסיכון של אבדן המושכר. לעומת זאת, חמור וספינה אינם עושים פרות, ועל כן אין לדבר בהם על קניין הגוף לפרותיו. נמצא ששכירות נכסים כאלה אינה נושאת אופי קנייני, ומשום כך ברור מדוע הסיכון לאבדן המושכר אינו רובץ על השוכר[248].

המסקנות המשפטיות העולות מכל אחת מן ההצעות שסקרנו שונות בתכלית, ויש בהן כדי להעיד על המבוכה הגדולה שיוצרת שיטתם של הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א. אולם הצד השווה שבכל ההצעות האלה (להוציא הצעתו של ר' משה פיינשטיין — ההצעה השלישית) הוא, שהן מנסות להבחין בין סוגים שונים של שכירות: יש שכירות שהאופי הקנייני שבה חזק יותר, ולכן הסיכון באבדן המושכר רובץ על השוכר, שכן קניינו הוא שעומד בסכנה (בלשון הפוסקים: "מזל השוכר גרם"); ויש שכירות שהאופי החוזי שבה חזק יותר, ולכן הסיכון באבדן המושכר רובץ על המשכיר, שכן המושכר הוא קניינו שלו (בלשון הפוסקים: "מזל המשכיר גרם").

ב. נציין שמצאנו שיטה אצל האחרונים[249], אשר מאמצת בעיקרון את עמדתם של הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א, אם כי היא אינה מגיעה בכל מקרה לאותה תוצאה. על פי שיטה זו, אכן בעיקרון כל מה שקורה למושכר הוא על חשבונו של השוכר, ובזה הדברים תואמים את שיטת הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א, אבל יש להוציא מכלל זה את המקרים שבהם המשכיר אחראי למה שקרה. לסייג זה היו בוודאי מסכימים הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א. אולם טענתם של אחרונים אלה היא, שכל אימת שנגרם פגם למושכר מתוך המושכר עצמו, תוך כדי שימוש סביר בו, המשכיר נחשב אשם, כשהעמיד לרשות השוכר מושכר שלא עמד

[247] חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, ד"ה הא דרב הונא. על דברים אלה, חוזר הריטב"א בחידושיו לבבא מציעא צט ע"א, ד"ה אלא לחזרה.

[248] דברי הריטב"א מובאים על ידי "דברות משה" (לעיל, הערה 242), אולם לדעתו יש סתירה בין דבריו אלה ובין דבריו בבבא מציעא סוף פרק השואל. לא ברור לאיזה קטע בריטב"א מתכוון "דברות משה". אם הכוונה לדברי הריטב"א, בסוף פרק השואל, דף קג ע"א, ד"ה היכי דמי, שבבית שנפל השוכר חייב לשלם את מלוא דמי השכירות, משום שהוא "כלוקח בית, ונפל קודם שיפרע דמיו", הרי אין כאן שום סתירה, שהרי ביחס לבית ראינו שהריטב"א מכיר במושג "קניין הגוף לפרותיו". ואם הכוונה לדברי הריטב"א בדף צט ע"א, ד"ה אלא לחזרה, שם כותב הריטב"א בעניין שכירות כלי: "דשאני שכירות, דמכירה ליומא היא", גם מכאן אין סתירה, שכן ייתכן שהדברים אינם אמורים אלא לעניין "חזרה". כלומר, שמשעה שמשך השוכר את המושכר, אין המשכיר יכול לחזור בו, אפילו שהשוכר טרם השתמש במושכר, ולא שהשוכר רוכש זכות קניינית בכלי. וצריך עיון בדברי "דברות משה".

[249] דברי משפט, סימן שי, סעיף א, ס"ק א; שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן תקטז. והשווה: שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן קכז, משם עולה תפיסה אחרת: "חיובו [של השוכר] רק אחר שנהנה או ראוי ליהנות, בכל שעה מתחייב פרוטה ופרוטה". וצריך עיון. וראה לעיל, בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 102. והשווה עוד: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ד, סימן קח, שמדבריו עולה שגם הוא נותן משקל מכריע לאחריותו של המשכיר במניעת השימוש.

במשימה שלשמה הושכר[250]. על פי עיקרון זה, בבית שנפל, "כיון דנפל הבית, לא אמרינן מזל דשוכר גרם, כיון דבית היה רע, ועומד ליפול, ומשום הכי אינו חייב ליתן שכירות רק מה דדר בו". וכן לגבי חמור שמת באמצע הדרך, "לא אמרינן מזל דשוכר גרם, כיון דבעלים מסרו לו חמור רע כזה דמסתמא היו מרגישים בו [כלומר, שהיה צריך לדעת שהחמור בעל מום]". לעומת זאת, כל פגם שנגרם כתוצאה מנסיבות שמחוץ למושכר, כגון שנשרף הבית או נטרף החמור, או הוחרם, מאחר שאין מקום להטיל על המשכיר כל אשמה, על השוכר להמשיך ולשלם דמי שכירות מלאים. גם שיטה זו אינה מקובלת על רוב הפוסקים.

ג. לאור מה שראינו בתת־פרק זה, עולה שבעניין מושכר שאינו עומד עוד לשימוש (נפגם, אבד, נהרס, הוחרם, וכדומה), הוצעו לא פחות משש שיטות שונות בשאלה: על מי רובץ הסיכון (לעניין דמי השכירות)? להלן תמצית שש השיטות:

1. אבדן המושכר אינו עילת פטור (ר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א). מאחר שהשכירות היא זכות קניינית ("שכירות ליומיה — ממכר הוא"), הרי שהסיכון לאבדן המושכר רובץ על השוכר (זולת ב"מכת מדינה"), שהרי המושכר אבד כשהיה בבעלותו. עם זאת, יש הטוענים ששיטה זו מכירה גם בסוג אחר של שכירות, שיש לה אופי חוזי (ולא קנייני), ושם מניעת השימוש היא סיכונו של המשכיר, ועל כן השוכר פטור מתשלום (כך הוא לדוגמה בשכירות חמור להובלה).

2. מבחן אחריות המשכיר או מבחן מקור הפגם ("דברי משפט" ו"תשורת ש"י"). בעיקרון, הסיכון למניעת השימוש במושכר הוא של השוכר (כמו בשיטה מס' 1), אלא אם כן יש להטיל על המשכיר את האחריות למניעת השימוש. שאלת אחריותו של המשכיר למניעת השימוש היא פונקציה של מקור הפגם. בפגם שנגרם עקב גורם חיצוני למושכר, ההנחה היא שלא נגרם באחריות המשכיר; לעומת זאת, פגם שהתגלה במושכר מתוך המושכר עצמו, ההנחה היא שנגרם באחריות המשכיר, שכן רואים אותו כמי שלא העמיד לרשות השוכר מושכר ראוי.

3. מבחן קיום השימוש במושכר (הראב"ד והרשב"א). אם המושכר אינו עומד עוד לשימושו של השוכר, השוכר פטור מתשלום דמי השכירות, יהיו נסיבות המניעה אשר יהיו, שכן כשאין מושכר העומד לשימוש, אין שכירות.

על שלש שיטות אלו, שעסקנו בהן בתת־פרק זה, יש להוסיף את שלוש השיטות שהרחבנו את הדיבור עליהן בגוף הדיון:

4. מבחן קיום המושכר (הרמב"ם, לפי הבנת "פני משה" וסיעתו). על אף השכירות, המשכיר הוא עדיין הבעלים של גוף המושכר, ולכן הוא נושא בסיכון של אבדן המושכר. לעומת זאת, כשעדיין המושכר קיים, ורק אפשרות השימוש בו נמנעת מן השוכר, מאחר שהשוכר הוא בעל זכות השימוש במושכר, מן הדין שהוא יישא בסיכון. הייתה מניעת השימוש "מכת מדינה", מוטל הסיכון על כתפי המשכיר, משום שאז ברור שמניעת השימוש קשורה בבעלות המשכיר ולא בזכות השימוש של השוכר, שהרי כל הבעלים באזור ניזוקו גם הם.

5. מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר (הרמב"ם, לפי הבנת הסמ"ע). אף שהשוכר הוא בעל זכות השימוש במושכר, מאחר שהבעלות על המושכר עדיין היא של המשכיר, הרי כל מה שקורה למושכר הוא סיכונו של המשכיר, זולת אם היה קשר נסיבתי

[250] להבדל בין גישה זו לגישת ה"חזון איש" בהסבר שיטת הר"ש משאנץ והריטב"א, ראה לעיל, הערה 239.

בין שימושו של השוכר לבין הפגיעה במושכר. בהעדר קשר כזה, ההנחה היא שאבדן המושכר או מניעת השימוש בו היו קורין גם אם היה המושכר נשאר בחזקתו של המשכיר ("מלאך המוות — מה לי הכא, מה לי התם"), ועל כן אין כל הצדקה שיקבל המשכיר תשלום עבור מה שאין לו. לשון אחר: לפי הסמ"ע, אין צורך ב"מכת מדינה" כדי ליצור זיקה בין הפגם למשכיר; זיקה כזו מתקיימת גם במכה פרטית, ובלבד שלא הופרכה על ידי הוכחת קשר בין שימושו של השוכר ובין אירוע הפגם.

6. מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש, או המבחן הכפול (הרמב"ם, לפי הבנת "נתיבות המשפט"). פגם שפוגע בבעלותו של המשכיר הוא תמיד סיכונו של המשכיר, יהיו נסיבות הפגם אשר יהיו (וזאת מהנימוק שהעלה "פני משה" — מבחן הקיום). באשר לפגם שאינו פוגע אלא בזכות השימוש, הרי לא יהיה זה סיכונו של השוכר, אלא אם הוכח קשר בין שימושו במושכר לבין מניעת השימוש (וזאת מהנימוק שהעלה הסמ"ע — מבחן הקשר). רק כשמתקיימים שני המבחנים גם יחד (מבחן הקיום ומבחן הקשר), אפשר לומר ש"רכושו" של השוכר נפגע, ואז יהיה עליו לשאת בסיכון.

ב. מבחן הקיום מול הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא"

בגוף הדיון[251] הבאנו את גישתו של "פני משה" בהבנת שיטת הרמב"ם, ולפיה הרמב"ם נוקט את מבחן הקיום. כלומר, כל זמן שהמושכר קיים, השוכר חייב בתשלום דמי השכירות, ורק כשהמושכר אינו קיים עוד, יש לו עילת פטור. ציינו שמבחן זה, אם כי יש בו כדי ליישב את ההלכות הסותרות של הרמב"ם, טעון ביאור נוסף, שכן הרמב"ם עצמו מגדיר את השכירות כזכות חפצית (מכירת גוף המושכר לעניין זכות השימוש בו לזמן[252]), ואם כן, מדוע אינו מגיע למסקנה שהגיעו אליה הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א[253], ואינו מחייב את השוכר בתשלום גם כשהמושכר אינו קיים עוד? מדוע לא יוכל גם אז המשכיר לומר לשוכר: "מזלך גרם, וקניינך הוא שאבד". בגוף הדיון הבאנו את פתרונו של "מחנה אפרים" לשאלה זו. להלן שני פתרונות נוספים העולים מתוך דברי ה"חזון איש"[254] (אף שאינו מתייחס במפורש לשו"ת פני משה):

1. אין שכירות מעבר לחיי המושכר. הסברו הראשון של ה"חזון איש" בנוי על האופי הזמני של עסקת השכירות. שכירות היא מכירת גוף המושכר לזמן, לעניין זכות השימוש בו. אולם ברור שהמשכיר אינו יכול למכור יותר מאשר יש לו, כלומר הוא אינו יכול למכור את המושכר לתקופה ארוכה יותר מחייו של המושכר, אך דא עקא, הצדדים אינם יודעים מראש מהי תקופת החיים של הנכס המושכר. נעלם זה, שהוא חלק עיקרי בעסקה, אינו יכול להתברר אלא במשך תקופת השכירות עצמה. כשהנכס נהרס באמצע התקופה שהוסכם עליה, מתברר למפרע, שהמשכיר לא היה יכול למכור אותו (לעניין זכות השימוש בו) לתקופה ארוכה יותר מאשר עד ההרס. ובלשונו של ה"חזון איש": "לענין קנין זמן, נמצא דמכר זמן שאינו בעולם כלל". זו הסיבה, שהשוכר בית פטור מתשלום דמי שכירות, כשנפל הבית באמצע

[251] לעיל, פרק שני, א(1)(ב), עמ' 290.

[252] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 11.

[253] על שיטתם הרחבנו את הדיבור בהשלמות לעיל, תת־פרק א(2), פסקה א, עמ' 330.

[254] חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י.

תקופת השכירות. במכר רגיל, טיעון זה לא היה בו לפטור את הקונה מתשלום, משום שבמכר רגיל, המוכר אינו מוכר את הנכס לזמן, אלא הוא מעביר את גוף הממכר כולו לרשות הקונה[255].

על פי גישה זו, אפשר להבין את דין חמור שנלקח לאנגריא. החמור כשלעצמו ראוי לשימוש, המשכיר לא מכר אפוא "זמן שאינו בעולם", כלשונו של ה"חזון איש", ומשום כך, אין כל סיבה לפטור את השוכר מתשלום. אולם אם ברור שהנכס היה מוחרם גם אם היה נשאר ברשות המשכיר, יש לומר שהמשכיר לא היה רשאי למכור את זכות השימוש למשך אותה תקופה. מצב כזה מתקיים כשהייתה ההחרמה "מכת מדינה", כלומר מכה הפוגעת בכל בלא הבחנה. כך כנראה יתפרש הדין של חמור שנלקח לאנגריא שלא בדרך הליכתו[256].

2. תנאי מכללא. הצעה נוספת מעלה "חזון איש", ולפיה מבוסס הפטור על תנאי מכללא, ובלשונו: "דחשיב כתנאי, שאם יפול, לא שכר על זמן שלאחר נפילה". מאחר ששכירות אינה אפשרית אלא אם המושכר קיים, הרי השוכר והמשכיר נחשבים כמי שהסכימו מראש, שאם יאבד המושכר, השוכר יהיה פטור מתשלום דמי שכירות. לעומת זאת, כשנלקח החמור באנגריא, חייב השוכר לשלם, משום שהמושכר קיים, ומאחר שבמשך תקופת השכירות החמור הוא קניינו של השוכר, עליו לשאת בסיכון ההחרמה. אולם אם ברור שהחמור היה מוחרם גם אם היה נשאר ברשות המשכיר (נלקח שלא בדרך הליכתו = "מכת מדינה"), יש לומר, שעל כך בוודאי לא הסכים השוכר[257].

[255] ראוי להשוות את דבריו אלה של "חזון איש" לדברי ר' צדוק הכהן מלובלין, בספרו, תפארת צבי, סימן א, ס"ק כ. הוא מדגיש שעסקת השכירות, שלא כעסקת המכר, אינה נגמרת באופן חד־פעמי, אלא יש לה אופי מתמשך ומתחדש: "כשבא זה הזמן [שהמושכר נפגם בו], בא הוא ומומו עמו. ולא דמי למכר, דשם תיכף נסתלק המוכר מן החפץ, ומה לו עוד במה שנולד אצל הלוקח? אבל שכירות כל יום ויום בא לרשות שוכר, והוי התחדשות, ויוכל לחזור באותו יום שנולד המום". לתירוץ זה, השווה: ש"ך, חו"מ, סימן שלד, ס"ק א: "דכל יומא ויומא ממכר הוא". וכן השווה: שו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן לא (סה ע"א, דברי ר' שלמה ן' חסון בתירוצו הראשון): "דאפילו דאמרינן 'שכירות ממכר ליומיה', מכל מקום 'ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף', וכל שעתא ושעתא [=כל שעה ושעה] היא תחלת שכירות לאותה שעה הבאה אחר מכאן, אף על פי שאינו יכול לחזור בו כל ימי השכירות, מכל מקום הוא מתחלה ועד סוף, ולפיכך אם נפל [הבית] בתוך הזמן, אינו מן הדין שיפסיד שכרו, כיון שלא נשתמש בה". וכן השווה: מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי"ן, אות קלו, ד"ה ואשר: "דכי אמרינן דהוי כמכר, היינו שלא להניח ביתו ריקם ולחשוב שעות וחדשים, אבל לענין השכירות קיימא לן [=מקובל עלינו] ד'ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף', ובכן, אי נפל או נשרף, דליכא בית ליפרע השכירות — אינו חייב לשלם".
יש לשים לב שלדעת פוסקים אלה המילה "תחילה" בכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" משמעה "מתחילת קיום המושכר" ולא "מתחילת אפשרות השימוש בו", שאם לא כן, היו נוקטים כשיטת הראב"ד והרשב"א, והיו פוטרים את השוכר, גם כשיצא המושכר מכלל שימוש, אף שגופו עדיין קיים.
אפשר שאצל פוסקים אלה עולה פתרון שונה מן הפתרון שהציע "חזון איש". עובדה היא, ש"חזון איש" לא השתמש בדבריו בכלל המפורסם "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף". ואולם אפשר גם שמהותית מדובר באותה גישה, ורק דרך הצגתה שונה. וצריך עיון.
לכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 90. והשווה שיטת "מחנה אפרים", שהבאנו בגוף הדיון, שגם הוא נזקק לכלל "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף".

[256] יש לציין, ש"חזון איש" אינו מתייחס לשאלת חמור שנלקח לאנגריא, והסברה שכתבנו בפנים היא בגדר השערה בשיטתו. והשווה דבריהם המפורשים של "מחנה אפרים" ואחרים, שהבאנו בעניין זה בגוף הדיון, ליד ציון הערה 51.

[257] כסברה זו של ה"חזון איש", מצאנו בשו"ת אדמת קודש, חלק א, חו"מ, סימן סז. וכך הוא כותב: "דנפל הבית שאני, דאינה הדירה בעולם, שכבר נפל הבית, ומי ששוכר בית, מסתמא שדעתו היה שיהיה אותו

ג. פגיעה בתועלת השכירות

בדיוננו לעיל[258], לא עסקנו בשאלת סיכול המטרה אלא לאור שיטת הרמב"ם. שיטות הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א (הרא"ה) וכן שיטות הראב"ד והרשב"א לא נידונו כלל. כמו כן לא התייחסנו שם לכל הסוגיות התלמודיות הנוגעות לעניין. כאן אנו משלימים את החסר.

(1) סקירת הסוגיות התלמודיות

שאלת סיכול המטרה, אם כי לא הוצגה באופן זה, נידונה לכאורה בחמישה מקורות בספרות התלמודית (שניים מהם במשנה). לפנינו סקירה קצרה של מקורות אלה, ודיון בדרכי הפרשנות של מקורות אלה לאור הגישות השונות לעניין פגיעה בתועלת השכירות.

1. משנה[259]: "המקבל שדה מחבירו, ואכלה חגב או נשדפה: אם מכת מדינה היא — מנכה לו מן חכורו; אם אינה מכת מדינה — אין מנכה לו מן חכורו". ממשנה זו עולה שפגיעה ביבול חקלאי אינה עילה לפטור מתשלום דמי שכירות, ובלבד שנסיבות הפגיעה לא היו בגדר "מכת מדינה". פגיעה בשדה המושכרת נחשבת ל"מכת מדינה", כאשר לא נפגעה השדה המושכרת בלבד, אלא יחד עמה נפגעו רוב השדות של אותו המקום. אם נקבל את גישת טדסקי[260], שפגיעה ביבול חקלאי אינה אלא פגיעה בתועלת השכירות, נוכל להסיק מכאן לכאורה, שלפי המשפט העברי, פגיעה בתועלת השכירות אינה עילה לביטול החוזה ולפטור מתשלום דמי השכירות, זולת ב"מכת מדינה".

אולם להלן נראה שיש הסוברים שפגיעה ביבול הגדל בשדה או ביכולת הפקת יבול מן השדה כמוה כפגיעה בגוף השדה או לכל הפחות פגיעה באפשרות השימוש בה, ועל פי זה יש להיזהר מהסקת מסקנות לעניין פגיעה בתועלת השכירות, שכן על פי גישה זו, פגיעה ביבול חקלאי אינה עניין לסיכול המטרה כי אם לסיכול הקיום.

2. משנה[261]: "המקבל שדה מחבירו, והיא בית השלחין או בית האילן: יבש המעיין ונקצץ האילן — אינו מנכה לו מן חכורו. אם אמר לו: 'חכור לי שדה בית השלחין זה או שדה בית האילן זה': יבש המעין, ונקצץ האילן — מנכה לו מן חכורו". כפי שכבר ראינו בגוף הדיון, ההבחנה בין שני חלקי המשנה היא, שבחלק השני, שלא כבחלק הראשון, קיום תכונות השדה — מעיין בתוכה ואפשר להשקות ממנו, או עצים בתוכה ואפשר ללקוט מהם פרי בלי מאמץ — מהווה תנאי בהסכם השכירות. מאחר שתכונות אלה חודרות לתוך החוזה, הרי ברור שהעדרן נחשב כהפרה של החוזה, ומכאן זכותו של השוכר לנכות מדמי השכירות בהתאם

בית ראוי לדור בו, ולהכי, כשנפל, דין הוא שיפסיד המשכיר שכירות הימים שלא דר בו מחמת נפילה. אבל אם בית עומד בצביונו ובקומתו, וראוי לדור בו, אלא דנאנס השוכר, שאינו יכול לדור בו מאונס דאתא ליה מעלמא, כנידון דידן, שיד האומות תקיפה עלינו... ודאי דפסידא דשוכר הוי לכולי עלמא, דקניינו היא... והרי זה דומה לשוכר את החמור, ונאחז באנגריא, אפילו שאינה חוזרת, דקיימא לן, שצריך לתת לו שכרו משלם כשהוא בדרך הליכתו, משום דמזלו דשוכר גרם". כשנלקח החמור שלא בדרך הליכתו, דהיינו שפקידי המלך מחפשים בבתים, השוכר פטור מתשלום, משום שזה "כמכת מדינה, דקיימא לן דהוי פסידא דמשכיר".

[258] לעיל, פרק שלישי, ב(3), עמ' 313.

[259] משנה, בבא מציעא ט, ו; קה ע"ב.

[260] ראה בגוף הדיון, פרק שלישי, א, עמ' 309.

[261] משנה, בבא מציעא ט, ב; קג ע"ב.

להפסד שנגרם לו[262]. לעומת זאת, בחלק הראשון, תכונות השדה — מעיין ועצים — אינן חלק מן ההסכם ("והיא בית השלחין", מתאר את מצבה של השדה, ולא את תוכנו של ההסכם), ומשום כך נקבע, שהעדרן של תכונות אלו אינו מזכה את השוכר בניכוי דמי השכירות.

3. התלמוד[263] מביא ברייתא שעניינה ספינה מושכרת שטבעה בלב ים עם המטען שהייתה אמורה להוביל. וזה לשון הברייתא: "השוכר את הספינה, וטבעה לה בחצי הדרך. רבי נתן אומר: 'אם נתן [השוכר את דמי שכירות מראש] — לא יטול; ואם לא נתן [עדיין השוכר את דמי השכירות] — לא יתן'". התלמוד דן בברייתא זו, כשהוא מנסה לקבוע את הנסיבות שאליהן מתייחסת הלכתו של רבי נתן. הספק נובע מכך, שלא ברור אם דברי רבי נתן אמורים בשכירות ספינה מסוימת או בלתי מסוימת ("ספינה זו" או "ספינה" סתם), וכן לא ברור אם דבריו אמורים בספינה שהושכרה להובלת יין מסוים או בלתי מסוים ("יין זה" או "יין" סתם).

בין האפשרויות השונות, נבחנת גם האפשרות שהדברים אמורים "בספינה סתם ויין זה", כלומר, שהשוכר שכר ספינה בלתי מסוימת להובלת מטען מסוים ומוגדר[264]. אפשרות זו מעניינת אותנו באופן מיוחד, משום שיש בה משום סיכול המטרה (היין שעמד להובלה אבד, ולשוכר אין עוד עניין בהובלה), אך אין בה משום סיכול הקיום (שכן המשכיר ספינה בלתי מסוימת חייב, בעיקרון, להעמיד לרשות השוכר ספינה חלופית אם טבעה הספינה המקורית). התלמוד דוחה אפשרות זו, כשהוא מסביר, שאילו היה זה המקרה שעמד לנגד עיני רבי נתן, הוא לא היה פוסק, "אם נתן — לא יטול; אם לא נתן — לא יתן", אלא הוא היה מחייב את השוכר לשלם דמי שכירות (גם אם עדיין לא שילם אותם), וזאת אף שאין לשוכר כל תועלת בשכירות. הסיבה לכך היא, אומר התלמוד, שהמשכיר מצדו מוכן לקיים את חלקו בעסקה, ואם השוכר אינו מעוניין בכך, ולו משום אונס (יינו טבע), אין זו עילה לפטור אותו מתשלום דמי השכירות. מכאן עולה שוב, שפגיעה בתועלת של השוכר במושכר אינה עילה לניכוי מדמי השכירות.

אולם גם כאן יש להיזהר מהסקת מסקנות, שכן כפי שכבר הערנו לעיל[265], היו שטענו שסוגיה זו אינה עוסקת בשכירות נכסים (שכירות ספינה) אלא בשכירות פועלים (שירותי תובלה). הוספנו והסברנו, שלדעתם של פוסקים אלה, כללים שונים חלים על שני סוגי השכירות: בשכירות נכס, השוכר רוכש זכות קניינית במושכר; ואילו בשכירות פועלים אין זכויות קניניות אלא רק התחייבויות. אמנם הערנו גם על פוסקים אחרים[266], שסוברים שאין הבדל מהותי בין שכירות נכסים לשכירות פועלים, ועל שניהם חל הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא". לפי דעה אחרונה זו, סוגיית הספינה נוגעת במישרין לענייננו[267].

עוד יש לציין שיש מחלוקת בין הראשונים, כיצד יש להבין את דברי התלמוד שהשוכר

[262] על עניין זה, הרחבנו בגוף הדיון, ולא נחזור עליו כאן.

[263] בבא מציעא עט ע"א.

[264] במקרה זה כבר עסקנו בגוף הדיון לעיל, הערה 125 והערה 132, במסגרת הדיון על שיטת מהר"ם מרוטנבורג.

[265] ראה לעיל, ליד ציון הערה 235, דברי "חזון איש". וכן ראה לעיל, בגוף הדיון, הערה 125.

[266] ראה לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 128, דברי מהר"ם מרוטנבורג. וכן ראה שם, הערה 125 והערה 132.

[267] בגוף הדיון, הערה 125, ראינו שלפי "אבן האזל", יש הבדל מהותי בין שכירות נכסים לשכירות פועלים, אולם לדעתו, בניגוד לדעת "חזון איש", הסוגיה של שכירות ספינה עוסקת בשכירות נכסים, ולא בשכירות פועלים. לפי זה, גם לשיטתו, סוגיית הספינה נוגעת לענייננו.

חייב לשלם דמי שכירות („אם לא נתן, אמאי לא יתן?"). יש אומרים[268], שהכוונה לדמי שכירות מלאים, היינו גם עבור הדרך שלאחר טביעת הספינה (שלגביה המשכיר מוכן להעמיד ספינה חלופית, ובלבד שהשוכר יביא את יינו). אחרים סבורים[269] שאין הכוונה אלא לתשלום עבור

[268] ראה: דעת הריב"ן, בתוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא: "יש לתת לו כל השכירות... ויתן לו מחצי הדרך שלא הלך כפועל בטל" (ולדעתו הסכים שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תתרב); רי"ף, בבא מציעא, פרק שישי (מט ע"א בדפי הרי"ף): "יהיב ליה כוליה אגרא, ומסתבר לי דמנכי ליה דמי טרחיה, כדאמרינן התם, 'אינו דומה הבא טעון לבא ריקן, ועושה מלאכה ליושב ובטל'"; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג: "חייב ליתן כל השכר... אבל צריך לנכות לו כדי הטורח של חצי הדרך, שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל"; הגהות מיימוניות, שם, אות ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיא, סעיף ג. מנוסח הפסק של הראשונים והפוסקים שהובאו כאן, ניכר שהם דנים בשכירות הספינה כבשכירות פועלים, שאם לא כן, לא היה מקום לסייג את הפסק ולקבוע, שהמשכיר חייב לנכות מדמי השכירות שהוא מקבל את דמי הטרחה שנחסכו ממנו בעקבות טביעת הספינה. על הערה זו נחזור עוד להלן, הערה 292.

והשווה: רש"י, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה נימא ליה הב לי ההוא חמרא: "ישלם כל השכר". לעומת הראשונים הקודמים, רש"י אינו רומז על ניכוי כלשהו ממלוא דמי השכירות. והשווה עוד: תשובת הרשב"א, מובאת בבית יוסף, חו"מ, סימן שלה, ס"ק ג: "ומסתבר לי דנוטל הכל, מדקתני 'אם לא נתן — יתן', ולא אמר אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקם" (וראה גם: בית יוסף, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב, בשם תלמידי הרשב"א). הרשב"א, לא רק שאינו רומז על ניכוי, הוא אפילו מסיק מהעובדה שהסוגיה לא דיברה על כך, שהשוכר חייב לשלם דמי שכירות מלאים, ואין לו עילה לנכות מהם דבר. מתוך כך נראה בבירור, שלדעתו, אין כאן עניין בשכירות פועלים, כי אם בשכירות נכסים דווקא. אם כי גם בשכירות נכסים מצאנו את עניין הניכוי כפועל בטל. ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שי, ס"ק יא (וראה: נתיבות המשפט, שם, ס"ק ח); קצות החושן, שם, ס"ק א. וצריך עיון.

וראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, שצידד בעמדה זו (כפסק השולחן ערוך, ראה לעיל) בנימוק ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא", ומאחר שהמשכיר מוכן לקיים את חלקו בעסקה, על השוכר לשלם דמי שכירות מלאים.

[269] ראה: דעת הריב"ם, בתוספות, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה אי: "שכר חצי הדרך שלא הלך, פשיטא שלא יתן, כיון שהוא אנוס" (נעיר כאן, שלא ברור מה דעתו של הריב"ם כשכבר שילם השוכר את מלוא דמי השכירות. לפי התוספות, שם, דעתו היא שהמשכיר לא יחזיר דבר לשוכר, אפילו לא עבור חצי הדרך שלא הלך: "דכיון שהוא מוחזק ומזומן לקיים תנאו, ניחא ליה שלא יחזיר". לעומת זאת, משיטה מקובצת, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה כתוב בתוספות, עולה שבכל מקרה, הריב"ם סבור שהמשכיר חייב להחזיר לשוכר את שכר חצי הדרך שלא עשתה הספינה: "אם נתן, לא יטול שכר חצי הדרך שכבר הלך דוקא"); רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן יא: "מאחר דאניס בעל הבית [השוכר], הלכך לא יתן אלא שכר חצי הדרך"; טור, חו"מ, סימן שיא, סעיף ב; חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה ת"ר השוכר את הספינה: "דמפטר בעל הבית [השוכר] על העתיד, משום דאניס, ולא הוי ליה למידע"; רמ"א, חו"מ, סימן שיא, סעיף ג, בשם יש אומרים.

וראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סד, שמצדד בעמדת הרמ"א; בניגוד לדעת "מחנה אפרים", המצדד בעמדת השולחן ערוך (ראה לעיל, הערה 268). הוא מבסס את דעתו על תשובת מהר"ם מפאדווה, סימן לט, ממנה עולה, שאף ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא", מכל מקום בכל מקרה של אונס המונע את המשך ההנאה מהמושכר, השוכר רשאי לבטל את הסכם השכירות מכאן ולהבא. על פי עיקרון זה, ברור אמנם שהשוכר אינו צריך לשלם בעד חצי הדרך שאחר טביעת הספינה. אולם להלן נראה, שבנקודה זו דווקא, הרמ"א חולק על מהר"ם מפאדווה, ולדעתו אפילו בנסיבות של "מכת מדינה", אסור לשוכר לבטל את השכירות. במילים אחרות, יש כאן תופעה תמוהה: "חקרי לב" תומך בשיטת הרמ"א מכוח נימוק שהרמ"א עצמו אינו מקבלו. על תשובה זו של "חקרי לב", ראה עוד, להלן, הערה 306.

לניתוח הסוגיה, ראה עוד: ש"י פרידמן, תלמוד ערוך, פרק השוכר את האומנין, חלק הפירושים, ירושלים תשנ"א, הסוגיא השביעית, עמ' 185-188, וביחוד הנספח להערה 9, שם, עמ' 194.

חצי הדרך שעשתה הספינה, ולא לתשלום עבור כל הדרך. גם למחלוקת זו נצטרך לתת את הדעת בהמשך.

4. התלמוד[270] מביא את דברי רב: "השוכר את החמור לרכוב עליה, ומתה לו בחצי הדרך — נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומות". התלמוד מוסיף, שדברי רב אלה אמורים גם כשהשוכר אינו מוצא חמור חלופי כדי להגיע למחוז חפצו, והוא נשאר תקוע עם סחורתו במקום שמת החמור[271]. אם אין לשוכר מה לעשות בסחורתו באותו מקום, הרי לנו מקרה שבו אבדן המושכר גרם לפגיעה בתועלת השכירות למפרע, שכן לשוכר אין כל תועלת בהובלת סחורתו לאותו מקום, כי לא זאת הייתה מטרת השכירות.

בנקודה זו, נחלקו הדעות: חלק מן הראשונים[272] סבורים, כעולה מפשוטה של הסוגיה, שפגיעה זו בתועלת השכירות אינה עילה לפטור את השוכר מתשלום, ולכן הוא חייב בתשלום דמי השכירות בעד חצי הדרך שעשה החמור. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המסקנה שעלתה לכאורה מן המקורות הקודמים, שפגיעה בתועלת השכירות אינה עילה לניכוי מדמי השכירות.

אולם ראשונים רבים[273] סבורים שהשוכר אינו חייב בתשלום בעד חצי הדרך, אלא רק אם הייתה לו תועלת כלשהי מהרכיבה על החמור עד אותו מקום שהתפגר בו. אם לא הייתה לשוכר כל תועלת, הוא פטור מתשלום. על פי שיטה זו, עולה לכאורה מסקנה שונה מזו

[270] בבא מציעא עט ע"א.

[271] על חילופי הגרסאות בסוגיה זו, הערנו לעיל, בדיוננו על סעיף 10, הערה 173. להלכה, כל הראשונים מסכימים, שחיובו של השוכר לשלם עבור חצי הדרך שעד מיתת החמור הוא גם בחמור שהושכר למשא, ולא רק בחמור שהושכר לרכיבה, כגרסת הרמב"ם וכגרסת ש"ס וילנא, אלא שחלקם מתנים זאת בתועלת כלשהי לשוכר מהבאת המשא לחצי הדרך.

[272] ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שי, ס"ק ט, שהסיק שזאת דעת הרמב"ם (לעיל, הערה 38) והשולחן ערוך (לעיל, הערה 77) מתוך העובדה שהם לא סייגו את דין חמור שמת באמצע הדרך, ולא קבעו שהשוכר אינו חייב לשלם על חצי הדרך, אלא כשהייתה לו תועלת בהבאת הסחורה לאותו מקום. זאת שלא כמו שעשו ראשונים אחרים, ראה להלן. אכן יש לתמוה על ר' יוסף קארו, שהשמיט את הסייג הזה מהשולחן ערוך, שכן בבית יוסף על הטור, שם, ס"ק ב, הוא קובע: "דברים של טעם הן". וראה: אבן האזל, הלכות שכירות, בהשמטות לפרק ה, הלכה ג, עמ' פג, ד"ה והנה, שטען שרוב הראשונים נוקטים כדעת הרמב"ם. אולם לאור מה שנראה להלן, הערה 273, יש להתפלא על קביעה זו, שכן ההפך הוא הנכון, שרוב הראשונים אינם מקבלים את גישת הרמב"ם. והשווה: דברות משה, בבא מציעא, חלק שלישי (בני־ברק תשד"ם), פרק ו, סימן ד, ענף ב, ד"ה וניחא. יש לציין, שכדעת הרמב"ם עולה גם משו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט, שכתב שכאשר הפגם מבטל את התועלת של השכירות לשעבר, השוכר אינו רשאי לנכות את דמי השכירות שעד אירוע הפגם, אלא ב"מכת מדינה". ראה דברינו לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 163.

[273] ראה: תוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אילו וד"ה אילימא; חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה הא דאמרינן גבי; רשב"א, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה וזה לשון הרשב"א; הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ד; רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן יא; טור, חו"מ, סימן שי, סעיף ב; הגהות אשר"י, בבא מציעא, פרק ו, סימן י; רמ"א, חו"מ, סימן שי, סעיף ב.
יש לציין שזו גם דעת הר"ש משאנץ והריטב"א (ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה וזה לשון תוספות שאנץ; חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה לעולם, וד"ה ת"ר השוכר את הספינה). כבר עתה נקדים ונעיר, שלכאורה הדבר תמוה: לעיל ראינו ששיטתם של הר"ש משאנץ והריטב"א היא, שאפילו הרס המושכר אינו עילה לפטור מתשלום, ואם כן כיצד יכולים הם לומר כאן, שאם השוכר אינו נהנה, פטור הוא מתשלום? אולם יש לזכור שרבים פירשו שלדעתם אופי השכירות במקרים אלה (ספינה וחמור) הוא אופי חוזי, ולא קנייני (ראה השלמות, לעיל, ליד ציון הערה 235 ואילך). בשכירות רגילה (שבה חל הכלל, "שכירות ליומיה — ממכר הוא"), אין ספק שדעתם היא, שאף אם אין לשוכר כל תועלת בשכירות, הוא חייב בכל זאת לשלם דמי שכירות מלאים.

שהגענו אליה מתוך המקורות הקודמים: אם אין לשוכר תועלת במושכר, הרי הוא פטור מתשלום דמי השכירות, אפילו שפגיעה זו בתועלת לא אירעה בנסיבות של "מכת מדינה". עם זאת יש לזכור שבמקרה המדובר כאן, סיכול המטרה למפרע נובע מסיכול הקיום מכאן ולהבא. כלומר, סיכול המטרה למפרע נובע מן העובדה שהמשכיר אינו מקיים את חיובו, שכן המושכר שהעמיד לרשות השוכר אינו ראוי עוד לשימוש. להלן נראה, שלהבדל זה יש משמעות מהותית.

5. מסקנה דומה לדעה שראינו זה עתה עולה מסוגיית שכירות הספינה, שכבר ראינו לעיל[274]. כזכור, התלמוד דן במי ששכר ספינה להוביל בה יין, וטבעה הספינה בלב ים ("בחצי הדרך"). רבי נתן פסק: "אם נתן — לא יטול; אם לא נתן — לא יתן". בין שאר האפשרויות שבוחן התלמוד להעמדת פסקו של רבי נתן, נבחנת גם האפשרות שהדברים אמורים ביחס לספינה מסוימת שהושכרה להוביל עליה יין בלתי מסוים ("ספינה זו ויין סתם"). אולם אפשרות זו נדחית, משום שבכגון זה, אומר התלמוד, אפילו שילם השוכר מראש, אין שום סיבה שלא יוכל לתבוע את כספו חזרה[275]. כאן עולה שוב, שכאשר המשכיר אינו ממלא את חלקו בהסכם (הספינה שהשכיר אינה מגיעה ליעדה), פטור השוכר לא רק מתשלום דמי השכירות שמשעת הטביעה ואילך, אלא אפילו למפרע, כלומר מדמי השכירות בעד התקופה שעד הטביעה.

לכאורה, סוגיה זו אינה עולה יפה לשיטת הראשונים אשר פסקו בסוגיית חמור שמת באמצע הדרך, שבכל מקרה, השוכר חייב לשלם שכר עבור חצי הדרך שהלך עם החמור, אף שבפועל לא היה לו כל תועלת מכך. לשאלה זו, נחזור להלן.

(2) בחינת הסוגיות התלמודיות לאור שיטות הראשונים

לאחר שסקרנו את המקורות השונים הנוגעים לכאורה לענייננו, ננסה לבחון אותם לאור השיטות השונות שראינו לעיל, בעניין אבדן המושכר ומניעת השימוש בו, ונראה מה משמעותם לעניין פגיעה בתועלת השכירות. בניתוח הזה, אפשר לחלק את השיטות השונות לשתי קבוצות: לקבוצה הראשונה, הדבר הטעון הסבר הוא הפטור ב"מכת מדינה" (במקורות 1-2); ואילו לקבוצה השנייה, הדבר הטעון הסבר הוא החיוב במכה פרטית (באותם מקורות). נתחיל בקבוצה הראשונה, ובה נפתח בדעה היותר קיצונית, דעת הר"ש משנאץ ורבו של הריטב"א.

(א) הסיכון לאבדן המושכר רובץ על השוכר (הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א)

לעיל[276] ראינו, שלשיטת הר"ש משאנץ ורבו של הריטב"א, מניעת השימוש אפילו כתוצאה מהרס המושכר אינה עילה לפטור את השוכר מתשלום דמי השכירות. הנימוק לכך הוא, ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא". כלומר, השוכר הוא הבעלים של המושכר בתקופת השכירות, ועל כן הוא נושא בסיכון של אבדן המושכר (בלשון הראשונים: "מזלו גרם"). אולם משני המקורות בעניין פגיעה ביבול חקלאי — שדה שאכלה חגב (מקור 1), ושדה בית השלחין

[274] בבא מציעא עט ע"א. לעיל, ליד ציון הערה 263.

[275] וראה: תוספות, שם, ד"ה אילימא, שהוכיח, שכוונת התלמוד, שהשוכר מקבל את כל כספו חזרה, ולא רק שכר חצי הדרך שלא הלך עדיין. וכך פסק גם הרמב"ם. ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג: "אף על פי שנתן לו השכר, יחזיר לו כל השכר". ולא מצאנו מי שחולק על זה.

[276] לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 31. וביתר אריכות בהשלמות, לעיל, תת־פרק א(2), עמ' 330.

שהתייבש הנהר הגדול (מקור 2) — מסיק הר"ש משאנץ[277], שאם אירע הרס המושכר ב"מכת מדינה", השוכר פטור מתשלום (וזאת כנראה גם דעתו של רבו של הריטב"א).

ייתכן שההיגיון לפטור ב"מכת מדינה" הוא הסכם מכללא[278] בין השוכר והמשכיר. השוכר מוכן, כמו כל קונה או משקיע אחר, לקחת את הסיכון שיפסיד את השקעתו. אולם ב"מכת מדינה", דהיינו הפסד, שנתפס בתודעת הצדדים כבלתי נמנע, ושהיה קורה גם אם היה המושכר נשאר ברשותו של המשכיר, מוסכם בין הצדדים שהשוכר לא ישמש למשכיר תעודת ביטוח המחסנת אותו מפני אותו סיכון. ובזה ההבדל בין שכירות למכר. במכר, מאחר שהמוכר מנתק כל קשר עם הנכס, אין כל משמעות לעובדה שהפגם שאירע לאחר המכירה היה "מכת מדינה". לא כן בשכירות, שבה עדיין יש למשכיר קשר עם המושכר, שהרי בסוף השכירות המושכר חוזר לרשותו[279].

באשר למקורות בעניין שכירות חמור וספינה (מקורות 3־5), כבר ראינו לעיל[280], שלכאורה מקורות אלה אינם עולים בקנה אחד עם שיטה זו, והבאנו הסברים שונים ליישוב העניין.

האם אפשר להסיק ממקורות 1־2, שפגיעה בתועלת השכירות, אם אירעה ב"מכת מדינה", פוטרת את השוכר מתשלום? הדבר תלוי בשאלה אם רואים בפגיעה ביבול חקלאי פגיעה רק בתועלת השכירות (כמו טדסקי), או שמא רואים בה פגיעה בגוף המושכר? אם רואים בה פגיעה בגוף המושכר, אין להסיק דבר ממקורות אלה לעניין פגיעה בתועלת, ואין אפוא יסוד לפטור את השוכר מתשלום בגין סיכול המטרה, אפילו לא ב"מכת מדינה"[281]. לא כן כמובן אם רואים פגיעה ביבול חקלאי כפגיעה בתועלת, אולם הדבר צריך עיון.

(ב) מבחן הקיום (הרמב"ם על פי הבנת "פני משה")

נעבור לשיטה הנוקטת במבחן קיום המושכר[282]. לכאורה נוקטי גישה זו אינם סוברים שדין פגיעה ביבול או פגיעה באפשרות עיבוד השדה (מקורות 1־2) כדין פגיעה בגוף המושכר. אם

[277] ראה: תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כז; לא מצאנו מקור מפורש בעניין זה אצל רבו של הריטב"א.

[278] השווה: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י, בהסברו הראשון להלכת "מכת מדינה". וראה להלן, הערה 289, שם אנו מעלים, שהנימוק השני שמציע "חזון איש" להלכת "מכת מדינה", עשוי גם הוא, בשינוי קל, להתקבל כהסבר לשיטת הר"ש משאנץ והריטב"א.

[279] לא ברור לפי שיטה זו אם ב"מכת מדינה" הפטור מתשלום הוא על ידי ביטול השכירות דווקא, או שמא השוכר מנכה מדמי השכירות בלא ביטול. השווה בגוף הדיון המחלוקת בעניין זה בין מהר"ם מפאדווה והרמ"א.

[280] לעיל, בהשלמות, תת־פרק א(2), פסקה א, עמ' 330.

[281] כך עולה לדוגמה, מדברי שו"ת שער אפרים (כ"ץ), חו"מ, סימן קמד, כשדן בעניינו של מי ששכר מרתף לאחסן בו יין, ולאחר מכן יצאה הוראה מטעם השלטונות האוסרת להחזיק יין. "שער אפרים" טוען שיש מקום להבחין בין הנידון הזה לנידון הרמ"א, בסימן שיב, סעיף יז, שם מביא הרמ"א בשם הר"ש משאנץ, שבית שנשרף, השוכר רשאי לנכות ממה שלא דר, אם נשרפה כל העיר ("מכת מדינה"). מסביר "שער אפרים": "ויש לחלק בין נשרף לנדון דידן, דהמשכיר אי אפשר לקיים תנאו, והשוכר מוכן לקיים תנאו, מה שאין כן בנדון דידן, דהמשכיר יוכל לקיים תנאו". מכאן שכאשר הפגיעה היא רק בתועלת השכירות (סיכול המטרה), ולא באפשרות הקיום של המשכיר, "מכת מדינה" אינה עילה לפטור. אמנם בהמשך הדברים, הוא מעלה ספקות אם תוצאה זו נכונה, ועמדתו אינה ברורה. והשווה לעיל, בגוף הדיון, הערה 171, מה שפסק בשו"ת שאילת משה בעניין דומה.

[282] לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 43 ואילך. תת־הפרק שלהלן הוא השלמה לפרק שלישי, ב(3)(ב) שבגוף הדיון, עמ' 314.

לא כן, קשה להסביר, מדוע השוכר אינו פטור מתשלום אלא ב"מכת מדינה"? הרי בבית שנפל, השוכר פטור מתשלום מכאן ולהבא, אפילו אם נפילת הבית הייתה מכה פרטית. נמצא שנוקטי גישה זו אינם רואים בפגיעה ביבול פגיעה או חסרון בגוף השדה, שהרי השדה עצמה קיימת. לכל היותר, יש כאן פגיעה בזכות השימוש של השוכר (ואולי אין כאן אלא פגיעה בתועלת השכירות, ראה להלן), ומאחר שלא נפגמה אלא זכות השימוש, שהיא רכושו של השוכר, מן הדין שהוא יישא בסיכון של אבדן רכושו[283].

יש לציין, שאין זו גישת הט"ז[284], אף שגם הוא נוקט את מבחן קיום המושכר[285]. לפי דבריו, פגיעה ביבול חקלאי היא פגיעה בגוף המושכר, כמו חמור שהושכר למשא והתעוור ("הבריקה"), ואף על פי כן אין זו סיבה מספקת לפטור את השוכר מתשלום. הסיבה לכך היא, שגם כשנפגם גוף המושכר, כל עוד ניתן להשיג חלק ממטרות השכירות, כלומר שהשימוש קיים, אלא שנפגם, ההנחה היא ש"מזל השוכר גרם", ועל כן הוא חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות מלאים[286]. לדעת הט"ז, זהו המצב במקורות 1-2: השדה נפגמה, אך לא נמנעה לחלוטין אפשרות השימוש בה, אלא עדיין ניתן להוציא פרות מן השדה, אם כי פחות מן הצפוי (או ביותר מאמץ). במצב כזה, השוכר חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות מלאים. בלשון הט"ז: "ההפסד, לשוכר כולו, הן כאן בבית השלחין הן בבהמה שהבריקה, ואין מנכה לו כלום, והשכירות — כדקאי, קאי [= כמות שהיא עומדת, היא עומדת], כיון שעדיין ראוי למלאכתו הראשונה, אלא שנתקלקל במקצת במזל השוכר". מכאן שאם הקלקול לא היה במזל השוכר, כגון ב"מכת מדינה", דעת הט"ז היא שהשוכר רשאי לנכות מדמי השכירות, אף שעולה בידו במאמץ להשיג את מטרת השכירות[287]. נמצא שלפי הט"ז, אם הפגיעה ביבול היא בשיעור ששוב לא ניתן להפיק תועלת כלשהי מן השדה, דינה יהיה אמנם כדין בית שנפל, וגם במכה פרטית, יהיה השוכר פטור מתשלום[288].

לאלה שאינם מקבלים את גישת הט"ז, וסוברים שאפילו אם נפגמה יכולת הפקת יבול לחלוטין, עדיין על השוכר לשאת בסיכון, משום שאין כאן פגיעה בגוף השדה, אלא לכל היותר בזכות השימוש בה, חוזרת השאלה: מדוע אין הדין כן גם ב"מכת מדינה"?

ההסבר לכך יכול להיות הסכם מכללא (כמו שהצענו להסביר את שיטת הר"ש משאנץ),

[283] ואולי יש להסתייג מן הדברים, משום שייתכן שהם רואים פגיעה ביבול פגם בגוף, כמו בבית שנפל, אלא שהם מאמצים את ההבחנה שראינו לעיל, בגוף הדיון, הערה 180, בדברי "ערוך השולחן", בין שכירות שימוש לשכירות עסקית. וצריך עיון.

[284] ט"ז, חו"מ, סימן שכא, סעיף א, ד"ה והא דאמרינן.

[285] כפי שראינו לעיל, בגוף הדיון, הערה 46.

[286] כפי שנפסק לדוגמה בחמור שהושכר למשא, וחלה: ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שי, סעיף א.

[287] זה בפירוש שלא כשיטת התוספות, ראה לעיל, בגוף הדיון, הערה 154. ותמה על הט"ז, שבריש סימן שכא, הביא את שיטת התוספות, ולא ציין שהוא חולק. וצריך עיון.

[288] ואין לומר, שלדעת הט"ז, פגיעה מוחלטת במטרת השכירות די בה כשלעצמה לפטור את השוכר מתשלום (אף שהמושכר עצמו קיים). אין לקבל הצעה זו משום שהט"ז בעצמו סבור, שכל עוד המושכר קיים, אפילו מניעת אפשרות השימוש (שהיא חמורה יותר ממניעת התועלת בלבד) אינה מצדיקה פטור מתשלום. כך עולה מדין חמור שנלקח לאנגריא, שם לא רק שאין לשוכר כל תועלת מן המושכר, אלא אף נמנעת ממנו האפשרות להשתמש בו, ואף על פי כן הוא חייב, לדעת הט"ז, לשלם דמי שכירות מלאים. אשר על כן, אנו מוכרחים להניח, שלדעת הט"ז, פגיעה מוחלטת ביבול אינה רק פגיעה בתועלת השכירות או באפשרות השימוש במושכר (כמו בחמור שנלקח לאנגריא), אלא היא מהווה פגם בגוף השדה המושכרת (כמו בית שנפל).

אך אפשר גם להציע הסבר יסודי יותר: ב"מכת מדינה", המשכיר אינו יכול לטעון "מזלך גרם", כלומר שלא נפגע אלא רכושו של השוכר; העובדה שנפגעו כל בעלי השדות מלמדת שההפסד לא היה של השוכר, שכן ההפסד היה קורה גם אם היה המושכר נשאר בחזקתו של המשכיר. על פי הסבר זה, צריך לומר, שהפטור של השוכר הוא מכאן ואילך, כמו בחמור שמת באמצע הדרך, אף שהפגם גרם להפסד השכירות למפרע.

הסבר אחר, שיוביל לתוצאה שונה הוא, שמאחר שנפגעו כל בעלי השדות, מתברר למפרע שהמשכיר השכיר דבר שאין לו. ה"חזון איש"[289] מנסח טיעון זה בדרך זו: "ואפשר דחשיב כהשכיר לו דבר שלא היה לו, שהיתה לו שדה שאינה ראויה לקצור ממנה תבואה. ודוקא במכת מדינה. אבל מכה בשדה זו, חשבינן כמזלו של השוכר גרם, ואי אפשר למחשב [=לחשוב. כלומר, לראות את המכה] כחסרון בשדה". לשון אחר, "מכת מדינה" מגדירה את הפגיעה כמקח טעות למפרע. על פי הסבר זה, צריך לומר שהשוכר יהיה פטור לחלוטין מדמי השכירות, אפילו למפרע, שכן אם היה מקח טעות, הוא זכאי לדרוש את כספו חזרה.

סוגיית ספינה סתם (מקור 3) וסוגיית החמור שמת (מקור 4) גם הן עולות בקנה אחד עם הסבר זה. מותו של החמור אינו יכול לפטור את השוכר מדמי השכירות אלא מכאן ואילך, שכן ההפסד שנגרם לו למפרע אינו נוגע אלא לתועלת השכירות, וזהו סיכונו של השוכר. והוא הדין בעניין הספינה: המושכר קיים (שהרי הושכרה ספינה סתם, והמשכיר מוכן להעמיד ספינה חלופית במקום זו שטבעה), והעובדה שנפגמה התועלת שבשכירות בוודאי אינה יכולה להיות נימוק לפטור (אם אבדן השימוש הוא סיכונו של השוכר, על אחת כמה וכמה שהוא הדין באבדן התועלת שבשימוש)[290].

המקור היחיד הקשה להסבר לפי שיטה זו הוא מקור 5. במקור זה ראינו, שמי ששכר ספינה מסוימת להובלת יין לא מסוים, וטבעה הספינה באמצע הדרך, אינו חייב לשלם דמי שכירות כלל, שכן לא הייתה לו כל תועלת מן הספינה. לכאורה, כמו שכבר הערנו, על פי מבחן הקיום, השוכר היה צריך להיות חייב לשלם את דמי השכירות בעד התקופה שעד הטביעה, אף אם לא הייתה לו כל תועלת מכך, בדיוק כמו שפסקו נוקטי גישה זו בעניין חמור שמת באמצע הדרך[291]. דרך אפשרית ליישוב קושי זה היא להניח, שהרמב"ם רואה בספינה שהושכרה להובלת יין מקרה של שכירות שירותי תובלה (שכירות פועלים), ולא של שכירות נכס[292]. על

[289] חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק י, בהסברו השני להלכת "מכת מדינה". והשווה דיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 100 ואילך. אולי הסבר זה יכול להסביר גם את דעתם של הר"ש משאנץ והריטב"א, אלא שהם מחילים אותו גם על מקרה של הרס המושכר. כלומר, במכה פרטית של הרס המושכר, רואים את ההפסד כהפסדו של השוכר, שהמושכר נהרס כשהיה ברשותו. לעומת זאת, אם אירע הרס המושכר בנסיבות של "מכת מדינה", רק אז רואים את המשכיר כמי שמכר מה שאין לו, שהרי מתברר שהמושכר לא היה בר קיום.

[290] כעין הסבר זה, ראה: אבן האזל, השמטות ומילואים, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ג.

[291] ועל כן אין לקבל את דברי הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ד, שכתב בדעת הרמב"ם, שהנימוק לפטור בספינה זו ויין סתם הוא כמו שהסבירו התוספות, ש"יינו אבד, ולא ההנהו כלום". שאם כן, כאמור, גם בשכירות חמור, היה צריך לפסוק כך ולפטור את השוכר, כשלא נהנה. וראה: אבן האזל, שם, שלא התייחס לקושי זה.

[292] השווה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אבל ביין סתם וספינה סתם, הכותב: "ומיירי כשאין זו שכירות הספינה כשוכר את החמור, אלא שנתחייב לו להוליך יינו עד מקום פלוני... וכעין קבלנות היא, שמוטלת עליו לעשות". ראיה נוספת להשערה זו, ראה לעיל, הערה 268. נציין שדברי "אבן האזל", שראינו לעיל, בגוף הדיון, הערה 125, ובהשלמות, הערה 290, אינם מתיישבים עם הצעתנו כאן כלל. אולם כפי

פי הנחה זו, מובן שאין לדון בסוגיית הספינה, שהיא סוגיה של שכירות פועלים, על פי המבחנים של שכירות נכסים. אם נאמץ דרך זו של פתרון, נצטרך לומר שהוא הדין גם בשכירות ספינה סתם להובלת יין זה. גם כאן הנימוק לחיוב אינו מבחן קיום המושכר (שהוא המבחן הנוהג בשכירות נכסים), אלא יסוד המבחן הוא בדיני שכירות פועלים. כאן, כמובן, עולה השאלה ששאלו התוספות[293], שבשכירות פועלים מצאנו שכאשר אין לשוכר עניין בהמשך קיום החוזה מחמת אונס, הוא פטור, ובלבד שלא היה לו לצפות את האונס יותר מן המשכיר. ייתכן שהרמב"ם היה מאמץ את התירוץ של התוספות, שמאחר שהפסיד המשכיר את ספינתו, אין להניח שהסכים לקחת גם את הסיכון לאבד את דמי השכירות המגיעים לו[294].

לסיכום שיטה זו בעניין פגיעה בתועלת השכירות, נאמר שפגיעה בתועלת השכירות אינה עילה לפטור מדמי השכירות. האם הדין שונה כשהפגיעה בתועלת היא "מכת מדינה"? האם אז צריך לומר שהסיכון מוטל על כתפי המשכיר? גם כאן, התשובה לשאלה זו תלויה בשאלה, כיצד מגדירים פגיעה ביבול חקלאי? אם מגדירים פגיעה זו כפגיעה בתועלת השכירות (כפי שאפשר אולי שסובר "חזון איש"[295]), כי אז אכן מוכח מהמקורות 1-2, שב"מכת מדינה" הסיכון מוטל על כתפי המשכיר. לעומת זאת, אם מגדירים פגיעה זו כפגיעה בשימוש (ובוודאי אם מגדירים אותה כפגיעה בגוף המושכר, כפי שסובר הט"ז[296]), כי אז אין הוכחה שב"מכת מדינה", הסיכון לפגיעה בתועלת של השכירות מוטל על כתפי המשכיר.

בגוף הדיון ראינו, ש"מחנה אפרים"[297] נוקט הגדרה אחרונה זו (והוא אינו רואה פגיעה ביבול חקלאי כפגיעה בתועלת גרידא), שכן בעניין סוחר שנאסר עליו להמשיך לנהל את עסקו בחנות ששכר (אלא נדרש, יחד עם שאר הסוחרים, לעבור למקום אחר), הוא פוסק: "יש להעמיד השכירות ולחייבו לשוכר, כיון דלא נשתנה החנות מכמות שהיה, וראויה היא לאומנות אחרת, אלא שלזה השוכר אינה ראויה, כהאי גוונא לא שייך לומר, מזליה דמשכיר גרם". נמצא אפוא, שהעובדה שמניעת התועלת מן החנות היא ב"מכת מדינה" אינה עילה לפטור.

(ג) מבחן קיום השימוש (הראב"ד והרשב"א)

אם עד כה נדרשנו להסביר ולהצדיק את הפטור מתשלום דמי השכירות ב"מכת מדינה", הרי כשאנו באים לעסוק בשיטתם של הראב"ד והרשב"א[298], עלינו להסביר את הקושי ההפוך: מדוע במכה פרטית, השוכר חייב לשלם דמי שכירות, כשנפגם היבול שגדל בשדה ששכר? הרי לשיטה זו ראינו (במקור 4), שפגיעה בתועלת המושכר פוטרת את השוכר מתשלום, כמו שפסקו בעניין חמור שמת באמצע הדרך, ולא הייתה כל תועלת בהובלת המשא עד לאותו

שכבר הערנו, קשה לקבל את הסברו של "אבן האזל", משום שאין בו כדי להסביר מהי ההבחנה בין ספינה זו ויין סתם מצד אחד, לחמור (זה) שמת באמצע הדרך מצד שני, שגם שם השוכר מוכן ומזומן לקיים את חלקו בהסכם, ובכל זאת מחייבים אותו לשלם שכר חצי הדרך גם כשאין לו תועלת.

[293] תוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא. וראה לעיל, בגוף הדיון, הערה 125.

[294] על תירוץ זה, ראה לעיל, בגוף הדיון, הערה 125 והערה 132. או ייתכן, שהרמב"ם היה מאמץ את תירוצו של הריטב"א, שהובא לעיל, הערה 236.

[295] ראה לעיל, ליד ציון הערה 289.

[296] ראה לעיל, ליד ציון הערה 284.

[297] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ז. דעתו הובאה בגוף הדיון, ליד ציון הערה 161, וראה שם הערה 161.

[298] ראה לעיל, ליד ציון הערה 220. ואולי זוהי גם שיטת רש"י, ראה שם, ליד ציון הערה 216 ואילך.

מקום[299]. אם כן מדוע לא נפסק אותו דבר בשוכר את השדה ואכלה חגב (מקור 1) או בשוכר בית השלחין ואין בידו עוד להשקות את השדה (מקור 2)? הרי גם באלה נפגמה התועלת שבשכירות. נוסיף שהשאלה אינה נשאלת רק ביחס לפגיעה ביבול חקלאי, אלא גם בעניין שכירות ספינה סתם (מקור 3), שם ראינו שדעת הרשב"א[300] היא, שאם הושכרה ספינה סתם להובלת יין מסוים, השוכר חייב לשלם את מלוא דמי השכירות אפילו בעד הדרך שלא עשתה הספינה[301].

ונראה להציע את ההסבר הבא: לפי הרשב"א, כאשר הפר המשכיר את חיובו כלפי השוכר, ולא העמיד לרשותו מושכר תקין לכל אורך תקופת השכירות, אין השוכר משלם אלא אם כן יש לו תועלת מהשכירות. לעומת זאת, כאשר לא הייתה הפרה כלשהי מצד המשכיר, העובדה שהשוכר לא הפיק תועלת מן השכירות אינה יכולה לשמש עילה לפטור מתשלום. לפי עיקרון זה, אפשר ליישב את כל הסוגיות:

בסוגיית ספינה סתם שטבעה וטבע עמה היין המסוים שהייתה אמורה להוביל (מקור 3), השוכר חייב בתשלום מלא, משום שאי־אפשר לתלות את מניעת התועלת באי־קיום מצד המשכיר. להפך, המשכיר מצדו מוכן ומזומן לקיים את חלקו (כלומר להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לשימוש), והשוכר הוא שאינו מסוגל לנצל את זכותו. בכגון זה, אין שום הצדקה שהסיכון לא יפול על כתפי השוכר. הוא הדין בפגיעה ביבול חלקאי (מקורות 1־2), שכנראה אין הרשב"א רואה בה אלא פגיעה בתועלת השכירות (כמו טדסקי). על פי זה, המשכיר לא הפר כל חיוב: הוא העמיד לרשות השוכר שדה ראויה לשימוש, והעובדה שהשוכר לא הצליח להפיק ממנה תועלת אינה סיבה לפטור אותו מתשלום. ב"מכת מדינה", רואים כנראה את הפגיעה בתועלת כחסרון בשדה עצמה (כעין ההסבר שראינו לעיל, כשדננו בשיטת הרמב"ם על פי הבנת "פני משה"), ומכאן שהשוכר יכול לתלות את מניעת התועלת בהפרה מצד המשכיר ולהיפטר מתשלום דמי השכירות.

לעומת זאת, בחמור מסוים שמת (מקור 4) או בספינה מסוימת שטבעה בלב ים (מקור 5), סיכול התועלת של השכירות למפרע נובע מן העובדה שהמשכיר אינו ממשיך להעמיד לרשות השוכר את המושכר שהתחייב להעמיד לרשותו. הוא מפר אפוא את חיובו, ומאחר שהפרה זו היא שגרמה לפגיעה בתועלת השכירות, השוכר פטור מתשלום[302].

[299] ראה לעיל, הערה 273.

[300] ראה לעיל, הערה 268.

[301] ואין לומר, שההבדל הוא, שחמור שמת הוא מזלו של המשכיר, ואילו שדה שאכלה חגב או ספינה סתם להובלת יין זה שטבעה הוא מזלו של השוכר, ועל כן, משפטית, השוכר נחשב כמי שנהנה מן המושכר. אין לענות כך, משום שגם אם נניח שישנה הבחנה כזו בין המקרים (דבר שלשיטת הרשב"א אינו נכון, ראה דיוננו על סעיף 10, הערה 101), הרי הראב"ד אומר במפורש, והרשב"א מסכים לדבריו, שאפילו אם אירע הפגם במושכר במזלו של השוכר (כגון בחמור שנלקח לאנגריא), אין זה נימוק מספיק לחייב את השוכר בתשלום דמי השכירות. ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך. נטעים שממקור זה ברור שאין זה משנה אם מת החמור או נלקח לאנגריא בדרך הליכתו — בשני המקרים המשכיר נחשב למפר הסכם באותה מידה, שכן אין הוא מעמיד לרשות השוכר את המושכר שהבטיח לו. הטעמה זו חשובה לעניין ההסבר שנציע להלן בשיטת הרשב"א.

[302] כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 225, הסבר זה עולה בקנה אחד עם דברי הרשב"א (מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עוד כתב הרב), ולפיהם המשכיר מתחייב להעמיד לשוכר את המושכר לכל אורך תקופת השכירות, ולחיוב זה הוא משעבד לו את המושכר (בשכירות מסוימת) ואת כל נכסיו (בשכירות

נמצא, שלפי הרשב״א, פגיעה בתועלת השכירות אינה עילה לפטור מתשלום דמי השכירות, אלא באחד משני מקרים: הפגיעה בתועלת היא פועל יוצא של העובדה שהמושכר אינו ראוי לשימוש (וזאת אפילו במכה פרטית); המושכר ראוי עדיין לשימוש, אבל ״מכת מדינה״ מונעת את התועלת. במשפטי ההכתרה, שיטה זו הייתה פוסקת אפוא לטובת השוכרים (ובלבד שהייתה רואה בביטול תהלוכת ההכתרה משום ״מכת מדינה״, דבר שאינו נקי מספקות).

(ד) מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר (הרמב״ם על פי הבנת הסמ״ע)

כבר ראינו בגוף הדיון[303] שגישתם של מהר״ם מפאדווה והסמ״ע להלכת ״מכת מדינה״ היא גישה ייחודית: כאשר הפגם אינו פוגע במושכר אלא להבא, אין צורך לדעתם להיזקק לטענת ״מכת מדינה״, אלא השוכר רשאי לבטל את השכירות ולהיפטר מתשלום דמי השכירות מכאן ולהבא. העלאת טענת ״מכת מדינה״ אינה רלוונטית אלא באותם מקרים, שבהם הפגם פוגע בשכירות למפרע, כדוגמת תבואה שאכלה חגב, שם ביטול השכירות אינו מספק תרופה הולמת. כבר דננו גם בהשלכות של גישה זו לעניין סיכול תועלת השכירות ולא נחזור על כך.

כאן נבקש רק להשלים את התמונה ולבחון כיצד יתמודדו מהר״ם מפאדווה והסמ״ע עם שאר המקורות שסקרנו בעניין חמור וספינה.

נראה שלגישתם כך הוא היחס בין חמשת המקורות שסקרנו לעיל בעניין סיכול תועלת השכירות: מסוגיית חמור שמת באמצע הדרך (מקור 4) למדנו, שפגם במושכר אינו פוטר את השוכר מתשלום דמי השכירות אלא מכאן ולהבא, על ידי ביטול השכירות. באשר לתקופה שעד אירוע הפגם, השוכר חייב לשלם, וזאת גם אם גרם הפגם לסיכול התועלת שבשכירות למפרע. מהמקורות העוסקים בשכירות שדה (מקורות 1־2), למדנו שאם אירעה הפגיעה בשכירות למפרע ב״מכת מדינה״, כי אז, ורק אז, השוכר רשאי לנכות את הפסדו מדמי השכירות (ובלבד שיבטל את השכירות מכאן ולהבא. שאם לא יעשה כן, יתפרש הדבר כוויתור מצדו[304]).

בלתי מסוימת): ״וזה כללו של דבר: בחמור זה, אחריות עליו [על החמור, כלומר שהחמור משמש בטוחה לקיום חיובו של המשכיר], אף על פי שהוא בעצמו אינו ראוי למלאכה, כגון שמת או נשבר, והרי הוא כאפותיקי מפורש; ובחמור סתם, כאפותיקי סתם״. הכלל של הרשב״א הוא אפוא, שמאחר שהמשכיר חייב בעיקרון להעמיד לרשות השוכר מושכר ראוי לכל אורך תקופת השכירות, אין כל סיבה שישלם השוכר דמי שכירות, אפילו חלקיים, כאשר המשכיר אינו מקיים את החיוב המוטל עליו, וכתוצאה מכך, נפגמת התועלת של השכירות למפרע. ומכאן תשובה גם למה ששאלנו לעיל, בדיוננו על סעיף 10, הערה 130.

303 ראה לעיל, בגוף הדיון, פרק שלישי, ב(3)(ג), עמ׳ 315. תת־הפרק שלפנינו הוא השלמה לאמור שם.

304 כך עולה מתשובת מהר״ם מפאדווה, סימן לט. ראה דיוננו לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 103 ואילך. בשו״ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, חו״מ, סימן מב (במיוחד בד״ה ועפ״ז), סייג את הדברים, והראה שלא בכל מקרה אי־ביטול השכירות מצד השוכר כמוהו כוויתור על ניכוי מדמי השכירות, אלא רק כאשר הייתה למשכיר סיבה סבירה להתנגד לניכוי. ראה לעיל, בגוף הדיון, הערה 106.

יש להעיר כאן על פליאה גדולה העולה לכאורה מתוך השוואה בין דברי מהר״ם מפאדווה כאן לבין דבריו בתשובה אחרת. בסימן פו, דן מהר״ם מפאדווה במלמד שתלמידו ברח מחמת מגפה שפרצה בעיר ונציה. מדבריו שם עולה, שאילו היה מדובר ב״מכת מדינה״, כי אז היה פוסק שהשוכר חייב לשלם דמי שכירות מלאים למשכיר (המלמד). הדברים מתמיהים, משום שזה עתה ראינו, ששיטתו של מהר״ם מפאדווה היא ש״מכת מדינה״ פועלת לטובת השוכר, כשהיא מאפשרת לו לא רק לבטל את השכירות (דבר שהיה זכאי לעשות גם במכה פרטית), אלא גם לנכות מדמי השכירות למפרע, אם נגרם לו נזק לתקופה שלפני הפגם. אם כך, אפילו שבריחת התלמיד מן העיר הייתה מחמת ״מכת מדינה״, מדוע השוכר אינו רשאי גם כאן לבטל את שכירות המלמד, ומדוע כאן פועלת ״מכת מדינה״ לרעתו של השוכר? אולם אם

מה שיש ללמוד מסוגיית הספינה (מקורות 3, 5) אינו ברור. מסתבר, כמו שראינו לעיל[305], כשעסקנו בניתוח שיטת הרמב"ם לפי מבחן קיום המושכר, שאין זיקה בין סוגיית שכירות הספינה לשאר הסוגיות, משום שאין עניינה של סוגיית שכירות הספינה בשכירות נכסים, אלא בשכירות פועלים (שכירות שירותי תובלה). רק אם נניח שכך סבור גם מהר"ם מפאדווה, נוכל להבין מדוע במקור 5 (ספינה זו ויין סתם), השוכר פטור מתשלום דמי השכירות, אפילו למפרע, אף שאין מדובר ב"מכת מדינה" (הרי לא כך פסק מהר"ם מפאדווה בחמור שמת באמצע הדרך, אף שלכאורה המקרים מקבילים). לפי זה, אפשר גם להניח שמהר"ם מפאדווה מסכים עם הרמב"ם, שבספינה סתם ויין זה, השוכר חייב בתשלום מלוא דמי השכירות, אפילו מכאן ואילך, ואין הוא רשאי לבטל את החוזה ביניהם, רק משום שאין לו עוד עניין בספינה שהמשכיר מעמיד לרשותו[306].

מניחים, כפי שאנו עושים להלן, שיש להבחין בין שכירות נכסים לשכירות פועלים, אולי נוכל להבין את פסקו של מהר"ם מפאדווה: בשכירות פועלים, שיטת מהר"ם מפאדווה היא כנראה כשיטת הרמב"ם (ראה לעיל, ליד ציון הערה 291). כלומר, אונס מצד השוכר המונע ממנו להפיק תועלת מן הפועל ששכר הוא עילה לביטול השכירות ולפטור מתשלום, משום שעל המשכיר־הפועל היה להתנות, שגם באונס כזה השוכר ישלם לו את שכרו, ומשלא עשה כן, הפסיד. וזה מה שאירע בסיפור בריחתו של התלמיד. אולם ראינו במקור 5 (ספינה סתם ויין זה), שעיקרון זה נכון רק כשלא נגרם למשכיר הפסד כתוצאה מן האונס. כשנגרם הפסד למשכיר, ההנחה היא שלא הסכים לשאת בסיכון, והשוכר חייב לשלם. על פי זה, מובן שאם בריחת התלמידים מהעיר הייתה "מכת מדינה", כלומר שברחו כל התלמידים, מאחר שנגרם למלמד הפסד, שהרי אבדה פרנסתו, חייב השוכר לשלם לו דמי שכירות מלאים. וכעין הסבר זה, ראה בשו"ת פרי תבואה (מרגליות), סימן לד, ד"ה ומעתה. והשווה להלן, הערה 312. נעיר שתשובה זו של מהר"ם מפאדווה מובאת פעמיים על ידי הש"ך: סימן שכא, ס"ק א; וסימן שלד, ס"ק ג.

על פליאתנו לנוכח תשובת מהר"ם מפאדווה, העיר לנו הרב א' שיינפלד בזה הלשון: "לא הבנתי מה הפליאה, הרי המומים המאפשרים ביטול השכירות מכאן ולהבא, הם מומים במושכר עצמו (ואיבוד היבול נחשב גם כן כמום בשדה) ולכן כשמתגלה מום ופגם במושכר השוכר רשאי לבטל השכירות לפחות מכאן ולהבא, וב'מכת מדינה' שיש לו הפסד, מנכה לו על לשעבר. אבל כאשר התלמיד ברח מחמת פחד המחלה, גם אם הדבר הוא אונס ו'מכת מדינה', מכל מקום אין זה פגם במושכר (המלמד) ומדוע יהא רשאי לבטל השכירות? ולכן אם האונס הוא לא 'מכת מדינה' ושניהם שווים בידיעת אפשרות האונס יש לנו ספק מזלו של מי גרם. ולכן הכלל הוא המוציא מחברו עליו הראיה. אולם כאשר האונס הוא 'מכת מדינה' נחשב הדבר בודאי מזלו הרע של התלמיד כמו שאר התלמידים". על דבריו נעיר רק, שלא ברור מדוע כאשר ברח התלמיד מחמת מכה פרטית, יש לנו ספק מזלו של מי גרם; ואילו כאשר ברח מחמת "מכת מדינה" נחשב הדבר בוודאי למזלו הרע של התלמיד? הרי לכאורה ההפך הוא הנכון (העובדה שברחו גם שאר תלמידי המקום אין בה כדי להוכיח שהפגיעה הייתה מחמת התלמידים יותר מאשר מחמת מלמדיהם. לעומת זאת, כאשר תלמיד זה לבדו ברח, סביר לומר שמזלו גרם)! ועל זה הייתה עיקר פליאתנו. ועוד צריך עיון.

[305] לעיל, ליד ציון הערה 290 ואילך.

[306] זאת בפירוש לא הייתה גישתו של שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סד. הוא החיל על עניין ספינה סתם ויין זה את גישת מהר"ם מפאדווה בדיני שכירות, ולפיה "מום שנולד אחר שהשכיר — חוזר". לשון אחר, מניעת השימוש היא תמיד עילה לביטול השכירות. אולם הערנו כבר בפנים, שאם צריך להחיל על סוגיית הספינה את הכללים החלים בדיני שכירות נכסים, לא ברור מדוע בספינה זו ויין סתם, אין השוכר חייב לשלם בעד חצי הדרך? הרי טביעת הספינה לא הייתה "מכת מדינה", ומניין לשוכר הזכות לנכות את דמי השכירות למפרע? עוד יש להעיר, שבספינה סתם ויין זה, ה"מום" אינו במושכר, שכן המושכר קיים (המשכיר מוכן להעמיד ספינה חלופית), אלא ה"מום" בשוכר, שאין לו עוד עניין בהמשך השכירות, כיוון שהיין שביקש להוביל איננו עוד. מכאן שלשיטת "חקרי לב", סיכול המטרה הוא עילה לביטול החוזה, אם

(ה) מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש (הרמב"ם על פי הבנת "נתיבות המשפט")

כפי שראינו בגוף הדיון[307] "נתיבות המשפט" רואה בפגיעה ביבול חקלאי משום פגיעה בתועלת השכירות בלבד ולא פגיעה בשימוש (וודאי לא פגיעה בגוף המושכר). זו הסיבה לדעתו שבמקורות 1־2 השוכר חייב במלוא תשלום דמי השכירות, אף על פי שאינו יכול להפיק תועלת מן המושכר. מאותם מקורות למד "נתיבות המשפט", שאם הפגיעה בשכירות (בין בתועלת, בין בשימוש ובין בגוף המושכר) הייתה בנסיבות של "מכת מדינה", השכירות ממשיכה, ושני הצדדים מתחלקים בהפסד, "דכל שההיזק בא מכח מכת מדינה, הוא על שניהם".

על פי תפישה זו, במקור 4 (חמור שמת באמצע הדרך) השוכר פטור מתשלום מכאן ואילך משום שנפגע גוף המושכר (ופגיעה זו לא הייתה "מכת מדינה"). על פי אותו היגיון, אפשר היה להסביר, שבמקור 3 (ספינה סתם ויין זה), השוכר חייב לשלם את מלוא דמי השכירות[308], משום שלא נפגמה אלא התועלת של השוכר (שכן המשכיר מוכן ומזומן להעמיד ספינה חלופית, והשוכר הוא שאינו מעוניין בכך, משום שטבע יינו). אולם נראה שלא זהו ההסבר הנכון. אילו היו חלים על סוגיית הספינה דיני שכירות נכסים, הרי שבמקור 5 (ספינה זו ויין סתם), היה הרמב"ם צריך לפסוק, שהשוכר חייב לשלם בעד חצי הדרך (כמו שפסק במקור 3, בעניין חמור שמת באמצע הדרך), ולא עשה כן, אלא פטר את השוכר מכל תשלום. אשר על כן, צריך כנראה לומר גם כאן, כמו שאמרנו לעיל, כשדננו בשיטת הסמ"ע[309], שאין זיקה בין סוגיית שכירות הספינה לשאר הסוגיות, משום שאין עניינה בשכירות נכסים, אלא בשכירות פועלים, וחלים עליה כללים אחרים.

(ו) שינוי נסיבות כעילת פטור (מהר"ם מרוטנבורג)

לעיל ראינו[310], שמהר"ם מרוטנבורג הוא היחיד מן הראשונים שמכיר בטענת אונס מצד השוכר כטענת פטור חוקית. אולם לא כל מצב של אונס במשמע. מהר"ם מרוטנבורג מבדיל בין שני סוגי אונסים: בין אונס הפוגע במה שקראנו הרקע של השכירות, שיש בו לשוכר טענת אונס חוקית; ובין אונס הפוגע באובייקט השכירות, כלומר במושכר, שבו אין לשוכר טענת אונס חוקית, אלא אומרים: "נסתחפה שדהו" "ומזלו גרם".

כשהאונס פוגע במושכר עצמו, הדבר בא בהכרח על חשבון השוכר, שכן השוכר נחשב כנוטל את הסיכונים הקשורים בנכס שרכש. זוהי הסיבה שבשדה שאכלה חגב, או שיבש המעיין שבתוכה (מקורות 1־2), אין השוכר יכול לנכות מדמי השכירות. סיכול המטרה במקרים אלה בא בעקבות אירועים הקשורים במושכר עצמו, השדה התייבשה או נאכלה על ידי חגב או המעיין שבשדה התייבש[311]. לכן השוכר חייב, זולת ב"מכת מדינה" (כנראה מנימוקים דומים

סבר שזו גם דעת מהר"ם מפאדווה, כנראה זה משום שראה בפגיעה ביבול חקלאי פגיעה במטרת השכירות, ולא פגיעה במושכר. וראה עוד מה שהערנו כבר על תשובה זו של "חקרי לב", לעיל, הערה 269.

307 ראה לעיל, בגוף הדיון, פרק שלישי, ב(3)(ד), עמ' 319. תת־הפרק שלפנינו הוא השלמה לאמור שם.

308 כן היא שיטת הרמב"ם, ראה לעיל, הערה 268.

309 לעיל, ליד ציון הערה 305.

310 ראה לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 123 ואילך. הדברים שלהלן הם השלמה לאמור שם.

311 מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, מקשה על שיטת מהר"ם מרוטנבורג, מסוגיית בבא מציעא קו ע"ב, בעניין מי ששכר חלקת אדמה לגדל בה ירקות, והיה מעיין ליד החלקה. קרבת המעיין לחלקה האמורה הבטיחה אדמה לחה וטובה לגידול ירקות, ונסתם המעיין. נפסק שמאחר שזוהי "מכת מדינה", השוכר זכאי

לאלה שהעלינו בדעת "פני משה")[312]. לא כן הוא הדבר כשהאונס פוגע ברקע לעסקה. אונס הפוגע ברקע לעסקה הוא כשהנתונים החיצוניים שהביאו את השוכר להתקשר בחוזה שכירות השתנו לרעה בעל כורחו. בכגון זה, כאמור, השוכר רשאי להסתמך על טענת אונס ולבטל את השכירות, שכן "אדעתא דהכי לא שכר". כלומר, יש הסכם מכללא שאין השכירות מתקיימת אלא כל עוד הנתונים שהביאו לכריתת העסקה ממשיכים גם הם להתקיים.

לנכות את הפסדו מדמי השכירות. וזוהי גרסת התלמוד: "לא עביד דמיסכר [=שנסתם], מכת מדינה היא, זיל נכי ליה". לכאורה, על פי ההיגיון של המהר"ם מרוטנבורג, גם בלא "מכת מדינה" היה אפשר לפטור את השוכר מתשלום מלוא דמי השכירות (על ידי ביטול השכירות מכאן ולהבא), שהרי המעיין אינו חלק מן המושכר, אלא הוא שייך למה שקראנו בשם ה"רקע לעסקה". אולם יש להעיר, שלפי גרסת הרא"ש בסוגיה, בבא מציעא, פרק ט, סימן יד, אין מקום לשאלה: "לא עביד לאיסתכורי, ומכת מדינה היא". וי"ו החיבור, "ומכת מדינה", מלמדת שיש כאן שני נימוקים מספיקים: השוכר לא היה יכול לצפות את סתימת המעיין יותר מהמשכיר; יש כאן "מכת מדינה". וכך עולה גם מפירושו של רש"י שם, ד"ה מכת מדינה. על פי זה, אין מקום עוד לשאלתו של "מחנה אפרים". הערה זו, על נוסח התלמוד ומשמעותו, העיר, בהקשר אחר, בעל שו"ת רבנו חיים כהן (רפפורט), חו"מ, סימן יט, ד"ה ועוד. והשווה: שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קצח.

[312] לעומת מה שכתבנו בפנים, ראה: רמ"א, חו"מ, סימן שכא, סעיף א. הרמ"א מביא בשם מהר"ם מרוטנבורג, ש"מלמד שגזר המושל שלא ילמוד, דהוי מכת מדינה, וכל ההפסד על בעל הבית [השוכר]" (דברי מהר"ם מרוטנבורג הובאו במרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שמג). פסק זה אי־אפשר להלמו: הרי כשהמלמד מנוע מללמד, גם שלא ב"מכת מדינה", כגון שחלה או נשתתק, פסק מהר"ם מרוטנבורג (מרדכי, שם, סימן שמו), שהשוכר (בעל הבית ששכר את שירותי המלמד), חייב לשלם לו. הסברנו שהנימוק לכך הוא שהאונס נוגע לאובייקט השכירות (המלמד), ועל כן מן הדין שהשוכר הוא שיסבול מכך. אם כן הדין במכה פרטית, מה החידוש ב"מכת מדינה" (גזרת המושל)? זאת ועוד: אם צריכה להיות השפעה לעובדה שאונס המלמד היה ב"מכת מדינה", הרי מן הדין שזו תהיה לטובת השוכר, ולא לרעתו, שכן אז, כפי שראינו בדעת כמה מן הפוסקים, אי־אפשר עוד לומר, "מזל השוכר גרם".
שאלה זו, שאלו גדולי האחרונים: הסמ"ע, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ו, מציע לומר שאין הכוונה שב"מכת מדינה", כל ההפסד נופל על בעל הבית, אלא שבעל הבית והמלמד חולקים בהפסד (אולם ראה מה שהעיר עליו הש"ך, שם, ס"ק א). הגר"א, חו"מ, סימן שכא, ס"ק ז, דחה את הפסק של מהר"ם מרוטנבורג כבלתי מובן ("מרפסן איגרא יציבא בארעא"), וכן עיין שם, ס"ק ח, שדחה לחלוטין את דברי הרמ"א, שהסתמך על פסק לא מובן זה, וקבע שדבריו אינם אלא "דברי נבואה". גם נתיבות המשפט, סימן שלד, ס"ק א, דחה את הפסק של מהר"ם מרוטנבורג, וטען שהרמ"א לא התכוון לאמץ את הפסק עצמו, אלא רק להוכיח ממנו ש"מכת מדינה" משפיעה לא רק לשעבר (כשיטת מהר"ם מפאדווה), אלא גם לעתיד. היינו, שב"מכת מדינה" אף צד אינו רשאי לבטל את השכירות, אלא השכירות נמשכת תוך ניכוי התשלום (ראה לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 182). וראה גם: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פא, שגם הוא תמה על פסק מהר"ם מרוטנבורג. וראה לאחרונה: צ"י בן־יעקב, "תשלום לגן הילדים ששבת בזמן מלחמה", תחומין יב (התשנ"א), עמ' 200, בעמ' 207, מה שניסה ליישב בכוונת דברי ה"מרדכי". וראה שם, עמ' 219, ביקורתו של הרב שאול ישראלי על דבריו. בעמ' 220, הרב ישראלי מציע פתרון מקורי להבנת ההיגיון של פסק מהר"ם מרוטנבורג. לדעתו, יסוד ההבחנה בין מכה פרטית ל"מכת מדינה" הוא, שבמכה פרטית יש מקום לדון בשאלה: "מזלו של מי גרם?", ואם יש ספק בדבר, חל הכלל, "המוציא מחברו עליו הראיה". כלומר, הנתבע אומר לתובע: "הוכח שלא מזלך הרע הוא שגרם לנזק!". לעומת זאת, המונח "מכת מדינה" מציין מצב שבו אין מקום לתלות את האירוע במזלו של מאן דהו (אפילו לא מספק), ועל כן העיקרון שיש להחיל בנסיבות כאלה אינו "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא מי שאינו יכול למלא את חלקו בהסכם הוא המפסיד. על פי זה, עולה ביד הרב ישראלי להסביר שאין עיקרון הקובע ש"מכת מדינה" פועלת לרעת המשכיר (כמו שהבינו רוב הפוסקים), אלא "מכת מדינה" עשויה לפעול לרעת כל אחד מן הצדדים בכפוף לשאלה: מיהו הצד שאינו מסוגל למלא את חלקו בהסכם? יש שהמשכיר אינו מסוגל למלא את חלקו, כמו

בשדה שאכלה חגב (״שהשדה שלו לקויה, ואינה ממלאה את התפקיד הנועד לה לפי תנאי החכירה״), ויש שהמשכיר מסוגל למלא את חלקו, כמו בגזרת המושל כנגד המלמדים (״הוא יכול לומר, העיכוב איננו בי, שהרי אני מוכן ללמד״). דברים הרבה יש להעיר כנגד דבריו של הרב ישראלי, אך נסתפק כאן בשתי נקודות: ראשית, גם אם נקבל את ההנחה שהמלמד מוכן לקיים את חלקו בהסכם (דבר שאפשר בהחלט לחלוק עליו, שכן למעשה ״מכת המדינה״ שוללת ממנו את האפשרות ללמד), הרי גם השוכר מוכן לקיים חלקו שלו, הילד מוכן ומזומן לשמוע את השיעור, ומדוע יפול ההפסד על כתפיו (השווה: בבא מציעא עט ע״ב, ספינה סתם ויין סתם, שם כל צד מוכן לקיים את חלקו, ונפסק שחולקים)? שנית, לעיל, בגוף הדיון, ליד ציון הערה 124 ואילך, הראינו שכאשר האונס המונע את המשך השכירות פוגע ברקע לעסקה, השוכר פטור מתשלום, לא משום שהוא יכול לטעון כלפי הפועל־המשכיר, ״מזלך גרם״ (כטענת הרב ישראלי, המסתמך על דברי רש״י), אלא משום שהוא אנוס, ועל דעת כן לא שכר. לפי זה, כאשר המלמד מנוע מללמד מחמת גזרת מושל, גם כאן יש פגיעה ברקע לעסקה, ולכאורה מן הדין היה לפסוק גם כאן, שהשוכר פטור, משום שעל דעת כן לא שכר.

היה מקום להציע פתרון פשוט בהבנת פסקו של מהר״ם מרוטנבורג: מהר״ם מרוטנבורג סובר שכאשר המלמד מנוע מללמד, כגון שחלה או נשתתק, ההפסד הוא על השוכר (בעל הבית), מכיוון שקניינו הוא שהתקלקל. לעומת זאת, כאשר המלמד מחליט שלא ללמד מרצונו (״מרד״, ראה מרדכי, שם), הוא נושא בהפסד (הוא אינו מקבל תשלום שכירות, בעל הבית שוכר עליו ומטעהו וכו׳). נראה לי שבמקורה, כוונת המהר״ם מרוטנבורג הייתה לומר, שאם המלמד ״תקין״ כשלעצמו, אלא שהוא נמנע מללמד מחמת גזרת מושל, אי־אפשר לדון אותו כמורד ולהפסידו את שכרו, אלא מכיוון שזוהי ״מכת מדינה״, קרי: פקודה שאף מלמד סביר לא יעיז להפר, יש לדון אותו כמו מלמד שחלה, אף שהיה מקום לומר, שצריך לדון את המלמד כמורד, שהרי הוא מסוגל ללמד, אלא שאינו רוצה להסתכן. במובן זה, הביטוי ״מכת מדינה״ בהקשר הזה הוא ביטוי מושאל, שכוונתו להביע שכנגד גזרת המושל אין שום אדם סביר בעולם יכול לעמוד, ועל כן ההחלטה שלא ללמד אינה יכולה להיחשב כ״מרד״ וכהפרה רצונית של המלמד. לפי הסבר זה, כך יהיה הדין דווקא אם גזרת המושל לא הייתה גזרה כללית, אלא נגעה רק למורה המיוחד הזה (השווה לשון הרמ״א: ״מלמד שגזר המושל של ילמוד״, ולא אמר ״המלמדים שגזר המושל שלא ילמדו״, וכן השווה סמ״ע, שם); ואילו ב״מכת מדינה״, כלומר איסור על כל המלמדים, השוכר יהיה פטור. אולם עדיין קשה, שכן ייתכן שזאת הייתה כוונת המהר״ם מרוטנבורג, אך ברור שלא כך הבין אותו הרמ״א, שאם כן, הרמ״א לא היה מביא את הפסק הזה בהקשר של ״מכת מדינה״ הקלאסי.

פתרון אפשרי אחר, שיתיישב טוב יותר עם דברי הרמ״א הוא, לומר, כפי שכבר ראינו לעיל בדעת מהר״ם מרוטנבורג, שכל עוד המושכר קיים, והמשכיר מוכן למלא את חלקו בהסכם, אונס הפוגע ברקע לעסקה הוא עילה לפטור מתשלום דמי שכירות, כפוף לשני סייגים: הראשון, שהשוכר לא היה צריך לצפות את האונס יותר מן המשכיר; השני, והוא החשוב לענייננו, שלא נגרם למשכיר הפסד כתוצאה מן האונס (על פי זה, הסביר מהר״ם מרוטנבורג, מדוע במקור 3 — ספינה סתם ויין זה — השוכר חייב לשלם את מלוא דמי השכירות). כאשר המלמד מנוע מללמד בגזרת המושל, אין כאן פגיעה במושכר, אלא פגיעה ברקע לעסקה, ולכאורה השוכר היה צריך להיות פטור מלשלם לו דמי שכירות. אולם על פי הסייג השני שהזכרנו זה עתה, מובן שב״מכת מדינה״, השוכר לא יוכל עוד להסתמך על טענת אונס, שכן אונס זה גורם הפסד למלמד (המשכיר), שכן הוא מונע ממנו אפשרות להתפרנס, ובכגון זה, אין לומר שהסכים לשאת בסיכון. והשווה לעיל, הערה 304.

ואולם עדיין צריך עיון בכוונת הרמ״א (בדרכי משה, חו״מ, סימן שכא, ס״ק א), כשהוא מסביר שההבדל בין שדה שאכלה חגב (שם ״מכת מדינה״ פועלת לטובת השוכר) ובין מלמד שגזר המושל שלא ילמד (שם ״מכת מדינה״ פועלת לרעתו של השוכר) הוא, שבשדה שאכלה חגב, הקרקע ״עדיין עומדת בחזקת המשכיר, בזו אמרינן דגם הוא יפסיד, מה שאין כן בשאר משכיר״. והדברים סתומים.

לכל מה שכתבנו כאן, השווה: לבוש, עיר שושן, סימן שכא, סעיף א. ל״לבוש״ יש דרך מקורית להסביר את פסקו של מהר״ם מרוטנבורג. לדעתו, אין כל סתירה בין דין המלמד לדין חוכר שדה: ״כי הנער הוא כמו השדה הנחרש ונזרע, והמלמד הוא כמו החוכר החורש וזורע, והלימוד הוא הפירות״. על כן ב״מכת מדינה״, שאסרו למלמד (השוכר) ללמד, כל ההפסד על בעל הבית (המשכיר), אף שהמושכר (הילד) קיים, ולא נפגם אלא הלימוד (פרות השכירות); בדיוק כמו בדין שדה שאכלה חגב. אין צורך להרבות דברים על

אמנם במקור 3 (ספינה סתם ויין זה), הנתונים שהביאו לכריתת העסקה אינם קיימים עוד (טבע היין שעמד להובלה), ואף על פי כן השוכר חייב להמשיך ולשלם. אולם כפי שהסברנו לעיל[313], זהו מקרה מיוחד, משום שגם המשכיר ניזוק, כשאיבד את ספינתו, ועל כן אין להניח שבכגון זה הוא הסכים מכללא לוותר על דמי השכירות המגיעים לו. במקור 5 (ספינה זו ויין סתם), השוכר פטור מכל תשלום, כמו במקור 4 (חמור שמת), משום שהמשכיר אינו מקיים את חלקו בעסקה, והשוכר לא הפיק מן השכירות כל הנאה.

נמצא שבעניין משפטי ההכתרה, מאחר שהאונס לא היה בדירות השכורות, אלא ברקע לעסקה (בוטלה תהלוכת ההכתרה)[314], מהר"ם מרוטנבורג היה פוטר את השוכרים, "כי אדעתא דהכי לא שכרו". כלומר, לא שכרו על דעת כן.

ד. טבלת סיכום

להלן טבלת סיכום ובה דעתם של גדולי הראשונים ביחס לשבע הסוגיות התלמודיות העוסקות בסיכול השכירות, בין מחמת אבדן המושכר או פגיעה בו ובין מחמת פגיעה בתועלת השכירות (את דעת הרמב"ם אנו מפצלים לשלושה, בהתאם לשלוש הגישות העיקריות שמצאנו באחרונים בהבנת דבריו).

הדוחק שבפירוש מקורי זה. וראה: שו"ת רבינו חיים כהן (רפפורט), חו"מ, סימן יט, שהסתמך באחד מטיעוניו על דברי ה"לבוש".

[313] לעיל, בגוף הדיון, הערה 132.

[314] והאונס לא גרם להפסד למשכיר (ראה לעיל, בסמוך), וכן השוכר לא היה יכול לצפות לביטול התהלוכה יותר מהמשכיר, ראה לעיל, הערה 132. נדמה שגישה זו היא העומדת ביסוד שו"ת רבנו חיים כהן (רפפורט), חו"מ, סימן יט, כשהוא דן במי ששכר חנות כדי למכור בה משקאות חריפים מתוצרתו, ולאחר מכן תוקנה תקנה, ולפיה אין לשווק אלא משקאות מתוצרת ממשלתית. הפוסק דן בשאלה על פי הכללים החלים על דיני שכירות פועלים, כפי שעושה מהר"ם מרוטנבורג. והשווה לעיל, הערה 171.

[[[[כאן תבוא טבלה]]]]

סעיף 16

שימוש במושכר

שימוש במושכר

16. השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם; אולם אם שמוש זה לא הותנה כשמוש ייחודי, רשאי הוא להשתמש במושכר שמוש אחר, ובלבד שלא יהיה בו משום פגיעה במושכר או הכבדה על המשכיר יותר מאשר לפי המוסכם.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 361

פרק שני: מהות זכות השימוש 362

פרק שלישי: היקף זכות השימוש — "השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם" 365

א. הקדמה 365

ב. לא הוסכם על השימוש 366

ג. הוסכם על השימוש — "לא הותנה כשימוש ייחודי" 367

(1) "שימוש אחר... שלא יהיה בו משום פגיעה במושכר" 368

(2) "שימוש אחר... שלא יהיה בו... הכבדה על המשכיר" 370

ד. הוסכם על שימוש ייחודי — "שימוש ייחודי" 370

ה. שימוש מופחת 371

פרק רביעי: תוצאות שימוש אסור 372

א. שימוש החורג מן הסביר או המקובל 373

ב. שימוש סביר, אך שלא כמוסכם 375

ג. שימוש מופחת 385

פרק חמישי: שינויים פיזיים במושכר 388

פרק שישי: סיכום 388

מבוא

זכות השימוש במושכר היא בוודאי המרכיב היסודי ביותר בשכירות, שהרי כשאדם שוכר נכס, אין זה אלא מפני שהוא מעוניין להשתמש בו. יש לציין שזכות השימוש היא גם מרכיב מרכזי של זכות הבעלות בנכס, שהרי החוק[1] הגדיר את הבעלות כ"זכות להחזיק ולהשתמש... בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם". האם פירוש הדבר שזכות השימוש שביד השוכר מכוח הסכם השכירות, כמוה כזכות השימוש שבידי בעל הנכס מכוח בעלותו, לאמור שאין לזכות זו כל הגבלה זולת ההגבלות שנקבעו לפי הדין או לפי הסכם? השקפה כזו הייתה מתיישבת היטב עם הגדרת השכירות כזכות קניין: זכותו הקניינית של השוכר מוגבלת אמנם בזמן, אך מעבר לכך, השוכר הוא כבעלים.

מן הנאמר בסעיף 16 שלפנינו, עולה שאין זו השקפת המחוקק. הסעיף קובע, ש"השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם". הגדרת זכות השימוש של השוכר שונה אפוא לחלוטין מזו של הבעלים: בעוד שהבעלים זכאי לכל שימוש זולת זה שנאסר עליו על פי הסכם או על פי דין, הרי שהשוכר אינו זכאי להשתמש במושכר אלא בהתאם למה שהוסכם בינו לבין המשכיר. בבעלות, זכות השימוש קיימת מעצם הגדרת הבעלות (אם כי דין או הסכם עשויים להגביל את היקף הזכות); ואילו בשכירות, ההסכם הוא שמכונן את זכות השימוש, ועל כן אין הזכות קיימת אלא בגבולותיו[2].

הסעיף מבחין בין שני סוגי שימוש: שימוש שהותנה כשימוש ייחודי; שימוש שלא הותנה כשימוש ייחודי. בראשון, מאחר שהוסכם שהשוכר לא יעשה במושכר אלא שימוש מסוים בלבד, ולא אחר, הרי השוכר כפוף להסכם, ואין לו רשות לעשות במושכר שימוש אחר, אפילו שהתנגדות המשכיר לשימוש אחר היא שרירותית ובלתי סבירה[3]. בשני, אמנם הוסכם על שימוש מסוים, אולם מאחר שהמשכיר לא הדגיש שהוא אוסר כל שימוש אחר, מתפרשים הדברים כקנה מידה לשימוש מותר, וכל שימוש אחר שאינו חורג מקנה מידה זה, הרי הוא נכנס בגבולות השימוש המוסכם.

[1] ראה: חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 2; חוק המיטלטלין, התשל"א־1971, סעיף 2.

[2] ראה לרנר, סעיף 97, שהעיר על ניסוח חלקו השני של הסעיף: "אולם אם שימוש זה לא הותנה כשימוש ייחודי...". לדעתו, עדיף היה להשמיט את המילה "אולם", שממנה עלול להשתמע, שאם השימוש לא הותנה כשימוש ייחודי, החוק מתיר, בתנאים מסוימים, שימוש שלא על פי הסכם. פרשנות זו עלולה לגרום לקשיים בהחלת סעיפים אחדים בחוק על שוכר שעושה שימוש שונה מן השימוש המוסכם (כגון: סעיף 7, בדבר חובת התיקון; סעיף 11, בדבר איסור הפרעה), מפני שסעיפים אלה מדברים על השימוש המוסכם ולא על שימוש מכוח החוק.

[3] השווה: סעיף 22 לחוק, שם קובע המחוקק, שלעניין העברת השכירות במקרקעין, בית המשפט רשאי להתיר את ההעברה בניגוד למוסכם בין הצדדים בחוזה השכירות, אם התנגדות המשכיר אינה סבירה. וראה דיוננו שם. וראה לרנר, סעיף 99, שהעיר על הבדל זה בין שני הסעיפים, והסיק ממנו, שהמשכיר רשאי לדרוש תשלום בתמורה להסכמתו לשימוש שונה מן השימוש הייחודי המוסכם.

הסעיף אינו מתייחס למצב שלישי, שגם הוא אפשרי באופן תיאורטי (אם כי, למעשה, יש להניח שהוא יהיה נדיר), והוא כשהצדדים לא נתנו את דעתם לשאלת השימוש. בכגון זה, יחול סעיף 3 לחוק, ולפיו יסיקו את השימוש המוסכם מעסקאות קודמות שבין הצדדים או מהנוהג המקובל בעסקאות מסוג זה[4].

ברור הדבר, ואין צריך לאמרו, שגם בגבולות השימוש המוסכם, מוטלות על השוכר מגבלות שונות. מעמדו של השוכר כשומר, החובה להשתמש בזכות הנובעת מחוזה בדרך מקובלת ובתום לב וכן חובתו של השוכר להחזיר את המושכר בתום השכירות — כל אלה מחייבים את השוכר להקפיד על שימוש סביר ורגיל להשגת מטרת השכירות[5].

בדיון שלפנינו, נעסוק תחילה במהות זכות השימוש במושכר במשפט העברי, ונראה שמהות זו שונה בהתאם לתפישת השכירות כעסקה חוזית או כעסקה קניינית. לאחר מכן, נבחן את היקף זכות השימוש, בשלושת המצבים שהוזכרו לעיל: לא הוסכם דבר בקשר לשימוש; הוסכם על שימוש מסוים, אך לא כשימוש ייחודי; הוסכם על השימוש כשימוש ייחודי. בכל אלה, נראה, שגישת החוק עולה בקנה אחד עם גישת המשפט העברי. עוד נדון בתוצאות המשפטיות של שימוש אסור. לבסוף נדון בשאלת זכותו של השוכר לערוך שינויים במושכר, ונראה שבלא הסכמת המשכיר, אין לשוכר זכות כזו.

פרק שני

מהות זכות השימוש

הרמב"ם[6] מבחין בין שלושה סוגי זכויות שאדם עשוי לרכוש ברכושו של חברו: קניין לזמן קצוב; קניין הגוף לפרותיו; שכירות. ההבחנה בין השלושה מתבטאת בעיקר בשאלת היקף זכות השימוש. וזה לשון הרמב"ם[7]: "ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה? שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע, ולא יבנה, ולא יהרוס. אבל הקונה לזמן קצוב, הוא בונה והורס, ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם". לשון אחר, מעבר לזכות הפקת פרות, אין קניין הגוף לפרותיו מקנה כל זכויות בגוף הנכס, מה שאין כן הקונה לזמן, שבתקופת הקניין הוא בעלים, לא רק על הפרות המופקים מן הנכס אלא גם על גוף הנכס עצמו, לעשות בו כרצונו[8]. בהמשך[9], הרמב"ם דן בהבחנה שבין

[4] וראה: לרנר, סעיף 98.

[5] וראה: לרנר, סעיף 105.

[6] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג.

[7] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ו.

[8] יש שהבינו, שכוונת הרמב"ם היא שהקונה לזמן רשאי להרוס את הנכס שקנה לזמן, שכן בתקופת הקניין הוא כבעלים לכל דבר. ראה לדוגמה: קצות החושן, סימן שמו, ס"ק ה. אולם השווה: אבן האזל, הלכות שאלה ופקדון, פרק ב, הלכה יא, ד"ה אכן בהך, שהרמב"ם לא דיבר אלא במקרקעין, "משום דהארץ לעולם עומדת, ואף דיש בנינים על הקרקע, הם טפלים להקרקע, ולכן בונה והורס". אבל במיטלטלין, ברור שהקונה לזמן אינו רשאי להרוס את הנכס עצמו. ואף שבסוף דבריו, הוא מתלבט ומעלה אפשרות שלדעת הרמב"ם, הקונה לזמן אינו נושא באחריות אפילו לא כשומר חינם, מכאן אין עוד להוכיח שהוא רשאי להרוס את הנכס במכוון. והשווה גם: חידושי הרי"ם, בבא מציעא לה ע"ב, ד"ה אך להרמב"ם; טבעת החושן, סימן

קניין הגוף לפרות ובין שכירות: "ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה מחבירו? שהקונה שדה לפירותיה, יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה, או להובירה; והשוכר אינו כן, כמו שיתבאר בענין שכירות. ואין השוכר רשאי להשכיר. אבל הקונה, מקנה לאחרים כל מה שקנה". זכות השימוש שבידי השוכר מצומצמת אפוא מזו שבידי הקונה גוף לפרות.

כפי שאמרנו, ההבדל בין שלוש הזכויות האלה, שאדם רוכש בנכס חברו, הוא בהיקף זכות השימוש העומדת לרשותו:

זכות השימוש של הקונה נכס לזמן קצוב אינה מובגלת, והוא עושה, אפילו בגוף הנכס, כאוות נפשו. הוא יכול לשנות את צורתו, לבנות, להרוס — כמו הבעלים.

זכות השימוש של הקונה לפרות, מוגבלת לזכות הפקת פרות, ואין לו זכות לכל שימוש אחר בנכס. אולם, בעניין הפקת פרות, הוא ריבון: הוא רשאי לנצל את השימוש בנכס (כמות שהוא) עד תום, בלא להתחשב בנזק העקיף שעלול להיגרם לנכס. בהתאם לכך, הוא רשאי אפילו להעביר את זכותו לאחר[10].

זכות השימוש של השוכר מוגבלת עוד יותר. הלכות רבות מכתיבות לשוכר את אופן השימוש במושכר, כשהעיקרון המנחה בכולן הוא, שחובה עליו להיזהר לבל יגרום למושכר נזק גדול יותר מן הנחוץ על פי המקובל או על פי ההסכם בינו לבין המשכיר. לדוגמה: "החוכר שדה מחברו לזרעה שעורים, לא יזרענה חטים, מפני שהחטין מכחישות את הקרקע יתר מן השעורים. שכרה לזרעה חטים, יזרענה שעורים"[11]. דוגמה נוספת: "השוכר או המקבל שדה

שמו, ד"ה עיין קצות סק"ה. להלכה נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמו, סעיף יח, כדעת התוספות (בבא מציעא צו ע"ב, ד"ה בעל), שהקונה לזמן דינו על כל פנים כשומר חינם. וראה: קצות החושן, שם, שמצביע על סתירה בין הלכה זו להלכה שפסק השולחן ערוך, שם, סימן ריב, סעיף ד, שם הביא השולחן ערוך להלכה את דברי הרמב"ם, שראינו כאן. הרב זלמן נחמיה גולדברג (שמסכים בעיקרון עם הבנתו של "קצות החושן" בדברי הרמב"ם), העיר, שלדעתו, גם התוספות שם מסכימים שלוקח לזמן רשאי להרוס את הנכס, ולא דייקו בלשונם כשדיברו על לוקח פרה לשלושים יום. כוונתם הייתה לדבר על לוקח גוף הפרה לפרותיה. הוא מוכיח זאת מתוך כך שהתוספות הביאו ראיה ממעמדו של הבעל בנכסי מלוג של אשתו, והרי בנכסים אלה אין מעמדו כלוקח לזמן, אלא כקונה הגוף לפרותיו בלבד. והשווה: קצות החושן, סימן ריב, ס"ק ב. ועוד צריך עיון בכל הנושא הזה, ואין כאן מקומו.

9 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח.

10 בפרישה, חו"מ, סימן ריב, ס"ק ז, כתב להסביר דין זה: "קונה לפירות, עושה בה כבשלו: אם ירצה, יכול לזרוע בכל שנה, שהרי הרוצה להזיק בשלו, מי ימחה בידו?". יחד עם זאת, הוא מסתפק באשר להיקף זכותו של הקונה גוף לפרות (אם רשאי לדוגמה לנטוע אף שהשדה עומד לזריעה). ראה סמ"ע, חו"מ, סימן ריב, ס"ק יז. והשווה: מעשה רוקח, על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ו, ס"ק ה, שלדעתו, זכות השימוש של הקונה גוף לפרותיו, אינה מוגבלת (הוא רשאי לנטוע במקום לזרוע). נראה שבניגוד לדברי "מעשה רוקח", יש מקום לספקו של הסמ"ע: יש מקום לומר שהמקנה גוף לפרות אין דעתו אלא לשימוש מסוים (זריעה, אם מדובר במקום שנהוג לזרוע), ואילו שימוש אחר (כגון נטיעה), אינו מתכוון להקנות. והשווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, הערה כג, ד"ה ועדיין. ועוד צריך עיון.

11 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שכד, סעיף א. וראה להלן, ליד ציון הערה 31. וכעין זה בשכירות בהמה לרכיבה: "שכר את הבהמה לרכוב עליה איש, לא תרכב עליה אשה". רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף א. וראה להלן, הערה 31. ההבחנה בין אישה לאיש היא כנראה, שהאישה פחות מאומנת ברכיבה מן האיש, ועל כן רכיבתה מכבידה יותר על הבהמה מזו של האיש. וראה עוד: תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 254, שורות 51-52, ששיער

מחבירו — מקום שנהגו לקצור, יקצור, ואינו רשאי לעקור; לעקור, יעקור, ואינו רשאי לקצור... ומקום שנהגו לחרוש אחריו, יחרוש"[12].

למהותה של זכות שימוש מוגבלת זו של השוכר, מצאנו שתי תפישות, המחזירות אותנו אל המחלוקת הבסיסית בעניין מהות השכירות: אם היא זכות קניינית או זכות אישית בלבד[13]:

לדעת "נתיבות המשפט"[14], אם השוכר חייב להימנע מפעולות שונות במושכר, הגורמות, או עלולות לגרום, נזק למשכיר, אף שכשלעצמן אין בפעולות אלה משום מעשה נזיקין, הרי זה משום שלשוכר אין זכות קניינית במושכר. לעומת זאת, הקונה גוף לפרותיו, אין מטילים עליו מגבלות כאלה, משום שיש לו זכות קניינית בנכס שבידו. ובלשונו: "דבשלו, יכול כל אדם לעשות מה שירצה, אף שעל ידי [זה], גורם היזק לחבירו, כל שאינו מזיק ממש בגירי דיליה [כלומר, באופן ישיר], כמבואר בהלכות נזקי שכנים. אבל בשוכר, אין השוכר רשאי... דבשל חבירו, לאו כל כמיניה [=אין לו רשות] להזיק, דבשכירות לא קניא". מדברי "נתיבות המשפט" עולה בבירור שיש הבדל מהותי בין קניין גוף לפרות, שהיא זכות קניינית, ובין שכירות, שאינה אלא זכות אישית. מאחר שלשוכר אין זכות קניינית במושכר, אלא רק זכות אישית, חלים עליו כללי הנזיקין החלים על מי שמתארח בביתו של חברו. לאדם כזה, בניגוד למי שפועל בתוך רשותו, אסור לעשות כל דבר הגורם להפרעה לבעל הבית־מארחו. זו הסיבה, שזכות השימוש של השוכר, אינה אלא זכות מוגבלת.

מול תפישה זו, יש להעמיד את דברי "קהלות יעקב"[15]: "ויש לפרש, דהא דחלוק שכירות

שמחמת פחדה, האישה מכבידה על החמור. וראה גם: ש"י פרידמן, תלמוד ערוך, פרק השוכר את האומנין, חלק הפירושים, ירושלים תשנ"א, הסוגיא השביעית, עמ' 192.

[12] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ו. שולחן ערוך, חו"מ, סימן שכ, סעיף ד. וראה להלן, הערה 49.

[13] ראה דיוננו על סעיף 1.

[14] נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ג. הובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 35. וראה גם להלן, בדיוננו על סעיף 22, הערה 105. וראה: חסדי דוד, המובא להלן, הערה 15.

[15] קהלות יעקב (קנייבסקי), שביעית, בני־ברק תשמ"ח, סימן א, ס"ק א. וראה דיוננו על סעיף 1, הערה 98. והשווה: חסדי דוד, בפירושו לתוספתא, בבא מציעא ח, ל, ד"ה השוכר בית מחבירו וכו' לא ראיתיה במקום אחר ומ"מ יסודתה בהררי קודש. "חסדי דוד" מעלה שם השערה, שמי שרואה בשכירות זכות קניינית ("שכירות ליומיה — ממכר הוא"), אינו מטיל הגבלות על אופן השימוש. כך הוא רוצה להסביר את העובדה, שהפוסקים שפסקו "שכירות ליומיה — ממכר הוא" לכל עניין (ולא רק לעניין איסור הונאה. ראה דיוננו על סעיף 1, פרק שני, עמ' 7), השמיטו את הדינים שבתוספתא, המגבילים בהגבלות שונות את זכויות השימוש של השוכר. כך לדוגמה נקבע שם: "השוכר בית מחברו, מעמיד בו רחיים של חמור, אבל לא רחיים של יד, ולא מרתף, מפני שמכחישין את הכתלים; ולא יגדל בו את התרנגולים, מפני שהן מחטטין את הכתלים; ולא יעשה בתוכו מכתשת קבועה, מפני שמזיע את הכתלים; ולא יעשה רפת בקר ולא אוצר של תבואה". וזה לשון "חסדי דוד": "ומכל מקום תמהני מאד למה לא הזכירו תוספתא זו הפוסקים ז"ל? ואולי דסברי רבנן [כלומר, הפוסקים], דהואיל וקיימא לן, ד'שכירות ליומיה — ממכר', יכול לעשות השוכר כל מה שירצה, רק שאם הזיק, ודאי דישלם מה שהזיק, דלא עדיף מעושה ברשותו". מכאן, שלדעתו, העובדה שהתוספתא מגבילה את זכות השימוש של השוכר, מלמדת שהיא, בניגוד למה שהתקבל על דעת הפוסקים, אינה רואה בשכירות זכות קניינית אלא זכות אישית (כעין מה שראינו לעיל, בשיטת "נתיבות המשפט"). לאור המקורות שהבאנו כאן ולאור הסברו של הרב קנייבסקי, קשה לקבל השערה זו של "חסדי דוד". ואכן השווה: מצפה שמואל, על התוספתא, שם (הלכה יג במהדורת וילנא), אות ע: "ובפוסקים השמיטו זה, ואולי הכל לפי המנהג". כלומר, לדעתו סיבת ההשמטה אינה נעוצה בכך שהפוסקים חלוקים על התוספתא בעניין הגדרת מהותה של השכירות (כהשערת "חסדי דוד"). לדעתו, שאלות אלה של אופן השימוש תלויות במנהג, ועל כן הפוסקים לא ראו לנכון לקבוע להלכה את אמות המידה לשימוש סביר שהיו נהוגות ומקובלות בזמן

מקונה קנין פירות בעניינים אלו אינו משום שהם חלוקים בעיקר קניינם, שזה מכירה ושכירות לאו מכירה לפירות הוא. אלא משום שלשון שכירות משמע על אופנים אלו, והוי כהתנה שעל אופן זה השכיר. מה שאין כן לשון מכירה לפירות, משמע שבמה שנוגע לפירות הוא כבעלים גמור לעשות כרצונו. אבל מכל מקום, גם שכירות, מכירה היא לפירות". לשון אחר, השכירות היא סוג של קניין הגוף לפרות. כינוי העסקה על ידי הצדדים כשכירות ולא כקניין פרות, אף שבמהותה גם שכירות היא קניין הגוף לפרות, מקפל בתוכו הסכמה מכללא בדבר מגבלות שונות, שנוטל על עצמו השוכר בקשר לדרך השימוש במושכר. לפי זה, אף שיש לשוכר זכות קניינית לשימוש במושכר, זכות זו מוגבלת מכוח הסכמה מכללא בין הצדדים[16].

להלן[17] נראה שלהבדלי תפישה אלה, עשויות להיות השלכות מעשיות לעניין היקף זכות השימוש.

פרק שלישי

היקף זכות השימוש – "השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם"

א. הקדמה

תהיה אשר תהיה המהות המשפטית של זכות השימוש, דבר אחד ברור: זכות השימוש קשורה בהסכמת הצדדים, המפורשת או המשתמעת. בעניין זה עולות בעיות שונות הקשורות לפרשנותה של אותה הסכמה. כך למשל, יש מקום לשאול, האם רשאי השוכר, אף שהוסכם על שימוש מסוים, לעשות במושכר שימוש אחר, כשאותו שימוש אינו מכביד על המושכר יותר מן השימוש המוסכם? ומה הדין כאשר הוסכם על שימוש ייחודי? עוד יש לשאול, האם השימוש במושכר הוא רק זכות, או שמא יש בו גם חובה?[18] ומהן זכויות השימוש של השוכר, כאשר לא הוסכם כלל על אופן השימוש?

לפני שניגש לענות על השאלות השונות שהעלינו כאן, יש להדגיש, שבכל מקרה, חובה על השוכר לעשות שימוש במושכר בדרך מקובלת וכדרך משתמש סביר. לדוגמה, אם הוא שוכר מכונית, אסור לו לנסוע בה בלא הפסקה. את הקביעה הזאת, אפשר לבסס לפחות על שני שיקולים (שאינם שנויים במחלוקת בין "נתיבות המשפט" ל"קהלות יעקב"): השיקול האחד הוא, ששימוש מעבר לסביר יש בו הפרת חובת השמירה המוטלת על השוכר, ודי בכך

חיבור התוספתא. וראה להלן, ליד ציון הערה 22, שהרמב"ם לדוגמה קבע כעיקרון כללי, שלעניין אופן השימוש, "הכל לפי המנהג".

[16] והשווה: דברי הפרישה, חו"מ, סימן ריב, ס"ק ז: "ואף על גב שקיימא לן, 'שכירות ליומא — ממכר הוא', מכל מקום להאי דינא [כלומר, לעניין היקף זכות השימוש] לאו ממכר הוא". מדבריו נראה, שגישתו קרובה יותר לגישת "קהלות יעקב" מאשר לגישת "נתיבות המשפט". ההבחנה בינו לבין "קהלות יעקב" היא, שהוא אינו מדבר במושגים של הסכם מכללא המצמצם את זכויות השוכר, אלא במושגים של צמצום היקף זכותו הקניינית. אולם נראה שהבדל זה אינו מהותי, אלא טכני־סמנטי בלבד.

[17] ראה להלן, ליד ציון הערה 37, ואילך. אולם שם אנו מסתפקים בכך, ומעלים שאולי ההבדל בין הגישות האלה אינו אלא הבדל אקדמי בלבד, שאין לו נפקא מינה למעשה.

[18] השאלה היא כמובן, כאשר אי־שימוש גורם נזק למושכר או למשכיר.

כדי לאסור אותו[19]; השיקול השני הוא, ששימוש מעבר לסביר, דינו כגזל[20], שכן ודאי אינו כלול בזכויות השוכר, וגם בכך די כדי לאסור אותו.

נוסיף עוד, שהמקורות הדנים בהיקף זכות השימוש משקפים את המציאות הכלכלית־חברתית של תקופת המשנה והתלמוד (מציאות שבאופן מהותי לא השתנתה עד המהפכה התעשייתית בעידן המודרני). לכן רוב הסוגיות שנפנה אליהן עוסקות בשכירות חמור למשא או לרכיבה, פרה לחרישה או לדישה, שדה לעיבוד, וכן הלאה. בדברינו להלן, נשתדל לדלות את העקרונות המשפטיים העולים מתוך המקורות האלה, אף שרוב ההלכות המדגימות את אותם עקרונות אינן רלוונטיות עוד במציאות של ימינו.

ב. לא הוסכם על השימוש

באין הסכמה בין הצדדים, השוכר רשאי לעשות כל שימוש שאינו חורג מגדר הסביר. כך עולה לדוגמה מדברי הריטב"א[21] בשם רבו [הרא"ה] בעניין שכירות חמור: "אומר מרי... אם שכרה סתם ללכת למקום פלוני, יכול לילך בה בין בהר בין בבקעה, בין בארוכה בין בקצרה, ועל בעל הבהמה להתנות [אם הוא רוצה להגביל זאת]". עם זאת, השימוש שהשוכר רשאי לעשות במושכר כפוף למנהג. כך מדגיש הרמב"ם[22] בעניין שכירות בהמה: "שכר סתם [כלומר, בלא לקבוע את אופן השימוש], אינו נושא אלא במשקל הידוע במדינה לאותה בהמה". וכן בהמשך הוא כותב[23]: "וכל אלו הדברים [המגדירים, בין שאר הדברים שנמנו שם, מהו שימוש סביר בחמור שהושכר להובלה], בשוכר סתם, במקום שאין מנהג ידוע. אבל במקום שיש מנהג, הכל לפי המנהג".

[19] ראה לדוגמה: תוספתא, בבא מציעא ח, ל: "השוכר בית מחבירו, מעמיד בו רחים של חמור, אבל לא רחים של יד. לא ירתף על גביו יין, מפני שטועין את הכתלים. ולא יגדל בו תרנגלין, מפני שמחטחטין את הכותלים. ולא יעשה בתוכו מכתשת קבועה, מפני שמזיע את הכתלים. ולא יעשנו רפת בקר ולא אוצר של תבואה". אמנם כלל ידוע הוא שאפילו השואל פטור מאחריות, כשהנכס ניזוק תוך כדי שימוש — "מתה מחמת מלאכה". אולם הכוונה היא תוך כדי שימוש סביר ומקובל, ולא תוך כדי שימוש מופרז ובלתי סביר. וראה לעיל, הערה 15. וראה גם: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, סעיף י, והמקורות שהפנה אליהם, בהערה כא, שם.
בהקשר זה, ראוי להפנות גם לדברי הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק ה, הלכה ט: "וכן המשכיר ביתו לבעל בית אחד, ואחר כך הביא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בבית, הרי המשכיר מעכב עליו". בעניין זה ראה דיוננו, להלן, סעיף 22, הערות 73־78. עם זאת, ראה: מגיד משנה, שם, ד"ה וכן השוכר, המוסיף: "ומכל מקום נראה דברוצה לסמוך על שולחנו אדם אחד, שהרשות בידו ואין משכיר יכול לעכב עליו, דסתם שוכר בית — לו ולנטפלין עמו הוא שוכר. זה נראה לי". "מגיד משנה" מדגיש, שלזה מסכים גם הראב"ד (וההשגה של הראב"ד על הרמב"ם, שם, אינה על חלק זה של הלכת הרמב"ם, ראה שם). על המושג "נטפלין עמו", ראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן קנד, סעיף א. וראה: ערך ש"י, חו"מ, סימן קנד, סעיף ב.

[20] ראה: קצות החושן, סימן שט, ס"ק א. מובא להלן, ליד ציון הערה 61. וראה גם, ליד ציון הערה 56.

[21] חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתנ' השוכר את החמור. וראה גם: שם, פ ע"א, ד"ה מתניתין. וראה: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק א, סימן ק, שהמשכיר חנות סתם, כלומר, בלא לציין איזו סחורה יכניס השוכר לחנות, אינו יכול למנוע ממנו להכניס שם קמח. זאת על אף שהקמח גורם לריבוי עכברים בחנות.

[22] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו. מובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף ו.

[23] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ח. מובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף ג. וראה לעיל, הערה 15.

ג. הוסכם על השימוש — "לא הותנה כשימוש ייחודי"

ההסכמה על השימוש יכולה להתייחס להיבטים שונים של השימוש, אשר משפיעים כולם על האופן, שבו רשאי השוכר להשתמש במושכר. לדוגמה: הצדדים עשויים להגדיר את מטרת השכירות (דירה למגורים, לאחסון או למשרדים; מכונית למשא סחורה או לנסיעה; שדה לזריעת חיטים); הם עשויים להסכים על מקום השימוש (מכונית לנסיעה באזור הרי או במישור); ייתכן שיתנו את דעתם לזהות המשתמש (ילד או מבוגר; איש או אישה); אפשר גם שיסכימו על דרך ואופן השימוש המוסכם (מכונית להובלה, כשהוגדר משקל מסוים או סוג המטען).

השאלה שנשאלת היא, האם יש לפרש את ההסכם באופן דווקני, ולא להתיר לשוכר כל חריגה מהשימוש המוסכם? או שמא יש מקום לחריגה מסוימת, בייחוד כשאין בחריגה משום הכבדה יתרה על המושכר?

במבוא כבר ראינו, שגישת החוק היא, שאף שהוסכם על שימוש מסוים, מאחר שהמשכיר לא הדגיש שהוא אוסר כל שימוש אחר, מתפרש השימוש המוסכם, לא באופן דווקני, אלא כקביעת קנה מידה לשימוש מותר. כל שימוש אחר, שאינו חורג מקנה מידה זה, הרי הוא נכנס בגבולות השימוש המוסכם. חשוב להדגיש, שעל פי החוק, קנה מידה זה נבחן לא רק ביחס להשלכות שעשויות להיות לשימוש על המושכר, אלא גם ביחס להשלכות שעשויות להיות לו על המשכיר: "רשאי הוא להשתמש שימוש אחר, ובלבד שלא יהיה בו משום פגיעה במושכר או הכבדה על המשכיר".

להלן, נבחן את שני ההיבטים האמורים, וניווכח שאם השימוש האחר עלול לגרום לפגיעה במושכר, עמדת המשפט העברי היא, ללא ספק, כעמדת החוק, ששימוש זה אסור. לעומת זאת, אם השימוש האחר אינו עלול לפגוע במושכר, אלא רק במשכיר, ייתכן שהשאלה שנויה במחלוקת.

אך לפני כן, נעיר שמדברי חלק מן הפוסקים[24] עולה, שיש משמעות לשאלה מי הזכיר, במהלך המשא ומתן לקראת כריתת ההסכם, את השימוש שייעשה במושכר. לדעתם, אם המשכיר הוא שקבע לאיזה שימוש הוא משכיר את המושכר, אין ספק שהוא מקפיד על השימוש האמור דווקא. לעומת זאת, אם השוכר הוא שאמר בשעת המשא ומתן שהוא מבקש את המושכר למטרה פלונית או לשימוש במקום פלוני, וכדומה, אין זה מוכח שהמשכיר מקפיד בדווקא על שימוש זה (ובלבד שהשימוש יישאר בגדר הסביר). עם זאת, לכתחילה על השוכר לעמוד בדיבורו ולהשתמש במושכר בהתאם למה שאמר[25]. כמו כן, בדיעבד, אם הוא חורג

[24] ראה: ב"י, בשם תלמידי הרשב"א, סוף סימן שח (הוא מוסיף, שאפשר שזו גם דעת הרא"ש והרמב"ם. וראה להלן, ליד ציון הערה 84); סמ"ע, חו"מ, סימן שח, ס"ק יא, וסימן שט, ס"ק ו (הוא אינו מזכיר את תלמידי הרשב"א); ש"ך, חו"מ, סימן שח, ס"ק א. מדברי הש"ך עולה, שלפי הרמ"א, הבחנה זו אינה מקובלת על דעת הרא"ש (ולא על דעת הרמב"ם, המצוין בדברי הרמ"א כמקור ל"יש חולקים"). כך העיר גם נתיבות המשפט, חידושים, שם, ס"ק א. על פי גישה זו, כל חריגה מהמוסכם אסורה, וגוררת אחריות. נציין שגם הרמב"ן אינו מכיר לכאורה בהבחנה בין משכיר שהתנה לשוכר שהתנה. לפי הרמב"ן, גם אם המשכיר הוא שהתנה, ברור שהשוכר אינו חייב, אלא אם כן מוכח שהנזק אירע כתוצאה מן ההפרה (ראה להלן, ליד ציון הערה 72). אמנם אין לדעת בוודאות מה היה סובר הרמב"ן באותו מקרה, אם השוכר הוא שהתנה, משום שאין הוא מדבר על מקרה כזה. אולם, מסתבר לומר, שאילו סבר הרמב"ן, שבכגון זה, השוכר פטור, לא היה עובר על כך בשתיקה.

[25] ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, הערה כב. "פתחי חושן" אומר, שנראה לו שכך ההלכה, אך הוא

מאותו שימוש, הוא חייב לשלם תוספת דמי שכירות בהתאם לתוספת ההנאה שנטל לעצמו[26]. כאמור, הבחנה זו אינה מקובלת על כל הפוסקים[27].

(1) "שימוש אחר... שלא יהיה בו משום פגיעה במושכר"

א. העיקרון שעולה כבר ממקורות תנאיים הוא, שאין מניעה לשנות מן השימוש המוסכם, ובלבד שהשימוש האחר אינו מגביר את הסיכון לפגיעה במושכר לעומת המוסכם. לעומת זאת, השוכר אינו רשאי לשנות מן השימוש המוסכם, אם הוא מגביר בכך את הסיכון לפגיעה במושכר.

כך עולה לדוגמה, מן המשניות הבאות: "השוכר את הפרה לחרוש בהר, וחרש בבקעה, אם נשבר הקנקן [כלי המחרשה שהושכר יחד עם הפרה], פטור [משום שאדמת הבקעה קלה יותר לחרישה מאדמת ההר]. בבקעה וחרש בהר, אם נשבר הקנקן, חייב. לדוש בקטנית, ודש בתבואה, פטור. בתבואה, ודש בקטנית, חייב, מפני שהקטנית מחלקת"[28]; "השוכר את החמור... להביא לתך [=מידת היבש] חטין, והביא לתך שעורים, פטור. ואם הוסיף על משאו, חייב"[29]. בהתאם לכך נפסק[30], שהשוכר את החמור להוליכו בדרך אחת, אינו נושא באחריות כלשהי, אם שינה מן המוסכם, והוליך את החמור בדרך אחרת הדומה לה.

יבוא הטוען ויטען, שמקורות אלה דנים בהשלכות בדיעבד של השינוי מן השימוש המוסכם, ואין מהם הוכחה ששינוי כזה מותר לכתחילה. כנגד טענה זו, נוכל להביא את המשנה הבאה: "המקבל שדה מחברו לזרעה שעורים, לא יזרענה חטים. חטים, יזרענה שעורים"[31]. ממשנה זו עולה בבירור, שהשוכר רשאי לכתחילה לשנות מן השימוש המוסכם,

אינו מביא ראיה לדבריו. אמנם כך עולה מדברי הרמ"א, חו"מ, סימן שח, סעיף א, לפי הבנת הש"ך, סימן שח, ס"ק א. הרמ"א פוסק שם, בשם "יש אומרים", שהלכת "השוכר חמור לרכוב עליה איש, לא ירכיב עליה אשה", לא נאמרה אלא לכתחילה. לדעת הש"ך, דברי הרמ"א אמורים בשוכר שהתנה (ראה שם, מה שהביא אותו לומר כך). מכאן שאפילו שהשוכר הוא שהזכיר את השימוש שייעשה במושכר, ולא המשכיר, לכתחילה עליו לעמוד בדיבורו. הרב א' מילר העיר לי, שלפי פירושם של הט"ז (שם, סעיף א) והגר"א (שם, ס"ק ב) בדברי הרמ"א (שבניגוד לש"ך, לא העמידו את דבריו בסעיף א, בשוכר שהתנה דווקא), אין להביא הוכחה לדין הזה מדברי הרמ"א.

[26] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שח, ס"ק יא. הסמ"ע מדגיש, שההבחנה בין שוכר שהתנה למשכיר שהתנה אינה אלא לעניין אחריות שמירה ולא לעניין דמי השכירות. כלומר, שוכר שציין לאיזו מטרה הוא מבקש את המושכר, וחרג ממטרה זו, אינו חייב לפצות את המשכיר, אם ניזוק המושכר במהלך השימוש (כל עוד השימוש שעשה אינו חורג מן הסביר). אולם הוא חייב בתוספת דמי שכירות, שכן ההנחה היא שהמשכיר אינו מתנגד לשימוש מוגבר, ובלבד שהשוכר ישלם בהתאם. וראה להלן, פרק רביעי, עמ' 372.

[27] ראה לעיל, הערה 24.

[28] משנה, בבא מציעא ו, ד; פ ע"א. נפסק להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, סעיפים ד־ה.

[29] משנה, בבא מציעא ו, ה; פ ע"א. והשווה: תוספתא, בבא מציעא ז, י (וראה תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 253־254). וראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיפים ד־ה.

[30] ראה: תוספות רבנו פרץ, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה כגון שהכישה נחש; תוספות, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה רבי יוסי (בשם ר"י); חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הא; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן יח; חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה כגון שהכישה נחש; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שד; רמ"א, חו"מ, סימן שט, סעיף ב; נתיבות המשפט, סימן רצב, ס"ק ז, וסימן שמא, ס"ק יג. והשווה: תוספות הרא"ש, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה כגון.

[31] משנה, בבא מציעא ט, ח; קו ע"ב. משנה זו נפסקה להלכה, ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ט; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שכד, סעיף א. הובא לעיל, ליד ציון הערה 11. וראה גם: תוספתא, בבא מציעא

ובלבד שהוא אינו מגביר בכך את הסיכון למושכר. בהתאם לכך נפסק[32], שמי ששכר קרדום לעדור בו פרדס מסוים, רשאי לעדור בו פרדס אחר כמוהו.

ב. עניין מיוחד יש בהלכה הבאה שאנו מביאים מתוך לשונו של הרמב"ם[33]: "השוכר את החמור להוליכה בהר, והוליכה בבקעה, אם הוחלקה [וניזוקה], פטור, אף על פי שעבר על דעת הבעלים. ואם הוחמה [ניזוקה מהתחממות יתרה], חייב. שכרה להוליכה בבקעה, והוליכה בהר, אם הוחלקה, חייב, שהתקלות בהר יותר מן הבקעה. ואם הוחמה, פטור, שהחמימות בבקעה יתר מן ההר, מפני הרוח שמנשבת בראשי ההרים". הרמב"ם דן בשהושכר חמור למשא או לרכיבה, ומקום השימוש הוסכם בין הצדדים, הר או בקעה. ההנחה היא: שבהר הסיכון שהחמור יחליק רב יותר מאשר בבקעה, שהיא שטח מישורי; ואילו בבקעה, הסיכון להתחממות החמור רב יותר מאשר בהר, שם מנשבת רוח נעימה. השוכר שינה מן השימוש המוסכם, כשהוליך את החמור ששכר בבקעה במקום להוליך אותו בהר, או להפך, והחמור מת (אם כתוצאה מהחלקה ואם כתוצאה מהתחממות). הפסק של הרמב"ם מעניין וחשוב מכמה בחינות, שעוד נדון בהן בהמשך. לענייננו כאן, חשוב לציין, שמתוך הלשון "אף על פי שעבר על דעת הבעלים", משתמע, שלכתחילה אסור לשוכר לשנות מן השימוש המוסכם[34], וזאת אף שלענייניים מסוימים שינוי זה הוא לטובת המושכר. לדוגמה, אם הושכר החמור להוליכו בהר, והשוכר הוליך אותו בבקעה, הרי שבכך צמצם השוכר את הסיכון להחלקת החמור, ואף על פי כן הדבר אסור לכתחילה, משום שבכך הוא הגביר את הסיכון להתחממות החמור לעומת המוסכם. למדנו אפוא שהסיכונים האלה אינם מתקזזים.

ג. בכל הדוגמאות שהבאנו, השימוש השונה אינו שימוש בלתי סביר כשלעצמו, שהרי אנשים אחרים עושים שימוש כזה. אולם אחר שהוסכם על שימוש מסוים, השוכר חייב להימנע משימוש שונה, שעלול להגביר את הסיכון לגרימת נזק למושכר[35]. נמצא שהשוכר רכב להוביל סחורה במשקל מסוים, אסור לו להוסיף על המשקל המוסכם, וזאת אפילו שרכב כזה מסוגל בדרך כלל לשאת משקל כבד יותר. הסכמת הצדדים מחייבת, והשוכר אינו יכול לטעון ששימוש כזה הוא סביר. אמנם אם הוסיף השוכר פחות מאחד משלושים מהמשקל המוסכם, הוא אינו נושא באחריות, אם אירע נזק למושכר (כפי שנראה להלן). אולם לכתחילה השוכר

ז, י: "השוכר את החמור לרכוב עליה איש, לא תרכב עליה אשה; אשה, רוכב עליו איש". תוספתא זו מובאת בבבא מציעא עט ע"ב, ונפסקה להלכה, ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף א. הובא לעיל, הערה 11.

[32] ראה: נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק יג.
לאור המקורות שהבאנו עד כה, יש לתמוה על פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, סעיף יא, שכותב, בצורה גורפת: "השוכר חפץ לעשות בו מלאכה מסוימת, אינו רשאי לשנות ולעשות בו מלאכה אחרת". והשווה, דעת הרמ"ה, המובאת בטור, חו"מ, סימן שח, סעיף ג.

[33] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה א. מובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, סעיפים א־ב. מקורה של ההלכה במשנה, בבא מציעא ו, ג; עח ע"א. להצעת המשנה וסוגיית הגמרא שעליה, ראה להלן, הערה 83.

[34] זאת אף שלא תמיד הפרה זו של ההסכם מביאה גם לאחריות בנזיקין. ראה על כך בהרחבה, בדיוננו להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 375 (וראה להלן, הערה 60). לשאלה, אם דין זה אמור דווקא כאשר המשכיר הוא שציין את מטרת השכירות, או שמא הוא הדין גם כאשר המטרה צוינה על ידי השוכר, ראה לעיל, הערה 25, שהדעות חלוקות.

[35] ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הא; שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ב. וראה גם: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו. וראה גם: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק א, סימן ק (הוזכר לעיל, הערה 21).

צריך להימנע אפילו מתוספת מזערית כזו. ואם הוסיף, הוא חייב לשלם תוספת מחיר על דמי השכירות המוסכמים[36].

(2) "שימוש אחר... שלא יהיה בו... הכבדה על המשכיר"

מה יהיה הדין אם השימוש האחר שרוצה השוכר לעשות במושכר, אינו פוגע כלל במושכר, אבל הוא פוגע במשכיר. נמחיש את השאלה בדוגמה הבאה: אדם שכר חנות. בחוזה השכירות נקבע, שמטרת השכירות היא ניהול חנות פרחים. למשכיר יש בקרבת מקום חנות לפרות וירקות. לאחר זמן, עקב המצב בשוק, השוכר מחליט לעבור גם הוא למכירת פרות וירקות. שינוי זה אינו מזיק למושכר, אולם הוא מהווה איום ותחרות על חנותו של המשכיר. כפי שכבר ראינו, על פי החוק, שינוי כזה אסור, שכן הוא גורם ל"הכבדה על המשכיר יותר מאשר לפי המוסכם".

לפי גישת "נתיבות המשפט" שראינו לעיל[37], ברור שהשוכר אינו רשאי להתחרות במשכיר. "נתיבות המשפט" הסביר, שמאחר שהשוכר אינו נמצא בתוך שלו, הוא חייב להימנע מכל דבר שעלול להזיק ולהפריע למשכיר. לעומת זאת, לפי גישת "קהלות יעקב"[38], היה מקום לומר, שמאחר שלשוכר יש זכויות קנייניות במושכר, חלים עליו כללי הנזיקין הרגילים, המסדירים את היחסים בין שכנים. אם על פי כללים אלה, רשאי אדם להתחרות בחברו, אין השוכר שונה מכל אדם אחר בעניין זה. ברם, אולי צריך לדחות טענה זו ולומר, בהתאם לגישתו של "קהלות יעקב" עצמו, שכשם שכינוי העסקה בשם שכירות טומן בחובו הסכמה מכללא שלא לגרום נזק כלשהו למושכר, כך טמון בו גם הסכמה מכללא שלא לגרום הכבדה על המשכיר.

ד. הוסכם על שימוש ייחודי — "שימוש ייחודי"

לדעת המאירי[39], "כל שהמשכיר התנה שלא לילך בדרך פלוני, והלך, נתחייב באונסיה". כלומר, אם הותנה על שימוש ייחודי, אין השוכר רשאי בשום מקרה לעבור לשימוש אחר. ואם הוא עושה זאת, הרי זה על אחריותו[40]. וכך כתב גם תלמיד הרשב"א[41].

[36] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף ה; ערוך השולחן, שם, סעיף ה. וראה להלן, הערה 60, וליד ציון הערה 66.

[37] ראה לעיל, ליד ציון הערה 14. שם ראינו שלפי "נתיבות המשפט", מאחר שהשוכר נמצא בתוך רשותו של אחר, הוא חייב להימנע מכל דבר שפוגע בבעל הבית (המשכיר), ולאו דווקא מדבר שפוגע במושכר. כך לדוגמה, אסור לו להכניס דייר משנה שאינו מקובל על דעתו של המשכיר, אף על פי שאותו דייר לא יגרום שום נזק למושכר. באותה מידה נראה, שבדוגמה שלפנינו, השוכר אינו רשאי להתחרות במשכיר.

[38] ראה לעיל, ליד ציון הערה 15.

[39] בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מאחר שביארנו. והשווה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הא (בסופו), שמדבריו משתמע שאפילו שהתנה המשכיר את השימוש כשימוש ייחודי, אם השוכר עשה שימוש אחר זהה, הוא אינו נושא באחריות למושכר. אולם אין להסיק מכאן, שלדעת הרמב"ן, השוכר רשאי לכתחילה להפר את תנאי ההסכם ולעשות שימוש שונה מן השימוש הייחודי המוסכם. וראה להלן, הערה 76.

[40] יש לציין שהוא יישא באחריות במידה שייתכן שהיה קשר סיבתי בין ההפרה ובין הנזק. כלומר, שעל השוכר נטל ההוכחה שלא היה קשר כזה. ראה להלן, הערה 76, בשם "בית הבחירה".

[41] תלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתה; פ ע"א, ד"ה השוכר את החמור. אמנם הוא מוסיף: "ומכל מקום, נראין הדברים, לענין לרכוב עליה איש, שאף על פי שאמר לו בפירוש, לא ירכב עליו אלא איש, אינו חייב בכך, אף על פי שרכבה עליו אשה". אולם ראה להלן, הערה 76, הסבר לדבריו.

ונראה שאפילו אין כל סיבה סבירה מצד המשכיר לאסור שימוש אחר, מאחר שהשוכר קיבל את המושכר על דעת כן, אין לראות בסירובו של המשכיר להתיר שימוש אחר משום "מידת סדום", כלומר משום שימוש לרעה בזכות[42]. אדם זכאי לקבוע באילו תנאים הוא מרשה את השימוש בנכסיו. ואף שהחלטה זו נראית שרירותית ובלתי סבירה, אין בה משום "מידת סדום" (שכן אדם רשאי גם לשלול מאחרים כל שימוש בנכסיו, ואין רואים בזה משום "מידת סדום"[43]).

ה. שימוש מופחת

א. השוכר זכאי להשתמש במושכר, אך האם הוא גם חייב להשתמש בו? בפס"ד בר טוב נ' זבנוביץ[44], הובעה הדעה (באמרת אגב) שנטישת דירה והפיכתה למחסן, דבר שגורם להזנחת הדירה ולירידת ערכה, היא הפרה של חוזה השכירות. לעומת זאת, בפס"ד שלמה כרמל נ' פרפורי[45], קבעה השופטת בן־פורת: "עזיבת המקום [המושכר]... היתה כשלעצמה מעשה מותר, שכן אין השוכר חייב להשתמש בו" (ההדגשות במקור). ומכאן מסיק לרנר[46], שאם יטען המשכיר, שאי־שימוש במושכר גורם לירידת ערכו, תידחה טענתו. יחד עם זאת, לדעת לרנר, יש נסיבות שבהן ברור שהשוכר התחייב מכללא לעשות שימוש במושכר, כגון כששכר חנות במרכז מסחרי, והפעלתה הייתה אמורה למשוך קונים למרכז כולו.

ב. במשפט העברי, השימוש במושכר אינו רק זכות של השוכר, והוא עשוי להיות גם מחובותיו. אמנם בעניין נטישת דירה שכורה, פוסק הרמ"א[47]: "ואם השוכר רוצה לצאת מן הבית, ולהניחו כך בלא דיורין, ורוצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים, דביתא מיתבא יתיב, ושאייה יוכת שער [כלומר, בית נטוש מתקלקל יותר]". מכאן משתמע, שהשוכר אינו חייב לעשות שימוש במושכר, והוא רשאי לנטוש אותו[48]. אולם לא כך עולה מהמשנה[49]

[42] השווה: סמ"ע, חו"מ, סימן שיא, ס"ק ב, וש"ך, שם, ס"ק א, בעניין מי ששכר ספינה כדי להוביל עליה יין מסוים. מדברי שניהם עולה, שהמשכיר אינו יכול להתנגד להחלפת היין (לכל הפחות כל זמן שהיין המקורי נמצא ביד השוכר ויש בידו אפשרות להוביל אותו), שכן יש בכך משום "מידת סדום". אולם נראה ששם כך הוא הדין משום שאמנם הוסכם על הובלת יין מסוים, אך לא הוסכם על שימוש ייחודי, כלומר, לא נאמר, "יין זה ולא יין אחר". והשווה גם: להלן, דיוננו על סעיף 22, פרק חמישי, עמ' ממם.

[43] אם כי יש מי שטוען שתמורת תשלום, אדם אינו זכאי להתנגד לשימוש בנכסיו, וניתן לכפותו על כך. להפניות לדעה זו, ראה: י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 57, הערות 26, 29.

[44] ע"א 400/73 אילנה בר טוב ואח' נ' מאיר זבנוביץ, פ"ד כח(2) 717, בעמ' 720. אמנם פסק דין זה אינו מתייחס לחוק השכירות, אלא למג'לה, סעיף 426. אולם בעניין השימוש במושכר, חוק השכירות לא שינה באופן מהותי מן ההסדר שנקבע במג'לה, לכן יש מקום להיזקק לאותו פסק דין. ראה: ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, שער שני, תל־אביב תשל"ו, עמ' 179; לרנר, סעיף 100.

[45] ע"א 240/77 שלמה כרמל בע"מ נ' פרפורי ושות' בע"מ, פ"ד לד(1) 701, בעמ' 708, מול האות ו.

[46] לרנר, סעיף 103.

[47] רמ"א, חו"מ, סימן שטז, סעיף א. על נושאי הכלים מסביב להלכה זו, בקשר לשאלה למי מגיעים דמי השכירות שמשלם הדייר החדש? ראה בהרחבה, להלן, הערה 101. כמו כן ראה דיוננו על סעיף 12, הערה 17. והשווה גם דיוננו על סעיף 19, הערה 17.

[48] שהרי לא אמר הרמ"א בפשטות שהמשכיר רשאי לבטל את השכירות. וכך עולה גם מנושאי הכלים שם, שהשכירות לא בטלה. וראה דיוננו על סעיף 12, הערה 17.

[49] משנה, בבא מציעא ט, ד; קה ע"א. משנה זו נפסקה להלכה, ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שכ, סעיף ד. וראה גם: משנה, בבא מציעא ט, א; קג ע"א: "השוכר או המקבל

הבאה: "המקבל שדה מחבירו, ולא רצה לנכש, ואמר לו: 'מה איכפת לך? הואיל ואני נותן לך את חכירך', אין שומעין לו, מפני שיכול לומר לו: 'למחר אתה יוצא ממנה, ומעלת לפני עשבים'". וצריך לומר, כנראה, שבנטישת דירת מגורים, הנזק הצפוי למושכר אינו כה רציני, שיצדיק את ביטול השכירות, לא כן הנזק שנגרם לשדה, כשהשוכר אינו מנכש בו את העשבים השוטים. מכאן ששימוש מופחת אסור כשהוא עלול לגרום לפגיעה רצינית במושכר.

עיקרון זה מתיישב היטב לא רק על פי גישת "נתיבות המשפט"[50], ולפיה השוכר אינו משתמש בשלו, ועל כן הוא חייב להימנע מכל דבר שעלול להזיק או להפריע למשכיר, אלא גם על פי גישת "קהלות יעקב"[51], ולפיה השוכר מתחייב מכללא כלפי המשכיר לנהוג במושכר באופן שלא יגרום לו נזק.

בפני מהרש"ם[52] הגיעה תביעתו של משכיר כנגד שוכר, שביקש לנטוש את החנות שהשכיר לו. המשכיר טען, שבכך גורם השוכר לירידת ערך חנותו. מהרש"ם קיבל את הטיעון, ופסק שהשוכר אינו רשאי לנטוש את החנות ולגרום נזק למושכר. יש לציין שמתוך ההנמקה של מהרש"ם, נראה שגישתו לעניין מהות השימוש במושכר, קרובה יותר לגישת "נתיבות המשפט" מאשר לגישת "קהלות יעקב". הוא אינו מנמק את הפסק שלו בכך, שהשוכר התחייב מכללא שלא לגרום נזק למושכר, אלא הוא מטפל בתביעה על פי כללי הנזיקין הרגילים. אמנם הוא גם אינו נוקט את דרכו של "נתיבות המשפט", שכן הוא אינו מסביר, שמאחר שהשוכר נמצא בתוך של חברו, אסור לגרום לו הפרעה כלשהי. אולם אולי הסיבה לכך היא שיש להבחין בין הפרעה אקטיבית ובין הפרעה שב"שב ואל תעשה" — כדוגמת שימוש מופחת.

פרק רביעי

תוצאות שימוש אסור

את התוצאות של שימוש אסור, יש לבחון משלושה היבטים: ביטול השכירות; דמי השכירות; אחריות שמירה[53]. לצורך דיון זה, נבחין בין שוכר שעושה במושכר שימוש החורג מן הסביר או המקובל לבין שוכר שחורג מן ההסכמה, אבל השימוש שהוא עושה במושכר אינו חורג מן הסביר או המקובל.

יש לציין שבמקורות יש התייחסות בעיקר לשאלת אחריותו של השוכר בתור שומר,

שדה מחבירו... מקום שנהגו לחרוש אחריו, יחרוש". גם משנה זו נפסקה להלכה, ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שכ, סעיף ד. הובא לעיל, ליד ציון הערה 12. גם מכאן עולה, שחובתו של השוכר לנהוג במושכר כפי המקובל מטילה עליו לא רק חובות לא תעשה, אלא גם חובות עשה.

[50] ראה לעיל, ליד ציון הערה 14.

[51] ראה לעיל, ליד ציון הערה 15.

[52] שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ב, סימן קצח. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 102.

[53] אמנם היבט האחריות חורג מנושא חוק השכירות, ומקומו בחוק השומרים, שהוא דן בגדרי האחריות של שוכר. אף על פי כן, נתייחס כאן בקווים כלליים גם לשאלת האחריות, מכיוון שהסוגיות האחרות שלובות ותלויות בה במידה רבה. לדיון מפורט יותר בשאלת האחריות של שוכר החורג מהשימוש המותר, ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 4, פרק ג, 2, עמ' 280-286, ופרק ו, 2, עמ' 295-297.

כשבעקבות השימוש האסור ניזק המושכר. גם שאלת דמי השכירות בעקבות שימוש אסור, זכתה לטיפול. לעומת זאת, שאלת זכותו של המשכיר לבטל את השכירות לא נידונה כמעט לחלוטין.

א. שימוש החורג מן הסביר או המקובל

1. ביטול השכירות: אם השוכר משתמש במושכר שלא בדרך סבירה או מקובלת, והוא גורם בכך נזק למושכר (או שעלול לגרום נזק כזה), נראה שלא זו בלבד שהמשכיר יוכל להוציא נגדו צו מניעה (כלשון הפוסקים[54]: "המשכיר מעכב עליו"), אלא שאם השוכר אינו מפסיק את השימוש האסור, המשכיר רשאי לבטל את השכירות. כבר ראינו לעיל[55], שעל השוכר להשתמש במושכר בדרך מקובלת ובאופן סביר. אם הוא חורג מכך, הוא נחשב גזלן[56] שוודאי לא על דעת כן הושכר לו המושכר, ואין ספק שאפשר להפקיע מידו את המושכר[57].

יש לציין שחריגה מזערית מן השימוש הסביר אינה עילה לביטול השכירות. עיקרון זה בא לידי ביטוי במקורות בעניין שוכר חמור למשא, שם נקבע שאם העמיס השוכר על החמור משקל עודף, עד אחד משלושים מהמשקל המקובל והסביר, השוכר לא יישא באחריות, אם כתוצאה מכך החמור ניזק. וזה לשון הרמב"ם[58]: "שכר סתם [כלומר, שכר בהמה בלא לציין את כובד המטען שהשוכר רשאי להעמיס עליה], אינו נושא אלא במשקל הידוע במדינה לאותה

[54] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף ג.
יש לציין שאם המשכיר יודע על השימוש האסור והוא אינו מוחה, יתפרש הדבר כהסכמה מצדו, והשוכר לא ייחשב עוד כמי שעשה במושכר שימוש אסור. ראה: תלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה השוכר את החמור להוליכה בהר; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שח, סעיף יב. והשווה: ע"א 400/73 אילנה בר טוב ואח' נ' מאיר זבנוביץ, פ"ד כח(2) 717. מפסק דין זה עולה ששתיקת המשכיר מתפרשת אמנם כהסכמה, אבל רק על שעבר, ואילו מכאן ואילך, המשכיר יכול למחות כנגד השימוש האסור, אף שעד כאן לא מיחה. ויש לעיין בשאלת עמדת המשפט העברי בעניין זה. כלומר, האם המשכיר רשאי לחזור בו מהסכמתו שבשתיקה?

[55] לעיל, ליד ציון הערה 19.

[56] ראה: קצות החושן, סימן שח, ס"ק א. מובא להלן, ליד ציון הערה 61.

[57] השווה: שו"ת שמן רוקח (לר' אלעזר אריה ליב, אב"ד פילץ), חלק ב, סימן עז, בעניין שוכר הממרר את חיי המשכיר, שלדעתו אם השוכר גר בבית עם המשכיר, זה ודאי עילה לביטול השכירות.
יש לציין שאין זו עמדתו של ר' יצחק אדרבי, ראה: שו"ת דברי ריבות, סימן רסא, כשדן בשוכר מקרקעין שגורם לנזקים במושכר. הוא פוסק שהמשכיר אינו יכול לסלק את השוכר מן המושכר לפני תום תקופת השכירות, וזאת אף שהוא גורם לנזקים של ממש במושכר. את קביעתו הוא מבסס על הכלל, "שכירות ליומיה — מכירה ליומיה" (כך הוא ניסוחו). מאחר שהשכירות היא כמכירה ליום, אינו רואה כל אפשרות להוציא את המושכר מידי השוכר: "כי עד תשלום הזמן — מכור החצר ללוי, ואם מזיק החצר — דמים הוא שחייב לוי לשלם הנזק, אבל לא לבטל המכר הראשון. כי המכר הראשון אינו מתבטל לעולם, עד תשלום הזמן, אם לא שיחזור ויַקנה השוכר למשכיר החצר בקנין גמור". אולם, כפי שראינו, שוכר שחורג מן הסביר והמקובל, דינו כגזלן, ובתור שכזה מפקיעין מידו את המושכר. תשובה זו צריכה אפוא עיון.
[נוסיף, שלדעתנו, העובדה שבאותה תשובה מדובר היה בשכירות מקרקעין, וכלל ידוע הוא, "קרקע אינה נגזלת" (ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעא, סעיף א), אין בה כדי להסביר את הפסק: ראשית, מהר"י אדרבי עצמו אינו מדגיש שדבריו אינם אמורים אלא במקרקעין; שנית, משמעות הכלל "קרקע אינה נגזלת", אינה שהפולש לרשות חברו אינו עובר על איסור גזלה, אלא רק שמאחר ש"קרקע ברשות בעלה קיימא", לגזלן קרקע אין קנייני גזלה ועל כן הוא חייב לשלם תמורת הנאתו מן המקרקעין (ראה: שולחן ערוך, שם)].

[58] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו.

בהמה. ואם הוסיף חלק משלושים, כגון שדרכה לשאת שלושים, וטען עליה שלושים ואחד, ומתה או נשברה — חייב". "אבן האזל"[59] מסביר, "דפחות משיעור זה אין זו הוספה, והבעל הבית אינו מקפיד, שאין דרך לצמצם משקלו... אין בעל הבית מקפיד בהוספה קטנה, אלא אם כן היתה אחד משלושים ממה שפסק"[60]. אין צריך לומר, שהכבדה מזערית תוגדר בהתאם לאופיו המיוחד של הנכס המושכר: יש מושכר, שבו אפילו תוספת של פחות מאחד משלושים עשויה להיות משמעותית, ואז יש להניח שהמשכיר מקפיד. הדברים הללו לא נאמרו אפוא אלא באותם הנכסים שמקובל היה להשכירם בתקופת המשנה והתלמוד (חמור ספינה וכדומה). אין ללמוד מכאן אלא את העיקרון, שחריגה מזערית — אינה חריגה.

2. אחריות שמירה: "קצות החושן"[61] אומר, בקשר לשוכר חמור למשא, שהעמיס על החמור יותר מן המקובל: "ואם הוסיף משאו במה שאין דרך חמור כיוצא בו בכך, הוי ליה גזלן, וחייב באונסין, אפילו ידוע שמתה כדרכה, משום דהוי שולח יד וגזלן". לשון אחר, שוכר שעושה במושכר שימוש שחורג מן המקובל בנכס מאותו סוג, הרי יש בכך משום מעשה גזלה. אשר על כן, אחריותו על נזק שייגרם למושכר לא תיקבע בהתאם לכללי האחריות של שוכר (שדינו כידוע כשומר שכר, הפטור במקרה של אונס), אלא בהתאם לכללי האחריות של גזלן. אחריותו של גזלן כבדה הרבה יותר, שכן הוא חייב אפילו כשאירע הנזק מחמת כוח עליון (אונס).

כפי שראינו, חריגה מזערית מהשימוש המותר אינה נחשבת להפרה. אין היא מטילה אפוא על השוכר אחריות, גם אם ברור שהנזק נגרם כתוצאה ממנה[62].

3. דמי השכירות: ראינו זה עתה, ששוכר העושה במושכר שימוש חורג, דינו כדין גזלן. מה יהיה אפוא דינו לעניין דמי השכירות (בהנחה כמובן שהמשכיר לא הפקיע את המושכר מידיו)? הרמב"ם[63] מסכם את כללי חובת התשלום של מי שגוזל נכס חברו ועושה בו שימוש: "התוקף ספינתו של חבירו, ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר [כלומר, אם הספינה אינה עומדת להשכרה], שמין כמה פחתה, ומשלם [כדין גזלן]. ואם עשויה לשכר [כלומר, אם הספינה עומדת להשכרה], אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות: אם רצה הבעל ליטול שכרה — נוטל [כדין נהנה מרכושו של חברו שלא מדעתו], רצה ליטול פחתה — נוטל [כדין גזלן]; ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת [כדין גזלן]. וכן כל כיוצא בזה". המשפט העברי מבחין אפוא בין שימוש בנכס שעומד להשכרה ובין שימוש בנכס שאינו עומד להשכרה. אם הנכס עומד להשכרה, דינו של "התוקף" תלוי בשני גורמים: כוונתו של התוקף (האם התכוון לשלם תמורת השימוש או לא התכוון לשלם); וברירת התביעה של הבעלים (האם

[59] אבן האזל, הלכות שכירות, שם, ד"ה ונראה. וכן, שם, ד"ה והנה. וכן ראה: תרומת הכרי (לר' יהודה כהנא), סימן שח, סעיף ז.

[60] אין זה אומר שלכתחילה מותר להוסיף תוספת מזערית. זו על כל פנים, דעתו של ערוך השולחן, חו"מ, סימן שח, סעיף ה: "ובהוספה פחות מחלק שלשים, פטור, אפילו כשידוע שמתה מחמת ההוספה (קצות החושן [ראה להלן, הערה 62]), דהוה כאונס. ואף שלכתחילה אסור לו להוסיף, אף כל שהוא, מכל מקום, אין לחייבו בכך". וראה לעיל, ליד ציון הערה 36.

[61] קצות החושן, סימן שח, ס"ק א.

[62] כך הסיק "ערוך השולחן" מקצות החושן, שם. דבריו הובאו כבר לעיל, בהערה 60.

[63] רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג, הלכה ח, על פי בבא קמא צז ע"א. כלשונו של הרמב"ם, מובא להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה. וראה: נ' רקובר, "בעיות יסוד בהלכות גנבה במשפט העברי", סיני מט (תשכ"א) יז, בעמ' שג.

תביעתו היא לדמי שכירות, או שתביעתו היא לפיצוי על נזקים שאירעו לנכס). לעומת זאת, אם לא עמד הנכס להשכרה, "התוקף" נושא בכל מקרה באחריות מוחלטת לנכס הגזול, ובשום פנים אינו חייב לשלם תמורת הנאתו. על כגון זה נאמר הכלל המפורסם: "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה"[64].

לאור הכללים האלה, יש בידינו לקבוע, מה דינו של שוכר שחרג מן השימוש הסביר במושכר. שימוש חורג זה אינו שימוש שעומד להשכרה, ועל כן המשכיר יהיה חייב להסתפק באחריותו המוחלטת של השוכר לשלמות המושכר. הוא לא יוכל לתבוע ממנו תשלום דמי שכירות בעד הנאתו[65].

אם החריגה הייתה מזערית (פחות מאחד משלושים), אין כאן שליחות יד, והשוכר אינו נחשב אפוא לגזלן (אין עליו אחריות מוחלטת לשלימות המושכר, אלא אחריותו נותרת כשל שוכר). אשר על כן, הוא יצטרך לשלם תוספת דמי שכירות בהתאם לתוספת השימוש[66].

ב. שימוש סביר, אך שלא כמוסכם

ראינו לעיל[67] שאף אם שימוש מסוים נחשב בדרך כלל לשימוש סביר, אם הוסכם על שימוש בדרגה פחותה מזו, השוכר חייב להימנע משימוש אחר, שיש בו סיכון יתר לעומת השימוש המוסכם. כעת יש לדון בשאלה, מה דינו של שוכר שמפר את חובתו, ועושה במושכר שימוש אסור זה?

1. ביטול השכירות: הצדדים הסכימו ששימוש המגביר את הסיכון לשלמות המושכר לעומת המוסכם, יהיה שימוש אסור (אף שהוא עדיין במסגרת הסביר). יש להניח, אם כי לא מצאנו לזה ראיה מפורשת, שעוד מוסכם בין הצדדים, ששימוש כזה, יהיה בו עילה לביטול השכירות. כך עולה, לכאורה, מדברי הריטב"א[68] בעניין "השוכר את החמור להוליכה בהר, והוליכה בבקעה". אומר הריטב"א בשם רבו (הרא"ה): "פירש מרי... דכיון דשינה, בטלה קציצתו [=הסכמתו] ושכירותו, והוי ליה כתוקף ספינתו של חברו, ועשה בה מלאכה[69]". אמנם הריטב"א מביא גם דעות אחרות, ולפיהן אין דינו של שוכר זה כדין תוקף ספינתו של חברו. התוקף ספינתו של חברו, "משתמש שלא לדעת כלל", ואילו זה "ירד לשכירות, ובתורת שכירות נשתמש בה". אולם גם לפי שיטה זו, "כבר בטלה קציצה". כלומר, שימוש אסור יש בו כדי לבטל את השכירות. ברם, ייתכן שדברי הריטב"א אינם אמורים אלא כאשר המושכר

[64] משנה, בבא קמא ט, א; צג ע"ב. וראה ביתר הרחבה: י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 28.

[65] ונראה שאף דמי השכירות המוסכמים לא יוכל השוכר לדרוש מן השוכר, שכן משעה שגזל את המושכר, בטלה השכירות. השווה להלן, ליד ציון הערה 92, שם נדון בשאלה זו באריכות בעניין שימוש חורג, אך סביר.

[66] ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיפים ה־ו; ומפורש עוד יותר, בתלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה השוכר את החמור. וראה לעיל, ליד ציון הערה 36.

[67] לעיל, ליד ציון הערה 35.

[68] ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה והא דקתני.

[69] על סוגיית "תוקף ספינתו של חברו", ראה לעיל, ליד ציון הערה 63.

אמנם ניזוק. לעומת זאת, כל עוד המושכר לא ניזוק, אין למשכיר עילה לבטל את השכירות[70]. וצריך עיון.

אין צריך לומר, שגם כאן, חריגה מזערית ודאי אינה עילה לביטול[71].

2. אחריות שמירה: רבים מן הראשונים, ובראשם הרמב"ן[72], סבורים שכל עוד השימוש שעשה השוכר אינו חורג מן המקובל, אין כל סיבה להטיל על השוכר את האחריות לנזק שאירע למושכר, זולת אם מוכח שהנזק נגרם כתוצאה מן השימוש האסור. לפי הרמב"ן, לא זו בלבד, שהשוכר אינו נחשב לגזלן על שחרג מתנאי ההסכם, אלא שאין לראות בחריגה זו אפילו לא משום רשלנות. אין כאן אלא הפרת תנאי ההסכם[73], כשמוסכם בין הצדדים שאם נגרם נזק כתוצאה מאותה הפרה, השוכר הוא שיישא באחריות[74]. לדעתו של הרמב"ן,

[70] ראה להלן, הערה 96, בשם "נפש חיה".

[71] כמו שכבר ראינו לעיל, ליד ציון הערה 58, בעניין שימוש החורג מן הסביר.

[72] ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה השוכר. כשיטה זו נקטו: רב האי גאון, שיטת הקדמונים, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה מאי שנא (עמ' שמה); המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מאחר; תלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מתה מחמת האויר (עמ' ריח); חידושי הר"ן, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה מתניתין; נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (נ ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה פטור.

[73] ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה הא: "הטעם הנכון במשנתנו [משנת 'השוכר את החמור להוליכו בהר, והוליכו בבקעה', בבא מציעא שם. וראה על משנה זו, להלן, הערה 83], שאין השינוי מהר לבקעה — פשיעה, לפי שהזיקה מצוי בזה כמו בזה, ומיהו אינה שמורה למה שאמר המשכיר". ראה להלן, בסמוך. וראה גם: תוספות בבא מציעא עח ע"א, ד"ה רבי (בסופו), שגם להם "נראה, דלא חשיב הכא פשיעה במה ששינה, דיכול ליזהר ולדקדק יפה, שלא תחלוק [=תחליק] בהר, ושלא תתחמם בבקעה". [הרמב"ן והתוספות הגיעו שניהם למסקנה, ששינוי מן המוסכם אין דינו כפשיעה, משום שלולי הנחה זו, קשה היה להם ליישב את הסוגיה עם שיטתו של אביי. אולם יש הבדל בין המניעים הפרשניים של התוספות ובין אלה של הרמב"ן. יש להזכיר, שלדעת אביי (בבא מציעא לו ע"ב), כאשר שומר התרשל בשמירת הבהמה המופקדת בידו, ולבסוף מתה כדרכה (=אונס), אין אומרים "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם" (כלומר, ומאחר שלא הוכח קשר בין הפשיעה לאונס — השומר פטור), אלא אומרים "הבלא דאגמא קטלה", ועל השומר הנטל להוכיח שאוויר האגם לא הוא שגרם למוות, ושלא היה קשר בין פשיעתו לאונס. לדעת התוספות, "דוחק הוא, שיחלוק אביי על כל האמוראים", שמתוך ההסברים שהציעו למשנה עולה, שאינם מקבלים את העיקרון "הבלא דאגמא קטלה" (ראה להלן, הערה 83). אשר על כן, התוספות מגיעים למסקנה, שהשינוי מהר לבקעה אינו פשיעה. לעומת זאת, לפי הרמב"ן, דין המשנה עצמו (בסיפא) הוא שאינו מתיישב עם תפישת אביי; לפי אביי, אם הייתה פשיעה בשינוי מהר לבקעה, השוכר היה צריך לשאת באחריות גם כאשר החמור החליק בבקעה, "שחלקה של בקעה ושל הר שני דברים הם, ושמא לא יארע לה חלקה בהר, אף על פי שמצוי בה יותר". לכן הגיע למסקנה, "שאין השינוי מהר לבקעה — פשיעה"].

[74] ראה: חידושי רבי עקיבא איגר, לשולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, סעיף א, שהביא הסבר זה בדעת "נימוקי יוסף" (בבא מציעא, פרק שישי (מח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה אובצנא). אולם רבי עקיבא איגר מציין, שם, שלפי הסברו של מהרש"א בדעת התוספות (ראה: חידושי המהרש"א, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה בא"ד), יש יסוד אחר לחיוב. לדעתו, הפרת ההסכם אמנם אינה פשיעה, אבל יש לה דין "גנבה ואבדה" (שהיא בתחום אחריותו של שוכר, שדינו כשומר שכר). נציין, שכהסבר זה, נמצא במפורש בחידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה ואם הוחלקה פטור: "והכא, מפני ששינה מהר לבקעה ומבקעה להר, אין זה פשיעה גמורה, כי דרך כל בהמה לילך בהר ובבקעה. אלא כל זה כעין גנבה ואבדה, וכל שתחילתו בגנבה ואבדה וסופו באונס, שלא בא האונס מחמת הפשיעה, לדברי הכל — פטור". לנפקא מינה אפשרי בין שני ההסברים, ראה רבי עקיבא איגר, שם, בעניין שמירה בבעלים. ונראה שאפשר להצביע על הבדל נוסף בין הגישות האלה: לפי הרמב"ן, כפי שנראה מיד, על המשכיר חובת ההוכחה שהיה קשר בין הפרת ההסכם לבין הנזק. כנראה, משום שלדעתו, כך הוסכם מכללא בין הצדדים, שהשוכר יישא באחריות, רק אם המשכיר

חובת ההוכחה שהפרה זו גרמה לנזק מוטלת על המשכיר. כך הוא לדוגמה[75], כשהושכר חמור להובלה בבקעה, ובמקום להובילו בבקעה, הוביל השוכר את החמור בהר, ושם החליק החמור ומת. בכגון זה, יש קשר ברור בין הפרת ההסכם על ידי השוכר לבין אירוע הנזק, ועל כן השוכר נושא באחריות לפצות את המשכיר על אבדן חמורו. לעומת זאת, אם מת החמור כדרכו, ואי־אפשר להצביע על גורם המיתה, או שגורם המיתה לא היה מצוי בבקעה יותר מאשר בהר, כאן השוכר פטור, כל עוד לא הוכח קשר סיבתי בין הפרת ההסכם למות החמור[76].

יוכיח קשר סיבתי. לעומת זאת, לפי התוספות והריטב"א, על השוכר להוכיח, שלא היה קשר בין ההפרה לבין הנזק. שיטת התוספות והריטב"א, מובנת היטב לאור העובדה, שהם רואים בהפרת ההסכם מעין תחילתו בגנבה ואבדה. מאחר שהשוכר נהג בכעין גנבה ואבדה, די אם אפשר "לתלות" בכך את הנזק (כסגנונם של הראשונים) כדי להטיל עליו את האחריות. והשווה להלן, ליד ציון הערה 84, בדעת הרמב"ם.

[75] דוגמה זו לקוחה ממשנת בבא מציעא ו, ג (סיפא); עח ע"א. וראה להלן, הערה 83.

[76] א. ראה: רמב"ן, שם, עח ע"א, ד"ה הא. בנקודה זו יש להעיר, שלכאורה לא זו המסקנה העולה מהרישא של המשנה, שם: "השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה...ומתה — חייב". התלמוד (שם עח ע"א) מסביר (בהסברו הראשון), שהשוכר חייב משום "דאמרינן... אוירא דבקעה קטלה", כלומר, מניחים שהחמור מת מחמת שינוי האוויר. לכאורה יש כאן סתירה לשיטת הרמב"ן, שכן אף שאין זה בטוח שהשינוי הוא שהרג את החמור, בכל זאת מייחסים את מות החמור לשינוי שעשה השוכר (ראה: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה א, שלכאורה כך הבין את ההסבר הזה של התלמוד). הרמב"ן מודע לקושי זה, ועל כן הוא מסביר, שכוונת התלמוד היא, שהנסיבות הן כאלה שמוכח ששינוי האוויר הוא שגרם למיתת החמור; "ואילו לא בא באויר דרך זו, לא מתה... אבל מתה סתם, אין תולין בדבר שאינו ממית". כלומר, ספק ביחס לסיבת המוות פועל לטובת השוכר ולא לרעתו. והשווה להלן, הערה 83. בהקשר זה, יש לציין שהרמב"ן אינו גורס את המשפט "דאמרינן אוירא... דבקעה קטלה". וראה ב"דקדוקי סופרים", שהמשפט אינו נמצא גם בכ"י מינכן, וכן אינו נמצא אצל ראשונים נוספים. וראה: ש"י פרידמן (לעיל, הערה 11), הסוגיא השלישית, עמ' 136־138, ושם הערה 50.

וראה: רמב"ן, שם, עח ע"א, ד"ה הא (בסופו), שהדגיש שהוא הדין אפילו אם התנה המשכיר את השימוש כשימוש ייחודי, ואסר במפורש שימוש אחר. והשווה: המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה מאחר, שמדבריו עולה, שכל זמן שלא הותנה השימוש כשימוש ייחודי, דעתו כדעת הרמב"ן. אולם, לדעתו, אם התנה המשכיר את השימוש כשימוש ייחודי, כגון שאמר לשוכר ללכת בהר ולא ללכת בבקעה, כי אז, אם קיים ספק בשאלה אם היה קשר סיבתי בין הפרת השוכר לאירוע הנזק, הרי שכאן יוכרע הספק לטובת המשכיר, ולא לטובת השוכר. וראה לעיל, ליד ציון הערה 39, מה שהסקנו מדבריו אלה של המאירי לעניין שימוש ייחודי, ומה שהערנו על דעת הרמב"ן. הרב א' מילר העיר לי, שהרמב"ן לא דיבר על אותו מקרה שמדבר עליו המאירי בדיוק (הר ולא בקעה), אלא על מקרה אחר (הר זה ולא הר אחר), אולם לא נראה שזה הבדל משמעותי.

ב. יש לציין, שלדעת חלק מן הראשונים, לא כל חריגה מהמוסכם מחייבת את השוכר, גם אם הוכח קשר סיבתי בין הפרת ההסכם לנזק. כך עולה, לכאורה, מדברי הרשב"א, המובאים ב"מגיד משנה", בעניין שוכר שהרכיב אישה במקום איש (ראה לעיל, הערה 11). הוא מציין, שאפילו הוכח הקשר בין הנזק שאירע לחמור לבין הפרת ההסכם, אין בכך כדי לחייב את השוכר (כך סבור גם "נימוקי יוסף", אף שבתוספת משא, כתב בפירוש, שאם הוכח שניזוק עקב התוספת — חייב). אולם נראה שדינו של הרשב"א אינו קשור לאופי ההפרה, אלא לעובדה שהשוכר הוא שציין את מטרת השכירות, ולא המשכיר. אם המשכיר הוא שציין שהחמור מושכר להרכיב עליו גבר, והשוכר הרכיב עליו אישה, וכתוצאה מכך אירע נזק, השוכר חייב, גם לשיטת הרשב"א (כך עולה מדברי הש"ך, סימן שח, ס"ק א, ומדברי נתיבות המשפט, שם, ס"ק א). והשווה לעיל, הערה 24. והשווה לעיל, הערה 41, בדעת תלמיד הרשב"א, שמשם עולה, שאמנם הדבר תלוי באופי ההפרה, ואף אם התנה המשכיר, שלא ירכב על החמור אלא איש, אם הרכיב השוכר אישה, אין הוא נושא באחריות (אם כי ייתכן שכוונתו שאין הוא נושא באחריות, כל עוד לא הוכח שהחמור מת כתוצאה מההפרה. אבל אם הוכח שהחמור מת כתוצאה מן ההפרה, מודה תלמיד הרשב"א, שהשוכר חייב. וצריך עיון).

דוגמה נוספת[77]: אם הושכר החמור לשאת עליו משא במשקל מסוים, והשוכר העמיס עליו משא כבד יותר (אם כי במסגרת הסביר והמקובל), ומת החמור, השוכר אינו נושא באחריות, כל עוד לא יוכיח המשכיר, שמיתת החמור נגרמה כתוצאה מהעמסת היתר.

הרמב"ם[78], לעומתו, פוסק: "השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע, והוסיף על משאו, אם הוסיף חלק משלושים על השיעור שפסק עמו, ומתה — חייב". מכאן מסיק "מגיד משנה"[79], שדעת הרמב"ם אינה כדעת הרמב"ן, שהרי הוא מחייב את השוכר באחריות, אף שלא הוכח שתוספת המשא היא שגרמה למיתת החמור[80].

לא ברור, לדעת הרמב"ם, מה יסוד חיובו של השוכר החורג מן המוסכם (כשהשימוש האסור שהוא עושה במושכר נשאר עדיין בגבולות הסביר). האם הרמב"ם רואה בו גזלן ("שולח יד"), או שמא אין הוא רואה בו אלא שוכר שהתרשל בשמירת המושכר, וכתוצאה מכך גרם לפגיעה בו. החלופה הראשונה מחמירה הרבה יותר עם השוכר, שכן היא מטילה עליו אחריות מוחלטת לכל מה שקורה למושכר לאחר ההפרה. בשאלה זו נחלקו האחרונים:

[77] דוגמה זו לקוחה ממשנת בבא מציעא ו, ה; פ ע"א. וראה הראשונים על הסוגיה, שצוינו לעיל, הערה 72.

[78] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו.

[79] מגיד משנה, שם.

[80] וראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שט, ס"ק ג, שטען שבעניין זה, דעת שו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ב, כדעת הרמב"ם, ועל כן יש לפסוק את ההלכה כדעה זו, בהתאם לכלל הפסיקה הנקוט בידו. באותה תשובה, הרא"ש דן בתביעתו של משכיר כנגד שוכר שלא עמד בתנאי ההסכם שביניהם. מדובר היה במשכיר שהשכיר חמור כדי להגיע למקום פלוני ולחזור למחרת. במקום לעשות את הנסיעה ביומיים, כמוסכם, הלך השוכר וחזר באותו יום, דבר שכשלעצמו אינו חורג מן המקובל. המשכיר התרעם על כך, וטען שנסיעה מהירה זו גרמה נזק לחמורו. זקני המקום ביקשו ממנו לקבל בכל זאת את החמור לידיו ו"להשתדל ברפואתו". לאחר ימים אחדים, מת החמור. הרא"ש פוסק, שאמנם חמורים רגילים לעשות נסיעה כזו ביום אחד, אולם מאחר שהמשכיר התנה שהשוכר לא יעשה את הנסיעה אלא ביומיים, כנראה שהיה זה משום שהכיר את חמורו, וידע שאין הוא חזק דיו. על כן מאחר שברור שמיתת החמור לאחר זמן נגרמה בעקבות הנסיעה ("כיון שמתה לסוף שמונה ימים, יש הוכחה גדולה שמתה מחמת ששינה"), הרא"ש פוסק לטובת המשכיר התובע, ומחייב את השוכר בתשלום החמור המת (תשובה זו של הרא"ש, מובאת בשלטי גיבורים, בבא מציעא, פרק שישי (מח ע"ב בדפי הרי"ף, אות א)).

[וראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שח, ס"ק ח, בסופו, בשם תלמידי הרשב"א, שדין זה אינו אמור אלא כשהשימוש הותנה על ידי המשכיר, ולא כשהותנה על ידי השוכר. לדעתו, שיטת הרמב"ם והרא"ש עולה בקנה אחד עם הבחנה זו של תלמידי הרשב"א. על הבחנה זו ראה לעיל, ליד ציון הערה 24].

וראה: קצות החושן, סימן שח, ס"ק א. "קצות החושן" חולק על "בית יוסף". לדעתו, מתשובת הרא"ש מוכח, שאין מחלוקת בין הרא"ש והרמב"ן, שכן גם הרא"ש, כמו הרמב"ן, הדגיש בתשובתו, שאין השוכר חייב, אלא מפני שהוכח קשר סיבתי בין הנזק לשימוש האסור. וזאת בניגוד לרמב"ם, שפסק שאם העמיס השוכר על החמור יותר מן המוסכם, אין המשכיר צריך להוכיח, שמיתת החמור נגרמה כתוצאה מעומס יתר, אלא גם אם מת החמור כדרכו, חזקה שהדבר נגרם בגלל עומס היתר. נתיבות המשפט, שם, ס"ק א, חולק על "קצות החושן". לדעתו, ה"בית יוסף" צדק כשקבע שגישה אחת לרא"ש ולרמב"ם. גם הרא"ש סבור, שאם קבע המשכיר שימוש מסוים, והשוכר חרג מהשימוש המוסכם, ההנחה היא שהמושכר ניזוק כתוצאה מהפרת השוכר, ואין צורך בהוכחה כלשהי. אמנם בתשובתו הדגיש הרא"ש, שהוכח קשר סיבתי בין השימוש האסור לבין הנזק שנגרם למושכר. אולם, מסביר "נתיבות המשפט", המעיין היטב בגוף התשובה, יראה שזה היה משום סיבה צדדית, שהייתה קשורה בנסיבות המיוחדות של אותו המקרה. מאחר שעבר זמן מה בין החזרת החמור לידי המשכיר ובין מיתת החמור, היה צורך להדגיש (כנגד טענתו של השוכר), שמיתת החמור לא נגרמה כתוצאה מטיפול לא נאות של המשכיר משעה שהוחזר לידיו, אלא הוכח שמיתתו לא הייתה קשורה אלא בנסיעה המהירה.

בעל "אבן האזל"[81] אכן הבין, שלדעת הרמב"ם, שוכר החורג מהשימוש המוסכם (כגון שמעמיס על החמור יותר מן המוסכם), דינו כגזלן, ועל כן הוא נושא באחריות מוחלטת למושכר. על פי גישה זו, השוכר חייב לפצות את המשכיר על נזק או אבדן המושכר, אפילו כשלא היה כל קשר בינם לבין ההפרה. לדוגמה, גם אם מוכח שהחמור, שהושכר למשא סחורה, לא מת מחמת החריגה מהמשקל המוסכם, אלא מחמת סיבה אקראית כלשהי, כגון שהוכש על ידי נחש, אף על פי כן השוכר יישא באחריות, כדין גזלן. חשוב לציין, שלדעת "אבן האזל", לא כל שינוי מהשימוש המוסכם הופך את השוכר לגזלן, אלא רק שינוי שיש בו תוספת שימוש לעומת המוסכם (כדוגמת חמור שהושכר להובלת מטען במשקל מסוים, והשוכר העמיס עליו מטען עודף). לעומת זאת, אם השוכר עשה במושכר שימוש שונה מן המוסכם (שונה, אך לא עודף), כגון שהוליך את החמור בבקעה במקום להוליכו בהר, אמנם הוא מפר את ההסכמה שבינו לבין המשכיר, אולם כבר נפסק, "שהמעביר על דעת בעל הבית אינו נקרא גזלן"[82]. לכן, בכגון זה, השוכר לא יישא באחריות, אלא אם כן הוכח קשר סיבתי בין הפרת ההסכם לבין אירוע הנזק (כלומר, בעניין זה, דעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן)[83].

[81] ראה: אבן האזל, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו.

[82] ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שט, ס"ק א.

[83] הוכחה לדבריו ולהבחנה שהוא עושה בין שימוש עודף לשימוש שונה, מוצא "אבן האזל", בדברי המגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה א. להלן נביא: 1) הצעת הסוגיה; 2) דברי "מגיד משנה"; 3) המסקנות שמסיק "אבן האזל" מדברי "מגיד משנה"; 4) הערות שלנו על מסקנות אלה:

1. זה לשון המשנה (בבא מציעא ו, ג): "השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה, בבקעה והוליכו בהר, אפילו זו עשר מילין וזו עשר מילין, ומתה — חייב". בחלק זה של המשנה נראה שהשוכר חייב בכל מקרה, יהיו נסיבות מיתת החמור אשר יהיו. לעומת זאת, בסיפא, המשנה מבחינה בין נסיבות המוות: אם שכר את החמור ללכת בהר, והלך בבקעה, אין השוכר חייב, אלא אם מת החמור מהתחממות יתר, אך אין הוא חייב אם מת החמור מהחלקה; וכן להפך, אם שכר אותו להוליכו בבקעה, והוליכו בהר, אין הוא חייב, אלא אם החליק החמור ומת, אך אין הוא חייב אם מת החמור מהתחממות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 33, שם הבאנו הלכה זו כפי שנפסקה על ידי הרמב"ם). ההסבר הרביעי שמציע התלמוד (שם עח ע"א) ליישוב סתירה זו במשנה הוא הסברו של רבי יוחנן. לדעתו, אכן ישנה אי־התאמה בין הרישא של המשנה לבין הסיפא. אולם אין זה אלא משום שהרישא היא אליבא דרבי מאיר, שסבור, "כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן", ואילו הסיפא היא אליבא דחכמים, החולקים על רבי מאיר וסוברים, שהמעביר על דעת בעל הבית אינו נקרא גזלן. לפני שהביא את תירוצו של רבי יוחנן, הציע התלמוד שלושה תירוצים אחרים, שהצד השווה בהם הוא, שהם מיישבים את הרישא בלא ליצור מחלוקת בינה לבין הסיפא. תירוצים אלה מבקשים להעמיד גם את הרישא בנסיבות כאלה, שייתכן שהשינוי גרם למיתת החמור (לפי התירוץ הראשון, אוויר ההר ואוויר הבקעה שונים; לפי התירוץ השני, החמור מת מ"עייפות ויגיעה ממשאה" (לשון רש"י, שם, ד"ה אובצנא), ואפשר לייחס אותה עייפות לתנאים הטופוגרפיים השונים של ההר והבקעה; לפי התירוץ השלישי, החמור מת מהכשת נחש, כשנחשים היו מצויים באותו אזור ולא באזור האחר). השווה לעיל, הערה 76, אות א, הבנת הרמב"ן. לדעת הרמב"ן, גם לפי תירוצים אלה, נדרש קשר מוכח בין השינוי למיתת החמור. וראה להלן.

2. "מגיד משנה" מעיר שם, שהרמב"ם התעלם מהרישא של המשנה ומשלושת ההסברים הראשונים שניתנו אודותיה בתלמוד, ולא הביא אלא את הסיפא של המשנה. אומר "מגיד משנה": "ורבנו לא הביא את דינן, וסמך לו על אוקימתא דרבי יוחנן, דאוקי רישא כרבי מאיר, ולא קיימא לן כוותיה [דעתו של רבי מאיר אינה מקובלת להלכה]. ואפשר שרבי יוחנן חולק על האוקמתות האחרות, ולומר, דלרבנן, כל זמן שאין פשיעתו ניכרת פטור, דאי לא, לא הוה מוקי לה דלא כהלכתא [כלומר, אילו היה רבי יוחנן מסכים עם אותם הסברים, לא היה מעמיד את הרישא של המשנה אליבא דרבי מאיר, כלומר שלא אליבא דהלכתא]".

[יש להעיר, שהסברו של "מגיד משנה" לפשר השמטת הרמב"ם את שלושת התירוצים הראשונים בסוגיה אינו מוכח (וכבר העיר על כך סמ"ע, חו"מ, סימן שט, ס"ק א, כשהוא מפנה למה שכתב בפירושו לטור,

דרישה, שם, ס"ק א). ייתכן שהרמב"ם הבין את התירוצים של הגמרא קרוב לאופן שבו הבינם הרמב"ן (ראה לעיל, הערה 76, אות א), היינו שהרישא של המשנה דנה בנסיבות כאלה שהקשר בין השינוי לנזק הוא ברור, ולא רק אפשרי, כפי שהבין "מגיד משנה". כלומר, לא די בטענה שאולי השינוי גרם לנזק, אלא, גם על פי אותם תירוצים, צריך שתהיה "פשיעתו ניכרת". ואולי זו הסיבה שהרמב"ם לא חזר על הרישא של המשנה. לדעתו, תירוצים אלה אינם מחדשים דבר לעומת הסיפא, והם רק הדגמה נוספת לאותו עיקרון. וייתכן שזו גם הסיבה שרבי יוחנן לא קיבל את התירוצים האלה; אולי גם הוא סבר, שאין זה סביר, שאותו תנא יחזור על על אותו עיקרון, באותה משנה, בשני סגנונות שונים. או אולי סבר, שתירוצים אלה אינם עולים מלשון המשנה. ומטעמים אלה, לא ראה מניעה להעמיד את הרישא שלא אליבא דהלכתא].

3. "אבן האזל" מסיק מדברי "מגיד משנה", שאם נדחו תירוצים אלה מן ההלכה על ידי הרמב"ם (בעקבות רבי יוחנן), הרי זה משום שלדעת הרמב"ם, חייב להיות קשר מוכח בין הפרת ההסכם לבין אבדן המושכר. הפרת ההסכם כשלעצמה אינה יוצרת חזקה של קשר שכזה (וכדעת הרמב"ן). משהגיע למסקנה זו בדעת הרמב"ם, שואל "אבן האזל", מדוע לא פסק הרמב"ם על פי אותו עיקרון, בשוכר שהטעין משקל עודף על החמור ששכר, ושם פסק, שהשוכר חייב גם כשלא הוכח קשר סיבתי בין החריגה לבין אבדן החמור (כך הבינו "מגיד משנה", שם)? לדעת "אבן האזל", התשובה לכך היא, שיש להבחין בין שימוש עודף לשימוש שונה: בשימוש עודף השוכר נידון כגזלן, שכן הוא נוטל במושכר יותר שימוש משניתן לו. לכן אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין ההפרה לבין אבדן המושכר. לעומת זאת, בשימוש שונה, השוכר אינו גזלן, שכן אינו נוטל יותר משניתן לו, אלא הוא עושה במושכר שימוש שונה, ובזה הוא מפר את ההסכם בינו ובין בעל הבית (ועל כך כבר נפסק, שהמעביר על דעת בעל הבית אינו גזלן). לכן, בכגון זה, השוכר לא יישא באחריות, אלא אם כן יוכיח המשכיר קשר סיבתי בין ההפרה לבין אבדן המושכר.

[והשווה: נחלת צבי, חו"מ, סימן שט, סעיף א, שבהקשר אחר, גם הוא הבחין בין תוספת שימוש לשימוש אחר. אולם מאחר ש"נחלת צבי" יוצא מנקודת מוצא שונה מזו של "אבן האזל", ההבחנה שלו היא לכאורה בכיוון הפוך. לדעתו, בכל מקרה, השוכר אינו גזלן. השאלה היחידה היא, איזה שינוי מן המוסכם מהווה עילה לביטול החוזה. לדידו, תוספת שימוש אינה עילה לביטול ההסכם (כנראה משום שאין כאן שינוי מהותי מן השימוש המוסכם), ואילו שימוש אחר יש בו כדי לבטל את ההסכם (שכן שימוש שונה סוטה מהותית מן ההסכמה). ראה להלן, הערה 98. יש לציין שההבחנות האמורות אינן מחויבות ההיגיון, ולא נאמרו אלא כדי להימלט ממבוי סתום שנקלעו אליו האחרונים בדרכם לניתוח הסוגיה. עובדה היא שפוסקים אחרים לא הזכירו הבחנות אלה. וראה להלן].

4. על גישתו של "אבן האזל", יש להעיר דברים אחדים:

א. על פי דרכו של "אבן האזל", ישנה סתירה בדברי ה"בית יוסף": מחד גיסא, "בית יוסף" מאמץ את דברי "מגיד משנה" (שהביא "אבן האזל", בהבנת הרמב"ם). ראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שט, ס"ק ב. ומכאן, על פי דרכו של "אבן האזל", שלפי "בית יוסף", דעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן, שאין השוכר חייב, אלא אם כן הוכח קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק. אולם, מאידך גיסא, בעניין תוספת משא, ה"בית יוסף" קובע, שדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש ולא כדעת הרמב"ן (ראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שח, ס"ק ח). והלא מתשובת הרא"ש ברור, שאין הוא רואה בתוספת משא מעבר למוסכם משום גזלה (ראה לעיל, הערה 80).

ב. סתירה זו, שעמדנו עליה, יסודה בכך, ש"אבן האזל" פירש את המושג "פשיעתו ניכרת", שבדברי "מגיד משנה", במשמעות של קשר מוכח (בין השינוי לנזק). אולם אפשר להציע פירוש אחר בהבנת דברי "מגיד משנה", ולפי פירוש זה, אין עוד קושי בשיטת הרמב"ם, וגם אין עוד סתירה בדברי "בית יוסף". כשה"מגיד משנה" מדבר על "פשיעתו ניכרת", אין הוא מתכוון שמוכח שהנזק נגרם כתוצאה מן השינוי (כפי שהבין "אבן האזל"), אלא שהחשש מפני הנזק שאירע היה גלוי וברור לשוכר מראש ("ניכרת"). עליו היה לצפות את אותו נזק, וממילא להימנע מלהיכנס למצב מסוכן זה. על פי זה, מתקבלת תמונה שונה לחלוטין בשיטת הרמב"ם. בעיקרון, דעת הרמב"ם כדעת הרא"ש (כפי שהעלה "בית יוסף", המוזכר לעיל). כלומר, כאשר ציין המשכיר את מטרת השכירות, הרי הוא נחשב כמי שהזהיר את השוכר מפני נזק, אם ישנה מן המוסכם. לכן, אם השוכר משנה מן המוסכם, חובת ההוכחה עליו שלא השינוי הוא שגרם לנזק. אולם, בנקודה זו, ישנה מחלוקת בין הרמב"ם והרא"ש: לפי הרא"ש, חובת ההוכחה מוטלת על השוכר בכל מקרה שאפשר לתלות את הנזק בשינוי (אוויר שונה, עייפות, נחש). הרמב"ם לעומתו בדעה, שאין להטיל על השוכר את נטל ההוכחה, אלא בנזק שהוא תוצאה צפויה ומסתברת מן השינוי — אלא כש"פשיעתו ניכרת". לפי זה,

לעומת זאת, מדברי "נתיבות המשפט"[84] עולה, שהרמב"ם אינו רואה בשוכר שהפר את תנאי השכירות משום גזלן. הוא אף אינו רואה בו שומר שהתרשל בשמירתו. לפי דרכו, כמו הרמב"ן, גם הרמב"ם סבור, שאחריותו של השוכר נובעת אך ורק מהעובדה שחרג מן המוסכם. אולם, בניגוד לדעת הרמב"ן, דעת הרמב"ם היא שעל השוכר להוכיח שלא היה קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק (ולא על המשכיר להוכיח את ההפך). לפי הרמב"ם, אם התנה המשכיר על שימוש מסוים, הרי זה משום שהוא מכיר את מגבלות הנכס שלו, ויודע שאינו מסוגל לשימוש רב יותר מזה[85]. משום כך, אם חרג השוכר מן ההסכם, אף על פי שבדרך כלל, שימוש כזה הוא שימוש סביר, ההנחה היא שהחריגה היא שגרמה לנזק, כל עוד לא יוכיח השוכר את ההפך. אם יעלה בידו להוכיח שלא היה קשר סיבתי בין הפרת תנאי השכירות לבין הנזק (כגון שהוכש החמור על ידי נחש, בדוגמה שהובאה לעיל), הרי הוא פטור מאחריות.

חריגה מזערית אינה בשום אופן עילה להטלת אחריות על השוכר, אף אם מוכח שהנזק נגרם כתוצאה מן החריגה[86].

אין עוד כל סתירה בשיטת הרמב"ם: הרמב"ם דחה את האוקימתות שהציעו האמוראים ברישא למשנה, משום שנזקי אוויר אובצנה או נחשים, אינם הנזקים המובהקים הצפויים משינוי מהר לבקעה או מבקעה להר. ביחס לנזקים אלה, חובת ההוכחה נותרת אפוא של המשכיר. לעומת זאת, נזקי החלקה או התחממות הם הנזקים הצפויים והמסתברים משינוי מהר לבקעה ומבקעה להר. כמו כן על השוכר היה לצפות, שאם יעמיס על החמור יותר מן המוסכם, הדבר עלול להזיק לחמור. אשר על כן, בכגון אלה, חובת ההוכחה היא על השוכר, שהשינוי שעשה לא גרם לנזק. את ההשראה לפירוש הזה קיבלנו מתוך שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן כא. אולם, יש לציין, שמהרש"ך עצמו לא הבין כך את דעתם של הרמב"ם והרא"ש. ראה שם.

ג. פירוש זה בדעת הרמב"ם יש בו יתרון נוסף לעומת פירושו של "אבן האזל". לדעת "אבן האזל", כל שימוש עודף מעבר למוסכם דינו כגזל, ומחייב את השוכר באחריות לשלמות המושכר, תהיינה נסיבות הנזק אשר תהיינה. אולם, לפי זה, לא ברור, מדוע שינה הרמב"ם בסגנונו: כשדן בשוכר שחרג מן המוסכם, כתב: "מתה — חייב"; ואילו כשדן בשוכר שחרג מן הסביר, כתב: "מתה או נשברה — חייב" (זאת ועוד, משקבע הרמב"ם שחריגה מן המוסכם דינה כגזל, מיותר היה להתייחס לחריגה מן הסביר, הרי הדברים קל וחומר). לפי הדרך שהצענו, יש לכך הסבר כלשהו: רק במקרה השני, דין השוכר כדין גזלן. לכן הוסיף הרמב"ם "או נשברה", כדי לרמוז, שבכגון זה, אחריותו של השוכר היא גם כשלא היה כל קשר בין הנזק שאירע לחמור ובין החריגה. לעומת זאת, במקרה הראשון, השוכר אינו כגזלן, ועל כן הוא אינו חייב, אלא כשלכאורה מיתת הבהמה נגרמה כתוצאה מן החריגה. לכן לא כתב אלא "מתה", ולא כתב "מתה או נשברה".

[84] ראה: נתיבות המשפט, סימן שח, ס"ק א. זו גם דעת "תרומת הכרי" (לר' יהודה כהנא), סימן שח, סעיף ז. וראה: לב נתיבות (זעפרני), הלכות שכירות ושכנים, ירושלים תשנ"ג, נתיב יא, עמ' 99, ד"ה והשתא, שהעלה את השאלה, לפי גישה זו, מדוע דחה הרמב"ם את האוקימתות שהעלו האמוראים בהסבר המשנה, ראה לעיל, הערה 83? אולם באותה הערה הצענו הסבר לכך. על פי הסבר זה, יש אמנם לצמצם את שיטת הרמב"ם לנזקים גלויים וברורים לכול. בנזקים שאינם כאלה (כגון: מתה מחמת אוויר, עייפות או שהכישה נחש), חובת ההוכחה היא על המשכיר. בנקודה זו אין אפוא תמימות דעים בין הרמב"ם והרא"ש. ראה שם.

[85] וכן מפורש בשו"ת הרא"ש, כלל צב, סימן ב (הובא לעיל, הערה 80). בעיקרון, זוהי גם גישתם של ראשונים נוספים, שעל השוכר נטל ההוכחה, שלא השינוי גרם לנזק: תוספות, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה רבי יוסי; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה גמ' מ"ש רישא (על שיטת הריטב"א בסוגיה זו, ראה הערת המהדיר, בחידושי הריטב"א, הוצאת מוסד הרב קוק, עמ' תרסה, הערה 206). אולם ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שח, ס"ק ד, שלפי רש"י ותוספות, וכן הוא גם לשיטת הריטב"א (ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה וכמה יוסיף), תוספת משא מעבר למוסכם, אינה עילה לחייב את השוכר, שכן ודאי לא התוספת גרמה לנזק.

[86] ראה: קצות החושן, סימן שח, ס"ק א (בסופו).

2. דמי השכירות: לא הפקיע המשכיר את המושכר מידי השוכר[87], האם רשאי הוא לתבוע תוספת לדמי השכירות? מדברי רבים מן הפוסקים נראה שאכן זו זכותו של המשכיר. אלה לדוגמה דברי הרשב"א[88], בקשר למי ששכר חמור לרכוב עליו איש, ורכבה עליו אישה: "ומסתברא, שאם מנהג המקום להתייקר יותר בשכר רכיבת הנשים מרכיבת האנשים, מוסיף לו שכר כפי המנהג". השולחן ערוך[89] גם הוא פוסק בעקבות הרמב"ם[90]: "השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע, והוסיף על משאו, אם הוסיף חלק משלשים על השיעור שפסק עמו, ומתה, חייב. פחות מכאן, פטור, אבל נותן הוא שכר התוספות"[91].

שאלה מעניינת היא, מה דין דמי השכירות, כשהשוכר נושא באחריות לאבדן המושכר: האם בנוסף לפיצוי שהוא חייב לשלם למשכיר, הוא חייב גם לשלם דמי שכירות?[92] כפי שנראה

[87] יש לציין, שלעיל, ליד ציון הערה 70, ראינו שלא ברור שהשוכר אכן רשאי לבטל את השכירות. הדברים האמורים כאן הם אפוא בהנחה שזו ההלכה.

[88] מובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שישי (מט ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה לא תרכב עליה אשה, ובמגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ה; מובא בעצמו בבית יוסף, חו"מ, סימן שח, ס"ק ד; נפסק בהגהת הרמ"א, חו"מ, סימן שח, סעיף א. וראה שם, ביאור הגר"א, ס"ק ג, שמפנה לתוספות, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה דפרקיה, בסופו, שממנו עולה גם כן, שתוספת על השימוש המוסכם מחייבת תוספת תשלום.

[89] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שח, סעיף ה. וראה לעיל, הערה 26, שם ראינו שלעניין זה, אין הבדל מי ציין את השימוש שייעשה במושכר — השוכר או המשכיר.

[90] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ו; הביאו המאירי, בבית הבחירה, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה וכמה. וראה: ב"ח, חו"מ, סימן שח, ס"ק ח, וביאור הגר"א, שם, ס"ק ה, שכך היא גם דעת הרא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן טו (השווה: פלפולא חריפתא על הרא"ש, שם, אות ת; וחידושי אנשי שם, בבא מציעא, פרק שישי (נ ע"א בדפי הרי"ף), אות א, בשם מהר"ם. לדעתם נראה, שדעת הרא"ש היא, שתוספת משאוי אינה מחייבת בשום מקרה בתוספת תשלום, אלא רק בתשלומי נזיקין. אולם הרב א' מילר העיר לי, שאין דבריהם אמורים אלא בשכירות אדם (סבל), עליה מדבר הרא"ש, ששם עליו היה להתנות על תוספת שכר, מה שאין כן בשכירות בהמה, ששם כולי עלמא מודים, שחייב בתוספת שכר. ראה: פרישה, חו"מ, סימן שח, ס"ק ח, ד"ה דלא בעי). והשווה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא פ ע"ב, ד"ה אי דלא מצי ביה, משם עולה, שהריטב"א חולק על הרמב"ם, שכן הוא אומר: "ומכאן אתה דן, שכשם שכל השיעורים הללו לחיוב אונסים, כך הם לחיוב שכר, דבפחות מכאן, פטור". והשווה בסוגיה זו: לב נתיבות (זעפרני), הלכות שכירות ושכנים, ירושלים תשנ"ג, נתיב יא, סימן א.

[91] אמנם ראינו, שלשיטת "אבן האזל" (לעיל, ליד ציון הערה 81), דעת הרמב"ם היא, ששוכר החורג מן המוסכם, אף על פי שאינו חורג מן הסביר, דינו כגזלן. אף על פי כן השוכר חייב לשלם דמי שכירות על תוספת השימוש, ולא חל כאן הכלל "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה". הסיבה לכך היא, שלעניין תוספת שימוש זו, המושכר עומד להשכרה. ראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 63.

[92] לפני שניגש לניתוח שאלה זו, מן הראוי להעיר על מחלוקת ראשונים, שלכאורה קשורה לנושא שלנו, אולם עיון נוסף מגלה שאין הדבר כן. בהקשר להלכת השולחן ערוך, חו"מ, סימן שט, סעיף א ("השוכר את חמור להוליכה בהר והליכה בבקעה... אם הוחמה — חייב"), מעיר הש"ך (שם, ס"ק א), על דברי ה"מרדכי". המרדכי, בבא מציעא, פרק איזהו נשך, סימן של, מביא מחלוקת בעניין שוכר סוס שהתחייב כלפי המשכיר, שאם ימות הסוס כשהוא ברשותו, הוא ישלם לו סך מסוים. ואכן הסוס מת ברשותו של השוכר, ואז התעורר דין ודברים בין השוכר והמשכיר: המשכיר דרש גם את דמי השכירות בעד התקופה שבה עמד הסוס לרשותו של השוכר וגם את דמי הסוס, כפי שהתחייב השוכר; לעומתו טען השוכר, שהוא מוכן לשלם בעד הסוס, אבל אין עליו לשלם דמי שכירות, שהם בגדר מעות ריבית. אילו היה משלם בעד הסוס, כשלקח אותו לרשותו, לא היה משלם דמי שכירות, נמצא שדמי השכירות אינם אלא שכר המתנת מעות, היינו ריבית. בוויכוח זה, פסק הראב"ן, שהדין עם המשכיר (ראה: ראב"ן, מהדורת עהרענרייך, בבא מציעא, רד ע"א, ד"ה ראובן): השוכר חייב לשלם גם את דמי השכירות וגם את שווי הסוס, כפי שעולה מסוגיית בבא מציעא סט ע"ב, שם דובר על מקרה דומה, ונפסק שאין בתשלום דמי השכירות משום ריבית ("השם [=המעריך]

להלן, לצורך הדיון בשאלה זו, יש להבחין בין שלושה פרקי זמן שונים: פרק הזמן שמתחילת השכירות עד ההפרה; פרק הזמן שבין ההפרה לאבדן המושכר; פרק הזמן שלאחר אבדן המושכר עד למועד סיום השכירות המוסכם.

לדיון בשאלה, ראוי לחזור אל דברי הריטב"א, שראינו כבר לעיל[93]. הריטב"א מביא מחלוקת בין רבו המובהק, הרא"ה, לבין אחרים מבין רבותיו. הרא"ה סבור, שדין שוכר המפר את תנאי

פרה לחבירו, ואמר לו: 'הרי פרתך עשויה עלי בשלשים דינר, ואני אעלה לך סלע בחדש', מותר, לפי שלא עשאה דמים מחיים, אלא לאחר מיתה". כלומר, מאחר שכל זמן שהפרה בחיים, השוכר יכול להחזיר אותה למשכיר, הרי שדמי השכירות הם התמורה בעד השימוש בפרה ולא בעד דחיית התשלום לקניית הפרה. אשר על כן, אין כאן ריבית). ה"מרדכי" מעיר שרבו חולק על ראב"ן. לדעתו, אמנם אין בתשלום דמי השכירות בתוספת לתשלום ערך הסוס משום ריבית, אולם אין לחייב את השוכר בתשלום זה, משום שהוא יכול לומר, שכוונתו לא הייתה לשלם גם דמי שכירות וגם ערך הסוס, אלא אחד מן השניים בלבד: אם יחזיר את הסוס, הוא ישלם בעדו דמי שכירות; ואם לאו, הוא ישלם את ערכו. בסוגיית התלמוד, שעליה הסתמך הראב"ן, המצב היה שונה, שכן השוכר התחייב במפורש, שאם תמות הפרה, הוא ישלם גם את דמי השכירות וגם את ערך הפרה (כך מובא גם, בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשפט. תשובה זו חתומה על ידי ר' שמואל בר' ברוך. וראה גם: בית יוסף, יורה דעה, סימן קעו, ד"ה ובלבד, שהביא את דברי ה"מרדכי"). כאמור, הש"ך (חו"מ, סימן שט, ס"ק א), מביא את דברי ה"מרדכי", ומסיים, שלדעתו, אין כלל מחלוקת בין הראב"ן לרבו של ה"מרדכי": הראב"ן מסכים שהשוכר אינו חייב לשלם גם את ערך המושכר וגם את דמי השכירות, אלא אם כן התחייב לכך במפורש.

אין להסיק מדברי הש"ך, שהוא הדין בשוכר, הנושא באחריות לאבדן המושכר (שגם הוא לא התחייב במפורש לשלם את שניהם), ולו מהסיבה הבאה: יש להבחין בין שוכר שהתחייב לשלם את ערך המושכר, אף שאינו חייב לכך מן הדין (כמו בדוגמת ה"מרדכי") ובין שוכר שחייב לשלם, משום שהוא נושא באחריות לאבדן המושכר (שהוא הנושא המעניין אותנו כאן). במקרה הראשון, יש סברה לומר, שלא התחייב לתשלום כפול. סברה זו אין לה מקום במקרה השני, שהרי חיובו אינו תלוי ברצונו הטוב, אלא באחריותו על פי דיני השומרים. ראה: שו"ת בית אפרים (מרגליות), חו"מ, סימן מה; מנחת פתים, חו"מ, סימן שט, סעיף א.

והשווה: קצות החושן, סימן שט, ס"ק א. הוא מנתח את המחלוקת בין הראב"ן לבין מורו של ה"מרדכי" באופן שונה לגמרי מזה של הש"ך. לדידו, ייתכן, שרבו של ה"מרדכי" אינו מתנגד אלא לתשלום דמי השכירות המוסכמים (בתוספת לתשלום ערך המושכר). השוכר לא התחייב לשלם את דמי השכירות המוסכמים, אלא אם כן יחזיר את המושכר, ולא יידרש לשלם את ערכו. אולם דמי שכירות ראויים (להבדיל מדמי שכירות מוסכמים), עליו לשלם גם כאשר הוא משלם בעד גוף המושכר, שכן לא ייתכן שייהנה מרכוש חברו בחינם. לפי זה, גם לולי ההבחנה (שהצענו בדעת הש"ך) בין התחייבות לתשלום ואחריות לנזק, ברור ששוכר שנושא באחריות לאבדן המושכר, חייב לכל הפחות (בנוסף לפיצוי שהוא חייב בו), לשלם דמי שכירות ראויים. להלן, הערה 98, נראה שאכן זו דעתו להלכה.

והשווה עוד: נתיבות המשפט, סימן שט, ס"ק א. בעיקרון, "נתיבות המשפט" מקבל את גישת הש"ך, ודוחה את גישת "קצות החושן", בהבנת שיטת רבו של ה"מרדכי". הוא מסביר, שאף לפי גישת הש"ך, יש להבחין בין שוכר שהתחייב לשלם את הערך שהיה למושכר בשעה שקיבל אותו לידיו (שזהו המקרה שדן בו רבו של ה"מרדכי") ובין שוכר שמשלם את ערך המושכר כפי שוויו בשעה שאבד (כגון שוכר שנושא באחריות לאבדן). במקרה הראשון, דינו כמי שקנה את הנכס, ועל כן אין לחייב אותו לשלם דמי שכירות (אפילו לא שכר ראוי), זולת אם התחייב לכך במפורש (בכך הוא חולק על "קצות החושן"). במקרה השני, בפרק הזמן שבין תחילת השכירות ובין אבדן המושכר, אין לראות את השוכר בשום פנים כמי שקנה את המושכר, ועל כן אין שום סיבה לפטור אותו מתשלום דמי השכירות. לדעתו, גם רבו של ה"מרדכי" לא היה חולק על כך.

מניתוח דעות האחרונים, שערכנו כאן, עולה שכולי עלמא סבורים, שהעובדה שהשוכר משלם פיצוי בגין אחריותו לאבדן המושכר אין בה כשלעצמה כדי לפטור אותו מתשלום דמי שכירות. וראה עוד להלן.

[93] לעיל, ליד ציון הערה 68.

ההסכם שבינו לבין המשכיר (כגון ששכר חמור להובילו בהר והוביל אותו בעמק), כדין "תוקף ספינתו של חברו"[94], כשעמדה הספינה להשכרה. לכן: "רצה, שכרה נוטל; רצה, פחתה נוטל". כלומר, משהפר השוכר את תנאי השכירות, ועשה במושכר שימוש שלא כמוסכם, המשכיר רשאי לתבוע מן השוכר לפי שיקול דעתו, או שכר ראוי בגין השימוש האסור במושכר או פיצוי על הנזק שנגרם, כפי שחייב בו כל גזלן. אין הוא יכול לדרוש את שניהם. לפי גישה זו, נראה שהשוכר יהיה חייב לשלם למשכיר לפי הפירוט שלקמן: (א) לפרק הזמן שמתחילת השכירות עד ההפרה: דמי השכירות המוסכמים[95]; (ב) לפרק הזמן שלאחר ההפרה, המשכיר רשאי לבחור בין: דרישת שכר ראוי (אבל אז עליו לוותר על פיצוי לאבדן המושכר או לנזקו); דרישת פיצוי על אבדן המושכר או על נזקו (אבל אז הוא חייב לוותר על דמי השכירות)[96].

החולקים על הרא"ה סבורים, שמאחר שנטל השוכר את החזקה במושכר כדין, ורק לאחר מכן חרג מן השימוש המוסכם, אין להחיל עליו דין "התוקף ספינתו של חברו", כלומר, המשכיר אינו יכול לבסס נגדו תביעה בגין גזלה. יחד עם זה, מאחר שהפר את תנאי השכירות, "בטלה הקציצה", ועל כן הוא לא ישלם את דמי השכירות המוסכמים, אלא את דמי השכירות הראויים. לפי גישה זו, נראה שהשוכר ישלם לפי הפירוט שלקמן: (א) לפרק הזמן שמתחילת השכירות עד ההפרה: דמי השכירות המוסכמים (בזה אין מחלוקת עם הרא"ה[97]); (ב) לפרק הזמן שבין ההפרה לאבדן המושכר: דמי השכירות הראויים[98]; (ג) לפרק הזמן שמאבדן

[94] על מושג זה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 63.
וראה: הערת המהדיר בחידושי הריטב"א, בבא מציעא, הוצאת מוסד הרב קוק, עמ' תרסא, הערה 186, שטען שדעה זו של הרא"ה מתאימה לכאורה לשיטת רבו של ה"מרדכי" שהובאה לעיל, הערה 92, שכן שניהם מתנגדים לתשלום כפול (של דמי השכירות וגם של ערך המושכר). לדעתנו, אין כל קשר בין שתי הדעות: רבו של ה"מרדכי" אינו מתנגד עקרונית לתשלום כפול, הוא רק אומר, שלשם כך צריך התחייבות מפורשת של השוכר. הרא"ה גם הוא אינו מתנגד לתשלום כפול, הוא רק אומר, שמאחר שהשוכר נהג כגזלן, יש להחיל עליו את דין "התוקף ספינתו של חברו".

[95] שכן, עד ההפרה, אין לראות את השוכר כמי שתקף את רכוש חברו. כך הבין גם: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, הערה מא.

[96] שאלה היא, מה הדין כשההפרה לא גרמה לפגיעה במושכר? לכאורה, השוכר לא יחויב לשלם יותר מדמי שכירות ראויים, שהרי הוא כ"תוקף ספינתו של חברו", ומאחר שלא נגרם נזק למושכר, ברור שהמשכיר ידרוש דמי שכירות ראויים. אולם ראה: נפש חיה (פייבוש), בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אפילו זו עשר מילין. לדעתו, אם המושכר מוחזר כשהוא שלם, מתברר למפרע שלא הייתה הפרה, ועל כן הוא חייב לשלם את דמי השכירות המוסכמים. הוא מביא ראיה לדבריו מתוך היקש לסוגיית בבא קמא קב ע"ב, בנותן מעות לשלוחו, שגם משם עולה שיש מושג של הפרה על תנאי, שרק אם נגרם נזק, רואים בהפרה, הפרה. ועדיין צריך עיון מה הסברה לזה. וראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, הערה מב.

[97] שכן עד ההפרה, לא בטלה הקציצה. כך הבין גם: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ב, הערה מא. ראה לעיל, הערה 95.

[98] לדעה זו נוטה הריטב"א עצמו, כנגד דעת רבו המובהק. וכך סבורים גם: קצות החושן, סימן שט, ס"ק א; נתיבות המשפט, שם, ס"ק א. והשווה: בית אפרים, חו"מ, סימן מה־מו, שסבור שהשוכר חייב לשלם את דמי השכירות המוסכמים, שכן התחייב לשלם אותם כבר בתחילת השכירות, והעובדה שהפר את תנאי השכירות לאחר מכן, אינה יכולה לגרוע למפרע מחיוב זה (השווה להלן, הערה 99). וראה: נחלת צבי, חו"מ, סימן שט, סעיף א, שהעיר כנגד "בית אפרים", שלא כך עולה מדברי "קצות החושן" ו"נתיבות המשפט" (שניהם הסתמכו על דברי הריטב"א, שמשעה שהפר השוכר את תנאי השכירות, אמנם לא הפך לגזלן, ובזה היו מסכימים לדברי "בית אפרים", אולם בטלה הקציצה. כלומר, מאחר שהפר השוכר את תנאי השכירות, ההסכם בעניין גובה התשלום בטל, וחיובו של השוכר הוא לשכר ראוי, כמי שנהנה מרכוש

המושכר ועד סיום השכירות: פיצוי על אבדן המושכר (לפי שוויו בשעת האונס). לעניין דמי השכירות, באותו פרק זמן, הדבר שנוי במחלוקת בין האחרונים[99].

ג. שימוש מופחת

כבר הבאנו לעיל[100] את פסק הרמ"א בעניין שוכר בית הנוטש את המושכר. אמנם מאחר שנטישה זו אינה גורמת למושכר נזק משמעותי, אין המשכיר רשאי לבטל את השכירות. אולם מאחר שהמשכיר מעוניין שביתו לא יהיה נטוש, אף שהשכירות הראשית אינה בטלה, הוא רשאי להכניס לתוכו שוכר אחר. ובלשון הרמ"א: "אם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין, ורוצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים, דביתא מיתבא יתיב, ושאייה יוכת שער" (נשאלת השאלה, מאחר שהמשכיר מקבל עתה דמי שכירות מהדייר החדש, האם הוא חייב לנכות בהתאם מדמי השכירות שהתחייב בהם השוכר המקורי? בשאלה זו נחלקו האחרונים[101]).

חברו שלא מדעתו). הוא גם מפקפק בראיותיו של "בית אפרים". להבנת המחלוקת בין "נחלת צבי" ו"בית אפרים", עיין תחילה בדברינו לעיל, הערה 92.

וראה עוד: "נחלת צבי", הטוען שלדעת "נתיבות המשפט", אין הדברים אמורים אלא בשוכר שעשה במושכר שימוש שונה מן המוסכם (כגון ששכר חמור להוליכו בהר והוליך אותו בעמק), שאז "בטלה הקציצה". לעומת זאת, אם השוכר לא שינה לגמרי, אלא עשה במושכר שימוש עודף ("פשיעה מעין מלאכה", כגון שהעמיס על החמור מטען מעבר למוסכם, או שהלך עמו מרחק גדול יותר מן המוסכם), כי אז אין לומר שבטלה הקציצה, והשוכר חייב יהיה לשלם דמי השכירות המוסכמים עד לאבדן המושכר. את ההבחנה הזאת, הוא מבסס על ניתוח דברי "נתיבות המשפט". לדעתו, "נתיבות המשפט" מתייחס בדבריו לשלושה מקרים שונים: 1) השוכר התחייב לשלם את ערך החמור כפי ערכו בשעה שקיבל אותו לידיו בתחילת השכירות; 2) "שוכר סתם", שנושא באחריות לערכו של החמור בשעת מיתה; 3) שכר להוליכו בהר, והוליכו בבקעה. הדמיון לכאורה בין המקרים 2) ו־3), הוא שהביא את "נחלת צבי" להבחנה שראינו לעיל. אולם המעיין בדברי "נתיבות המשפט" יראה, שכלל אין זה ברור ש"נתיבות המשפט" התכוון להבחין בין "שוכר סתם", שחייב בדמי שכירות מוסכמים, ובין "שכר להוליכו בהר, והוליכו בבקעה", שחייב בדמי שכירות ראויים, שכן אפשר לפרש שכוונתו, בשני האופנים, לדמי שכירות ראויים. והשווה: אבן האזל, לעיל, ליד ציון הערה 81, שגם הוא הבחין בין שימוש שונה ושימוש עודף, אם כי בהקשר אחר, ומתוך נקודת מוצא שונה. הערנו על כך כבר לעיל, הערה 83.

99 ראה: נחלת צבי, שם. הוא טוען שלאחר אבדן המושכר, השוכר פטור מתשלום דמי השכירות (את דעתו הוא מבסס על שתי סברות, ראה שם). לעומתו, ראה: בית אפרים, שם. לדעתו, השוכר חייב לשלם דמי שכירות (המוסכמים) עד סוף תקופת השכירות, שכן הוא התחייב לשלם אותם כבר בתחילת השכירות (את דעתו הוא מבסס על דברי התוספות, בבא מציעא עט ע"א, ד"ה אלא. וראה מה שהעיר "נחלת צבי" על ראיה זו).

100 לעיל, ליד ציון הערה 47.

101 א. להלן הצגת הדעות השונות: הסמ"ע, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ג, מציין, שמקור הלכה זו של הרמ"א הוא בדברי הראב"ן (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעט), המובאים על ידי ה"מרדכי" (בבא בתרא, פרק חזקת הבתים, סימן תקכט. וראה דיוננו להלן, סעיף 22, הערה 71, אות א). על פי פסקו של הראב"ן שם, אם עדיין לא שילם השוכר את דמי השכירות, ינכה המשכיר מדמי השכירות שחייב בהם השוכר בהתאם למה שהוא מקבל מהשוכר החדש. לעומת זאת, אם כבר שילם מראש, זכה המשכיר בתשלום, והוא יכול לקבל תשלום נוסף עבור אותה תקופה מידי השוכר החדש. לדעת קצות החושן, שם, ס"ק ב, אי־אפשר להבין את דברי הסמ"ע אלא אם כן מניחים שהסמ"ע מאמץ את הדעה ששוכר שהקדים לשלם את דמי השכירות, אינו רשאי עוד להשכיר את המושכר בשכירות משנה (ראה דיוננו להלן, סעיף 22, הערה 71, אות א). שהרי אילו הזכות לשכירות משנה הייתה עדיין של השוכר, אף ששילם

מראש, כיצד יכול היה הסמ"ע לשלול ממנו את הזכות לניכוי מדמי השכירות כשנמצא שוכר חדש? "איך עושה סחורה בפרתו של חברו?".

"קצות החושן" דוחה את דברי הסמ"ע משני נימוקים: ראשית, הוא אומר, מבחן זה של הקדמת מעות כמשפיע על זכותו של השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה, נדחה מן ההלכה (ראה דיוננו להלן, סעיף 22, הערה 71, אות א); שנית, גם אם נניח שאסור לו להשכיר את המושכר בשכירות משנה, עדיין השוכר הוא בעל זכות השכירות, אף שנטש את המושכר, ולכן דמי השכירות המתקבלים מן השוכר החדש מן הדין שיגיעו אליו, שכן המשכיר אינו רשאי לעשות סחורה בפרתו של חברו (נמצא, לדעת "קצות החושן", שהדבר היחיד שיכול המשכיר לעשות הוא להכניס דייר שיגור שם בחינם. וראה: אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד, ד"ה ומש"כ הקצה"ח, מה שהעיר על כך. וראה בהמשך להערה זו, אות ב, כיצד מבקש "אגרות משה" ליישב את קושיות "קצות החושן" על הסמ"ע).

נתיבות המשפט, שם, ס"ק ב, מסתייג גם הוא מדברי הסמ"ע (במובן זה שההיתר להשכרת משנה אינו תלוי בשאלת מועד תשלום דמי השכירות), אלא שבניגוד ל"קצות החושן", דעתו היא, שאם השוכר אינו רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה (הוא נותן שם כדוגמה, אם המשכיר משתמש עמו במושכר במשותף), כי אז נכון הוא שהמשכיר זוכה בדמי השכירות. במילים אחרות, לפי "נתיבות המשפט", כששכירות משנה אסורה, אין מניעה שיקבל המשכיר תשלום כפול, גם מן השוכר הישן, שנטש את המושכר, וגם מן השוכר החדש.

[וראה: פתחי תשובה, שם, ס"ק ב, שהעיר שדבריו אלה של "נתיבות המשפט" סותרים לכאורה את מה שנפסק על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף י, שאם השכיר השוכר את הבית למי שבני ביתו מרובים, דבר שאסור לו לעשות, הוא זוכה בכל זאת בעיקר דמי השכירות שמשלם שוכר המשנה, ורק את "המוֹתר" (כלומר, הסכום העולה על דמי השכירות שהוא עצמו משלם למשכיר) עליו להעביר למשכיר. "פתחי תשובה" מנסה ליישב: "צריך לומר שמחלק [ש"נתיבות המשפט" מבחין], דשאני התם שהשוכר עצמו השכירו". אולם טעם ההבחנה אינו ברור, שכן כפי שנראה להלן (בדיוננו על סעיף 19, הערה 111, ועל סעיף 22, הערה 133), לפי "נתיבות המשפט", אין תוקף להשכרת משנה אף שנעשתה על ידי השוכר. ויש להציע הבחנה אחרת להבנת דברי "נתיבות המשפט": איסור השכרה למי שבני ביתו מרובים שונה מאיסור השכרת משנה לשוכר המשתמש במושכר במשותף עם המשכיר. במקרה האחרון, אין לשוכר שום זכות להשכיר את המושכר בשכירות משנה, ולכן התמורה מהשכרה אסורה זו מגיעה למשכיר. במקרה הראשון, לעומת זאת, לשוכר יש זכות להשכיר את המושכר בשכירות משנה, ובלבד שיהיה זה למי שאין בני ביתו מרובים משלו. נמצא שלא חרג מזכויותיו אלא בתוספת הדיירים, ועל כן רק "המוֹתר", שהוא התמורה כנגד תוספת אסורה זו, הוא שמגיע למשכיר. ואין כאן אפוא שום סתירה. וראה עוד דיוננו על סעיף 22, הערה 148].

וראה עוד בעניין זה: שו"ת הרשב"ש, סימן צא; שו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ב); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן קטז; שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד. לעמדת הפסיקה הישראלית באותה שאלה, ראה: פס"ד כרמל נ' פרפורי (לעיל, הערה 45), מפי השופטת בן־פורת.

ב. הרב משה פיינשטיין, אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד, מגן על דברי הסמ"ע. נציין מיד, שהסברו של הרב פיינשטיין מיוסד על תפישתו, שזכות השכירות אינה זכות קניינית, אלא זכות אישית: מתן רשות לשוכר להשתמש במושכר (השווה: דברות משה, בבא מציעא, חלק שלישי, בני־ברק תשד"ם, פרק ו, סימן ד, ענף ב). לדעתו, הסמ"ע, כשהביא את דברי הראב"ן, לא התכוון לאמץ את ההבחנה בין הקדים מעות ללא הקדים, לעניין הזכות להשכיר את המושכר בשכירות משנה (כפי שטען "קצות החושן"), שכן הסמ"ע מסכים שאף שהקדים לשלם דמי שכירות, זכותו של השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה. כוונתו הייתה רק לאמץ, מתוך דברי הראב"ן, את ההבחנה המשפטית בין אופיים של דמי שכירות המשתלמים מראש, שהם תשלום בעד זכות השימוש, לאופיים של דמי שכירות המשתלמים בסוף, שהם תשלום בעד השימוש בפועל (ראה להלן, דיוננו על סעיף 22, הערה 71, אות א). כאמור, דעת הסמ"ע היא, שזכותו האישית של השוכר לשימוש במושכר כוללת גם את הזכות להשכיר את המושכר בשכירות משנה (הסכם מכללא). אם מקבלים הנחה זו, בצירוף ההנחה בדבר אופיים השונה של דמי שכירות המשתלמים מראש לדמי שכירות המשתלמים בסוף, אין עוד קושי להבין מדוע אם שילם מראש, לא יזכה השוכר לניכוי

אם נגרם למשכיר נזק משמעותי כתוצאה מן העובדה שהשוכר אינו עושה שימוש במושכר, נראה שהמשכיר רשאי לבטל את השכירות, שכן יש להניח, שכך מוסכם מכללא בין הצדדים.

לעיל[102] ראינו, שמהרש"ם אסר על נטישת חנות, משום שהדבר גורם לירידת ערך החנות. לדעתו, אף אם נגדיר את הנזק שהשוכר מיסב למשכיר כגרמא בלבד, הרי "גרמא בנזיקין — אסור"[103], ועל כן יש ביד המשכיר למנוע את הנטישה. אמנם אם יסוד התביעה הוא "גרמא", המשכיר לא יכול לתבוע פיצויים על נזקים שכבר נגרמו לו, שכן כלל ידוע הוא ש"גרמא בנזיקין — פטור". אולם לדעתו, יש להגדיר את הנזק לא רק כ"גרמא", אלא כ"גרמי"[104]. ואם כך, המשכיר זכאי גם לפיצויים על הנזקים שנגרמו לו עקב הנטישה.

מדמי השכירות: כאמור, זכות השימוש אינה קניינו של השוכר, אלא רק זכות אובליגטורית כלפי המשכיר, הכוללת גם זכות השכרת משנה. נמצא שאם נטש השוכר את המושכר, והתייאש מלמצוא שוכר משנה, הרי ויתר על הזכויות שהעניק לו המשכיר, ואין לו עוד כל תביעה כלפיו. זכות השימוש, שהתייאש ממנה השוכר, חוזרת אפוא אל המשכיר, ואם ימצא המשכיר דייר חלופי, אין לשוכר כל עילה לתבוע בגין כך ניכוי מדמי השכירות ששילם. ובלשונו של "אגרות משה": "אם כבר שילם בעד כל הזמן, שהתשלומין היו בעד הרשות להשתמש, שזה היה לו תיכף, אין להשוכר כשיצא שוב שום שייכות בהבית, שהרי קנין ממש לא היה לו בהבית, ומזכות רשות התשמיש הרי נתייאש, שלכן שילם תיכף". לעומת זאת, אם עדיין לא שילם את דמי השכירות, פירוש הדבר שדמי השכירות אינם התמורה בעד זכות השימוש, אלא הם תמורה בעד השימוש בפועל. אם סירב השוכר לשלם כל זמן שלא עברה תקופת השכירות, סימן שלא התייאש מזכותו להשתמש במושכר על ידי שוכר משנה. לכן משנמצא שוכר משנה, אף שנמצא על ידי המשכיר, המשכיר חייב לנכות מדמי השכירות שחייב בהם השוכר הראשון.

עוד ראה שם, ד"ה והנה הסמ"ע, ש"אגרות משה" הדגיש, שתשלום מראש אינו רק תשלום בפועל: "ופשוט, שאין תלוי זה בקבלת המעות ממש, אלא בסלוק השוכר באופן שחייב לו כל השכירות, ומוכן לשלם לו, אף שנשאר עדיין חייב לו נמי, כבר לא שייך לו הבית, ורשאי המשכיר להשכירו לאחרים, ולא ינכה להשוכר כלום. ומה שכתב הסמ"ע 'ועדיין לא קיבל המעות מהשוכר', שמנכה להשוכר, הוא שעדיין לא נסתלק". כלומר, משעה שהסכים השוכר לשלם דמי שכירות ולהסתלק מן המושכר (שהרי התייאש למצוא שוכר חלופי שיבוא במקומו), הוא לא יכול להשתחרר מתשלום זה, אף אם יזדמן לו לאחר מכן שוכר חלופי.

כאמור, דרכו של ר' משה פיינשטיין, מיוסדת על תפישתו את השכירות כזכות אישית, ולא קניינית, שהרי אילו הייתה זכותו של השוכר זכות קניינית, לא היה די בייאושו של השוכר מלמצוא שוכר חלופי כדי לפגוע בזכות הקניינית. ועל כן אם היה המשכיר מוצא שוכר חלופי, עדיין היה מקום לשאול, "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?".

והשווה: שו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק ו (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ב), שגם הוא הציע דרך להבנת כוונת הסמ"ע.

[102] ראה: שו"ת מהרש"ם (שבדרון), חלק ב, סימן קצח. הובא לעיל, ליד ציון הערה 52.

[103] ראה: בבא בתרא כב ע"ב (בסופו). וראה: רש"י, שם, ד"ה גרמא.

אין צריך לומר, שהשוכר יהיה חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות, אף שאינו משתמש במושכר (השווה דיוננו להלן, סעיף 19, הערה 18, שם נראה, שבשכירות בלתי קצובה, אם השוכר נוטש את המושכר בלא הודעת סיום, נחלקו הדעות בין האחרונים, אם הוא חייב לשלם דמי שכירות, אם לאו. בשכירות קצובה, שאנו עוסקים בה כאן, אין מקום לחילוקי דעות אלה. השווה: הרב ש' פלדמן, "שוכר שפינה את דירתו לפני הזמן", שורת הדין — מאמרים ופסקים, ירושלים תשנ"ד, כרך ב, עמ' רמב, שלא עמד על הבחנה יסודית זו, בין שכירות קצובה לשכירות בלתי קצובה). אולם ראה: שו"ת הרשב"ש, סימן צא, שמדין השבת אבדה, המשכיר חייב למצוא שוכר חלופי, כדי שתוקטן חובת תשלום דמי השכירות המוטלת על השוכר.

[104] על ההבחנה בין "גרמא" ו"גרמי", ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ו, ערך "גרמא בנזיקין; וגרמי", עמ' תפה. וראה גם: א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 59, ועמ' 288.

שוכר העושה שימוש מופחת במושכר, אינו זכאי להחזר דמי שכירות בטענה שהוא חוסך בכך בלאי למושכר[105].

פרק חמישי

שינויים פיזיים במושכר

לשוכר אסור לערוך שינויים במושכר בלא הסכמת המשכיר[106]. כך אפשר להסיק ב"קל וחומר" מדינו של הקונה גוף לפרותיו[107]. הרמב"ם הסביר, שעניין זה של עריכת שינויים פיזיים בנכס הוא המבדיל בין הקונה גוף לפרות ובין הקונה לזמן: הקונה לזמן רשאי לערוך שינויים פיזיים בנכס (לבנות, להרוס, לחפור וכו'...); ואילו הקונה לפרות, אינו רשאי לעשות כן. ואמנם מהרשד"ם[108], שנשאל על זכותו של השוכר לערוך שינויים במושכר (מודבר היה בשכירות לתקופה של כחמישים שנה), קובע כדבר פשוט, שהשוכר אינו רשאי לערוך כל שינוי בלא הסכמת המשכיר[109].

פרק שישי

סיכום

א. העולה מן המקובץ הוא, שזכויות השימוש של השוכר במושכר מצומצמות יותר מאשר זכויות השימוש של הבעלים בנכסיהם. האם הדבר נובע מן העובדה שהשכירות היא עסקה חוזית ולא קניינית? זו אכן דעתו של "נתיבות המשפט". לעומת זאת, לדעת "קהלות יעקב" צמצום זכויות השימוש של השוכר אינו סותר את אופייה הקנייני של השכירות, אלא הוא נובע מהסכם מכללא בין הצדדים.

ב. באין הסכמה מפורשת בין הצדדים, השוכר רשאי לעשות כל שימוש במושכר, ובלבד שאינו חורג מן הסביר והמקובל.

הוסכם על השימוש אך לא הותנה כשימוש ייחודי, רשאי השוכר לשנות מן השימוש המוסכם, ובלבד שהשינוי אינו מגביר את הסיכון לפגיעה במושכר לעומת המוסכם. אם השינוי בשימוש אינו עלול לפגוע במושכר אלא במשכיר (כגון שחנות הושכרה לעסוק בה במשלח יד מסוים והשוכר מבקש לשנות ולעסוק במשלח ידו של המשכיר, כלומר הוא מבקש להתחרות בו), נראה שבין לבעלי הגישה החוזית ובין לבעלי הגישה הקניינית השוכר אינו רשאי לעשות

[105] ראה: בית הבחירה, בבא מציעא פ ע"א, ד"ה שכרה.
[106] לסוגיה זו במשפט הישראלי, ראה: לרנר, סעיף 101.
[107] ראה לעיל, ליד ציון הערה 7.
[108] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רפב.
[109] והשווה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קמו. מדברי הרדב"ז עולה, שיש נסיבות שבהן המשכיר חייב לתת את הסכמתו, מדין "כופין על מידת סדום". וצריך עיון.

את השינוי, משום שאפילו לבעלי הגישה הקניינית סביר להניח שמוסכם בין הצדדים שהשוכר לא ישתמש במושכר באופן שעלול לפגוע במשכיר.

ג. שוכר החורג מן השימוש הסביר או המקובל, דינו כגזלן. על כן, המשכיר רשאי לבטל את השכירות, והשוכר נושא באחריות מוחלטת לכל נזק שנגרם למושכר (כלומר, הוא חייב לפצות את המשכיר גם אם לא היה קשר סיבתי בין החריגה לנזק). לעומת זאת, השוכר אינו חייב לשלם דמי שכירות על ההנאה היתירה שהפיק מן המושכר, בהתאם לכלל: "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה".

חרג השוכר מן השימוש המוסכם (אך לא חרג מן השימוש הסביר או המקובל), גם כאן יש למשכיר עילת ביטול. אשר לאחריות השוכר בגין נזק שנגרם למושכר, הדבר שנוי במחלוקת: לדעת הרמב"ן השוכר אינו נושא באחריות אלא אם כן המשכיר מוכיח קשר סיבתי בין השימוש החורג לנזק; ואילו הרמב"ם לעומתו בדעה, שעל השוכר להוכיח שלא החריגה גרמה לנזק[110]. לא ביטל המשכיר את השכירות הוא רשאי לתבוע מן השוכר תשלום דמי שכירות בגין החריגה.

ד. מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 16 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

[110] כך הבין "נתיבות המשפט" את דעת הרמב"ם, לעיל ראינו ש"אבן האזל" מציע הבנה אחרת בדעתו. בדיוננו לעיל עסקנו באריכות בשאלה: מה דין דמי השכירות, כשהשוכר נושא באחריות לאבדן המושכר, האם בנוסף לפיצוי שהוא חייב לשלם למשכיר, הוא חייב גם לשלם דמי שכירות? וראינו ששאלה זו שנויה גם היא במחלוקת.

סעיף 17

בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר

בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר

17. השוכר חייב לאפשר למשכיר, בכל עת סבירה, לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים, ובלבד שהמשכיר יודיע לו על כך זמן סביר מראש וימעיט ככל האפשר בהפרעה לשוכר.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 393

פרק שני: בדיקת המושכר — "לאפשר למשכיר... לבדוק את המושכר" 394

פרק שלישי: תיקון המושכר — "ולבצע בו תיקונים" 395

פרק רביעי: סיכום 398

מבוא

סעיף 17 חותם את הסעיפים העוסקים בחיובי השוכר. כפי שראינו לעיל[1], חיובו העיקרי של השוכר הוא לשלם את דמי השכירות. אולם אין זה חיובו הבלעדי. אחד החיובים הנוספים המוטלים עליו הוא לוותר במקצת על זכות החזקה והשימוש שרכש, כדי לאפשר למשכיר "לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים".

אמנם לפי סעיף 11, חובה על המשכיר להימנע מכל הפרעה לשוכר, אולם סעיף 17 מצמצם את החובה, וקובע שבנסיבות מסוימות מותר למשכיר להפריע לשוכר[2]. לשם כך, המשכיר חייב למלא אחר שלושה תנאים מצטברים: מועד הבדיקה או התיקון חייב להיות מועד סביר, לדוגמה, אסור שיהיה באמצע הלילה; המשכיר חייב להודיע על כוונתו לבצע בדיקה או תיקון במושכר זמן סביר מראש, כלומר, גם אם המועד כשלעצמו הוא סביר (כגון שעות הצהריים של יום חול), עדיין השוכר זכאי לקבל הודעה מראש, כדי שיוכל להיערך לביקורו של המשכיר לפי הנוח לו, בלא שתופרע פרטיותו או נוחותו; בשעת הבדיקה או התיקון, חייב המשכיר להמעיט ככל האפשר בהפרעה לשוכר[3].

[1] בדיוננו על סעיף 1.

[2] בהצעת החוק, סעיף 17 הופיע בשינויים מסוימים כחלקו השני של הסעיף הדן ב"שימוש ללא הפרעה". ראה: הצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, ה"ח 901, סעיף 11, עמ' 291. אחד השינויים שבין החוק להצעת החוק הוא, שבהצעת החוק לא הוזכרה זכותו של המשכיר לבדוק את המושכר, אלא רק זכותו לבצע בו תיקונים.

[3] וראה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 305, הערה 51. זמיר מעיר שם, שהסעיף אינו מתנה את זכותו של המשכיר "להפריע" לשוכר, בכך שלא העלים ממנו את הליקוי שהוא מבקש כעת לתקנו. במילים אחרות, חובה על השוכר לאפשר את הבדיקה ואת התיקון גם כשהמשכיר יודע מראש על קיום ליקוי במושכר ומעלים אותו במתכוון מהשוכר. הקשר דבריו של זמיר הוא בעניין חובת ההתאמה. מכוח הערה זו הוא קובע, שאם המושכר לוקה באי־התאמה שהמשכיר ידע עליה מראש, אף שבסעיף 6(ב) נאמר, שבכגון זה השוכר יכול להסתמך על אי־ההתאמה בלי לתת למשכיר הזדמנות נאותה לבדוק את המושכר ולתקנו, הרי שחובה זו תחול עליו מכוח סעיף 17 (בכך הוא מצליח להביא לכלל התאמה את חוק השכירות עם חוק המכר).
לדעתנו, אין הדברים נכונים. ניטול את הדוגמה הבאה: המשכיר העמיד לרשות השוכר דירה, אף שידע שחסרים בה דלתות וחלונות. על פי פרשנותו של זמיר, השוכר אינו רשאי להסתמך על אי־ההתאמה, אם המשכיר מבקש לתקן את הליקוי. כלומר, הוא ייאלץ להסכים לכניסתם של פועלים לתוך המושכר, ולא תהיה לו זכות לבטל את השכירות. אמנם כך הוא הדין במכר, שם אין על המוכר חובת הימנעות מהפרעה, אולם תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת בשכירות, שם חלה על המשכיר חובת הימנעות מהפרעה. וכי סביר להניח שסעיף 17 בא להכשיר הפרעה אסורה? מה עוד שהמשכיר הונה את השוכר, ושימוש בסעיף 17 במקרה כזה יש בו משום שימוש בזכות שלא בתום לב (ראה: סעיף 4 לחוק).
אמנם נכון הוא, שסעיף 17 אינו מגביל את תחולתו למקרה שבו המשכיר לא העלים מן השוכר את הליקוי. אולם פרשנות נכונה של סעיף 17 חייבת לקחת בחשבון את מטרת הסעיף. הטעות בדברי זמיר היא, שהוא מתעלם מן העובדה שהבדיקה של סעיף 17 והבדיקה של סעיף 6 שונות זו מזו בתכלית. מטרת סעיף 17, כפי שנראה להלן, היא לאפשר למשכיר לדאוג לשמירה על שלמות רכושו, אף שהדבר כרוך בהפרעה

שוכר שאינו מאפשר למשכיר לבדוק את המושכר או לבצע בו תיקון, מפר בכך את חוזה השכירות, והמשכיר זכאי לתרופות השונות בגין הפרת חוזה (אכיפה, ביטול ופיצויים).

בדיוננו להלן, נבחן את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו. את הדיון נחלק לשניים, תחילה נדון בזכות המשכיר לבדוק את המושכר ולאחר מכן בזכותו לבצע בו תיקונים.

פרק שני

בדיקת המושכר – "לאפשר למשכיר... לבדוק את המושכר"

טבעי ומובן הוא, שהמשכיר חרד לשלמותו של המושכר שהפקיד ביד השוכר. האחריות המוטלת על השוכר בתור שומר המושכר[4] אינה מספיקה להשקיט חרדה זו. אם השוכר אינו שומר כראוי על שלמות המושכר, המשכיר מעדיף לבטל את השכירות מיד[5], מלהגיש נגדו תביעה משפטית בסיום השכירות. ברור אפוא, שהמשכיר מעוניין שתינתן לו אפשרות לבדוק את המושכר, כדי להיווכח שהשוכר משתמש בו בהתאם למוסכם, ושומר כראוי על שלמותו. אפשרות זו ניתנת לו בסעיף שלפנינו.

יש להדגיש, שמבחינה משפטית, זכות הבדיקה אינה מובנת מאליה: במשך תקופת השכירות, השוכר הוא המחזיק כדין הבלעדי, ובתור שכזה רשאי היה, אילולי סעיף 17, להתנגד להשגת גבולו, יהיה זה אפילו על ידי המשכיר[6]. במילים אחרות, החובה המוטלת על השוכר לאפשר למשכיר לבדוק את המושכר אינה מתחייבת מאופייה המשפטי של עסקת השכירות, אלא היא בגדר תקנה סטטוטורית.

במשפט העברי, כמו בחוק, בעיקרון אסור למשכיר להיכנס למושכר בלא רשותו של השוכר. כך מפורש בדברי הרמב"ם[7]: "המוכר שדה לפירותיה, אין בעל השדה יכול להכנס בה אלא מדעת הלוקח". דברים אלה של הרמב"ם חלים גם על שוכר, שאינו אלא דוגמה מיוחדת לקונה גוף לפרותיו, כפי שמדגיש הרמב"ם בעצמו באותו פרק[8]: "מקנה אדם הגוף לפירותיו... הא למה זה דומה? לשוכר בית או שדה לחבירו, שלא הקנה לו הגוף, אלא הנאת הגוף"[9]. אמנם לא מצאנו תקנה מפורשת המחייבת את השוכר להסכים לכניסת המשכיר בנסיבות

מסוימת לשוכר. לעומת זאת, מטרת הבדיקה בסעיף 6 היא לאפשר לו לתקן את אשר עיוות, כשלא העמיד לרשות השוכר מושכר מתאים. לא ייתכן לפרש את סעיף 17, כך שתיפגע ציפייתו הלגיטימית והסבירה של השוכר להנאה שקטה. ואם הדבר אינו אפשרי על פי ניסוחו הנוכחי של הסעיף, יש לתקנו.

4 סעיף 24 לחוק.

5 על זכותו של המשכיר לבטל את השכירות בכגון זה, ראה דיוננו על סעיף 16, פרק רביעי, עמ' 372. וראה במיוחד, שם, הערה 57, ביקורתנו על שו"ת דברי ריבות (אדרבי), סימן רסא, שממנו עולה שאף שהשוכר מקלקל את המושכר, למשכיר אין זכות לביטול השכירות.

6 ראה: לרנר, סעיף 125.

7 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ז. כך אפשר להסיק גם מדברי הרמ"א, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, משם עולה שמשכיר הרוצה לשמור על זכות שימוש במושכר, חייב לציין זאת מראש בחוזה השכירות במפורש.

8 רמב"ם, שם, הלכה א.

9 על ההבדל הקיים בכל זאת בין שוכר לקונה גוף לפרותיו, ראה רמב"ם, שם, הלכה ח.

מסוימות, אולם נדמה שהמשפט העברי גם הוא יחייב את השוכר שלא להתנגד לבדיקת המושכר על ידי המשכיר. התנגדות כזו, כשלא נגרם לשוכר שום הפסד או אי־נוחות (הבדיקה היא בזמן סביר, והוא קיבל עליה הודעה מראש), יש בה משום שימוש לרעה בזכות, ועל כגון זה נאמר: "כופין על מידת סדום"[10]. מה עוד שהמשכיר אינו אדם זר, אלא בעל אינטרס לגיטימי במושכר.

פרק שלישי

תיקון המושכר – "ולבצע בו תיקונים"

א. בפרק הקודם ראינו, שהוראת החוק המחייבת את השוכר להסכים לבדיקת המושכר על ידי המשכיר היא בבחינת חידוש. נראה שלא כן החובה לאפשר ביצוע תיקונים במושכר. יושם אל לב, שהסעיף אינו מחייב את השוכר להסכים לביצוע שינויים במושכר[11], אלא רק לביצוע תיקונים, כלומר להחזרת מצב המושכר לקדמותו. לעניין זה, יש להבחין בין תיקון הנחוץ לשמירה על שלמותו של המושכר ובין תיקון שאינו נחוץ לשם כך, והוא סובל דיחוי. במקרה הראשון, הוראת הסעיף אינה בגדר חידוש; ואילו במקרה השני, הוראת הסעיף אינה מוצדקת. נסביר:

מחד גיסא, אם מניעת התיקון פוגעת בשלמותו של המושכר, אין כל חידוש בסעיף: השוכר הוא גם שומר[12], כמשמעותו בחוק השומרים התשכ"ז־1967, ובתור שכזה, חובה עליו לא רק לאפשר למשכיר לתקן את הפגם, אלא מוטלת עליו אפילו החובה להודיע לו על פגם העלול לפגוע במושכר[13].

מאידך גיסא, אם מניעת התיקון אינה פוגעת בשלמות המושכר, ושום נזק לא ייגרם אם יידחה תיקונו עד לסיום תקופת השכירות, לא ברור מדוע יחייב המחוקק את השוכר לאפשר את התיקון ולסבול הפרעה? אם מדובר בתיקון שהמשכיר אינו חייב בו, ודאי שאין הצדקה לחייב את השוכר להסכים לתיקון; ואף אם מדובר בתיקון שהמשכיר חייב בו על פי סעיף 7, גם אז, אם השוכר מוותר על התיקון, מדוע להכריח אותו להסכים למה שהוא רואה כהפרעה?

[10] מושג זה מופיע פעמים אחדות בתלמוד. ראה לדוגמה: כתובות קג ע"א. וראה דברינו לעיל, סעיף 4. והשווה: הרב מ' פרבשטיין, "שו"ת בדין כופין על מידת סדום", שורת הדין, כרך ב, ירושלים תשנ"ד, עמ' שכג. הוא דן במי שקנה מקרר גדול, ולא הייתה לו אפשרות להכניס את המקרר לדירתו אלא דרך מעבר במרפסת של שכנו. השכן התנגד להרשות מעבר בתוך רשותו. הרב פרבשטיין מגיע למסקנה, שמאחר שרוב בני אדם אינם גובים תשלום תמורת מעבר חד־פעמי בתוך רשותם, ואף אינם רואים במעבר מעין זה בתוך רשותם משום פגיעה בבעלותם, הרי שיש בהתנגדות השכן משום "מידת סדום", וכופין אותו לאפשר את מעבר המקרר דרך מרפסת ביתו.

[11] חיוב כזה היה בו בהחלט מן החידוש. אולם החוק לא הטיל אותו על השוכר, משום שאין זה סביר להתיר למשכיר לשנות את מבנה המושכר במהלך תקופת השכירות.

[12] סעיף 24 לחוק.

[13] סעיף 2(ד) לחוק השומרים, התשכ"ז־1967. שימוש במושכר בלא מתן אפשרות למשכיר לתקנו, כלומר מתוך הפרת חובת השמירה, ייחשב לשימוש שלא לפי המוסכם, ויזכה את המשכיר בתרופות בגין הפרה חוזה. בעניין זה ראה: לרנר, סעיף 117.

בדברי ההסבר לסעיף[14] נאמר, שהסעיף "בא לאפשר למשכיר לבצע תיקונים במושכר על מנת לשמור על שלמות רכושו, גם כשאינו חייב כלפי השוכר באותם תיקונים". מכאן אפשר להבין, שבאמת אין בסעיף משום חידוש, ואינו בא אלא כדי להדגיש את מה שיכולנו אמנם להסיק מתוך חוק השומרים, דהיינו שחובתו של השוכר לעזור למשכיר לעשות כל פעולה לשמירה על שלמות המושכר. נדגיש שעל פי דברי ההסבר, "ההוראה לא תצדיק הפרעה לשוכר הנגרמת תוך כדי ביצוע תיקונים בחלקים אחרים של הנכס שבו נמצא המושכר". במילים אחרות, השוכר חייב לוותר על זכותו לשימוש שקט רק כאשר ההפרעה באה לשמור על שלמות המושכר שביחס אליו קיבל חובת שמירה. לעומת זאת, אם ההפרעה באה כדי להגן על נכס אחר של המשכיר, שלא קיבל עליו השוכר חובת שמירה, אינו חייב לוותר. העובדה שנגרם למשכיר הפסד במקום אחר, אינה עילה מספיקה להצדיק הפרעה[15].

ב. מהי עמדת המשפט העברי בשאלות אלה? הרמ"א[16] פוסק: "המשכיר בית לחבירו, ובתוך הזמן[17] רוצה לבנותו, אין יכול לכופו לצאת אפילו לבית יפה ממנו, גם להכניס פועלים לבית לבנותו. מיהו מבקשים מן השוכר לעשות לפנים משורת הדין".

מקור דבריו של הרמ"א הוא בהיקש ה"מרדכי"[18] בין דיני שכנים לדיני שכירות. התלמוד[19] דן בשני אנשים הגרים בשכנות, זה בבית וזה בעלייה שמעל הבית. הבית שקע באדמה, וכתוצאה מכך בעל הבית אינו יכול להשתמש עוד בביתו (מה שאין כן בעל העלייה). בעל הבית מציע לבעל העלייה: "אסתור את הבנין כולו, ואבנה אותו מחדש... [ובינתיים] אשכור לך מקום [כלומר, אשכור עבורך דירה אחרת]". נקבע, שבעל העלייה רשאי להתנגד להצעה, ולומר שאינו מוכן להטריח את עצמו לעבור לדירה אחרת. על הלכה זו, העיר ה"מרדכי": "וכן הדין במשכיר בית לחבירו לזמן קצוב[20], ובתוך הזמן רצה לבנותו, שלא יוכל לכוף לשוכר לצאת ממנו, ואפילו לבית יפה ממנו. אך מבקשים ממנו לעשות לפנים משורת הדין. וכן אינו יכול לכופו להכניס בו פועלים לבנותו בעוד שמושכר לו, מפני קול הנכנסים ודריסת הרגלים".

מתוך בדיקת מקור ההלכה עולה אפוא, שדברי הרמ"א נאמרו כאשר המשכיר מבקש להפריע לשוכר, לא כדי לשמור על שלמות המושכר אלא כדי לשמור על נכס אחר שבבעלותו. כך המצב בדוגמה של הבית והעלייה: הבית הוא ששקע, ואינו ראוי עוד לשימוש, בעוד שהעלייה ראויה לשימוש. דבריו נאמרו אולי גם במקרים שבהם המשכיר מבקש לשנות את מבנה המושכר ולא לתקנו ("להכניס פועלים לבנותו"). בכל אותם המקרים, השוכר רשאי להתנגד להפרעה. בנקודה זו יש אפוא התאמה בין המשפט העברי לבין החוק.

[14] הצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, דברי ההסבר לסעיף 11(ב), ה"ח 901, עמ' 291.

[15] השווה דיוננו על סעיף 11, ליד ציון הערה 47, ובהערה 47. והשווה: לרנר, סעיף 116, שהשאיר שאלה זו בצריך עיון.

[16] רמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף א.

[17] מכאן שהדברים אמורים בשכירות קצובה, ראה להלן, הערה 20.

[18] מרדכי, בבא בתרא, פרק השותפין, סימן תעב (הובא בדיוננו על סעיף 11, הערה 22).

[19] בבא בתרא כ ע"ב — כא ע"א.

[20] ה"מרדכי" מדגיש שדברים אלה אמורים בשהייתה השכירות לזמן קצוב, משום שאם לא הייתה השכירות לזמן קצוב, צורך עצמי של המשכיר הוא עילה טובה לסיום השכירות בלא מתן הודעה מוקדמת. ראה דיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 29. וראה עוד, שם, ליד ציון הערה 69, מה שהבאנו בשם ה"מרדכי" בעניין עילת צורך עצמי בשכירות קצובה.

אולם מה יהיה הדין, אם המשכיר מבקש לבצע תיקון ולא שינוי? כאן עלינו להבחין שוב בין תיקון שאם לא יבוצע עלול לגרום נזק למושכר ובין תיקון שסובל דיחוי.

אם אי־התיקון עלול לגרום נזק למושכר, השוכר חייב לעזור למשכיר, בין משום היותו שומר בין משום מצוות השבת אבדה המוטלת עליו[21] (להלן נראה מה הדין, אם השוכר טוען שיתקן בעצמו, ואינו מוכן לתת למשכיר לעשות זאת).

אם אי־התיקון לא יגרום נזק למושכר, נראה שהשוכר רשאי להתנגד להכנסת פועלים. כך עולה בדרך של קל וחומר מדינו של ה"מרדכי": אם אסור למשכיר להכניס פועלים למושכר לבנותו, אף שאיסור זה גורם למשכיר נזק בנכס אחר, הרי ודאי שאסור לו להכניס פועלים, כשלא ייגרם לו שום הפסד אם לא יעשה כן. הסיבה היחידה שהמשכיר מבקש לתקן כעת את המושכר היא, שמבחינתו העיתוי נוח. אולם היהגיון מחייב, שבשביל נוחותו שלו, אין המשכיר רשאי לפגוע בנוחותו של השוכר. כך עולה גם מתשובת הראנ"ח[22]: חנות הושכרה לתקופה קצובה. באמצע התקופה, נשרף חלקה הקדמי של החנות. אף שהמשכיר הציע לשוכר לתקן את הנזק, סירב הלה לתת לו את מפתחות החנות, כשהוא אומר: "אנחנו נתקנה בחפצנו כראוי לך, ואנו ממתינים שעת הכושר שנפנה מדברי ריבותינו שיש לנו עם אנשים מה, ונתקנה" (מתוך ההקשר עולה אפוא שלא מדובר בפגם שאי־תיקונו עלול לגרום נזק, אלא בפגם שתיקונו סובל דיחוי). למעשה לא תיקן השוכר את המושכר, ובתום השכירות סירב השוכר לשלם דמי שכירות בטענה שהחנות הייתה פגומה. הדיון בשאלה זו אינו מעניינו כאן[23], אולם הזכרנו בכל זאת את התקדים הזה, משום שמתוך תשובתם של כל המשיבים שחיוו את דעתם בעניין, נראה שאין לערער על זכותו של השוכר למנוע מן המשכיר לתקן את המושכר הפגום[24].

ג. יש לציין שפוסקים אלה מסכימים גם שהשוכר רשאי לא רק להתנגד לתיקון על ידי

[21] ראה: שו"ת הרשב"ש, סימן עב. והשווה: אולם המשפט, חו"מ, סימן שיב, סעיף א, ד"ה שם המשכיר בית לחבירו. וראה גם: מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 94, הערה 8.

[22] שו"ת הראנ"ח, סימן לח.

[23] לפרטים נוספים על תשובה זו, ראה דיוננו על סעיף 9, הערה 14.

[24] והשווה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סז (קא ע"ד), ד"ה ויש לחקור, ואילך. ה"חקרי לב" אינו דן בשאלתנו באופן ישיר. דיונו הוא בשוכר בית מסוים, והתמוטט הבית. הוא מתלבט בשאלה, אם התמוטטות הבית מביאה את השכירות לסיומה, או שמא רשאי השוכר להמשיך ולהחזיק בשטח שעליו עמד הבית (כמובן תמורת דמי השכירות המוסכמים)? מחד גיסא, אף שהמשכיר אינו חייב לבנות בית אחר (שכן השכיר בית מסוים), זכותו של השוכר להמשיך ולהחזיק במקרקעין שעליו עמד הבית. מאידך גיסא, המשכיר יכול לטעון שהוא מעוניין להקים בית חדש על חורבת הבית שהתמוטט, ומאחר שלשוכר לא יהיו זכויות מגורים בבית החדש (שכן "פנים חדשות באו לכאן", שלא היו נשוא הסכם השכירות), ויהיה עליו להסתלק, הרי מוכח שהתמוטטות הבית הביאה את השכירות לסיומה, ואין לשוכר עוד זכות החזקה במקרקעין. "חקרי לב" מעלה את הסברה (שם, ד"ה ויש לצדד), שטיעונו של המשכיר שהוא מעוניין לבנות את הבית מחדש, אין בו כדי להשפיע על זכויות השוכר: "וגם אם יטען שרוצה לבנות, אין הקרקע ברשותו, דשכירות ליומיה — ממכר הוא". מכאן יש אולי מקום להסיק, שהשוכר רשאי להתנגד לכניסתו של המשכיר אל תוך המושכר, בטענה ש"שכירות ליומיה — ממכר הוא". אולם ייתכן שאין להסיק מסקנה כל כך גורפת. ייתכן ששם השוכר רשאי להתנגד לכניסת המשכיר ולבניית הבית מחדש, משום שבנייה כזו תגרום לסילוקו מן המקום, שכן "פנים חדשות באו לכאן". לעומת זאת, אולי שונה הדבר, אם מדובר בכניסה אל הבית לשם שיפוצו באופן שלא ישים קץ לזכותו הקניינית של השוכר. וצריך עיון.

המשכיר, אלא הוא רשאי גם לתקן בעצמו את המושכר הפגום. לנו נראה שנקודה זו אינה נקייה מספיקות[25].

ד. עוד יש לציין, שאף שהשוכר אינו חייב לאפשר למשכיר לבצע תיקונים שאינם נחוצים למושכר עצמו, "מבקשים ממנו לעשות לפנים משורת הדין". יש להניח שמבקשים מן השוכר לעשות לפנים משורת הדין ולסבול קצת הפרעה, כאשר עלול להיגרם למשכיר נזק במקום אחר. אולם אם לא צפוי נזק למשכיר, אם ימתין לתיקון עד לסיום השכירות, אין כל היגיון שיבקשו מן השוכר לוותר על נוחותו. אדרבה, יבקשו זאת מן המשכיר!

פרק רביעי

סיכום

אף שמעיקר הדין השוכר אינו חייב לאפשר למשכיר לבדוק את המושכר, נראה שאם לא נגרם לשוכר נזק כלשהו, יש בהתנגדותו משום "מידת סדום", ועל כן מחייבים אותו לוותר על זכותו.

ברור שהמשכיר אינו רשאי להפריע לשימושו של השוכר בעריכת שינויים במושכר או בשימוש בו כדי לתקן מתוכו נכס אחר הסמוך למושכר. אולם אם דחיית העבודות גורמת נזק למשכיר, על השוכר לנהוג לפנים משורת הדין ולאפשר את השימוש במושכר.

לעניין ביצוע תיקונים על ידי המשכיר במושכר עצמו, יש להבחין בין תיקון שדחייתו עלולה לפגוע בשלמות המושכר, שהשוכר חייב לסבול אותו, ובין תיקון הסובל דיחוי, שהשוכר אינו חייב לסבול אותו. הבחנה זו אינה מופיעה בחוק.

לאור דברינו, אנו מציעים לנסח את סעיף 17 כדלהלן:

בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר

17. השוכר חייב לאפשר למשכיר, בכל עת סבירה, לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים שדחייתם עלולה לפגוע בשלמות המושכר, ובלבד שהמשכיר יודיע לו על כך זמן סביר מראש וימעיט ככל האפשר בהפרעה לשוכר.

[25] ראה על כך דיוננו לעיל, סעיף 9, ליד ציון הערה 17 ואילך. והשווה גם: כסף הקדשים, חו"מ, סימן שיד, סעיף א.

סעיף 18

תחילת השכירות

תחילת השכירות 18. תקופת השכירות תתחיל עם מסירת המושכר לשוכר.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 401
פרק שני: לא נקבע מועד התחלה 401
פרק שלישי: נקבע מועד התחלה 402
פרק רביעי: סיכום 403

פרק ראשון

מבוא

סעיף 18 פותח את סימן ד של פרק השכירות, שעניינו "תקופת השכירות". הסעיף דן במועד תחילת תקופת השכירות וקובע, שזו מתחילה עם מסירת המושכר לשוכר. על פי סעיף 5, המשכיר יוצא ידי חובת המסירה כשהוא מעמיד את המושכר לרשות השוכר, אפילו שהשוכר אינו נוטל את החזקה לידיו. סעיף 18 מוסיף אפוא, שמשעה שעמד המשכיר בחיוב זה, מתחילה תקופת השכירות המוסכמת בין הצדדים. בכך דוחה המחוקק שתי אפשרויות אחרות: מחד גיסא, תקופת השכירות אינה מתחילה עם החתימה על החוזה; ומאידך גיסא, היא אינה תלויה בהחזקת המושכר על ידי השוכר בפועל, אלא די בהעמדת המושכר לרשותו.

מלשונו הכללית של הסעיף היה מקום להסיק, שגם כשנקבע בחוזה מועד מוגדר לתחילת תקופת השכירות, זו לא תחל אלא כשיעמיד המשכיר את המושכר לרשות השוכר. אולם יש לזכור, שעל פי סעיף 2, הוראות החוק יחולו באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים, ומכאן שאם הסכימו הצדדים על מועד התחלה, מועד זה הוא הקובע. ואמנם כך היה כתוב במפורש בהצעת החוק[1]: "לא הוסכם על תחילת תקופת השכירות, תתחיל התקופה עם מסירת המושכר לשוכר", וכן בדברי ההסבר: "ההנחה היא שבאין הסכם על מועד אחר, תתחיל התקופה עם מסירת המושכר לשוכר"[2]. סעיף 18 הוא אפוא בגדר סעיף השלמה למקרה שהצדדים הסכימו על משך השכירות בלא לקבוע את מועד תחילתה[3].

בדיון שלפנינו נבחן את שאלת תחילת תקופת השכירות בשני המקרים שהזכרנו: כשהצדדים לא קבעו מועד התחלה; כשקבעו מועד, אלא שהמשכיר לא עמד בהתחייבותו, ומסר את המושכר באיחור. שאלות אלה לא נדונו באופן ישיר במקורות התלמודיים ואף לא בפוסקים, אולם מתשובה אחת שהשיב מהרי"ט אפשר אולי להסיק מסקנות לענייננו, וכפי שיבואר להלן.

פרק שני

לא נקבע מועד התחלה

אם קבעו הצדדים ביניהם את משך השכירות מבלי לציין מועד התחלה, אין ספק שתקופת השכירות אינה מתחילה לפני שהועמד המושכר לרשות השוכר. הועמד המושכר לרשותו: האם מתחילה תקופת השכירות, כפי שנוקט החוק? או שמא אין היא מתחילה אלא משנטל השוכר

[1] הצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, סעיף 17, ה"ח 901, עמ' 292.

[2] נוסח הסעיף תוקן כנראה, משום שכפי שהערנו, לאור הוראתו הכללית של סעיף 2, מיותר לציין שהשכירות תתחיל עם מסירת המושכר, אם לא הוסכם על תחילת תקופת השכירות.

[3] ראה לרנר, סעיפים 29, 60.

את החזקה בפועל במושכר? מתשובה אחת שהשיב המהרי"ט[4], אפשר אולי להסיק, שהחלופה הראשונה היא הנכונה. המהרי"ט דן בחוזה שכירות שבו אמנם הסכימו הצדדים על מועד תחילת השכירות, אולם הוסכם גם בין הצדדים שהשוכר לא ישלם דמי השכירות אלא מהחודש שייכנס לבית. אף שהבית הועמד לרשותו, השוכר סירב לקבל אותו להחזקתו, וטען שעל פי החוזה הוא פטור מתשלום, שכן חיובו אינו מתחיל אלא משעה שייכנס לבית. המהרי"ט דוחה את הטענה, בין השאר מהנימוק, "שהמתחייב לעשות דבר ולא פירש באיזה זמן, חייב לעשותו בזמן הבא ראשון". מאחר שהתחייב השוכר לשלם דמי שכירות, אף שקבע שחיובו אינו אלא מ"שייכנס בבית", הרי חיובו מתחיל בהזדמנות הראשונה שיש לו להיכנס לבית, כלומר משהועמד המושכר לרשותו[5]. אולי אפשר להקיש מדברים אלה ולומר, שכשם שבנסיבות המקרה שדן בו המהרי"ט חיוב תשלום השכירות מתחיל ברגע שהמושכר ראוי ומועמד לשימושו של השוכר, שהוא "הזמן הבא ראשון" (אף שכתוב בחוזה, שהחיוב לא יתחיל אלא כשיחזיק במושכר), כך גם לעניין תחילת תקופת השכירות כשהצדדים לא קבעו מועד התחלה. כלומר, תקופת השכירות מתחילה עם העמדת המושכר לרשות השוכר (כפי שנתפרשה חובה זו בסעיף 5), משום שזהו "הזמן הבא ראשון", והשוכר אינו יכול לדחות את תחילת המועד על ידי דחיית נטילת החזקה במושכר. אם מסקנתנו נכונה, הרי שעמדת המשפט העברי זהה לעמדת החוק.

פרק שלישי

נקבע מועד התחלה

כאמור, על פי החוק, אם קבעו הצדדים ביניהם את מועד התחלת השכירות, מתחילה תקופת השכירות מאותו מועד. אם המשכיר אינו מעמיד את המושכר לרשות השוכר בזמן, הוא מפר בכך את חיובו הקבוע בסעיף 5, ולרשות השוכר עומדות התרופות הקבועות בחוק במקרה של הפרת חוזה. הוא יוכל אפוא לתבוע את ביטול החוזה (אם האיחור הוא כזה שגורם להפרה יסודית של ההסכם) או תשלום פיצויים. אולם הפרה זו אין בה כדי לדחות את מועד תחילת תקופת השכירות, ופירוש הדבר שאם לא יבטל השוכר את החוזה, תסתיים השכירות במועד המוסכם מלכתחילה, והוא לא יוכל לנצל את המושכר למשך הזמן המתוכנן[6].

נראה שגם לפי המשפט העברי, איחור במסירת המושכר עשוי בנסיבות מסוימות לזכות את השוכר בביטול החוזה[7]. אולם מהי עמדתו באשר לאופציה של הארכת תקופת השכירות בעקבות איחור במסירתו? לשם בירור שאלה זו נחזור לדברי המהרי"ט[8], ותחילה נשלים את

[4] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט.

[5] טענה נוספת שמעלה המהרי"ט היא, ש"יש לפרש לשון מהחדש שיכנס, שראוי ליכנס", שאם לא כן "יתבטל השטר לגמרי". אבל נדמה שדי בטיעון הראשון שהוא הרלוונטי לענייננו, ולא הוסיף את הטיעון הנוסף הזה אלא לרווחא דמלתא.

[6] ראה לרנר, סעיף 60.

[7] השווה דיוננו על סעיף 5, ליד ציון הערה 6. והשווה: שו"ת הריב"ש, סימן תקי.

[8] לעיל, הערה 4.

עובדות המקרה שהוא דן בו. הצדדים חתמו על חוזה שכירות דירה לתקופה של שלוש שנים, שמועד תחילתן נקבע לראש חודש תמוז. עקב עבודות שיפוץ בדירה, המשכיר לא היה יכול להבטיח שבאותו מועד תעמוד הדירה לרשות השוכר, ועל כן הוספה בחוזה הפסקה שראינו לעיל: "בין כתיבה לחתימה נתברר ביניהם [=הוסכם ביניהם], שמהחדש שיכנס בבית, יתחיל לפרוע השכירות". בגמר השיפוצים הועמדה הדירה לרשות השוכר, אך הלה סירב לקבל אותה לחזקתו, וטען שכל עוד לא נכנס לדירה הוא פטור מתשלום. לעיל ראינו שטענה זו נדחתה על ידי המהרי"ט, והשוכר חויב לשלם דמי שכירות מהמועד שנגמרו השיפוצים בדירה, והדירה הועמדה לרשותו. בדברי תשובתו, הוסיף המהרי"ט הערה חשובה לענייננו: "ואף על פי שעברו חדש או חדשים שלא נכנס לדור, מחמת שעדיין לא נגמר כל צרכיו [לא הושלמו השיפוצים], מכל מקום סוף זמן השכירות אינו אלא לסוף ל"ו חודשים נמנים מראש חדש תמוז". מכאן עולה לכאורה, שגם מהרי"ט בדעה, שאם הסכימו הצדדים על מועד תחילת השכירות, איחור במסירת המושכר אינו עילה להארכה מקבילה של תקופת השכירות.

אולם בדיוננו על סעיף 19 נראה[9], שיש הטוענים (אם כי הדבר שנוי במחלוקת), שמניעת שימוש זמנית במהלך תקופת השכירות היא עילה לדחיית מועד סיום השכירות. אם כך הדין כשנמנע השימוש באמצע תקופת השכירות, אין סיבה שלא יהיה כך גם כאשר המניעה היא כבר בהתחלה. ואולי אף המהרי"ט לא פסק כפי שפסק אלא משום שמתוך החוזה ניכר שהצדדים נתנו את דעתם לעניין דחיית מועד הכניסה לדירה (ובשל כך פטרו את השוכר מתשלום דמי השכירות עד שתתאפשר כניסתו), אולם הם לא קבעו שיידחה מועד הסיום במקביל. שאלה זו צריכה אפוא עוד עיון נוסף.

פרק רביעי

סיכום

לא קבעו הצדדים מועד להתחלת השכירות, נראה שתקופת השכירות אינה מתחילה אלא משעה שהועמד המושכר לרשות השוכר.

קבעו הצדדים את מועד ההתחלה, ובאותו מועד לא העמיד המשכיר את המושכר לרשות השוכר, לא ברור אם יש לשוכר זכות לדחות את מועד סיום השכירות בהתאם, אם לאו. נשוב ונדון בשאלה זו בסעיף 19.

נמצא שניסוחו של סעיף 18 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

[9] פרק שלישי, ה, עמ' 440.

סעיף 19

סיום השכירות

סיום השכירות

19. (א) לא הוסכם על תקופת השכירות, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השכירות על ידי מתן הודעה לצד השני.

(ב) ניתנה הודעה כאמור בסעיף קטן (א), תסתיים השכירות —

(1) כשנקבעו דמי השכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות — בתום התקופה המתחילה בסמוך לאחר מתן ההודעה, או כעבור שלושה חדשים לאחר מתן ההודעה, הכל לפי המועד הקצר יותר;

(2) בכל מקרה אחר — במועד שנקבע לכך בהודעה, ואם מועד זה היה בלתי סביר — תוך זמן סביר לאחר מתן ההודעה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 407

פרק שני: שכירות שאינה קצובה — "לא הוסכם על תקופת השכירות" 408

א. הודעת סיום — "רשאי כל צד לסיים... על ידי מתן הודעה לצד השני" 408

(1) "נקבעו דמי שכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות" 409

(2) נקבעו דמי שכירות שלא לפי תקופות — "בכל מקרה אחר" 414

ב. צורך עצמי 414

ג. הצעת שוכר חלופי או מושכר חלופי 417

ד. דמי השכירות 417

פרק שלישי: שכירות קצובה 419

א. תום התקופה 419

ב. צורך עצמי 422

ג. מיתת השוכר 429

ד. הצעת שוכר חלופי או מושכר חלופי 439

ה. הארכת תקופת השכירות עקב מניעת שימוש זמנית 440

פרק רביעי: שכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה — "המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה" 442

א. הודעת סיום — "רשאי כל צד לסיים... על ידי מתן הודעה לצד השני" 442

ב. דמי השכירות 446
פרק חמישי: סיכום 448

מבוא

הכותרת של הסעיף שלפנינו — סיום השכירות — אינה הולמת את תוכנו אלא באופן חלקי. מעיר על כך לרנר[1], המציין בצדק שמאורעות רבים מתחום דיני הקניין או דיני הנזיקין עלולים להביא לסיום השכירות, כגון אבדן המושכר, ביטול החוזה בשל הפרה, וכדומה. הסעיף אינו מתייחס לאופנים אלו כלל, אלא הוא מייחד את הדיבור אך ורק לשאלת סיומה של השכירות, כשהצדדים לא קבעו את משך תקופתה, או שהמשיכו בשכירות מעבר לאותה תקופה. הסעיף עוסק אפוא בשאלת סיום השכירות בהתאם לחוזה "במובן המצומצם".

הסעיף מכיל שני עקרונות: האחד מפורש והשני משתמע. העיקרון המפורש הוא, שאם לא קבעו הצדדים מראש אימתיי תסתיים השכירות, בין שלא נתנו את דעתם לשאלה זו בחוזה ובין שקבעו מועד, אלא שהמשיכו לקיים את השכירות מעבר לאותו מועד, הרי שהצד המעוניין לסיים את השכירות, לא יוכל לעשות זאת באופן פתאומי. החוק דורש ממנו להודיע על סיום השכירות לצד השני, ורק לאחר חלוף פרק זמן מסוים ממתן ההודעה, תגיע השכירות לסיומה. פרק זמן זה משתנה בהתאם לשאלה אם חוזה השכירות כולל הוראה בדבר דמי שכירות מסוימים לתקופות קצובות (כמקובל בשכירות דירות לדוגמה), או שאינו כולל הוראה כזו (כמקובל לדוגמה בחוזי השכרת רכב, הקובעים את דמי השכירות גם לפי קילומטרז'). ברור שמטרת אותו פרק זמן בין מתן ההודעה והסיום היא, שלא להפתיע את הצד השני, ולתת לו שהות להתארגן לקראת סיום השכירות: לשוכר ניתנת שהות למצוא מושכר אחר; ולמשכיר — למצוא שוכר אחר[2].

העיקרון המשתמע מן הסעיף הוא, שאם קבעו הצדדים תקופה מסוימת לשכירות, השכירות מגיעה לסיומה בתום אותה תקופה, מבלי שיצטרך אף צד לנקוט פעולה כלשהי. בתום התקופה המוסכמת, השוכר מפנה את המושכר, ומפסיק לשלם דמי שכירות, בלי צורך להודיע על כך

[1] לרנר, סעיף 188.

[2] לרנר מעיר בסעיף 193, ששאלת סיומה של שכירות שלא נקבע לה מועד היא חלק משאלה רחבה יותר של חוזים שלא נקבע מועד סיומם. גם שם מקובלת בפסיקה הגישה כי חוזים אלה ניתנים לסיום על ידי כל צד, לאחר מתן הודעה זמן סביר מראש, בכדי שיוכל הצד השני להתארגן למצב החדש. לדעתו, הדין לעניין סיומה של שכירות סוטה מהדין הכללי לגבי חוזים שלא נקבע זמנם, והרי נימוקו: "פרק הזמן שלאחר מתן ההודעה, בסעיף 19, לא נועד להעניק לצדדים שהות להתארגן לקראת סיום השכירות, שהרי שהות כזו צופה פני העתיד ואינה תלויה באופן חישובם של דמי השכירות. קביעת דמי השכירות לפי תקופות קצובות מתפרשת על ידי המחוקק כהסכמה של הצדדים לא לסיים את החוזה באמצע 'תקופת תשלום'. בקביעת צורת התשלום יש הסכמה מסויימת, לגבי פרט אחד, בקשר למשך השכירות. המחוקק נוטה להתחשב, לכל הפחות לגבי תקופות קצרות, ברצון הצדדים שבא כאמור לידי ביטוי באופן חישובם של דמי השכירות". כשלא נקבעו דמי השכירות לפי תקופות, יסכים לרנר, שדרישת הסעיף למתן הודעה מוקדמת נועדה להעניק לצדדים שהות להתארגן לקראת סיום השכירות. אשר לדבריו על שיקולי המחוקק בשכירות שנקבעו בה דמי שכירות לתקופות קצובות, ראה דברינו להלן, ליד ציון הערה 23.

למשכיר. המשכיר מצדו יכול לפנות את השוכר מהמושכר, ואין צורך שיודיע לו על פינויו לפני תום התקופה. ההנחה שבבסיס העיקרון האמור היא, שמאחר שהצדדים יודעים היטב שהשכירות מסתיימת, יש להם אפשרות להיערך לכך מבעוד מועד, השוכר מחפש לו מושכר אחר והמשכיר מחפש לו שוכר אחר.

בהצגת עמדת המשפט העברי בשאלת סיום השכירות, נדון תחילה בסיומה של שכירות שהצדדים לא קבעו לה מועד סיום — שכירות שאינה קצובה. לאחר מכן, נדון בשכירות שהצדדים הסכימו בה מראש על מועד הסיום — שכירות קצובה. במסגרת זו נבחן אם מיתת השוכר או צורך עצמי של המשכיר עשויים להביא לקיצור התקופה הקצובה[3]. וכן להפך, אם פגם שמנע את השימוש במושכר במשך התקופה, עשוי לשמש עילה לשוכר לדרוש את הארכתה. דיונים אלה יראו לנו שהעקרונות המשפטיים שסקרנו לעיל קבועים כבר במשפט העברי. לבסוף נבחן את השאלה, האם חוזה שכירות שנמשך מעבר לתקופה הקצובה הוא כחוזה שלא נקבע לו מועד סיום, כפי האמור בחוק וכפי שנוקטות שיטות משפט מודרניות אחרות[4]? או שמא יש לו דין מיוחד?

פרק שני

שכירות שאינה קצובה — "לא הוסכם על תקופת השכירות"

א. הודעת סיום — "רשאי כל צד לסיים... על ידי מתן הודעה לצד השני"

הדוגמאות הקלאסיות לשכירות לא קצובה הן, כשנקבעו דמי שכירות לתקופות קצובות אך הצדדים לא קבעו את מספר התקופות, כגון דירה שהושכרה בסך מסוים לכל חודש אך לא הוסכם לכמה שנים[5], או שנקבעו דמי השכירות לפי קריטריון שאינו קריטריון הזמן, כגון שנקבעו דמי השכירות בהשכרת רכב לפי קילומטרז' ולא לפי תקופות[6]. בשני המקרים הדרך לסיום השכירות היא מתן הודעה לצד השני על הכוונה לסיים את השכירות. אולם החוק מבחין בין שני האופנים האלה, לעניין קביעת פרק הזמן שבין מתן ההודעה לבין הסיום, ועל כן גם אנו נדון בהם בנפרד.

[3] כפי שהוא לדוגמה בחוק השוויצרי, ראה: Code des obligations, art. 266g, 266i. והשווה סעיף 29(א) לחוק בעניין סיומה המוקדם של שאילה.
עילות נוספות לסיומה המוקדם של השכירות נידונו כבר לעיל במקומות שונים, כגון בדיוננו על: סעיף 9 (בעניין אי־תיקון פגם במושכר); סעיף 10 (בעניין הכבדה על השימוש); סעיף 11 (בעניין הפרעה מכוונת של המשכיר לשימושו של השוכר); סעיף 12 (בעניין אי־קבלת המושכר על ידי השוכר); סעיף 13 (בעניין אי־תשלום דמי השכירות); סעיף 15 (בעניין מניעת השימוש במושכר); סעיף 16 (בעניין שימוש לא נאות של השוכר במושכר), ועוד. אולם, כאמור, סעיף 19 עוסק בסיום השכירות "במובן המצומצם", ועל כן לא נדון במסגרתו אלא בשתי העילות המוזכרות בפנים.

[4] ראה לדוגמה: Code civil, art. 1738; Code des obligations, art. 266.

[5] השווה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סו, שמסתפק במי שהשכיר "בכך וכך לשנה", אולי הכוונה היא לשנה אחת, היינו שכירות קצובה, ודן בשאלה זו באריכות. וראה להלן, הערה 56, בעניין "סתם שכירות — שלושים יום".

[6] ראה: דברי ההסבר להצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, סעיף 18, ה"ח 901, עמ' 292.

(1) "נקבעו דמי שכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות"

כאמור במבוא לסעיף זה, כאשר אין לשכירות זמן סיום קבוע, לא תסתיים השכירות אלא במתן הודעה לצד השני, ולאחר חלוף זמן מסוים מיום מתן ההודעה. משך אותו הזמן הוא פונקציה של ההסכם שבין הצדדים בדבר קביעת דמי השכירות: "כשנקבעו דמי שכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות — בתום התקופה המתחילה בסמוך לאחר מתן ההודעה, או כעבור שלושה חודשים לאחר מתן ההודעה, הכל לפי הקצר יותר". לדוגמה, אם נקבעו דמי שכירות חודשיים, וניתנה ההודעה באמצע חודש, תסתיים השכירות בסוף החודש שלאחריו (ולא בסוף החודש שניתנה בו ההודעה)[7]. אם נקבעו דמי שכירות שנתיים, תסתיים השכירות בחלוף שלושה חודשים מיום מתן ההודעה.

יש להעיר על תוצאה לא רצויה של הוראת החוק בניסוחה הנוכחי. על פי ההוראה, בשכירות נכס שנקבעו לה דמי שכירות שנתיים (בלא לקבוע לכמה שנים), המשכיר יהיה רשאי לסיים את השכירות כבר באמצע השנה הראשונה לשכירות, ובלבד שיודיע על כך לשוכר שלושה חודשים מראש. אמנם ייתכן שבמקרה כזה בית המשפט יקבע שכוונת הצדדים הייתה שתהיה השכירות לפחות לתקופה שלמה אחת, ומשום כך הוא לא יתיר למשכיר לסיים את השכירות באמצע התקופה הראשונה לשכירות, אולם ראוי היה שייאמרו הדברים במפורש.

באופן עקרוני, גישת המשפט העברי דומה לגישת החוק. אמנם, מעיקר הדין, אפילו כשנקבעו דמי שכירות לתקופות קצובות, אם לא הסכימו מראש על מספר התקופות, משחלפה התקופה הראשונה[8], כל צד רשאי לסיים את השכירות אימת שהוא רוצה. אולם מאחר שסיום פתאומי של השכירות עלול לגרום נזק לצד השני, שלא היה ערוך לכך, תיקנו חכמים, שעל

[7] בכך שינה החוק ממה שנאמר בהצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, סעיף 18, שם נקבע שהשכירות תסתיים "כעבור תקופה לאחר מתן ההודעה כתקופה שנקבעה לחישוב דמי השכירות". בדוגמה שהבאנו בפנים, משמעות הדבר, שעל פי הצעת החוק, הייתה השכירות מסתיימת חודש לאחר מתן ההודעה. נמצא שהתקופה שבין ההודעה לסיום ארוכה יותר על פי החוק מאשר על פי הצעת החוק.

[8] כך אפשר להסיק משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצד. באותה תשובה, דן הרשב"א בשכירות שנקבעו לה דמי שכירות שנתיים בלא שנקבע מועד סיום. הרשב"א כותב, בין השאר: "בא להוציאו משם, משנה ראשונה ואילך אינו רשאי, אלא אם כן הודיעו זמן קצוב". מכאן שהיה ברור לו, שלפני תום השנה הראשונה, המשכיר אינו יכול להוציא את השוכר אף בהודעה מוקדמת מראש. ונראה שכך אפשר להסיק גם מסמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק טז. הסמ"ע קובע, שלעניינים מסוימים, דין התקופה הראשונה של השכירות כדין שכירות קצובה, ומכאן שגם הוא יסכים שאין לסיים שכירות שנתית לפני תום השנה הראשונה. אמנם דבריו אמורים בשכירות חודשית, שלא נקבע לה מועד סיום, ולא בשכירות שנתית. אולם כשם שבעיקרון אדם ששכר בית, ולא הוסכם על משך השכירות, נאמר עליו, "אין שכירות פחות משלושים יום", ומעיקרון זה הסיק הסמ"ע שאין להוציאו במשך החודש הראשון לשכירות, כך אדם ששוכר בכך וכך לשנה, ברור מכללא שכוונת הצדדים הייתה לשכירות שתארך לא פחות משנה. והשווה: ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף יא. הט"ז קובע, בניגוד לסמ"ע, שאין לפנות את השוכר באמצע חודש כלשהו, ולא דווקא באמצע החודש הראשון לשכירות, שכן לדעתו, משהתחיל חודש חדש, נחשב המושכר כקניינו של השוכר למשך אותו חודש. אם צדקו דברינו כאן, שאין הבדל עקרוני בין שכירות חודשית לשכירות שנתית, צריך להסיק מדבריו, שאין להוציא את השוכר באמצע תקופה כל שהיא (ולאו דווקא התקופה הראשונה), שכן במשך התקופה נחשב המושכר כקניינו של השוכר (אמנם על פי זה יוצא, שהט"ז חולק על תשובתו המפורשת של הרשב"א. אולם נראה בכל זאת שזאת היא דעתו, כפי שעולה מההיקש שהוא עושה שם לדין החל במקום שיש בו ראשי שנים לשכירות). והשווה להלן, הערה 16.

הצד המבקש לשים קץ לשכירות להודיע לצד השני על כוונתו, והשכירות תסתיים רק לאחר חלוף פרק זמן מסוים מיום ההודעה[9]. בלשון הפוסקים נקראת הודעה זו "הודעה מקודם".

מקור התקנה הוא במשנת בבא מציעא[10], כפי שנתפרשה בתלמוד[11]: "המשכיר בית לחבירו: בימות הגשמים — אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח; בימות החמה — שלשים יום; ובכרכים, אחד ימות החמה ואחד ימות הגשמים — שנים־עשר חדש; ובחנויות, אחד עיירות ואחד כרכים — שנים־עשר חדש. רבן שמעון בן גמליאל אומר: חנות של נחתומים ושל צבעים — שלש שנים". האמורא רב יהודה מסביר: "להודיע קתני. והכי קאמר: המשכיר בית לחבירו סתם — אין יכול להוציאו בימות הגשמים מחג ועד הפסח, אלא אם כן הודיעו שלשים יום מעיקרא". התלמוד מוסיף שיש ברייתא הקובעת זאת במפורש, ומדגישה שחובת ההודעה היא הדדית: "תניא נמי הכי: כשאמרו שלשים, וכשאמרו שנים־עשר חדש — לא אמרו אלא להודיעו. וכשם שמשכיר צריך להודיע כך שוכר צריך להודיע, דאמר

[9] יש לציין, שיש מי שסבור שדרישת ההודעה מראש לשם סיום השכירות אינה אמורה אלא בתקופה שבה אין היצע של דירות. אם יש היצע של דירות, אפשר לסיים את השכירות בסוף כל תקופה בלא הודעה מוקדמת. זו דעת הראב"ד, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה והראב"ד כתב, ולדעתו הסכים הרשב"א, שם, ד"ה ונראה לי (מובא גם, בחידושים המיוחסים לריטב"א, בבא מציעא, שם, ד"ה אמר רב יהודה). הרשב"א מוסיף בסוף דבריו, שדברי הראב"ד (שבקיץ, מאחר שיש היצע של דירות, אין צריך הודעה מראש), נכונים רק עד חודש לפני החורף, שכן באותו זמן כבר מתחילים השוכרים לשכור בתים, ואם יוציא אותו אחר זמן זה, לא ימצא עוד דירה לשכור, "ולפיכך צריך הוא להודיעו קודם חצי אלול יום או יומיים". לעומתם, הרמב"ם (הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ז) והרמב"ן (בחידושיו לבבא מציעא קא ע"ב, ד"ה אמר רב יהודה), סבורים שבכל מקרה אין לסיים שכירות בלא הודעה מוקדמת של שלושים יום לפחות. דעה אחרונה זו היא שנפסקה להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ה. וראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ח; ביאור הגר"א, שם, ס"ק יד. וראה גם: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ז.

[10] משנה, בבא מציעא ח, ו.

[11] ראה: בבא מציעא קא ע"ב.

מקור הדרישה להודעה מוקדמת לשם סיום השכירות הוא תקנת חכמים, אף שהתלמוד אינו אומר זאת במפורש. כך סבורים: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רפו; חכמת שלמה (קלוגר), סימן שיב, סעיף א, ד"ה אפילו נפל ביתו של משכיר; ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף יא, ד"ה יכול להוציא; שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סימן עה; מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי"ן, אות קמא; שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן תריג (וכן ראה בספרו על השולחן ערוך, ערך ש"י, חו"מ, סימן שיב, סעיף יד); שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פו. והשווה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיב, סעיף יג, משם משתמע שהצורך במתן הודעה מראש הוא מכוח אמדן דעת הצדדים, שהצד השני ינהג בסבירות ולא ישים קץ לשכירות במפתיע. אולם נראה ש"ערוך השולחן" אינו חולק על העובדה שדרישת ההודעה המוקדמת היא תקנת חכמים, אלא רצה להסביר רק את יסוד התקנה.

עוד יש לציין, שאמנם כל המקרים של חובת הודעה שמדובר עליהם בתלמוד עוסקים בשכירות מקרקעין. אולם לדעתנו אין להסיק מכך שהתקנה מצומצמת לשכירות כזו בלבד, ואינה חלה על שכירות מיטלטלין. התלמוד לא דיבר אלא בהווה, שבשכירות מקרקעין יש קושי גדול לשוכר למצוא פתרון חלופי (ראה דברי הראב"ד, לעיל, הערה 9). והשווה: חסדי דוד, על התוספתא, בבא מציעא, פרק ח, ד"ה והנה נסתפקתי, שמדבריו נראה לכאורה שהתקנה אינה חלה על מיטלטלין: "יש לחלק בין שאלת כלי וכיוצא בזה לשאלת בית לדור, דלא דמי לכלי, דמשום חד יומא דצריך לו למלאכתו טרח ושאל, מה שאין כן בבית, דשואל לדור". אולם דווקא משם נראה, שהעיקר הוא טעם התקנה. על פי טעם התקנה, הוא מגיע למסקנה שהיא חלה גם על שאילה, ולא רק על שכירות. ועל פי אותו טעם, יש לקבוע שגם במיטלטלין, אם עלולה להיגרם אי־נוחות רבה לשוכר עקב סיום פתאומי של השכירות, חלה חובת הודעה מראש. והשווה: החוק השוויצרי, Code des obligations, art. 266f, המחייב בהודעה מוקדמת של שלושה ימים בשכירות מיטלטלין.

ליה: אי אודעתן — הוה טרחנא ומותיבנא ביה איניש מעליא [=אילו הודעת לי (מראש) הייתי טורח ומושיב בו אדם טוב]". כל הראשונים, לבד מרש"י[12], פירשו ש"המשכיר בית לחבירו סתם", הכוונה שהצדדים אמנם הסכימו על סך דמי השכירות לחודש, אבל לא קבעו לכמה חודשים, כלומר שחובת ההודעה מראש אמורה בשכירות שאינה קצובה בזמן[13]. וכך מסכם הרמב"ם[14] את ההלכה בעניין שכירות מקרקעין: "המשכיר בית לחבירו סתם[15] [בלי שקבע את משך השכירות], אינו יכול להוציאו עד שיודיע לו שלשים יום מקודם[16], כדי לבקש מקום, ולא יהיה מושלך בדרך, ולסוף השלושים, יצא. במה דברים אמורים? בימות החמה. אבל בימות הגשמים, אינו יכול להוציאו מן החג [=סוכות] ועד הפסח... במה דברים אמורים? בעיירות. אבל בכרכים, אחד ימות החמה ואחד ימות הגשמים, צריך להודיעו שנים־עשר חדש מקודם. וכן בחנות, בין בכרכים בין בעיירות, צריך להודיעו שנים־עשר חדש מקודם. כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלשים יום בעיירות, או מקודם שנים־עשר חדש בכרכים, כדי שיבקש שכן, ולא ישאר ביתו פנוי. ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת[17], אלא יתן השכר[18]".

[12] לפירושו של רש"י בסוגיה והגיון שיטתו, ראה להלן, בדיוננו על שכירות קצובה, הערה 44.

[13] וראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ו, שאם לא נקבעו דמי שכירות לתקופות קצובות, אלא הייתה השכירות "סתם" ממש, לא תוקנה תקנה בדבר חובת הודעה מראש, משום שאין לצדדים ציפייה סבירה להמשך השכירות. ראה על כך להלן, הערה 58. ואולם השווה לעיל, הערה 11, בדעת "חסדי דוד", שכנראה אינו מסכים עם גישתו, שכן לדעתו תקנת ההודעה חלה גם בשאילה, אף שוודאי אין לדבר שם על תקופות קצובות לתשלום.

[14] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ז. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיפים ה־ז.

[15] ראה: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ז: "ופירוש 'סתם', כגון ששכרו בכך וכך לחדש, ולא פירש לכמה חדשים". וראה לעיל, הערה 13.

[16] וראה: ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף יא (הוזכר לעיל, הערה 8). מדבריו עולה, שבמשך כל חודש מחודשי השכירות, המושכר הוא בכל זאת כקנוי בידי השוכר, וזאת אף שהשכירות אינה קצובה (ומשום כך, באמצע תקופה שדמי השכירות נקבעו לפיה, צורך עצמי אינו יכול לשמש עילה לפינויו המוקדם של השוכר. ראה להלן, עילת צורך עצמו בשכירות קצובה). לכן, לדעתו, אין די בהודעה מוקדמת של שלושים יום, המשכיר חייב להמתין עד לסיומו של החודש שמסתיימת בו תקופת ההודעה. על פי מה שכתבנו לעיל, הערה 8, נראה שהוא הדין אם נקבעו דמי שכירות לתקופות ארוכות יותר, כגון כך וכך לשנה, שלא יוכל להוציאו באמצע השנה, אלא רק בסופה. ואולם השווה: שו"ת מהר"י בן לב, חלק ד, סימן כח, שמדבריו עולה, שהמשכיר יכול להוציא את השוכר אפילו לאחר שכבר התחילה תקופת תשלום נוספת. הסייג היחיד הוא, אם יש ראשי שנים לשכירות (שהשוכר לא ימצא באמצע השנה בית אחר), שאז אינו רשאי להוציאו באמצע תקופה. וראה גם: שו"ת בית המלך (חסון), סימן ח.

[17] מלשונו של הרמב"ם — "כדי שיבקש שכן, ולא ישאר ביתו פנוי. ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת, אלא יתן השכר" — משתמע שלא זו בלבד שהשוכר צריך להמשיך ולשלם דמי שכירות, אלא גם אינו רשאי לנטוש את המושכר. הטור, חו"מ, סימן שיב, סעיף ח, כותב לעומתו: "ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת, אלא אם כן יתן לו השכר". מדבריו משתמע, שהשוכר רשאי לנטוש את המושכר, ובלבד שימשיך לשלם את דמי השכירות. השווה: הגהת הרמ"א, חו"מ, סימן שטז, סעיף א: "ואם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין, ורוצה לשלם למשכיר, יכול המשכיר להשכירו לאחרים". בעניין שימוש מופחת, ראה דיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 47 ואילך, ושם ליד ציון הערה 102.

[18] שער משפט, סימן שיב, ס"ק ב, מעיר על קושי בהלכה זו: אי־מתן הודעה מוקדמת אינו לכאורה אלא בגדר גרמא (שבגרמתו, המשכיר אינו מספיק למצוא לו שוכר חלופי), והלא ידוע ש"גרמא בנזיקין — פטור", ואם כן כיצד נפסק ששוכר שנטש בלא הודעה מוקדמת, חייב להמשיך ולשלם דמי שכירות? אמנם, אומר "שער משפט", ייתכן שהרמב"ם מסכים לשיטת הרמ"ה (המובאת בטור, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו), ולפיה הנועל

את ביתו של חברו ואינו מאפשר כניסה לבית, אינו בגדר גרמא בעלמא, אלא חייב לשלם כל השכירות. ראה: א׳ שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 144; וראה שם, הערה 13. לעומת זאת, מוסיף ״שער משפט״, דעת הטור והרמ״א אינה כדעת הרמ״ה. נמצא שלשיטתם, השוכר שנטש את המושכר בלא הודעה מוקדמת, ולא גרם הפסד למשכיר אלא באופן עקיף, היה צריך להיות פטור. כיצד אפוא הם יכולים להסכים להלכה זו, שהשוכר חייב לשלם דמי שכירות אף כשכבר נטש את המושכר? מכוח שאלה זו, ״שער משפט״ מגיע למסקנה, שלשיטת אותם פוסקים, כוונת ההלכה — ״אלא יתן השכר״ — אינה לחיוב משפטי, אלא לחיוב דתי־מוסרי, לצאת ידי שמים, שכן ״גרמא בנזיקין — אסור״ (ראה: בבא בתרא כב ע״ב). במילים אחרות, שוכר המפר את חיובו, ונוטש את המושכר בלא הודעה מוקדמת, אין למשכיר עילה משפטית נגדו (אמנם המשכיר יכול לנקוט באמצעים כדי למנוע ממנו את נטישת המושכר, שכן, כאמור, ״גרמא בנזיקין — אסור״, אולם בדיעבד, אם יעזוב השוכר את המושכר, לא תהיה למשכיר עילה משפטית נגדו).

נחלת צבי, חו״מ, סימן שיב, על סעיף ז (מודפס בסוף שולחן ערוך, חו״מ), דוחה את דברי ״שער משפט״. לדעתו: ״לא דמי כלל להא דסימן שסג, סעיף ו, בהגה [=ברמ״א], דשאני הכא, שירד בתחילה בתורת שכירות״. לשון אחר, טעות היא להחיל את דיני הנזיקין על שוכר הנוטש את המושכר. יש לזכור, שבין השוכר והמשכיר קיימים יחסים חוזיים, הם קשורים זה עם זה מכוח הסכם שכירות. על פי הכללים שקבעו חכמים, יחסים חוזיים אלה אינם מסתיימים אלא אחר חלוף תקופת ההודעה המוטלת על השוכר. אשר על כן, אין כל פלא, גם לא לשיטת הטור והרמ״א, שהשוכר נושא בתשלום דמי השכירות גם עבור תקופת ההודעה, אף כשכבר נטש את המושכר. נטישת המושכר כפעולה חד־צדדית אין בה כדי לשים קץ לשכירות, וממילא אין כל יסוד לפטור את השוכר מחיוביו. כתימוכין לדבריו, מביא ״נחלת צבי״ את תשובת נודע ביהודה, מהדורא תנייאא, חו״מ, סימן נו. והשווה: שו״ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן נב, ס״ק ד (=פד״ר, כרך ו, עמ׳ 109, בעמ׳ 113).

והשווה: ערך ש״י, חו״מ, סימן שיב, סעיף יד. גם הוא דוחה את דברי ״שער משפט״, אולם מטעם שונה (נציין שבדבריו אין התייחסות לדברי ״נחלת צבי״). לדעתו, חיובו של השוכר לשלם דמי שכירות אף שנטש את המושכר, יסודו בדברי הריטב״א, בבא מציעא עג ע״ב, ד״ה האי מאן: ״...זה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו, ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבהחיא הנאה דסמיך עליה, ונתן לו ממונו, משתעבד ליה מדין ערב. וזה ענין שכירות פועלים... שחייבין לשלם לבעל הבית מה שמפסיד, כשחזרו בהן, או שבעל הבית חייב לשלם להן מה שמפסידין, דכיון שסמכו זה על זה, נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו. וזה דין גדול״. לשון אחר, אמנם ״גרמא בנזיקין — פטור״, אולם יש סייג חשוב לכלל זה: הכלל אינו חל כאשר נגרם נזק כתוצאה מהפרת התחייבות שהצד השני הסתמך עליה. וזהו המצב כאן: מאחר שהשוכר לא הודיע על סיום החוזה (אף שהיה חייב לעשות כן), סמך על כך המשכיר, ולא חיפש שוכר חלופי, לכן אי־אפשר להחיל על נטישת המושכר וסיומה הפתאומי של השכירות את הכלל ״גרמא בנזיקין — פטור״. עוד מוסיף ״ערך ש״י״, שייתכן לומר שהחיוב במקרה זה הוא מכוח תקנת חכמים (המבוססת על אותו היגיון). לעניין סייג דיני גרמא בנזיקין, השווה: י״ש קפלן, ״יסודות נזיקיים בדיני הערבות במשפט העברי״, שנתון המשפט העברי, כרך ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג) 359. על דין ערב ראה עוד: א׳ ורהפטיג, למהותו של החוזה במשפט העברי — לבעיית קנין דברים, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל״ח, עמ׳ 291־297; ליפשיץ, אסמכתא, פרק שלישי, עמ׳ 209־223. והשווה דיוננו על סעיף 11, ליד ציון הערה 36, שם ראינו שגם בהקשר אחר הסתמך ״ערך ש״י״ על שיטת הריטב״א. וראה דיוננו לעיל, סעיף 9, הערה 43.

ההבדל היסודי בין גישותיהם של שני חכמים אלה הוא, שהראשון מבסס את חיוב השוכר על כך שחוזה השכירות לא נסתיים עקב הנטישה; ואילו השני סבור, שאמנם הנטישה שמה קץ לשכירות, אלא שהפרת חובת מתן הודעה מזכה את המשכיר בתשלומי נזיקין (מדין ערב, כשיטת הריטב״א).

וראה: דברי גאונים, כלל קד, סימן יט, שגם הוא חולק על ״שער משפט״. הוא מאמץ את הסברו של ״נחלת צבי״, ודוחה את הסברו של ״ערך ש״י״. הוא מעלה שני טיעונים עיקריים נגד ״ערך ש״י״. ראשית, לשיטת הטור, לא ייתכן לבסס את ההלכה המחייבת את השוכר הנוטש את המושכר בתשלום דמי שכירות על סברת הריטב״א, שכן הרא״ש (ובעקבותיו הטור) אינו מקבל סברה זו. לשיטת הרא״ש (בפסקיו, בבא מציעא, פרק ה, סימן סט), אם לא הייתה התחייבות מפורשת לפיצוי במקרה של הפרת התחייבות, דין הפרת ההתחייבות כדין גרמא בעלמא, והמפר פטור (נעיר, שזה אמנם קושי על תירוצו הראשון של ״ערך ש״י״, אולם לפי

כפי שאפשר לראות, הרמב"ם קובע בעקבות התלמוד[19] פרקי זמן שונים בהתאם לנסיבות של כל מקרה. כך, מאחר שבתקופת התלמוד (וכנראה גם בתקופת הרמב"ם), בערים גדולות, לא היה היצע גדול של דירות, פרק הזמן שבין ההודעה לסיום נקבע לשנה ולא לשלושים יום בלבד. מאותה סיבה הבחינו בין קיץ וחורף, שכן בזמנם בתקופת החורף לא היה היצע של דירות להשכרה, ומה עוד שמניעת קורת גג מן השוכר בחורף הקר, אפילו לפרק זמן מוגבל, היא פגיעה קשה בו יותר מאשר בקיץ החם. כמו כן קבעו ארכה מיוחדת לסיום שכירות חנות כדי לא לפגוע בעסקו של השוכר וכדי לאפשר לו לקבל תשלומים על סחורות שמכר באשראי. אמנם לכאורה שיקולים אלה אינם נוגעים לעניין אלא כאשר המשכיר הוא המבקש לסיים את השכירות. אבל אם השוכר מבקש לסיים את השכירות, אין הצדקה לדרוש שהוא יודיע על כך יותר משלושים יום מראש, יהיה המושכר היכן שיהיה (בעיר או בכפר), תהיה העונה אשר תהיה (קיץ או חורף), ויהיה אופי המושכר אשר יהיה (חנות או דירה). נשאלת אפוא השאלה, מדוע נקבע, ש"כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלשים יום בעיירות, או מקודם שנים עשר חדש בכרכים, כדי שיבקש שכן, ולא ישאר ביתו פנוי"? נראה שמאחר שהשוכרים הבאים בחשבון כבר שכרו בית (לפני החורף) או שהם זקוקים לשהות מה לפני כניסה למושכר חדש (כגון שוכר חנות, שצריך לקבל פירעון חובות לקוחותיו בחנותו הקודמת, לפני שהוא נכנס לחנות חדשה), הרי סביר לדרוש מן השוכר הודעה מוקדמת זהה לזו שחייב לתת לו המשכיר[20] (אם כי נודה שהסבר זה אינו מתאים לעיירות, שם לכאורה ברור שהשוכר זקוק לזמן ארוך יותר מאשר המשכיר. וצריך עיון[21]).

תירוצו השני, שיש כאן תקנת חכמים, אין מקום לשאלה). שנית, גם אם נקבל את סברת הריטב"א, הרי דברי הריטב"א אינם אמורים אלא במי שהתחייב חיוב כלשהו, והפר אותו. כאן לא הייתה הבטחה מפורשת להישאר במושכר, ועל כן אין מקום לחיוב אפילו לשיטתו (גם כאן נעיר, שאין קושי של ממש. אמנם לא הייתה התחייבות מפורשת, אולם מאחר שישנה תקנה המחייבת אותו במתן הודעה, הרי שהימנעות מהודעה כמוה כהתחייבות שלא לנטוש את המושכר, ואין כל צורך בהבטחה מפורשת. ראה בעניין דומה: חכמת שלמה, חו"מ, סימן שיב, סעיף א (בסופו)). וראה שם, שהוסיף עוד שני נימוקים: חוזה מכללא ו"דינא דגרמי" ("ברי היזקא"). אולם נראה שנימוקים אלה תקפים רק ביחס למה שנפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יד, בשם הרא"ש, בעניין מקום שיש שם ראשי שנים לשכירות בתים, ולא במקרה הרגיל הנדון שם, בסעיף ז. בעל "ערך ש"י" כותב בסוף דבריו: "ובדברי גאונים, כלל קד, סימן יג [צ"ל: יט] בדה טעמים מלבו, שלא עלה על דעת הרא"ש, כמבואר למעיין בלשון הרא"ש" (נראה שדברים אלה נוספו על ידו במהדורה מאוחרת, לאחר שראה את מה שכותב עליו "דברי גאונים").

וראה עוד: שו"ת קנין תורה (הורוביץ), חלק ג, סימן סז, דיון ארוך בשאלה זו (נעיר שהמשיב לא היה צריך להיזקק לסוגיה זו כלל, שכן המקרה שנידון לפניו היה של שכירות קצובה, ובשכירות קצובה אין חולק על כך שהשוכר חייב לשלם דמי שכירות, בין אם הוא משתמש במושכר ובין אם לאו. ראה: שו"ת הרשב"א, להלן, הערה 99). והשווה גם: שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק רביעי, סימן כ.

וראה: שו"ת הרשב"ש, סימן צא, משם עולה שעל כל פנים על המשכיר מוטלת החובה, מדין השבת אבדה, למצוא שוכר חלופי, וכך תקטן חובת תשלום דמי השכירות המוטלת על השוכר הנוטש (הובא לעיל, בדיוננו על סעיף 16, הערה 103).

[19] בבא מציעא קא ע"ב.

[20] ראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ח; סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק יא. והשווה: שיטה מקובצת, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה וכשם שהמשכיר, מה שהביא בשם ר' יהונתן מלוניל. וראה: שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סימן עו, הדן בשאלת דין שוכר שנכנס למושכר בתקופת החורף, האם רשאי לסיים את השכירות לפני סיום החורף? או שמא אינו יכול לצאת עד סיומו? הוא מגיע למסקנה, שיכול לצאת לפני סיום החורף, משום שלמשכיר לא הייתה ציפייה למצוא שוכר בחורף כלל.

העיקרון המנחה בכל ההלכות הללו הוא, שיש לתת לצד השני שהות להתארגן לקראת סיומה של השכירות. אולם השיקולים שעל פיהם נקבעו פרקי הזמן השונים לסיומה של השכירות אינם קיימים כולם במציאות הכלכלית של ימינו, ואמנם בעניין זה קבעו הפוסקים האחרונים[22], שמנהג המקום הוא הקובע, ושבזה "דינא דמלכותא דינא", לכולי עלמא. אשר על כן, נראה שהוראות החוק בעניין מועד הסיום (סעיף 19ב(1)) מחייבות גם על פי המשפט העברי.

(2) נקבעו דמי שכירות שלא לפי תקופות — "בכל מקרה אחר"

אם לא נקבעו דמי השכירות לפי תקופות קצובות, החוק מאפשר לצד הרוצה לסיים את השכירות לקבוע בעצמו את מועד הסיום בהודעה שהוא שולח לצד השני, ובלבד שיקבע מועד סביר. כך יהיה לדוגמה בשכירות רכב, שבו קובעים את דמי השכירות לפי קילומטרז', ולא לפי פרקי זמן.

ההבחנה שעשה המחוקק לעניין קביעת מועד הסיום, בין מקרה שנקבעו בו דמי השכירות לפי פרקי זמן לבין מקרה שנקבעו בו דמי השכירות לפי קנה מידה אחר, אינה נובעת משיקולים משפטיים כי אם משיקולים מעשיים. כשקבעו הצדדים פרקי זמן קצובים, קיים קנה מידה אובייקטיבי לקביעת מועד סיום סביר, שהוא: "תום התקופה המתחילה בסמוך למתן ההודעה", ובלבד שפרק זמן זה לא יעלה על שלושה חודשים[23]. לעומת זאת, כשלא קבעו הצדדים פרקי זמן כאלה, אין בררה כי אם לדרוש שהסיום יהיה זמן סביר לאחר מתן ההודעה, בלי שנוכל להיעזר בקנה מידה אובייקטיבי לקביעתו.

המשפט העברי לא הבחין אותה הבחנה, אלא קבע מועדים מוגדרים וברורים. כפי שראינו לעיל, מועדים אלה נקבעו תוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של כל מקרה. כך, בשכירות מקרקעין, נלקחו בחשבון שיקולים אחדים כגון: מקום המושכר (בכפר או בעיר), עונת השנה (קיץ או חורף), סוג המושכר (דירה או חנות), וכדומה. אולם העיקרון המנחה במשפט העברי, כמו בחוק, הוא קביעת מועד סביר אשר יאפשר לצד השני להתארגן לקראת סיום השכירות. ועל כן נראה, שאף שבמקרה זה אין הוראה ברורה בחוק בדבר מועד הסיום, כי אם דרישה כללית של סבירות, המנהג המקובל בימינו וקני המידה המקובלים בימינו לקביעת הסבירות, הם המחייבים גם מבחינתו של המשפט העברי[24].

ב. צורך עצמי

בקשר לסוגיה זו של סיום השכירות, לרנר[25] קובע: "משכיר אינו רשאי לבטל את קשר

[21] ואמנם ראה: הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ו, אות ד, שהריב"ן חולק על הרמב"ם, וסובר שמה שנאמר בתלמוד: "כך השוכר צריך להודיעו" (בבא מציעא קא ע"ב), אין הכוונה "שצריך להודיע שלושים יום או שנים עשר חודש קודם כמשכיר, אלא שני שבועות או ארבעה, לפי הענין". מובא בשו"ת תורת חיים (שבתי), חלק א, סימן לה.

[22] ראה לדוגמה: שו"ת עין משפט (לר' אברהם הלוי), חו"מ, סימן לב; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן ל, ס"ק ד; ושם, חלק י, סימן נב, ס"ק ג. והשווה: שו"ת הרב י"א הלוי הרצוג, כתבים ופסקים, כרך ט, שו"ת בדיני חושן משפט, ירושלים תשנ"א, סימן ק.

[23] להסבר זה, השווה הסברו של לרנר, שהובא לעיל, הערה 2.

[24] ראה לעיל, הערה 22.

[25] לרנר, סעיף 194.

השכירות, בשל כך שהמושכר נחוץ לו לצורך עצמי... הלכה זו עולה בקנה אחד עם דיני החוזים הכלליים שאינם רואים בשינוי נסיבות עילה לביטול חוזה"[26]. דברים אלה מתקבלים על הדעת כשמדובר בשכירות קצובה, אך לא כן בשכירות שאינה קצובה. בכגון זה, אין לדבר על ביטול החוזה בשל שינוי נסיבות, שכן הצדדים לא נתנו את דעתם לשאלת משך החוזה כלל. מבחינה משפטית טהורה, חוזה כזה קיים כל עוד אחד הצדדים אינו מביא אותו לסיומו. המחוקק הוא שקבע, שאין זה ראוי שיפתיע אחד הצדדים את זולתו בסיום פתאומי של השכירות. אולם האם צודק שדרישה זו של התחשבות בצד השני, תשלול מאחד הצדדים לחוזה את האפשרות להגן על אינטרסים חוקיים וסבירים שלו, ותחייב אותו לסבול, ובלבד שהצד השני לא יופתע ולא יסבול? הרי ראינו שהעיקרון המנחה את החוק הוא עקרון הסבירות. האם יהיה זה בלתי סביר, לדוגמה, שישים המשכיר קץ לחוזה השכירות באופן מיידי, כפי שנותנת שורת הדין, כשאם לא יעשה כן, ימצא את עצמו ברחוב? לדעתנו, בכגון זה, אין מקום לדבר על ביטול החוזה בשל צורך עצמי. יותר נכון לומר שיש כאן ויתור על דרישת ההודעה המוקדמת בשל אונס מצד המשכיר[27].

במשפט העברי נאמרו דברים ברורים מאוד בעניין זה. התלמוד[28] אומר: "פשיטא. נפל ליה ביתא, אמר ליה: 'לא עדיפת מינאי' [=ברור. אם נפל ביתו (של המשכיר), אומר לו (לשוכר): 'אין אתה עדיף ממני']". ובהתאם לכך פוסק הרמב"ם[29]: "אף על פי שאין המשכיר יכול להוציאו, ולא השוכר יכול לצאת, עד שיודיעו מקודם [וימתין פרק זמן מסוים לאחר ההודעה]... נפל בית המשכיר, שהיה דר בו, הרי זה [המשכיר] יש לו [=יכול הוא] להוציא השוכר מביתו, ואומר לו: 'אינו בדין שתהיה אתה יושב בביתי עד שתמצא מקום, ואני מושלך בדרך, שאין אתה בעל זכות [במושכר] יותר ממני'". הגיונה של הלכה זו הוא, שתקנת ההודעה מראש לשם סיום השכירות תוקנה כדי לא לפגוע בצד השני. אולם ההיגיון מחייב שהתקנה לא תוקנה כשהיא פוגעת פגיעה ממשית[30] בצד המבקש לשים קץ לשכירות. במקרה זה יש לנהוג לפי עיקר הדין ולאפשר לצד העלול להיפגע מהמשך השכירות לשים לה קץ באופן מיידי.

[26] כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 64, זוהי גם דעתם של פוסקים רבים, כשמדובר בשכירות שנקבע לה מועד לסיום. אולם נראה מיד, שבשכירות שלא נקבע לה מועד, הדין שונה.

[27] לדברינו כאן, השווה: ג' טדסקי, "הנטל ובעיית האונס והסיכול", משפטים טז (תשמ"ו) 335, 358. מדבריו עולה לכאורה, שהוא אינו מקבל את גישתנו. הוא אומר: "יש לתת לצד השני שהות לסדר את ענייניו לקראת סיום השכירות, אף אם נסיבות אישיות למודיע או מכת מדינה יעכבו את מתן ההודעה". ולהלן הוא מוסיף: "בהודעה לסיום השכירות הנ"ל, הנסיבות שלפיהן ייחשב פרק זמן זה או אחר כסביר או כבלתי־סביר הינן אלה הנוגעות לקושי הצפוי לנמען ההודעה למצוא סידור חלופי סביר". לדעתנו, יש לתת משקל גם לקושי הצפוי לשולח ההודעה. כלומר, שקיימות נסיבות (כגון צורך עצמי), שבהן עמידה על הדרישה שישלח המשכיר הודעה מוקדמת לשוכר זמן סביר מראש היא עצמה אינה סבירה. בנסיבות כאלה, לא ברור לנו מדוע יש להעדיף את הנמען־השוכר על פני השולח־המשכיר, שהוא בעל הנכס?

[28] בבא מציעא קא ע"ב.

[29] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ט. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יא.

[30] ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה דאייקור בתי. הוא משתמש בביטוי "הפסדו ניכר".

יש לציין שהתלמוד (בבא מציעא קא ע"ב) מונה שני מקרים של צורך עצמי: "נפל ליה ביתא"; "כלליה לבריה [רש"י: השיא את בנו, וצריך לו לבית חתנות]". התלמוד אינו מדבר במי ש"הֶעני [=נהיה עני]", כלומר שנקלע המשכיר למצוקה כספית, והוא מבקש למכור את המושכר כדי להיחלץ ממצוקתו. מהמשך הסוגיה שם, אפשר היה להסיק לכאורה, שמצב כזה אינו מצדיק את סיומה המוקדם של השכירות: "זבניה

יש לציין, שלפי הטור[31], יש לסייג מעט את הדברים. וזה לשון הטור: "נפל בית המשכיר שהיה דר בו, יכול להוציאו לסוף שלושים, אף על פי שלא הודיע לו". מדבריו עולה, שהמשכיר לא יוכל לשים קץ לשכירות באופן מיידי, אלא יצטרך על כל פנים להמתין "לסוף שלושים". אפשר שכוונת הטור היא, שהמשכיר חייב להמתין עד סיומה של תקופת התשלום שנוצר בה הצורך העצמי. ההיגיון לסייג זה הוא, שאם נכנסו הצדדים לתקופת תשלום חדשה, נכרת ביניהם חוזה מכללא על אותה תקופה, ורק בסיומה יוכל המשכיר להוציא את השוכר בלא הודעה מוקדמת[32].

כפי שנראה בהמשך, יש לעיקרון זה השלכה חשובה גם לעניין אחר, הוא עניין דמי השכירות.

או אורתיה או יהביה במתנה, אמר ליה: 'לא עדיפת מגברא דאתית מיניה' [=מכרו או הורישו או נתנו במתנה, אומר לו (השוכר לבעלים החדשים): 'אינך עדיף מהאדם שמכוחו אתה בא']". וכך נראה שהסיק הריטב"א, שם, ד"ה זבניה (ואפילו הביא לזה ראיה מן התלמוד הירושלמי, מובא להלן, ליד ציון הערה 70. וראה להלן, הערה 69). לעומתו, ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף ריד (קמג), ממנו עולה שרשימת המקרים המצדיקים סיום מוקדם של השכירות בלא הודעה מוקדמת אינה רשימה סגורה, ויש לכלול בה גם מצוקה כלכלית, כגון מי שזקוק למזונות. לדעת הרדב"ז, יש לפרש את דברי התלמוד, המורים לכאורה את ההפך, במי שמכר "סתם" בלי שהוסכם במפורש עם הקונה על סילוקו של השוכר (אפשר היה גם לומר, שהכוונה להעברת המושכר שאינה באה בגלל צורך עצמי, אלא לשם עסקה כלכלית גרידא, אם כי יש להודות שאז אין כל קשר ענייני בין המקרה הזה ("זבניה") לבין שאר המקרים ("נפל... וכלליה לבריה")). הרדב"ז מוסיף, שבשכירות שאינה קצובה, גם ה"מרדכי" יסכים לזה. השווה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 69 ואילך. כאמור, התלמוד מונה כאחד המקרים של צורך עצמי משכיר שצריך את המושכר לחתונת בנו: "כלליה לבריה". בספר משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קסז, התלבט בשאלה, אם לכל עניין דין אחד למצוקתו ולמצוקת בן משפחתו, או שמא רק לעניין נישואין, שבזה יש עליו אחריות מיוחדת כלפי בנו?

[31] טור, חו"מ, סימן שיב, סעיף י.

[32] כך סבור הט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף יא, ד"ה יכול להוציא, אם כי הוא אינו מסתמך על דברי הטור (וראה לעיל, הערה 8, והערה 16). יש לציין שהסמ"ע לא פירש את דברי הטור כפי שהצענו בפנים. ראה: פרישה, שם, ס"ק י; סמ"ע, שם, ס"ק טז. לדעתו, המשכיר אינו מנוע מלפנות את השוכר, אלא כשעדיין לא חלפה התקופה הראשונה של השכירות. אבל משחלפה, יכול להוציא את השוכר בלא הודעה מוקדמת. הוא מפרש ש"לסוף שלושים" הכוונה לסוף שלושים הימים הראשונים של השכירות, שדינם לעניינים מסוימים כדין שכירות קצובה (הערנו על כך כבר לעיל, הערה 8). וראה: חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה ומה שכתב, שדחה את שיטת הט"ז.

נציין שיש שיטה אחרת בסוגיה זו, ואף שלא נתקבלה להלכה, נעיר עליה כאן בהערה. הריטב"א (בחידושיו, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה לא צריכא דאיקור בתי) מביא בשם רבו (הרא"ה), שצורך עצמי אינו עילה לסיומה המוקדם של שכירות בלתי קצובה, אלא אם כן קדמה לה הודעת סיום. לשון אחר, צורך עצמי אין בכוחו אלא לקצר את תקופת ההודעה מראש, אם זו כבר ניתנה. הגיונה של שיטה זו אינו ברור. אולי סבור הרא"ה, שכל עוד לא ניתנה הודעת סיום, נחשב החוזה כמוארך אוטומטית (בקיץ, לשלושים יום נוספים; ובחורף, לכל ימי החורף עד הפסח). אם כן, מובן שצורך עצמי אינו עילה לסיום מוקדם של השכירות (כדין שכירות קצובה, כפי שנראה להלן). רק משניתנה הודעת סיום, תמה השכירות, אלא שתיקנו חכמים לתת לשוכר שהות להתארגן. אם נוצר אצל המשכיר בתקופת ההתארגנות צורך עצמי, אז, ורק אז, יהיה רשאי לפנות את השוכר מוקדם יותר, ואינו חייב לתת לו את מלוא הזמן שהוקצב לו. אולם יש להקשות: אם נכון הוא שכל זמן שלא ניתנה הודעה, נחשב החוזה כמוארך לעוד שלושים יום, ובאותו פרק זמן דין השכירות כדין שכירות קצובה, מדוע מועיל צורך עצמי לסיום השכירות? הלא בשכירות קצובה, הריטב"א עצמו סובר שצורך עצמי אינו עילה לסיום מוקדם. לדברי הריטב"א האלה, ראה: שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן מב, ד"ה איברא; חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא קא ע"ב.

ג. הצעת שוכר חלופי או מושכר חלופי

מאחר שכאמור חובת ההודעה מראש באה להגן על הצד השני ולתת לו שהות למצוא חלופה — המשכיר, למצוא שוכר חלופי; והשוכר, למצוא מושכר חלופי — הרי שהמשכיר והשוכר פטורים מחובת הודעה כשיש ביד הצד האחד להציע לצד השני חלופה סבירה[33].

ד. דמי השכירות

אין צריך לומר, שבשכירות קצובה המשכיר אינו רשאי להעלות את דמי השכירות באמצע תקופת השכירות. השוכר קנה את זכותו במושכר בסכום מוסכם, ואפילו תנודות בשער דמי השכירות אינן עילה לשינוי דמי השכירות שנקבעו מראש[34]. האם הוא הדין בשכירות שאינה קצובה? או שמא בשכירות שאינה קצובה, אמנם המשכיר אינו רשאי לפנות את השוכר בלא הודעה מוקדמת, אבל הוא יכול להעלות לו את דמי השכירות? התלמוד[35] שולל העלאה חד־צדדית של דמי השכירות על ידי המשכיר, כשהוא מסביר שהעלאה כזו כמוה כהוצאת השוכר מהמושכר בכוח[36]: "האי לנקטיה בכובסיה דלשבקיה לגלימא [=(הרי) זה (דומה כמי) שמחזיק אותו במבושיו שיעזוב את גלימתו]!".

אולם הדין שונה, אם בעקבות שינוי במחירי השוק, דמי השכירות המוסכמים אינם עוד דמי השכירות הראויים, וכדברי התלמוד: "אמר רב הונא: ואם בא לרבות בדמיה — מרבה. אמר ליה רב נחמן: האי לנקטיה בכובסיה דלשבקיה לגלימא! לא צריכא, דאייקור בתי". בנסיבות כאלה, אם לא יעודכנו דמי השכירות, ייגרם הפסד למשכיר (והוא הדין להפך, שאם ירדו המחירים, רשאי השוכר להפחית מדמי השכירות בהתאם בלא הודעה מראש). על פי העיקרון שראינו לעיל, ולפיו צד שעלול להיפגע פגיעה ממשית מהמשך השכירות יכול לשים

[33] לזכותו של המשכיר להציע לשוכר מושכר חלופי ולהיפטר מחובת הודעה, ראה: ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה, וס"ק יט (אולם ראה מה שהעיר עליו בנתיבות המשפט, שם, ס"ק יב). בשכירות קצובה, הדין שונה, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 140. לזכותו של השוכר להציע שוכר חלופי ולהיפטר מחובת הודעה, ראה: רמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף ז. וכן הדין אפילו בשכירות קצובה, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 137, אלא ששם הדגיש ה"בית יוסף", שהשוכר החלופי המוצע חייב להיות "הגון מאוד"; ואילו כאן, בשכירות שאינה קצובה, הרמ"א אומר: "ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר חייב לקבלו". הדרישות באשר להגינותו של השוכר החלופי מחמירות אפוא יותר בשכירות קצובה מבשכירות שאינה קצובה. זאת כנראה משום ששכירות שאינה קצובה אינה ממשיכה אלא מכוח תקנת חכמים (ומתקני התקנה מסתפקים בהצעת שוכר חלופי "הגון" כדי לפטור את השוכר מחובת הודעה), ואילו שכירות קצובה ממשיכה מכוח ההסכם שבין הצדדים (ועל כן רק בשוכר חלופי שהוא "הגון מאוד" נחשב כמוסכם מכללא בין הצדדים שיוכל השוכר להשתחרר מן השכירות).

[34] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף י.

[35] בבא מציעא קא ע"ב.

[36] מכאן מסיק מטה אהרן (הלוי), חלק ב, כללי השי"ן, אות קמא, שבתוך תקופת ההודעה, חלים על המשכיר החובות הרגילים של כל משכיר, כגון חובת התיקון, שכן אי־תיקון הבית כמוהו כהוצאת השוכר ממנו בכוח. לדברים אלה, השווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה יא, הסבור כדבר פשוט, שבשכירות שאינה קצובה, אין חובת תיקון. דבריו שם אינם נראים (הוא מנמק: "דמיד כשנפל, נתבטלה השכירות, ואין עליו כלום". נימוק זה יכול להיות נכון בהרס המושכר, אבל בפגם הניתן לתיקון, אין לומר שנתבטלה השכירות).

לה קץ באופן מיידי, עולה שאם השתנה שווי השכירות בשוק (עלה או ירד), כל צד רשאי לתבוע עדכון מיידי[37] של דמי השכירות. אם לא תתקבל תביעתו, יוכל לסיים את השכירות מיד. וכך קובע הרמב"ם[38]: "אף על פי שאין המשכיר יכול להוציאו, ולא השוכר יכול לצאת, עד שיודיעו מקודם, אם הוקרו הבתים, יש למשכיר [=יכול המשכיר] להוסיף עליו, ולומר לשוכר, 'או שכור בשוה עד שתמצא, או תצא'. וכן אם הוזלו הבתים, יש לשוכר לפחות מן השכר ולומר למשכיר, 'או שכור לי כשער של עתה או הרי ביתך לפניך'".

השולחן ערוך[39] מדגיש, שעדכון זה לא ייעשה אלא מכאן ולהבא, "אבל אם עמדו בסתם [כלומר, אם לא הזהירו זה את זה בדבר עדכון דמי השכירות], מסתמא דעתם היה על השכר הראשון"[40]. רבנו מאיר שמחה מדווינסק[41] חולק על פסק השולחן ערוך במקרה של הוזלת דמי השכירות. הוא טוען, שבפסק זה, התעלם ר' יוסף קארו מתשובה מפורשת של רב האי גאון[42], הקובע: "ואם שכר יותר שנים מקצבת הדמים, אין על השוכר אלא לפי הקצבה. ואם הוא פחות מן הקצבה, נותן לו כמה ששוה שכר באותה שנה ובאותו מקום". הוא גם מוסיף[43], שדין השולחן ערוך סותר את ההיגיון. כיצד ייתכן לומר, הוא שואל, ש"דעתם היה על השכר הראשון", אף שזה גבוה מדמי השכירות הראויים, בשעה שמשחלף מועד הסיום המיועד ישיבתו של השוכר במושכר אינה מובטחת עוד כפי שהייתה עד אותו מועד? הרי אם יתעורר צורך עצמי מצד המשכיר, ייאלץ השוכר לפנות את המושכר! מכוח כל הנימוקים האלה, מגיע רבנו מאיר שמחה למסקנה, שאם אמנם הוקרו דמי שכירות הבתים, והמשכיר לא תבע את העדכון מיד, "מסתמא דעתם היה על השכר הראשון". לעומת זאת, אם הוזלו דמי השכירות בשוק, אף שהשוכר לא דרש את עדכון דמי השכירות, ברור שאין עליו חובה לשלם יותר מדמי השכירות הראויים.

37 "ואף על פי שעבר זמן הודעה", לשון שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ט. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק יד: "פירוש... יכול לומר לו, 'צא מיד או תן שכירות כפי שער היוקר שהוא לעת עתה'". לדעה שונה, ראה חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה לא צריכא דאיקור. לפי דבריו, נראה שתנאי לעדכון דמי שכירות הוא, שכבר ניתנה הודעת סיום. וראה מה שהערנו על דבריו, לעיל, הערה 32.

38 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ט. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ט.

39 שולחן ערוך, שם. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק יד: "... אבל אם כבר דר בו, אין יכול להוציאו מידו כפי היוקר דלמפרע". והשווה להלן, ליד ציון הערה 176, שבשכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה, שאלה זו שנויה במחלוקת. ושם דעת פוסקים רבים היא, שעדכון דמי השכירות הוא גם למפרע. וראה עוד להלן, הערה 177.

40 ויתרה מזו, לפי דברי הטור, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 31, עולה ששינוי בדמי השכירות לא יוכל להיעשות באמצע תקופה שדמי השכירות נקבעו לפיה, אלא רק בסופה. ראה לעיל, הערה 32, שכך עולה גם מדברי הט"ז. לעומת זאת, לדעת הסמ"ע, הצדדים לא יהיו מנועים לשנות את דמי השכירות אלא במשך תקופת השכירות הראשונה. ואילו דעת הריטב"א היא, שכל שינוי בדמי השכירות טעון הודעה מוקדמת של שלושים יום, וזאת גם אם השתנו מחירי הדירות בשוק.

41 חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה ואגלה צערי לרבים (וד"ה שלאחריו). לדבריו, השווה: שו"ת בית המלך (חסון), סימן ח.

42 התשובה מובאת ב"עיטור", ערך שכירות.

43 שם, ד"ה ובלא זה מצד הסברא. כך נראה לי להבין את דבריו שם, אם כי יש להודות שלשונו אינו ברור דיו.

פרק שלישי

שכירות קצובה

א. תום התקופה

דבר ברור ומוסכם כמעט על הכול[44], שאם הסכימו הצדדים על משך תקופת השכירות[45], השכירות מסתיימת בתום אותה תקופה, והצדדים אינם צריכים לנקוט פעולה כלשהי. כל צד יודע שבמועד זה מסתיימת השכירות, ואינו זקוק להודעה נוספת. וכך קבע הרמב"ם[46]:

[44] זולת על רש"י, שמפירושו לסוגיית בבא מציעא קא ע"ב, עולה, שגם בשכירות קצובה, כל צד חייב להודיע לצד השני על כוונתו שלא לחדש את חוזה השכירות. ראה בין השאר: רש"י, שם, ד"ה להודיע קתני (כך הבינו את רש"י כל הראשונים לבד מקונטרס הראיות לריא"ז, שם). כפי שכבר ראינו לעיל, רב יהודה מסביר, שמשנת בבא מציעא ח, ו ("המשכיר בית לחברו: בימות הגשמים, אינו יכול להוציאו מן החג ועד הפסח..."), עוסקת בחובת מתן הודעת סיום: "אמר רב יהודה: להודיע קתני. והכי קאמר: המשכיר בית לחבירו סתם — אין יכול להוציאו בימות הגשמים מחג [=מסוכות] ועד הפסח, אלא אם כן הודיעו שלשים יום מעיקרא". כפי שראינו לעיל, כל הראשונים סבורים ש"המשכיר בית לחבירו סתם", פירושו שהשכירות הייתה בכך וכך לחודש, אבל לא קבעו מועד סיום, ומכאן הסיקו שאין חובת הודעה אלא בשכירות שאינה קצובה. נראה שרש"י הבין את הדברים אחרת, לדעתו "סתם" פירושו בלי להודיע מראש אם הוא מתכוון לחדש את החוזה כשיגיע לסיומו, אם לאו. ההיגיון בפירושו של רש"י הוא, כך נראה, שיש ציפייה סבירה של הצדדים לחידוש השכירות (אולי משום שמדובר בשכירות בית מגורים או מקום עסק, וחזקה על השוכר שהוא מעוניין לחדש את החוזה ולא להיטלטל ממקום למקום), ועל כן על צד שאינו מתכוון לחדש את השכירות להודיע על כוונתו לצד השני כדי שיידע הלה שאינו יכול להסתמך על חידוש החוזה, והוא צריך להתארגן בהתאם. והשווה: אור זרוע, בבא מציעא, סימן שכו. יש לציין, שאפשר למצוא הסדר דומה בחוק הצרפתי בשכירות קצובה שלא נגמרה במסמך כתוב. ראה: Code civil, art. 1736: "Si le bail a été fait sans ecrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par les lieux". אולם, אף אחד מן הראשונים ומן הפוסקים לא הלך בעקבות פירושו זה של רש"י (ראה להלן, הערה 46). אם כי, ראה להלן, ליד ציון הערה 170, שלפי "חכמת שלמה", ייתכנו נסיבות, שבהן גם בשכירות קצובה תידרש הודעה מוקדמת לצד השני על הכוונה שלא לחדש את החוזה.

[45] לא תמיד ברור אם הייתה הסכמה על תקופת השכירות, אם לאו. בעניין זה, ראה לדוגמה: שו"ת חות יאיר, סימן קנא. הוא טוען שאף אם הוזכר במהלך המשא ומתן אורך תקופת השכירות, אם בשעת ההסכם עצמו לא הזכירו עניין זה, הרי שהשכירות נחשבת לשכירות שאינה קצובה. והשווה: קצות החושן, סימן שי, ס"ק א, שחולק על "חות יאיר". לדעתו, אין ספק שהסכם השכירות נכרת על סמך מה שסוכם במהלך המשא ומתן, והרי זו שכירות קצובה.

[46] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ו. ראה: מגיד משנה, שם, שמציין שהמקור להלכה זו הוא בירושלמי, המובא על ידי הרי"ף, בבא מציעא, פרק שמיני (נט ע"א בדפי הרי"ף). ואלה דברי הרי"ף: "ירושלמי. תני: ללינה, אין פחות מיום אחד; לשביתה, אין פחות משני ימים; לנשואין, אין פחות מל' יום. ואם השכירו לזמן ידוע, והגיע זמנו, אפילו בימות הגשמים [שאין מצויים בתים להשכרה], מוציאו מיד. מאי טעמא? ידע דזמניה בטבת או בשבט הוא (וכמו שהודיעו דמי) [משפט זה שבסוגריים מודפס כך ברי"ף שלפנינו, אולם הוא אינו נמצא בגרסת הרי"ף שמביא אור זרוע המצוין בסמוך]". וראה: אור זרוע, בבא מציעא, סימן שכו, שפקפק אם אכן המשפט "ואם השכירו לזמן ידוע...", הוא מן הירושלמי, או שהוא תוספת של הרי"ף עצמו (והמובאה מן הירושלמי ברי"ף אינה אלא הברייתא בעניין אורך השכירות ללינה לשביתה ולנישואין, ותו לא). וראה: תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 275, שמביא הוכחות לכך, שאכן הלכה זו אינה מן הירושלמי אלא מתורתם של הגאונים (נמצא שאין כאן קושיה מן הירושלמי על שיטת רש"י, לעיל, הערה 44). "מגיד משנה" מוסיף, שהלכה זו עולה גם מן התלמוד הבבלי, בבא מציעא קא ע"ב, שם נקבע: "המשכיר בית לחבירו סתם, אין יכול להוציאו... אלא אם כן הודיעו שלושים יום מעיקרא". לדעתו, משמע

"המשכיר בית או חצר או מרחץ או חנות[47] או שאר מקומות עד זמן קצוב, הרי זה כופהו לצאת בסוף זמנו, ואינו ממתין לו אפילו שעה אחת". וכך נפסק גם בשולחן ערוך[48]: "אם שכרו לזמן קצוב, כיון שכלה הזמן, יכול להוציאו מיד, אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים"[49]. כלומר, גם אם השכירות מגיעה לסיומה בתקופה שבה קשה מאוד למצוא דירה חלופית (בזמן התלמוד, כך היה המצב בעונת החורף), מאחר שהשוכר ידע מראש על מועד הסיום, היה צריך להתארגן לפינוי הדירה מבעוד מועד[50].

האם שכירות נחשבת לשכירות קצובה רק כשקבעו הצדדים במפורש מועד לסיום[51]? להלן נראה שקיימות נסיבות נוספות שבהן חוזה השכירות, אף שאינו כולל הוראה מפורשת בדבר מועד הסיום, יתפרש בכל זאת כחוזה שבו התקופה קצובה:

1. הקדמת דמי שכירות. השולחן ערוך[52] קובע, ש"אם הקדים לו השכר, אפילו לזמן מרובה, אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו". ומוסיף הרמ"א[53]: "ואפילו לא קצב לו זמן, אפילו הכי, מסתמא שכרו כנגד מעותיו". הש"ך[54] חולק על הלכה זו. לדעתו, "אין הדמים ראיה". כלומר, אין להסיק מגובה דמי השכירות ששולמו על אורך

מכאן שאין חובת הודעה אלא בשכירות שאינה קצובה, וכפי שפירשו רוב הראשונים את הביטוי "סתם" בהקשר זה. כפי שראינו לעיל, הערה 44, רש"י נקט כנראה פירוש אחר ("סתם", בלא להודיע מראש שאין כוונה לחדש את השכירות), ועל פי פירושו, אין להביא מכאן ראיה.

47 הרמב"ם הדגיש בדבריו: "בית או חצר או מרחץ או חנות", וייתכן שהאריך בדוגמאות אלו כדי לרמוז, שגם אם מדובר בשכירות מקום עסק, שהשוכר רכש בו מוניטין בתקופת השכירות, אין לו זכויות או עדיפות על המשכיר, ואפילו לא על שוכר אחר. המשכיר רשאי לסיים את השכירות ולהשכיר את החנות לאחר, ואינו חייב להציע אותה תחילה לשוכר. בעניין דיני מצרנות בשכירות, ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה יח, וכן שם, סעיף כג.

48 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף א.

49 הלכות אלה מדברות אמנם רק על כך שהמשכיר יכול לפנות את השוכר בלא הודעה מוקדמת, אבל ברור שהוא הדין גם שהשוכר יכול לפנות את המושכר בלא הודעה מוקדמת. כך אפשר להסיק מתוך העובדה שרק בשכירות שאינה קצובה, פסק הרמב"ם, שם, הלכה ח, שאם לא הודיע השוכר למשכיר על כוונתו לפנות את המושכר "אינו יכול לצאת, אלא יתן השכר". מכאן שבשכירות קצובה, משנסתיימה התקופה, יכול לצאת גם בלא הודעה.

50 ראה: רי"ף, בבא מציעא, פרק שמיני (נט ע"א בדפי הרי"ף); סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק יג.

51 אם קבעו מועד לסיום, אף שקבעו פרקי זמן קצרים יותר לתשלום דמי השכירות (כגון שקבעו שכירות לשלוש שנים, כשתשלום דמי השכירות מתבצע כל חודש), הרי זו שכירות קצובה, ופרקי הזמן שנקבעו לתשלום אינם עניין לסיום השכירות. ראה: מנחת פתים, חו"מ, סימן שטו, סעיף א.

52 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף א. מקור דבריו הוא דברי מהר"ם מרוטנבורג, המובאים בפסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כה: "ועוד כתב [מהר"ם], דאם הקדים לו שכר אפי' לזמן מרובה, אינו יכול להוציאו עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו".

53 שם. וכך כתב במפורש גם בית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק א. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק ב, המסביר מדוע לא חזר כאן המחבר על דבריו אלה (השווה: פלפולא חריפתא, על פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כה, אות ו, ד"ה אינו יכול). והשווה: שו"ת מים עמוקים (ראנ"ח), סימן עו.

54 ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ד. כראיה לגישתו הוא מביא את דברי התוספות, ראש השנה ז ע"ב, ד"ה עלתה, וכן את סוגיית בבא בתרא עז ע"ב, בעניין "מכר את הצמד, לא מכר את הבקר". גם שם התלמוד מגיע למסקנה שהדמים אינם מוכיחים שהלוקח קנה את הבקר יחד עם הצמד, משום שאפשר שהדמים אינם אלא מתנה שנתן הקונה למוכר.

תקופת השכירות, שכן המשכיר יכול לטעון שהדמים אינם אלא מתנה שנתן לו השוכר, ועל השוכר אפוא להוכיח את ההפך[55].

2. שכירות להשגת מטרה מוגדרת. אפשרות נוספת היא כשנכרת הסכם השכירות למטרה מוגדרת. בכגון זה, משעבר הזמן הדרוש להשגת המטרה — מסתיימת השכירות. ברוח זו נקבעו כמה כללים, כגון: "השכיר לו ללינה, אין פחות מיום אחד; לשביתה [לשבת], אין פחות משני ימים; לנישואין, אין פחות משלושים יום"[56]. בכל אותם המקרים, אף שהצדדים לא קבעו את תאריך סיום השכירות במפורש, הרי מטרת השכירות עושה אותה לשכירות קצובה. יש להעיר, שאמנם מנוסח ההלכה — "אין פחות" — יכול היה להשתמע, שאין כאן מועד סיום קצוב, אלא רק קביעת פרק זמן מינימלי שלפניו אי־אפשר לסיים את השכירות.

[55] וראה: קצות החושן, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ב, המאריך בדבריו לדחות את שיטת הש"ך. וראה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ד. וראה גם: פתחי תשובה, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ג, מה שהביא בשם שו"ת שבות יעקב (רישא), חלק א, סימן קעה, שהסכים עם הש"ך רק כאשר יש ספק בפרשנות החוזה (כגון, שהשכיר בחודש אייר בית לשנה זו, שיש ספק אם הכוונה לשנים־עשר חודש, עד חודש אייר הבא, או שמא הכוונה היא עד חודש תשרי, כלומר עד סוף השנה הנוכחית), שבכגון זה, אין אומרים "הדמים [הם] ראיה". לעומת זאת, כאשר לא קבעו שום זמן, ונתן השוכר דמי שכירות מראש, מסתמא התכוון לשכירות כנגד מעותיו. וראה: אגודת אזוב (ברוך מגנזן), לטור, חו"מ, סימן שיב, החולק על פרשנות הרמ"א בדברי מהר"ם מרוטנבורג (לעיל, הערה 52). לדעתו, חידושו של מהר"ם מרוטנבורג אינו שהקדמת מעות מלמדת על אורך תקופת השכירות, שכן לא ייתכן שיקדים השוכר וישלם סכום גדול בלי שיוסכם בינו לבין המשכיר על גובה דמי השכירות. החידוש הוא, שאף על פי שאורך זמן השכירות המוסכם ביניהם הוא לזמן מרובה, גם אז, מאחר שכבר הקדים את המעות, צורך עצמי של המשכיר אינו עילה לביטול העסקה (אף שהשוכר יכול בוודאי למצוא מושכר חלופי). וצריך עיון. וראה להלן, הערה 69.

[56] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ד. מקורה של הלכה זו בתוספתא, בבא מציעא ח, כח (לעניין שאילה). ברי"ף, בבא מציעא, פרק שמיני (נט ע"א בדפי הרי"ף), מובאת הלכה זו בשם ברייתא המובאת בירושלמי (שעניינה שכירות ולא שאילה), אולם היא אינה מצויה בגרסת הירושלמי שלפנינו, כפי שהעיר על כך אור זרוע, בבא מציעא, סימן שכו (ראה לעיל, הערה 46). וראה: תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 275, ד"ה ואשר.

בתלמוד הבבלי, ראש השנה ז ע"ב, מובאת הקביעה: "לא טרח איניש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין [=אין אדם טורח לשכור דירה לפחות משלושים יום]". יש שהסיקו ממקור זה, שכל שכירות בית, שלא נקבע לה מועד אחר, היא כשכירות קצובה לשלושים יום (ראה: ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ז: "ואשמועינן דהשוכר סתם, ולא פירש זמן, הוי שכירות ל' יום"; וכן משמע גם מדברי נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ד. והשווה להוה אמינא של סוגיית בבא מציעא קא ע"ב, ובמיוחד ברש"י ד"ה משום דלא שכיח ביתא). אולם נראה שדעה זו אינה מקובלת על הכול. ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ו, הטוען ששכירות כזאת אפשר לסיימה לאלתר. יש להעיר, שבעניין זה הסמ"ע סותר את עצמו, שכן בס"ק טז, קבע במפורש: "כיון דאין שכירות פחות מל' יום, הוי ליה כשכירות לזמן". על סתירה זו, מעיר כבר נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ח. לניסיון ליישוב הסתירה, ראה: טבעת החושן, סימן שיב, ד"ה בסק"ח העיר הנתיבות. הוא מציע להבחין בין משכיר המוציא את השוכר מן המושכר מיד לבין משכיר שאינו מוחה אלא לאחר זמן. או, הבחנה אחרת, בין שצוינה העובדה שהשכירות היא לזמן קצוב, אף שלא קבעו לכמה זמן, ובין שלא הייתה כל התייחסות לשאלת הזמן. והשווה: ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף ה, ד"ה לחבירו בסתם, הסבור שבשכירות שלא נקבע לה מועד, יש לפרש את החוזה על פי מנהג המקום. אולם אם אין מנהג במקום, ייתכן שהט"ז מסכים לדעת הש"ך ו"נתיבות המשפט", שהשכירות נחשבת לשכירות קצובה לשלושים יום. וכן ראה להלן, הערה 61, שם נטען, שהש"ך ו"נתיבות המשפט" יסכימו כנראה גם הם, שאם יש מנהג, המנהג עדיף. וראה בעניין זה, דיוננו להלן, הערה 114, משם עולה, שיש פוסקים הטוענים שבמשך שלושים היום של סתם שכירות, אין דין השכירות כשכירות קצובה (ראה שם הנפקא מינה לעניין ירושת השכירות).

אולם ממקומה של אותה הלכה, הן בשולחן ערוך הן ב"משנה תורה"[57], ניתן ללמוד שאכן כוונת ההלכה היא, שמטרת השכירות מגדירה את מועד הסיום, אף שהצדדים לא פירשו את אותו מועד, מה עוד שבנסיבות שכאלה, לשוכר אין ציפייה סבירה שתארך השכירות מעבר להשגת מטרתה, ובכגון זה לא תוקנה תקנת ההודעה מראש[58]. הנוסח "אין פחות" בא לומר, שלפני חלוף פרק זמן זה, לא יוכל המשכיר לטעון שכבר הושגה המטרה[59].

נראה שהשכירות נחשבת לקצובה רק כשידוע מראש הזמן הנחוץ להשגת המטרה, כמו בדוגמאות שהובאו לעיל. אם נתון זה אינו ידוע מראש, השכירות אינה מסתיימת כל זמן שהשוכר אינו מודיע למשכיר שהשיג את המטרה[60].

3. מנהג. אם יש מנהג קבוע בדבר אורך תקופת השכירות, אף שהצדדים לא פירשו את מועד הסיום, ההנחה היא שהצדדים התכוונו לנהוג כפי מנהג המקום, וממילא דין השכירות כדין שכירות קצובה[61]. המחוקק קבע גם הוא בסעיף 3 לחוק, ש"פרטים של חוזה שכירות שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעסקאות קודמות שביניהם, ובאין הסכם כזה — לפי הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעסקאות מאותו סוג". אולם לא תמיד קיים מנהג כזה, ומכאן הצורך בהוראת סעיף 19.

העולה מכל האמור לעיל הוא, שכדי שתיחשב שכירות לשכירות שלא נקבע לה מועד, אין די בזה שהצדדים לא התייחסו במפורש לשאלת מועד הסיום. נוסף לכך, צריך גם שלא יהיה אפשר להסיק את אורך תקופת השכירות ממקום אחר: הקדמת דמי שכירות, מטרת השכירות או מנהג המקום.

ב. צורך עצמי

א. כאמור, עמדת החוק הישראלי היא שבתום התקופה המוסכמת בין הצדדים, מסתיימת השכירות בלא צורך במתן הודעה. באמצע התקופה, אין אפשרות לסיים את השכירות חד־צדדית, גם לא במתן הודעה, וזאת אפילו אם עקב שינוי נסיבות, המשכיר זקוק למושכר

[57] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ו. הרמב"ם דן באותם מקרים במסגרת הסעיף הדן בשכירות "עד זמן קצוב"; ואילו בסעיף ז, הוא עובר לדון ב"משכיר לחבירו בית סתם", ורק שם הוא מביא את חובת ההודעה מראש לשם סיום. וכך עושה גם השולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, הלכות ד־ה.

[58] השווה: סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ו, המסביר ששכירות בית "סתם" שבה תוקנה תקנת ההודעה מראש, אין הכוונה שהצדדים לא נתנו את דעתם לשאלת הזמן כלל, אלא שהסכימו על דמי שכירות חודשיים בלא לקבוע מראש לכמה חודשים, "דאז השוכר סומך על זה דיקח שכירתו כל חדש, ולא יוציאנו, משום הכי צריך להודיעו ל' יום מקודם". תודתי נתונה לרב א' מילר שהסב את תשומת לבי למשמעות דברי הסמ"ע בהקשר זה.

[59] כך פירש רבי יהונתן מלוניל, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה בהלכות: "בהלכות [הרי"ף (ראה לעיל, הערה 56)]: ירושלמי. תני: ללינה, אין פחות מיום. כלומר, מי ששוכר בית לחברו סתם, אלא זה הלשון אמר לו: 'ללינה', אין פחות מיום אחד, אף על פי שיש לומר, זה הלשון אין משמעו אלא ללינה אחת, אפילו הכי אמרינן לילה ויום, רצה לומר, דכיון ששכרה לצורך לילה, זכה בכל אותו היום, דכתיב 'ויהי ערב ויהי בקר יום אחד'".

[60] ראה: מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ז; נתיבות המשפט, סימן קפו, ס"ק ב.

[61] ראה: ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף ה, ד"ה לחבירו בסתם (וחוזר על כך בסעיף יא, ד"ה יכול להוציא), ולזה הסכים גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיב, סעיף יב. אמנם ראינו (לעיל, הערה 56), שיש הסוברים ששכירות שלא נקבע לה מועד ("סתם שכירות"), אורכה שלושים יום. אולם, סביר לומר, שלא התכוונו לכך אלא במקום שאין מנהג קבוע.

באופן דחוף לעצמו[62]. לרנר[63] מסביר: "ההלכה היא שמשכיר אינו רשאי לבטל את קשר השכירות, בשל כך שהמושכר נחוץ לצורך עצמי... לשינוי נסיבות קיצוני ובלתי צפוי שאירע במהלך ביצוע חוזה, יש נפקות רק במסגרת הסיכול, אולם הסיכול במשפט הישראלי איננו עילה עצמאית לביטול חוזה".

ב. כבר ראינו לעיל, שבסוגיה התלמודית[64] העוסקת בסיום השכירות נאמר: "פשיטא. נפל ליה ביתא, אמר ליה: 'לא עדיפת מינאי' [=ברור. אם נפל ביתו (של המשכיר), אומר לו (לשוכר): 'אין אתה עדיף ממני']". כאמור, רוב הראשונים והפוסקים[65] מסבירים, שדברי התלמוד אמורים בשכירות שאינה קצובה, וכוונת התלמוד היא, שבנסיבות של צורך עצמי, המשכיר יכול לסיים שכירות שלא קצבו לה מועד בלא מתן הודעה מראש לשוכר[66]. לעומת זאת, בשכירות קצובה, אפילו אם נפל ביתו של המשכיר, ואין לו איפה לגור, לא יהיה בכך עילה לביטול החוזה ולהוצאתו של השוכר מהמושכר. במילים אחרות, צורך עצמי אינו עילה לסיום השכירות הקצובה. דברים אלו נפסקו בשולחן ערוך[67]: "אפילו נפל ביתו של משכיר, שאין לו מקום לדור בו, ואפילו הֶעני [=נהיה עני], וצריך למוכרו לאחר, אינו יכול

[62] השווה: סעיף 29 לחוק השכירות והשאילה, התשל"א־1971, שם נקבע, שצורך עצמי הוא עילה לסיומה המוקדם של שאילה, אם כי המשאיל חייב להודיע לשואל על סיום השאילה זמן סביר מראש. על ההשוואה בין שכירות ושאילה בעניין זה, ראה דיוננו שם.

[63] לרנר, סעיף 194.

[64] בבא מציעא קא ע"ב.

[65] ראה להלן, הערה 67. והשווה: ז' ורהפטיג, "קנין פירות ושכירות", מגל ד (תשד"מ) 7, בעמ' 9, שלא דק בעניין זה.

[66] ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 29. אמנם רש"י (שם, ד"ה לא עדיפת מינאי) מפרש שהסוגיה עוסקת בשכירות קצובה. אולם גם הוא, כשאר הראשונים, מסביר, שכוונת התלמוד אינה להתיר את סיום השכירות טרם זמנה, אלא רק לשחרר את השוכר מחובת מתן הודעה (ראה לעיל, הערה 44, שלדעת רש"י, בניגוד לשאר הראשונים, חובת הודעה לפני הסיום קיימת גם בשכירות קצובה). רש"י כותב: "הואיל והגיע זמנו — מוציאו", ומכאן שאם לא הגיעה תקופת השכירות לסיומה, גם אם נפל ביתו, לא יוכל המשכיר להוציא את השוכר בשום אופן. וראה: נימוקי יוסף, שם (נט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה לא עדיפת, שכותב שלפי רש"י, "בתוך זמן קבוע, אינו מוציאו, אפילו נפל, אלא ידורו שניהם יחד או ישאר השוכר בפנים ובעל הבית בחוץ". לא ברור מהו המקור שהוא מסתמך עליו לעניין החלופה הראשונה ("ידורו שניהם יחד"). בדברי רש"י, על כל פנים, אין לה זכר.

[67] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף א. ולזה הסכימו רוב הראשונים והפוסקים. ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן עח, שכך הסיק על סמך ניתוח סוגיית התלמוד, בבא מציעא קא ע"ב (כפי שראינו שהדין של "נפל ביתיה" אינו אמור אלא בשכירות שאינה קצובה), וגם על סמך סוגיית הירושלמי, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט (לא ע"ב בדפוס וילנא), ראה להלן, ליד ציון הערה 86; רא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כה, בשם מהר"ם מרוטנבורג (וראה הסבר דבריו, להלן, הערה 79, והשווה בסמוך, שיש מסורת אחרת בדעת מהר"ם מרוטנבורג, שהובאה על ידי תלמיד אחר שלו — ה"מרדכי"), וכן כתב בפסקיו לכתובות, פרק יב, סימן ה; וכן נמצא גם בשו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ו (והשווה: רא"ש, עבודה זרה, פרק א, סימן כב, שנראה כסותר את גישתו. וצריך עיון); חידושי הריטב"א, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה מתניתין המשכיר בית לחברו; הריטב"א טוען שכך סבור גם הרמב"ם, וכך טוען גם הריב"ש בשו"ת הריב"ש החדשות, סימן א, בדעת הרמב"ם (השווה: שו"ת מהרש"ל, סימן לח, שטוען שמסתימת לשונו של הרמב"ם בעניין זה יש ללמוד שדעתו היא, שגם בשכירות קצובה הדין כן. לדחיית דברי המהרש"ל, ראה כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, סימן שיב, הגהות הטור, ס"ק יב; וראה גם: קצות החושן, סימן שיב, ס"ק א. וראה גם: משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קעו); חידושי הר"ן, שם, ד"ה חזינן; נימוקי יוסף, שם (נט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה לא עדיפת; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ש; שו"ת דברי ריבות (אדרבי), סימן צד; שו"ת פרח מטה אהרן

להוציאו". הנימוק להלכה זו, שניתן על ידי הפוסקים[68], הוא, "דשכירות לזמן קצוב — כמכר דמי", וממילא אין כל יסוד משפטי לפגוע בזכותו הקניינית של השוכר. אולם מיד נראה שיש מי שחולק על הלכה זו.

ג. פוסק אחד הבין שדברי התלמוד — "לא עדיפת מינאי" — אמורים גם בשכירות קצובה. הוא הסיק מכך, שצורך עצמי מהווה עילה טובה לביטול השכירות. הכוונה היא למהר"ם מרוטנבורג, כפי שהובאו דבריו על ידי תלמידו, ה"מרדכי"[69]. יש לציין, שלדעתו, לא כל צורך עצמי מצדיק את ביטול החוזה, אלא דווקא צורך עצמי הקשור לשימוש במושכר, משום שבזה המשכיר יכול לטעון, "אי אפשי לדור ברחוב", כלומר, איני רוצה להישאר בעצמי בלי השימוש שאני משכיר לך. כך הוא המצב כשנפל ביתו של המשכיר, או כשביתו ממושכן, והוא זקוק

(פרחיא), חלק ראשון, סימן ב (תשובה זו היא מרב חסדאי הכהן); שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק ב, סימן יח; סמ"ע, חו"מ, סימן שיח, ס"ק ג.

[68] מכלל הפוסקים שנזכרו לעיל, בהערה 67, הריטב"א הוא היחיד שאינו מזכיר בהקשר זה את הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא". והשווה: לרנר, סעיף 194, המסביר שצורך עצמי אינו עילה לביטול החוזה, משום שעל פי דיני החוזים הכלליים, שינוי נסיבות אינו עילה לביטול חוזה. הוא אינו נזקק אפוא לאופי הקנייני של השכירות. וראה לעיל, סעיף 1, ליד ציון הערה 65, דברינו על הקשר בין שאלת ביטול השכירות מחמת צורך עצמי ובין שאלת מהות השכירות כחיוב או כקניין. מהעובדה ששכירות שאינה קצובה אפשר בעיקרון (לולי תקנת ההודעה) לסיימה בכל עת, יש מן האחרונים שהסיקו שאין לה אופי קנייני. ראה שם, ליד ציון הערה 142.

[69] מרדכי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שפג (על מה שהביא את ה"מרדכי" לפרש את הסוגיה בדרך זו, בשעה שלכאורה היא מדברת בשכירות שאינה קצובה, ראה להלן בהרחבה, הערה 79). והשווה לעיל, הערה 67, שם ראינו שהרא"ש הביא גם הוא את מה שאמר, בשם מהר"ם מרוטנבורג. מעניין ששני תלמידים אלו של מהר"ם מרוטנבורג הביאו בשם רבם דברים סותרים כל כך (העיר על כך, שו"ת שי למורא, סימן ז. והשווה שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימנים א־ב, ובייחוד סימן ב, ד"ה הגם, שהסביר שמהר"ם מרוטנבורג חזר בו כנראה, וכל תלמיד מביא את עמדת רבו בתקופה שונה). וראה: שו"ת הרמ"א, סימן כ, ד"ה ומעתה אומר. לדעת הרמ"א, ה"מרדכי" לא התכוון לומר שצורך עצמי הוא עילה לביטול החוזה טרם זמנו ("תוך זמנו לא יחלוק מהר"ם על כל הפוסקים"), אלא דבריו אמורים ב"שכבר כלה זמן שכירותו, אלא שרצה לעמוד שם מטעם שלא הודיעו". פירוש זה תמוה ביותר, שכן ה"מרדכי" מדבר במפורש על סיום השכירות לפני "מישלם [=תום] ימי שכירותו". וראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ש, שגם הוא העלה בדברי מהר"ם פירוש דומה לזה של הרמ"א, ורצה לומר, ש"ימי שכירותו" הם ימי ההודעה מראש. אולם פירוש זה דחוק, כמו שהעירו עליו כבר בשו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימנים א־ב [בדרך אגב נעיר, שלדעתנו, כך פירש הריטב"א את הירושלמי (ראה להלן, הערה 79), בחידושיו לבבא מציעא קא ע"ב, ד"ה זבניה. מתוך פירושו שם עולה, שהבין שסוגיית הירושלמי דנה בשכירות שאינה קצובה (שאם לא כן, לא היה משווה אותה לסוגיית הבבלי שם), ו"הזמן" עליו מדובר שם הוא כנראה זמן ההודעה מראש, ולא הזמן הקצוב לשכירות]. והשווה: שו"ת מים עמוקים (ראנ"ח), סימן עו (מובא להלן, הערה 75).
על פי הפירוש שהוא מציע בסוף דברי הרא"ש, אין למעשה מחלוקת בין הרא"ש וה"מרדכי".
שיטה זו היא כנראה העומדת ביסוד דברי התוספות, בבא בתרא ה ע"ב, ד"ה כי היכי, והתוספות, בבא מציעא קב ע"ב, ד"ה בחזקת. וראה הגהות הגר"א, על בבא מציעא, שם, אות ב; וכן ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה. זוהי גם התפישה העומדת ביסוד דברי התוספות, כתובות קג ע"א, ד"ה ולא אמרן (יש להעיר, ששם החידוש גדול עוד יותר, משום שהמשכיר הכניס את עצמו למצב של מצוקה). ראה בעניין זה: סמ"ע, חו"מ, סימן שיח, ס"ק ג.
וראה לעיל, הערה 55, מה שהבאנו בשם "אגודת אזוב", שמדבריו משמע, שאם השכירות היא לתקופה ארוכה, ועדיין לא הקדים השוכר את דמי השכירות, גם הרא"ש מסכים שהמשכיר רשאי להוציא אותו מהמושכר. נימוקו הוא, שהמשכיר לא התכוון לחזור על הפתחים זמן רב כל כך, במיוחד כשהשוכר יכול למצוא פתרון חלופי בקלות. וצריך עיון.

לכסף כדי לפדותו לבל יישאר בלא קורת גג. לעומת זאת, אם המשכיר זקוק לכסף למחייתו (בלשון השולחן ערוך, שהובא לעיל, "הֶעני"), הוא לא יוכל להוציא את השוכר מהמושכר כדי למכור את המושכר, אלא "יחזור על הפתחים עד דמשלם [=שייתמו] ימי שכירותו".

לדברי ה"מרדכי", המקור לגישה זו הוא התלמוד הירושלמי[70], כפי שהסביר אותו מהר"ם מרוטנבורג. וזה נוסח הירושלמי, המובא ב"מרדכי" (להלן נראה שאחרים הביאו את הירושלמי בשינויי נוסח משמעותיים): "המשכיר בית לחבירו, ורצה למוכרו. אמר רבי אמי: 'לא עלתה על דעתו שימות ברעב'. רבי זעירא ורבי אילא תרוייהו אומרים: 'מכל מקום קנוי לו, אלא דו א"ל [=שהוא אומר לו] שבקיה [=הניחהו] עד דשרי עד דימלו אונקלאה[71] דידי' [=זמן שלו]. אתא עובדא קומי רבי יסא [=בא המעשה לפני רבי יסא] ולא קביל [את דעת רבי זעירא ורבי אילא]. מה פליג? [=האם פירוש הדבר שהוא חולק עליהם?] אמרי: ביתא דמשכיר הוה ממשכנא גבי חד רומי, בגין בן [צ"ל: כן] הורי בר אמי"[72]. וכך מפרש ה"מרדכי" את הסוגיה בשם מהר"ם מרוטנבורג: בתחילת הסוגיה אנו לומדים שרבי זעירא ורבי אילא, בניגוד לרבי אמי, אינם רואים במצוקה כלכלית ("שמא ימות ברעב") עילה מספקת לסיומה המוקדם של שכירות קצובה. בהמשך, הסוגיה דנה בתקדים שבו לכאורה רבי יסא פסק בניגוד לשיטתם של רבי זעירא ורבי אילא. אולם התלמוד מסביר שרבי יסא אינו חולק על חכמים אלה. עניינו של אותו תקדים שבא לפי רבי יסא היה באדם שמשכן את ביתו לטובת נושה לא יהודי ("רומי"), אשר איים לחלט את הבית, אם לא יפרע החייב את חובו. האמצעי היחיד שנותר לחייב כדי למנוע את אבדן ביתו, היה למכור בית אחר שלו, שהיה מושכר לאדם שלישי — השוכר. רבי יסא פסק, שיש עילה טובה לפינוי השוכר, משום שמצב זה אינו שונה ממשכיר שנפל ביתו ואין לו איפה לגור. במקרה האחרון, מוסכם על הכל (כך טוען ה"מרדכי"), כולל רבי זעירא ורבי אילא, שהמשכיר רשאי לסלק את השוכר אפילו שהשכירות קצובה. כך נקבע כבר במפורש (טוען ה"מרדכי") בתלמוד הבבלי: "פשיטא. נפל ליה ביתא, אמר ליה: 'לא עדיפת מינאי'"[73]. נמצא, שמן התלמוד הבבלי למד ה"מרדכי", שנפילת הבית היא עילה טובה לסיומה המוקדם של שכירות קצובה; ואילו מן התלמוד הירושלמי הסיק, שאמנם קשיים כלכליים אחרים, כגון רעב, אינם עילה מספקת. ואולם איום לחילוט ביתו של המשכיר בידי נושה, דינו כדין "נפל הבית", ולא כדין רעב.

אפשר היה לחשוב, שפירושו זה של מהר"ם מרוטנבורג, מלמד על תפישתו את מהות השכירות כעסקה אובליגטורית בלבד בלי אלמנט קנייני, ועל כן יותר קל להבין מדוע אפשר לבטל את השכירות במקרה של צורך עצמי (אם כי עדיין לא היה בזה כדי להסביר מדוע הוא מבחין בין משכיר שאין לו היכן לגור לבין משכיר שאין לו מה לאכול). נראה יותר לומר, שאף על פי שגם הוא סבור שהשכירות היא כמכר לזמן[74], האפשרות הניתנת למשכיר לסיים

[70] ירושלמי, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט (לא ע"א בדפוס וילנא, ראה מפרשים שם).

[71] מילה יוונית זו השתבשה כנראה לחלוטין, ובכל מקום שהובאה סוגיית הירושלמי, היא מופיעה בגרסה אחרת. הראשונים פירשו: זמן שלו. והשווה: ש' ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 169, שפירש: זכות דירה שלו. לגופו של עניין, הכוונה אחת.

[72] לגרסה זו, השווה גרסתם של הרשב"א והר"ן, להלן, ליד ציון הערה 86.

[73] ייתכן, ש"המרדכי" פירש את דברי התלמוד הבבלי האלה, כאמורים אפילו בשכירות קצובה, משום שכך, עלה בידו לפרש את סוגיית הירושלמי.

[74] ראה לעיל, בדיוננו על סעיף 1, הערה 13, שם הוכחנו שמהר"ם מרוטנבורג רואה את השכירות כעסקה קניינית ("שכירות ליומיה — ממכר הוא"). השווה: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב

את השכירות לפני תום זמנה נובעת מהסכם מכללא בינו לבין השוכר. כלומר, מוסכם בין הצדדים שזכות השימוש במושכר תישאר בידי השוכר כל זמן שהמשכיר לא יהיה זקוק לשימוש זה בעצמו. ואם כך, מובנת ההבחנה בין "נפל הבית" ל"הֶעני" (שכן ב"הֶעני" אינו זקוק לשימוש בבית, אלא הוא מעוניין למכור את הבית כדי לשפר את מצבו הכלכלי). עוד אפשר להציע ולומר, שלפי מהר"ם מרוטנבורג, כשם שאונס מצד השוכר הוא עילה טובה לסיום השכירות (כפי שנראה להלן, בעניין מיתת השוכר, שלדעתו היא עילה לסיום מוקדם של השכירות), כך גם אונס מצד המשכיר (ושוב, ההבחנה בין "נפל הבית" ל"הֶעני" היא משום שרק כשנפל ביתו יש לראותו כמי שאנוס לעניין מגורים, מה שאין כן כש"הֶעני").

נציין, שפוסקים אחרים[75] מרחיקים לכת עוד יותר מה"מרדכי". לדעתם, בכל מקרה של צורך עצמי, כולל ב"הֶעני", המשכיר רשאי לבטל את השכירות כדי לאפשר את מכירת המושכר. פוסקים אלה מאמצים את שיטת רבי אמי, המובאת בתלמוד הירושלמי[76], ולפיה המשכיר יכול לומר: "לא עלה על דעתי שאמות ברעב".

ד. בסוגיה זו עמדת הרמ"א[77] אינה ברורה. מחד גיסא, הוא מסכים עם דעתו של השולחן ערוך (נגד דעת מהר"ם מרוטנבורג), שאפילו אם נפל ביתו של המשכיר, אין בזה עילה לסיום השכירות[78]. מאידך גיסא, הוא מאמץ לכאורה את דברי מהר"ם מרוטנבורג, כפי שהובאו על ידי ה"מרדכי". הוא קובע: "אם היה מושכר בענין שלא היה יכול לפדותו לעולם — אם לא מכרו, יכול למוכרו ולהוציאו מיד". נסביר: נושה לא יהודי מאיים לממש משכנתא שיש לו על ביתו של המשכיר. המשכיר מבקש למכור את המושכר כדי להשיג מזומנים וכך למנוע את חילוט ביתו בידי הנושה. הקונה דורש כתנאי לעסקה את פינויו של השוכר. הרמ"א פוסק, שהמשכיר רשאי לפנות את השוכר כדי להציל את ביתו[79]. על פסק זה מעיר "נתיבות

תשל"ו, עמ' 404, שגם הוא הסביר את ההלכה על פי בחינת אמדן דעת הצדדים. והשווה להלן, ליד ציון הערה 108. והשווה: I. Herzog, The Main Institutions of Jewish Law, London 1967, vol. 1, p. 330.

75 ראה: הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ו, אות ז. נראה שלדעה זו נוטה שו"ת מים עמוקים (ראנ"ח), סימן עו, בדעת הרא"ש, אף שהבחין בין הקדים השוכר ושילם את דמי השכירות מראש לבין לא הקדים. אולם טעם ההבחנה אינו אלא שאם הקדים לשלם, מאחר שהמשכיר כבר עשה שימוש בכסף, השוכר יצא מופסד. מכאן שאם המשכיר מוכן להחזיר לו את כספו, חייב השוכר להסתלק. וראה לעיל, הערה 67, שם הבאנו שלדעה זו נוטה גם מהרש"ל בדעת הרמב"ם.

76 ירושלמי, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט (לא ע"ב בדפוס וילנא), וראה להלן, הערה 79. והשווה: ירושלמי, פסחים, פרק ד, הלכה ט (ל ע"א בדפוס וילנא).

77 רמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף א.

78 את זאת ניתן ללמוד מתוך שאינו מסתייג מהלכת השולחן ערוך. וכך פסק אמנם במפורש בשו"ת הרמ"א, סימן כ (ראה דיוננו על סעיף 11, הערה 47).

79 המקור שמצוין בדברי הרמ"א להלכה זו, הוא: "הרא"ש והמרדכי פרק השואל" (הכוונה היא לרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כה; ולמרדכי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שפב־שפג). אולם המעיין בדבריהם של שני פוסקים אלה יראה, שאמנם השניים מתייחסים לאותו מקור בתלמוד הירושלמי (ועל פי אותה גרסה שהבאנו לעיל, בשינויים קלים), אולם כל אחד מהם מציע, בשם מהר"ם מרוטנבורג, רבם המשותף, פירוש שונה לחלוטין משל חברו (הערנו על כך כבר, לעיל, הערה 69). את פירוש ה"מרדכי", שברור שהוא המקור לפסקו של הרמ"א, כבר הבאנו בפנים, לעיל. מפאת העניין שבדבר, נביא כאן גם את פירוש הרא"ש, שכאמור גם ייחס אותו למהר"ם מרוטנבורג (לנוסח הירושלמי, ראה לעיל, ליד ציון הערה 70, הנוסח של הרא"ש זהה כמעט לנוסח של ה"מרדכי", מלבד בסיום הסוגיה שם גורס הרא"ש: "ביתיה הוא ממוכשנא חד רומי..."; ואילו ב"מרדכי" הגרסה: "ביתא דמשכיר הוה ממשכנה גבי חד רומי..."). לפני כן נעיר, שהרא"ש

המשפט"[80]: "וצריך עיון מנין לו זה", כלומר, היסוד המשפטי להלכה זו אינו ברור, מה עוד שכאמור הרמ"א נראה כסותר את עצמו.

הסברים שונים ניתנו ליישוב עמדת הרמ"א, והרי סקירתם:

לפי הסבר אחד[81], הרמ"א מסכים בעיקרון עם השולחן ערוך, שצורך עצמי אינו עילה

וה"מרדכי" מסכימים שסוגיית הירושלמי עוסקת בשכירות קצובה. לעומתם, השווה דרכו של הריטב"א (לעיל, הערה 69), שנדמה שפירש את הסוגיה בשכירות שאינה קצובה.

הרא"ש מסביר, שבעיקרון רבי אסא אינו חולק על דעתם של רבי זעירא ורבי אילא. גם הוא סבור, שצורך עצמי (רעב) אינו עילה לסיומה המוקדם של שכירות קצובה. אם פסק לסלק את הדייר מן הבית, הרי זה משום שאותו יהודי בן רומא (ועל שם מקום מוצאו הוא מכונה "רומי"), לא החזיק בבית מכוח חוזה שכירות, אלא מכוח משכנתא (בין מוגבלת בזמן בין שאינה מוגבלת בזמן). בעיקרון, זכאי נותן המשכנתא לפדותה בכל עת. אולם, בדרך כלל, וכך היה גם כאן, אין לו האמצעים לכך. באותו מקרה שהגיע לפני רבי אסא, נזדמן קונה שהיה מוכן לשלם מחיר טוב עבור הבית, אולם התנה את העסקה בפינויו של בעל המשכנתא. רבי אסא הורה לפנות את בעל המשכנתא, כדי לאפשר את מכירת הבית, כשאת דמי הפדיון המגיעים לו הוא יקבל רק לאחר ביצוע המכירה. כך פירשו את דברי הרא"ש: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ש; שו"ת שי למורא, סימן ז; שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק ב, סימן יח; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה; פלפולא חריפתא, על הרא"ש, שם, אות ו (אלא שהוסיף שכוונת הדברים אינה שאפשר לסלק את בעל המשכנתא מיד באמצע השנה, אלא יש בכל זאת להמתין עד סוף השנה. השווה: ב"ח, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף ג; ביאור הגר"א, שם, ס"ק יב). לעומתם השווה: שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן א, שהציע פירוש אחר לגמרי בדברי הרא"ש, ולפיו דברי הרא"ש ודברי ה"מרדכי" עולים בקנה אחד (אולם דבריו דחוקים מאוד). והשווה עוד, שם, סימן ב, פירוש אחר, שהציע רב חסדאי הכהן.

כפי שראינו לעיל, למרדכי פירוש שונה לחלוטין בסוגיה זו.

נחזור עתה לפסק הרמ"א ("ואם היה מושכר בעניין שלא היה יכול לפדותה לעולם אם לא מכרו, יכול למכרו ולהוציאו מיד"), ונשווה אותו לדברי הרא"ש וה"מרדכי". ברור שפסקו זה אינו עולה בקנה אחד עם אף לא אחד משניהם: הרא"ש לא דיבר על סילוקו של שוכר, אלא על סילוקו של בעל משכנתא; ואילו פירושו של ה"מרדכי" מבוסס על ההנחה שנפילת ביתו של המשכיר היא עילה טובה לסיום שכירות קצובה, דבר שהרמ"א חולק עליו בוודאי (שכן לא העיר על דברי השולחן ערוך, כשפסק במפורש, ש"נפל הבית" אינו עילה לסיום בשכירות קצובה. ראה לעיל, הערה 78). ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה, מסביר: "והנה אף שאין הלכה כן, שאף בנפל אינו יכול לכופו לצאת... מכל מקום למד הרב [הרמ"א] משם, אם היה ביתו שדר השוכר מושכר כהאי גוונא, דודאי אין צריך להפסיד ביתו". להסבר דברי הגר"א, ראה להלן, ליד ציון הערה 81. בשלב זה די לנו להסיק מדבריו, שאת מקור ההשראה לדבריו, מצא הרמ"א בדברי ה"מרדכי", ולא בדברי הרא"ש. והשווה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ג.

אשר על כן כתבנו בפנים, שדבריו של הרמ"א הם כדברי ה"מרדכי", ושמדובר בנושה לא יהודי (אם היה הנושה יהודי, הנזק שהיה נגרם למשכיר לא היה בלתי הפיך, שכן על פי המשפט העברי, החייב זכאי בכל עת לפדות את המשכנתא מידי הנושה. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קג, סעיף ט. והשווה: פתחי תשובה, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ב. אולם ראה להלן, שאין הכרח לומר שמדובר בנושה לא יהודי). יש להעיר שספק אם ה"מרדכי" עצמו ראה נקודה זו כנקודה עקרונית בסוגיה, שהרי על פי דרכו העילה של המשכיר היא, שהוא עלול למצוא את עצמו בלא קורת גג, כמו בבית שנפל, ולא שלא יוכל לפדות את ביתו. ומעשה שהיה כך היה, שהנושה היה לא יהודי.

[80] נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ג.

[81] ערך ש"י, חו"מ, סימן שיב, סעיף א. והשווה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה. וכן נראה שפירש אולם המשפט, חו"מ, סימן שיב, סעיף א, ד"ה שם המשכיר בית לחבירו. שים לב, שמחד גיסא, הסבר זה אינו מתאים לדברי ה"מרדכי" עצמו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 69 ואילך), אשר דיבר על מכירת המושכר כדי להציל בית אחר מחילוט (אך כבר העיר הגר"א, שם, שכוונת הרמ"א לא הייתה לחזור על דברי

לביטול החוזה. אם פסק בכל זאת, שהמשכיר רשאי לסיים את השכירות כדי להציל את ביתו לבל ייפול בידי אותו נושה, הרי זה מפני שהבית הממושכן הוא המושכר עצמו. אם לא היו מאפשרים את הסיום המוקדם של השכירות, מכל מקום השוכר היה מסולק מן הבית על ידי הנושה, שזכותו קודמת. אשר על כן, השוכר חייב להסכים לסיום השכירות, וזאת בהתאם לכלל האוסר לנהוג ב"מידת סדום" ("זה נהנה וזה לא חסר"). המשכיר נהנה, בכך שיכול למכור את המושכר במחיר ריאלי, והשוכר אינו חסר, שכן בין כה וכה היה מסולק מן המושכר.

לפי הסבר אחר[82], הבית הממושכן אינו המושכר, אלא, כפי שהבננו תחילה, ביתו של המשכיר. הנימוק להלכה אינו קשור לדיני שכירות כלל, כי אם לדיני השבת אבדה. על השוכר מוטלת החובה להציל את חברו המשכיר מהפסד, ועל כן נדרש ממנו באותן נסיבות לסיים את השכירות. לעומת זאת, אם כבר נפל ביתו של המשכיר, אין עוד מה להציל, וממילא אין כל יסוד לסיום מוקדם של השכירות[83].

הסבר אחרון, ופשוט יותר, מעלה "ערוך השולחן"[84]: "אמנם רבנו הרמ"א סבירא ליה דאף על גב דבנפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציאו, מכל מקום היכא דְפַסְדוּ לגמרי, כופין אותו לצאת, דאומדנא גדולה היא, שלא השכירו על מנת כן, ולא גרע מכל האומדנות דסימן רמ"ו". כלומר, יש להבחין בין צורך למגורים לבין אבדן כל הבית, שהוא נזק בלתי הפיך; במקרה השני אומדנא דמוכח הוא שלא השכיר על דעת כן, מה שאין כן במקרה הראשון, שאין כאן אומדנא דמוכח[85].

ה. אף שפוסקים רבים חולקים על הרמ"א, יש מקרים קיצוניים שבהם אולי הם יודו שיש לקבל את טענת הצורך העצמי. כך עולה מסוגיית הירושלמי[86], על פי הנוסח שהביאו הר"ן

ה"מרדכי", שבעיקרון הוא חולק עליהם, אלא דברי ה"מרדכי" היו רק מקור השראה לדון במושכר העומד בסכנת חילוט). ומאידך גיסא, שים לב שהסבר זה מתאים ללשונו של הרמ"א, שכן מדברי הרמ"א עולה שהבית שהייתה סכנה לגביו שאי־אפשר יהיה עוד לפדותו, הוא המושכר עצמו. לדבריו, השווה: נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק ג, שפירש שהבית העומד בסכנה אינו המושכר, אלא בית אחר של המשכיר, ועל כן הציע תיקון סופר בדברי הרמ"א, והציע לכתוב במקום "מושכר" "ממושכן" (ואז הנושא של "ממושכן" הוא בלא ספק ביתו של המשכיר, שדיבר עליו המחבר לפני כן באותו הסעיף, ראה שם).

82 שו"ת עמודי אור (העליר), סימן קט. שים לב שהסברו מתאים יותר למקרה שדן בו ה"מרדכי", אך אינו מתיישב עם לשונו של הרמ"א, השווה בהערה קודמת.

83 לכאורה יש קושי בתירוץ זה: מדוע מחייבים את השוכר להיחלץ לעזרתו של המשכיר, הרי אין הוא שונה מכל אדם אחר, ומדוע מוטלת עליו דווקא החובה להגיש לו עזרה? פרופ' ב' ליפשיץ הציע לומר, שיש כאן יחסיות של הסיכון שלוקח השוכר לעומת הסיכון שהיה לוקח אדם זר: השוכר יקבל החזר דמי השכירות של יתרת התקופה; ואילו אחרים עלולים להפסיד את כל מה שיתנו למניעת החילוט.

84 ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיב, סעיף ג. וראה שם גם מה שמוסיף בסוף דבריו. להסבר זה, השווה: שו"ת שב יעקב (כ"ץ), אורח חיים, סימן ז. גם כאן נעיר, שהסבר זה מתאים למקרה שדן בו ה"מרדכי", אך אינו מתיישב יפה עם לשונו של הרמ"א (השווה ההערות הקודמות).

85 ואולם, ראה ערוך השולחן, שם, שהוסיף: "ונ"ל דאם הסיבה באבדון [צ"ל: באבדן] הבית היתה עדיין בעת שהשכירו, ודאי אומדנא גדולה היא, והוי כשכירות בטעות, דגם במכר היה המכר נתבטל בגילוי דעת כה"ג. אבל אם הסיבה נתהוה אח"כ, אינו יכול להוציאו". לא ברור אם כוונתו בדברים אלה לצמצם את דין מושכר שעלול להפסידו לגמרי (ולקבוע שאין לעשות אומדנה על מצב שלא היה קיים בשעת כריתת הסכם השכירות, ולא נוצר אלא לאחר מכן, אלא רק על למצב שהיה קיים כבר בשעת השכירות, כדוגמת ביתו של המשכיר שהיה ממושכן בשעה שהשכיר)? או שמא כוונתו להרחיב את דין האומדנה גם לנפל ביתו (שאם סיבת הנפילה הייתה קיימת כבר בשעת השכירות, ודאי שלא התכוון להישאר בלא קורת גג)? וצריך עיון.

86 ירושלמי, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט (לא ע"ב בדפוס וילנא), על פי גרסת הר"ן, בבא מציעא קא ע"ב,

והרשב״א (והשווה לעיל, לנוסח שהובא ב״מרדכי״ וברא״ש): ״המשכיר בית לחבירו, וביקש למוכרו. רבי אמי אמר: ׳לא עלה על דעת שימות זה ברעב׳. רבי זעירא ורבי אילא, תרוייהו אמרין [=שניהם אומרים]: ׳מכל מקום מכור הוא, אלא אמר ליה שיבקיה עד דאתמליא אטולסוס[87] דידיה׳. אתה עובדא קומו [צ״ל קומי = לפני] רבי נסא ולא קביל מניה [את דברי רבי זירא ורבי אילא]. ופליג? [האם פירוש הדבר שהוא חולק עליהם, ומסכים לשיטת רבי אמי?] לא. אימור, ברתיה [=בִּתו] ממשכנתא גבי חד מרומאי ולא הוי ליה למפרקה [=ולא היה לו ממה לפדותה] ובגין כן אוריא [=הורה] כרבי אמי״. על פי נוסח זה בירושלמי, לא ביתו של המשכיר עמד בסכנה, אלא בִּתו, ומדובר אפוא בסכנת נפשות ולא רק בסכנת אבדן רכוש. הצלת בִּתו של המשכיר מידי אותו בעל חוב רומי הייתה אפוא נימוק רציני דיו כדי לחרוג מעיקר הדין, ובהוראת שעה הורה להתיר את סילוקו של השוכר מן המושכר, או אולי בכגון זה כולי עלמא מודים שיש אומדנא דמוכח. כלומר, יש הסכם מכללא שלא על דעת כן הושכר הבית[88].

ג. מיתת השוכר

א. בעניין שאילה נקבע במפורש בסעיף 29 לחוק השכירות והשאילה, התשל״א־1971: ״המשאיל... רשאי לבטל את השאילה בתוך תקופתה אם מת השואל״. מאחר שלא נקבעה בסעיף 19 הוראה דומה בקשר לשכירות, אפשר להסיק, שבשכירות אין הדבר כן, ומיתת השוכר אינה עילה לסיום השכירות. לרנר[89] מסביר, שהסיבה לכך היא, שבניגוד לשאילה, ״עסקת

ד״ה חזינן. כן היא גם גרסת הרשב״א (בשינויים קלים), ראה: שו״ת הרשב״א, חלק ג, סימן עח; וכן היא גם גרסת ה״עיטור״, ערך שכירות. כגרסה זו עולה מהסוגיה המקבילה בירושלמי, פסחים, פרק ד, הלכה ט (ל ע״א בדפוס וילנא), וראה שם, שיירי קרבן. והשווה לעיל, הערה 79, גרסת שאר הראשונים, הגורסים ״ביתיה״ ולא ״ברתיה״, כלומר, ביתו, ולא בִּתו. והשווה: א״א אורבך, ״הלכות עבדים כמקור להיסטוריה החברתית בימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד״, ציון (תשכ״א) 141, בעמ׳ 185, והערה 192, שם.

87 על חילופי הנוסח במילה זו, כבר הערנו לעיל, הערה 71.

88 והשווה: שו״ת הרדב״ז, חלק ד, סימן אלף ריד (קמג). הרדב״ז טוען (בדרך אגב), שאם המשכיר צריך למכור את המושכר כדי להימלט ממאסר על אי־פירעון חוב, והקונה דורש את פינוי השוכר כתנאי לעסקה, יש אולי להתיר לו לפנות את השוכר, אפילו אם מדובר בשכירות קצובה. יסוד להלכה זו הוא מוצא בדברי הירושלמי לפי נוסח ה״מרדכי״ (״ביתיה״), אם כי, הוא אומר את הדברים מתוך היסוס: ״ואי לא דמסתפינא, הוה אמינא [=אילולי הייתי חושש, הייתי אומר]״. אילו היה לפניו הנוסח של הרשב״א והר״ן (״ברתיה״), נראה שהיה מהסס פחות. כן פסקו במקרים דומים: שו״ת שי למורא, סימן ז (בעניין פדיון בתו של המשכיר מן השבי); שו״ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן ב; שו״ת מלאכת שלמה (קמחי), סימנים א־ד (מפי משיבים שונים); משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי״ן, סימן קסח, המביא עוד פוסקים נוספים הנוטים לשיטה זו (הוא מוסיף, שם, ד״ה איברא, שאם יש למשכיר אופציה של שני קונים: אחד במחיר גבוה, אלא שדורש פינוי מיידי של השוכר; ואחד במחיר נמוך, שאינו דורש פינוי מיידי, עליו להסתפק במחיר הנמוך, ואין לו רשות לפנות את השוכר). והשווה: שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן ש, שממנו עולה ששום שיקול של הכבדה על המשכיר אינו יכול להצדיק את סיומה המוקדם של השכירות. ואולי בכגון זה (הצלה ממאסר) גם הוא היה מסכים לזה (כך סבור ר׳ חסדאי הכהן, בשו״ת פרח מטה אהרן, שצוין לעיל). והשווה: ירושלמי, פסחים, פרק ד, הלכה ט (ל ע״א בדפוס וילנא), ופירושיהם השונים של ״קרבן העדה״ ו״פני משה״, שם.

89 לרנר, סעיף 195. והשווה: קוד סיביל הצרפתי, סעיף 1742, שם נאמר במפורש שמיתת אחד הצדדים אינה שמה קץ לשכירות. לעומת זאת, השווה החוק השוויצרי: Code des obligations, art. 266i. על פי המשפט

השכירות, מעצם טיבה, אינה מבוססת על קשר אישי מיוחד בין הצדדים". האם הסבר זה תלוי בגישה האומרת שהשכירות היא בעלת אופי קנייני, ומכאן שמיתת אחד הצדדים לעסקה אין בה כדי לבטלה? או שמא גם אם נראה בשכירות עסקה חוזית, זכויותיו החוזיות של השוכר עוברות בירושה, כל עוד אין לנו סיבה מיוחדת לפרש שהחוזה קשור באישיותו המיוחדת[90]? אנו משאירים שאלה זו בצריך עיון.

ב. שאלת ירושת השכירות לא נידונה במקורות התלמודיים[91]. לעומתה, ירושת השאילה נידונה במפורש[92]. העיקרון העולה מן התלמוד הוא, שזכות השואל עוברת בירושה. וכך פסק בשולחן ערוך[93]: "מת השואל, הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן"; ולהלן[94]: "הניח להם אביהן פרה שאולה, משתמשים בה כל ימי שאלתה". מכאן אפשר להסיק, שאם כך הדין בשאילה, הרי בוודאי שכך הוא הדין גם בשכירות[95]. וכך אמנם עולה מתוך דברי הרמב"ם[96]:

השוויצרי מיתת השוכר היא עילה חוקית לסיום מוקדם של השכירות על ידי היורשים (כפוף לחובת ההודעה מראש, כמקובל).

90 הצדדים לעסקה יכולים להתנות ביניהם שתפקע השכירות במיתת השוכר. לרנר מטעים, שעל תנאי כזה אפשר יהיה לפעמים ללמוד מכללא מתוך התנאים של החוזה. כך יהיה לדוגמה, אם התייחס החוזה לתכונה מיוחדת של השוכר (תכונה שאין ליורשיו). אולם, הוא מוסיף, שהתנייה בחוזה האוסרת על העברת המושכר או השכרתו בשכירות משנה כשלעצמה אין פירושה שהחוזה תלוי באישיותו המיוחדת של השוכר ושבמותו מסתיימת השכירות.

91 אמנם יש לציין שהתוספתא, בבא מציעא ט, טו, דנה במי ש"קיבל שדה מחבירו, ומת", ומשם עולה שהיורשים אינם זוכים בשדה. וכן ראה: בבא מציעא קט ע"א; רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן לז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שכט, סעיף א. אולם אין להסיק מכאן על שאלת ירושת השכירות שאנו דנים בה כעת, שכן רבים מן הראשונים שרואים בשכירות זכות קניינית אינם רואים כך את הקבלנות. ראה באריכות על כך: א' אדרעי, אחריות היורשים לחובותיו של המוריש במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, הוגש לסנט האוניברסיטה העברית בירושלים, ניסן התשנ"ג, עמ' 116-127 (מכאן ואילך: אדרעי). והשווה: סמ"ע, חו"מ, סימן שכ, ס"ק ג, המסביר שיש הבדל גדול בין "שוכר" ל"מקבל": "המקבל לעולם אינו נותן להנותן אלא לפי מה שיוציא מהשדה או הכרם, שאם יהיו פירות הרבה, יהיה שליש או רביעי [רביע] דבעל הבית גם כן הרבה, ואם מעט, מעט, מעט". כלומר, בשום מקרה הסיכון שהשדה אינו מניב פרות אינו עליו, אלא על הנותן. מה שאין כן השוכר והחוכר, "שהן, אף אם ילקה השדה, על כל פנים צריכין ליתן לבעל השדה שכירותו". כלומר, הם נוטלים סיכון לפגיעה ביבול. ואולי גם בכך יש ביטוי להבדל במהות המשפטית של העסקאות הללו. עוד צריך להוסיף, שיש הסוברים, שאם אין למקבל אלא יורש אחד, והוא מסוגל להמשיך את עבודת השדה כאביו, הריהו יורש את זכות אביו. ראה סיכום הדעות בתוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 286, הביאור לשורות 39-41.

92 ראה: כתובות לד ע"ב; בבא קמא קיב ע"א.

93 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף א. בדיוננו על סעיף 29, נראה שאין בזה סתירה לעמדת החוק. גם על פי החוק, השאילה אינה תמה באופן אטומטי במיתת השואל. מיתת השואל אינה אלא עילה לביטול השאילה. על פי המשפט העברי, אין במיתת השואל כשלעצמה עילה לביטול השאילה. וראה שם בהרחבה.

94 שם, סעיף ג.

95 אמנם הסמ"ע, חו"מ, סימן שמא, ס"ק ו, מסביר שדין השואל אינו דומה לדין המקבל, ראה לעיל, הערה 91, "דשאני שאילה דכל ימי השאלה היא כקנוי לו, שהרי כל הנאה דידיה, וחייב אפילו באונסין, ומשום הכי בניו יורשים אותו ממנו עד כלות הזמן". המקור לדבריו אלו ("כל הנאה שלו" כנימוק לירושה) הוא בדברי נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק תשיעי (סו ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ולאו מילתא היא, בשם הר"ן והרשב"א. ואילו בשכירות, כל ההנאה אינה של השוכר, שהרי הוא משלם תמורתה, ואינו חייב באונסין. אולם "ערוך השולחן" מקיש בכל זאת משואל על שוכר וקובע: "ונראה דדינם [של יורשי השוכר] כשואל, שיכולים לעכבה כל ימי שכירותה ולהשתמש בה כדרך שמורישם השתמש. ואף על גב דבשואל בארנו

"שאלו לזמן קצוב, כיון שמשך וזכה בו, אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף זמן שאלה, ואפילו מת השואל, הרי היורשין משתמשין בשאלה עד סוף הזמן. ודין הוא [=וכך מחייב ההיגיון]: הלוקח — קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן; ומקבל מתנה — קנה הגוף קנין עולם, ולא נתן כלום; והשוכר — קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן; והשואל — קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב, ולא נתן כלום. כשם שהנותן כמוכר, שאינו יכול לחזור לעולם, כך המשאיל כמשכיר, שאינו יכול לחזור בתוך הזמן". נמצא אפוא שהרמב"ם מנמק את דין ירושת השאילה, המפורש בתלמוד, מתוך היקש לדין ירושת השכירות, שאינו מפורש בו[97].

ירושת השכירות מפורשת עוד יותר בדברי רבנו תם[98]: "שוכר... אפילו מת בתוך הזמן, המקום מושכר ליורשיו עד הזמן". ונראה שכך נקטו פוסקים רבים[99], אשר הסתמכו על העיקרון הידוע, "שכירות ליומיה — ממכר הוא", כלומר על אופייה הקנייני של השכירות.

ג. אמנם, מתשובה שהשיב מהר"ם מרוטנבורג[100] יש שהסיקו שהוא חולק, וסובר שאין ירושה בשכירות. מהר"ם מרוטנבורג דן בשוכרת דירה שמתה; היורשים אינם מעוניינים להחזיק בדירה ואינם מסכימים לשלם דמי שכירות אלא בעד התקופה שעד פטירתה של אמם. לחילופין, הם מבקשים רשות להשכיר את המושכר בשכירות משנה, שכן להם עצמם אין שום צורך באותו מושכר. מהר"ם מרוטנבורג תומך בעמדת היורשים, הם רשאים להסתלק מן המושכר ולהיפטר מתשלום דמי השכירות: "אם לא נתנה אמם כבר כל השכירות[101], היורשים פטורים מלתת מה שלא דרה בו, כיון דנאנסה, שהרי מתה"[102].

הטעם, דמפני חיוב אונסים הוי כקנוי, והשוכר הלא אינו חייב באונסים; מכל מקום בשוכר לא הוצרכנו לזה, דשכירות ליומא — ממכר הוא".

96 רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה.

97 וכך עשה גם הריטב"א. ראה: חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב, ד"ה מתה אין חייבין באונסיה, כשהוא בא להסביר מדוע יורשי השואל אינם חייבים באונסים, אף שהם משתמשים במושאל: "אבל הכא [בשאילה] כיון שכבר מת אביהם, וירשו זכותו, למה יתחייבו בשאלה? הרי זה כאילו שכר אביהם בית, ומת, שמשתמשין בו כל ימי שכירותו, ואין חייבין בשכירותו, אם לא הניח להם אביהם אחריות נכסים". כאמור דין זה של ירושת השכירות אינו נמצא בתלמוד. הריטב"א, כמו הרמב"ם, רואה אותו כנראה כברור מאליו, ומשתמש בו כדי להצדיק את דין ירושת השאילה, המפורש בתלמוד. לשאלת תשלום דמי השכירות על ידי היורשים, שמתייחס אליה הריטב"א, ראה להלן, ליד ציון הערה 120 ואילך.

98 מובא בתוספות, בבא בתרא נא ע"ב, ד"ה במתנה.

99 ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף כח (בשם הראב"ד), וביתר פירוט בחלק ב, סימן שכח (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק כב. בשו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קצג, העיר שרבי יוסף קארו לא חזר על הדברים בשולחן ערוך, והסיק מכך שאפשר שהוא אינו מאמץ את שיטת הרשב"א להלכה, וראה להלן, הערה 134); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תטו (וכן עולה מדבריו, שם בסימן רצה, ובאבן העזר, סימן קפד); שו"ת דברי ריבות (אדרבי), סימנים שכו־שכט; שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן כט; שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן צד; שו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן מה; שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פב; שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, סימן לט (וכן בחידושיו לשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ג); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ג, סימן קכז.

100 שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תתרב (הובא במרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שמה).

101 להלן הוא מוסיף: "ואם נתנה כבר כל השכירות, יש כח ביד היורשים להשכיר חלק שהיה לאמם [כלומר להשכיר את המושכר בשכירות משנה]... ואם לא ימצאו יחזור [=יחזיר] ליורשים כפי חשבון כמה אדם רוצה לקח [=ליקח] פחות שלא היתה דרה ממה שהיתה דרה בו". ההבחנה שעושה מהר"ם בין הקדימה

כאמור, מפסק זה יש שהסיקו[103], שמהר״ם מרוטנבורג חולק על הכלל ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״, ומשום כך סבר שהשכירות אינה עוברת בירושה. הם התלבטו בשאלה, אם הלכה

השכר ללא הקדימה אינה נהירה לכאורה. להבנת ההבחנה, ראה: תוספות, בבא מציעא עט ע״ב, ד״ה אי אתה מוצא (ראה דיוננו על סעיף 14, ליד ציון הערה 23). להסבר אחר, ראה: דברי משפט, סימן שלד, סעיף א, ס״ק ב.

[102] נעיר כאן, שמבין האחרונים יש מי שרצה לצמצם את משמעות תשובת מהר״ם מרוטנבורג. הוא מציע לומר, שדבריו של מהר״ם אמורים דווקא ביורשים שאינם דרים במושכר עם השוכר, ואינם סמוכים על שולחנו. יורשים כאלה לא היו כלולים בחוזה השכירות מראש, ועל כן הם יכולים לטענן טענת אונס ולהסתלק מן הירושה. לעומתם, יורשים הסמוכים על שולחן מורישם, מודה מהר״ם, שאין להם עילה לביטול השכירות, שכן ברור שמלכתחילה חוזה השכירות כלל גם אותם. ראה: שו״ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, שאלה צד: ״היה נראה בעיני לומר, שמעולם לא אמר מהר״ם שפטורים היורשים, אלא כל שאינם דרים שם היורשים אלא במקום אחר, ולאה [השוכרת] כששכרה, לא שכרה אלא לעצמה לה לבדה, ודמיא ממש לההיא דאגיר אגירי, דאי אפשר להם לעשות מלאכתם כל דאתי מיטרא, ומתבטלים״. והשווה: שו״ת משפטים ישרים (בירדוגו), סימן קצג, שכנראה לא אימץ הבחנה זו.

וראה: שו״ת צמח צדק, חו״מ, סימן מה. גם הוא מעלה, שאולי יש מקום להבחין בשיטת מהר״ם בין בני ביתו של השוכר ובין יורשים אחרים. הוא כותב: ״אפשר דהיכא שאין יורשיו דרים עמו, רק הוא לבד, כגון שאין לו אשה, או אלמנה השוכרת בית ודרה בו לבדה, היה אפשר לומר דבכהאי גוונא שייך שפיר אומדנא, דאדעתא דהכי לא שכרה, ואפשר דבכהאי גוונא מיירי מהר״ם, כמו שכתב, ׳לאה ששכרה׳״. אולם, אם כדברי ״צמח צדק״, נשאלת השאלה, מדוע היה צריך לנמק את הפטור, ש״אין לך אונס גדול מזה״? מספיק היה למהר״ם לומר שבמיתת השוכרת תמה השכירות, שכן אדעתא דירושה לא שכרה. ואמנם ״צמח צדק״ דוחה בעצמו את הצעתו (אם כי נראה שהוא עושה זאת מנימוקים אחרים). והשווה לעיל, הערה 90.

[103] ראה: שו״ת מהר״ש הלוי, סימן לה: ״אבל ר״מ [רבנו מאיר מרוטנבורג] ז״ל לבדו חולק עמהם, וסבירא ליה דכיון שמת השוכר, נתבטל השכירות״. והשווה: שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן רצה וסימן תטו; שו״ת צמח צדק, חו״מ, סימן מה. וראה עוד: I. Herzog, The Main Institutions of Jewish Law, London 1967, vol. 1, p. 336. בשו״ת חקרי לב, חו״מ, חלק ב, סימן פב, מביא עוד דעות שכך הבינו את שיטת מהר״ם, ושהסיקו כך מדברי הב״ח, חו״מ, סימן שיב, ס״ק יט (בסופו). על דברי הב״ח, נרחיב כאן בהערה.

בית יוסף, חו״מ, סימן שיב, ס״ק כב, דוחה את דעתו של מהר״ם מן ההלכה. הוא מעדיף את דעת הרשב״א, שחייב את היורשים בתשלום דמי שכירות מכוח העיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״; ואת דעת רבנו תם, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 98. הב״ח אינו מסכים עם ה״בית יוסף״, ולהלן נימוקיו:

ראשית, הוא קובע, שמהר״ם מרוטנבורג אינו הפוסק היחיד הדוחה את העיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״. כך סוברים גם התוספות; לדעתם, לא נאמר הכלל ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״, אלא בהקשר לאיסור הונאה בשכירות (ראה: בבא מציעא נו ע״ב, ותוספות שם, ד״ה והאי); ואילו במקומות אחרים התלמוד קובע ״שכירות לא קניא״ (ראה: עבודה זרה טו ע״א; ותוספות שם, ד״ה והשתא), ומכאן שהשכירות אינה זכות קניינית. על מקורות אלה ומשמעותם בהגדרת מהות השכירות, ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שני, עמ׳ 7.

שנית, מדברי רבנו תם — ״גדול קניינו של שוכר... שאפילו מת בתוך הזמן, המקום מושכר ליורשיו עד הזמן״ — אכן עולה שהשכירות עוברת ליורשים, אולם ״לא אמרו התוספות [כלומר, רבנו תם] אלא דהמקום מושכר ליורשיו, ואין המשכיר יכול לדחותו. אבל אם אין היורשים חפצים בבית, הדין עמהם״. במילים אחרות, המשכיר אינו רשאי להוציא את היורשים מהמושכר, אך, לעומת זאת, היורשים רשאים לבטל את השכירות בטענה שאירע למורישם אונס. ואם כן, פסקו של מהר״ם מרוטנבורג אינו סותר את דברי רבנו תם. והשווה: שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן תטו.

לכאורה שני טיעונים אלה של הב״ח סותרים זה את זה, אם מהר״ם מרוטנבורג חולק על הכלל ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״, כפי שהוא טוען בתחילת דבריו, כיצד ייתכן לומר שהוא מקבל את דברי רבנו תם, שמהם עולה בעליל שהיורשים זוכים במושכר? ועוד קשה, אם אכן היורשים זוכים במושכר, ולמשכיר אין עילה לסיים את השכירות, כי אז מן הצדק שגם היורשים לא יורשו לבטל את החוזה: ״מהיכא תיתי לומר

למעשה יש להתחשב בדעתו של פוסק חשוב זה, או שמא דעתו בטלה מול חבורת הפוסקים החולקים עליו[104].

ר׳ רפאל יוסף חזן[105], בעל שו״ת חקרי לב, אינו מקבל את הגישה הזאת. לדעתו, מהר״ם מרוטנבורג מסכים גם הוא עם העיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״[106]. ומכאן שגם הוא סבור שהשכירות עוברת בירושה. אם פטר מהר״ם מרוטנבורג את היורשים מלשלם דמי שכירות, אין זה קשור כלל עם שאלת ירושת השכירות, אלא הפטור הוא פועל יוצא מעמדתו בשאלת סיכול מטרת השכירות. לדעתו, כשאונס מונע מהשוכר את האפשרות להשתמש במושכר, יש לו טענת פטור חוקית[107]. לדוגמה, אם מחמת מחלה לא היה יכול להגיע אל המושכר, היה רשאי לבטל את החוזה ולהיפטר מתשלום דמי השכירות. אם כך מובן מאליו שאותה הזכות עוברת גם ליורשים. אילו היה סובר, שהיורשים פטורים מתשלום, משום שלא ירשו, לא היה לו לתלות את הפטור באונס, אלא לקבוע בפשטות שבמיתת השוכר בטלה השכירות. אלא שכאמור, אין זו ההנמקה שלו.

מדברי ״חקרי לב״ עולה, שלכולי עלמא השכירות עוברת בירושה. רוב הפוסקים סוברים שמיתת השוכר אינה עילה לביטולה, ואילו מהר״ם מרוטנבורג סבור, שמיתת השוכר, כמו שאר מקרי אונס הדומים לו, היא עילה טובה מצד יורשי השוכר לביטול השכירות (אבל לא מצד המשכיר)[108].

לחצאין, דלתועלת יורשי השוכר, כשירצו להעמיד השכירות, חל שכירות אביהם, אבל לחובתם, כשאינם רוצים, בשכירות אביהם דלא יחול?״ (דברי שו״ת מהר״ש הלוי, חו״מ, סימן לה). על שאלה אחרונה זו, עונה ר׳ אהרון הכהן פרחיא, בשו״ת פרח מטה אהרן, חלק ראשון, סימן צד, וטוען שיש בהבחנה זו היגיון משפטי: ״ואחר המחילה הראויה נראה שהחילוק מבואר, דבשלמא לתועלתם כשהם חפצים אין כח ביד המשכיר לחזור בו מהשכירות עד כלות הזמן הקצוב, דלכולי עלמא, לענין זה, שכירות ליומיה — ממכר הוא. אבל כשאינם חפצים בו, יש להם טענה לחזור מהשכירות, דכיון שהשוכר נאנס, שמת, הרי הם חוזרים בהם מטעמא ומחמת האונס״. ואם כן לא לקתה מידת הדין (השווה: שו״ת בני אהרן (לפפא), סימן כט, ד״ה הן אמת; שו״ת חקרי לב, חו״מ, חלק ב, סימן פב, קלא ע״ג, ד״ה וראיתי; דברי משפט, סימן שלד, סעיף א, ס״ק א).

אולם השאלה הראשונה בדבר הסתירה שבדברי הב״ח במקומה עומדת. נראה שההסבר המשכנע בדברי הב״ח מובא על ידי חקרי לב, שם, קלא ע״א, ד״ה ואני. הוא מפנה לשו״ת הב״ח החדשות, סימן יח, משם עולה, שלדעת הב״ח, אומרים ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״ מדרבנן (וכך עולה גם מדבריו בחו״מ, סימן שיג, ס״ק ג). על פי זה מובן שהיורשים זוכים במושכר מדרבנן, ומאחר שזכותם אינה אלא מדרבנן, לכן מתקבלת טענת אונס לבטלה.

לכל זה, השווה: ש״ך, חו״מ, סימן שלד, ס״ק ב. ראה לעיל, דיוננו על סעיף 15, הערה 130.

104 ראה במיוחד: שו״ת מהר״ש הלוי, סימן לה; שו״ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן צד; שו״ת צמח צדק, חו״מ, סימן מה.

105 שו״ת חקרי לב, חו״מ, חלק ב, סימן פב.

106 כבר הערנו על כך לעיל, הערה 74. ״חקרי לב״ מוכיח זאת (דף קלא ע״ד, ד״ה וראיתי) מעמדתו של מהר״ם מרוטנבורג בקשר למלמד שחלה, שם קבע מהר״ם מרוטנבורג, שבעל הבית (השוכר) הוא המפסיד, משום שהמלמד נחשב לקניינו (במקרה זה המלמד הוא גם המשכיר וגם המושכר). וכך הוכיח גם מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה. על עניין זה, הרחבנו בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 126.

107 כך עולה גם משו״ת מהר״ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תסו (תשובה זו היא של ר׳ חיים בר׳ יחיאל חפץ זהב, מבית מדרשו של מהר״ם מרוטנבורג). וראה בעניין זה, דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 123 ואילך.

108 לשאלה, כיצד מתיישב העיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״ עם מתן אופציה לבטל את העסקה במקרה

ד. מבחינה משפטית, אפשר לראות ירושת השכירות כהעברת השכירות, שכן היורש בא במקומו של השוכר המקורי, ומעתה נוצר קשר משפטי בינו לבין המשכיר (להלן נראה שאפשר להציע תפישה אחרת של הירושה, שעל פיה ירושה אינה כהעברה). נשאלת אפוא השאלה: האם מוטלות על ירושת השכירות המגבלות המוטלות על העברת השכירות?

בדיוננו על סעיף 22 נראה, שבעניין העברת השכירות, המשפט העברי מבחין בין שכירות מקרקעין לשכירות מיטלטלין[109]. העברת השכירות במיטלטלין אסורה באופן עקרוני, זולת בנסיבות מיוחדות, כגון העברה לבני ביתו של השוכר הסמוכים על שולחנו. לעומת זאת, העברת השכירות במקרקעין מותרת באופן עקרוני, זולת במקרים מיוחדים. לדוגמה, אין להעביר את השכירות למי שבני ביתו מרובים משל השוכר המקורי. דוגמה נוספת: אסור לשוכר המשתמש במושכר במשותף עם המשכיר להעביר את השכירות לאחר, כי המשכיר רשאי להתנגד לשותף חדש. האם כך הוא גם בירושת שכירות? שאלה זו שנויה במחלוקת הפוסקים.

"נתיבות המשפט"[110] סבור, שעל ירושת השכירות חלות כל המגבלות החלות על העברת השכירות. נימוקו הוא, שהמשכיר אינו יכול להוריש את מה שאין לו, לכן כל שנקבע שהשוכר אינו רשאי להשכיר, אין לו אף הכוח להוריש[111]. על פי זה, "נתיבות המשפט" מסביר, שכאשר

של אונס (הרי במכר הקונה אינו רשאי לבטל את החוזה בטענה שאירע לו אונס לאחר גמר העסקה, והדבר מונע ממנו את מימוש הבעלות)? ראה דברינו על שיטת מהר"ם מרוטנבורג, בסעיף 15, ליד ציון הערה 123 ואילך.

109 ההבחנות שאנו מזכירים כאן נאמרו בקשר לשכירות משנה, אולם אין ספק שהן חלות גם (בקל וחומר) על העברת השכירות (על ההבדל בין העברת השכירות לשכירות משנה, ראה דיוננו על סעיף 22). בסעיף 22 נראה, שהעברת השכירות בעייתית יותר משכירות משנה, משום שיש בה גם מרכיב של המחאת חיוב בלא הסכמת הנושה. הפוסקים לא עוררו כלל את הבעיה הזאת בקשר לירושת השכירות, משום שבירושה, ההמחאה באה מאליה, בלא כוונת מכוון, שאפשר להטיל עליה הגבלות. מבחינת דמי השכירות, יש אפוא לדון בירושת השכירות כמו בכל ירושת חוב (ואכן ראה להלן, ליד הערה 120 ואילך).

110 נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ג.

111 ההוכחה שמביא "נתיבות המשפט" היא מדברי הרמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף י, שם נקבע: "השוכר בית מחבירו, וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בעניין שנתבאר לעיל בסימן שטז, המוֹתר הוא שלו, ואם לא היה לו רשות להשכירו, המוֹתר לבעלים". מכאן מסיק "נתיבות המשפט", שאיסורי העברה משמעם שאין לשוכר הכוח המשפטי להעביר, שכן אילו היה לו הכוח המשפטי, אף שהיה במעשהו משום איסור, לא היו שוללים ממנו את מוֹתר דמי השכירות. ומוסיף "נתיבות המשפט" ומסיק: אם המושכר אינו שלו לעניין העברה, הוא אף אינו שלו לעניין ירושה (לדברינו כאן, השווה: אדרעי (לעיל, הערה 91), פרק ד, הערה 9). ומכאן הוא בא להבחנה בין בני ביתו של השואל הסמוכים על שולחנו ובין יורשים אחרים (וראה דיוננו להלן, סעיף 29, הערה 37).
לכאורה קשה: אם אכן אין לשוכר כוח להעביר את המושכר כלל, אפילו לא בדיעבד, מדוע שוללים ממנו רק את "המוֹתר"? מן הראוי היה לשלול ממנו את מלוא התשלום שקיבל משוכר המשנה. השווה: נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ב, משם עולה בבירור, שאם אין לשוכר רשות להשכיר בשכירות משנה, הרי שדמי השכירות שמשלם שוכר המשנה מגיעים למשכיר במלואם. אולם אין כאן סתירה: בסימן שסג, מדובר כנראה בשוכר שהשכיר את המושכר בשכירות משנה למי שבני ביתו מרובים משלו (כפי שמובא בנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק שני (ט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה כתב הרא"ש, שהם המקור לפסק הרמ"א הנ"ל). ומאחר שעד כדי מספר בני ביתו, היה רשאי להשכיר, ולא חרג מזכויותיו אלא בתוספת הדיירים, הרי שאין לשלול ממנו אלא את מוֹתר דמי השכירות, שהם נחשבים כנראה כתמורה כנגד תוספת הדיירים האסורה. לעומת זאת, בסימן שטז, "נתיבות המשפט" מדבר בשוכר שאינו רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה כלל, משום שהמשכיר עצמו משתמש במושכר יחד עמו. בכגון זה מובן שדמי השכירות כולם אינם מגיעים לשוכר, אלא למשכיר. והשווה: פתחי תשובה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ב, שהיה ער לקושי זה, וניסה ליישבו בדרך אחרת.

נקבע[112]: "הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשים בה כל ימי שאלתה", מדובר דווקא בבני המוריש הסמוכים על שולחנו, להם היה רשאי המוריש להעביר את ההחזקה בפרה עוד בחייו, ואין מדובר ביורשים אחרים[113].

פוסקים אחרים סוברים, שאמנם נכון הוא שבעיקרון המשכיר רשאי להפקיע את המושכר מידי הנעבר, אולם לדעתם, בניגוד לדעת "נתיבות המשפט", אין להסיק מכאן, שלשוכר אין כוח משפטי להעביר את המושכר. השימוש במושכר הוא קניינו של השוכר, ועל כן לולי התחייבותו (מכללא) לשמור את המושכר בעצמו, לא הייתה מניעה משפטית להעברה. בהתאם לתפישה זו פוסקים אלה טוענים שאין לצמצם את תוקפה של הירושה רק לבני ביתו של המוריש הסמוכים על שולחנו. שני נימוקים עיקריים נאמרו בעניין זה: הסכם מכללא[114]: המשכיר ידע שהשוכר עלול למות, ובכל זאת הסכים להשכיר את המושכר לזמן קצוב, ולא התנה שהשכירות לא תעבור ליורשיו. ההנחה היא אפוא, שהסכים לירושה מראש, כלומר לשמירת המושכר על ידי היורשים; ההתחייבות לא הופרה, ואין עילה לביטול[115]: שלא כמו בהעברת השכירות מחיים, בירושה, השוכר לא הפר את התחייבותו לשמור את המושכר אישית, הוא מנוע מלשמור אישית מחמת אונס מיתה. לכן אין למשכיר עילה לביטול השכירות. אם הוא חושש שיורשי השוכר לא ישמרו היטב את רכושו, הבררה בידו להפקיד על המושכר שמירה מטעמו. מכל מקום חששותיו אינם עילה מספיקה לשלילת זכויותיהם של היורשים.

לעומת הפוסקים הללו, רבי עקיבא איגר[116] סבור, שיש להבחין בין ההגבלות השונות על

וראה דיוננו על סעיף 16, הערה 101. על הצעתי בפירוש גישת "נתיבות המשפט", הקשה לי פרופ' ב' ליפשיץ, אם אין זה נכון לומר שכשמספר השוכרים גדול מן המותר אין רשות להשכיר כלל, ומדוע נלך אחר גובה דמי השכירות? על כך ראה: פתחי תשובה, סימן שטז, ס"ק ב (בסופו). וראה דיוננו להלן, סעיף 22, פרק שישי, עמ' 519.

נציין שכבר בראשונים מצאנו מי שסובר לכאורה, שעל ירושת שכירות או שאילה מוטלות המגבלות הקיימות ביחס להעברה. ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט, שכך הסיק מדברי המרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל בתרא, סימן קמו, האומר: "דכל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד... כדאמרינן פרק אלו נערות: 'הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשין בה כל ימי שאלתה'". ראה דיוננו על סעיף 29, הערה 37. והשווה בסוגיה זו: שו"ת מבית מאיר (סטלוביץ), חלק ב, סעיפים יט־כ.

112 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ג.

113 והשווה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן פב, קלא ע"ד, ד"ה ובהכי, הטוען שהכלל "כל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" (בבא מציעא לו ע"א), לא נאמר אלא בחיי הנפקד "דאימה דאביהם [=אימת אביהם] עליהם, והוא לא הפקיד בידם, אלא בידו. ואם כן, במת, אין הכי נמי דלא הפקיד על דעת אשתו ובניו לבדם". נראה ש"נתיבות המשפט" חולק על דברים אלה, שאם לא כן, אין לו כל דרך להסביר את הלכת השולחן ערוך בעניין פרה שאולה.

114 ראה: שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק ב, סימן יז, ס"ק ז. לפי גישה זו, אין ירושת השכירות אלא כשקצבו הצדדים ביניהם זמן מוגדר. בשכירות שאינה קצובה, אין היורשים זוכים במושכר. הדברים אמורים גם ביחס לזמן המינימלי שקבעו חכמים, "סתם שאילה — שלושים יום" (ראה לעיל, הערה 56), שכן בזה מסתבר לומר, שכוונת המשכיר הייתה, שכל זמן שהשוכר מחזיק בו, יוכל המושכר להישאר בידיו לפחות שלושים יום. אולם לא כן ברגע שיעבור לידי אדם אחר, כגון יורש. ראיה לדבריו הוא מביא משיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב, ד"ה ולי (מובא גם בקצות החושן, סימן שמא, ס"ק א). וראה להלן, בדיוננו על סעיף 22, הערה 133.

115 דברי חיים (אוירבך), חלק חו"מ, דיני שומרים, סימן כ (מוזכר להלן, בדיוננו על סעיף 22, הערה 142). לזה מתכוון כנראה המאירי, בית הבחירה, כתובות לד ע"ב. וכעין זה, ראה: אבני החושן, סימן שמא, ס"ק ב.

116 שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, סימן לט. נציין, שגם שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ג, סימן

העברת השכירות[117]: יש שהשוכר אינו מעביר יותר מאשר יש לו. השוכר צריך אמנם להימנע מהעברה כזאת, אבל בדיעבד ההעברה תקפה, ואין המשכיר רשאי להפקיע את המושכר מידי הנעבר[118] (כך הוא, לדוגמה, איסור העברת מיטלטלין). בכגון זה, אין לשלול את תוקפה של הירושה, שהרי, מעצם טיבה, הירושה היא העברה בדיעבד[119]. אך יש גם שהשוכר מעביר שימוש רב ממה שרכש הוא עצמו. העברה כזאת אינה אפשרית אפילו בדיעבד, והמשכיר רשאי לסלק את הנעבר מן המושכר (כך היא, לדוגמה, העברת שכירות מקרקעין למי שבני ביתו מרובים). כאן, אומר רבי עקיבא איגר, יש מקום להסתפק: מחד גיסא, אפשר לומר, שאין למשכיר כוח להוריש שימוש רב ממה שרכש הוא עצמו. אך, מאידך גיסא, אפשר גם לטעון, שמאחר שהירושה באה מאליה, אין לראות ביורש אדם אחר, אלא הוא ממשיכו של השוכר המקורי עצמו, ולפי זה אין לשלול את תוקפה של הירושה. במילים אחרות, אפשר לראות את מהות הירושה לא כהעברה, אלא שהיורשים נכנסים לנעליו של המוריש, ועל פי זה אין מקום להטיל שום מגבלה על ירושת השכירות. ובלשונו של רבי עקיבא איגר: "מכל מקום, ירושה, דממילא — עדיף, וברא כרעיה דאבוה [=והבן הוא כרגלו של אביו]". שאלה זו הוא משאיר בצריך עיון.

ה. שאלה אחרונה שאנו צריכים לדון בה היא שאלת תשלום דמי השכירות על ידי היורשים. לכאורה אין חולק על כך, שהיורשים חייבים לשלם דמי שכירות, וכפי שפסקו הראב"ד ואחריו הרשב"א[120]. אמנם, כפי שראינו לעיל[121], מהר"ם מרוטנבורג, שנשאל גם הוא שאלה דומה, פסק שהיורשים רשאים לבטל את השכירות ולהיפטר מתשלום. אולם ברור שגם לשיטתו, אם היורשים אינם מנצלים את זכותם זו, והם מעדיפים להמשיך ולהחזיק במושכר, חובה עליהם לשלם דמי שכירות.

לא היינו נזקקים אפוא לשאלה זו לולי דבריו התמוהים של הריטב"א[122]: "שכר אביהם בית, ומת, משתמשין בו כל ימי שכירותו, ואין חייבין בשכירותו, אם לא הניח להם אביהם אחריות נכסים"[123].

קכז, העלה את השאלה, אם חלות על ירושת השכירות המגבלות שחלות על העברת השכירות, אך לא נקט כל עמדה בעניין. והשווה גם: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט. וראה דיוננו על סעיף 22, ליד ציון הערה 149.

117 מה שלא עשה "נתיבות המשפט", ראה לעיל, הערה 111.

118 בזה הוא חולק על כל הפוסקים שראינו עד כה. אולם בדיוננו על סעיף 22, פרק שישי, א, עמ' 519, נראה שהוא אינו יחיד.

119 והשווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט; וערך ש"י, סימן שמא, סעיף ג (בתירוצו הראשון), שגם הם סבורים שאיסור העברת השכירות לא נאמר אלא לכתחילה, אך בדיעבד, ההעברה תקפה. לכן אין לצמצם את ירושת השכירות לבני ביתו של השוכר הסמוכים על שולחנו. וראה עוד דיוננו על סעיף 22, פרק שישי, א, עמ' 519.

120 ראה לעיל, הערה 99.

121 ראה לעיל, ליד ציון הערה 100.

122 ראה: חידושי הריטב"א, כתובות לד ע"ב, ד"ה מתה אין חייב באונסיה. הוזכר כבר לעיל, בהערה 97.

123 רבי עקיבא איגר (בחידושיו, חו"מ, סימן שמא, סעיף ג), טוען שזאת היא גם דעת הרשב"א, וכך עולה גם מדברי נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ו. אולם לא מצאתי מגבלה זו מפורשת בדברי הרשב"א. והשווה: רא"ש, בבא קמא, פרק י, סימן א, בעניין ירושת שאילה, שם הסביר, שיורשי המושאל יורשים את זכות השימוש, אבל לא את אחריות השמירה שהייתה על אביהם (כלומר אינם חייבים באונסין). אולם, לדעתו, המשאיל זכאי להתנות את המשך השאילה בידי היורשים בכך שיקבלו על עצמם אחריות זו. ואם הם

רבי עקיבא איגר[124] מסביר, שמאחר שחיוב תשלום דמי שכירות חל על השוכר כבר בשעת ביצוע השכירות, כלומר עוד מחיים[125], הרי יורשיו רשאים לומר, בהתאם לדיני ירושה (וירושת חובות בפרט), שאין לתבוע מהם את תשלום חוב אביהם, אלא אם כן יש בעיזבון נכסים המשועבדים לתשלום אותו חוב, כלומר מקרקעין. לכן אם אין בעיזבון נכסים כאלה, הם פטורים מכל תשלום. לעומת זאת, זכות השימוש במושכר, היורשים זוכים בה מכוח הירושה. נמצא שיורשים אלה משתמשים במושכר כדין בלא לשלם עליו דמי שכירות.

יש לציין, שאחרי תקנת הגאונים[126], ולפיה חובות המוריש משתלמים גם מנכסים מיטלטלין, דבריו אלה של הריטב"א אינם ישימים עוד הלכה למעשה. נמצא שגם אם נראה בשכירות בית "מיטלטלין", ולא "מקרקעין", בכל זאת ההלכה כיום היא שהמשכיר זכאי להיפרע מהשכירות עצמה. אם היורשים אינם משלמים דמי שכירות, יש אפוא למשכיר עילה טובה לסלקם מן המושכר[127].

סיכומו של עניין: אם היורש מבקש להישאר במושכר, הוא חייב לכולי עלמא לשלם דמי שכירות, וזאת גם אם זכות השכירות היא הנכס היחיד שקיבל בירושה.

נזכיר גם, שבדינו של יורש המבקש לבטל את השכירות, יש מחלוקת בסיסית בין הראשונים: הראב"ד והרשב"א[128] סבורים, שמיתת השוכר אינה עילה לביטול השכירות על ידי היורשים; ואילו מהר"ם מרוטנבורג[129] סבור, שיש כאן עילה טובה לביטול. מכאן לפסקו של הרמ"א[130]: "מי ששכר בית לדור בו ומת בתוך זמן השכירות, אין צריך לשלם לו רק מה שדר

מסרבים, הוא רשאי להפקיע מידם את המושאל. יש להניח, שכך הוא היה אומר גם ביחס לדמי השכירות. כלומר, המשכיר רשאי להתנות את המשך החזקת המושכר בידי היורשים, בכך שיסכימו לשלם דמי שכירות. ואם יסרבו, הוא זכאי להפקיע מידם את המושכר. וצריך עיון. וראה דיוננו להלן, סעיף 29, ליד ציון הערה 39.

124 שם.

125 והשווה: שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן כט, הטוען שלשיטתו של הריטב"א ברור שהחוב לא התגבש בחיי האב, שהרי אילו סבר הריטב"א שהחוב מתגבש בחיי האב, הרי לשיטתו, היה בזה כדי לחייב את יורשיו גם בלא אחריות נכסים. ר' אהרון לפפא מסיק זאת ממה שכותב הריטב"א בעצמו בראש הדברים שם בכתובות: "הם פטורים ממנו, כל זמן שלא חל החיוב על אביהם מחיים או שלא הניח להם אביהם אחריות נכסים". לפי זה, נמצא אכן שקיום אחד משני התנאים די בו לחייב את היורשים. אולם נראה לומר שיש כאן טעות סופר בדברי הריטב"א, וצריך לומר "ושלא", במקום "או שלא", שכן ברור שצריך שיתקיימו שני התנאים גם יחד כדי שיחויבו היורשים בתשלום חוב מורישם: התשלום התגבש עוד בחיי המוריש; הוא הוריש להם נכסים המשועבדים לתשלום אותו חוב.

126 ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קז, סעיף א. על תקנות הגאונים ראה: ח' טיקוצינסקי, תקנות הגאונים, מהדורת חבצלת, תל־אביב תש"ך; י' שציפנסקי, "תקנות הגאונים", הדרום כד (תשכ"ז), עמ' 135־197; י' ברודי, "כלום היו הגאונים מחוקקים?", שנתון המשפט העברי, כרך יא־יב (תשמ"ד־תשמ"ו), עמ' 279־315.

127 האחרונים התקשו בשאלה, מדוע השכירות עצמה, שדינה כדין מקרקעין, אינה יכולה לשמש אמצעי פירעון הולם למשכיר? ראה: שער משפט, סימן קז, ס"ק ב (הוא טוען, שאין הכי נמי, הריטב"א מסכים שלכתחילה המשכיר יכול היה לסלק את היורשים מן המושכר, אם היו מסרבים לשלם. אולם מה שאמר הריטב"א הוא בדיעבד, שאם כבר גרו היורשים במושכר, אין לו עילת תביעה נגדם); דברי חיים (אוירבך), חלק חו"מ, דיני שומרים, סימן כא; וראה גם: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ו, הערה כה, ד"ה ובשער המשפט (שמפלפל ומשיג על הסבריו של "דברי חיים"). מאחר שכל הדיון אינו אלא אקדמי, אין כאן מקום להאריך בו.

128 ראה לעיל, הערה 99.

129 ראה לעיל, הערה 100.

130 רמ"א, חו"מ, סימן שלד, סעיף א.

בו, דבעל הבית הוי כפועל[131], והוי ליה להתנות... מיהו יש חולקים... לכן[132] אם קבל השכר כולו, אין צריך להחזיר כלום. כן נראה לי״. נמצא, שלפי הרמ״א, יורשי השוכר יכולים להסתמך על שיטת מהר״ם מרוטנבורג ולבטל את השכירות בטענת אונס[133], וכך להיפטר מחובת תשלום. אולם אם כבר שולמו דמי השכירות מראש, לא יוכלו לקבל כל החזר, אפילו אם לא ישתמשו במושכר, שכן המשכיר מצדו יסתמך על שיטת הראב״ד והרשב״א.

יש לציין, שלא כל הפוסקים הסכימו לדברי הרמ״א. הש״ך[134] לדוגמה פוסק, שדעת מהר״ם מרוטנבורג היא עיקר, ודעת הרשב״א דחויה מן ההלכה (עמדה זו היא אולי ביטוי נוסף

[131] כוונת הרמ״א שעל בעל הבית (המשכיר) חלים הכללים שחלים על פועל (שגם הוא משכיר — את עצמו). בפועֵל הכלל הוא, שאם אונס מונע ממנו אפשרות לעבוד, הוא שמפסיד, משום שהיה עליו להתנות שיקבל את שכרו, גם אם ייבצר מן השוכר ליהנות מעבודתו. ראה: שולחן ערוך, חו״מ, סימן שלד, סעיף א. הרמ״א מקיש מן הפועל למשכיר, וקובע, שבאותה מידה, אם רצה המשכיר לקבל דמי שכירות, גם אם תישלל מן השוכר האפשרות להשתמש במושכר באונס, היה עליו להתנות על כך.

[132] לפשר הביטוי ״לכן״, ראה: סמ״ע, שם, ס״ק ד; ביאור הגר״א, שם, ס״ק ה; ש״ך, שם, ס״ק ב; דברי משפט, שם, ס״ק ב.

[133] כך סוברים גם: שו״ת בני אהרן (לפפא), סימן כט; שו״ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימן צד; שו״ת תורת חסד (פרחיא), סימן רנז; שו״ת חקרי לב, חו״מ, חלק ב, סימן פב, עמ׳ קלא ע״ד, ד״ה לדידי. והשווה: שו״ת מהר״ש הלוי, סימן לה, שמתלבט אם ראוי לומר ״קים לי״ כשיטת מהר״ם מרוטנבורג.
וראה מה שהקשה בספר מנחת פתים, חו״מ, סימן שלד, סעיף א: ״וגדולה מאוד התמיה [=התמיהה] בעיני על רמ״א וש״ך, שבסימן שי [סעיף א] סתמו כהרמב״ם גבי חמור [שחלה או שהוחרם], דצריך לשלם שכרו משלם. אם כן מכל שכן במת השוכר, דאין המשכיר מפסיד כלום. ולא דמי כלל לשכירות פועל״. והוא נשאר בצריך עיון. התמיהה היותר גדולה היא, ש״מנחת פתים״ מתעלם מהתשובה לשאלה זו שהציע מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, בעוד שהוא עצמו מפנה שם לסימן זה ב״מחנה אפרים״. על תשובתו של ״מחנה אפרים״, ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 126.

[134] ש״ך, חו״מ, סימן שלד, ס״ק ב. הש״ך דוחה את שיטת הראב״ד והרשב״א, משום שלדעתו, להלכה, אין לקבל את העיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״. עיקרון זה נאמר רק לעניין הונאה, ולא מעבר לזה (בזה הוא סומך על דברי הב״ח, שדננו בהם לעיל, הערה 103). אולם לעיל, הערה 74, כבר הערנו שבדיוננו על סעיף 1 הוכחנו שמהר״ם מרוטנבורג אינו מצמצם את העיקרון ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״, ועל כן ראיה זו של הש״ך קלושה. הש״ך מוסיף, שגם אם מאמצים את הכלל ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״ בכל ענייני שכירות, הרי אין בכך כדי לשנות את התוצאה, שכן ״כל יומא ויומא — ממכר הוא״. כלומר, קניין השכירות מתחדש בכל יום מימי השכירות, ולכן כשיש אונס המונע את החידוש, כגון מיתת השוכר, אין השכירות מתחדשת. וראה שם עוד נימוק נוסף מתוך היקש לדיני המכר. לביקורת על הש״ך, ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה. וראה גם דיוננו על סעיף 15, הערה 130. וראה: שו״ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק ב, סימן קצג, שאימץ את דעת הש״ך (וראה לעיל, הערה 99, מה שהעיר על השולחן ערוך). והשווה: פעמוני זהב, סימן שלד, סעיף א, ד״ה ודע, מדבריו עולה שרבני פאס אימצו גם הם את שיטת מהר״ם מרוטנבורג (הוא מוסיף, שרבני פאס פסקו, שאם היה כתוב בחוזה שישלם השוכר דמי שכירות על החנות ״הן פתוחה הן סגורה״, כי אז, גם לשיטת מהר״ם מרוטנבורג, חייבים היורשים לשלם. וראה שם, מה שפלפל בזה).
יחד עם זאת, הש״ך מסכים, שאם כבר הקדים השוכר לשלם את דמי השכירות מראש, הוא גילה בכך את דעתו שהוא מסכים ליטול על עצמו את חובות השכירות גם במקרה של אונס, ועל כן הוא לא יוכל לקבל את מלוא כספו חזרה. אמנם המשכיר יהיה חייב להחזיר לו ״כפועל בטל, מה שהבית פנוי לו לעשות בו מה שירצה״. לשאלה, האם כאשר ישכיר המשכיר את הבית לשוכר אחר, הוא יהיה חייב להחזיר ליורשי השוכר הראשון את מלוא התמורה, או רק כפועל בטל? ראה דיוננו על סעיף 16, הערה 101.

לתפישתו של הש"ך את השכירות כחיוב ולא כקניין[135]); ואילו פוסקים[136] אחרים פסקו להפך, שדעת הרשב"א עיקר ודעת מהר"ם מרוטנבורג היא הדחויה מן ההלכה (הם סומכים את דעתם בעיקר על האופי הקנייני של השכירות).

ד. הצעת שוכר חלופי או מושכר חלופי

עד כה אנו מגיעים למסקנה שאין אפשרות לקצר שכירות קצובה (זולת לשיטת מהר"ם מרוטנבורג, שאונס משמש עילה טובה לכך). אולם אין זה אומר בהכרח שהשוכר אינו יכול להשתחרר מן השכירות עד לסיומה בשום אופן. מדברי פוסקים אחדים עולה, שאם השוכר מציע שוכר חלופי במקומו, והשוכר החלופי הוא אדם "הגון מאוד", עומדת בפני המשכיר הבררה: לקבל את ההצעה, וממילא השוכר משתחרר מן השכירות; לדחותה, אבל אז עליו לשחרר את השוכר מן החוזה. הצעת שוכר חלופי משמשת אפוא עבור השוכר כדרך אפשרית לסיום מוקדם של השכירות.

וכך כותב ה"בית יוסף"[137]: "והיכא שהשוכר רוצה לצאת... ויש שוכר אחר שרוצה ליכנס לדור בבית שהניח זה, נראה דכיון שאין המשכיר מפסיד כלום, אינו יכל לעכב על ידו, אפילו היה שכור בידו לזמן, ויצא בתוך הזמן". ראיה לכך מביא ה"בית יוסף" מסוגיית השוכר את הספינה[138]: "השוכר את הספינה, ופרקה לה בחצי הדרך... דאי שכיח לאגורי [כלומר, אם קל להשכיר את הספינה], אין לו עליו אלא תרעומת"[139]. מאותה סוגיה עולה, שדי באפשרות להשכיר לאחר לשחרר את השוכר, וקל וחומר שהדבר נכון כאשר מוצע שוכר חלופי, כדברי ה"בית יוסף". להלן מסייג "בית יוסף" את הדברים וקובע, שאם השוכר המוצע אינו "הגון מאוד", כי אז המשכיר אינו חייב לשחרר את השוכר.

לעומת זאת, אף כשיש ביד המשכיר להציע לשוכר הצעה חלופית מתאימה, הוא אינו יכול

[135] ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, ליד ציון הערה 31.

[136] שו"ת צמח צדק, סימן מה, ד"ה הלכך; שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק ב, סימן יח, ד"ה שוב; מנחת פתים, חו"מ, סימן שלד, סעיף א. והשווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ה, שגם הוא נוטה לדחות את שיטת מהר"ם מרוטנבורג (אם כי לא התייחס לשאלת "קים לי") בנימוק: "וכיון ד'שכירות ליומיה — ממכר הוא' תו לא מצי טעין השוכר טענת אונס אדעתא דהכי לא קניתי, כיון דלאו בלוקח לחוד תליא מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר לא אקני ליה אדעתא דהכי".

[137] בית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ח. וכן ראה: שו"ת ראנ"ח, סימן לח, ד"ה במה; נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ב. והשווה גם: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט (ראה במיוחד, דף קיד ע"א, ד"ה ואחרי). והשווה: רמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף ז, שהביא הלכה זו בקשר לשכירות בלתי קצובה (שאם השוכר מציע שוכר חלופי "הגון" במקומו, הוא פטור מחובת הודעה מראש). לא נראה לנו שפירוש הדבר שבשכירות קצובה הרמ"א חולק על "בית יוסף". ראה לעיל, הערה 33, שם הצענו שיש כנראה להבחין בין שוכר חלופי "הגון" לשוכר חלופי "הגון מאוד".

[138] בבא מציעא עט ע"ב.

[139] לשאלת דינו של שוכר שנטש את המושכר, כשלא היה בידו להציע שוכר חלופי, ולאחר זמן נמצא שוכר כזה, ראה: שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד (לדיון בתשובה זו, ראה דיוננו, לעיל, סעיף 16, הערה 101).

להוציאו מן המושכר לפני תום תקופת השכירות. כך עולה מדברי הרמ"א[140]: "המשכיר בית לחבירו, ובתוך הזמן רוצה לבנותו, אין יכול לכופו לצאת אפילו לבית יפה ממנו"[141].

ה. הארכת תקופת השכירות עקב מניעת שימוש זמנית

עד כה עסקנו בשאלת אפשרות קיצור תקופת השכירות המוסכמת עקב צורך עצמי או עקב מיתת השוכר. כעת נבחן אם קיימת גם אפשרות הפוכה, כלומר אפשרות של דחיית מועד הסיום הקבוע. ניטול את הדוגמה הבאה: אדם שכר דירה לשנה. באמצע תקופת השכירות נפל פגם המונע את המשך ישיבתו בדירה, והשיפוצים אורכים חודש ימים (בהנחה שעל המשכיר מוטלת החובה לתקן את הפגם[142]) — היוכל השוכר לתבוע את הארכת תקופת השכירות בחודש ימים כדי לפצותו על פרק הזמן שנמנעה בו ממנו הפקת תועלת מן המושכר? החוק אינו מזכיר אפשרות זו, ונראה שהוא שולל אותה[143], משום שהמשכיר נמצא במצב של סיכול, ובכגון זה אין יסוד להטיל עליו חובת פיצוי, גם לא בדרך של הארכת תקופת השכירות. האופציה היחידה העומדת לרשותו של השוכר על פי סעיף 15 לחוק, אם בכלל[144], היא פטור זמני מתשלום דמי השכירות למשך התקופה שנמנע בה השימוש. אולם יש לזכור, שלאחר זמן סביר, אם השוכר אינו מודיע על נכונותו לשלם את דמי השכירות למרות מניעת השימוש, המשכיר רשאי לבטל את החוזה.

במשפט העברי, אפשר ששאלה זו שנויה במחלוקת. הראנ"ח[145] — הפוטר את השוכר מתשלום דמי שכירות עבור תקופת התיקון[146] — שולל במפורש את התרופה של הארכת תקופת השכירות (כנראה משום שדי לשוכר בהפחתה ואין לתת לו פיצוי נוסף על ידי הארכה). לעומתו, בעל שו"ת חקרי לב[147] — אף שהוא שולל פטור מתשלום דמי השכירות למשך תקופת התיקונים[148] — אינו דן באפשרות של דחיית מועד סיום השכירות. את ההצעה להאריך את תקופת השכירות מצאנו בדברי ר' משה מטראני[149], המייחס דעה כזו לרמב"ם, אם כי בהקשר שונה במקצת. על הלכת הרמב"ם[150]: "השוכר את הבהמה... נלקחה לעבודת המלך, אע"פ שאין סופה לחזור, אם נלקחה דרך הילוכה, הרי המשכיר אומר לשוכר, הרי שלך לפניך, וחייב ליתן לו שכרו משלם", כותב המבי"ט: "לדעת הרמב"ם ז"ל, אחר שהיניחוה מעבודת המלך, ישלים שכירותו". להלן הוא מוסיף, שדעת הרמב"ם אינה כדעת שאר המפרשים, כי "לשאר

[140] רמ"א, חו"מ, סימן שיב, סעיף א. וראה ש"ך, שם, ס"ק ה. וראה לעיל, ליד ציון הערה 33, שבשכירות שאינה קצובה הדין שונה. לשאלת החלפת המושכר, ראה עוד דיוננו לעיל, סעיף 7, פרק חמישי, עמ' 148.

[141] על הלכה זו, ראה דיוננו לעיל, סעיף 17, ליד ציון הערה 16.

[142] לשאלה זו, ראה לעיל, דיוננו על סעיף 7.

[143] השווה: זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 214.

[144] ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 91 ואילך.

[145] שו"ת הראנ"ח, סימן ה. וכן עולה גם משו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט.

[146] על הנימוקים לפטור זה, ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 93.

[147] שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סח (קי ע"ד).

[148] לנימוקים לחיוב, ראה דיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 96.

[149] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן מ. וראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ו, החולק על המבי"ט בהבנת שיטת הרמב"ם. וכן ראה: שו"ת אדמת קודש, חלק א, חו"מ, סימן סז, שגם הוא אינו מקבל את דברי המבי"ט בנימוקים זהים לנימוקיו של "מחנה אפרים".

[150] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה א.

המפרשים, יחזיר לו השאר מיד". מדברי המבי"ט עולה, לכאורה, שכאשר נפסק שהשוכר אינו רשאי לנכות מדמי השכירות, אין זה אומר שאין לשוכר כל תרופה, אלא על המשכיר להאריך לו את תקופת השכירות בהתאם. על פי זה ייתכן, שגם בסוגייתנו, לפי שיטת "חקרי לב", השולל מהשוכר פטור מתשלום דמי השכירות למשך תקופת התיקונים, יהיה השוכר רשאי להאריך את תקופת השכירות. אולם נראה ששאלה זו עדיין צריכה עיון נוסף.

רעיון הארכת תקופת השכירות עקב פגם נמצא גם אצל מהר"ם מפאדווה[151], שכנראה מסתמך על דברי רש"י בפירושו לסוגיית "חמור שהבריקה"[152] (אם כי אינו מציין את רש"י במפורש). במקרה של חמור שהבריקה (התעוורה), נקבע שהשוכר אינו רשאי לדרוש חמור חלופי (גם אם הייתה שכירות בלתי מסוימת), אלא המשכיר יכול לומר לשוכר, "הרי שלך לפניך". הוא מסביר: "אם הוא עדיין ראוי למלאכה ראשונה, אלא דיש יותר טורח ויותר זמן, כגון חמור והבריקה, או נשתטה, דהשוכר צריך לטרוח וליישרו, ויילך לאט, וירבה הזמן, שניהן יפסידו: המשכיר [את הזמן] והשוכר [את הטורח], אומר המשכיר לשוכר, 'הרי שלך לפניך'". נמצא שגם מהר"ם מפאדווה שולל את האופציה של הפחתת דמי השכירות. התרופה העומדת לרשות השוכר היא הארכת תקופת השכירות לשם השלמת מטרת השכירות. ייתכן שכך הוא היה נוקט גם בענייננו. אך ייתכן גם, שאין זה הפירוש הנכון בדברי מהר"ם מפאדווה. אולי מה שאמר "וירבה הזמן" הוא דווקא בשלא נקבע מועד לסיום השכירות, אלא שנקבעה תקופת השכירות על פי מטרתה (ראה לעיל, שהשכירות יכולה להיות קצובה על פי הגדרת מטרתה). הסתייגות זו נכונה גם ביחס לדברי המבי"ט, שראינו לעיל.

נראה להוסיף עוד, שהדברים שאמרנו עד כה נכונים, לכאורה, רק ביחס למושכר מסוים. באשר לשכירות בלתי מסוימת, יש מקום לטעון שאין זה כך. כפי שראינו לעיל[153], השכרת מושכר בלתי מסוים פירושה התחייבות להעמיד לרשות השוכר מושכר תקין כל תקופת השכירות. חובה זו כוללת את חובת ההחלפה של המושכר בפגם שאינו ניתן לתיקון (ושלא ניתן לייחס אותו ל"מזלו" של השוכר[154]). כשהמושכר ניתן לתיקון, והמשכיר בוחר לתקן את הפגם במקום להחליף את המושכר, ועקב כך נמנעת מהשוכר הפקת תועלת מהמושכר, אין סיבה שייעשה הדבר על חשבון השוכר. ואם כן, במקרה זה נראה פשוט, שיצטרך המשכיר להאריך לשוכר את תקופת השכירות, או לכל הפחות לנכות את תקופת התיקונים מדמי השכירות[155]. ונראה שזו תהיה גם דעתו של הרמב"ן[156]. הרמב"ן סבור אמנם שבמושכר בלתי מסוים אין חובת החלפה, כי אם פטור מתשלום דמי שכירות. אולם במקרה של פגם שתוקן על ידי המשכיר, גם הוא יסכים שהשוכר יזכה בפיצוי על ידי הארכת תקופת השכירות או על ידי ניכוי[157].

[151] שו"ת מהר"ם מפאדווה, סימן לט. הוזכר בהקשר זה בדיוננו על סעיף 10, הערה 129.

[152] ראה: בבא מציעא עח ע"א. וראה שם רש"י, ד"ה הרי שלך לפניך, שנראה שהוא המקור לדברי מהר"ם מפאדווה.

[153] ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שישי, ב, עמ' 35.

[154] ראה דיוננו לעיל, סעיף 10, פרק שלישי, ב(2), עמ' 186.

[155] כך הסיק בספר "ארח משפט", בפירושו לבית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק י, מתשובת הרשב"א, חלק ד, סימן ג.

[156] ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, ליד ציון הערה 172.

[157] את זאת אנו קובעים מסברה.

נעבור עתה לדון בסיומה של שכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה מבלי לקבוע מועד סיום.

פרק רביעי

שכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה – "המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה"

עד כה דננו בשכירות שאינה קצובה ובשכירות קצובה. כעת אנו מבקשים לדון בשאלת דינה של שכירות קצובה, שהצדדים המשיכו לקיימה מעבר למועד הסיום. בשאלה זו יש לדון משתי בחינות: הראשונה, מועד הסיום; והשנייה, גובה דמי השכירות בגין התקופה שאחר סיום השכירות. נתחיל בשאלת מועד הסיום.

א. הודעת סיום – "רשאי כל צד לסיים... על ידי מתן הודעה לצד השני"

א. תאורטית, יש כמה אופנים להתייחס לשכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה:

1. מחד גיסא, יש מקום לומר, שכשהמשיכו הצדדים את השכירות מעבר למועד הסיום, חודש מכללא החוזה המקורי על כל תנאיו, ועל כן יש לראות בו חוזה שכירות לתקופה קצובה, היא התקופה שהייתה קבועה בחוזה המקורי.

2. מאידך גיסא, אפשר לטעון, שהחוזה אינו מתחדש, והזכות שהייתה בידי הצדדים לסיים את השכירות בלא הודעה מוקדמת, בעינה עומדת.

3. בתווך, בין שתי האפשרויות האלה, יש אפשרות שלישית, והיא שהחוזה הופך מעתה לחוזה שכירות שלא קבעו לו מועד, ומשמעות הדבר שסיומו טעון הודעה מוקדמת לצד השני.

המחוקק הישראלי אימץ את החלופה השלישית[158]. לדידו, דין אחד למקרה ש"לא הוסכם על תקופת השכירות" ולמקרה "שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה". כפי שנראה להלן, במשפט העברי, שאלה זו שנויה במחלוקת.

ב. לפני שניגש לברר את חילוקי הדעות האלה, יש להעיר, שיש נסיבות שבהן מוסכם כנראה, שאם המשיכו הצדדים את השכירות, נחשב הדבר כחידוש השכירות על כל תנאיה. לדוגמה, יש מי שאומר[159], שכך יש להבין את מה שפסק השולחן ערוך[160]: "מקום שנוהגים שיש להם ראש שנה קבוע לשכירות הבתים, וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה, נשאר בבית חֹדש אחד, ולא דברו זה עם זה כלום בשכירות שנה הבאה, ורצה ראובן [השוכר] לצאת מהבית, ושמעון [המשכיר] מעכב על ידו שלא לצאת עד תשלום שנה שניה – הדין עם שמעון [המשכיר]". הלכה זו מקורה בתשובה שהשיב הרא"ש[161], והסביר

[158] וכך עשו גם שיטות משפט אחרות. ראה לדוגמה: Code civil, art. 1738; Code des obligations, art. 266.

[159] ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף יא, ד"ה יכול להוציא (וכך הבין גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצו). אולם ראה להלן, הערה 162, שיש מי שחולק עליו.

[160] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף יד.

[161] שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ז. תשובה זו הייתה מושא פולמוס בין האחרונים בנוגע ליסוד המשפטי לחובת התשלום. לסיכום הדברים, ראה: דברי גאונים, כלל קד, סימן יט (וראה עוד לעיל, הערה 18).

בה, שבנסיבות כאלה, "כיון שרגילין לשכור הבתים לשנה אחת, וזה נכנס חודש או יותר לשנה השניה, נתחייב בשכירות כל השנה, כי כבר שכרו הכל בתים, ולא ימצא למי להשכירו, דבכהאי גוונא ודאי היה צריך להודיעו... ומדלא הודיעו[162], ודאי סמך עליו שידור בבית שנה כמנהג העיר, ששוכרים לשנה, ונתחייב בשכירות שנה אחת"[163].

דוגמה נוספת לנסיבות שבהן נראה בהמשך השכירות מעבר למועד הסיום הקצוב משום חידוש השכירות אפשר למצוא במה שמובא בספר "חכמת שלמה"[164]. ר' שלמה קלוגר נשאל אודות המקרה הבא: בין השוכר והמשכיר נכרת חוזה שכירות לשנה. בתום השנה, לא עזב השוכר את הבית, ונשאר בו שנה נוספת. הדבר נמשך כך תשע־עשרה שנה רצופות, מבלי שהצדדים סיכמו ביניהם מאומה. לפני תום השנה התשע־עשרה, נשרף ביתו של המשכיר, ומאחר שלא היה לו איפה לגור, גירש את השוכר מהמושכר. ר' שלמה קלוגר קבע, שהמשכיר לא נהג כדין. לדעתו, אסור היה למשכיר להוציא את השוכר לפני תום השנה (אפילו בהודעה מוקדמת), משום שהצדדים נחשבים כמי שחידשו את החוזה ביניהם כל שנה לשנה נוספת. במילים אחרות, שכירות זו נחשבת, מכוח הסכם מכללא, כשכירות קצובה, וכידוע, צורך עצמי אינו עילה לסיומה המוקדם של שכירות קצובה. כאמור, גם כאן המשך השכירות מעבר למועד הסיום מתפרש כחידוש החוזה על כל תנאיו (החלופה הראשונה).

ג. כאשר אין ללמוד על חידוש החוזה מתוך הנסיבות המיוחדות של המקרה, נחלקו הדעות אם יוכלו הצדדים לסיים את השכירות באופן מיידי (החלופה השנייה), או שמא יצטרכו לשם

[162] רבנו מאיר שמחה, בחידושיו לבבא מציעא קא ע"ב, ד"ה אך לאחר העיון, חולק על הט"ז (לעיל, הערה 159). הוא מעיר, שנימוקו של הרא"ש הוא, שהשוכר היה צריך להודיע למשכיר שהוא אינו מתכוון להישאר במושכר אלא חודש אחד בלבד, ומשלא עשה כן, הוא חייב להישאר במושכר עד סוף שנת השכירות. לפי זה משתמע, שחיובו של השוכר להישאר במושכר אינו מפני חידוש השכירות על כל תנאיה, אלא רק מחמת הפרת חיובו למתן הודעה. נפקות גדולה יש בין גישתו של רבנו מאיר שמחה לבין גישתו של הט"ז (שהצגנו אותה בפנים). לפי הט"ז, מאחר שרואים את השכירות כמתחדשת על כל תנאיה, יהיה דין שכירות זו כדין שכירות קצובה לכל דבר. לעומת זאת, לפי רבנו מאיר שמחה, מאחר ש"דינא דהרא"ש אינו מתורת שכירות, רק מטעם דהוי ליה להודיעו", יחולו על שכירות זו דיני שכירות שאינה קצובה. משמעות הדבר היא לדוגמה, שבמקרה של צורך עצמי, יוכל המשכיר לפנות את השוכר בלא הודעה מוקדמת. כמו כן הצדדים יהיו רשאים לעדכן את דמי השכירות במהלך השנה ולהעמידם על דמי השכירות הראויים הנוהגים בשוק. כאמור, בפנים הצגנו את שיטת הרא"ש לפי הבנת הט"ז, משום שמלשון הרא"ש — "ומדלא הודיעו, ודאי סמך עליו שידור בבית שנה כמנהג העיר, ששוכרים לשנה, ונתחייב בשכירות שנה אחת" — משתמע דווקא שיש כאן חידוש השכירות לשנה נוספת. והשווה: משכנות הרועים (אלחאיך), מערכת אות שי"ן, סימן קסט; דברי גאונים, כלל קד, סימן יט.

[163] וראה: שו"ת בית יצחק (שמלקיש), חו"מ, סימן עה, שהחיל את העיקרון הזה ב"אין כל החדשים שווים בעסק זה, וחודש אחד יפה מחבירו, ועל כן נוהגים להשכיר לכל השנה. אם כן, אם יחזיק זה רק איזה חדשים, אולי החדשים האלה המה היפים, ונמצא שהקהל [המשכיר] מפסיד. ואם המה החדשים הגרועים, נמצא שהשוכר מפסיד. על כן מסברא יש לומר שנשאר בסתם לכל השנה". והשווה: ב"ח, טור, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ה, שמדבריו משתמע שכך הוא בכל שכירות שאינה קצובה: "מיד שדר בו בתחילת השנה ל' יום, אין יכול להוציאו, כדפסק הרא"ש". אולם נראה שהב"ח הפריז בהרחבה זו, שכן הרא"ש דיבר במפורש במקום שיש ראשי שנים לשכירות, ולא במקרים אחרים.

[164] חכמת שלמה, חו"מ, סימן שיב, סעיף א, ד"ה אפילו נפל ביתו של משכיר. למקרה נוסף, שנפסק בו שיש לראות בהמשך החזקת השוכר במושכר משום חידוש השכירות לשנה נוספת, ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצו.

כך לשגר הודעה מוקדמת (החלופה השלישית). לא מצאנו מי שיטען שהחוזה מתחדש על כל תנאיו.

המאירי[165] סובר, שהעובדה שהצדדים לא סיימו את החוזה בתום התקופה הקצובה אינה גורעת מזכותם לעשות זאת בלי הודעה מוקדמת גם בשלב מאוחר יותר[166]. לעומתו, פוסק

[165] בית הבחירה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה וכן השוכר. וכן נראה גם משו"ת מהר"י בן לב, חלק רביעי, שאלה כח, הובא בהסכמה בשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק שני, סימן סו (צט ע"ד, ד"ה וראיתי). וראה: זכרנו לחיים (פרץ), ערך שכירות, אות ט.

[166] פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ה, הערה ז, טוען שמדברי הש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק י, משמע כשיטה זו של המאירי. הש"ך פוסק שם, שבשכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה, המשכיר אינו רשאי לעדכן את דמי השכירות למפרע (מיום סיום השכירות הקצובה). "פתחי חושן" מעיר, שמדברי הש"ך עולה, שמכאן ולהבא המשכיר רשאי לעדכן את דמי השכירות בלא הודעה מוקדמת, ומכאן שדעתו כדעת המאירי. לדעתנו, אין בזה כל הוכחה, משום שהוא הדין גם בשכירות שאינה קצובה, שמותר לעדכן את דמי השכירות בלא הודעה מוקדמת (ראה לעיל, ליד ציון הערה 38). ייתכן אם כן, שהש"ך סובר ששכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה דינה כדין שכירות שאינה קצובה, והיא טעונה הודעה מראש על סיומה, שלא כדעת המאירי. הרב א' מילר, העיר לי, שבכל זאת, צדקו דברי "פתחי חושן", אם כי לא מן הטעם שהביא. כדי להבין את טיעונו של הרב מילר, יש לחזור על ההקשר שנאמרו בו דברי הש"ך: בסימן שיב, סעיף ט, פוסק המחבר, שאף שבשכירות שאינה קצובה, רשאים הצדדים לדרוש את עדכון דמי השכירות והעמדתם על דמי השכירות הראויים, הרי שאם לא נדרש העדכון, "מסתמא דעתם היה על השכר הראשון", ואין אפוא עדכון למפרע. הש"ך מסביר (השווה, סמ"ע, שם, ס"ק טו), שעל זה באה הגהת הרמ"א: "וכן אם שכרו לזמן קצוב, אף על פי שנתייקרו הבתים, או הוזלו, אינן יכולים לשנות רק כפי שהתנו". לדעת הש"ך, הרמ"א "חִדש כאן... שאף על פי ששכרו לזמן, ודר בו אחר הזמן בסתם, אף על פי שנתייקר' או הוזל, אינו יכול לשנות [למפרע]". מעיר הרב מילר: מכאן שלדעת הש"ך, לולי חידושו של הרמ"א, היה מקום לטעון, שבשכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה, רשאים יהיו הצדדים לעדכן את דמי השכירות למפרע, בניגוד לדין בשכירות שאינה קצובה. ומה הייתה הסברה להבחין בין שכירות קצובה לשאינה קצובה, אם לא שהדין כמו המאירי, ששכירות קצובה שנמשכה מעבר למועד הסיום רשאים הצדדים לסיימה בכל עת, בלא הודעה מוקדמת?! מכאן, באמת, שהש"ך נוקט בעיקרון את שיטת המאירי, שאם לא כן, לא היה מקום לפירושו.

והשווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יא, שאכן פסק שבשכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה מעבר למועד הסיום, רשאים הצדדים לעדכן את דמי השכירות למפרע (ראה להלן, ליד ציון הערה 178). ונראה מכאן, שגם הוא, כמו הש"ך, סובר כמאירי (אלא שלעניין שכירות קצובה שנמשכה, אינו מקבל את דברי הש"ך).

והשווה: כסף הקדשים, חו"מ, סימן שיב, סעיף ח, ד"ה אם שכרו לזמן קצוב. פוסק אחרון זה דן בשוכר המודיע למשכיר בתום השכירות על רצונו להמשיך בשכירות. המשכיר אינו מגיב להצעה, והולך לדרכו. שתיקתו של המשכיר אינה מלמדת בהכרח על הסכמה, שכן ייתכן, שהמשכיר הלך לחפש שוכר אחר, אשר יציע לו תנאים טובים יותר, ועד שימצא שוכר כזה הוא מוכן לסבול את נוכחותו של השוכר הראשון (אפילו בלא תשלום). השוכר אינו בטוח אפוא שהחוזה חוּדש. השאלה היא, אם בנסיבות כאלה המשכיר צריך להודיע לשוכר מראש לפני שיפנה אותו מהמושכר, כדי לתת לו שהות להתארגן (החלופה השלישית)? או שמא מאחר שחידוש החוזה מוטל בספק, השוכר צריך להיות ערוך לפינוי מהמושכר, ועל כן אין צורך להודיעו מראש (החלופה השנייה)? "כסף הקדשים" מניח את השאלה בצריך עיון. נראה שההתלבטות של "כסף הקדשים" נובעת מכך, שבנסיבות האמורות (עקב שתיקתו של המשכיר), נוצר אצל השוכר ספק סביר, שמא המשכיר מסכים לחידוש החוזה? ולכן, במקרה הזה, אולי יש להטיל על המשכיר חובת הודעה. ברור אפוא, שלדעת "כסף הקדשים", אם היה מדובר במקרה רגיל של שכירות קצובה שנמשכה מעבר למועד הסיום, מאחר שלא הייתה כל סיבה אובייקטיבית מצדו של השוכר לפרש את המשך החזקתו במושכר

"ערוך השולחן"[167], שאם "בכלות שנתו, דר בו עוד מעט זמן, ולא דברו זה עם זה, ביכולת השוכר לצאת קודם כלות השנה השניה, וגם ביכולת המשכיר להשכירו לאחר, רק שיודיעו זה לזה שלושים יום מקודם כדין שוכר סתם". מדברי "ערוך השולחן" למדנו, שאם המשיכו הצדדים את השכירות מעבר לתקופה הקצובה, סיומה יהיה טעון הודעה מראש, כדין שכירות שלא נקבע לה מועד סיום[168]. עמדת המחוקק הישראלי היא אפוא כעמדת "ערוך השולחן".

ד. נניח שחוזה השכירות היה קבוע לשנה אחת, והשוכר המשיך להחזיק במושכר אחרי מועד הסיום במשך שישה חודשים, האם גם אז יקבע המאירי שהמשכיר יכול להוציא את השוכר מהמושכר מהיום למחר בלי כל הודעה מוקדמת? האם בנסיבות כאלה אין לומר שפרק הזמן הארוך שעבר מאז תום השכירות מלמד על הסכמת הצדדים לחידוש החוזה? או שלפחות הוא מטיל על המשכיר חובה להודיע לשוכר לפני שיוציא אותו מהמושכר? אנו משאירים שאלות אלה בצריך עיון[169].

ה. שאלה אחרת באותו עניין, שנחלקו בה הפוסקים, היא בקשר לשכירות שהצדדים המשיכו לקיימה מספר פעמים, בלי שדיברו על כך, דוגמת המקרה שנידון על ידי "חכמת שלמה"[170]. כאן עולה השאלה, אם בתום כל תקופה, השכירות מסתיימת בלי צורך בהודעה מראש, או שמא מאחר שיש בין הצדדים ציפייה לחידוש החוזה, על הצד המבקש שלא לחדש את החוזה להודיע על כך לצד השני מראש.

כהסכמה לחידוש החוזה, לא היה גם צורך במתן הודעה. נמצא, ש"כסף הקדשים" נוקט גם הוא כשיטת המאירי.

בדרך אגב נציין, שבמקרה ההפוך, כלומר שהמשכיר מודיע על רצונו להמשיך בחוזה, והשוכר אינו מגיב, "כסף הקדשים" נוטה לומר, ששתיקתו של השוכר לנוכח הצעתו של המשכיר צריכה להתפרש כהסכמה, שכן "אחזוקי בגזלן לדור בבית חברו חנם — לא מחזקינן". אם כי לבסוף הוא מניח גם שאלה זו בצריך עיון. והשווה: עין משפט (לר' אברהם חזן), חו"מ, סימן לב, שאינו מטיל ספק בחיוב המוטל על השוכר להמשיך בחוזה כהצעתו של המשכיר (הוא מפנה גם לשו"ת תורת חיים (שבתי), חלק א, סימן לה). וראה להלן, הערה 172.

והשווה גם: חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה שם סעיף יד מקום שנוהגים, משם נראה שגם הוא מסכים לשיטת המאירי.

[167] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיב, סעיף כד.

[168] כך אפשר להסיק מדברי הרמ"א (שו"ת הרמ"א, סימן כ). כשהוא בא להסביר את דברי המרדכי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שפג, שאם נפל ביתו של המשכיר, הוא יכול להוציא את השוכר מן המושכר, הוא אומר: "יש לומר היינו דוקא שכבר כלה זמן שכירותו, אלא שרצה [השוכר] לעמוד שם מטעם שלא הודיעו". ומכאן, שבעיקרון, שכירות שנמשכה מעבר למועד המוסכם טעונה הודעה לסיומה (אם כי הסתמך שם בדבריו על רש"י, ששיטתו היא שאפילו בשכירות קצובה ישנה חובת הודעה; ועל הרא"ש, שלא דיבר בשכירות קצובה). וראה גם: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצו; שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן תריג. והשווה: שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק רביעי, סימן כ, ס"ק א.

[169] השווה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצו. שם דובר על שוכר שנשאר במושכר שנה לאחר סיום השכירות (הייתה זו שכירות שדינה כדין שכירות לשנה. ראה שם) — ושילם עבור שנה זו — ואחריה נשאר עוד שבעה חודשים נוספים. המשכיר מבקש לפנותו לפני תום השנה. המהרשד"ם פוסק לטובת השוכר, כשבין שאר נימוקיו, הוא מתחשב בעובדה שהשוכר נשאר במושכר שבעה חודשים. לדעתו, עובדה זו כשלעצמה, מלמדת על חידוש החוזה: "שזה השוכר, שראה שהניחו שנה אחת, ופרע לו, ועבר שבעה חדשים, ולא דבר מאומה, שסמך שרוצה שאשב בבתים כמנהגנו".

[170] ראה לעיל, ליד ציון הערה 164.

"חכמת שלמה" קובע ביחס למקרה שהוא דן בו (שכירות שחודשה מכללא תשע־עשרה פעמים רצופות), שבתום השנה התשע־עשרה, לא יוכל המשכיר להוציא את השוכר, אלא אם כן הודיע לו על סיום השכירות מראש, ויתן לו שהות להתארגן בהתאם[171]. כפי שאמרנו, הנימוק לכך הוא, שמאחר שחידשו הצדדים את החוזה ביניהם במשך כמה שנים, יש להם ציפייה סבירה זה מזה, שכל זמן שהצד השני אינו מודיע מראש על כוונה אחרת, יחודש החוזה מאליו גם בהמשך.

לעומתו, סבורים "כסף הקדשים"[172] ו"ערוך השולחן"[173], שבתום התקופה הנוספת, כל צד רשאי לסיים את החוזה מבלי צורך בהודעה מראש, כדין כל שכירות קצובה. לדעתם, מאחר שחידוש החוזה אינו מובטח, כל צד מתכונן לסיום השכירות במועד הקצוב. כדעה זו, פסק אחד מפוסקי זמננו[174].

ב. דמי השכירות

כאמור לעיל, בשכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה מעבר למועד הסיום, יש לדון גם בשאלת גובה דמי השכירות. בפסקה הקודמת ראינו, שאין לראות בהמשך השכירות חידוש החוזה על כל תנאיו[175]. הפוסקים נחלקו בשאלה, אם זכותם של הצדדים לשים קץ לחוזה בלא הודעה מוקדמת (שיטת המאירי), או שמא יש להחיל על כגון זה את ההלכה החלה בשכירות שלא נקבע לה מועד, כלומר, יש חובה על כל צד להודיע לצד השני על כוונתו לסיים את השכירות (שיטת "ערוך השולחן"). נמצא, שלפי המאירי, רשאי כל צד להציע שינוי בדמי השכירות כראות עיניו בלי הודעה מראש. מובן שהצד השני אינו חייב להסכים להצעה, והוא רשאי לעמוד על זכותו לסיים את החוזה מיידית. לעומת זאת, לפי "ערוך השולחן", כל שינוי

171 "חכמת שלמה" מרחיק לכת עוד יותר וקובע, שאם לא יעשה כן (כלומר שלא יודיע לשוכר שלושים יום לפני תום שנת השכירות על כוונתו שלא לחדש את השכירות), כבר זכה השוכר בקניין השכירות לשנה נוספת (אף ששנת השכירות החדשה עוד לא התחילה), "דחזקה דקודם כלות השכירות שלו, מהני גם להבא". כלומר, שחזקתו במושכר בתום השנה התשע־עשרה מועילה כמעשה קניין לשכירות לשנה העשרים. עמדת "חכמת שלמה" אינה נקייה מספקות, אולם אין זה המקום לדון בה. נעיר רק, שדברי רש"י, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה לא עדיפת מנאי, סותרים את שיטת "חכמת שלמה" בנקודה זו.

172 כסף הקדשים (הובא לעיל, הערה 166). וראה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן נב, ס"ק ה (= פד"ר, כרך ו, עמ' 109, בעמ' 113), הטוען ש"כסף הקדשים" מסתפק בשאלה זו. אולם מעיון בדברי "כסף הקדשים" עולה דווקא, שסיומה של שכירות שחודשה כמה פעמים אינו טעון הודעה מראש (הוא אומר: "... וגם אם ישב כמה שנים, ולא היה פקפוק מלהמשיך שנה אחר שנה, מכל מקום מספק מכין את עצמו, אולי לא יומשך"). הספק ש"כסף הקדשים" מתלבט בו הוא, כאשר אחד הצדדים הודיע על רצונו להמשיך בחוזה, ואכן נמשכה השכירות מעבר למועד הסיום שלה, והצד השני לא הגיב להצעה (ראה לעיל, הערה 166), השאלה היא, אם גם כאן, למרות שתיקתו של המשכיר, שיכולה להתפרש כהסכמה, השוכר מכין את עצמו לקראת סיום השכירות? או שמא אומרים, שבשתיקתו יצר המשכיר אצל השוכר ציפייה להמשך החוזה, עד כי לא יורשה לסיים את השכירות בלא מתן הודעה מראש. והשווה: שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק רביעי, סימן כ, ס"ק ב, שנראה שגם הוא חולק על "חכמת שלמה". לדעתו: "תמיד בסוף שנה, הוי כזמן קצוב".

173 ערוך השולחן, חו"מ, סימן שיב, סעיף כד.

174 ראה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן נב, ס"ק ה (= פד"ר, כרך ו, עמ' 109, בעמ' 113).

175 אם כי ראינו, שקיימות נסיבות שבהן רואים בהמשך השכירות משום חידוש החוזה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 159.

בדמי השכירות יהיה טעון הודעה מוקדמת, זולת אם השינוי הזה בא לעדכן את דמי השכירות ולהעמידם על דמי השכירות הראויים, כדין שכירות בלתי קצובה.

כל זה אמור מכאן ולהבא. אולם נניח שהשכירות נמשכה מעבר למועד הסיום, בלי שהצדדים סיכמו ביניהם דבר, ונניח גם, שדמי השכירות הראויים עבור אותה תקופה שונים מדמי השכירות שהיו מוסכמים בין הצדדים לפי החוזה המקורי. האם יוכל המשכיר (או השוכר) לתבוע את עדכון דמי השכירות למפרע מיום סיום השכירות? או שמא, מאחר שלא הודיעו על דרישת העדכון מראש, נחשב הדבר כאילו הסכים שהתשלום יהיה לפי המוסכם בחוזה המקורי?

הפוסקים נחלקו בשאלה זו. הש"ך[176] קובע: "אף על פי ששכרו לזמן, ודר בו אחר הזמן בסתם, אף על פי שנתייקר או הוזל, אינו יכול לשנות ליתן בעד מה שדר יותר מהזמן [=בעד מה שגר מעבר למועד הסיום] כפי היוקר".

דעת הש"ך והראיות שהוא סמך עליהן[177] לא נתקבלו על דעתם של פוסקים אחרים[178]. נימוקם הוא כנראה, שמאחר שהמשך החזקת השוכר במושכר אינו מכוח הסכם, הריהו כדר בחצר חברו שלא מדעתו, וחייב לשלם למשכיר שכר ראוי.

בתווך, בין שתי הדעות האמורות, עומדת דעתו של רבנו מאיר שמחה הכהן מדווינסק[179]. הוא סבור, שמדברי רב האי גאון צריך להסיק, שאם הוזלו דמי השכירות, ודאי זכאי השוכר לעדכון למפרע. לעומת זאת, אם עלו דמי השכירות, אין לחייבו ביותר מדמי השכירות שהיו מוסכמים על פי החוזה המקורי. נראה שלדעתו אין לראות בשוכר שממשיך להחזיק במושכר מעבר למועד סיום השכירות כמי ש"דר בחצר חברו שלא מדעתו". החזקתו במושכר אף מעבר למועד הסיום היא עדיין מכוח הסכם השכירות (היא אינה שלא מדעתו של המשכיר), ועל כן

176 ש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק י, וסימן שלג, ס"ק מד. וכן משמע גם מלבוש עיר שושן, סימן שיב, סעיף י. וכן נראה גם מנתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק טז. והשווה: ג' טדסקי, "פיגור בפינוי המושכר ושכר ראוי", משפטים ט (תשל"ט) 68, בעמ' 78, שגם הוא סבור, שעבור התקופה הבתר־חוזית, על השוכר לשלם את דמי השכירות המוסכמים. אולם נימוקו שונה מנימוק הפוסקים שראינו כאן. לדעתו, יש להעדיף אפשרות זו על חיוב השוכר בתשלום שכר ראוי, משום שהיא מונעת את הצורך להיזקק לבית המשפט. הלכה זו לא תמנע מהמשכיר לתבוע את ההפרש, אם יש הפרש, בתביעת נזיקין או בתביעה מדין עשיית עושר ולא במשפט. וראה דיוננו על סעיף 20, פרק שישי, עמ' 461.

177 הש"ך טוען, שכך נקבע בשו"ת הריב"ש, סימן תעה, בשם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצד. אולם מתשובת הרשב"א, שם, אין להביא ראיה כלל, שכן הרשב"א אינו דן בשכירות קצובה שנמשכה מעבר למועד הסיום, אלא בשכירות שנקבעו בה דמי שכירות קצובים לתקופות קצובות בלא שהוסכם על מועד סיום. ולהפך, מדבריו נראה, שאם הייתה השכירות לתקופה קצובה, הדין שונה, שאם נשאר השוכר מעבר למועד הסיום, יוכל המשכיר לתבוע ממנו דמי שכירות ראויים. אמנם המעיין בתשובת הריב"ש יראה שהריב"ש אינו מביא את הרשב"א כלל, אלא את רב האי גאון, שקבע: "שהמשכיר בית לחבירו לשנה לסך ידוע, ועמד שם יותר, שאינו חייב לפרוע ממה שעמד אלא כמו סך השנה הראשונה, כיון ששתקו, ואף על פי שהוקר שכירות הבתים". ברם, גם דבריו אלה של רב האי גאון ניתנים לפירוש בשכירות שנקבעו בה דמי שכירות קצובים לתקופות קצובות, ולא בשכירות קצובה. לניתוח ארוך ומפורט בסוגיה זו ולביקורת שיטתית על דברי הש"ך, ראה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן ל. וראה גם: שו"ת בית המלך (חסון), סימן ח.

178 ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יא (להוכחת "מחנה אפרים", ראה בהערה קודמת); דברי משפט, סימן שיב, סעיף ט, ס"ק ב; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן ל. פוסק אחרון זה דוחה את שיטת הש"ך מן ההלכה. וראה עוד בעניין זה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ה, הערה י.

179 ראה לעיל, ליד ציון הערה 41. את שיטתו, סומך רבנו מאיר שמחה על דברי רב האי גאון.

המשכיר אינו יכול להעלות לו את דמי השכירות למפרע, אלא רק מכאן ולהבא. לא כן כשהוזלו דמי השכירות בשוק: מאחר שהשכירות שוב אינה שכירות קצובה (שהרי המשכיר יכול לסלק את השוכר בלא הודעה מוקדמת, במקרה של צורך עצמי), הרי שאינו מן הדין לחייב את השוכר לשלם יותר מדמי השכירות הראויים. אשר על כן, אם הוזלו דמי השכירות בשוק, ישלם השוכר כשער הזול, אפילו לא תבע את העדכון מראש.

פרק חמישי

סיכום

העולה מדיוננו הוא, שלעניין סיום השכירות, יש להבחין בין שכירות שאינה קצובה בזמן ובין שכירות הקצובה בזמן.

כאשר השכירות אינה קצובה בזמן, אף שעל פי שורת הדין רשאי כל צד לסיים את השכירות בכל עת, תיקנו חכמים תקנה ולפיה לא יוכל כל צד לסיים את השכירות אלא בהודעה לצד השני על כוונתו לעשות כן, ובחלוף פרק זמן מוגדר. מאחר שמדובר בתקנה הבאה להגן על הצדדים לבל יימצאו במצוקה בעקבות הסיום הפתאומי של השכירות, ברור שאינה חלה כאשר קיומה גורם מצוקה לצד המעוניין בסיום. כך, לדוגמה, אם המשכיר זקוק למושכר לצרכיו האישיים, כגון שנפל ביתו ואין לו קורת גג, או אפילו שהוא זקוק לבית כדי לחתן את בנו, הוא רשאי לפנות את השוכר גם בלא הודעת סיום (אם כי לדעת הטור אין להוציא את השוכר באמצע תקופת תשלום אלא רק בסיומה). הצעת חלופה הוגנת לצד השני (שוכר חלופי או מושכר חלופי) פוטרת את הצדדים מחובת ההודעה.

כאשר השכירות קצובה בזמן, הכלל הוא שמסתיימת השכירות במועד הקצוב[180]. כאן, צורך עצמי של המשכיר במושכר אינו עילה לקיצור תקופת השכירות, אם כי לדעת הרמ"א, אם השוכר עלול להפסיד את ביתו, יש לו עילה לסיום מוקדם של השכירות. בנסיבות קיצוניות

[180] במקורות המשפט העברי, לא מצאנו בסוג שכירות זה תקנה בדבר הגנת הדייר האוסרת על המשכיר לפנות את השוכר בתום תקופת השכירות. עם זאת יש להעיר בעניין זה שתי הערות: ההערה הראשונה היא, שאין זה אומר שההלכה העברית שוללת תוקפן של תקנות כאלה. הצרכים החברתיים המשתנים הם שמכתיבים את היקפן ותחולתן של תקנות כאלה, ונראה שאם נעשו מתוך מגמה סוציאלית ("לתקנת בני המדינה") וללא הפליה, התקנות מחייבות. לדיון מקיף בתוקפן המחייב של חוקי הגנת הדייר מבחינה הלכתית, ראה: שו"ת מנחת יצחק (וייס), חלק ב, סימן פו; שו"ת ישכיל עבדי (הדאיה), חלק ו, חו"מ, סימן ח. וראה גם פסק דינו של השופט מ' אלון, בג"צ 323/81 (המ' 533/81) י' וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד לו(2) 733. ההערה השנייה היא, שאמנם לא הייתה תקנה המכוונת כנגד המשכיר והאוסרת עליו לפנות את השוכר, אולם בתנאי הגלות בהם רוב בעלי הבתים היו לא יהודים שאינן כפופים להלכה, לא היה מקום לתקן תקנה מעין זו. עם זאת, מאחר שהיצע הדירות היה קטן מן הביקוש, התעורר אכן הצורך להגן על הדיירים, לבל יתפתו שוכרים אחרים להציע לבעלי הדירות שכר דירה גבוה יותר ויביאו כך לפינויים. הדרך להגנה על הדיירים נמצאה בתקנה המיוחסת לרבנו גרשום מאור הגולה. התקנה שתיקן מכוונת כנגד אותם שוכרים פוטנציאליים, והיא אוסרת על שכירות בית שפונה ממנו שוכר יהודי, וזאת במשך שנה לאחר הפינוי. כך הושגה בדרך עקיפה הגנה על הדיירים, שכן כבר לא היה אינטרס למשכירים הלא יהודיים לפנותם. על תקנה זו ראה: מ' אלון, המשפט העברי — תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים תשל"ג, עמ' 656-658.

עוד יותר, כגון סכנת נפשות וכדומה, כולי עלמא מודים שהשוכר חייב לפנות את המושכר. לדעת רוב הפוסקים, מיתת השוכר גם היא אינה עילה לסיומה המוקדם של השכירות, אלא השכירות עוברת ליורשי השוכר. השוכר יכול להשתחרר מן השכירות לפני תום המועד הקצוב, אם יש בידו להציע למשכיר שוכר חלופי "הגון מאוד". לא כן המשכיר, גם אם יציע לשוכר מושכר חלופי נאות, אינו יכול לחייבו לפנות את המושכר. השאלה, אם מניעה זמנית של השימוש במושכר היא עילה להארכת תקופת השכירות, שנויה במחלוקת.

אשר לדינה של שכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה, חלוקות הדעות: יש אומרים שדינה כדין שכירות שאינה קצובה, ואינה מסתיימת אלא בהודעה מראש; ויש אומרים שאינה אפילו כשכירות שאינה קצובה, ואפשר לסיימה בכל עת בלא הודעה מראש. שאלת גובה דמי השכירות לתקופה שאחר המועד החוזי שנויה גם היא במחלוקת.

לאור דברינו, אנו מציעים לנסח את סעיף 19 כדלהלן:

סיום השכירות

19. (א) לא הוסכם על תקופת השכירות, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השכירות על ידי מתן הודעה לצד השני.

(ב) ניתנה הודעה כאמור בסעיף קטן (א), תסתיים השכירות —

(1) כשנקבעו דמי השכירות בסכום מסוים לתקופות קצובות — בתום התקופה המתחילה בסמוך לאחר מתן ההודעה, או כעבור שלושה חודשים לאחר מתן ההודעה, הכול לפי המועד הקצר יותר;

(2) בכל מקרה אחר — במועד שנקבע לכך בהודעה, ואם מועד זה היה בלתי סביר — תוך זמן סביר לאחר מתן ההודעה[181].

(ג) הצדדים פטורים ממתן הודעה —

(1) אם הדבר עלול לפגוע בהם באופן ממשי, אם כי אין לסיים את השכירות באמצע תקופה שדמי השכירות נקבעו לפיה;

(2) אם יש בידם להציע לצד השני חלופה סבירה.

[181] אמנם במקורות המשפט העברי נקבעו פרקי זמן אחרים, אולם, כפי שראינו, בעניין כגון זה, הכל הולך אחר המנהג ו"דינא דמלכותא דינא" לכולי עלמא.

סעיף 20

החזרת המושכר

החזרת המושכר

20. (א) בתום השכירות חייב השוכר להחזיר למשכיר את המושכר והמשכיר חייב לקבלו.

(ב) בשכירות מקרקעין יוחזר המושכר כשהוא פנוי.

(ג) בשכירות מיטלטלין יוחזר המושכר במקום שבו נמסר לשוכר.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 453

פרק שני: חובת החזרת המושכר — "חייב השוכר להחזיר למשכיר את המושכר" 454

פרק שלישי: חובת קבלת המושכר — "והמשכיר חייב לקבלו" 456

פרק רביעי: מקום ההחזרה — "במקום שבו נמסר לשוכר" 458

פרק חמישי: מצב המושכר במועד ההחזרה — "יוחזר המושכר כשהוא פנוי" 460

פרק שישי: פיגור בהחזרת המושכר 461

פרק שביעי: סיכום 464

מבוא

לרנר[1] מסביר, ש"החזרת המושכר איננה רק תוצאה של סיום השכירות אלא גם אחד ממאפייניה", שכן השכירות מוגדרת בסעיף 1 לחוק, כזכות שהוקנתה בתמורה להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות. "אין תימה אפוא שחוק השכירות הטיל על השוכר חובה ברורה וחד משמעית להחזיר את המושכר בתום השכירות". במילים אחרות, החזרת המושכר למשכיר איננה רק פועל יוצא של זכותו הקניינית של המשכיר, אלא היא בעיקר חובה אובליגטורית של השוכר, הנובעת מקשר השכירות עצמו (בדיוק כמו החובה לשלם דמי שכירות).

יש להדגיש, שבעוד שמסירת המושכר לשוכר מגדירה את תחילת תקופת השכירות[2], החזרת המושכר למשכיר אינה מגדירה את סיומה של התקופה. להפך, בסיומה של תקופת השכירות, חובה על השוכר להחזיר את המושכר. כך עולה מלשון הסעיף: "בתום השכירות חייב השוכר להחזיר את המושכר". "בתום השכירות" משמעו בתום תקופת השכירות.

לאור הערות אלו, לא ברור מדוע שיבץ המחוקק את סעיף החזרת השכירות בסימן ד של פרק השכירות, הדן בתקופת השכירות, ולא בסימן ג, הדן בחיובי השוכר ("בתום השכירות חייב השוכר להחזיר למשכיר את המושכר"); ובסימן ב, הדן בחיובי המשכיר ("והמשכיר חייב לקבלו").

תוכנו של סעיף 20 שונה מהאמור בסעיף 5, המגדיר במפורש את חובת מסירת המושכר המוטלת על המשכיר כהעמדת המושכר לרשות השוכר, כלומר כפעולה חד־צדדית של המשכיר[3]. סעיף 20 אינו מגדיר באיזה אופן יוצא השוכר ידי חובת ההחזרה[4]. הסעיף מציין אמנם, בסעיף קטן (ג), שבשכירות מיטלטלין יוחזר המושכר במקום שנמסר בו, אך מקום ההחזרה ואופן ההחזרה הם שני דברים שונים. לדעת לרנר[5], יש מקום לערוך השוואה בין חובת המסירה לשוכר, המוטלת על המשכיר בתחילת השכירות, לבין חובת ההחזרה למשכיר, המוטלת על השוכר בסיומה. על פי השוואה זו עולה, שהשוכר יוצא ידי חובתו בהעמדת המושכר לרשות המשכיר, כלומר במתן אפשרות למשכיר להחזיק במושכר, ואין דורשים ממנו העברת החזקה לידי המשכיר בפועל[6]. וכך אמנם אפשר להסיק מסעיף 20 עצמו, המבחין בין חובת השוכר להחזיר את המושכר לבין חובת המשכיר לקבלו, "והמשכיר חייב לקבלו".

[1] לרנר, סעיף 196.

[2] ראה סעיף 18 לחוק.

[3] ראה לרנר, סעיף 77.

[4] סעיף 11 לחוק השומרים, התשכ"ז־1967, אינו מספיק לעניין זה. סעיף זה אינו דן בחובתו של שומר להחזיר את הפיקדון שבידו, אלא רק בזכותו לעשות כן.

[5] לרנר, סעיף 196.

[6] אם כי, לדעת לרנר, אין די בהחזרת הזכות המשפטית למשכיר להחזיק במושכר, אלא יש צורך בהחזרה

כמו כן בניגוד לסעיף 6, המחייב את המשכיר למסור מושכר מתאים למה שהוסכם בינו לבין השוכר, סעיף 20 אינו דן במצבו של המושכר בשעת ההחזרה, פרט לנאמר בסעיף קטן (ב) בדבר הצורך להחזיר את המקרקעין כשהם פנויים. הסיבה לכך היא, ש"השוכר הוא שומר ועל אבדן או נזק שנגרמו למושכר יחולו דיני השומרים"[7].

נפתח את הדיון בעניין החזרת המושכר בחובת החזרת המושכר על ידי השוכר ובחובת קבלתו על ידי המשכיר. לאחר מכן, נדון בשאלת מקום ההחזרה ומצב המושכר בשעת ההחזרה. ולבסוף, נתייחס גם לתוצאות המשפטיות של פיגור בהחזרת המושכר.

פרק שני

חובת החזרת המושכר – "חייב השוכר להחזיר למשכיר את המושכר"

כאמור, המשפט הישראלי רואה את חובת החזרת המושכר "כאחת החובות היסודיות של השוכר"[8]. לדעתנו, אין זה נכון לומר שחובה זו נובעת באופן דידוקטיבי מאופייה הזמני של זכות השכירות. לדוגמה, המג'לה, שגם היא מגדירה את השכירות כזכות מוגבלת בזמן, לא הטילה על השוכר חובה להחזיר את המושכר, אלא המשכיר חייב לבוא וליטול את המושכר מהשוכר[9]. התוצאה היחידה הנובעת באופן דידוקטיבי מהאופי הזמני של השכירות היא, שבהגיע מועד סיום השכירות, פוקעת זכותו של השוכר להחזיק במושכר ולהשתמש בו, וממילא שוכר המשתמש במושכר לאחר מועד סיום השכירות, הריהו מפר חוזה ומסיג גבול.

מהי השקפת המשפט העברי בשאלה זו? עם סיום תקופת השכירות, פוקעת לכאורה זכותו של השוכר להשתמש במושכר[10]. אולם בשולחן ערוך ובנושאי כליו, לא מצאנו הוראה מפורשת בדבר חובת החזרת המושכר בתום השכירות[11]. אמנם קיימת מחלוקת עקרונית בין "קצות החושן" ו"נתיבות המשפט" ביחס לשאלה, אם על שומר פיקדון מוטלת החובה להחזיר את הפיקדון למפקיד, אם לאו. מאחר שהשוכר הינו אחד מארבעת השומרים[12], מחלוקת זו רלוונטית, לכאורה, גם לענייננו.

בפועל. כלומר, על השוכר מוטלת החובה לא רק לפנות את המושכר בעצמו, אלא גם לפנות כל גורם זר, העשוי להפריע למשכיר לקבל חזרה את החזקה במושכר. ראה על כך, להלן.

7 דברי לרנר, סעיף 196.

8 ע"א 379/68 ישרס בע"מ נ' טולידנו ואח', פ"ד כג(1) 533, 546.

9 ראה המג'לה, סעיפים 591-595. וראה לרנר, סעיף 197.

10 לא מצאנו דברים מפורשים בעניין זה, לבד מאמרת אגב אצל נתיבות המשפט, סימן קפו, ס"ק ג: "וכיון שכלה זמנו, ואסור להשתמש בו שלא מדעתו...". עוד יש לציין, שמתוך המקורות לא ברור שדין שוכר הממשיך להשתמש במושכר מעבר לתקופת השכירות הקצובה כדין שולח יד בפיקדון (כלומר, כגזלן). לפי זה, קביעת תקופת השכירות משמעה, שבסיום אותה תקופה, המשכיר יכול לדרוש את החזרת המושכר, אבל כל זמן שלא עשה כן, אין רואים את השוכר כגזלן. וראה להלן, ליד ציון הערה 52.

11 לדיון בחובת ההחזרה בחוק השומרים, ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 11, פרק ז, עמ' 536-540.

12 ראה: משנה, בבא מציעא ז, ח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף א.

לדעת "קצות החושן"[13], אין חובה על השומר להחזיר את הפיקדון, אלא רק זכות של בעל הפיקדון לבוא וליטול את שלו. הוא סבור, שחיובי השומרים הקבועים בהלכה, ולפיהם נושא השומר באחריות כלפי המפקיד, אינם חלים אלא כשניזוק הפיקדון. אולם אם לא ניזוק הפיקדון, אין לשומר כל חובה כלפי המפקיד, ובוודאי לא החובה להחזיר לו את הפיקדון. לעומתו סבור "נתיבות המשפט"[14], שיש חובת החזרה גם כשהפיקדון עומד בעינו ברשותו, אם כי נכון הוא, שכאשר ניזוק הפיקדון, מתחלפת חובה אישית זו בשעבוד נכסי השומר לפי מידת אחריותו. נמצא אפוא ששאלת חובת השוכר להחזיר את המושכר שנויה במחלוקת בין הפוסקים (נציין מיד, שלהלן, כשנדון בשאלת מקום ההחזרה, ניווכח שלמעשה אין בענייננו נפקות בין שתי הגישות).

יש אמנם מקום להבחין בין שומר חינם ושומר שכר, הנותנים למפקיד שירותי שמירה, ועל כן אין להטיל עליהם אלא אחריות שמירה, ולא חובת החזרה; לבין שוכר ושואל, המקבלים מהמשכיר זכות להשתמש ברכושו, ועל כן בגמר השימוש ראוי לחייבם להחזיר את המושכר או את המושאל לידי בעליהם. מדברי "קצות החושן" עולה לכאורה שאין מקום להבחנה זו. לעומת זאת, ייתכן ש"מחנה אפרים"[15] מאמץ אותה, שהרי הוא כותב כדבר פשוט, שבניגוד

[13] קצות החושן, סימן פו, ס"ק ד (ומשובב נתיבות, שם, ס"ק א); סימן קצח, ס"ק ה; סימן שמ, ס"ק ד; סימן שדמ, ס"ק ב. כשיטה זו, ראה גם: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קכ, ס"ק ז; וסימן שדמ, ס"ק ז.
השווה: קצות החושן, סימן קכו, ס"ק יג. "קצות החושן" דן שם בכלל, "ישנה לשכירות מתחילה ועוד סוף". הוא מסביר, ש"כל זמן שלא החזיר הכלי [המושכר], לא התחיל שום חוב... דליכא שום חיוב עליה כלל, כל זמן שאין מחזיר", והחוב אינו מתגבש אלא למפרע, משעת ההחזרה (בדבריו אלה עסקנו כבר בדיוננו על סעיף 14, הערה 18). אם נצרף את דברי "קצות החושן" האלה למה שראינו במקורות הקודמים, שהשומר אינו חייב להחזיר את הפיקדון שבידו, נגיע לתוצאה תמוהה, שהחיוב בתשלום דמי השכירות תלוי כולו ברצונו הטוב של השוכר להחזיר את המושכר, ואם אינו מחזיר, הוא אינו מפר שום חובה, גם לא החובה לשלם דמי שכירות. ואולי צריך לומר, שבסימן קכו, מדובר בשכירות שלא נקבע לה מועד סיום (השכירות הייתה "לזמן שיצטרך לו"), ולכן אינה מסתיימת אלא בהחזרת הכלי. לעומת זאת, בשכירות קצובה, בהגיע סיום תקופת השכירות, השוכר מתחייב בדמי השכירות בלא קשר להחזרת המושכר. וצריך עיון.

[14] נתיבות המשפט, סימן פו, ס"ק א (וראה דיוננו על סעיף 5, הערה 47, שם הערנו על סתירה לכאורה בדברי "נתיבות המשפט").

[15] ראה: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן יט, ד"ה איברא. הוא קובע שם כדבר ברור מאליו, שהשואל חייב להשיב את המושאל לבית המשאיל. לכאורה יש מקום להקיש בין השואל והשוכר (אם כי אין זה בטוח שאפשר להקיש מזה על זה, ראה: הגהות פרישה ודרישה, טור, חו"מ, סימן שמד, ס"ק א. בעל הסמ"ע מסביר שם, שהשואל חייב להחזיר את המושאל לידי המשאיל, אולם נימוקו הוא, שהשואל "כל הנאה שלו". אם זהו גם הנימוק של "מחנה אפרים", אין מקום להקיש בין השואל ובין השוכר. וצריך עיון). וראה גם: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן נו, שמדבריו עולה שגם הוא סבור שהשוכר חייב להחזיר את המושכר, וכל עוד הוא אינו עושה זאת, חובה עליו לשלם דמי שכירות. וראה להלן, הערה 54, שם אנו מעירים, שייתכן שגם "קצות החושן" מאמץ הבחנה זו. וראה: שו"ת דברי מלכיאל, חלק ה, סימן רעח, שכתב במפורש, שיש להבחין בין שומר חינם ושומר שכר ובין שוכר ושואל. וזה לשונו: "והנראה לחדש בזה, דהנה בשומר שכר מצינו בש"ס (בבא מציעא פא ע"א), דקאמר ליה, טול את שלך. והיינו כי בשומר שכר התחייב רק לשמרו עד כלות הזמן, ואם כן כשכלה הזמן, אין חיוב עליו להחזירו לבעלים, ורק שהבעלים יקחוהו בעצמם ממנו, דמהיכי תיתי לחייבו בשמירה, ואדרבא יש לומר, שגם שומר חינם אינו, וכמו שכתב ה'מחנה אפרים' כנ"ל [סימן יט]. מה שאין כן בשוכר, שנראה הסברא שמחוייב להחזירה לבעלים בעצמו, וכמו דמשמע בשואל במתניתין (דף צח ע"ב), וכמו דאיתא בבא קמא (דף קיח [ע"א?]), שצריך להשיב לרשותו. ואם כן הוא עומד במקום הבעלים לענין חיוב גניבה ואבידה, כי אם היה מחזיר, היה בעליו משמרו. ולזה, בשוכר שפיר הוי שומר שכר, אף שכלה הזמן". תודתי נתונה לרב צבי קוסטינר

לשומר חינם, השואל חייב להחזיר את המושאל לבית המשאיל. זאת ועוד, מאחר שבשכירות המנהג הוא שהשוכר משיב את המושכר, נראה שמנהג זה מחייב, ויש לפרש על פיו את ההסכם בין הצדדים. יש להניח אפוא שגם "קצות החושן" יסכים שקיימת חובת החזרה, אם לא מכוח הדין, לפחות מכוח המנהג או מכוח הסכם מכללא.

פרק שלישי

חובת קבלת המושכר – "והמשכיר חייב לקבלו"

הסעיף קובע שהמשכיר חייב לקבל את המושכר. משמעות ההוראה היא, שהשוכר יוצא ידי חובתו בכך שהוא מעמיד את המושכר לרשות המשכיר[16], והעובדה שהמשכיר נוטל או אינו נוטל את החזקה במושכר, אינה מעלה ואינה מורידה. לקביעה זו יש משמעות כפולה: תחילה, שאם לא נטל המשכיר את החזקה במושכר חרף החזרתו על ידי השוכר, לא יוכל לתבוע את השוכר על הפרת חוזה; שנית, שעם החזרת המושכר באופן חד־צדדי, נפטר השוכר מאחריותו כשומר. אולם כפי שנראה מיד, מסקנה אחרונה זו אינה נקייה מספקות.

על פי החוק[17], "לענין חוק השומרים, התשכ"ז־1967, יראו שוכר כשומר שכר שהמטרה של שמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו". במילים אחרות, על פי החוק, מעמדו של השוכר הוא כמעמד שומר חינם[18]. כאמור, המסקנה העולה לכאורה מהוראת הסעיף, "והמשכיר חייב לקבלו", היא, שאם ביקש השוכר להחזיר את המושכר, והמשכיר לא קיבלו, נפטר השוכר מאחריותו כשומר חינם, ואף אם יינזק המושכר ברשלנותו, לא תעמוד למשכיר עילת תביעה נגדו. כל זה היה נכון אילולא הורה סעיף 11 לחוק השומרים: "שומר הזכאי להחזיר את הנכס לבעלו ועשה את המוטל עליו כדי להחזירו, אלא שבעל הנכס לא קבלהו, רשאי לבקש מבית המשפט הוראות מה יעשה בנכס ויהא פטור מכל אחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט". נמצא ששוכר שביקש להחזיר למשכיר את המושכר, והלה מסרב לקבלו ממנו, אינו נפטר מאחריות: הוא יכול לפנות לבית המשפט לקבל הוראות מה יעשה במושכר, ועד אז הוא נחשב שומר חינם[19].

גם כאן, מאחר שלא מצאנו התייחסות מפורשת בהלכות שכירות לעניין הנידון, תיעשה

שהפנה אותי לתשובת "דברי מלכיאל". לעניין חובת החזרה, ראה עוד: שו"ת נטעי נעמנים, חו"מ, סימן מח (שטען שמוטלת על כל שומר חובת החזרה), וראה מה שהשיג עליו בשו"ת עטרת יצחק, סימן כט (תודתי נתונה לרב ברוך כהנא, שהפנה את תשומת לבי לשני המקורות האחרונים האלה). וראה גם: גן נעול (ניסן), כפתור ג, פרח כד (סד ע"ד, ד"ה גם, ואילך), הדן באריכות בשאלה זו, דוחה את ראיותיו של "קצות החושן", ומביא ראיות שמוטלת על כל שומר חובת החזרה.

[16] ראה לעיל, ליד ציון הערה 5, שכך הציע לרנר לפרש את הסעיף.

[17] סעיף 24.

[18] בהבדל אחד בעניין נטל ההוכחה, ראה: חוק השומרים, התשכ"ז־1967, סעיף 2(ב). וראה דיוננו על סעיף 7, הערה 102.

[19] אלא שמעתה נטל ההוכחה עובר אל המשכיר. ראה לעיל, הערה 18.

בחינת עמדתו של המשפט העברי מתוך המקורות הדנים בדיני השומרים, שהשוכר נמנה עמם[20].

תחילה יש להזכיר, שבניגוד לעמדת המחוקק הישראלי, נפסק במשפט העברי, שדינו של השוכר הוא כדין שומר שכר[21]. עוד יש לדעת, שבסיום תקופת השכירות, מרגע שנאסר עליו להמשיך ולהשתמש במושכר, הוא הופך משומר שכר לשומר חינם, גם אם עדיין לא עשה פעולה כל שהיא להחזרת המושכר[22]. כך עולה מדברי השולחן ערוך[23]: "שומר שכר לזמן, כיון שכלה זמנו, כלתה שמירתו. ואפילו הוא עדיין בביתו, אינו עליה אלא שומר חינם".

כעת נשאל, מה דינו של השוכר לאחר שביקש להחזיר את המושכר למשכיר? בעניין זה, אומר "ערוך השולחן"[24]: "אמר לו [השומר למפקיד], 'בא לביתי ואמסור לך פקדונך', ולא בא, פטור הנפקד". רבים מן הפוסקים סבורים, שהפטור של הנפקד בכגון זה הוא אפילו מרשלנות ("פשיעה", בלשון הפוסקים)[25]. נמצא אפוא שאם ביקש השוכר להחזיר את המושכר, וסירב המשכיר לקבלו, לא תהיה לשוכר עוד כל אחריות ביחס למושכר, אפילו לא אחריות על רשלנות, וזאת מבלי שיצטרך לפנות לבית המשפט לקבלת הנחיות[26].

[20] ראה לעיל, הערה 12.

[21] ראה על כך, דיוננו על סעיף 7, הערה 103.

[22] השווה: חוק השומרים, התשכ"ז־1967, סעיף 11, הקובע שרק אם "עשה את המוטל עליו כדי להחזירו, אלא שבעל הנכס לא קיבלהו... אם היה שומר שכר או שואל, תהא אחריותו לאבדן הנכס או לנזקו וזכותו לשיפוי כשל שומר חינם, אף בלי שביקש הוראות מבית המשפט". לפרשנות סעיף זה על פי המשפט העברי, ראה: ב' כהנא, שומרים, חוק לישראל, סעיף 11, עמ' 493־540.

[23] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמג, סעיף ב.

[24] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצג, סעיף ב. וכן ראה: ים של שלמה, בבא קמא, פרק י, סימן נג. וכן משמע מרבים ממפרשי השולחן ערוך. ראה: ש"ך, סימן עד, ס"ק טו, וסימן קכ, ס"ק ג, וסימן שו, ס"ק ב; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קכ, ס"ק ו; קצות החושן, סימן קצח, ס"ק ה, וסימן שדמ, ס"ק ב; נתיבות המשפט, סימן קכ, ס"ק ג, וסימן שדמ, ס"ק ב; חידושי רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן קכ, ס"ק ב. וראה גם: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כ; שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן נו.

[25] ראה רשימת הפוסקים, לעיל, הערה 24. אולם ראה: תוספות, בבא מציעא מט ע"א, ד"ה אלא, שממנו עולה, שאם היה הנפקד שומר שכר או שואל, אינו נפטר מאחריות כליל, אלא מעמדו נותר כשל שומר חינם (דעה זו מובאת בחידושי רבי עקיבא איגר וב"מחנה אפרים", המצוינים בהערה 24). כמו כן ראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שדמ, סעיף ד, שמדבריו עולה, שלדעת הגר"א ו"נתיבות המשפט", שואל שאמר, "טול את שלך", נותר שומר חינם, כדין אומן. אולם נראה ששם מדובר במקרה מיוחד. ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קכ, ס"ק ו. וצריך עיון.

אמנם בעניין מלווה המסרב לקבל החזר הלוואה, השולחן ערוך סובר, שהלווה נחשב שומר חינם הנושא באחריות לכסף הפירעון במקרה של רשלנות (ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכ, סעיף ב: "פטור הלוה, אלא אם כן פשע". וראה שם, שהרמ"א מעיר, ש"יש חולקים" ופוטרים אפילו מפשיעה). אולם ראה קצות החושן, סימן שדמ, ס"ק ב, המסביר שאין מקום להקיש הלוואה לפיקדון, שהרי כל עוד לא הגיע כסף הפירעון לידי המלווה, הוא בבעלותו של הלווה (מלווה להוצאה ניתנה), מה שאין כן הפיקדון, שגם כשהוא בידו של הנפקד הוא בבעלותו של המפקיד. וראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קכ, ס"ק ו (בסופו), ונתיבות המשפט, סימן שדמ, ס"ק ב, ובהקדמתו לסימן עו (ראה להלן, הערה 29), שגם הם נוקטים אותה הבחנה.

[26] לשאלה: האם רשאי, אם הנכס מפריע לו בביתו, גם להוציאו מביתו להפקירו ברשות הרבים? ראה: שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן נו. לביקורת על תשובה זו, ראה: פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק ז, הערה ו. והשווה להלן, ליד ציון הערה 41.

פרק רביעי

מקום ההחזרה – "במקום שבו נמסר לשוכר"

השאלה, כיצד יוצא השוכר ידי חובת ההחזרה – אם על ידי הבאת המושכר לרשות המשכיר או שמא די בהודעה למשכיר שהמושכר עומד לרשותו – קשורה לכאורה במחלוקת שבין "קצות החושן" ו"נתיבות המשפט", שדננו בה כבר לעיל[27]. ראינו שפוסקים אלה חלוקים בשאלה העקרונית, אם מוטלת חובה על השומר להחזיר את הפיקדון למפקיד, אם לאו. "קצות החושן"[28] כותב: "דגבי פקדון, אין הנפקד חייב בהשבה לבעלים, דאין חייב בהשבה ליד בעלים אלא גזלן, כדכתיב: 'והשיב'. וכן לזה [צ"ל: לוה], דמלוה להוצאה ניתנה, והפרעון מחויב ליתן ליד בעלים. אבל שומרין לא מחייבי בהשבה כלל, אלא פקדון כל היכא דאיתיה ביד בעלים הוא, והמפקיד הוא שהולך לבית שומר לקבל פקדונו, משום הכי יכול לומר לו, 'בא וטול את שלך'".

מאחר ש"נתיבות המשפט", שלא כ"קצות החושן", סבור שבסוף תקופת השמירה מוטלת על השומר החובה להחזיר את הפיקדון למפקיד, אפשר היה להסיק מכך, שלדעתו השוכר אינו יכול לומר למשכיר, "בא וטול את שלך", אלא הוא חייב להביא את המושכר לרשות המשכיר. אולם מסקנה זו אינה נכונה, משום שלדעת "נתיבות המשפט", כדי שייצא השומר ידי חובת ההחזרה, די בהעמדת הפיקדון לרשות המפקיד, ואינו חייב להביא את הפיקדון לידיו ממש. כך עולה מדבריו[29]: "בגזל ופקדון בהשבע [בהשבה?] לבד, באומר 'הרי שלך לפניך' סגי, אף על גב שאין הנגזל יכול לטלו". נמצא שאף על פי ש"נתיבות המשפט" סבור שקיימת חובת החזרה, מכל מקום, לדעתו, היקפה של החובה אינו מחייב אותו לטרוח ולהוציא הוצאות כדי להביא את המושכר לידי המשכיר[30], אלא די שיודיעו שהמושכר עומד לרשותו.

מסקנת הדברים היא, שלעניין מקום ההחזרה אין נפקות מעשית בין גישת "קצות החושן", הפוטר את השומר מחובת החזרה, ובין גישת "נתיבות המשפט", המחייב את השומר בחובת

[27] לעיל, ליד ציון הערה 13.

[28] קצות החושן, סימן קצח, ס"ק ה.

[29] בהקדמתו לסימן עו. וכך עולה גם מדבריו בסימן קצח, ס"ק ו, וסימן רצג, ס"ק א, ש"'טול את שלך', הרי זה כנתינה". לעומתו, "קצות החושן" סבור, ש"טול את שלך" אינו כנתינה, ואין זה מועיל אלא משום שלדעתו אין חובת השבה. נמצא לכאורה, שהמחלוקת בין שני הפוסקים אינה אלא מחלוקת תיאורטית, שכן למעשה הם מגיעים לאותה מסקנה. ואולי נקודת המחלוקת ביניהם היא במושכר שאינו נמצא במקום שבו קיבל אותו השוכר לידיו: לדעת "נתיבות המשפט", השוכר חייב לטרוח ולהוציא הוצאות כדי להביאו לאותו מקום, ואינו יכול להסתפק בהודעה למשכיר, "בא וטול את שלך". מה שאין כן לפי "קצות החושן". אולם השווה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצג, סעיף ב. וצריך עיון.
ראוי להדגיש שתי נקודות בדבריו של "נתיבות המשפט" בהקדמתו לסימן עו: ראשית, "הרי שלך לפניך" נחשב לנתינה בפיקדון, משום שהפיקדון נותר כל העת בבעלות המפקיד. לעומת זאת, בהלוואה, מאחר שיצא כסף ההלוואה מרשות המלווה, ובתקופת ההלוואה הוא בבעלות הלווה ("מלווה להוצאה ניתנה"), אינו יוצא ידי חובתו אלא בהחזר ליד המלווה; שנית, בגזלה די היה, מעיקר הדין, אם היה הגזלן מפקיד את הגזלה בבית הדין (ובזה היה יוצא ידי חובת "והשיב את הגזלה אשר גזל" (ויקרא ה, כג)). אולם חכמים גזרו, שעליו להשיב את הגזלה ליד הבעלים דווקא.

[30] השווה: לרנר, סעיף 197, המסביר שמאחר שלפי החוק, חובת החזרה מוטלת על השוכר, השוכר הוא שיישא בהוצאות ההחזרה.

החזרה. למעשה, לדעת שניהם, משנסתיימה תקופת השמירה, השומר משתחרר מאחריותו בהודעה למפקיד, "בא וטול את שלך". הנפקות בין גישותיהם עולה בהקשר לסוגיות משפטיות אחרות[31] ולא בקשר לסוגיית מקום ההחזרה.

עם זאת, יש לציין, שלדעת ר' משה מרוטנבורג[32], מה שנאמר עד כה אינו נכון (אם בכלל, ראה להלן), אלא בשכירות קצובה. לדעתו, בשכירות שאינה קצובה, אין השכירות מסתיימת כל עוד לא החזיר השוכר את המושכר לידיו של המשכיר, ואין די בהודעה למשכיר שהמושכר עומד לרשותו. ואלה דבריו: "אבל מי שקיבל איזה פקדון בלי זמן... כל זמן שלא החזירה ליד בעליו ממש, אינו יוצא מידי שמירתו, והרי הוא חייב באחריותו. ואפילו אמר הנפקד להמפקיד, 'איני רוצה להיות עוד שומר עליו', מכל מקום כל זמן שלא החזירו לידו של המפקיד, אינו נפטר משמירתו"[33]. אך נראה שדעה זו שנויה במחלוקת[34].

אם השוכר פוגש את המשכיר בעיר אחרת, זכותו להשיב לו את המושכר שם, אולם אז חובה עליו למסור את המושכר לידיו של המשכיר, ואין די בהודעה[35].

יש להדגיש, שהדברים שאמרנו עד כה נכונים מצד דיני הפיקדון הכלליים, אולם כבר הערנו לעיל[36], שיש מקום לומר שבשכירות הדין שונה: ראשית, ייתכן שיש להבחין בין שוכר (ושואל) לשאר השומרים; שנית, בשכירות המנהג הוא שהשוכר מחזיר את המושכר לידי הבעלים במקום שנמסר בו המושכר לידיו, ויש להניח שהמנהג מחייב.

[31] כגון סוגיית "שעבודא דרבי נתן". ראה בדבריהם, ואין כאן מקומו.

[32] שו"ת ר' משה מרוטנבורג, אורח חיים, סימן יא (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שמג, ס"ק א).

[33] יש מקום לברר מה תהא דעתו של פוסק זה, אם השוכר נותן למשכיר הודעת סיום. בהתאם למה שראינו בדיוננו על סעיף 19, בחלוף פרק זמן מסוים ממתן ההודעה, השכירות מגיעה לקיצה. ייתכן שבכגון זה, יסכים ר' משה מרוטנבורג, שהשוכר אינו חייב להחזיר את המושכר לידי המשכיר, ורק לפני חלוף אותו פרק זמן הוא שאמר, ש"טול את שלך" אינו מספיק. אולם קשה לקבל הצעה זו, שכן ראינו בסעיף 19, שהשוכר אינו יכול לסיים את השכירות לפני סיום תקופת ההודעה. נראה אפוא, שכוונת ר' משה מרוטנבורג היא, שאף על פי שחלפה תקופת ההודעה, השוכר אינו יוצא ידי חובתו כל עוד אינו מחזיר את המושכר לידי המשכיר. נשאלת השאלה: מה טעם להבחין בין שכירות קצובה לשכירות שאינה קצובה לאחר שנשלחה הודעת סיום? הרי שתיהן מסתיימות במועד מוגדר. ואולי נאמרו דבריו של ר' משה מרוטנבורג רק בשומר חינם ושומר שכר, ולא בשוכר ושואל, ששם גם אם התקופה קצובה, חובה על השוכר והשואל להחזיר את הנכס ליד הבעלים. ראה להלן. וצריך עיון.

[34] ראה לדוגמה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצג, סעיף ב: "ואפילו בלא קבע זמן... ואמר לו, 'בא לביתי ואמסור לך פקדונך', ולא בא — פטור הנפקד" (ובלבד שהיה זה מקום ההפקדה. ראה שם).

[35] כך ניתן ללמוד מדברי הרמ"א, חו"מ, סימן רצג, סעיף א. אמנם דברי הרמ"א שם אמורים בהפקדה לזמן שאינו קצוב, כך שלפי שיטת ר' משה מרוטנבורג (לעיל, הערה 32), אין הוכחה גמורה שהוא הדין גם בהפקדה לזמן קצוב. אולם בהערה 34 ראינו, שלפי "ערוך השולחן", אין הבדל בעניין זה בין הייתה ההפקדה לזמן קצוב לבין הייתה לזמן שאינו קצוב. לפי גישתו, דברי הרמ"א נכונים אפוא גם בשכירות קצובה.

[36] לעיל, ליד ציון הערה 15.

פרק חמישי

מצב המושכר במועד ההחזרה – "יוחזר המושכר כשהוא פנוי"

לדעת לרנר[37], הוראת הסעיף מטילה על השוכר את האחריות לדאוג לפינויו של המושכר לא רק מנכסים או בני אדם שהכניס לתוכו, אלא גם לפינוים של מסיגי גבול למיניהם. אמנם יש למשכיר זכות תביעה כלפי אותם מסיגי גבול, אולם המשכיר רשאי לדרוש מהשוכר שהוא ידאג לפינוים, ולא יחזיר לו מושכר שאי־אפשר להשתמש בו. ואף שאין כאן אשמה מצד השוכר, מאחר שחובת ההחזרה היא חובה חוזית, היא איננה תלויה ברשלנות או אשמה מצד המפר. במקום אחר[38] כותב לרנר, שאם "זר או שוכר משנה, ביצע מעשה של הסגת גבול, ובשל כך נמנע מן השוכר להחזיר את המושכר במועד... ייחשב [השוכר] עדיין כמי שהפר את החובה החוזית להחזיר את המושכר עם תום השכירות... השוכר ייפטר מתשלום פיצויים רק אם נראה בהסגת גבול אונס או סיכול, דבר שאינו מתקבל על הדעת". כוונתו היא, שמאחר שברוב המקרים פינוים של מסיגי גבול הוא אפשרי, לא יראו באי־פינוים סיכול החוזה. אשר על כן, שוכר שלא יפנה את המושכר, כאמור, אינו יוצא ידי חובתו כלפי המשכיר, ויוכל הלה לתבוע ממנו פיצויים על הפרת החוזה.

אם השאיר השוכר במושכר חפצים שחזקה עליהם שהתכוון להפקירם, רשאי המשכיר להשליכם כדי לפנות את המושכר. אם פינוי זה כרוך בהוצאות, יהיה המשכיר זכאי לקבל החזר הוצאות מהשוכר. אם נותרו במושכר חפצים בעלי ערך, והמשכיר קיבל את החזקה במושכר, יחול עליו סעיף 11 לחוק השומרים, המורה שעליו לפנות לבית המשפט לקבלת הוראות מה לעשות באותם נכסים[39].

מהי עמדת המשפט העברי בשאלות הקשורות לפינוי המושכר? נראה שעל השוכר מוטלת החובה לפנות את המושכר מכל אדם וחפץ, שכשם שחייב המשכיר למסור את המושכר לשוכר כשהוא פנוי[40], כך חייב לנהוג גם השוכר, כשהוא בא להחזיר את המושכר. לא פינה השוכר את המושכר, אומר המאירי[41]: "מודיע [המשכיר] לבית דין, והם ישכרו לו מקום מתוך דמי אותם הדברים שיוציאו משם, ומניחים בבית שהם שוכרים לו".

בעניין מושכר שניזוק, כבר ראינו[42], שדינו של השוכר כדין שומר שכר. מובן שהשוכר אינו אחראי על בלאי סביר, הנובע מהשימוש במושכר, זולת התיקונים שנהוג שהשוכר מבצע אותם[43].

לעניין השקעות ושיפורים שהכניס השוכר במושכר, יחולו הדינים בדבר "היורד לשדה

[37] לרנר, סעיף 198.

[38] לרנר, סעיף 244.

[39] על כל זה, ראה: לרנר, סעיף 202.

[40] ראה בדיוננו על סעיף 5, ליד ציון הערה 5.

[41] ראה: בית הבחירה, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה כל ששאל. והשווה: אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן נו (הוזכר לעיל, בהערות 24, 26).

[42] לעיל, הערה 21.

[43] לעניין תיקוני המושכר המוטלים על השוכר, ראה דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 116 ואילך.

חברו, ובנאה, או נטעה"[44], שעל פיהם זכותו של המשקיע ברשות הזולת היא תוצאה של מבחן כפול: מבחן כוונת המזכה; מבחן כוונתו המשוערת של הזוכה[45].

פרק שישי

פיגור בהחזרת המושכר

אי־החזרת המושכר במועד מהווה הפרת חוזה השכירות, ובנוסף יש בה משום הסגת גבול, ואם השוכר ממשיך להשתמש במושכר, יש בה גם משום התעשרות שלא על פי דין. אכן, לרנר[46] מונה שלוש עילות אפשריות שעליהן יכול המשכיר לבסס תביעה לפיצויים על אי־החזרת המושכר במועד: עילה חוזית; עילה נזיקית; עילה של עשיית עושר ולא במשפט. הוא דן ביתרונות של כל עילה ובחסרונותיה.

בדיוננו על סעיף 19, דננו כבר בשאלת גובה דמי השכירות בשכירות קצובה שנמשכה מעבר למועד סיומה[47], אולם שם מדובר בשכירות קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה מרצון מעבר למועד הסיום, בלא שנשאו ונתנו על התנאים להמשך השכירות, ושאלנו, מה יהיו תנאים אלו?

כאן אנו דנים בשוכר הממשיך להחזיק במושכר ולהשתמש בו בניגוד לרצונו של המשכיר. בכגון זה, נראה לכאורה[48] ברור, שעל השוכר לשלם דמי שכירות ראויים, שהרי מקרה זה אינו שונה ממה שנפסק בשולחן ערוך[49]: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו, 'צא', ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו". אולם דברי השולחן ערוך אמורים בשכירות מקרקעין, שבה חל הכלל, "קרקע אינה נגזלת". במיטלטלין ההסדר שונה, שכן במיטלטלין יש מקום לראות את השוכר, הממשיך להשתמש במושכר בניגוד למוסכם ונגד רצונו של המשכיר, כמי שגוזל את המושכר. יש להחיל עליו אפוא את הכלל בדבר "התוקף ספינתו של חברו"[50], כשהספינה עומדת להשכרה. ואלה דברי השולחן ערוך[51] בעניין זה: "התוקף ספינתו של חברו, ועשה בה מלאכה... [ו]אם היא עשויה לשכר [=עומדת להשכרה], אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות — אם רצה הבעל ליטול שכרה, נוטל, רצה ליטול פחתה, נוטל; ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת. וכן כל כיוצא בזה".

אולם שמא יש להבחין בין התוקף ספינתו של חברו ובין שוכר הממשיך להחזיק במושכר מעבר לתקופת השכירות המוסכמת: ראשית, שלא כתוקף ספינה, השוכר נטל בתחילה את

[44] ראה: י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 160.

[45] השווה: שו"ת בית המלך (חסון), סימן ט. וראה גם דיוננו על סעיף 9, הערה 9.

[46] לרנר, סעיפים 242־244.

[47] ראה: דיוננו על סעיף 19, פרק רביעי, ב, עמ' 446.

[48] ראה: שו"ת חות יאיר, סימן קנא, שהעלה סברה, ולפיה השוכר ימשיך לשלם את דמי השכירות המוסכמים, אפילו כשאלו פחותים מדמי השכירות הראויים (כגון שקיבל הנחה). אולם הוא עצמו דוחה אותה, ואומר, "וזה לא מסתבר". לתשובת "חות יאיר", ראה עוד להלן, הערה 52.

[49] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ו.

[50] בבא קמא צז ע"א.

[51] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף ה. וראה לעיל, דיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 63.

החזקה במושכר ברשות, ועל כן אולי אין לדון אותו כגזלן[52]; שנית, על השוכר מוטלת החובה להחזיר את המושכר, וכל זמן שלא קיים השוכר את חובת ההחזרה, יש מקום לומר שחובות השכירות המוטלות עליו, כולל החובה לשלם דמי שכירות, עומדות בתוקפן[53]. על פי זה, גם אם לא ישתמש השוכר במושכר במשך הימים שהוא מעכב אותו בהם, יהיה חייב בכל זאת לשלם דמי שכירות[54].

נמנע השוכר מלהחזיר את המושכר במועד מחמת נסיבות שאינן בשליטתו, הוא פטור מתשלום דמי השכירות בעד ימי העיכוב (ובלבד כמובן שהוא אינו משתמש במושכר במשך אותו פרק זמן). הנימוק לכך הוא, שהשכירות הסתיימה, ואין לחייב את השוכר כשהייתה אי־ההחזרה מחמת כוח עליון[55]. כך הדין בכל מקרה, זולת אם יוכח שהשוכר היה יכול לצפות את העיכוב מראש יותר משיכול היה המשכיר לצפותו (או אם אפשר לתלות את האונס במזלו של השוכר[56]). בכגון זה, יחויב השוכר בתשלום ימי העיכוב, משום שיכול, ואף צריך היה, להתנות מראש תנאי מפורש בעניין העיכוב האפשרי, וממילא אין לראותו כאנוס מלקיים את

[52] השווה לעיל, דיוננו על סעיף 16, דעת הריטב״א, שהובאה ליד ציון הערה 98. עם זאת יש לציין, ששוכר המחזיק בכוח במושכר לאחר תקופת השכירות, ומסרב להעבירו למשכיר, עובר על איסור ״עושק״. ראה: רמב״ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק א, הלכה ד.
והשווה: שו״ת חות יאיר, סימן קנא, שהעלה גם הוא בתחילה הבחנה מעין זו, אולם, לדידו, התוצאות מההבחנה הפוכות מאלה שהצענו. הוא מציע להבחין בין מי שנכס חברו בא לידו בהיתר ובין מי שנכס חברו בא לידו באיסור (כגון תוקף ספינתו של חברו): את הראשון יש לראות כמזיק בגרמא, ועל כן יש לפטור אותו מתשלום; ואילו את השני יש לראות כמזיק בגרמי, ועל כן יש לחייבו בתשלום. ברם, הוא עצמו דוחה את ההבחנה (ראה לעיל, הערה 48), ומגיע למסקנה ששוכר המעכב מיטלטלין שהיו מושכרים בידו, ומשתמש בהם, חייב לשלם דמי שכירות ראויים. אם כי, לדעתו, אין זה הדין בכל סוגי המיטלטלין, אלא רק באותם מיטלטלין ש״אין צורך בשום טורח ועמל מצד הבעלים להמציא את שכרם, שממילא הם באים״. מתוך דבריו נראה שהנימוק לכך הוא, שאז הנזק שנגרם למשכיר אינו בגדר גרמא בלבד, אלא זהו נזק ישיר (נעיר שלפי סברה זו, לא ברור מדוע אין השוכר מתחייב אלא כשעשה שימוש במושכר. וצריך עיון). לפי זה, אם מדובר במושכר שלא קל להשכירו, ושכרו אינו בא ממילא, אלא מתוך מאמץ, השוכר יהיה פטור מתשלום, כדין מבטל כיסו של חברו. וראה: שו״ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ב, סימן קמו, טור א, הדוחה את הבחנת ״חות יאיר״. גם קצות החושן, סימן שי, ס״ק א, אינו מקבל את ההבחנה הזו, אולם בניגוד ל״שואל ומשיב״, הוא אינו מסביר מדוע. וראה: נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 163־164.

[53] לפי סברה זו, הוא יחויב לכאורה לשלם את דמי השכירות המוסכמים, ולא דמי השכירות הראויים. אולם ייתכן לומר, שמרגע שנגמרה תקופת השכירות, המשכיר רשאי לעדכן את ערך השכירות. השווה דיוננו על סעיף 19, פרק רביעי, ב, עמ׳ 446.

[54] וכך אמנם עולה ממה שפסק השולחן ערוך, בסימן שי, סעיף ג, בעניין מי שהתעכב ולא החזיר את המושכר במועד, שחייב לשלם בעד ימי הפיגור. ראה להלן. וראה: שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו״מ, סימן נו (הוזכר לעיל, הערה 15), שכך הסביר את פסקו של השולחן ערוך. בדרך אגב נעיר, שאם זהו ההסבר הנכון בדברי השולחן ערוך, הרי אפשר להוכיח מכאן, שגם ״קצות החושן״ מסכים, שעל השוכר יש חובת החזרה (וזאת בניגוד לשומר חינם ושומר שכר, ראה לעיל, ליד ציון הערה 15), שאלמלי כן, איך יכול היה להסביר, ששוכר המעכב את המושכר שלא מתוך אונס, חייב לשלם דמי שכירות כשאינו משתמש במושכר? ושמא יש מקום להבחין ולומר, שלדעת ״קצות החושן״ דברי השולחן ערוך אינם אמורים אלא כשהיה תנאי מפורש, שבו התחייב השוכר להחזיר את המושכר. וצריך עיון.

[55] ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס״ק ח.

[56] ראה: נתיבות המשפט, סימן שי, ס״ק ג, כפי שהסביר את דבריו במנחת פתים, חו״מ, סימן שי, סעיף א (בסופו).

חיובו. העקרונות האלה עולים מתוך תשובת הרא״ש[57], שנפסקה להלכה בשולחן ערוך[58]: ״ראובן השכיר בהמתו לשני ימים לילך ולחזור, ובחזרתו ביום השני גדל הנהר עד שהוצרך לעכב [=להתעכב] יום אחד[59]... ואם שכרה למקום פלוני ולחזור, או ששכרה לשני ימים, והזכיר המקום שרוצה לילך שם, וידוע שהוא מהלך שני ימים, ועכבו הנהר[60]: אם לא היה רגיל להתגדל — פסידא דבעל בהמה; ואם היה רגיל להתגדל, והשוכר מכיר ענין הנהר, ולא המשכיר — פסידא דשוכר; ואם שניהם ידעו — פסידא דבעל בהמה״[61].

על פי המשפט העברי, אם נגרמו נזקים עקיפים כתוצאה מאי־פינוי המושכר במועד, כגון שהתבטלה עקב אי־הפינוי עסקה למכירת המושכר, השוכר לא יחויב לכאורה בדמי נזיקין, וזאת בהתאם לכלל ״גרמא בנזיקין — פטור״. אם כי ייתכן שמאחר שהנזק שנגרם למשכיר היה תוצאה של הפרת חוזה מצדו של השוכר, המשכיר זכאי לפיצויים[62]. המשפט העברי אף אינו מכיר בהסגת גבול כעילה לתביעת פיצויים. יחד עם זאת יש לציין שהמשכיר יוכל להודיע לשוכר שהוא מעלה את שכר הדירה כראות עיניו, ואם לא יפנה אותה השוכר, הוא יהיה חייב לשלם את הסכום שינקוב בו המשכיר[63]. בהתאם לכך הוא יכול להודיע לו, שאם לא יתפנה, הוא יישא בכל ההפסדים העקיפים, שייגרמו כתוצאה מכך. אם בעקבות הודעות אלה עדיין

[57] שו״ת הרא״ש, כלל צב, סימן ג.

[58] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שי, סעיף ג.

[59] בהמשך הדברים השולחן ערוך דן בדינו של השוכר, כאשר השכירות אינה קצובה. מאחר שסוג זה של שכירות אינו מעניינו כאן, אנו מדלגים על דבריו בטקסט, ונשלים כאן את הדברים: ״אם שכרה לימים [בלא לקבוע מראש לכמה ימים], פשיטא שצריך ליתן לו שכירות כל יום ויום״. להסבר הדברים, ראה: נתיבות המשפט, שם, ס״ק ח.

[60] ראה: נתיבות המשפט, שם, ס״ק ט, שהדין הוא דווקא בעיכבו נהר, שבו האונס הוא על החמור, שאין אפשרות להחזירו. אם האונס הוא על השוכר, שנמנע ממנו לחזור למקומו, אין זה אונס, משום שהוא יכול לשלוח את החמור חזרה על ידי שליח. לדעה דומה, ראה גם: שו״ת שבות יעקב, חלק א, סימן קעו (מובא בפתחי תשובה, סימן שי, ס״ק א). בכך הם חולקים על שו״ת חות יאיר, סימן קנא (ראה לעיל, הערה 52), שדן במקרה דומה, וטען שמאחר שנמנע מהשוכר לחזור למקומו, הריהו אנוס, ויש לו עילת פטור. והשווה: קצות החושן, סימן שי, ס״ק א, שביקר קשות את תשובת ״חות יאיר״, אך לא התייחס לנקודה זו. ייתכן שסגנונו של ״נתיבות המשפט״ בפתיחת דבריו נגד ״חות יאיר״ (״ולבבי לא כן ידמה״), יש בו משום עקיצה כנגד ״קצות החושן״, שפתח בסגנון זה עצמו את דברי הביקורת שלו נגד ״חות יאיר״, אך בדבריו לא התייחס לנקודה זו.

[61] וראה: קצות החושן, שם, ס״ק א, שהתפלא על ששו״ת חות יאיר, סימן קנא, התעלם מהלכה מפורשת זו בשולחן ערוך. לעיל, הערה 52, ראינו כבר, שלדעת ״חות יאיר״, אין לחייב את השוכר שפיגר בהחזרת המושכר, אלא כשהשתמש במושכר. אם החזיק במושכר בלא שהשתמש בו, אינו רואה עילה לחייבו. וראה שם, מה שהערנו על דבריו. מתוך דבריו נראה, שאינו מכיר בחובת החזרה של המושכר, שאם לא כן, לא היה תולה את חיובו של השוכר בשאלה אם עשה שימוש במושכר, אם לא. השווה: שו״ת נודע ביהודה, שהובא לעיל, הערה 54.

[62] ראה: חידושי הריטב״א, בבא מציעא עג ע״ב, ד״ה האי מאן. אבל השאלה שנויה במחלוקת, כמבואר שם. וראה דיוננו לעיל, סעיף 9, הערה 43.

[63] כך עולה מסוגיית בבא מציעא קא ע״ב. ראה רש״י, שם, ד״ה האי נקטיה בכובסיה דלישבקיה לגלימיה הוא: ״...כיון שמעלה על דמיו, אין לך מוציא גדול מזה״.

יסרב השוכר להתפנות, הוא ייחשב כמי שקיבל את אותם התנאים. בנוסף לזה יש להזכיר גם, שזכותו של המשכיר להשתמש בכוח כדי לפנות את השוכר, המסרב להתפנות מרצונו[64].

פרק שביעי

סיכום

בתום תקופת השכירות הופך מעמדו של השוכר משומר שכר לשומר חינם, אף שלא עשה דבר להחזרת המושכר למשכיר (ובלבד שהוא מפסיק להשתמש במושכר).

האם השוכר חייב להחזיר את המושכר בהעמדתו לרשות המשכיר במקום שנמסר לו? לכאורה, על פי דיני השומרים הכלליים, נראה שהוא אינו חייב לעשות כן, שכן הכול מסכימים[65], שדי שיודיע השומר למפקיד "בא וטול את שלך", וישתחרר מאחריות שמירה. עם זאת, נראה שלעניין חובת ההחזרה ומקום ההחזרה דינו של השוכר אינו כדין שומר חינם או שומר שכר. השוכר אינו יכול להסתפק בהודעה למשכיר לבוא אליו ליטול את שלו, אלא הוא חייב להעמיד את המושכר לרשות המשכיר במקום שקיבל אותו לרשותו. יש אומרים שהבחנה זו בין שוכר לשומר יסודה בדין עצמו, שיש להבחין בין מי שמספק שירותי שמירה ובין מי שמקבל זכות שימוש. ויש אף מקום לומר, שיסוד ההבדל בין השוכר לשומר הוא המנהג, ולפיו בתום השכירות השוכר מביא את המושכר לרשות המשכיר למקום שקיבל אותו לידיו.

ביקש השוכר להחזיר את המושכר, והמשכיר סירב לקבלו, לא תהיה לשוכר כל אחריות על המושכר, אפילו לא אחריות בגין רשלנות, וזאת מבלי שיצטרך לפנות לבית המשפט לקבלת הנחיות.

נמנע השוכר מלהחזיר את המושכר מחמת נסיבות שאינן בשליטתו, הוא פטור מתשלום דמי השכירות בעד ימי העיכוב (ובלבד שאינו משתמש במושכר באותו זמן), זולת אם יוכח שהשוכר יכול היה לצפות את העיכוב מראש יותר משיכול היה לצפותו המשכיר (או שאפשר לתלות את האונס במזלו של השוכר).

מן האמור לעיל עולה, שניסוחו של סעיף 20 מתאים לעקרונות המשפט העברי.

[64] ראה: שולחן ערוך ורמ"א, חו"מ, סימן ד, סעיף א (ונתיבות המשפט, שם, ס"ק א); שולחן ערוך, חו"מ, סימן תכא, סעיף ו.

[65] "קצות החושן" ו"נתיבות המשפט", אף שבעיקרון הם חולקים בשאלה אם השומר חייב להחזיר את הפיקדון, אם לאו. ראה לעיל, פרק רביעי, עמ' 458.

סעיף 21

העברת המושכר

העברת המושכר

21. המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר; עשה כן, יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר בכל הנוגע לחוזה השכירות, אולם כל עוד לא נתן המשכיר לשוכר הודעה על ההעברה או לא נודע לשוכר עליה ממקום אחר — מופטר השוכר בתשלום דמי השכירות וקיום שאר חיוביו למשכיר.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 467

פרק שני: הרשות להעביר — "המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר" 469

פרק שלישי: תוצאות ההעברה — "יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר" 473

א. כללי 473

ב. זכויות הרוכש 474

(1) המשך קיום השכירות 474

(2) דמי השכירות 474

(א) דמי שכירות שטרם שולמו למשכיר 475

(ב) דמי שכירות ששולמו למשכיר לפני שנודע לשוכר על ההעברה — "כל עוד לא נתן המשכיר לשוכר הודעה" 477

(ג) דמי שכירות ששולמו למשכיר מראש 477

(3) שמירת המושכר והחזרתו 479

ג. חובות הרוכש 479

(1) המשך קיום השכירות 479

(2) תיקון המושכר 483

ד. הסכמים נלווים לחוזה השכירות — "בכל הנוגע לחוזה השכירות" 484

ה. השפעת הפרות קודמות 486

פרק רביעי: סיכום 487

מבוא

סעיף 21 קובע, שעל אף החוזה הקושר אותו עם השוכר, המשכיר רשאי למכור את הנכס המושכר או לתת אותו במתנה. לשם כך, אינו זקוק להסכמתו של השוכר. יחד עם זאת, בניגוד למקובל בשיטות משפט אחדות[1], הרואות בשכירות זכות חיובית בלבד (ולא קניינית), העברת המושכר אינה מפקיעה את השכירות, או בסגנונו של השופט זילברג[2]: "מכר אינו דוחה שכירות". על פי הסעיף, רוכש המושכר בא במקומו של המשכיר "בכל הנוגע לחוזה השכירות". נמצא שחוזה השכירות ממשיך לעמוד בתוקפו, אלא שמעכשיו הוא מזכה ומחייב רק את הרוכש, אך לא את המשכיר. מזכה כיצד? שמכאן ואילך, השוכר חייב להעביר אליו את דמי השכירות, ובסיום השכירות השוכר חייב להחזיר אליו את המושכר. מחייב כיצד? שמכאן ואילך, מוטלת על הרוכש החובה לתקן פגמים המתגלים במושכר, ומוטלת עליו גם חובת הימנעות מהפרעה. המשכיר, מצדו, יוצא מן התמונה.

יש להעיר, שמתן האפשרות למשכיר להעביר את זכויותיו אל הרוכש בלא הסכמת השוכר הוא הסדר העולה בקנה אחד עם הכלל[3], ולפיו "זכותו של נושה... ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב". לא כן ההסדר בדבר העברת חיוביו של המשכיר. בעניין העברת חיובים, הכלל הוא[4], ש"חבותו של חייב ניתנת להמחאה... בהסכם בין החייב לנמחה שבאה עליו הסכמת הנושה". בניגוד לכלל זה, נקבע כאן, שחיובי המשכיר המקורי עוברים אל הרוכש, אף בלא הסכמת השוכר. לפנינו אפוא חריג לכלל בדבר המחאת חבות. לרנר[5] מסביר, שחריג זה מוצדק: מחד גיסא, השארת המשכיר המקורי כחייבו של השוכר, אינה רצויה, שהרי כיצד

[1] ראה: א' סוכובולסקי, "על שכירות מקרקעין לאחר צאת חוק השכירות והשאילה, תשל"א־1971", משפטים ד (תשל"ג) 441, 453 (מכאן ואילך: סוכובולסקי).

[2] ראה: ע"א 208/51 הקר ואח' נ' ברש ואח', פ"ד ח 566, בעמ' 572, מול האות א. מקורו של הביטוי בניב משפטי גרמני. פסק דין זה מובא אצל נ' רקובר, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, ירושלים התשמ"ט, כרך שני, עמ' 751 (מכאן ואילך: רקובר).

וראה: י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, מגמות והישגים, ירושלים תש"ל, עמ' 62. ויסמן מעיר שם על תוצאה שאינה סבירה, העולה מסעיף 80 לחוק המקרקעין, בעניין עסקאות נוגדות. לפי אותו סעיף, שכירות מאוחרת עשויה, בנסיבות מיוחדות (ראה שם), לדחות שכירות מוקדמת, בעוד שהמכר אינו דוחה שכירות בשום מקרה. וראה גם: לרנר, סעיף 21.

[3] ראה: חוק המחאת חיובים, התשכ"ט־1969, סעיף 1.

[4] חוק המחאת חיובים, התשכ"ט־1969, סעיף 6.

[5] לרנר, סעיף 143. וראה דבריו בסעיף 152, שם הוא מציע, בעקבות שיטות משפט שעשו כך, שיישאר המשכיר המקורי בכל זאת ערב לקיום החיובים על ידי הרוכש. והשווה להלן, בסמוך. וראה גם: לרנר, המחאת חיובים, דיני חיובים — חלק כללי (העורך ד' פרידמן, 1994), עמ' 48, הערה 139. וכך הציע פרופ' א' ידין, בקובץ לדיני ממונות, המונח כיום לפני ועדת הקודיפיקציה שבראשותו של השופט א' ברק. ראה שם, סעיף 228(ב).

יוכל המשכיר המקורי לתקן נכס שכבר אינו שלו? מאידך גיסא, המחוקק סובר שאין זה רצוי להטיל הגבלות על המשכיר לעניין ביצוע עסקאות במושכר. אשר על כן, נקבע החריג, שניתן להעביר את חיובי המשכיר אל הרוכש גם בלא הסכמת השוכר. בחריג זה אין פגיעה ממשית בזכויות השוכר, לפי שבמקרה של חוסר שיתוף פעולה או הפרה, מצדו של הרוכש, עומדים לרשות השוכר סעדים יעילים: "גוף המושכר, הנמצא בחזקת השוכר, יכול לשמש לו ערובה למילוי חיובים אלה"[6]; במקרה של אי־תיקון המושכר, הוא זכאי להפחית את דמי השכירות או לתקנו בעצמו על חשבון הרוכש[7]; וככלל, הוא רשאי לקזז את זכותו כלפי הרוכש מדמי השכירות[8]. נמצא שמבחינתו של השוכר, אין משמעות רבה לשאלת הבעלות על המושכר, ועל כן אפשר להבין מדוע החוזה ממשיך לעמוד בתוקפו, אף כשהתחלפו הבעלים בלא הסכמתו.

יותר קשה להבין, מכוח מה נקשר הרוכש לחוזה, שהוא לא היה צד לו? אפשר לומר, שאם ידע הרוכש על קיומו של שוכר, ובכל זאת רכש את הנכס, הרי הסכים לאמץ את החוזה שהיה לקודמו עם השוכר (והוא הדין, אם לא ידע על השכירות, וכשנודע לו הדבר, לא ביטל את הרכישה). השופט זוסמן[9] מציע הסבר אחר, כשהוא מתייחס לסעיף המקביל במג'לה: "בתקופתנו אנו, שלמדה להכיר 'בוררות מטעם החוק' שאינה בוררות כיון שהיסוד הרצוני נעדר ממנה... ואף 'שכירות מטעם החוק' שאינה שכירות, אינני רואה קושי בגרסה זו המסבירה כיצד קשור קונה המושכר בקשר שנערך עם קודמו". במילים אחרות, על פי השקפת החוק, היחסים החוזיים בין השוכר והרוכש הם יצירי החוק, ואינם נובעים מהסכמת הצדדים. לרנר[10] מסכים עם גישתו של השופט זוסמן, שכן גם לדעתו, "סעיף 21 הוא דין מיוחד, שלא ניתן להסבירו על יסוד תאוריות חוזיות או קנייניות בלבד".

בדיוננו להלן, נבחן תחילה את אפשרות העברת המושכר במשפט העברי. נראה שאכן הרוב המכריע של הראשונים והפוסקים מכירים באפשרות זו, ואף כולם סוברים, ש"מכר אינו דוחה שכירות", כדברי השופט זילברג. לאחר מכן, נדון בתוצאות ההעברה. כאן נעמיד במרכז הדיון את שאלת היקף חובותיו וזכויותיו של הרוכש. דיון זה מטרתו גם ללמדנו, כיצד משפיעה ההעברה על יחסיהם המשפטיים של שאר הצדדים המעורבים בעסקה: האם המשכיר יוצא מן התמונה, ואין לו עוד כל חיוב כלפי השוכר? האם השוכר חייב לקבל את בעליו החדשים? עוד נדון בשאלת היקף החוזה העובר מן המשכיר אל הרוכש: האם כל ההתניות וההסכמים שהיו בין השוכר לבין המשכיר מחייבים מעתה את הרוכש ומזכים אותו? וכן בשאלה, כיצד משפיעות הפרות שהיו לפני מועד ההעברה על היחסים בין השוכר לבין הרוכש לאחר ההעברה?

[6] דברי ההסבר להצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, סעיף 20, ה"ח 901, עמ' 293. מקורה של קביעה זו בסעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, הקובע: "קיבל הנפגע עקב החוזה נכס של המפר שעליו להחזירו, תהא לנפגע זכות־עכבון באותו נכס כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המפר עקב ההפרה".

[7] סעיף 9 לחוק.

[8] סעיף 25 לחוק. וראה גם: לרנר, סעיף 152.

[9] ע"א 375/54 אלון נ' מלניק, פ"ד י 486, 493. השופט זוסמן מציין שזוהי ההשקפה הגרמנית, ואינו רואה סיבה שלא לאמץ אותה.

[10] לרנר, סעיף 145.

א׳ סוכובולסקי[11] טוען ש״הוראות סעיף 21 של חוק השכירות הולכות בעקבות המשפט העברי״. דיוננו להלן יעמיד אותנו על מידת הדיוק שבדבריו.

פרק שני

הרשות להעביר — ״המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר״

האפשרות להעביר את הבעלות במושכר באמצע תקופת השכירות, אינה מובנת מאליה, לפחות לאלה הרואים בשכירות זכות קניינית, ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״[12]. בתקופת השכירות, המושכר הוא רכושו של השוכר, וכיצד יכול המשכיר למכור מה שאינו שלו? אולם כבר ראינו[13], שאין משמעותו של הכלל ״שכירות ליומיה — ממכר הוא״, שהשוכר רוכש את הבעלות בגוף המושכר במשך תקופת השכירות. גוף המושכר נותר בבעלותו של המשכיר, ורק זכות השימוש במושכר היא רכושו של השוכר[14]. אשר על כן, מבחינת ההיגיון המשפטי, אין מניעה שהמשכיר יעביר לאחר את זכותו בגוף המושכר. אין צריך לומר, שהעברה כזו לא תוכל לפגוע בזכות השימוש הקנויה לשוכר, שכן המשכיר אינו יכול להעביר יותר ממה שיש לו.

ואכן לאפשרות העברת המושכר באמצע תקופת השכירות, יש לכאורה מקור מפורש כבר בתלמוד. אם כי עיון נוסף באותו מקור מגלה, שלרוב הדעות, אין להביא ממנו ראיה.

וזה לשון התלמוד[15]: ״זבניה, או אורתיה, או יהביה במתנה, אמר ליה: ׳לא עדיפת מגברא דאתית מיניה׳ [=מכרו׳ (את הבית המושכר), או הורישו׳, או נתנו׳ במתנה, אומר לו (השוכר לרוכש): אינך עדיף מן האדם שמכוחו אתה בא]״. מכאן שההעברה תקפה, אם כי אינה דוחה את השכירות. אולם לאחר העיון, הראיה ממקור זה אינה חד־משמעית. רוב הראשונים[16] מפרשים, שדברי התלמוד אמורים בשכירות שאינה קצובה, שכירות שלא נקבע לה מועד סיום, וטענת השוכר היא, שמאחר שהמשכיר המקורי לא היה רשאי להוציאו מן המושכר בלא הודעה מוקדמת, הוא אינו יכול להעביר יותר מאשר יש לו, ולכן אף על פי שההעברה תקפה, הרוכש כפוף גם הוא לצורך בהודעה מוקדמת. מכאן אין להוכיח שמכירת המושכר אפשרית גם בשכירות קצובה, לפי שיש הבדל עקרוני בין שכירות שאינה קצובה לשכירות קצובה: שכירות שאינה קצובה, אפשר בעיקרון לסיימה בכל עת (אלא שתיקנו חכמים שלא לעשות זאת בלא הודעה מוקדמת), ויש המסיקים[17] מכך, שבסוג זה של שכירות לשוכר אין זכות קניינית במושכר, ואולי זו היא הסיבה שאין מניעה למכירתו. לעומת זאת, אין אפשרות משפטית לסיים

[11] לעיל, הערה 1, בעמ׳ 454.
[12] בבא מציעא נו ע״ב.
[13] בדיוננו על סעיף 1, ועוד.
[14] ראה בהרחבה, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 11 ואילך.
[15] בבא מציעא קא ע״ב.
[16] ראה על כך, דיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 65, ובהערה 67.
[17] ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 142; וכן דיוננו על סעיף 22, הערה 71, אות ב.

שכירות קצובה לפני המועד הקצוב[18]. כלומר, לשוכר יש זכות קניינית במושכר, ואולי בכגון זה אין אפשרות למכור את המושכר[19].

אף שאין כאן מקור חד־משמעי לאפשרות העברת המושכר, מן השולחן ערוך[20] עולה שאפשרות זו אינה מוטלת בספק: "המשכיר לחבירו בית... לזמן קצוב... וצריך למכרו לאחר, אינו יכול להוציאו, והמקח קיים, ולוקח צריך להניחו ביד השוכר, עד שישלים זמנו". כאמור, השולחן ערוך אינו רואה כל מניעה לעסקה[21] (הוא רק מציין, שהיא אינה צריכה לפגוע בשום פנים בזכויותיו של השוכר), וכך עולה ממקורות רבים נוספים[22] (אמנם יש מקורות שמהם

[18] כך דחה הוכחה זו גם בעל שו"ת די השב (בונאן), חו"מ, סימן כ, ד"ה איברא.

[19] נציין, שלפי שיטת ה"מרדכי", המפרש שהסוגיה עוסקת גם בשכירות קצובה, יש מכאן הוכחה טובה. לשיטת ה"מרדכי", ראה בדיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 69.

[20] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שיב, סעיף א. וראה: ביאור הגר"א, שם, ס"ק ד, שציין שהמקור לפסק השולחן ערוך הם דברי הרא"ש בפסקיו, בבא מציעא, פרק ח, סימן כה (שהוא עצמו הסתמך על סוגיית הירושלמי, בבא מציעא, פרק ט, הלכה ט (לא ע"א בדפוס וילנא). וראה דיוננו על סעיף 19, הערה 79): "אם נפל ביתו של משכיר, או כלליה לבריה [=השיא את בנו], נראה שאין יכול להוציאו, דשכירות לזמן קצוב כמכר דמי. אבל אם אין לו מה יאכל, יכול למוכרו אפילו בתוך הזמן... ומיהו אמר ליה מוכר ללוקח, 'שבקיה לשוכר [=הנח לשוכר] שידור בו עד שישלם זמנו, ומכאן ואילך יתן לך השכר'". כך היא גרסת דברי הרא"ש גם בבית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק א, וכך גם ברבנו ירוחם (מתלמידי הרא"ש), ספר מישרים, נתיב יב, חלק א. וראה להלן, הערה 21, שיש המציעים גרסה אחרת בדברי הרא"ש.
וראה הסברו של הב"ח, על טור, חו"מ, סימן שיב, ס"ק א, העולה בקנה אחד עם הניתוח התיאורטי שהצענו למעלה: "לא תימא, כיון דמכרו תוך הזמן, הוי ליה כאילו מוכר דבר שאינו ברשותו וכדבר שלא בא לעולם, ואין המקח חל. לכך אמר, דלא דמי, דהכא גוף הבית שלו, אלא דהשוכר משתמש בו עד זמן קצוב, והוי ליה ככותב נכסיו לבנו לאחר מיתה, גוף מהיום ופירי לאחר מיתה, דאם מכר הבן, אין ללוקח בהם כלום עד שימות האב, והמקח קיים, כדלעיל, סימן רנז, כל שכן כאן דהמקח קיים". גם ר' שבתי יונה, שו"ת שי למורא, סימן ז, מסביר את הלכת הרא"ש כפי שהצענו למעלה: "שאף על פי ש'שכירות ליומיה — ממכר הוא', מכל מקום גוף הבית ברשות משכיר, והשוכר לא קנה אלא פירות הבית, והמשכיר ימכור ללוקח גוף הבית". והשווה: פלפולא חריפתא, על הרא"ש, שם, אות ד. וראה גם: שו"ת דברי ריבות (אדרבי), סימן צד; שו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן יח.

[21] יש לציין, שבשו"ת שי למורא, סימן ז, ביקש ר' שבתי יונה לדייק מלשונו של הרא"ש (לעיל, הערה 20) — "אבל אם אין לו מה יאכל, יכול למוכרו אפילו בתוך הזמן" — שלכתחילה המשכיר צריך להימנע מהעברת המושכר, ורק אם נקלע למצוקה כלכלית, הוא רשאי למכרו. ר' שבתי יונה מסביר ש"לכתחילה אין למוכרו, כיון שהוא מושכר ביד אחרים, דיש לו לשוכר תרעומת משום שינוי דעתו של לוקח". אם כי, הוא מודה, שהסבר זה בדברי הרא"ש הוא "דוחק, וצריך עיון ליישב לשונו". ואמנם פוסקים אחרים מציעים גרסה אחרת בדברי הרא"ש: "דשכירות לזמן קצוב, כמכר דמי, אפילו אם אין לו [למשכיר] מה יאכל. אבל יכול למכרו" (במקום "אם" גורסים "אפילו", והמילה "אבל" מועברת אחרי המילה "יאכל"). על פי גרסה זו, מכירת המושכר אינה מותנית במצוקה כלכלית של המשכיר, ומכאן שמכירת המושכר אפשרית גם לכתחילה. גרסה זו הציעו: הב"ח והגר"א בהגהותיהם על הרא"ש, שם (וראה גם: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ג. והשווה: פרישה, חו"מ סימן שיב, ס"ק ב). והשווה: פלפולא חריפתא, על הרא"ש, שם, אות ד, המתקשה גם הוא בהבנת דברי הרא"ש, וטוען שיש טעות סופר בדבריו: "הקרוב אלי, שחסר מן הספר". עוד על דברי הרא"ש אלה, השווה: שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף ריד (קמג); שו"ת די השב (בונאן), חו"מ, סימן כ, ד"ה והנה; שו"ת פרח מטה אהרן (פרחיא), חלק ראשון, סימנים א־ב; משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קסח, ד"ה וראיתי להרא"ש, ואילך.
וראה: מקור חיים, סימן תמח, ס"ק ט, ד"ה ולפמ"ש (בסופו), שהביא שאופן הקניין בתוך זמן השכירות אינו יכול להיות מעשה קניין בגוף המושכר, כגון חזקה או משיכה, אלא רק מעשה קניין שאינו כרוך בפעולה בגוף המושכר, כגון שטר או קניין כסף.

לשאלה אם יש לשוכר זכות קדימה לרכוש את המושכר, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך "בר מצרא". וראה גם: פד"ר, כרך ד, עמ' 239; מובא אצל נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 106.

[22] להלן נסקור את המקורות הללו:

1. התוספתא, בבא מציעא ט, לג, קובעת: "עמד בעל הבית והשכירה לאחר, רשאי השוכר שיאמר לו, 'אין לי חשבון עם כל אדם, אלא עמך'. עמד בעל הבית ומכרה, מחשבין עם בעל הבית". על פי הרישא של התוספתא, המשכיר אינו יכול להשכיר דבר שכבר מושכר ביד אחר. אך על פי הסיפא, אין מניעה שימכור דבר שכבר השכיר. מסביר בעל "חזון יחזקאל" (במהדורתו של בעל "חזון יחזקאל", הלכה זו היא הלכה יב): "והמכירה היא חלה מעכשיו, שהרי עיקר השדה היא של המשכיר גם עכשיו בשעת השכירות, ושלו הוא מוכר". לתוספתא זו, השווה להלן, הערות 23, 36, 43, וליד ציון הערה 60.

2. בתלמוד הירושלמי, פסחים, פרק ד, הלכה ט (ל ע"א בדפוס וילנא), נאמר: "תני: 'המשכיר בית לחברו ועמד והקדישו, הרי זה דר בתוכו, ומעלה שכר להקדש' [ברייתא זו נמצאת בנוסח שונה בתוספתא, בבא מציעא ח, ל. והשווה להלן, הערה 54]. אמתי? בזמן שלא הקדים לו שכרו. אבל בזמן שהקדים לו שכרו, הרי זה דר בתוכו חינם". גם מכאן עולה, שהעברת המושכר לאחר (להקדש) באמצע תקופת השכירות היא דבר אפשרי. עוד למדנו מכאן, שאין בהעברה זו כדי להפקיע את זכותו של השוכר. להלן, הערה 54, נראה שלגבי הקדש, העניין שנוי במחלוקת, ויש הסוברים שההקדש מפקיע את השכירות.

3. הרמב"ן (בחידושיו המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, קונטרוס אחרון, מובא גם בשיטה מקובצת, כתובות נט ע"ב, ד"ה הא לא דמיא) קובע במפורש: "משכיר בית זה [כלומר, בית מסוים], מוכר ביתו, והשוכר דר בו עד זמנו" (לדינו של משכיר בית בלתי מסוים, ראה להלן, הערה 54). גם מכאן למדנו שהמכירה אפשרית, ושמכר אינו דוחה שכירות. וכך עולה גם מדבריו בחידושיו, בבא מציעא מג ע"א, ד"ה הא דאמרינן, שם הוא אומר, שהמשאיל יכול למכור את המושאל באמצע תקופת השאילה (כפי שנראה בדיוננו על פרק השאילה, בעניין זה, אין הבדל בין שכירות ושאילה). וכן כתב גם הריטב"א בחידושיו, בבא מציעא שם, ד"ה איתבר. יש לציין, שדבריהם של הרמב"ן והריטב"א שם אמורים בחבית שאולה, ומכאן נוכל להסיק, שאין להבחין בעניין זה בין מקרקעין למיטלטלין. והשווה: ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג (בסופו), וכן סימן לד, שטען שיש להבחין בין מקרקעין למיטלטלין, וטען שמיטלטלין אינם נחשבים ברשותו של המשכיר או המשאיל, ועל כן אינו יכול למכור אותם באמצע תקופת השכירות או השאילה. וראה: קצות החושן, סימן ריא, ס"ק ב, שדחה את דבריו, והביא ראיות מדברי הראשונים, שגם מיטלטלין מושכרים או מושאלים נחשבים עדיין כנמצאים ברשותו של הבעלים, אך לא הביא ראיה לדבריו מפירוש הרמב"ן והריטב"א הנ"ל. וראה: חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ו, סעיף טז, ובאורים, שם, ס"ק מו.

4. פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ה, סימן י, קובע: "נראה לי דבהקדש שחל על גוף הקרקע, אף על פי שמשכנו, או השכירו, יכול לאסור חלק שיש לו בו. אבל איסור הנאה, שאין חל על גוף הקרקע, אלא אוסר הנאתו על הדר בו, כל זמן שהוא שכור ביד אחרים אין ההנאה שלו, ד'שכירות ליומיה — ממכר הוא', והרי מכר הנאתו". והשווה: רבנו ירוחם (מתלמידי הרא"ש), ספר מישרים, נתיב יב, חלק א, שחוזר על הדברים, אלא שמוסיף: "המשכיר בית לחבירו, יכול להקדישה, ומעלה שכר להקדש". תוספת זו תמוהה, משום שלשיטת הרא"ש, מאחר שחלקו של המשכיר מוקדש, אסור לשוכר להמשיך ולגור במושכר. וצריך עיון. בעניין הקדשת המושכר, ראה עוד להלן, הערה 54.

5. אפשרות המכירה עולה לכאורה גם מתוך שו"ת הריב"ש, סימן רנז. הריב"ש דן באותה תשובה בהיקף הזכויות העוברות אל הרוכש (ועוד נדבר על כך להלן, ליד ציון הערה 64). אולם הוא אינו מטיל ספק בתוקף ההעברה עצמה. אמנם יש לדון בראיה זו, שכן באותו מקרה, אפשרות מכירת המושכר הוזכרה בחוזה במפורש ("או הבא מכוחי"). חוזה השכירות באותו מקרה היה מורכב משתי תקופות (ראה לשון השאלה, להלן, ליד ציון הערה 64): תקופה ראשונה של חמש שנים; אופציה להארכת השכירות לתקופה נוספת של חמש שנים, שבה המשכיר שומר לעצמו את הזכות לבטל את השכירות בטענת צורך עצמי (השאלה שעמדה בפני הריב"ש הייתה, האם זכות זו עוברת גם היא עם שאר זכויות המשכיר אל הרוכש). אמנם האפשרות של העברת המושכר לאחר לא הוזכרה בחוזה אלא בהקשר לתקופה השנייה, אולם נראה שהיא מתייחסת גם לתקופה הראשונה, שבה הייתה המכירה באותו מקרה. והשווה: שו"ת הריב"ש, סימן שנה. פרופ' ב'

עולה לכאורה, שאין כוח ביד המשכיר לעשות כל עסקה במושכר במהלך השכירות, אולם עיון באותם מקורות מגלה שאין הדבר כן[23].

ליפשיץ העיר לי, שהאזכור "הבא מכוחי" הוא מתוך ההנחה הפשוטה, שהמשכיר יכול להעביר זכויותיו לאחר, ואין הוא עצמו מקור הזכות. כלומר, אין ממש בהסתייגות מן הראיה מתשובה זו של הריב"ש.

6. גם בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שמו, פוסק כדבר הברור מאליו, שאפשר להעביר את המושכר במהלך תקופת השכירות, ולא זו בלבד, אלא שאפשר גם להשכיר את המושכר באמצע תקופת השכירות לתקופה שתתחיל לאחר סיום תקופת השכירות הנוכחית. אמנם ראה להלן, מקור מס' 7, ובדיוננו על סעיף 1, הערה 63, ששאלה זו שנויה במחלוקת בין הפוסקים. תשובה זו של המבי"ט מובאת בש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ג.

7. וראה גם: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן ש. המשיב אינו מטיל ספק בתוקפה של מכירת המושכר. הדיון שלו מתמקד אך ורק בשאלת זכותו של הרוכש לסלק את השוכר מן המושכר. והשווה: משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קסח, ד"ה וראיתי להרא"ש, שטוען, שדעת מהרשד"ם היא שהמשכיר אינו יכול למכור את המושכר באמצע תקופת השכירות. את הדברים הוא מבסס על תשובת מהרשד"ם, שם, סימן רפח. אולם המעיין באותה תשובה יראה ששם מדובר בהשכרת המושכר באמצע תקופת השכירות, ולא במכירתו. לדעת מהרשד"ם (בניגוד לדעת המבי"ט, שהוזכרה לעיל, מקור מס' 6), ההשכרה אינה תקפה, אף על פי שתקופת השכירות אינה אמורה להתחיל אלא משתסיים השכירות הראשונה. ראה על כך, בדיוננו על סעיף 1, הערה 63.

8. ש"ך, חו"מ, סימן ריא, ס"ק ה, מסכם: "במכירה [של מושכר], כולי עלמא מודו דיכול למכור". הש"ך מסתייג בדבריו שם מההוכחה שהביאו התוספות לאפשרות העברת המושכר באמצע תקופת השכירות. את ההוכחה הזו מביאים התוספות בשלושה מקומות: בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה השתא; ערכין כא ע"א, ד"ה הכי קאמר; כתובות נט ע"ב, ד"ה שדה זו (לתוספות זה, ראה להלן, הערה 53). אולם הסתייגותו של הש"ך אינה אלא לעניין אפשרות הקדשת המושכר (שלדעתו יש ששוללים אותה, ראה להלן, הערה 54); ואילו לעניין מכירת המושכר, הוא קובע כאמור: "כולי עלמא מודו, דיכול למכור".

23 להלן סקירת המקורות הללו ודחייתם:

1. המקור הראשון הוא תוספתא, בבא מציעא ט, לג. התוספתא עוסקת בבית מושכר, וקובעת: "עמד בעל הבית והקדישה, אינה מקודשת [צ"ל: מוקדשת; וכך הוא במהדורת ליברמן] עד שתחזור לרשותו". מכאן עולה לכאורה, שהמשכיר אינו יכול להעביר את המושכר במהלך תקופת השכירות. אמנם יש שהבינו כך את משמעות התוספתא, אלא שצמצמו את הדברים, וקבעו שאין הם אמורים אלא בשוכר שהקדים ושילם את דמי השכירות מראש. ראה: תוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי קאמר (לפירוש הדברים ולמשמעותם המשפטית, ראה להלן, הערה 54). אולם הש"ך, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק מה, יוצא בתקיפות נגד גישה זו. לדעתו, כוונת התוספתא היא, שביחס לשוכר אין ההקדש חל (ועל כן מותר לו להמשיך לגור בבית), אבל ביחס למשכיר, אין ספק שהוא חל (ועל כן הוא חייב להעביר את דמי השכירות להקדש). כגישת הש"ך, ראה: נתיבות המשפט, סימן ריא, ס"ק ה (על יסוד דבריו של הש"ך, הוא מסביר, שיש להבחין בין מכירה ובין הקדש. העברת הבעלות במושכר על ידי מכירה אינה בעייתית כמו הקדש, מאחר שאין בה כדי לפגוע בזכויותיו של השוכר. אשר על כן, אין מניעה להכיר בתוקפה גם ביחס לשוכר); חזון יחזקאל, על התוספתא, שם: "כלפי השוכר, אין הקדשו הקדש". לסוגיית הקדשת המושכר, ראה עוד להלן, הערה 54. והשווה: א' קרלין, "פרק בהלכות שכירות", סיני ו (ת"ש) תפה, הערה 4. ראוי לציין, שלדעת ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג, לדעת ראשונים רבים, הבבלי חולק על התוספתא, שהובאה בראשית הדברים. ראה על כך, להלן, הערה 54.

2. מקור אחר, השולל לכאורה מן המשכיר לעשות עסקה במושכר הוא סוגיה במסכת כתובות נט ע"ב. סוגיה זו אינה עוסקת בעסקה במושכר במהלך השכירות, כי אם בעסקה במשכון במהלך תקופת ההלוואה, אולם יש מקום להקיש בין השניים (ראה תוספות, שם, ד"ה שדה). התלמוד מביא הלכה, ולפיה לווה האומר: "שדה זו שמשכנתי לך, לכשאפדנה ממך, תיקדש" — ההקדש תקף. התוספות מעירים על כך: "משמע דבעודה ממושכנת אינו יכול להקדיש, דאין כח להקדש לבטל כח המלוה, שהיא ממושכנת בידו". אולם גם מכאן אין להסיק שלמשכיר אין זכות למכור את המושכר. ראשית, גם כאן אפשר לומר, שיש להבחין בין מכירה והקדש. שנית, התוספות (שם) מסבירים, שאת חלקו במשכון, יכול הלווה להקדיש מיד, וכאן מדובר

אין צריך לומר, שאם לא ידע הרוכש שהממכר מושכר ביד אחר, יש לו טענת מקח טעות, והוא זכאי לחזור בו מן העסקה[24].

פרק שלישי

תוצאות ההעברה – "יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר"

א. כללי

על פי החוק, רוכש הזכויות בא במקומו של המשכיר. המשכיר יוצא אפוא מן התמונה, ונוצרת זיקה ישירה בין הרוכש לבין השוכר, אף שלא היה ביניהם כל הסכם. במבוא לסעיף זה ראינו, שלפי השופט זוסמן, חוזה זה, הקושר בין השוכר לרוכש, אינו מתחייב מן ההיגיון המשפטי, אלא הוא חוזה סטטוטורי, שנקבע על ידי המחוקק משיקולי מדיניות.

במשפט העברי לא תוקנה תקנה דומה, הקושרת בין השוכר לרוכש בעל כורחם, ומכאן שרוכש הזכויות אינו בא, לפחות לא באופן אוטומטי, במקומו של המשכיר. עם זאת, נחלקו דעות הפוסקים באשר לתוצאות המשפטיות של העברת הבעלות על המושכר:

תפישה אחת היא[25], שבמשולש משכיר – שוכר – רוכש, קיימות זו בצד זו שתי מערכות יחסים עצמאיות: הראשונה, מערכת היחסים שבין המשכיר לשוכר, שהייתה קיימת לפני העברת המושכר, הממשיכה לאחריה בלי להיות מושפעת ממנה כלל, אף שהמשכיר כבר אינו הבעלים של המושכר; השנייה, מערכת היחסים שבין המשכיר לרוכש. לפי גישה זו, לא נוצר קשר משפטי ישיר בין הרוכש לשוכר, אלא כל אחד מהם מתדיין עם המשכיר. כך מפרש בעל "חזון יחזקאל"[26] את דברי התוספתא: "'עמד בעל הבית ומכרה [את הבית המושכר] – מחשבין עם בעל הבית'. בין השוכר ובין הלוקח, מחשבין עם בעל הבית, המוכר".

תפישה אחרת היא, שמוסכם מכללא בין המשכיר לשוכר, שאם יחליט המשכיר להעביר את הבעלות במושכר, תעמוד בפני השוכר אחת משתי האפשרויות: יסכים ליצירת יחסים משפטיים ישירים בינו לבין הרוכש (כמובן באותם תנאים שהיו בינו לבין המשכיר), ואז הרוכש חייב לקבלו כשוכר, ולא יהיה רשאי לסלקו מן המושכר; יסרב, ואז תפקע השכירות, ויוכל הרוכש לסלקו מן המושכר. כך עולה מדברי שו"ת שי למורא[27]: "דכיון דהמוכר היה יכול

היה בלווה המבקש להקדיש את הכול, כולל חלקו של המלווה במשכון, לכן היה חייב לומר "לכשאפדנה". כתירוץ הזה מובא בשם ר"י בתוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי קאמר: "והא דאמר לכשאפדנה, דמשמע: אבל השתא אינו יכול להקדיש, היינו כשהוא רוצה להקדיש הכל"; וכן בתוספות, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה השתא. והשווה: רבנו ירוחם, לעיל, הערה 22, מקור מס' 4, שאימץ תירוץ זה. לפירוש אחר, ולפיו יש להבחין בין שכירות למשכון, ראה: תוספות, ערכין שם, בשם "יש מחלקים". וראה ביתר הרחבה, להלן, הערה 54.

[24] ראה שו"ת שי למורא, סימן ד. השווה לרנר, סעיף 143.

[25] לפי מה שנראה ביתר הרחבה להלן, זו נראית גישתם של: ש"ך, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק מה; מהרי"ל דיסקין, קונטרס אחרון, סימן ה, אות רנ; חזון יחזקאל, בבא מציעא, פרק ט, הלכה יב, ד"ה מחשבין עם בעל הבית.

[26] חזון יחזקאל, שם. לפירוש זה הסכים מהרי"ל דיסקין, שם. וראה להלן, הערה 36.

[27] שו"ת שי למורא, סימן ז, ד"ה עוד למדנו.

למכור, אף על פי שהשכירה לו, על מנת כן נכנס [השוכר] בבית, שיוכל [המשכיר] למכור אותה. וכיון שכן, יאמר הלוקח: 'אני הוא בעל הבית: או תפרע לי, או צא מן הבית'. ולזה הדעת נוטה". לפי גישה זו, העברת המושכר אינה יוצרת שתי מערכות יחסים מקבילות. עם זאת, נראה להלן שיש לסייג את הדברים, ואין להחילם במקרים שסביר להניח בהם שלא היה הסכם מכללא.

לאחר שהצענו את שתי התפישות, נבחן את פרטי זכויותיו וחובותיו של הרוכש על פי המשפט העברי.

ב. זכויות הרוכש

(1) המשך קיום השכירות

מאחר שעל פי הסעיף, הרוכש בא במקומו של המשכיר, הרי שהמשך קיום השכירות הוא אחת מזכויותיו של הרוכש. השוכר חייב לקבל את בעליו החדשים, ולמלא כלפיו את החובות שהיו מוטלות עליו לפני ההעברה כלפי המשכיר המקורי: עליו להמשיך להחזיק במושכר ולשמור אותו; וכמובן עליו גם להמשיך לשלם את דמי השכירות. העברת המושכר לאחר, אינה מקנה לשוכר עילה לביטול השכירות. לאור התפישות שהצגנו לעיל, עולה שבמשפט העברי, שאלת המשך השכירות שנויה במחלוקת:

לפי התפישה שהעברת המושכר אינה משפיעה על השוכר כלל (הוא ממשיך להיות חייב כלפי המשכיר, הן לעניין תשלום דמי שכירות הן לעניין חיובי שמירה), הרי שלשוכר אין עילה לביטול השכירות. נמצא שאף שהרוכש אינו בא במקומו של המשכיר, בניגוד למה שנקבע בסעיף, הרי שלמעשה ייהנה הרוכש באותה מידה מהמשך קיום השכירות, שהרי, כפי שנראה בהרחבה להלן, הוא יתבע מן המשכיר־המוכר את הזכויות הנובעות מן השכירות (דמי שכירות ותשלום חיובי שמירה).

לפי התפישה שההעברה מחייבת את השוכר להחליט אם הוא מוכן לקבל על עצמו קשר משפטי ישיר עם הבעלים החדשים של המושכר, המשך השכירות אינו מובטח. השוכר זכאי לסרב לקשירת קשר ישיר בינו לבין הרוכש, ואם יעשה כן, תבוא השכירות לסיומה. במילים אחרות, על פי תפישה זו, אמנם הרוכש בא במקומו של המשכיר, אולם אם השוכר מסרב לקבלו, אין לרוכש תרופה אחרת זולת ביטול השכירות.

(2) דמי השכירות

זכותו העיקרית של המשכיר במסגרת עסקת השכירות היא הזכות לקבל דמי שכירות. החוק קובע, שעם העברת הבעלות במושכר, עוברת אל הרוכש, בין השאר, גם הזכות לקבלת דמי השכירות מאת השוכר. הסעיף מסייג זכות זו של הרוכש כלפי השוכר, וקובע שחיובו של השוכר כלפי הרוכש אינו מתחיל אלא משעה שנודע לו על ההעברה. במילים אחרות, השוכר לא יידרש לשלם דמי שכירות נוספים בעד תקופה שכבר שילם עבורה למשכיר המקורי, ובלבד שבשעת התשלום עדיין לא ידע על ההעברה[28]. במקרה זה, לרוכש אין זכות תביעה כלפי השוכר, ולא נותר לו אלא לתבוע את זכויותיו מן המעביר.

[28] על פי דברי ההסבר לסעיף, הוראה זו באה להקל עם השוכר: "בעוד שסעיף 2(א) לחוק [המחאת חיובים, התשכ"ט־1969]... קובע, שבהעברת זכות אין החייב מופטר מחיובו, אם פרע את הזכות לממחה שלא בתום לב, הרי כאן מחייבים את השוכר בתשלום נוסף רק אם ידע ממש על ההעברה". לרנר, סעיף 149, מטיל

דיוננו להלן יחולק לשלושה חלקים: ראשית, נדון בדמי השכירות שטרם שולמו למשכיר, ונבדוק אם גם לפי המשפט העברי, השוכר חייב לשלם דמי השכירות ישירות לרוכש, או שמא הוא רשאי להמשיך לשלם אותם למשכיר המקורי? שנית, בהנחה שהשוכר חייב לשלם לרוכש ישירות, נבחן את דינם של דמי שכירות ששולמו למשכיר המקורי לפני שנודע לשוכר על ההעברה, ונשאל, האם יש לרוכש זכות תביעה כנגד השוכר? שלישית, נדון בבעיה מיוחדת, שנתלבטו בה הפוסקים, בקשר לזכויות הצדדים, כשדמי השכירות שולמו מראש. כאן תעלה השאלה, האם יש לרוכש זכות תביעה כלפי המשכיר?

(א) דמי שכירות שטרם שולמו למשכיר

מקורות רבים[29] מצביעים על כך, שעם העברת הבעלות במושכר אל הרוכש, עוברת אליו גם הזכות לקבל את דמי השכירות. ההנחה היא, שאם לא צוין אחרת, המשכיר לא שייר לעצמו שום זכות במושכר (אף לא הזכות לקבלת דמי שכירות).

השאלה היא, האם יש לרוכש עילת תביעה כלפי השוכר, אף שאין ביניהם כל הסכם? או שמא אין לו עילת תביעה אלא כלפי המשכיר, שממנו רכש את המושכר? כפי שכבר הקדמנו לעיל, שאלה זו שנויה במחלוקת.

יש שקבעו, שהשוכר חייב לשלם את דמי השכירות ישירות לרוכש. כך נראה מתוך דברי הרא"ש[30]: "יכול למוכרו אפילו בתוך הזמן... ומיהו אמר ליה מוכר ללוקח: 'שבקיה לשוכר שידור בו עד שישלם זמנו, ומכאן ואילך יתן לך השכר'"[31]. הסמ"ע[32] פוסק במפורש: "מכל

ספק אם מגמה זו של הקלה על שוכר, שהמשיך לשלם את דמי השכירות למשכיר המקורי תוך "עצימת עיניים" ואי־בירור העובדות לאשורן, היא מגמה רצויה. הוא גם מטיל ספק, אם יש משמעות להבדל הזה בפועל, שכן שוכר שממשיך לשלם למשכיר המקורי, תוך התעלמות משמועות בדבר העברת הבעלות, אינו נוהג בתום לב (והרי, על פי סעיף 4 לחוק השכירות, קיימת חובה כללית לקיים את חוזה השכירות בתום לב). על כן, לדעתו, "דין אחד לשוכר ולחייב אחר, והם פטורים כלפי הנעבר, רק אם קיימו בתום לב את החיובים לטובת מעביר הזכות". והשווה: לרנר, המחאת חיובים, דיני חיובים — חלק כללי (העורך ד' פרידמן, 1994), עמ' 62־64.

[29] רבנו ירוחם, מישרים, נתיב יב, חלק א: "והשכירות של לוקח מכאן ואילך"; שו"ת הריב"ש, סימן שנה (לעניין הקדש): "וכיון שהקדיש [המשכיר] גוף הבית, גם זכות השכירות בכלל"; כך עולה גם משו"ת שי למורא, סימן ד (תשובה זו אינה מר' שבתי יונה, אלא מר' אהרון בן ר' שלמה חסון); חזון יחזקאל, על התוספתא, בבא מציעא, פרק ט, הלכה יב, ד"ה מחשבין עם בעל הבית. כך עולה עוד ממקורות נוספים, ראה להלן. בדבר היסוד המשפטי לזכותו של הרוכש בדמי השכירות, נחלקו הדעות, כפי שנראה להלן.
יש לציין, שלפי ר' שבתי יונה (שו"ת שי למורא, סימן ג, ובאריכות בסימן ה), מאחר שזכות השימוש במושכר במשך תקופת השכירות היא רכושו של השוכר, יש מקום לומר, שזכות זו לא הייתה חלק מהמכירה (שכן המשכיר אינו יכול למכור את מה שאינו שלו). לפי גישה זו, דמי השכירות אינם מגיעים לרוכש. לדעתו, שאלה זו שנויה במחלוקת בין הראשונים. ראה דבריו בסיום סימן ה, ד"ה ואומר.

[30] פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סימן כה (הובא לעיל, הערה 20). וכך פסק, מתוך ניתוח דברי הרא"ש, ר' אהרון בן שלמה חסון, מובא בשו"ת שי למורא, סימן ד. והשווה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ג, שמפירושו בדברי הרא"ש, אין להוכיח דבר לענייננו.

[31] כך נראה שסובר גם הראנ"ח, שו"ת מים עמוקים, סימן עו: "אין הלוקח מפסיד כלום, דהשוכר פורע לו השכירות מכאן ואילך". וכך עולה כבר מדברי הירושלמי, שהובאו לעיל, הערה 22, מקור מס' 2: "המשכיר בית לחברו, ועמד והקדישו, הרי זה דר בתוכו, ומעלה שכר להקדש". והשווה: אור זרוע, בבא מציעא, פרק א, סימן יט, המסביר שאין כוונת התלמוד הירושלמי לומר שהשוכר ממשיך לגור בבית ולשלם דמי שכירות להקדש: "והא דקתני, 'הרי זה דר בתוכו, ומעלה שכר להקדש', אינו רוצה לומר דדר בו ממש, דהא

מקום צריך השוכר ליתן להלוקח השכירות, ולא להמשכיר". נשאלת השאלה, מהו היסוד המשפטי לזכות תביעה ישירה זו של הרוכש כלפי השוכר? הלא אין ביניהם כל יריבות[33]. לאור דברי בעל שו"ת שי למורא, שהובאו לעיל[34], נראה שאפשר להציע פתרון. זכותו של הרוכש כלפי השוכר מותנית בכך שהשוכר מעוניין ומסכים להמשיך אתו את השכירות. אם יסרב, לא תהיה לרוכש עילה לכפות עליו את המשך השכירות, וכל שיוכל לעשות הוא לסלק את השוכר מן המושכר. במילים אחרות, אם יש לרוכש זכות תביעה ישירה כלפי השוכר, הרי זה משום שנקשר ביניהם חוזה חדש (באותם התנאים שהיו בין השוכר למשכיר).

אחרים[35] סבורים, שהשוכר רשאי להתעלם מן הרוכש ולהמשיך לשלם דמי שכירות למשכיר המקורי[36]. כפי שראינו לעיל, נוקטי גישה זו סוברים, שהעברת המושכר אינה משפיעה על

במעילה קאי, אלא הכי קאמר, אם היה דר בו, היה ראוי להעלות שכר להקדש, הלכך לא ידור". מכל מקום גם מדבריו עולה, שלולא בעיית המעילה בהקדש (הנאה מרכוש ההקדש אסורה, ונקראת "מעילה"), היה השוכר צריך לשלם דמי שכירות להקדש, ולא למשכיר. יש לציין, שעל פי פירושו של הש"ך, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק מה (המסתמך על שו"ת הריב"ש, סימן שנה), אין להביא ראיה מן הירושלמי, שכן מדבריו עולה, שחיוב התשלום אינו ישיר: להקדש אין זכות תביעה כלפי השוכר, והלה רק מעביר להקדש את דמי השכירות שהמשכיר חייב בהם. לדעת הש"ך, כך יש לפרש את כוונת הירושלמי, שאם לא כן, השוכר לא היה רשאי לשבת במושכר, לבל יעבור על איסור מעילה (הנאה מרכוש הקדש). לעניין הקדשת המושכר, ראה עוד להלן, הערה 54.

32 סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ב. והשווה: ביאור הגר"א, סימן שיב, ס"ק ז, משם עולה, שדווקא כששולמו דמי השכירות מראש, הרוכש תובע את המשכיר. מכאן ניתן אולי להסיק, שאם לא שולמו דמי השכירות מראש, הרוכש יכול לתבוע ישירות את השוכר.

33 אין לומר שיסוד התביעה הוא בעובדה שהמחה לו המשכיר את חובו של השוכר. כדי להעביר חוב, אין די בהסכמה בין המשכיר לרוכש, שכן הלכה פסוקה היא שאין מעבירים חוב אלא "במעמד שלושתם". ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו, סעיף א וסעיף ח; סימן ריא, סעיף ז. ואפילו במעמד שלושתם, ספק אם המשכיר היה יכול להמחות את חובו של השוכר. ראה על כך, דיוננו על סעיף 14, הערה 18. העובדה שהרוכש הפך לבעל המושכר, אינה אף היא יסוד מספיק כדי לבסס זכות תביעה כלפי השוכר, שכן זכויות השימוש בנכס כבר נקנו לשוכר על ידי המשכיר. אמנם כלל ידוע הוא, "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף", והשימוש בפועל במושכר הוא המחייב את השוכר בתשלום, אולם השוכר חב חיוב זה למי שהקנה לו את זכויות השימוש, ולא לאדם זר.

34 שו"ת שי למורא, סימן ז, ד"ה עוד למדנו.

35 מהרי"ל דיסקין, קונטרס אחרון, סימן ה, אות רנ; חזון יחזקאל, בבא מציעא, פרק ט, הלכה יב, ד"ה מחשבין עם בעל הבית. כך עולה גם מגידולי שמואל, בבא מציעא עח ע"ב, ד"ה והנה הנתיבות.

36 הם טוענים שזו היא כוונת התוספתא, בבא מציעא ט, לג, כשהיא קובעת: "עמד בעל הבית ומכרה [את השדה המושכרת], מחשבין עם בעל הבית. וכדרך שהערים השני [ו]נהנה, כך משלם לראשון" (וראה להלן על חילופי הנוסח במקור זה). לדעתם, פירוש דברי התוספתא הוא, שאם העביר המשכיר את המושכר לאחר, השוכר רשאי לומר לרוכש: "לאו בעל דברים דידי [=שלי] את", אלא הרוכש "עושה חשבון עם המוכר" (לשון מהרי"ל דיסקין, שם). "השוכר אומר להלוקח אין לי [צ"ל: לך] עסק בו, ואני אשלם את השכירות להמוכר שהשכיר לי, שזכות תשמיש של הזמן השכור לי אינו יכול למכור" (לשון חזון יחזקאל, שם), והרוכש יתבע את זכותו מאת המשכיר המקורי. והשווה: חסדי דוד, בבא מציעא, סוף פרק ט, ד"ה המשכיר שדה.

נציין שפירוש זה בתוספתא אינו הפירוש הבלעדי. הרמב"ן (בחידושיו על מסכת כתובות, המיוחסים לרשב"א, קונטרס אחרון, דף נט ע"א, מובא בשיטה מקובצת, שם נט ע"ב, ד"ה הא), מפרש את התוספתא בצורה שונה לחלוטין. ראשית, הוא מעיר שמדובר כאן בשכירות שדה בקבלנות (כלומר באריסות שבה השוכר עובד בשדה, ומעביר חלק מהיבול כדמי שכירות, ושאר היבול נותר בידו). לאחר מכן הוא מוסיף: "והא דקתני בתוספתא במכירה כדרך שהאריס [שים לב להבדלי הגרסה] שני נהנה, כך משלם לראשון,

מערכת היחסים שבין השוכר והמשכיר כלל. בעל דברו של הרוכש הוא אפוא המשכיר, שבמסגרת מכירת המושכר, התחייב להעביר אליו את הכנסותיו מן השכירות.

(ב) דמי שכירות ששולמו למשכיר לפני שנודע לשוכר על ההעברה — "כל עוד לא נתן המשכיר לשוכר הודעה"

מה דין שוכר שהמשיך לשלם למשכיר המקורי, משום שטרם נודע לו על ההעברה? על פי החוק, לרוכש אין עילת תביעה נגד השוכר, ולא תהיה לו בררה אלא לתבוע את המשכיר־המוכר. מהי עמדת המשפט העברי בעניין זה?

לאותם פוסקים[37] הסוברים, שהשוכר רשאי בעיקרון לסרב לשלם לרוכש ולהמשיך לשלם למשכיר המקורי, אין צריך לומר שלרוכש בוודאי לא תהיה זכות תביעה כלפי השוכר.

ונראה לומר, שהוא הדין לאלה הסוברים שהרוכש זכאי לתבוע את תשלום דמי השכירות מאת השוכר ישירות. כפי שהסברנו לעיל[38], זכותו של הרוכש לבטל את השכירות, אם השוכר מסרב לשלם לו את דמי השכירות, מבוססת על ההנחה שהשוכר הסכים מכללא, שאם יסרב לקבל את בעליו החדשים, תפקע השכירות. אולם יש להניח שתנאי לזה הוא, שיידע השוכר על ההעברה, ולא יידרש לשלם פעמיים עבור אותה תקופת שכירות. נמצא שבענייננו, לא יוכל הרוכש לתבוע את השוכר, אלא יצטרך לפנות אל המשכיר־המוכר.

(ג) דמי שכירות ששולמו למשכיר מראש

שולמו דמי השכירות על ידי השוכר מראש, ברור שאין לרוכש זכות תביעה כלפיו, כי השוכר קנה את זכות השימוש כדין, ושילם עבורה, ואין כל יסוד משפטי שהרוכש יכול לבסס עליו תביעה כנגד השוכר. וכך נאמר במפורש בירושלמי[39]: "תני: המשכיר בית לחברו, ועמד והקדישו, הרי זה דר בתוכו, ומעלה שכר להקדש. אמתי? בזמן שלא הקדים לו שכרו, אבל בזמן שהקדים לו שכרו — הרי זה דר בתוכו חינם". וכך פסק גם הסמ"ע[40]: "אם כבר הקדים השוכר השכר למשכיר... אין נותן שכירות להלוקח כלל". במקרה כזה ברור אפוא לכולי עלמא, שאין לרוכש כל בררה אלא לתבוע את המשכיר[41].

האם יזכה הרוכש בתביעתו? מדברי הגאון מווילנא[42], עולה שכן. לדעתו, זהו הפירוש

דלמא [צ"ל: אלמא] מכורה היא מעכשיו לגמרי, ולוקח מוריד בה אריס, משום דכיון דמשלם ליה בעל הבית לאריס, מהו מפסיד?". מכאן שאין מדובר כאן בשהשוכר הראשון נשאר במושכר, אלא שהוא סולק מן המושכר על ידי הרוכש, שהוריד במקומו אריס אחר ("אריס שני"). בכגון זה נקבע, שהמשכיר המקורי חייב לשלם לאריס הראשון שנושל מהחזקת השדה, בהתאם למה שנהנה האריס השני, העובד באותו שדה במקומו. וראה: תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, שם, עמ' 295; א' קרלין, "פרק בהלכות שכירות", סיני ו (ת"ש) תפה, בעמ' תפז, שרצה להוכיח ממקור זה, ש"מכר דוחה שכירות". אולם ראה דבריו שם, הערה 4. תוספתא זו, על פי פירוש בעל "חזון יחזקאל", הובאה כבר לעיל, הערה 22, מקור מס' 1. להצעה שלישית בפירוש תוספתא זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 43, בשם הגר"א. והשווה גם להלן, ליד ציון הערה 60.

[37] לעיל, הערה 35.

[38] לעיל, ליד ציון הערה 27 וליד ציון הערה 34.

[39] ירושלמי, פסחים, פרק ד, הלכה ט (ל ע"א בדפוס וילנא). הובא לעיל, הערה 22, מקור מס' 2. וראה לעיל, הערה 31.

[40] סמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ב.

[41] ראה: שו"ת שי למורא, סימן ד, סוף ד"ה ואומר; סימן ה, סעיף ז, ד"ה הכלל.

[42] ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ז. לדיון בדברי הגר"א, ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה יז, ד"ה מיהו.

בתוספתא[43], שכבר דננו בה לעיל: "עמד בעל הבית ומכרה — מחשבין עם בעל הבית". מדובר, לפי הגר"א, במקרה שבו השוכר כבר הקדים את תשלום דמי השכירות, ועל כן הרוכש עושה חשבון עם המשכיר, ומקבל ממנו את דמי השכירות המגיעים לו בעקבות הרכישה. "עמד בעל הבית ומכרה — מחשבין עם בעל הבית'. רוצה לומר, הלוקח נוטל השכירות מן המוכר עד שישלם זמנו"[44].

שאלה זו נידונה באריכות בשו"ת שי למורא[45]. הכלל העולה מהתשובות שנדפסו שם בעניין זה הוא, שאכן, אם לא ידע הרוכש שכבר הקדים השוכר את תשלום דמי השכירות מראש, הרי יש לו עילת תביעה כנגד המשכיר, ויחויב הלה להעביר אליו את דמי השכירות שקיבל מראש[46]. אולם מה הדין כאשר ידע הרוכש שהשוכר הקדים ושילם מראש את דמי השכירות? בעניין זה, נחלקו הדעות:

דעת ר' אהרון בן ר' שלמה חסון[47] היא, שיש כאן ספק: מחד גיסא, אפשר לומר, שמאחר שידע הרוכש שהשוכר כבר הקדים את דמי השכירות, ואף על פי כן לא התנה שהמשכיר יעבירם אליו, הרי הראה שהוא מוותר עליהם; מאידך גיסא, אפשר לטעון, שהרוכש לא התנה על כך, מאחר שהדבר היה נראה לו ברור מאליו. אם לא התכוון המשכיר להעביר אליו את דמי השכירות, עליו היה להתנות על כך, ומשלא עשה כן, הוא חייב להעבירם אל הרוכש. מאחר שיש כאן ספק שקול, יחול להלכה הכלל "המוציא מחברו — עליו הראיה". כלומר, אם עדיין לא שילם הרוכש עבור רכישת המושכר, יוכל להתנות את קיום המקח בקבלת דמי השכירות; ואילו אם כבר שילם עבור המושכר, המשכיר יהיה פטור מלהעביר אליו את דמי השכירות שקיבל מראש.

דעה אחרת מביע ר' שבתי יונה[48]. לדעתו, מאחר שידע הרוכש שהמשכיר כבר קיבל את דמי השכירות, הרי ההנחה הסבירה היא, שמחיר העסקה שהסכימו עליו נקבע בין הצדדים תוך התחשבות בעובדה זו. אין זה מתקבל על הדעת שיעביר הרוכש את המחיר המלא של המושכר, כדי לדרוש לאחר מכן מן המשכיר את החזר דמי השכירות. קיזוז זה, יש להניח, נעשה מלכתחילה. נמצא, שבשום פנים לא יזכה הרוכש בתביעתו[49].

[43] תוספתא, בבא מציעא ט, לג. הובאה לעיל, הערה 22, מקור מס' 1, וראה גם לעיל, הערה 36, ולהלן, ליד ציון הערה 60.

[44] יש לשים לב, שלדעתו, "מחשבין" מתייחס רק לרוכש, ואילו לפי "חזון יחזקאל" (לעיל, הערה 36), הכוונה היא גם לרוכש וגם לשוכר. כמו כן הפירוש של "מחשבין" שונה אצל שניהם.

[45] שלושה סימנים בשו"ת שי למורא, מוקדשים לשאלה זו, סימנים ג־ה. בסימן ג, מובאת דעתו של ר' שבתי יונה; בסימן ד, דעתו החולקת של ר' אהרון בן ר' שלמה חסון; ובסימן ה, חוזר ר' שבתי יונה ומבאר בהרחבה את עמדתו.

[46] אם כי, ראה להלן, הערה 49, שהדבר אינו חד־משמעי.

[47] שו"ת שי למורא, סימן ד.

[48] שו"ת שי למורא, סימן ג, וסימן ה, סעיף ז.

[49] ר' שבתי יונה מוסיף, שגם אם לא נקבל טענה זו, הרי מאחר שהרוכש מעוניין בקיום העסקה, המשכיר יכול לטעון שלא מכר על דעת לשלם אחר כך לרוכש את דמי השכירות שכבר קיבל, וכמובן שעל הרוכש להביא ראיה לסתור (טענה זו דומה לדברי ר' אהרן בן ר' שלמה חסון). עוד הוא מוסיף, שהמשכיר יכול גם לטעון טענת "קים לי", כדעת אותם הראשונים הסוברים שככלל אין כוח למשכיר למכור את חלקו של השוכר (ראה לעיל, הערה 29), וממילא אין לרוכש כל זכות תביעה על דמי השכירות שעל אותו החלק. טענה כזו יש לה תוקף, גם אם לא ידע הרוכש על התשלום מראש. השווה לעיל, הערה 29.

(3) שמירת המושכר והחזרתו

זכויותיו הנוספות של המשכיר במסגרת עסקת השכירות הן אחריות השמירה וחובת החזרת המושכר שהשוכר נוטל על עצמו כלפיו. על פי החוק, זכויות אלה עוברות אל הרוכש אוטומטית.

על פי מה שראינו לעיל, נראה שבמשפט העברי, שאלה זו שנויה גם היא במחלוקת. הפוסקים שעם העברת המושכר, נקשר קשר ישיר בין השוכר לרוכש (אם השוכר מסכים לכך), סבורים בוודאי שקשר זה כולל גם את אחריות השמירה ואת חובת ההחזרה. לעומתם, הפוסקים שהעברת המושכר אינה משפיעה על יחסי משכיר־שוכר, סבורים כנראה, שאף שעברה הבעלות על המושכר אל הרוכש, הרי שאחריות השמירה שנטל על עצמו השוכר כלפי המשכיר נשארת בעינה[50]. עם זאת, ברור שכמו שהתחייב המשכיר להעביר את דמי השכירות אל הרוכש, כך התחייב להעביר אליו את שאר התשלומים של השוכר המגיעים אליו בגין אחריותו.

לא ידע השוכר על העברת המושכר, ושילם לו, או החזיר לו את המושכר, כולי עלמא מודים שאין לרוכש עילת תביעה אלא כלפי המשכיר־המוכר.

ג. חובות הרוכש

עד כה עסקנו בזכויותיו של הרוכש במושכר, וכעת אנו עוברים לדון בחיובים המוטלים עליו בעקבות העברת המושכר אליו. כאן נדון בשתי שאלות עיקריות: ראשית, האם הרוכש חייב להסכים להמשך קיום השכירות? או שמא הוא זכאי לסלק את השוכר בטענה שאין ביניהם כל הסכם? ושנית, האם עוברים אליו חיובי המשכיר המקורי, ובעיקר האם מוטלים עליו חיובי תיקון המושכר, שהיו מוטלים על המשכיר?

(1) המשך קיום השכירות

כאשר בדקנו[51] את אפשרות העברת המושכר, ראינו שרבים מהראשונים והפוסקים המדברים על אפשרות העברת המושכר, מדגישים שהמכירה אינה פוגעת בזכויות השוכר במושכר — "מכר אינו דוחה שכירות" (כלשונו של השופט זילברג). נוסיף כאן, שקביעה זו, שהמכר אינו דוחה את השכירות, עולה בבירור כבר מדברי התלמוד[52], שהשוכר יכול לומר לרוכש: "לא עדיפת מגברא דאתית מיניה [=אינך עדיף מהאדם שאתה בא מכוחו]". לשון אחר, המשכיר אינו יכול למכור יותר משיש לו. זכות השימוש במושכר קנויה לשוכר, והיא פועלת כלפי כולי עלמא, גם כלפי רוכש המושכר[53]. אמנם ממקור אחד בתלמוד בבלי בעניין הקדשת המושכר

[50] והשווה דינו של שומר פיקדון, מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן כ.

[51] ראה לעיל, ליד ציון הערה 20, ובהערה 22.

[52] בבא מציעא קא ע"ב. סוגיה זו כבר הובאה לעיל, ליד ציון הערה 15, השווה שם, וראה הערה 53.

[53] אף שסוגיה זו עוסקת בשכירות שאינה קצובה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 16), הרי מקל וחומר הדברים נכונים גם בשכירות קצובה. ראה: שו"ת דברי ריבות (אדרבי), סימן צד, שהסיק מסוגיה זו בדרך של קל וחומר, שבשכירות קצובה, מכירת המושכר אינה מפקיעה את השכירות. סברה זו מובאת גם בחסדי דוד, בבא מציעא, סוף פרק ט, ד"ה השוכר שדה. וראה גם: שו"ת הרשב"ש, סימן תלט. והשווה: דברי השופט זילברג (לעיל, הערה 2), וכן דברי סוכובולסקי (לעיל, הערה 1), בעמ' 454, המציעים גם הם מקור זה כראיה לתפיסת המשפט העברי שהמכר אינו דוחה את השכירות. ראיה נוספת הובאה בצדק על ידי סוכובולסקי, מן התלמוד הירושלמי, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 39, ובהערה 22, מקור מס' 2.
מקור נוסף, שממנו עולה, שהמכר אינו דוחה את השכירות, אפשר להביא על דרך ההיקש מדיני משכון

על ידי המשכיר עולה לכאורה, שהעברת המושכר דוחה את השכירות. אולם עיון במפרשי התלמוד מגלה, שלדעת הרוב, סוגיה זו אינה סותרת את העיקרון ש"מכר אינו דוחה שכירות", ושיש לצמצם את משמעותה של אותה סוגיה[54].

(הוכחה זו עולה מתוך פירוש התוספות, כתובות נט ע"ב, ד"ה שדה זו). במסכת בבא מציעא עג ע"ב, הסוגיה דנה באיסור ריבית, ומביאה את סיפורו של רב מרי בר רחל. רב מרי בר רחל הלווה כסף לנכרי, וקיבל ממנו דירת מגורים כמשכון על ההלוואה. ההסדר היה, שרב מרי בר רחל יגור בדירה בחינם עד לפרעון ההלוואה. דירת חינם זו היא אמנם ריבית על ההלוואה, אולם כידוע הסכם ריבית עם נכרי אינו אסור. הנכרי מכר את הדירה הממושכנת לרבא, וזה הפך להיות בעל הבית. התלמוד מספר, שבשנה הראשונה לקבלת הדירה כמשכון, לא חשש רב מרי בר רחל מלגור חינם בדירה, אף שעברה לבעלותו של רבא. הוא סבר, שמאחר שאילו שמר הנוכרי את הדירה לעצמו, לא היה יכול לסלק אותו ממנה, גם אם היה פורע את החוב (שכן המשכנתא היא לפחות לתקופה של שנה). על כן עד חלוף השנה הראשונה אין לראות ברבא בעלים מלאים, וממילא אין לראות בישיבתו בדירתו של רבא משום ריבית. אולם החל מהשנה השנייה, רבא הוא בעל הבית לכל דבר, ומאחר שרב מרי בר רחל סבר (בטעות), שמוטלת על רבא החובה לסלק את החוב, חשש שישיבתו בדירה חינם דינה כקבלת ריבית מרבא, ועל כן ביקש לשלם לו דמי שכירות. על כך ענה לו רבא, שאין לו לחשוש מאיסור ריבית, שכן אין כל יריבות ביניהם. החייב נשאר הנכרי, והעובדה שהוא קנה את המשכון אין בה כדי להפקיע את זכויות המשכון מרמי בר רחל. כלומר, נותרת בעינה זכותו לגור בדירה בחינם עד לסילוק החוב. ואם כן הוא במשכון, על דרך ההיקש, נגיד שכן הוא גם בשכירות.

עוד נציין, שבשו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן מח, דן השואל בעניין יהודי ששכר דירה מגוי, ובא יהודי אחר וקנה את הדירה מהגוי. הוא מעלה, שמחד גיסא, היה מקום לומר, שכאן הקנייה מפקיעה את השכירות, שכן "בדיניהם" המכר מפקיע את השכירות (השווה לעיל, הערה 1), ועל דעת כן שכר היהודי את הדירה. אולם מאידך גיסא, המשכיר עצמו לא היה בכוחו להפקיע את המושכר, ועל כן גם ליהודי שקנה ממנו אין כוח כזה. ר' יוסף שאול נתנזון מכריע לטובת השוכר, אולם הנימוק להכרעתו אינו ברור. לעניין זה, השווה: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קמ, הגהות הטור, ס"ק קלה.

[54] נציג להלן את המקור התלמודי ונסקור את דעות הראשונים והאחרונים שנאמרו אודותיו:

התלמוד, ערכין כא ע"א, מביא את התוספתא, בבא מציעא ח, ל (הובאה לעיל, הערה 22, מקור מס' 2, מתוך התלמוד הירושלמי): "הקדישו — הדר בו מעלה שכר להקדש". התלמוד מנסה להבין באיזה אופן הדברים אמורים. הוא מעלה את האפשרות שמדובר במשכיר שהקדיש את המושכר באמצע תקופת השכירות. אולם ההצעה נדחית בנימוק: "הקדישו משכיר, היכי דייר ביה [=איך יכול השוכר לדור בו]? במעילה קאי [המעילה מציינת את האיסור ליהנות מרכוש ההקדש]?!". ולכן התלמוד מעמיד את הדברים באופן אחר. מכאן אפשר להסיק לכאורה, שלפי התלמוד הבבלי, הקדשת המושכר יש בה כדי להפקיע את זכותו של השוכר ולדון אותו כמועל ברכוש הקדש. נציין שיש כאן לכאורה מחלוקת בין הבבלי והירושלמי, שכן, כפי שראינו לעיל (הערה 22, מקור מס' 2), הירושלמי לא ראה שום מניעה להסביר את הברייתא במשכיר שהקדיש את המושכר באמצע תקופת השכירות. הירושלמי הוסיף, שאם כבר הקדים השוכר את דמי השכירות, הוא יכול להישאר בבית בחינם, ורק אם עדיין לא שילם את דמי השכירות, יעביר את דמי השכירות להקדש (על מחלוקת זו עמדו: אור שמח, הלכות זכיה ומתנה, פרק יב, הלכה יג, ד"ה ובזה; קובץ הערות למסכת יבמות (וסרמן), סימן נג, סעיף ז. שניהם מסתמכים על דברי הרשב"א, בחידושיו לנדרים כט ע"ב, ד"ה אפילו, משם עולה שיש מחלוקת בין הבבלי לירושלמי בשאלה אם אפשר "שיהא גוף להקדש ויניקה לחולין". והשווה: הרב י"י קנייבסקי, שערי תבונה, סימן יא, אות ט). אולם השווה לעיל, הערה 31, בדעת "אור זרוע", שלפי דרכו, הירושלמי אינו מתכוון לומר שהשוכר רשאי להישאר בבית. לפי דרכו, המחלוקת בין הבבלי לירושלמי אינה מחלוקת להלכה, אלא רק מחלוקת בהבנת הביטוי "הרי זה דר בו", שהבבלי הבינו כפשוטו, מה שאינו כן בירושלמי, כך העיר לי הרב א' מילר. עוד העיר לי הרב מילר, שגם מדברי הש"ך, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק מה, עולה (על פי שיטת הרמב"ן והר"ן, ראה להלן), שאין מחלוקת בין הבבלי והירושלמי.

להלן נביא את הדעות השונות שהוצעו בפירוש סוגיית ערכין. כפי שנראה, מתפלגות הדעות מן הקצה אל הקצה: יש מי שסבור, שאמנם הקדש מפקיע מידי שכירות, אבל אין להקיש בין הקדש למכר; יש מי שסבור,

בניגוד לעמדה שנתקבלה להלכה, שלא רק הקדש, אלא גם מכר, מפקיע מידי השכירות; ויש מי שסובר שבעיקרון גם הקדש אינו מפקיע מידי שכירות:

1. ישנה דעה, שיש בכוחו של הקדש להפקיע מידי שכירות, כפי שעולה מפשוטה של סוגיית ערכין שהבאנו. הנימוק לכך הוא, שגוף המושכר נשאר רכושו של המשכיר, ועל כן אין דבר שימנע ממנו להטיל איסור לשימוש באותו גוף (כגון על ידי הקדש). כדעה זו מביאים התוספות, כתובות נט ע"ב, ד"ה שדה זו, בשם אי נמי; ור"ן, נדרים מו ע"ב, ד"ה היכי, בשם תוספות ובשם ר"ת (אם כי, לדעת ר"ת, יש כוח הפקעה רק להקדש, ולא לשאר קונמות ואיסורים, שביחס אליהם "אלמוה רבנן לשיעבודיה דאידך [השוכר], דלא ליפקע ליה"). בעיקרון זו גם דעת הר"ן עצמו (אלא שהוא נוקט עמדה הפוכה מזו של ר"ת, היינו שהקדש בדק הבית אינו מפקיע מידי שעבוד, ואילו קונמות ואיסורים מפקיעים. על הסתירה לכאורה בין עמדת הר"ן בעניין זה ובין הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" שהוא עצמו נוקט אותו, ראה מה שהערנו בדיוננו, לעיל, סעיף 1, הערה 39). והשווה: תוספות, כתובות, שם. לתוספות זה, ראה אור שמח, הלכות זכיה ומתנה, פרק יב, הלכה יג.

לפי שיטה זו, אין לראות בסוגיית ערכין משום סתירה לעיקרון "מכר אינו דוחה שכירות". הפקעת השכירות על ידי הקדשת המושכר היא דין מיוחד להקדש, ואין להחילו על העברת מושכר רגילה, כגון מכר או מתנה. ואין פלא בדבר, שכן במקום שהקדש מפקיע מידי שעבוד, אין מכר מפקיע (ראה לדוגמה גיטין מ ע"ב). במכר יחול אפוא העיקרון "לא עדיפת מגברא דאתית מיניה". וראה: קהלות יעקב, שביעית, בני־ברק תשמ"ח, סימן א, ס"ק ה, שהעיר שמן העובדה שההקדש מפקיע את השכירות אין להסיק שהשכירות אינה אלא שעבוד ולא קניין. לדבריו השווה: ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג (בדבריו על שיטת הר"ן). ואולם ראה: קהלות יעקב, נדרים, בני־ברק תשמ"ח, סימן יט.

יש להעיר, שסוגיית כתובות נט ע"ב (שהובאה לעיל, הערה 23), עומדת לכאורה בסתירה לשיטה זו, שכן עולה ממנה שהלווה אינו יכול להקדיש את הנכס שמשכן. השווה: תוספות, שם, ד"ה שדה. על קושיה זו העיר הר"ן בנדרים. עוד קשה על שיטת ר"ת, כיצד יפרש את התוספתא, בבא מציעא ט, לג: "עמד בעל הבית והקדישה, אינה מוקדשת עד שתחזור לרשותו"? השווה: תוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי; ור"ן הנ"ל בנדרים. וראה להלן. באשר לסוגיית בבא מציעא עג ע"ב, ייתכן שר"ת היה מאמץ את הפירוש שהציעו התוספות, כתובות נט ע"ב, ד"ה שדה זו (הובא לעיל, הערה 53).

2. מדבריהם של ראשונים אחרים עולה לכאורה, שאין הבדל בין מכר להקדש, ויש בכוח שניהם להפקיע את השכירות. הנימוק המשפטי לכך אינו ברור, אם כי נראה שהוא קשור בתפישת השכירות כזכות אישית ולא קניינית. הדבר היחיד שעולה בבירור מדבריהם הוא, שיש הבדל בין כוחו של המשכיר להעביר מושכר ובין כוחו של הלווה להעביר משכון. המשכיר, מאחר שהמושכר יחזור אליו בסיום השכירות באופן אוטומטי, יכול להפקיעו כבר עתה מידי השוכר על ידי הקדש או מכר. לא כן הלווה שמשכן את ביתו, מאחר שהמשכון לא יחזור אליו אוטומטית, אלא רק אם יפרע את חובו, הרי שעד אז, אין בכוחו להעבירו בעלות. כדעה זו עולה ממה שמובא בתוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי קאמר, בשם "יש מחלקים" (וראה שם, שהעירו התוספות על קשיים שונים בשיטה זו, בין השאר קשיים העולים מסוגיית בבא מציעא עג ע"ב). וכן עולה גם מן התוספות, בבא קמא נא ע"ב, ד"ה השותפין. הרמב"ם פוסק בהלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה ל: "המשכיר בית לחברו, וחזר והקדישו, הרי זה קדש, ופקעה השכירות". הרדב"ז, שם, וכן אור שמח, הלכות זכיה ומתנה, פרק יב, הלכה יג (בסופו), סבורים, שדברי הרמב"ם מיוסדים על אותה שיטה (אולם יש להעיר, שאין הכרח בדבר, שכן אפשר שהרמב"ם נוקט כשיטה הראשונה, שהובאה לעיל. ואפשר גם שהוא נוקט כשיטה שנביא להלן, היינו שאין הדברים אמורים אלא במשכיר בית סתם ולא במשכיר בית זה. השווה: רמב"ם, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה כט, שם הרמב"ם מדבר על שדה זו).

חשוב לציין, שלפי שיטה זו, המכר דוחה את השכירות. אולם לבד מן המקורות המובאים כאן, זכרה של שיטה זו לא בא בשום מקום אחר. וצריך עיון.

3. ראשונים אחרים סוברים, שבעיקרון, אין כוח, אפילו לא להקדש, להפקיע את זכויותיו של השוכר במושכר. הם מסבירים, שסוגיית ערכין, שממנה עולה לכאורה ההפך, עניינה בשכירות בלתי מסוימת. בכגון זה, מאחר שאין לשוכר זכויות בגוף המושכר, כי אם תביעה אישית כנגד המשכיר, הרי שהקדשת המושכר מפקיעה את זכויותיו של השוכר במושכר מסוים זה (לאור דברי נתיבות המשפט, סימן שיב, ס"ק יב, יש מקום לדון אם גם המכירה מפקיעה שכירות סתם. אין צריך לומר, שהמשכיר ממשיך להיות חייב

להעמיד לשוכר מושכר חלופי). כך תירצו: רמב"ן, בחידושים המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, קונטרס אחרון (מובא בשיטה מקובצת, כתובות נט ע"ב, ד"ה הא לא דמיא); שו"ת הרשב"א, חלק שביעי, סימן שפא (השווה: פירושו של הרשב"א לנדרים מו ע"ב, ד"ה מתני' המודר הנאה, ששם לא הלך בזה הדרך. ראה להלן); ר"ן, נדרים מו ע"ב, ד"ה היכי, וכתובות, פרק חמישי (כד ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ואיכא (לעיל ראינו, שלדעת הר"ן, גם במושכר מסוים, המשכיר יכול להפקיע את שעבוד השוכר על ידי הטלת קונם, וההבחנה כאן בין מושכר זה ומושכר סתם היא רק לעניין סוגיית ערכין העוסקת בהקדש בדק הבית, שלדעתו אין בכוחו להפקיע את שעבוד השוכר. השווה לעיל, שיטת ר"ת); שו"ת הריב"ש, סימן שנה. וראה גם: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רפב; ש"ך, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק מה. לשאלה, מדוע לפי דעות אלה, כשהמשכיר מקדיש מושכר מסוים, מותר לשוכר להמשיך וליהנות מן המושכר, ואין רואים בו מועל בהקדש? ראה: ש"ך, שם; קובץ הערות, מהדורת תשכ"ד, עמ' קמח.

גם ר"י, בעל התוספות, סובר, שבעיקרון, הקדש אינו מפקיע את זכויות השוכר. עם זאת, הוא אינו מעמיד את סוגיית ערכין במושכר בלתי מסוים (שכן לשיטתו סוגיה זו עוסקת בשכירות בית מסוים, ראה: תוספות, ערכין כ ע"ב, ד"ה אע"פ שחלטו. וראה על כך דיוננו על סעיף 10, הערה 32). במקום זאת, הוא מסביר שהסיבה לכך שהשוכר חייב להסתלק מהמושכר היא, "משום דיש לו להקדש שותפות עמו, אין כל אחד יכול לברר חלקו" (לשון ר"י בתוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי קאמר); "הוא והקדש שותפין בו, וימכר הבית, ויקח זה דמי שכירות הבית, והמותר להקדש" (לשון תוספות, כתובות נט ע"ב, ד"ה שדה זו, לא בשם ר"י); "לפי שהקדש מעורב בו, וימכור הבית, ויקח זה שכר שנתן" (לשון תוספות, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה השתא, לא בשם ר"י); וכך תירץ גם בפסקי הרא"ש, נדרים, פרק חמישי, סימן ב, ובבא קמא, פרק ה, סימן י; ונראה שזו גם עמדתו של ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג. נעיר, שבעיה כזו אינה קיימת כאשר המושכר מועבר לגוף שאינו הקדש, שם אין בעיה של מעילה, וממילא אין מניעה שימשיך השוכר ליהנות מהמושכר. השווה: נתיבות המשפט, סימן ריא, ס"ק ה, המסביר שאם יש ראשונים המפקיעים את השכירות בהקדשת המושכר, הרי זה משום שבעקבות ההקדשה עולה שאלת קיומה של מעילה. אולם בעיה כזו אינה קיימת במכירה, ולכן המכר אינו מפקיע את השכירות. והשווה: קובץ הערות למסכת יבמות (וסרמן), סימן נג, סעיף ז, בהסבר שיטה זו: "אפילו נימא דהגוף קנוי לשוכר לפירות, מכל מקום כיון דגופו קדוש, אסור להשתמש בגוף של הקדש... ואף דבהדיוט כהאי גוונא אין בו משום גזל, מכל מקום אפשר דגזל גבוה חמור מגזל הדיוט".

להשלמת התמונה בעניין הקדשת המושכר, יש להעיר שני דברים, על הדעות שהקדשת המושכר פוגעת בזכויות השוכר — אם באופן ישיר, שההקדש מפקיע את זכויותיו (ר"ת ו"יש מחלקים"); אם באופן עקיף, שהוא אינו יכול להישאר בבית יחד עם ההקדש (ר"י):

1. התוספתא, בבא מציעא ט, לג, קובעת: "עמד בעל הבית והקדישה, אינה מוקדשת עד שתחזור לרשותו" (הובא לעיל, הערה 23). לכאורה, מקור זה עומד בסתירה לאותן דעות. התשובה שמציעים התוספות ליישוב הסתירה חשובה לענייננו, משום שיש בה כדי לצמצם את אפשרות הקדשת המושכר. התוספות מציעים להבחין בין שוכר שהקדים ושילם את כל דמי השכירות מראש, לבין שוכר שעדיין לא שילם את דמי השכירות. אם שילם מראש, המשכיר אינו יכול להקדיש; ואילו אם לא שילם מראש, המשכיר יכול להקדיש. את סוגיית ערכין יש להעמיד אפוא בשוכר שלא שילם מראש (יש לציין, שהבחנה זו מובאת בתוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי קאמר, כשהיא מתייחסת לשיטתם של ר"י ו"יש מחלקים"; לא לשיטת ר"ת, אך אולי גם ר"ת היה מסכים לאותה הבחנה. אם כי, השווה דברי "ים של שלמה", להלן. הבחנה זו הציעו גם: אור זרוע, בבא מציעא, פרק א, סימן יט, בשם הר"ש משאנץ; חידושי הרשב"א, נדרים מו ע"ב, ד"ה מתנ' המודר הנאה. והשווה לעיל, שבשו"ת שלו הציע הסבר אחר; כך מובא גם בר"ן, נדרים, שם, בשם "ואחרים תירצו"). הטעם שמביא הר"ן, נדרים, שם, להבחנה זו הוא, שאם הוקדמו דמי השכירות, כמו שלמשכיר אין זכות כלפי השוכר (גם לא לקבל דמי שכירות), כך גם להקדש אין זכות כלפי השוכר, ועל כן ההקדשה אינה מפקיעה את השכירות. לעומת זאת, אם עדיין לא שולמו דמי השכירות, יש למשכיר זכות לקבל דמי שכירות, וזכות זו עוברת להקדש, ולכן ההקדש מפקיע את השכירות, וממילא השוכר חייב להסתלק לבל יעבור על איסור מעילה. להסבר זה השווה הסברו של "אור זרוע" בדעת ר"ש משאנץ (יש להעיר, שהסבר זה אין בו כדי ליישב את הסתירה לשיטת ר"י, שכן לפי דעתו, גם בלא הקדמת מעות, ההקדש אינו תופש בחלקו של השוכר. וצריך עיון). הסבר אחר להבחנה בין הקדים מעות ללא הקדים מעות, ראה: קובץ הערות למסכת

כפי שראינו, יש הטוענים[55] שאם השוכר מסרב לקשור קשר משפטי ישיר עם הרוכש, כי אז פוקעת זכותו במושכר. אחרים סבורים שבשום פנים אין ההעברה משפיעה על זכויותיו של השוכר.

(2) תיקון המושכר

נשאלת השאלה, האם חובת התיקון שהייתה מוטלת על המשכיר המקורי, עוברת עם מכירת המושכר אל הרוכש, והמשכיר יוצא מן התמונה, כפי ההסדר שבחוק? או שמא, לעניין זה, אין לשוכר כתובת אחרת אלא המשכיר המקורי? נעיר, שלדעת לרנר[56], עדיף היה שלא לשחרר את המשכיר לגמרי, אלא לעשותו ערב לקיום החיובים על ידי הרוכש.

נראה שוב, ששאלה זו שנויה במחלוקת בין שתי התפישות שראינו לעיל[57]. הפוסקים שעם העברת המושכר נקשר קשר ישיר בין השוכר לרוכש (אם השוכר מסכים לכך), סבורים בוודאי שקשר זה כולל גם התחייבות מצד הרוכש לתקן את המושכר במקומו של המשכיר, שאם לא כן, אין להניח שהשוכר היה מסכים להעברה. לעומתם, הפוסקים שהעברת המושכר אינה משפיעה על מערכת היחסים המשפטיים בין השוכר למשכיר כלל, סבורים בוודאי שהמשכיר נשאר גם אחראי לתיקון המושכר[58].

יבמות (וסרמן), סימן נג, סעיף י (לדבריו גם הר״ן מכוון להסבר זה). לדעתו, אם הקדים מעות, יש לשוכר זכות קניין במושכר, ועל כן השימוש אינו נאסר על השוכר בגין ההקדש. לעומת זאת, כשלא הקדים מעות, אין לשוכר אלא תביעה אובליגטורית (אישית) כלפי המשכיר, ועל כן נאסר השימוש על השוכר בגין ההקדש (״קובץ הערות״ אומר את הדברים לשיטת ר״י, אולם נראה שהם נכונים גם ביחס לשיטת ר״ת ושיטת ״יש מחלקים״). כעין זה נראה שהבין גם הרב י״א הלוי הרצוג, כתבים ופסקים, כרך ט, שו״ת בדיני חו״מ, ירושלים תשנ״א, סימן קב, ס״ק ד. והשווה: שערי תבונה (קנייבסקי), סימן יא, סעיף ה. והשווה דיוננו לעיל, סעיף 14, פרק שני, ד, עמ׳ 266.

ראוי לציין, שלדעת ים של שלמה, בבא קמא, פרק חמישי, סימן לג, רבים מן הראשונים סוברים שאין להבחין בין הקדים מעות ללא הקדים. לדעתם, כך הוא טוען, אין בררה אלא לקבוע שהבבלי חולק על התוספתא, שהובאה בראשית הדברים. עוד מציין ״ים של שלמה״, שוודאי שהמשכיר אינו יכול להקדיש מיטלטלין, משום שהם אינם ברשותו (ראה דיוננו לעיל, סעיף 13, הערה 34).

2. עוד יש להעיר, אף שהפוסקים הנזכרים אינם עושים זאת, שאם המשכיר מקדיש את המושכר, ובכך מפקיע את השכירות, הוא יהיה חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי (אף שהשכירות הייתה של נכס מסוים, כדין כל משכיר הגורם לפגיעה בשכירות. ראה דיוננו על סעיף 10). וכך כתב במפורש הרב הרצוג כדבר המובן מאליו בספרו The Main Institutions of Jewish Law, London 1967, vol 1, p. 336: "It goes without saying that the lessee in such a case has a right of action against the lessor". אם לא יעשה כן, השוכר יהיה פטור מכל תשלום אפילו על התקופה שבה כבר נהנה מן המושכר. ראה, בין השאר: נתיבות המשפט, סימן שיז, ס״ק ב.

לניתוח דעות הראשונים בסוגיה זו, ראה עוד: בית הבחירה, כתובות נט ע״א, ד״ה האומר; רבנו ירוחם, ספר אדם וחוה, נתיב יט, חלק א; שו״ת שי למורא, סימן ה; ש״ך, יורה דעה, סימן רכא, ס״ק מב־מה, ובספרו נקודות הכסף, שם; פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה יז.

[55] ראה לעיל, ליד ציון הערה 34.

[56] לרנר, סעיף 152.

[57] לעיל, ליד ציון הערה 25. אין אנו מתייחסים כאן לדעה שראינו בדיוננו על סעיף 7, שאינה מכירה בחובת תיקון (במושכר מסוים) כלל. לדברינו להלן, השווה: זכור לאברהם (אלקלעי), חלק שני, חו״מ, ערך שכר, ד״ה נמצאת (פג ע״א).

[58] הטענה של לרנר (ראה לעיל, ליד ציון הערה 5), שהסדר זה אינו רצוי, מאחר שלמשכיר המקורי אין זכות לבצע פעולות בנכס שכבר אינו שלו, אין לה אחיזה על פי תפישת המשפט העברי. ראה: רמב״ם, הלכות

לכולי עלמא, אם הקדים השוכר לשלם את דמי השכירות, המשכיר הוא שנושא באחריות לתיקון, אף על פי שעברה הבעלות. כך הסביר בעל שו"ת שי למורא[59] את התוספתא[60], שכבר ראינו לעיל: "עמד בעל הבית ומכרה, מחשבין עם בעל הבית". ושואל "שי למורא": "מה חשבון יש ביניהם? והלא כבר הקדים המעות!". והוא עונה: "ואפשר דמחשבין עם בעל הבית, רוצה לומר, לענין דברים המוטלים על בעל הבית לעשות בבית המושכר ביד אחרים, שאין לשוכר דין ודברים עם הלוקח, אלא עם המוכר שהשכירו אצלו"[61].

ד. הסכמים נלווים לחוזה השכירות — "בכל הנוגע לחוזה השכירות"

מלשון הסעיף עולה לכאורה, שהחוזה בין המשכיר והשוכר עובר, "על קרבו ועל כרעיו", אל הרוכש, שכן נאמר, שהרוכש בא במקומו של המשכיר "בכל הנוגע לחוזה השכירות". אולם נראה שהוראה זו גורפת מדי, כפי שמעיר סוכובולסקי[62]: "בהסכם שכירות, יש הרבה תניות בעלות אופי של חיוב אישי, ועלולות שלא לעבור יחד עם הקנין. לפיכך מסוכן היה לקבוע בחוק השכירות הוראה גורפת כזו". גם לרנר[63] מעיר על אותו עניין, ומביא שתי דוגמאות להבהרת הקושי: בראשונה, חברה לייצור סוכר השכירה לחקלאי מקרקעין למשך עשר שנים, והתחייבה לרכוש ממנו את הסוכר שיגדל במושכר באותה תקופה; בשנייה, הוסכם בחוזה המקורי שדמי השכירות יופחתו תמורת שירותים אישיים שונים שיעניק השוכר למשכיר. שואל לרנר: "האם רוכש המקרקעין, בדוגמה הראשונה, יחוייב לרכוש את יבול הסוכר אף שאין לו כל צורך בו? והאם יש לחייב את הרוכש, במקרה השני, לקבל את אותם השירותים ולהפחית בהתאם את דמי השכירות?".

לדעת סוכובולסקי, "יש להבדיל בין תנאי שכירות ריאליים, הקושרים את כל העולם, לבין אותן תניות בהסכם השכירות אשר הן אישיות וקושרות את הצדדים להסכם השכירות המקורי". הצעתו של לרנר גמישה יותר: "שכל תנאי השכיח בחוזי שכירות יהיה חלק מהחוזה שמחייב ומזכה את הנעבר, ואילו תנאי שאינו שכיח ייחשב 'אישי', ימשיך לחול על הצדדים המקוריים, ולא יחייב או יזכה את הנעבר". לדעתו, אפשר להגיע לאותה תוצאה, אם בוחנים את חוזה השכירות בין הצדדים בחינה מהותית, ולא צורנית. כלומר, ניתוח חוזה השכירות עשוי לגלות שהוא מורכב משני חוזים נפרדים: אחד נוגע לשכירות מבחינה מהותית; ואחד אינו נוגע בה אלא מבחינה צורנית (כחוזה נלווה), משום שעל פי מהותו הוא חוזה נפרד.

על פי מבחנים אלה, לרנר מגיע למסקנה, שבדוגמאות שהציע, התניות שהיו בחוזי השכירות

מכירה, פרק כג, הלכה ו, שמה שאסור לשוכר הוא להרוס את המושכר. מכאן, שמותר לשוכר לבצע פעולות שהן מיועדות לשמירת צורתו המקורית של המושכר. לכן אין מקום לטעון שהמשכיר המקורי מנוע מלבצע פעולות בגוף המושכר, שהרי את הרשות הוא מקבל מאת השוכר.

[59] שו"ת שי למורא, סימן ה, סעיף ב, ד"ה ועוד.

[60] תוספתא, בבא מציעא ט, לג. הובא לעיל, הערה 22, מקור מס' 1, וכן הערות 36, 43.

[61] השווה: פירושו של הגר"א לאותה תוספתא (הובא לעיל, ליד ציון הערה 42). לדעת הגר"א, הפירוש בתוספתא הוא, שהרוכש עושה חשבון עם המשכיר, ומקבל ממנו את דמי השכירות ששילם השוכר מראש. נראה שר' שבתי יונה, שגם הוא סובר כהגר"א, שהקונה זוכה בחלק מדמי השכירות ששולמו מראש (ראה לעיל, ליד ציון הערה 45), אינו רוצה לצמצם את משמעות הביטוי "מחשבין" לרוכש בלבד, אלא מבקש להחילו גם על השוכר. לשניהם, גם הרוכש וגם השוכר, יש "חשבון" עם המשכיר.

[62] לעיל, הערה 1, בעמ' 453.

[63] לרנר, סעיף 146.

(בדבר רכישת היבול על ידי המשכיר או הסכמתו לקבל שירותים מהשוכר כתחליף לדמי השכירות), ודאי שלא יחייבו את הרוכש. תניות אלה אינן שכיחות בחוזי שכירות, ועל פי מהותן, הן אינן קשורות לשכירות. לתניות אלה יש קיום עצמאי כחוזים נפרדים, והן ימשיכו לחייב את השוכר והמשכיר גם לאחר ההעברה. לעומת זאת, תנאים בנוגע לתיקון המושכר, אופציה לרכישתו או להארכת משך השכירות ודומיהם, שהם תנאים שכיחים בחוזי שכירות וקשורים מהותית בשכירות, יחייבו ויזכו בוודאי את הרוכש. כמו כן סעיפים בחוזה, המטילים על אחד הצדדים חיוב כספי, כגון תשלום דמי ביטוח או מסים שונים או החזרת פיקדון לשוכר עם תום השכירות, "ירוצו" גם הם עם המושכר. נדמה שסוכובולסקי היה חולק על מסקנותיו של לרנר.

במשפט העברי, מצאנו התייחסות לשאלות אלה בתשובת הריב"ש[64]. מדבריו, שהובאו להלכה על ידי הרמ"א[65], עולה עיקרון דומה לעיקרון שהציע סוכובולסקי. נביא כאן את לשון השאלה: "ראובן השכיר ביתו לשמעון לחמש שנים בסך פלוני. ובשטר כתב לו: 'ואחר עבור כל השנים הללו, אם ירצה שמעון הנזכר והבאים מכחו להשאר ולדור בבתים הנזכרים בסך הזה עצמו עד תשלום עשר שנים רצופות, לא אוכל אני והבא מכחי[66] להוציאו משם ולמחות בידו בשום טענה וענין בעולם, ולא בשום דין ומנהג, כי אם לצורך עצמי ודירתי'. עד כאן [לשון החוזה]. ובנתיים מכר ראובן הנזכר הבתים ההם ללוי, ולסוף חמש שנים, בא לוי הקונה להוציא שמעון השוכר מן הבתים... [כשהוא טוען]: 'כמו שראובן המשכיר היה מוציא אותך מן הבתים לדירתו, אם נשארו לו [!], כך אני הבא מכחו אוציאך משם לדירתי [כלומר לצורך עצמי]".

לפנינו מקרה של העברת המושכר, כאשר חוזה השכירות כלל שני תנאים נספחים: האחד, לטובת השוכר, מעניק לו אופציה להארכת תקופת השכירות בחמש שנים נוספות; והאחר, לטובת המשכיר, מאפשר לו, במשך תקופת הארכה, לסיים את השכירות סיום מוקדם בטענת צורך עצמי. יש לשים לב לכך, שלגבי התנאי הראשון, המחייב את המשכיר להסכים להארכת תקופת השכירות, קבע המשכיר במפורש, שהתניה תחייב אותו "והבא מכוחו"[67]. ואילו לגבי התנאי השני, המרשה למשכיר לסיים את השכירות בטענת צורך עצמי, לא נאמר שאופציה זו תעמוד לו ולבא מכוחו. טענתו של לוי הרוכש היא, שאמנם האופציה של השוכר להאריך את תקופת השכירות מחייבת גם אותו, אולם גם הוא זכאי, כמו המשכיר המקורי, לסיים את השכירות מחמת צורך עצמי.

הריב"ש דוחה את טענת הרוכש, והרי נימוקו: רק נכסים ריאליים ("דבר מסוים") עוברים לחליפים, אף שהדבר לא צוין בהסכם במפורש, משום שאותו "דבר מסוים" נותר בבעלותו של המשכיר, ולא עבר לרשות השוכר כלל. לעומת זאת, אם המשכיר "אינו משייר דבר מסויים,

[64] שו"ת הריב"ש, סימן רנז (הוזכר לעיל, הערה 22, מקור מס' 5).

[65] רמ"א, חו"מ, סימן שטז, סעיף א.

[66] לכאורה יש מקום לתמוה: מתוך תשובה זו, נראה שהרוכש בא במקומו של המשכיר, וזאת בניגוד לתפישה שראינו לעיל, ולפיה העברת המושכר אינה פוגעת ביחסי שוכר־משכיר (שלפי הש"ך, הריב"ש הוא אחד מנציגיה. ראה לעיל, הערה 31). אולם יש לשים לב לכך, שבמקרה הנדון, הוסכם מראש בין השוכר והמשכיר, שהחוזה הוא ביניהם ובין הבאים מכוחם. בכגון זה, אין ספק שהרוכש בא במקומו של המשכיר, ולא על כך נחלקו הפוסקים.

[67] אולם להלן נטען, שכך היה הדין גם אילולי הוסכם הדבר בין הצדדים במפורש.

אלא במה שמכר משייר לעצמו... אין הכוונה... אלא לעצמו לבד ולא ליורשיו ולבאי כחו, אלא אם כן פירש". כלומר, זכויות אישיות, שאינן נכס ריאלי, אינן עוברות לחליפים, אלא אם כן צוין הדבר בהסכם השכירות במפורש. לדוגמה, אם המשכיר היה קובע, שהוא משכיר את הבית לבד מחדר מסוים בו, בוודאי שתנאי זה היה עובר יחד עם המושכר, שכן החדר לא היה חלק מן השכירות כלל, ונותר בבעלותו של המשכיר. לעומת זאת, במקרה הנידון, השכיר המשכיר את הבית כולו, ולא שייר בו חלק מסוים. המשכיר לא שייר לעצמו אלא זכות אישית כלפי השוכר לסיים את השכירות בגין צורך עצמי. תנאי כזה אינו עובר לרוכש המושכר, אלא אם כן הוסכם על כך עם השוכר מראש. כאמור, הבחנה זו מזכירה מאוד את ההבחנה שהציע סוכובולסקי בין תנאי שכירות ריאליים לבין תניות בהסכם השכירות אשר הן אישיות.

יש מקום לדון בשאלה, האם האופציה של השוכר להאריך את השכירות היא ריאלית או אישית? או בלשון אחר, האם אופציה זו מחייבת את הרוכש? או שמא הוא יכול לטעון שזוהי התחייבות אישית של המשכיר כלפי השוכר, ואינה מחייבת אותו? נראה שאופציה זו מגדירה את היקף זכותו הקניינית של השוכר במושכר, ועל כן סביר להניח שהריב"ש היה פוסק שהיא מחייבת את הרוכש, בבחינת "לא עדיפת מגברא דאתית מיניה [=אינך עדיף מן האדם שאתה בא מכוחו]". לפי זה, במקרה הנידון לפני הריב"ש, הרוכש היה כפוף לאופציית ההארכה של השוכר מעיקר הדין, ולא רק משום שכך הוסכם בהסכם השכירות במפורש ("לא אוכל אני והבא מכחי להוציאו משם ולמחות בידו").

ה. השפעת הפרות קודמות

לרנר[68] מעלה שאלה עקרונית: האם רוכש הנכס הוא חליפו של המשכיר לכל דבר ועניין, או שיש להפריד בין התקופה שלפני העברת הבעלות לזו שלאחריה? לשאלה זו, יש חשיבות מכרעת, כשרוצים לדון בשאלת השפעת מערכת היחסים שהייתה בין השוכר והמשכיר לפני העברת המושכר על מערכת היחסים שבין השוכר והרוכש: האם הרוכש זכאי לסעדים כנגד השוכר בשל הפרות כלפי המשכיר שהיו לפני ההעברה? ולהפך, האם השוכר זכאי לסעדים כנגד הרוכש בשל הפרות של המשכיר שהיו לפני ההעברה?

לדעת לרנר, מאחר שהקשר החוזי בין השוכר לרוכש אינו תוצאה של המחאת הקשר שהיה קיים בין השוכר לבין המשכיר המקורי, אלא קשר חדש, יציר החוק[69], הרי מתבקשת המסקנה, שמערכת היחסים בין השוכר לבין הרוכש אינה צריכה להיות מושפעת ממה שאירע בין השוכר והמשכיר לפני ההעברה.

כפי שנוכחנו לדעת, תפישת המשפט העברי שונה. העברת המושכר אמנם אפשרית, אולם אפילו אלה הסבורים[70] שבעקבותיה נוצר קשר ישיר בין השוכר לרוכש, קשר זה אינו יציר החוק, אלא הוא תלוי בהסכמתו של השוכר. אם יש לשוכר עילה לביטול החוזה כנגד המשכיר, אין להעלות על הדעת, שהסכים מראש שיפגע המשכיר בזכות זו על ידי העברת המושכר. גם

[68] לרנר, סעיף 150.

[69] ראה לעיל, ליד ציון הערה 9. אולם ראה לעיל, שם, שהצענו לומר, שגם לפי השקפת החוק, אין כאן חוזה סטטוטורי, אלא שהרוכש מסכים לאמץ את החוזה של קודמו.

[70] ראה לעיל, ליד ציון הערה 27 וליד ציון הערה 34.

בזה יוכל השוכר לומר לרוכש, "לא עדיפת מגברא דאתית מיניה". נמצא שלמערכת היחסים בין השוכר למשכיר ישנה השפעה מכרעת על מערכת היחסים בין השוכר והרוכש.

אין צריך לומר, שהשאלה אינה עולה כלל לפי אותם פוסקים הסבורים שהעברת המושכר אינה משפיעה על היחסים שבין השוכר למשכיר.

פרק רביעי

סיכום

היה מי שטען, שסעיף 21 הולך בעקבות המשפט העברי. אולם לפי העולה מדיוננו, יש לסייג את הדברים. אמנם לפי המשפט עברי, כמו לפי החוק, אפשר להעביר את המושכר באמצע תקופת השכירות, ו"מכר אינו דוחה שכירות", אולם לעניין תוצאות ההעברה על יחסי השוכר עם המשכיר ועם רוכש המושכר, מצאנו הבדלים בין ההסדרים שנקבעו על ידי פוסקי ההלכה ובין ההסדר שנקבע בחוק. כאמור, הנושא שנוי במחלוקת בין פוסקי ההלכה עצמם:

יש אומרים, שבעקבות העברת המושכר, על השוכר להחליט: או שהוא מסכים ליצירת יחסים משפטיים ישירים בינו ובין הרוכש (לפי התנאים שהיו בינו לבין המשכיר), ואז למעשה הרוכש בא במקומו של המשכיר; או שאינו מסכים, ואז פוקעת השכירות. לדעתם, יסודה המשפטי של בררה זו הוא הסכם מכללא בין השוכר והמשכיר, ולפיו אם יסרב השוכר לקבל את הבעלים החדשים של המושכר בתור משכיר, תסתיים השכירות. מכאן עולה, שאם שילם השוכר את דמי השכירות מראש, או אפילו אם שילמם לפני שהודיע לו המשכיר על ההעברה, אין להעמיד את השוכר בפני אותה בררה, ולרוכש לא תהיה זכות לבטל את השכירות. עוד עולה מכאן, שהשוכר זכאי לשמור על הזכויות שהיו לו כלפי המשכיר (כגון זכויות בגין הֲפָרוֹת קודמות). אשר להסכמים אישיים נלווים לחוזה השכירות, הם אינם עוברים אל הרוכש (אפילו שאפשרות העברת המושכר הייתה מתנאי השכירות), אלא אם כן הוסכם על כך בין השוכר והמשכיר במפורש.

אחרים סבורים, שהמשכיר אינו יוצא מן התמונה בעקבות המכירה, אלא היחסים בינו לבין השוכר נמשכים עד לסיומה של השכירות. לפי השקפה זו, השוכר ממשיך להיות אחראי כלפי המשכיר (דמי שכירות, אחריות שמירה, החזרת המושכר), וכמו כן המשכיר ממשיך להיות אחראי כלפיו (תיקון המושכר ואיסור הפרעה). עם זאת, ההנחה היא, שמכירת המושכר כוללת גם את הזכויות המגיעות למשכיר בגין השכירות. נמצא אפוא, שלמעשה יקבל הרוכש מן המשכיר את התשלומים שהלה מקבל מן השוכר (דמי השכירות ותשלומים בגין אחריות שמירה), ויעביר אליו המשכיר את המושכר בסיום השכירות.

לאור האמור לעיל, אנו מציעים שני נוסחים שונים לסעיף 21, בהתאם לשתי התפישות העקרוניות השונות שמצאנו בנושא זה. לפי התפישה הראשונה, יהא נוסח הסעיף בזו הלשון:

העברת המושכר 21. המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר; עשה כן, עומדת בפני השוכר הבררה:

(א) להתנגד להעברה ולסיים את השכירות;

(ב) להסכים להעברה ולקבל את רוכש הזכויות במקומו של המשכיר [...][71], אולם כל עוד לא נתן המשכיר לשוכר הודעה על ההעברה או לא נודע לשוכר עליה ממקום אחר — מופטר השוכר בתשלום דמי השכירות וקיום שאר חיוביו למשכיר.

לפי התפישה השנייה, שהמשכיר אינו יוצא מן התמונה בעקבות העברת זכויותיו במושכר, צריך להיות נוסח הסעיף:

העברת המושכר 21. (א) המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר (להלן — הרוכש).

(ב) אין בהעברת הזכויות במושכר כדי להשפיע על מערכת היחסים שבין השוכר למשכיר;

(ג) המשכיר חייב להמחות לרוכש את זכויותיו כלפי השוכר.

[71] כאן מחקנו את המילים "בכל הנוגע לחוזה השכירות", משום שראינו שקביעה זו גורפת מדי: זכויות אישיות של המשכיר כלפי השוכר (להבדיל מזכויות חפציות בגוף המושכר שהמשכיר שייר לעצמו) אינן עוברות לחליפים, אלא אם כן צוין הדבר בהסכם השכירות במפורש.

סעיף 22

העברת השכירות

העברת השכירות

22. השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות־משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעיסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה —

(1) בשכירות מקרקעין — רשאי השוכר לעשות את העיסקה בלי הסכמתו של המשכיר;

(2) בכל שכירות — רשאי בית המשפט להרשות את העיסקה בתנאים שייראו לו; ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 491

פרק שני: עסקה בשכירות, הכלל — "השוכר אינו רשאי... אלא בהסכמת המשכיר" 492

פרק שלישי: העברת השכירות, סייגים — "אולם אם לא הסכים המשכיר" 496

פרק רביעי: השכרת משנה, סייגים — "אולם אם לא הסכים המשכיר" 498

א. כללי 498

ב. ההבחנה בין שכירות מקרקעין לשכירות אחרת — "בשכירות מקרקעין... בכל שכירות" 499

ג. כשהמשכיר מתנגד "מטעמים בלתי סבירים" 504

(1) שכירות מיטלטלין 505

(א) שוכר המשנה הוא מבני ביתו של השוכר או מי שהמשכיר רגיל להפקיד אצלו 505

(ב) שירותיו של המשכיר הושכרו יחד עם המושכר 506

(ג) המושכר נמצא כל העת ברשותו של השוכר 506

(2) שכירות מקרקעין 506

(א) חשש לתוספת בלאי 508

(ב) חשש לנזקים נסתרים 512

(ג) אישיותו של שוכר המשנה 512

(ד) שימוש משותף במושכר 513

(ה) זכות קדימה 515
(ו) דמי הסכמה 516
(ז) התחייבות השוכר הראשי לשאת בכל ההפסדים 516
(3) סיכום 517

פרק חמישי: עסקה בשכירות בניגוד למוסכם — "על אף האמור בחוזה השכירות" 518

פרק שישי: עסקה בשכירות שלא כדין 519
א. תוקף העסקה 519
ב. דמי השכירות 529

פרק שביעי: סיכום 532

מבוא

הזכויות על נכס מושכר מתחלקות בין המשכיר והשוכר: זכות הבעלות למשכיר וזכות השימוש והחזקה לשוכר. סעיפים 21־22 דנים בביצוע עסקאות של כל צד בחלק שבבעלותו: סעיף 21, כפי שראינו, דן באפשרות המשכיר להעביר את הבעלות במושכר; וסעיף 22, שלפנינו, דן באפשרות השוכר לבצע עסקאות בזכות השימוש והחזקה.

סעיף 22 מזכיר שתי עסקאות אפשריות בשכירות: העברת השכירות; השכרתה בשכירות משנה[1]. בהעברת השכירות, השוכר הראשי מוכר את זכויותיו, ויוצא מן התמונה, כשאת מקומו תופש השוכר השני. בשכירות משנה, לעומת זאת, השוכר הראשי אינו מוכר את זכויותיו, אלא משכירן. מערכת היחסים המשפטיים בינו לבין המשכיר נותרת כפי שהייתה, וחיוביו של שוכר המשנה הם כלפיו, ולא כלפי המשכיר הראשי, והשוכר אינו יוצא אפוא מן התמונה[2].

על אף השוני באופיין של שתי העסקאות, חל עליהן הסדר זהה[3]. הסדר זה מבחין בין

[1] עסקה נוספת, שהסעיף אינו מזכיר אותה, היא מִשכון השכירות. עסקה זו שכיחה מאוד בארץ, שכן רוב הדירות מוחכרות לציבור על ידי מִנהל מקרקעי ישראל, ולשם מימון הרכישה, הקונה ממשכן את זכות השכירות שלו בדירה. לכאורה היה צריך לחול על משכון שכירות, הסדר זהה להסדר הקבוע בסעיף שלפנינו. התוצאה החמורה ביותר של משכנתא אינה יכולה לגרום ליותר מאשר העברת השכירות לידי בעל המשכנתא. ואולם סעיף 81(א) לחוק המקרקעין, התשכ״ט־1969, קובע הסדר שונה. ביקורת על כך, ראה במאמרו של י׳ ויסמן, ״׳חכירה לדורות׳ למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה״, משפטים ז (תשל״ו) 84 (מכאן ואילך: ויסמן). עוד עסקה שהסעיף אינו מזכיר אותה היא השאלת השכירות. השווה: משנה, בבא מציעא ג, ב: ״השוכר את הפרה, והשאילה לאחר״. אולם נדמה שדינה כדין שכירות משנה, ולא היה צורך להתייחס אליה במיוחד.

[2] להבחנה בין העברת השכירות להשכרתה בשכירות משנה, ראה: ע״א 208/51 א׳ הקר, ק״צ טייכנר ו״אריזונה״ בע״מ נ׳ שינה ברש ופרל לוסמן ואח׳, פ״ד ח 566 (מכאן ואילך: פס״ד אריזונה); לרנר, סעיפים 157־158. והשווה: א׳ לבונטין, ״למהותה של שכירות מקרקעין״, הפרקליט יא (תשט״ו) 254, ביקורתו על פסק הדין הנ״ל.

[3] המחוקק שינה בזה מן ההסדר שהיה מקובל עד לחקיקת חוק השכירות והשאילה, התשל״א־1971, ולפיו הכירו באפשרות של השכרת משנה (על פי סעיף 587 למג׳לה, הקובע: ״מושכר שאין הבדל לגביו מי הם האנשים המשתמשים בו והנהנים ממנו, רשאי השוכר להשכירו לאחר״), אך שללו את אפשרות העברת השכירות בלא הסכמת המשכיר. ראה פס״ד אריזונה (לעיל, הערה 2). בנוגע למקרקעין, הלכת אריזונה שונתה כבר עם חקיקת חוק המקרקעין, התשכ״ט־1969 (כשנתיים לפני חקיקת חוק השכירות). סעיף 82 של אותו החוק קבע: ״שלל או הגביל חוזה השכירות את זכותו של השוכר להעביר את השכירות או להשכיר את המקרקעין בשכירות משנה, והמשכיר לא הסכים לעסקה כזאת מטעמים בלתי סבירים, או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו, אם ראה שאין בכך פגיעה במשכיר״. עם חקיקת חוק השכירות, נמחק סעיף 82 מחוק המקרקעין (ראה: סעיף 33(2) לחוק השכירות), והועבר בשינויים קלים לסעיף 22 בחוק השכירות. סעיף 22 הסדיר את הנושא גם ביחס לשכירות מיטלטלין, והוסף בו הכלל, שגם כשלא נאסרה העברת השכירות על פי החוזה, השוכר חייב בכל זאת לבקש את הסכמתו של המשכיר.

שניים שהם ארבעה: הוסכם שהשוכר אינו רשאי לבצע עסקה בשכירות; לא הוסכם שהשוכר אינו רשאי לבצע עסקה בשכירות; ובשני אלה יש הבחנה בין שכירות מקרקעין לבין שכירות אחרת:

1. הוסכם שהשוכר אינו רשאי לבצע עסקה בשכירות: בשכירות מיטלטלין, המשכיר רשאי לעמוד על זכותו לפי החוזה, ולהתנגד לביצוע כל עסקה, אף שאין לו סיבה סבירה לכך; לעומת זאת, בשכירות מקרקעין, הסעיף מסמיך את בית המשפט להתיר לשוכר את ביצוע העסקה, חרף התחייבותו המפורשת להימנע מכך.

2. לא הוסכם שהשוכר אינו רשאי לבצע עסקה בשכירות: בכל זאת, השוכר אינו רשאי לבצע עסקה כזו בלא נטילת רשות מאת המשכיר. אולם אם סירב המשכיר מטעמים בלתי סבירים, אין זה סוף פסוק, אם כי גם כאן, יש להבחין בין שכירות מקרקעין לשכירות אחרת: בשכירות מקרקעין, השוכר רשאי להתעלם מהתנגדות המשכיר; ואילו בשכירות אחרת (מיטלטלין או זכויות), הוא יכול לפנות לבית המשפט, ובית המשפט מוסמך לאשר לו את ביצוע העסקה על אף התנגדות המשכיר.

הסדר זה מעורר שאלות אחדות: לדוגמה, מה ראה המחוקק להתערב בחופש החוזים ולהתיר לבית המשפט לבטל תנייה בחוזה, האוסרת ביצוע עסקה בשכירות מקרקעין? כמו כן לא ברור מדוע הבחין המחוקק בין שכירות מקרקעין לשכירות אחרת[4]? על שאלות אלה, נעיר להלן במהלך הדיון.

נחלק את הדיון בשאלת ביצוע עסקה בשכירות על ידי השוכר לארבעה חלקים: תחילה נדון בעיקרון, ולפיו השוכר אינו רשאי לבצע עסקה בשכירות בלא נטילת רשות מן המשכיר. ניווכח שעיקרון זה יסודו במשפט העברי, ולפיו "אין השוכר רשאי להשכיר"[5]. לאחר מכן, נבחן אם המשכיר אינו רשאי להתנגד לביצוע העסקה כאשר הטעם לכך אינו סביר, כהוראת הסעיף, או שמא הוא רשאי להתנגד גם באופן שרירותי? גם כאן ניווכח, שבעיקרון, המשכיר אינו יכול למנוע את העסקה, כאשר הטעם להתנגדותו אינו סביר. דיון זה יעמיד אותנו אפוא על גבולותיו של הכלל "אין השוכר רשאי להשכיר". נוסיף וניווכח, שגם לפי המשפט העברי, יש מקרים שניתן להתגבר בהם על התחייבות מפורשת להימנע מביצוע עסקה בשכירות. לבסוף, נדון בשאלת התוצאות של ביצוע עסקה בשכירות שלא כדין, הן במכלול היחסים שבין הצדדים המעורבים (הבעלים, שהוא המשכיר הראשי; השוכר הראשי, שהוא משכיר המשנה; ושוכר המשנה) הן לעניין דמי השכירות המשתלמים על ידי שוכר המשנה.

פרק שני

עסקה בשכירות, הכלל — "השוכר אינו רשאי... אלא בהסכמת המשכיר"

א. החוק קובע, שבעיקרון, השוכר אינו רשאי לבצע עסקה בשכירות בלא הסכמת המשכיר. לכאורה עיקרון זה פוגע באופי הקנייני של השכירות, שכן אחד ממאפייניה הבולטים של זכות

[4] בסעיף 229 לקובץ לדיני ממונות שהכין פרופ' א' ידין, המונח כיום לפני ועדת הקודיפיקציה, בראשותו של השופט א' ברק, הוצע לבטל את ההבחנה בין סוגי השכירות. והשווה דיוננו להלן.

[5] ראה להלן, ליד ציון הערה 11.

קניינית הוא העובדה שהיא ניתנת להעברה[6]. אולם פגיעה זו מוגבלת רק להתנגדות המשכיר מטעמים סבירים. סירב המשכיר לתת את הסכמתו מטעמים בלתי סבירים: בשכירות מקרקעין, השוכר רשאי לבצע את העסקה ולהתעלם מהתנגדותו של המשכיר; בשכירות מיטלטלין או זכויות, השוכר יכול לפנות לבית המשפט ולקבל אישור מיוחד לביצוע העסקה.

אמנם בסעיף 16 נקבע, שאם לא הותנה השימוש במושכר כשימוש ייחודי, השוכר רשאי לעשות שימוש אחר, ובלבד שאין בכך פגיעה במושכר או הכבדה על המשכיר יותר מהמוסכם. נמצא שאילולי סעיף 22, ואם היו דנים בביצוע עסקה בשכירות כאחד מאופני השימוש, ההסדר היה, שבעיקרון, השוכר רשאי לבצע כל עסקה בשכירות, ובלבד שאין בה משום פגיעה במושכר או הכבדה על המשכיר[7]. אולם השאלה, באיזה אופן מותר להשתמש במושכר? שונה מאוד מהשאלה, מי רשאי להשתמש במושכר? ועל כן בעניין עסקה בשכירות, ראה המחוקק לנכון לקבוע הסדר מיוחד. על פי דברי ההסבר להצעת החוק[8], נראה שהסדר זה לא נבע מהעדר אופי קנייני לשכירות. כוונת הסעיף לא הייתה אלא לקיים את הנוהג המקובל בחוזי שכירות, שבהם המשכיר מגביל במפורש את עבִירות השכירות, ובכך שומר לעצמו את הזכות לקבוע מי יחזיק בנכס שלו וישתמש בו. לשון אחר: הסעיף קובע, כהוראה דיספוזיטיבית, שבעניין העברת השכירות, הכלל אינו שהעסקה מותרת כל עוד לא הוסכם אחרת[9] (כמו שנקבע לעניין אופן השימוש), אלא שעסקה בשכירות אסורה, זולת אם הסכים לה המשכיר (או שאין לו סיבה סבירה להתנגד)[10].

ב. מהי גישתו של המשפט העברי בשאלה זו?

התוספתא[11] קובעת: "אין השואל רשאי להשאיל, ולא השוכר רשאי להשכיר, ולא השוכר

[6] השווה: לרנר, סעיף 162 וסעיף 177.

[7] זה היה ההסדר לפחות בנוגע לשכירות משנה. בעניין העברת השכירות, צריך היה להתחשב במרכיב נוסף, והוא שהעברת השכירות אינה רק העברת זכות, אלא יש בה גם משום העברת חבות (השוכר מעביר את חיוביו כלפי המשכיר לרוכש השכירות). על פי זה, גם לולי סעיף 22, השוכר היה זקוק להסכמת הנושה המשכיר (על פי סעיף 6 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט־1969). ראה: לרנר, סעיף 157, ליד ציון הערה 14, הקובע: "העברת חוזה השכירות הינה למעשה המחאת זכות והמחאת חבות גם יחד, וההכרה בה היא סטיה מהדין הכללי האוסר המחאת חבות ללא הסכמת הנושה [בטעות נכתב שם — הסכמת החייב]". השווה: ויסמן (לעיל, הערה 1), עמ' 95. ויסמן קובע שם, שבדרישת סעיף 22 לחוק השכירות, ולפיה השוכר צריך לקבל את הסכמתו של המשכיר כדי להעביר את השכירות, יש משום חריגה מהכלל העולה מחוק המחאת חיובים, ולפיו העברת זכות אינה טעונה הסכמתו של החייב. נדמה, שבדבריו אלה, התעלם ויסמן מן העובדה, שהעברת השכירות אינה רק המחאת זכות, אלא היא גם המחאת חבות, שחל עליה סעיף 6 לחוק המחאת חיובים, ולפיו נדרשת הסכמת הנושה־המשכיר.

[8] הצעת חוק השכירות, התש"ל־1970, סעיף 21, ה"ח 901, עמ' 293.

[9] בתנאי שגם אין בה פגיעה במושכר או במשכיר.

[10] ויסמן (לעיל, הערה 1), בעמ' 96, אף מעיר, שהסעיף מחזק דווקא את עבירותה של השכירות (לפחות במה שנוגע למקרקעין), כאשר הוא קובע שאף שהחוזה בין הצדדים מגביל את אפשרות ההעברה, בית המשפט מוסמך להתירה בכל זאת.

[11] תוספתא, בבא מציעא ג, א. בתלמוד הבבלי, הלכה זו מובאת פעמיים על ידי ריש לקיש בשם רבי: "כאן שנה רבי, 'אין השואל רשאי להשאיל, ולא השוכר רשאי להשכיר'" (ראה: גיטין כט ע"א; בבא מציעא כט ע"ב. לסגנון זה, "כאן שנה רבי", ראה: ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, סדר נשים, גיטין, ניו יורק תשל"ג, עמ' 817). בתלמוד הירושלמי, ההלכה מובאת בשם "תני רבי חייה" (מקורות הירושלמי צוינו בתוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 170).

רשאי להשאיל... אלא אם כן נתן לו בעל הבית רשות", ונפסק בשולחן ערוך[12]: "אין השוכר בהמה או מטלטלין[13] רשאי להשכיר לאחר".

הלכה עקרונית זו טעונה ביאור, לאור הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא"[14]. משמעותו של כלל זה היא לכאורה, שהשוכר רוכש זכות חפצית במושכר. לפי זה, היה מקום לומר, שכשם שרשאי אדם לעשות ב"ממכרו" כרצונו, כך השוכר רשאי לעשות כרצונו בזכויות השכירות שרכש. מדוע נקבע אפוא, ש"אין השוכר רשאי להשכיר"?[15]

אפשר היה להציע ולומר, שאיסור זה של העברת השכירות, נובע מהסכם מכללא בין השוכר למשכיר, ולפיו השוכר מתחייב שלא להעביר את השימוש והחזקה במושכר בלא הסכמת המשכיר. אולם נראה שאין צורך בהסבר מלאכותי זה. ההסבר העיקרי[16] לאיסור הוא, שאמנם זכויות השימוש במושכר הן קניינו של השוכר, אולם יש לשוכר גם חיובים אישיים כלפי המשכיר לעניין שמירת גוף המושכר שנותר בבעלותו של המשכיר, ואינו רשאי להעביר אותם חיובי שמירה אישיים לאחר בלא הסכמת המשכיר. ואמנם כך מסביר הרמב"ם[17]: "אין השוכר רשאי להשכיר... שהרי זה אומר לו: 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'". כלומר, מאחר שהשוכר נושא באחריות לשמירת המושכר, זכותו של המשכיר להתנגד למסירת המושכר לאחר, בטענה שלעניין שמירת המושכר, אינו סומך אלא על השוכר. אדם אחר חשוד בעיני המשכיר, כמי שעלול לגנוב ממנו את המושכר[18], או לכל הפחות, כמי שלא ישמור עליו כהוגן[19]. ואף שמדובר באדם הידוע באמינותו, המשכיר אינו חייב לתת בו אמון[20].

[12] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף ד. בעקבות הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. וראה גם: שם, פרק א, הלכה ד.

[13] להבחנה בין מיטלטלין למקרקעין, ראה להלן.

[14] לכלל זה, ראה במיוחד דיוננו על סעיף 1. אמנם לאותן גישות שסקרנו שם, הרואות בשכירות זכות אישית, ולא קניינית, ואשר צמצמו את הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" לדיני הונאה בלבד, אין כל קושי בכלל "אין השוכר רשאי להשכיר". ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 67 (מס' 4).

[15] הסברו של ערוך השולחן, חו"מ, סימן שז, סעיף ד — "בשוכר פשיטא דהוי איסור גמור, דאיך ימסור לאחר להשתמש בשל חבירו בלתי ידיעתו?" — אינו מספק. אם "שכירות ליומיה — ממכר הוא", השוכר רשאי, לכאורה, להתיר לאחר להשתמש במושכר גם בלא ידיעת המשכיר, משום שזהו קניינו, והקניין לא הוגבל (השווה דבריו, שם, סימן שמב, סעיף ב). השווה לשונו הברורה של שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצה: "שכירות — מכירה ליומיה הוי, וכמו שהקונה יכול, אחר שקנה, לחזור ולמכור, כך השוכר יכול להשכיר". להלן יתברר מדוע אין סתירה בין דבריו אלה של מהרשד"ם לבין הכלל שראינו עתה, ולפיו "אין השוכר רשאי להשכיר".

[16] ראה להלן, פרק שלישי, עמ' 496, שבהעברת השכירות ישנו נימוק נוסף על זה שאנו מציינים כעת. העברת השכירות משמעה המחאת חיוב תשלום דמי השכירות אל השוכר החדש, והלא המחאת חיוב אינה יכולה להיעשות בלא הסכמת הנושה (במקרה זה: המשכיר).

[17] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד.

[18] ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה ("מפני שאפשר להבריחם"); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרפ ("אפשר לגנבם ולהטמינם"). ראה ביתר הרחבה, להלן, ליד ציון הערה 40.

[19] השווה: מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. ראה דבריו להלן, ליד ציון הערה 38. לניתוח הנימוקים השונים של איסור המסירה לאחר (ולאו דווקא לשימושו של אחר), ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 3, פרק ב, 1, עמ' 260-264.

[20] ראה: פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ג, סימן ו: "אפילו אי ידעי כולי עלמא שהוא אדם טוב וכשר יותר מן הראשון"; שו"ת מהרי"ק, שורש ו, ד"ה ומה שכתב מר: "ואפילו היה השומר הראשון קל שבקלים, והשני אדיר שבאדירים", מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצא, ס"ק כה, וסימן שמב, ס"ק א, מובא גם

נראה אפוא שההלכה "אין השוכר רשאי להשכיר" אינה סותרת את העיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא". אף שהשוכר הוא בעל זכות השימוש והחזקה במושכר, עליו להימנע מפעולות העלולות לפגוע בזכויותיו של המשכיר לעניין שמירת המושכר. זאת ועוד, פוסקים רבים[21] סבורים שהלכת "אין השוכר רשאי להשכיר" לא נאמרה אלא לכתחילה (כלומר כאיסור דתי־מוסרי), ואילו בדיעבד, העסקה תקפה. לפי זה, ודאי שאין סתירה לעיקרון "שכירות ליומיה — ממכר הוא"[22].

ג. מה שהוסבר עד כה הוא, שאמנם יש לשוכר הכוח המשפטי לבצע עסקה בשכירות, אולם מאחר שחלים עליו גם דיני השומרים, הוא צריך להימנע מכך, כל עוד לא קיבל את הסכמתו של המשכיר. נציין שלפעמים אין צורך להיזקק לדיני השומרים כדי לשלול עסקה בשכירות. כך יהיה כאשר השוכר מבקש למכור או להשכיר שימוש אחר (או שימוש רב יותר) ממה שרכש בעצמו. בכגון זה, לא רק שהשוכר אינו רשאי לבצע את העסקה, אלא אין לו הכוח המשפטי לבצע אותה, שכן כיצד ימכור או ישכיר את מה שאין לו?[23] לדוגמה, אם הושכרה מכונית ישנה לשם העמדתה בתצוגה של מכוניות עתיקות, ודאי שהשוכר אינו יכול (ולא רק שאינו רשאי) לתת לשוכר משנה את הזכות לנהוג בה. על הבחנה זו נחזור עוד להלן בכמה הזדמנויות[24].

ד. מסקנת הדברים היא אפוא, שסעיף 22 אימץ את הכלל של המשפט העברי "אין השוכר רשאי להשכיר". אולם במשפט העברי כלל זה אינו נוקשה, ופעמים שהשוכר רשאי לעשות עסקה במושכר גם בלא הסכמת המשכיר. אף בעניין זה הלך החוק בעקבות המשפט העברי, אם כי, כפי שנראה, לא בכל הפרטים. על פי הסעיף, אם המשכיר מסרב לתת את הסכמתו לביצוע עסקה בשכירות מטעמים שאינם סבירים, יוכל השוכר להתגבר על סירובו של המשכיר. כאן יש להבחין בין שכירות מקרקעין ובין שכירות אחרת. בשכירות מקרקעין, השוכר רשאי להתעלם מהתנגדותו של המשכיר בלא צורך לפנות לבית המשפט; ואילו בשכירות אחרת, הוא יוכל לעשות זאת רק אם קיבל את אישור בית המשפט. לא ברור מהו ההיגיון שבהבחנה זו בין מקרקעין לנכסים אחרים[25]. כמו כן לא ברור מהי התנגדות סבירה ומהי התנגדות לא סבירה. יש להניח, שהתנגדות שיסודה בחשש להרעת מצבו של המשכיר תיחשב להתנגדות סבירה.

בשולחן ערוך הרב, הלכות שאלה ושכירות וחסימה, סעיף א. למסירה לאדם הידוע כנאמן, ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, פרק א, 2 (ג), עמ' 403־406, ששאלת האחריות בכגון זה שנויה במחלוקת בין התוספות והרא"ש, אך ברור שלכולי עלמא לכתחילה המסירה אסורה. והשווה: דרישה, חו"מ, סימן שמב, ס"ק א.

[21] ראה להלן, ליד ציון הערה 128.

[22] מעניין לציין, שלפי אבני מילואים, אבן העזר, סימן כח, ס"ק נ, ד"ה ולענ"ד, בשכירות שאינה קצובה, אין לשוכר הכוח להשכיר. ונראה שהנימוק לכך הוא, אל נכון, שבשכירות שאינה קצובה, לא חל הכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא". כלומר, היא אינה מעניקה לשוכר זכות קניינית במושכר, אלא רק זכות אישית (ראה על כך, להלן, הערה 71, אות ב). עם זאת, צריך לומר, שיש שרואים בשכירות (אפילו קצובה) זכות אישית, ובכל זאת הכירו בתוקפה של השכרת משנה מכוח הסכם מכללא. ראה: אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד. לתשובה זו, ראה לעיל, בדיוננו על סעיף 16, הערה 101.

[23] ראה: פרישה, חו"מ, סימן שמב, ס"ק א; וסמ"ע, חו"מ, סימן שמב, ס"ק א. וראה גם: נתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק ד.

[24] ראה להלן, הערות 73־74 וליד ציון הערה 157.

[25] ואף לרנר, כשהוא דן בסוגיה זו (סעיפים 166־170), אינו נותן נימוק לכך. להלן, ליד ציון הערה 53, נציע הסבר.

כך יהיה לדוגמה, כשאישיותו של הנעבר גורמת לחשש שיזיק למושכר, או שלא יוכל לעמוד בתשלום דמי השכירות. אולם מה דין התנגדות הקשורה לעובדה שהשוכר המוצע הוא שונאו של המשכיר? כלומר, מה דין התנגדות סובייקטיבית, שאינה קשורה לדאגה לשמירה על שלמות המושכר? וכן מה דין משכיר המתנה את הסכמתו בתשלום כספי (דמי הסכמה)? האם זהו תנאי סביר, או לא? בשאלות אלה דן לרנר[26], ולדבריו נתייחס להלן.

בפרקים הבאים, נבחן אלו סייגים קבע המשפט העברי לכלל "אין השוכר רשאי להשכיר". בניגוד לחוק, נבחין לצורך הדיון בין העברת השכירות ובין שכירות משנה.

פרק שלישי

העברת השכירות, סייגים — "אולם אם לא הסכים המשכיר"

א. בפרק הקודם ראינו, שעסקה בשכירות אסורה משום שהשוכר נושא באחריות לשמירת המושכר, וזכותו של המשכיר להתנגד להעברת אחריות זו לאדם אחר. נימוק זה חל על כל סוגי העסקאות שהשוכר מבקש לעשות בשכירות: השכרת משנה, השאלת משנה, העברה. מבין עסקאות אלה, העברת השכירות בעייתית במיוחד, משום שבהעברת השכירות, השוכר יוצא מן התמונה לגמרי, והשוכר השני מקבל על עצמו לא רק את אחריות השמירה, אלא גם את שאר החיובים שהיו מוטלים על השוכר הראשון, ובהם חובת תשלום דמי השכירות. בעסקה זו יש אפוא גם משום המחאת חבות, בעיקר המחאת החובה לשלם דמי שכירות.

אשר על כן, גם במקרים שנראה להלן, שבהם אין המשכיר יכול לטעון, "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", ולכן השכרת משנה מותרת (כגון בשכירות מקרקעין), העברת השכירות, על כל הכרוך בה, עדיין תהיה בלתי אפשרית, שכן אין המשכיר חייב להסכים להמחאת חיובו של השוכר לאדם אחר. אפשר שזו משמעות התוספתא[27], האומרת: "השוכר שדה מחבירו, ועמד השוכר והשכירה לאחר — רשאי בעל הבית שיאמר לו [לשוכר הראשון]: 'אין לי חשבון עם כל אדם אלא עמך'". כך לפחות הבין בעל "חסדי דוד"[28] את התוספתא: "אין רצוני לקבל שכרי אלא ממך, ואתה תגבה ממי שהשכרת לו, אם תרצה". לשון אחר, השוכר אינו יכול להעביר לאחר את חיוב תשלום דמי השכירות המוטל עליו. נמצא, שבניגוד לחוק[29], המשפט העברי אינו חורג כאן מן העיקרון בדבר איסור המחאת חיוב בלא הסכמת הנושה[30].

[26] לרנר, סעיפים 166-170.

[27] תוספתא, בבא מציעא ט, לג.

[28] חסדי דוד, שם.

[29] ראה לעיל, הערה 7.

[30] לעניין המחאת חיובים, ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ו, הלכה ט.
לעניין אי־ההכרה של המשפט העברי באפשרות העברת השכירות, השווה: דברי השופט זילברג בפס"ד אריזונה (לעיל, הערה 2), מובא אצל נ' רקובר, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט, ירושלים תשמ"ט, כרך שני, עמ' 754. זילברג מסיק שאין המשפט העברי מכיר בהעברת השכירות מתוך דיוק בלשונו של דרישה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א. בדבריו שם, בעל הדרישה מבקש להסביר מדוע, אם המושכר הוא דירת מגורים, הרמב"ם מתיר לשוכר לבצע בו עסקה (ראה להלן, ליד ציון הערה 51, הבחנתו בין דירת מגורים לקרקע חקלאית). הדרישה מסביר בין השאר, שבדירת מגורים המשכיר יכול להתנות שהשוכר הראשי "יחזירהו לידו

ב. יחד עם זאת, יש לציין, שאם השוכר מבקש לסיים בטרם עת את החוזה הקושר אותו עם המשכיר, והוא מציע במקומו שוכר חליפי, והשוכר החליפי הוא "אדם הגון", המשכיר חייב לשחרר את השוכר מן השכירות[31]. בכגון זה, יתאפשר אפוא לשוכר לסיים את השכירות סיום מוקדם.

אין להסיק מכאן, שהמשפט העברי מכיר, בנסיבות מסוימות, בתוקפה של העברת השכירות, ושהמשכיר חייב לקבל את ה"אדם ההגון" שמציע לו השוכר. המשכיר יוכל תמיד לומר לשוכר השני, "לאו בעל דברים דידי את"[32]. אלא שאם יעשה כן, תהיה לשוכר עילה טובה לביטול השכירות. נמצא שבניגוד למה שנאמר בסעיף, המשכיר רשאי להתנגד להעברת השכירות גם אם טעם התנגדותו אינו סביר לכאורה, היינו גם כשאין סיבה סבירה לחשוש שהשוכר המוצע לא ישלם את דמי השכירות באופן סדיר. במקרה זה, השוכר יהיה רשאי לסיים את החוזה.

ונראה שאם שולמו דמי השכירות מראש, כך שאין כל נימוק למשכיר להתנגד להעברת המושכר לאחר, הרי שהעברת השכירות מותרת (ובתנאי כמובן שאין מקום לטענת "אין רצוני

כמות שהוא". ומדייק זילברג: "מכאן עולה, לדעתי ברורות, כי כאשר המדובר הוא ברשותו של השוכר להשכיר, הכוונה היא להשכרת־משנה דוקא, בה השוכר נשאר אחראי כלפי משכירו מכח השכירות הראשית העומדת בעינה, ולא להעברת השכירות, אשר — אם אפשרית — משחררת את השוכר המקורי מכל חובותיו כלפי בעל הבית ומכניסה תחתיו את השוכר השני" (ההדגשה במקור). להלן, ליד ציון הערה 33, נראה, שבניגוד לדברים אלה, יש מקום לומר, שהמשפט העברי אינו שולל את האפשרות של העברת השכירות לחלוטין, ובנסיבות מיוחדות הוא מכיר בתוקפה. נדמה שמאחר שזאת הייתה תפישתו של זילברג לעניין החוק (ראה לעיל, הערה 3), הוא ביקש למצוא את אותה תפישה במשפט העברי. אולם כפי שנראה, הדברים אינם חד־משמעיים. עוד העיר לי הרב א' מילר כנגד דיוקו של זילברג, שאפשר שכוונת הסמ"ע היא שאותו חיוב שהיה מוטל על השוכר הראשי, יחול על הנעבר, והנעבר הוא שיחזיר את המושכר כמות שהוא. אם כן אין כל ראיה מלשון הדרישה. לדברינו כאן, השווה ביקורתו של א' לבונטין על פסק דינו של השופט זילברג (לעיל, הערה 2).

לעניין העברת חובת השמירה משומר לשומר משנה, ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, פרק ב, עמ' 411־440, שגם כאשר קיבל השומר רשות מפורשת או מכללא למסור את הנכס לאחר, חלוקים הפוסקים בשאלה, האם הסתלק השומר הראשון מאחריות השמירה מכול וכול?

[31] בית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ח. והשווה: חסדי דוד, על התוספתא, לעיל, הערה 28. כפי שציינו כבר לעיל, "חסדי דוד" טוען, שמדברי התוספתא ("השוכר שדה מחבירו, ועמד השוכר והשכירה לאחר, רשאי בעל הבית שיאמר לו [לשוכר הראשון]: 'אין לי חשבון עם כל אדם אלא עמך'"), עולה ששכירות משנה אפשרית (במקרקעין), אך לא העברה, שכן המשכיר יכול לומר, שאינו מוכן לגבות את דמי השכירות מאדם אחר. "חסדי דוד" מוסיף ומעיר, שהלכת התוספתא תומכת בדבריו של ה"בית יוסף", הקובע ש"איכא למיקפד בשנוי דעתא בשעת גביית השכירות", ולכן המשכיר אינו חייב לשחרר את השוכר, אם הלה מציע במקומו אדם שאינו הגון. אולם אין זה מדויק, שכן דברי ה"בית יוסף" לא נאמרו אלא בקשר להעברת השכירות לאדם שאינו הגון מאוד. אם השוכר החליפי המוצע הוא הגון מאוד, ה"בית יוסף" טוען דווקא, שהמשכיר "אינו יכול לעכב על ידו, אפילו היה שכור בידו לזמן קצוב, ויצא בתוך הזמן". כלומר, במקרה כזה הוא אינו יכול "למיקפד בשנוי דעתא בשעת גביית השכירות". ואף על פי כן ברור שגם אם האדם המוצע הוא הגון מאוד, אין המשכיר חייב להסכים להעברה. הדבר היחיד שהוא חייב, כמו שאומר "בית יוסף", הוא לשחרר את השוכר מקשר השכירות שביניהם. לא ברור אפוא, כיצד מוצא "חסדי דוד" תימוכין לדברי ה"בית יוסף" מתוך דברי התוספתא. וצריך עיון. וראה דיוננו על סעיף 19, פרק שלישי, ד, עמ' 439.

[32] השווה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרפ, דבריו על סוגיית בבא מציעא עט ע"ב, בעניין השוכר את הספינה, ופרקה בחצי הדרך. והשווה גם: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה ת"ר השוכר את הספינה (בסוף הדיבור). וראה עוד להלן, הערה 37.

שיהיה פקדוני ביד אחר", כפי שנראה להלן). שאלה היא: מה הדין כאשר השוכר מבקש להעביר את השכירות למי שהמשכיר רגיל להשכיר לו או לעשות אתו עסקים? לכאורה, בכגון זה השוכר רשאי להעביר את השכירות לאחר, שכן המשכיר אינו יכול לטעון "אין רצוני לקבל שכרי אלא ממך". בדומה למה שנראה להלן בעניין שכירות משנה, שכאשר המשכיר רגיל להשכיר מנכסיו לשוכר המשנה, הוא אינו יכול לטעון "אין רצוני שיהיה פקדוני בידיו". באותה מידה אפשר אולי לומר, שאם המשכיר מתפרנס מהשכרת נכס זה, והוא רגיל להשכיר אותו לכל דורש, ובלבד שייראה כאדם הגון, גם אז, לכאורה יש לאפשר את העברת השכירות, שמכללא הוא כמי שהשכיר לשוכר ולכל מי שיבוא מכוחו[33]. וצריך עיון[34].

פרק רביעי

השכרת משנה, סייגים — "אולם אם לא הסכים המשכיר"

א. כללי

כפי שראינו לעיל, השכרת משנה אסורה גם היא, משום שזכותו של המשכיר לטעון: "אין רצוני שיהא פיקדוני ביד אחר". מכאן שכל מקום שאין יסוד לטענה זו, השוכר רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה. בנקודה זו צצה ועולה ההבחנה בין מקרקעין למיטלטלין:

[33] ואמנם כך עולה לכאורה מסוגיית השוכר את הספינה, ופרקה בחצי הדרך (בבא מציעא עט ע"ב), לפחות לפי פירוש הרמב"ם (ראה להלן, הערה 37), שכן מדובר שם בשהשוכר השני משלם דמי שכירות, ולא השוכר המקורי. והשווה גם לשונו הברורה של הרמב"ן בחידושיו המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, קונטרס אחרון (מובא בשיטה מקובצת, כתובות נט ע"ב, ד"ה הא לא דמיא): "וכן במטלטלין שאולין ושכורין, שואל מקדיש לפי טובת הנאה שבו, ונותן ומקנה חלקו לאחרים במשיכה, והוא שיהא רשאי להשכיר". והשווה גם: שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד. ועוד השווה: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ירושלים — תל־אביב תשל"ו, עמ' 405.

וראה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כח (בסיכום, אות ט). בעל שו"ת "ציץ אליעזר" קובע, שאם המנהג הוא שהשוכר השני בא במקומו של השוכר הראשון, המנהג קובע, ויתבע המשכיר את דמי השכירות מהשוכר השני. ואולם מדבריו עולה שאין כאן העברה של ממש, שכן השוכר הראשון אינו יוצא לגמרי מן התמונה: אם השוכר השני מקלקל את המושכר ואינו מוכן לתקנו, "יחול על השוכר הראשון שהשכיר להם לתקן" (שם, בסיכום אות ב). כלומר, השוכר הראשון נשאר ערב לחיוביו של השוכר השני. מבחינה מושגית, קשה להבין את דבריו.

השווה: לרנר, סעיף 157, הערה 12, המצביע על הסדר דומה בדין האנגלי. נוסיף שהסדר דומה נמצא גם בחוק השוויצרי, Code des obligations, art. 263. סעיף זה קובע, שבשכירות מבנה מסחרי, המשכיר אינו יכול להתנגד להעברת השכירות אלא מטעמים סבירים. השוכר המקורי ממשיך לשאת באחריות לקיום החוזה יחד עם השוכר החדש, אם כי לתקופה שאינה עולה על שנתיים.

עוד ראוי להפנות כאן לדבריו של השופט זילברג בפס"ד אריזונה (לעיל, הערה 2), מובא אצל נ' רקובר, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, ירושלים תשמ"ט, כרך שני, עמ' 754: "אין להעלות על הדעת, כי המשפט העברי ביקש להבליע כאן [כוונתו להלכת הרמב"ם, המובאת להלן, ליד ציון הערה 35] בנעימה העברת שכירות מיוחדת, דוגמת ה assignment of lease האנגלי, בה השוכר, למרות ההעברה, נשאר אחראי למילוי החובות הנובעות מחוזה השכירות. קונסטרוקציה משפטית שכזאת, אמנם, אפשרית היא גם על פי עקרונות המשפט העברי... אך אילו נתכוונו לכך, היה רישומו של דבר ניכר בספרות השאלות ותשובות

המקרקעין נחשבים בדרך כלל לנכסים יציבים ובטוחים, שאין מקום לחשוש שיוברחו או יינזקו. חזקה אפוא שהשכרת המשנה לא תפגום במושכר. אשר על כן, אין מקום לטענת "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר". ואמנם להלן נראה, שבמקרקעין העיקרון הוא, שהשכרת משנה מותרת. אם כי, ישנם סייגים לעיקרון זה, ופעמים שגם במקרקעין, יטען המשכיר באופן סביר: "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר".

לעומת זאת, המיטלטלין אינם נכסים יציבים ובטוחים כמקרקעין, ובעיקרון חל עליהם הכלל "אין השוכר רשאי להשכיר". ברם, גם לעיקרון זה ישנם סייגים, ופעמים שאף שמדובר במיטלטלין, אין זה סביר מצד המשכיר לטעון "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר".

על היתר השכרת משנה במקרקעין וסייגיו ואיסור השכרת משנה במיטלטלין וסייגיו, נרחיב להלן. אך נבסס קודם את ההבחנה בין מקרקעין למיטלטלין.

ב. ההבחנה בין שכירות מקרקעין לשכירות אחרת — "בשכירות מקרקעין... בכל שכירות"

א. ההבחנה בין מקרקעין למיטלטלין לעניין השכרת משנה אינה מצויה בתלמוד. הבחנה זו באה לראשונה בדבריו של הרמב"ם[35]: "מכאן[36] אני אומר, שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו, משכיר לאחרים שהן כמנין בני ביתו. אבל אם היו ארבעה, לא ישכור לחמשה, שלא אמרו חכמים, 'אין השוכר רשאי להשכיר' אלא במטלטלין, שהרי אומר לו, 'אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר', אבל בקרקע... אין אומרים כן"[37]. "מגיד משנה"[38] מסביר, שבבית אין מקום לטענה "אין רצוני שיהיה פקדוני

העשירה, הדנה הלכה למעשה בעניני שכירות, ואין הדבר כן, עד כמה שהצלחתי לברר". השווה: לבונטין (לעיל, הערה 2), בעמ' 259.

[34] שכן, לעיל, הערה 30, ראינו שבעניין העברת אחריות שמירה, אפילו כשזו הוסכמה מראש בין המפקיד לשומר, יש אומרים שהשומר הראשון אינו מסתלק מאחריותו. ייתכן אפוא שכן הוא גם לעניין תשלום דמי השכירות. וראה עוד להלן, הערה 63.

[35] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה.

[36] הכוונה לסוגיית בבא מציעא עט ע"ב, שנאמר בה: "תנו רבנן: 'השוכר את הספינה, ופרקה לה בחצי הדרך, נותן לו שכרו של חצי הדרך, ואין לו עליו אלא תרעומת'. היכי דמי [=באיזה אופן מדובר בברייתא]? אילימא דקא משכח לאגורה, אמאי אית ליה תרעומת [=אם המשכיר יכול להשכירה, מדוע יש לו תרעומת]? ואי דלא קא משכח לאגורה, כוליה אגרא בעי שלומי [=ואם המשכיר אינו יכול להשכירה, השוכר חייב לשלם לו את מלוא דמי השכירות]? לעולם דקא משכח לאגורה. אלא אמאי אית ליה תרעומת?... משום שינוי דעתא, אי נמי לאשלא יתירא". מכאן הסיק הרמב"ם, שאם לא צפוי נזק למושכר (כמו בספינה), השכרת משנה מותרת. לכאורה אין מדובר כאן בשכירות משנה, שכן המשכיר הוא זה שמוצא שוכר חלופי, אולם ראה על כך בהערה 37. לסוגיה זו, השווה: תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 247, הפירוש לשורה 16.

[37] יש לציין, ששניים מן הראשונים, אף שהם מסכימים עם הרמב"ם לגופו של עניין, דחו את ההוכחה שהביא לדבריו (ראה לעיל, הערה 36). שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרפ, כותב שמסוגיית השוכר את הספינה, אין להוכיח את תוקפה של השכרת משנה, שכן "היכא דספן אינו שואל [=תובע] אלא שכר הדרך שהלך כבר, ורצה למחול שכירתו דמכאן ואילך... אין לנו ראיה שלא יכול לומר כן: 'איני חפץ שתשכיר אותה לאחר'". כלומר, אפשר להוכיח מסוגיה זו רק, שאם יש שוכר חלופי, המשכיר אינו יכול לדרוש את תשלום מלוא דמי השכירות, אלא הוא חייב לשחרר את השוכר מהסכם השכירות. אין מזה אפוא ראיה, שיש תוקף לעסקה של השוכר. ונראה שזוהי גם הסתייגותו של הריטב"א מדברי הרמב"ם: "אין מכאן ראיה של כלום, כי בכאן בעל הספינה חזר והשכירה לשני" (חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה ת"ר השוכר את הספינה, בסוף הדיבור). והשווה לעיל, דברי ה"בית יוסף", ליד ציון הערה 31. כנגד הסתייגותם של מהר"ם מרוטנבורג והריטב"א מראיית הרמב"ם, יש לומר, שמתוך לשונו בהלכת ספינה

ביד אחר", משום ש"השוכר השני, אם הזיק ישלם, ואין מצוי היזק בקרקע". יש להניח שהנימוק העיקרי הוא הנימוק השני ("אין מצוי היזק בקרקע"), שכן הנימוק הראשון ("אם הזיק ישלם") נכון גם במיטלטלין[39].

מהר"ם מרוטנבורג[40] מבחין גם הוא בין מקרקעין למיטלטלין. כדי להסביר מדוע דווקא במיטלטלין יש מקום לטענה "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", ולא במקרקעין, הוא מציע נימוק שונה מזה של "מגיד משנה". לדעתו, הכלל "אין השוכר רשאי להשכיר" נאמר במיטלטלין, משום שמיטלטלין "אפשר לגונבם ולהטמינם. אבל במקרקעי רשאי השואל והשוכר להשאיל ולהשכיר"[41, 42].

מכוח אותו נימוק שנקט בו מהר"ם מרוטנבורג, הרשב"א[43] מצמצם עוד יותר את הכלל "אין השוכר רשאי להשכיר", צמצום אשר יש בו כדי לסייג את איסור השכרת משנה גם במיטלטלין.

שפירקה באמצע הדרך, ניכר שהרמב"ם הבין, שדברי הגמרא אמורים בשוכר שהוא עצמו משכיר את הספינה לאדם אחר, ולא במשכיר שמוצא שוכר חדש: "השוכר את הספינה, ופרקה בחצי הדרך, נותן לו שכר כל הדרך. ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו [=מי שישכור אותה ממנו] עד המקום שפסק, שוכר [=משכיר], ויש לבעל הספינה עליו תרעומת". על מניעיו של הרמב"ם לפרש את הסוגיה כך, ולא כמו שמפרש הריטב"א, ראה: שו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק א־ה. עיקר טיעונו הוא, שאם המשכיר כורת חוזה עם שוכר חדש, אף שנאלץ לעשות כן בגלל השוכר, אין לומר שיש לו תרעומת על שנאלץ לסבול מישהו אחר, שהרי הוא בחר אותו, ומשום כך העמיד הרמב"ם את הסוגיה בשוכר שהעביר. נעיר, שעל פי הסבר זה בסוגיה, בפנינו מקרה של העברת השכירות, ולא שכירות משנה, שכן על פי דברי הגמרא, השוכר שהעביר את הספינה לשוכר חלופי, פטור מתשלום דמי השכירות. לעיל, ליד ציון הערה 33, הצענו לומר שהסיבה לכך שהעברת שכירות אפשרית כאן היא, שהשכרת ספינתו היא פרנסתו של משכיר זה, ועל כן אינו יכול לטעון "אין רצוני לקבל שכרי אלא ממך".

יש לציין, שמבין גדולי הראשונים מצאנו שניים שאינם מכירים בשום חריג לאיסור השכרת משנה, וזו אסורה אפילו במקרקעין (נראה שגם הם הבינו את סוגיית השוכר את הספינה בשונה ממה שהבין הרמב"ם). ראה: ראב"ן, מובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעט; וכך עולה גם מבעל העיטור, ערך שכירות (ראה על כך בשו"ת בני אהרן (לפפא), סימן א, אות ג, ד"ה ולענין). אמנם פוסקים אלה נחלקו באשר לתוקפה של העסקה בדיעבד. ראה להלן, ליד ציון הערה 131 וליד ציון הערה 132.

38 מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א.

39 אם כי, ראה: מעשה בצלאל, על ספר ריקאנטי, סימן שסט, המדגיש, שהנימוק "אין מצוי היזק בקרקע" לבדו, בלא הנימוק הנוסף, "אם הזיק ישלם", לא היה מועיל, שכן אין אדם חייב לסבול נזק, גם אם הנזק אינו מצוי. רק צירוף של הנימוק "אם הזיק ישלם", מועיל להתגבר על הטענה כנגד נזק שאינו מצוי. וכן להפך, הנימוק "אם הזיק ישלם" לבדו אינו מספיק, משום שאם הנזק שכיח, המשכיר יכול לטעון שהוא חושש שלא יעלה בידו לגבות את הפיצוי המגיע לו ("כעין טענה ד'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר', דהוא משום דיכול להבריחו"). והשווה להלן, הערה 79.

40 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרפ. וכן ראה: סימן תתרב. מדובר שם בשכירות בית, ונפסק ששכירות משנה מותרת (לתשובה זו, ראה עוד להלן, ליד ציון הערה 91). יש לציין, שבשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעט, נפסק להפך, ששכירות משנה אסורה בכל מקרה (אפילו במקרקעין). אולם אין כאן סתירה בדברי מהר"ם מרוטנבורג, שכן תשובה אחרונה זו אינה מהמהר"ם אלא מהראב"ן (צוין לעיל, סוף הערה 37). יש לתמוה על ה"מרדכי" שהביא בספרו להלכה את שתי התשובות הסותרות: בבבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שנז, הביא את תשובת מהר"ם מרוטנבורג, שבסימן תרפ; ואילו בבבא בתרא, פרק חזקת הבתים, סימן תקכט, הביא את תשובת הראב"ן, שבסימן תרעט. לתמיהה זו, ראה: חידושי אנשי שם, על ה"מרדכי", בבבא מציעא שם, אות מ, ובבבא בתרא שם, אות כ. וכן ראה להלן, הערה 71, אות א.

41 מובא בהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ל, בשם "מורי". וראה להלן, ליד ציון הערה 43,

לדעתו, לא רק על מקרקעין לא חל הכלל האוסר השכרת משנה, אלא שיש גם סוג של מיטלטלין שהכלל אינו חל עליהם. לדידו, השכרת משנה אינה אסורה אלא ב"המטלטלין שאין דרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם, מפני שאפשר להבריחם, ואינו רוצה שיהו מטלטליו אצל אחרים... אבל מטלטלין שאין עשויין להבריח, שדרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם — משכיר ומשאיל לאחרים". לשון אחר: לדעת הרשב"א, מיטלטלין שקל להעלימם (כגון שהם קטנים או שאין עליהם סימנים מזהים מובהקים[44] וכדומה), ההנחה היא שאסור להעבירם לאחר, משום שהמשכיר הראשי חושש שלא יוחזרו לו. לעומת זאת, מיטלטלין שאין מעלימים אותם בקלות, ואין ספק שיוחזרו לרשות המשכיר, אין יסוד לאיסור זה, ואם לא נקבע אחרת במפורש, ההנחה היא שהשכרתם בשכירות משנה מותרת[45].

שגם הרשב"א נוקט נימוק זה. נימוק זה מובא אצל כמה מן האחרונים: סמ"ע, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א; ביאור הגר"א, שם, ס"ק א; כן עולה גם מנתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ג, כשהוא מתייחס לסוגיית ירושת שאילה: "ודאי דיכול המשאיל לומר, 'האב מהימן לי בשבועה, ואתם אינכם מהימנין לי בשבועה', ואולי אחר כך יטענו בשקר שנאנסה, 'אין רצוני כלל להניח הבהמה אצלכם', והיאך יכול לכופו שיניח הבהמה ברשותם?". והשווה: ט"ז, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, ד"ה משכיר עד סוף זמנו, האומר: "במטלטלין יש חשש שהשוכר השני מבריחם מן הבעלים במקום שאין עינים שולטות שם. מה שאין כן בקרקע, שהבעלים יכולים לראות תמיד עליה שלא תהא מקולקלת. ואף על פי שאינו דר עמו באותו בית, מכל מקום יכול לילך בכל עת לדרוש מה יעשה בביתו". מובא בערוך השולחן, חו"מ, סימן שטז, סעיף ג. והשווה: ערוך השולחן, שם, סימן שמב, סעיף ב, שם מסתייג "ערוך השולחן" מהנימוק של "שמא יבריח" כטעם לאיסור השכרת משנה.

42 יש לציין, שבניגוד לרמב"ם, מהר"ם מרוטנבורג אינו מגביל את רשות השוכר להשכיר את המקרקעין בשכירות משנה, אלא הוא מתיר את שכירות המשנה אפילו למי שבני ביתו מרובים משל השוכר הראשי. על כך ראה להלן, הערה 78.

43 שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שמב, ס"ק א). וראה עוד מקורות נוספים משו"ת הרשב"א, להלן, בהערה 45. והשווה עוד: שו"ת הרשב"א, חלק חמישי, סימן קו, שם הרשב"א מביא כמה הוכחות מהתלמוד, ששוכר דירה רשאי להשכירה בשכירות משנה (התשובה מופיעה גם, מקוצרת, בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף נג). בתשובה זו, הרשב"א אינו מדגיש את ההבחנה בין מקרקעין למיטלטלין (השווה להלן, הערה 45), ואף אינו מתייחס לכלל "אין השוכר רשאי להשכיר".

44 ראה: א' כץ, "שואל ספר מספריה, האם רשאי להשאיל לאחר?", תחומין ד (תשמ"ג) 339.

45 הפירוש שאנו מביאים כאן לדברי הרשב"א עולה בבירור מדברי הרשב"א עצמו במקומות אחרים בספר תשובותיו, שם הוא אומר: "ומה שאמר: 'כאן שנה רבנו, אין השואל רשאי להשאיל, ואין השוכר רשאי להשכיר', לא אמרו אלא במטלטלין קטנים, אבל בגדולים כספינה, וכל שכן בתים, לא אמרו" (ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ד; חלק ג, סימן לו, וסימן פד; חלק ו, סימן קיא).

אילולי דבריו המפורשים האלה של הרשב"א, אפשר היה לטעון, שהרשב"א אינו מבחין בין סוגים שונים של מיטלטלין (גדולים וקטנים), אלא בין סוגים שונים של משכירים, בין משכיר שאינו רגיל להשכיר את המיטלטלין למשכיר הרגיל להשכירם לשם פרנסתו. האחרון אינו יכול לטעון "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר". נראה שכך הבין מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט, את דברי הרשב"א: "לפי דברים אלו [של הרשב"א], נראה דכל שעשוי להשכירם ולהרויח בהם, לא מצי לומר 'אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר'... שכן הוא אמנותו". "מחנה אפרים" מבין אפוא, שהביטוי "להשתכר עמהם", בדבריו של הרשב"א, משמעו "להשתכר בהם", כלומר להשכירם ולהרוויח בהם.

עוד אפשר היה להציע ולומר, שהרשב"א מבחין בין נסיבות שונות של השכרת מיטלטלין, בין משכיר שאינו מתלווה למושכר למשכיר המתלווה למושכר ("להשתכר עמהם"). האחרון אינו יכול לטעון "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", מאחר שהוא יכול להשגיח על המושכר בכל עת. נראה שכך הבין את דברי הרשב"א, הרמ"א, בדרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ג; וכן הבינו גם ערך ש"י, חו"מ, סימן שמב; וערוך השולחן, חו"מ, סימן שמב, סעיף ב (בלא שציינו ל"דרכי משה"). לשיטה זו, ראה להלן, הערה 101.

ב. מאחר שבשולחן ערוך[46] נפסק כשיטת הרמב"ם, יש מקום להוסיף ולעיין בשיטתו. הרמב"ם, בהלכות מכירה[47], קובע דברים הסותרים לכאורה את דבריו בהלכות שכירות. הרמב"ם שואל שם: "ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה מחבירו?". והוא עונה, שאחד ההבדלים הוא, ש"אין השוכר רשאי להשכיר, אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה". לכאורה, דברי הרמב"ם סותרים זה את זה: בהלכות שכירות, הרמב"ם קובע במפורש, שהכלל "אין השוכר רשאי להשכיר" נאמר במיטלטלין דווקא ולא במקרקעין; ואילו בהלכות מכירה, הוא פוסק שהשוכר שדה (כלומר מקרקעין) אינו רשאי להשכיר[48]. על סתירה זו בדברי הרמב"ם, עומד כבר "כסף משנה"[49], והשאירה ב"צריך עיון". לדעתו, אין מקום לטעון ששדה עלול להתקלקל יותר מבית, ומשום כך אסורה בו השכרת משנה; להפך, בית פגיע יותר משדה. מכוח קושיה זו, השמיט ה"בית יוסף" מהשולחן ערוך את הלכת הרמב"ם בעניין השוכר שדה[50].

הסמ"ע[51] אינו מקבל את גישת השולחן ערוך. אמנם הוא מודה, שבית פגיע יותר משדה, אולם לדעתו השיקול של הרמב"ם הוא, שנזקי הבית הם נזקים גלויים לעין, ויוכל המשכיר לתבוע את תיקונם (אי־אפשר "להבריחם"), מה שאין כן בשדה. בשדה, הנזקים הנגרמים כתוצאה מטיפול לא נאות הם נזקים נסתרים, "ואין בעל הבית מרגיש בו עד לאחר זמן", ועל כן יש למשכיר נימוק סביר להתנגד שיועבר השדה לאדם שאין לו אמון בו[52]. נמצא שהיתר

[46] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שטז, סעיף א. וכן ראה דרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א. וראה: שו"ת כרם שלמה (אמרילו), חו"מ, סימן עו.

[47] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח.

[48] ייתכן שהמקור להלכה זו של הרמב"ם הוא בתוספתא, שהובאה לעיל, הערה 27, הקובעת: "השוכר שדה מחבירו, ועמד והשכירה לאחר, רשאי בעל הבית שיאמר לו: 'אין לי חשבון עם כל אדם אלא עמך'". אולם הדבר תלוי הן בהבנת התוספתא הן בהבנת הלכת הרמב"ם. את הלכת התוספתא, אפשר להבין בשני אופנים שונים: (א) אפשר לומר, כמו "חסדי דוד" (לעיל, הערה 28), שהתוספתא באה לשלול אפשרות של העברת השכירות, אך אינה שוללת אפשרות של השכרת משנה. אם מניחים כך, ומפרשים, כמו שנקטנו בפנים, שבהלכות מכירה, הרמב"ם שולל השכרת משנה, אין לראות בתוספתא זו את מקורו של הרמב"ם (להפך, התוספתא סותרת את פסק הרמב"ם). לעומת זאת, אם מפרשים שהרמב"ם, בהלכות מכירה, דן בהעברת שכירות, ולא בשכירות משנה, הרי לפנינו גם מקורה של הלכת הרמב"ם וגם פתרון לסתירה בין הלכות מכירה להלכות שכירות (השווה להלן, הערה 52). (ב) אפשרות אחרת היא לומר, שלא כמו שפירש "חסדי דוד", שהתוספתא שוללת לא רק העברת השכירות אלא גם השכרת משנה, ואם כך לפנינו מקור להלכת הרמב"ם. אם כי נותר עוד להבין, מדוע האפשרות להשכרת משנה נשללת דווקא בשדה? על כך, ראה להלן.

[49] כסף משנה, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ז.

[50] כך טוען הסמ"ע, חו"מ, סימן ריב, ס"ק טז.

[51] סמ"ע, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א. וראה בתוספת ביאור: דרישה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א. וראה גם: סמ"ע, חו"מ, סימן שטו, ס"ק ה, וסימן ריב, ס"ק טז. וראה להלן, הערה 89.

[52] פתרונות אחרים הוצעו ליישוב הסתירה שבדברי הרמב"ם. להלן סקירתם:

1. יש מי שאומר, שדברי הרמב"ם בהלכות מכירה אמורים בשהשוכר מבקש להשכיר את השדה למי שבני ביתו מרובים, ואם כן אין כאן סתירה (דרכי משה, חו"מ, סימן ריב, ס"ק ג; ב"ח, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א, וכן בסימן ריב, ס"ק ז; ט"ז, חו"מ, סימן ריב, סעיף ו; שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן א, ענף ג). וראה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ולע"ד, מה שהקשה על פתרון זה, שאפילו במוכר שדה לפרותיו פוסקים רבים סבורים שאסור לקונה להרבות בדיירים (וראה גם: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה כא, שהקשה: "מה חילוק יש בשדה בין מרובין למועטין", אולם אין ממש בקושיה זו). בעינינו הקושי העיקרי בפתרון זה הוא, שהעיקר חסר מן הספר.

השכרת משנה במקרקעין מסויג גם הוא, לפחות בשני סייגים: השכרת המשנה אינה מגבירה את סיכוני הנזק למושכר אף שנזקים אלה אינם נסתרים (כגון, כשמשכיר דירה למי שבני ביתו מרובים משלו); המושכר הוא כזה שאי־אפשר להעלים בו נזקים (כגון דירה, להבדיל משדה). להלן נעמוד על סייגים נוספים.

ג. מהאמור עד כה עולה קרבה גדולה בין גישת החוק לגישת המשפט העברי. החוק הניח גם הוא שבעיקרון השכרת משנה במקרקעין מותרת, משום שלכאורה אין נודעת חשיבות לזהות המחזיק במושכר[53]. לכן אם אין למשכיר נימוק סביר להתנגדות, התיר המחוקק לשוכר לבצע את העסקה, ולא דרש ממנו לפנות לבית המשפט. אם המשכיר טוען שהתנגדותו סבירה, עליו לפנות לבית המשפט, וכנראה עליו נטל ההוכחה שהתנגדותו סבירה, ואם ישתכנע בית המשפט בצדקת טיעוניו של המשכיר, יוציא צו מניעה כנגד השוכר[54]. במיטלטלין (או שאר נכסים),

2. אחרים מסבירים, שדברי הרמב"ם בהלכות מכירה אינם אמורים אלא במיטלטלין (אחת התשובות של משנה למלך, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח. וכן השיב גם בשו"ת מהריט"ץ (צהלון), סימן פט, ד"ה ותו). הדוחק שבפתרון זה גלוי: הוא מחייב לדחוק את הלשון בהלכות מכירה, שם דובר במפורש על שכירות שדה.

3. פתרון נוסף הוא, שהרמב"ם מבחין בין שוכר שהקדים לשלם את דמי השכירות לשוכר שעדיין לא שילם אותם (משנה למלך, שם, בשם שו"ת תורת אמת (מהר"א ששון), סימן רח). להבחנה זו, ראה להלן, הערה 71, אות א. אולם גם זה פתרון דחוק, שכן העיקר חסר מן הספר.

4. פתרון אחרון שמצאנו הוא, שבהלכות מכירה, מדובר בשהמשכיר משתמש בשדה יחד עם השוכר, ולכן הוא יכול להתנגד לכניסת שוכר אחר (שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ולע"ד. וראה להלן, ליד ציון הערה 99). אולם גם פתרון זה דחוק, שכן, גם כאן, העיקר חסר מן הספר.

אפשר היה אולי להציע פתרון אחר לסתירה בדברי הרמב"ם ולומר, שבהלכות שכירות, הרמב"ם מדבר על השכרת משנה, ואילו בהלכות מכירה, הרמב"ם מדבר על מכירת השכירות, כלומר על העברתה. כך עולה לכאורה מתוך סגנון הדברים בהלכות מכירה: "אין השוכר רשאי להשכיר, אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה". הקונה גוף לפרותיו רשאי להקנות את כל מה שקנה ולצאת מן התמונה; ואילו בשכירות, השוכר אינו יכול "להשכיר", כלומר להקנות את הכול ולצאת מן התמונה. השווה לעיל, הערה 48 (השווה: סמ"ע, חו"מ, סימן שטו, ס"ק ה, שמציע לפרש להפך. כלומר, הרמב"ם אינו מתיר מכירה בקניין גוף לפרות אלא רק השכרה, ראה שם). אמנם לעיל, הערה 33, ראינו שלפי הרמב"ם, יש שהעברת השכירות מותרת, אולם אין זה אלא במקרים מיוחדים, כגון שפרנסתו של המשכיר היא להשכיר את הנכס הזה. זה אינו המצב בשכירות שדה. ועדיין הצעה זו צריכה עיון.

53 השווה: ויסמן (לעיל, הערה 1), עמ' 96, שהביא נימוק זה כדי להסביר מדוע החוק מאפשר לשוכר לבצע את העסקה, אם יקבל אישור מבית המשפט, הגם שהחוזה שולל זאת ממנו. דבריו של ויסמן מובאים להלן, ליד ציון הערה 120.

54 בדברים אלה אנו חולקים על דבריו של לרנר, סעיף 165. הוא טוען, שמהעובדה שהסעיף מחייב את השוכר לפנות למשכיר ולבקש רשות לבצע עסקה במושכר נובע, "שעל השוכר להוכיח שהתנגדותו של המשכיר להעברה נובעת מטעמים בלתי סבירים". כאסמכתא לדבריו, הוא מביא את פסק הדין, ע"א 335/67 חברת הכשרת היישוב בישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כב(2) 365, 367. לדעתנו, דברי לרנר אינם מוכחים אלא כשהוסכם בחוזה שהשוכר לא יורשה לבצע עסקה בשכירות, אז אמנם נטל ההוכחה שסירוב המשכיר אינו סביר מוטל על השוכר (וכך היה המצב בע"א 335/67). לעומת זאת, אם לא נקבע בחוזה דבר, אמנם השוכר צריך לפנות למשכיר ולברר אם יש לו נימוק סביר להתנגד לעסקה. אולם אם הוא סבור שהתנגדות המשכיר אינה סבירה, נטל ההוכחה אינו עליו. הוא יבצע את העסקה, ואם המשכיר מבקש למנוע זאת ממנו, יפנה הוא לבית המשפט, ויש להניח שעליו יהיה הנטל להוכיח שיש לו נימוק סביר להתנגד. אגב, נעיר שלרנר סותר לכאורה את עצמו לעומת מה שכתב בסעיף 168. וראה עוד: ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס ואח', פ"ד מה(1) 343, 348, שם נקבע שנטל ההוכחה על השוכר. אולם גם שם היה תנאי מפורש בחוזה.

לעומת זאת, ההנחה היא הפוכה. בעיקרון, סביר שהמשכיר יתנגד להשכרת משנה, שכן לכאורה נודעת חשיבות לזהות המחזיק במושכר. אם השוכר טוען שבנסיבות העניין אין זה סביר למנוע ממנו השכרת משנה, עליו לפנות לבית המשפט. אם ישתכנע בית המשפט שהצדק עמו, יתיר לו את העסקה[55].

ד. על פי החוק, ישנו צד שווה בין מקרקעין למיטלטלין, והוא שבשניהם השוכר חייב לפנות אל המשכיר בבקשה שיסכים לעסקה. אמנם במקרקעין, אם יתנגד המשכיר מטעמים בלתי סבירים, השוכר יהיה רשאי להתעלם מהתנגדותו, אולם השוכר אינו יכול לדעת מראש אם יש למשכיר נימוק סביר להתנגד לעסקה, אם לאו.

לפי המשפט העברי, נראה שלפני שהוא כורת הסכם להשכרת משנה, ראוי שיפנה השוכר אל המשכיר ויבקש את הסכמתו. את זאת אפשר ללמוד מתוך המשך דברי הרמב"ם[56] בעניין השכרת בית בשכירות משנה: "וכן אני אומר, אם אמר לו בעל הבית לשוכר: 'למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים, אם לא תרצה לעמוד בו, צא והניחו, ואתה פטור משכירותו', אינו יכול להשכירו לאחר, שזה ב'אל תמנע טוב מבעליו' (משלי ג, כז), עד שאתה משכירו לאחר, הנח לזה ביתו"[57]. אמנם מלשון הרמב"ם אין הוכחה שהשוכר חייב לפנות אליו תחילה. אולם מתוך ההנמקה "אל תמנע טוב מבעליו", יש מקום לומר, שגם לפי המשפט העברי, ראוי שהשוכר יפנה תחילה אל המשכיר, ולו רק משום שלמשכיר יש זכות קדימה: אם יציע המשכיר לרכוש חזרה את זכות השימוש וההחזקה בתנאים שהשוכר עשוי לקבל משוכר המשנה[58] — המשכיר קודם. ונראה שאף אם ידוע לשוכר בלא ספק, שהמשכיר אינו מעוניין לממש את זכות הקדימה שלו, ראוי בכל זאת שיבקש השוכר את אישור המשכיר. ייתכן שלמשכיר יש נימוק סביר להתנגד לשוכר המשנה המסוים הזה (ראה להלן), וראוי שהשוכר יברר זאת תחילה.

ג. כשהמשכיר מתנגד "מטעמים בלתי סבירים"

החוק לא הגדיר אילו טעמים ייחשבו לסבירים ואילו טעמים ייחשבו לבלתי סבירים. מוטל אפוא על בית המשפט למלא הוראה זו בתוכן[59]. להלן נראה שהמשפט העברי יכול לסייע לו בכך.

[55] לשאלה, במשפט העברי, מי מהצדדים צריך לפנות לבית המשפט לקבלת אישור או לקבלת צו מניעה, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 77 וליד ציון הערה 96.

[56] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה.

[57] מגיד משנה, שם, מעיר על הלכה זו: "גם זה נכון, אבל אין לזה ראייה מן התלמוד".

[58] ראה: פרישה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א: "נראה דאם האחר ירצה ליתן תוספת בשכירות ממה ששכרו הוא, שאינו יכול לומר ליוצא, הניחו וכו', אם לא שהמשכיר ירצה ליתן לו אותו הריוח וק"ל [=וקל להבין]". ולזה הסכים נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק א. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 106, ביתר הרחבה.

[59] וראה דיונו של לרנר בעניין זה, סעיפים 166-170. לרנר מעיר, שאמנם בע"א 335/67 (לעיל, הערה 54), אימץ השופט לנדוי את הגישה האנגלית, שאינה קובעת מבחנים נוקשים, אלא מסתפקת בדרישה הגמישה שלמשכיר צריך להיות "טעם הוגן, מוצק וממשי". לרנר טוען, ולדעתנו הוא צודק, שלאחר כניסת חוק השכירות והשאילה לתוקפו, יש לצייד את השוכר במבחנים יותר ברורים וחד־משמעיים.
וראה: טדסקי (סעיף 15, הערה 1), עמ' 154: "כדי לדון בסבירות סירובו של המשכיר — בהתאם לסעיף 22 — יש להתחשב, כמובן, באינטרסים שלו, אך אין להתעלם מצרכיו החיוניים של השוכר, כפי שדורש עיקרון תום הלב". כוונתו לדוגמה לשוכר שנמנעה ממנו הנאה מן המושכר עקב מחלה. הוא מעוניין להעביר את החוזה לאחר וכך לצמצם את הנזק שנגרם לו. לדעת טדסקי, יש להתחשב בכך. כבר ראינו (לעיל, סעיף

למעלה קבענו ככלל, שכל מקום שאין זה סביר מצד המשכיר לטעון: "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", השוכר רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה. להלן ננסה לקבוע מבחנים, אימתי הטענה סבירה ואימתי אינה סבירה. לשם כך, נבחין בין שכירות מקרקעין לשכירות מיטלטלין, שכן כפי שראינו, הנחת המוצא בשתיהן שונה: במקרקעין, ההנחה היא שהשכרת משנה מותרת, זולת אם יש למשכיר טעם סביר להתנגד לה; במיטלטלין ההנחה הפוכה, השכרת משנה אסורה, זולת אם בנסיבות העניין אין זה סביר להקפיד על האיסור.

(1) שכירות מיטלטלין

נתחיל בשכירות מיטלטלין, ונשאל: אימתי אין זה סביר מצד המשכיר להתנגד לעסקה? בעניין זה מצאנו מבחנים אחדים:

(א) שוכר המשנה הוא מבני ביתו של השוכר או מי שהמשכיר רגיל להפקיד אצלו

לא נדון בעניין זה כאן בהרחבה, שכן מקומם של הדברים בדיון על חוק השומרים. נציין רק, שאם שוכר המשנה הוא אחד מבני ביתו של השוכר, הסמוכים על שולחנו[60], או שהוא ידוע כאדם אמין בעיני המשכיר[61] (כגון שהוא רגיל להשכיר לו נכסים), מניחים שהמשכיר אינו מתנגד לשכירות המשנה: במקרה הראשון, נחשב הדבר כמוסכם מכללא בין הצדדים שהזכות להחזיק ולהשתמש במושכר אינה של השוכר בלבד אלא גם של בני ביתו הסמוכים על שולחנו[62]; במקרה השני, מניחים שהמשכיר סומך על שוכר המשנה, ושבעיניו זהו אדם אמין, כפי שהוכח בעבר[63].

אולם כל זאת כשהמשכיר לא הביע התנגדות מפורשת לשכירות המשנה, אך אם התנגד במפורש, יש להבחין בין שניים: הייתה ההתנגדות חלק מהסכם השכירות, היא תופשת בכל

19, ליד ציון הערה 137), שעל פי המשפט העברי, גם אם לא נקלע השוכר למצוקה, ברגע שהוא מציע שוכר חליפי הגון, המשכיר חייב לשחררו מן החוזה.

60 ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כא. ליתר הרחבה, ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, פרק ב, 5, עמ' 421־431, עיקר הדיון שם הוא בשאלת החמרת האחריות של השומר בשל המסירה לאדם אחר. וראה שם, ליד ציון הערה 137 שמותר אף לכתחילה למסור לאחר (אם כי שם אין התייחסות מפורשת להיתר למסור את השימוש לאחר, אלא רק להיתר להעביר לו את השמירה).

61 ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כו. ליתר הרחבה ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, פרק ב, 6, עמ' 431־440. עיקר הדיון שם הוא בשאלת החמרת האחריות של השומר בשל המסירה לאדם אחר. לעניין היתר המסירה לכתחילה, ראה שם ליד ציוני הערות 212־213, שהעניין שנוי במחלוקת. וראה: ש"ך, חו"מ, סימן שמב, ס"ק א, שיכול להשכיר גם למי שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו, אף שאינו רגיל להשכיר לו, משום שגם זה מעיד על אמינותו בעיניו.

62 השווה: נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ג.

63 ויש לעיין בדבר, אולי בכגון אלה גם העברת השכירות מותרת, שכן המשכיר אינו יכול לטעון "אין רצוני לקבל שכרי אלא ממך" (כך הוא לפחות כשרוכש השכירות הוא אדם שהמשכיר רגיל לא רק להפקיד אצלו, אלא גם להשכיר לו מנכסיו או לנהל אתו עסקים, כלומר לקבל ממנו תשלומים). את השאלה הזאת כבר עוררנו לעיל, בקטע שלאחר ציון הערה 32. אולם ראה בסמוך, בשאלת הדין בשהמשכיר מתנגד באופן מפורש.

וראה: תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כד (בשם הר"ש משאנץ), משם יש אולי מקום להסיק שאם ה"משכיר רגיל תמיד להשכיר לאחרים", שכירות משנה מותרת לכל אדם הגון, גם אם אינו מוכר אישית למשכיר. המשכיר מתפרנס מהשכרת נכס זה, והוא רגיל להשכירו לכל דורש, לכן אינו יכול לטעון "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר" (ואולי הוא הדין גם בהעברת השכירות, כפי שהצענו את השאלה לעיל, לאחר ציון הערה 32). אולם צריך עוד עיון.

מקרה (ואז אפילו בני ביתו של השוכר אינם רשאים להיות שוכרי משנה); הייתה ההתנגדות במהלך השכירות, היא אינה תופשת כנגד בני ביתו של השוכר, אלא רק כנגד מי שהמשכיר רגיל להשכיר לו, שאף שעד היום סמך עליו, מהיום יכול לומר ששינה את דעתו[64].

(ב) שירותיו של המשכיר הושכרו יחד עם המושכר

נסיבות אחרות, שבהן המשכיר אינו יכול להתנגד לעסקה, הן כאשר יחד עם המיטלטלין, הושכרו גם שירותיו של בעל המיטלטלין. כך הוא, לדוגמה, כשספינה מושכרת יחד עם הספן־המשכיר לשם שירותי תובלה. בכגון זה, אין מקום להעלות את הטענה "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", שכן המושכר נשאר תחת השגחתו של המשכיר[65]. אמנם להלן[66] נראה, שהמשכיר רשאי להתנגד להשכרת משנה, כאשר הוא משתמש במושכר במשותף עם השוכר, שכן הוא יכול לטעון: "אותך אני יכול לסבול, ואין אני יכול לסבול אחר"[67]. אולם בשכירות ספינה, טיעון זה אינו מתקבל, וזאת משני נימוקים: ראשית, משום שבמסגרת עיסוקו כמספק שירותי תובלה, בעל הספינה רגיל להשכיר את שירותיו לכול, בלא הבחנה, ועל כן הטיעון שאינו יכול לסבול מישהו אחר שאינו השוכר המקורי אינו טיעון סביר[68]; שנית, המשכיר מודע למנהגם של שוכרי שירותי תובלה להעביר את השכירות באמצע הדרך לאחרים, ועל דעת כן השכיר[69].

(ג) המושכר נמצא כל העת ברשותו של השוכר

נסיבות נוספות שבהן המשכיר אינו יכול להתנגד לעסקה, הן כשהשוכר עצמו נשאר ליד המושכר, ויכול להשגיח עליו. גם כאן, המשכיר אינו יכול לטעון שהוא חושש מפני העלמת המושכר[70].

(2) שכירות מקרקעין

נעבור עתה לשכירות מקרקעין, ונשאל: אימתי התנגדותו של המשכיר להשכרת משנה נחשבת לסבירה? גם כאן מצאנו מבחנים אחדים[71]:

[64] על חילוקי דינים אלה, ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, פרק ב, 5 (א), עמ' 422, לעניין בני ביתו; ושם, 6 (א), עמ' 432, לעניין מי שרגיל להפקיד אצלו. אם המשכיר מתנגד לעסקה, משום שהוא דורש את המושכר לעצמו (ראה להלן, ליד ציון הערה 106), יש אולי גם כן מקום להבחין בין שני המקרים: אם שוכר המשנה הוא אדם זר, אף שהוא ידוע למשכיר כאמין, המשכיר יכול לטעון לזכות קדימה, מה שאין כן לכאורה, אם מדובר באחד מבני ביתו של השוכר.

[65] ראה: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה; טור, חו"מ, סימן שח, סעיף ד, בשם הרמ"ה (וראה בית יוסף, שם); בית יוסף, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א. וראה: אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד, ד"ה והנה בב"מ.

[66] להלן, ליד ציון הערה 99.

[67] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שטז, סעיף ב.

[68] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ב; ב"ח, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א.

[69] ראה: דרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ג. כנימוק הזה נמצא גם בסמ"ע, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ד.

[70] ראה: טור, חו"מ, סימן שח, סעיף ד, בשם הרמ"ה (וראה בית יוסף, שם); כסף משנה, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד; ש"ך, חו"מ, סימן שח, ס"ק ג; שולחן ערוך הרב, הלכות שאילה ושכירות וחסימה, סעיף ד. וראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 3, הערה 16.

[71] א. לפני שנסקור את המבחנים השונים, נציין שיש המבקשים לצמצם את היתר השכרת משנה במקרקעין לשכירות שבה עדיין לא שילם השוכר את דמי השכירות. אם שילם השוכר את דמי השכירות מראש, המשכיר רשאי להתנגד להשכרת משנה, גם אם אין לו נימוק סביר לכך. להלן הצגת עמדה זו:

היסוד להבחנה בין הקדמת מעות לאי־הקדמת מעות מונח בדברי הראב"ן (מובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעט; וכן מובא במרדכי, בבא בתרא, פרק חזקת הבתים, סימן תקכט): "אבל הכא, שראובן [המשכיר] נקט שכירותו בידו, וכבר זכה בו — קנאו, ואין לוי [השוכר] יכול לומר, תחזירנו לי ותשכיר ביתך לאחר". נדגיש, שמדברי הראב"ן שם עולה, בניגוד לדעת הרמב"ם, שהשכרת משנה אסורה אפילו במקרקעין (הערנו על כך לעיל, סוף הערה 37). הבחנתו בין הקדמת מעות לאי־הקדמת מעות, אינה אלא לעניין זכותו של השוכר לסיים את השכירות כשבידו להציע שוכר חלופי, וכך להשתחרר מהמשך תשלום דמי השכירות. אפשרות זו קיימת, לפי שיטה זו, כל זמן שלא הקדים השוכר לשלם את דמי השכירות. אולם אם כבר הקדים ושילם, המשכיר אינו חייב להחזיר לשוכר את כספו, אף שבידו להציע שוכר חלופי. [להבנת הגיונה של הבחנה זו, ראה: שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עד, ד"ה והביא, ואילך. הוא מסביר, שיש הבדל בין האופי המשפטי של תשלום מראש לאופי המשפטי של תשלום בסיום תקופת השכירות. תשלום בסיום תקופת השכירות הוא תשלום בעד השימוש בפועל במושכר (שימוש בפועל — גם אפשרות השימוש במשמע, כלומר אין זה משנה אם ניצל השוכר למעשה את זכותו, אם לאו). לעומת זאת, תשלום מראש הוא תשלום בעד הזכות להשתמש. מעתה ברורה ההבחנה של הראב"ן בין שני סוגי התשלום: שילם השוכר מראש, הרי משקיבל את המושכר לידיו, קיבל את מה שהובטח לו (זכות השימוש). אם הוא נוטש את המושכר, אפילו שהוא מציע במקומו שוכר חלופי, אין לו כל זכות תביעה כנגד המשכיר, שהרי כפי שאמרנו, לפי הראב"ן, אין לשוכר זכות להעביר את המושכר לאחר. המשכיר יכול אפוא להשכיר את המושכר הנטוש לשוכר אחר, ולשוכר הראשון לא תהיה שום זכות תביעה בדמי השכירות שיקבל המשכיר. לעומת זאת, אם עדיין לא שולמו דמי השכירות, משמעות הדבר היא, שהשוכר אינו משלם בעד זכות השימוש, אלא בעד השימוש בפועל. אמנם ראינו שאפשרות השימוש כמוה כשימוש בפועל, אולם אם השוכר מציע שוכר חלופי, הוא יטען, בצדק, שאם המשכיר מסרב לקבל את השוכר החליפי, אין עוד לראותו כמי שמשתמש במושכר בפועל, ועל כן הוא יהיה פטור מהמשך תשלום (וראה לעיל, דיוננו על סעיף 16, הערה 101). למהותם של דמי השכירות ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, עמ' ממם.].

היו שטענו שהמבחן של הקדמת מעות מקובל גם על מי שפוסק, שלא כראב"ן, שהשכרת משנה במקרקעין מותרת. הניעה אותם לומר כן העובדה שה"מרדכי" מביא את דברי הראב"ן להלכה בספרו (בבא בתרא, פרק חזקת הבתים, סימן תקכט, ראה לעיל, הערה 40), אף שהוא עצמו פסק במקום אחר, שבמקרקעין שכירות משנה מותרת (בבא מציעא, פרק האומנין, סימן שנז, ראה לעיל, הערה 40). מכאן הסיקו, שה"מרדכי" לא התיר השכרת משנה, אלא אם כן עדיין לא שולמו דמי השכירות (וזה מה שפסק בבבא מציעא), ואילו אם כבר שולמו דמי השכירות, אין היתר להשכרת משנה, אפילו לא במקרקעין (וזה מה שפסק בבבא בתרא). ראה: שו"ת תורת אמת (מהר"א ששון), סימן רח; שו"ת בני אהרן (לפפא), סימן א, אות ד (המעיין היטב בדבריהם, יראה שפוסקים אלה לא דייקו בדברי ה"מרדכי", כשלא הבחינו בין האיסור המוטל על השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה לבין זכותו לסיים את השכירות, כשבידו להציע שוכר חלופי. העיר על כך שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט, דף קיד ע"א, אם כי לגופו של עניין, הסכים שזהו כנראה ההסבר הנכון בשיטתו של ה"מרדכי"). מהר"א ששון הוסיף, שהרמב"ם מסכים למבחן הקדמת המעות: "דאפילו לדעת הרמב"ם ז"ל, שהשוכר יכול להשכיר, הני מילי בשלא קיבל המשכיר המעות. אבל אם קיבלם, יכול לומר לו, 'הא ביתא קמך, קום וגור בה. אבל איני רוצה שתכניס בה אחרים'" (יש להעיר שיש כאן גמגום בנוסח התשובה, שכן דברים אלה מצוטטים כביכול מדברי ה"מרדכי". אבל ב"מרדכי" שלפנינו, הנוסח אינו כן, ושיטת הרמב"ם אינה נזכרת שם. זאת ועוד. בסוף התשובה, מהר"א ששון כותב: "ואפשר שהרמב"ם ז"ל סובר גם כן כן". וצריך עיון). שו"ת "בני אהרן" הטיל ספק אם אכן הרמב"ם מסכים עם ההבחנה, לאור העובדה ששאר הראשונים שהתירו השכרת משנה במקרקעין (הרשב"א ומהר"ם מרוטנבורג), התירו אותה גם במקרה של הקדמת תשלום. כדברים האלה נגד מהר"א ששון, ראה גם בקצות החושן, סימן שטז, ס"ק ב (בסופו). משנה למלך (הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח), הפנה לתשובת מהר"א ששון כפתרון אפשרי לסתירה שבדברי הרמב"ם (ראה לעיל, הערה 52), אלא שהוא עצמו ציין ששיטה זו בעייתית.

לכאורה לשיטה המכירה בעקרון בזכותו של השוכר להשכיר את המקרקעין בשכירות משנה, אין כל היגיון במבחן של הקדמת תשלום, ובאמת מהר"ם מרוטנבורג (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תתרב), קובע במפורש, שהקדמת המעות אינה אוסרת השכרת משנה. כמו כן בית יוסף (חו"מ, סימן שיב, ס"ק כב), דחה את מבחן הקדמת המעות מכול וכול: "ורוב אותם הדברים הם דחויים למתבונן

(א) חשש לתוספת בלאי

השולחן ערוך[72] פוסק בעקבות הרמב"ם[73]: "המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר, משכיר עד סוף זמנו, והוא שלא יהיו מנין בני בית האחר יותר מבני ביתו". מכאן שהחשש לתוספת בלאי (שבמקרה של שכירות דירה, נגרם על ידי תוספת

בהם". וכן נראה מדברי הרמ"א, בדרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א, וכן מהעובדה שלא הזכיר את ההבחנה בהגהותיו לשולחן ערוך. ויש מן האחרונים שביקשו להצדיק את ההבחנה על פי ההסבר הבא: הקדמת דמי השכירות יש בה משום נטילת כל הסיכונים מצד השוכר. כלומר, שגם אם יימנע ממנו השימוש במושכר בנסיבות של אונס, לא יוכל לקבל את כספו חזרה. אם כך הוא באונס, ודאי שכך הוא גם בנטישת המושכר מרצון. לכן אם השוכר מחליט לנטוש את המושכר, הוא מפסיד את זכויותיו בו, וממילא אינו רשאי להשכירו בשכירות משנה (ראה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח (דף קו ע"א-ע"ב); ושו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק ח). בשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט (דף קיד ע"א, ד"ה ואחרי), דחה הסבר זה. השווה: דיוננו על סעיף 14, פרק שני, ד, עמ' 266.

להלכה, מקצת מן האחרונים אימצו את מבחן מועד התשלום, וקבעו שהשכרת משנה במקרקעין אסורה, כשהקדים השוכר את תשלום דמי השכירות מראש. ראה: חידושי אנשי שם, על מרדכי, בבא בתרא שם, סימן תקכט, אות כ; כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, סימן שיב, הגהות בית יוסף, ס"ק נה, וסימן שטז, הגהות הטור, ס"ק א. לעומתם, פוסקים רבים, בעקבות ה"בית יוסף" והרמ"א, דחו את המבחן הזה מן ההלכה. ראה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כז (קד ע"א), תשובה זו אינה מר' יום טוב אלגאזי עצמו אלא מחכם בשם ר' אביגדור עזריאל; קצות החושן, סימן שטז, ס"ק ב; פתחי תשובה, חו"מ, סימן ריב, ס"ק ו; שו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק ז; ונראה שלזה הסכים גם, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן קטז. אמנם שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח; ושו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט — לא התייחסו אל שיטה זו כמופרכת מיסודה (בניגוד ל"בית יוסף" שראינו לעיל), אולם נראה שלהלכה גם הם פסקו, שהשוכר רשאי להשכיר את המקרקעין בשכירות משנה, גם אם כבר הקדים את תשלום דמי השכירות. וכן פסק גם שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עג, ד"ה עוד. מאחר שרוב הפוסקים דחו את מבחן מועד התשלום, לא דננו בו אלא בהערה.

ב. יש מי שמצמצם את היתר השכרת משנה לשכירות קצובה בלבד, ואילו בשכירות שאינה קצובה, הוא קובע שאין השוכר רשאי להשכיר. ראה: אבני מילואים, אבן העזר, סימן כח, ס"ק נ, ד"ה ולענ"ד (והשווה: ט"ז, שם, ס"ק לו). סימוכין לדבריו הוא מביא משיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב, ד"ה ולי, הקובע שכאשר נאמר שהיורשים רשאים להשתמש בפרה שאולה כל ימי שאלתה, אין הדברים אמורים אלא בשאילה שהצדדים קצבו את זמנה במפורש. יש לציין, שמלשונו של הרמב"ם, בהלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה, עולה לכאורה שכך היא גם דעתו: "המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר, משכיר עד סוף זמנו". מכאן, שאם השכירות לא הייתה קצובה, אין הדין כן. יש לברר את היסוד המשפטי להלכה זו. אמנם בשכירות שאינה קצובה, המשכיר רשאי בעיקרון לסיים את השכירות כל אימת שירצה (אלא שתיקנו חכמים חובת הודעה מראש, כדי שיוכל השוכר להתארגן בהתאם. ראה על כך, דיוננו על סעיף 19). אולם כל עוד לא בוטלה השכירות על ידי המשכיר, המושכר הוא קניינו של השוכר, ומדוע לא יוכל להשכירו בשכירות משנה? נראה שהנימוק לכך הוא, שלפי "אבני מילואים" שכירות שאינה קצובה אינה נושאת אופי קנייני, אלא אישי, ומשום כך אין בכוחו של השוכר להשכיר זכות זו לאחר. ראה: שי למורא, לר' שבתי יונה, סימן ה, ד"ה ומה (דף ט ע"א); וסימן כג, ד"ה עוד (דף כו ע"ג). כך עולה גם, אם כי בהקשר אחר, משו"ת עדות ביעקב (בוטון), סימן עה. על פי זה, ברור שההבחנה בין שכירות קצובה לשאינה קצובה חלה בכל סוגי הנכסים — מקרקעין כמיטלטלין. והשווה לעיל, סעיף 19, הערה 114, בדעת שו"ת דבר אברהם, שגם הוא הבחין בין שכירות קצובה לשאינה קצובה, אבל מנקודת מוצא שונה לחלוטין, ורק לעניין ירושה.

[72] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שטז, סעיף א. וראה גם דרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ג.

[73] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ב, המצביע על כך שהלכת הרמב"ם, שנפסקה להלכה בשולחן ערוך, עולה בקנה אחד עם מה שפסק הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק ה, הלכה ט (נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קנד, סעיף ב): "המשכיר ביתו לבעל בית אחד, ואחר

דיירים) הוא נימוק סביר להתנגדות המשכיר, ועל כן לפני ביצוע כל עסקה כזו, השוכר חייב לקבל את הסכמתו של המשכיר[74].

יש להניח, שהלכה זו אמורה כשעניין בני ביתו של השוכר הוזכר במהלך המשא ומתן לקראת כריתת הסכם השכירות, ואף כי לא הוסכם במפורש שהשוכר לא יוסיף דיירים, נחשב הדבר כמוסכם מכללא. כך יש להניח, משום שמחד גיסא, אם הותנה בין הצדדים במפורש שהשוכר לא יכניס יותר דיירים ממניין בני ביתו, אין כל חידוש בהלכה[75]. ומאידך גיסא, אם מספר בני ביתו של השוכר לא היה ידוע למשכיר מראש, הוא אינו יכול להתנגד להוספת דיירים, שכן לא הייתה לו ציפייה סבירה, שלא ייכנסו למושכר יותר דיירים[76].

מדברי הרשב"א[77] נראה לכאורה שגם הוא מקבל את העיקרון של הגבלת מספר דיירי

כך הביא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בבית זה, הרי המשכיר מעכב עליו". והשווה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כז, שטוען שהרמב"ם אינו אוסר הוספת דיירים אלא כשהמשכיר גר עמו במושכר. תשובה זו היא מחכם בשם ר' אביגדור עזריאל. ר' יום טוב אלגאזי (בעל שו"ת שמחת יום טוב), דוחה את דבריו (שם, סימן כח). וראה שם (בעיקר בד"ה באופן, דף קה ע"ג), שמוכיח באריכות שסברתו של הרמב"ם לאסור השכרת משנה "בתוספת דיירים הוא מטעם זה דיש לחוש לקלקול הבתים, כמו שכתב הלבוש [חו"מ, סימן קנד, סעיף ב]". אולם לאחר מכן נראה שהוא חוזר בו, והוא מעדיף לפרש שסברת הרמב"ם אינה חשש לתוספת בלאי, אלא שלשוכר אין זכויות שימוש במושכר אלא למספר נפשות שאינו עולה על אנשי ביתו, וממילא כשהוא חורג ממספר זה, הרי הוא כמי שמשכיר שימוש שאינו שלו, דבר שאינו יכול לעשותו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 23). השווה להלן, הערה 74, שהציע להסביר כך גם את שיטת הרא"ש.

74 משו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ב, וסימן ז (השאלה השלישית), עולה שגם הוא מקבל את ההגבלה של תוספת דיירים; וכן עולה גם מנימוקי יוסף, בבא קמא, פרק שני (ט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה וכתב הרא"ש. נעיר, שלפי שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח (דף קה ע"ב), הנימוק של הרא"ש לאסור השכרת משנה למי שבני ביתו מרובים אינו החשש לתוספת בלאי הנגרם למושכר. למסקנה זו הוא מגיע מתוך ניתוח פירושו של הרא"ש בסוגיית "הדר בחצר חברו שלא מדעתו" (בבא קמא כ ע"א — כא ע"א), משם עולה, שלדעת הרא"ש, מגורים בדירה כשלעצמם אינם גורמים לחסרון כלשהו — "אין דירת בני אדם מחסר מידי [=דבר] בבתים" (השווה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק טז, שכך הבין גם הוא בדעת הרא"ש והשולחן ערוך). אשר על כן, חייבים לומר, שנימוקו של הרא"ש, כשאסר השכרת משנה למי שבני ביתו מרובים, אינו חשש לתוספת בלאי, אלא ודאי יש כאן נימוק אחר. הוא מציע את הנימוק הבא: מאחר שהשכירות המקורית הייתה מיועדת למספר מוגבל של דיירים, הרי שכל דייר נוסף אינו כלול בזכויות השכירות של השוכר. אשר על כן, אף על פי שלא נגרם למשכיר כל נזק כתוצאה מכניסתו של דייר נוסף, זכותו של המשכיר להתנגד לכניסתו. ובלשונו: "מטעם זה יכול לעכב בידו [של השוכר] שלא יוסיף דיורין לכתחילה, אף שהוא 'זה נהנה וזה אינו חסר', דכל דמעיקרא אלו הנוספים אינם בכלל השכירות, אין כופין אותו על כך [כלומר, אין כופין אותו להסכים לכניסתם], כיון דחשיב כמי שדר בחצר חבירו שלא מדעתו" (ראה תוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה הא איתהנית). כפי שכבר הערנו בסוף ההערה הקודמת, הערה 73, בעל שו"ת שמחת יום טוב נוטה לומר שזו גם סברת הרמב"ם. השווה: לעיל, ליד ציון הערה 23, והשווה: לרנר, סעיף 167. וראה להלן, הערה 159, שם אנו מעלים, שגם מי שסובר שתוספת דיירים גורמת לתוספת בלאי, מסתבר שיגדיר שכירות למי שבני ביתו מרובים כמקרה שבו השוכר משכיר יותר מאשר יש לו, דווקא משום שבשכירות משנה זו, נגרם למושכר הפסד גדול יותר מהמוסכם.

75 ראה לעיל, ליד ציון הערה 23. והשווה לעיל, הערה 74.

76 כך העיר גם, ח' כהן, המשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 816.

77 שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן לו (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שטו, ס"ק ה). הרשב"א קובע שהשוכר רשאי להשכיר את ביתו למי שבני ביתו מרובים, ובלבד "שיראה לבית דין, שאין הפסד מתרבה בכך... ומיהו אם יראה לבית דין שיתרבה ההפסד בכך, אינו רשאי". וראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ב, הקובע שבסוגיה זו, "דעת הרשב"א כדעת הרמב"ם". והשווה: ט"ז, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, ד"ה ובלבד

המשנה. אולם יש הבדל יסודי בינו לבין הרמב"ם: לדעתו, בית המשפט הוא שצריך להכריע אם תוספת הדיירים עלולה להזיק למושכר, אם לאו.

נראה שהמחלוקת בין הרמב"ם לרשב"א היא, שלפי הרמב"ם (ובעקבותיו השולחן ערוך), ההנחה היא שתוספת דיירים מזיקה למושכר, לכן לא יורשה השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אלא אם כן יקבל היתר מיוחד מבית המשפט, שיאשר שבנסיבות העניין אין בתוספת דיירים משום חשש לתוספת בלאי. גישת הרשב"א הפוכה. לדעתו, ההנחה היא שתוספת דיירים אינה מזיקה בהכרח למושכר, לכן השכרת משנה למי שבני ביתו מרובים מותרת כל זמן שלא נשללה על ידי בית המשפט. כלומר, על המשכיר לפנות לבית המשפט, לשכנעו שתוספת הדיירים תזיק למושכר ולהוציא צו מניעה כנגד השוכר[78].

הראב"ד[79] חולק גם הוא על הרמב"ם, אך בנימוק הפוך. לדעתו, מאחר ש"יש בני אדם

שלא יהא. הט"ז טוען, שהרשב"א אינו מקבל את ההגבלה של הרמב"ם בעניין הוספת דיירים (כך הוא מסיק מניתוח שתיים מתשובותיו בעניין זה). לאור דבריו המפורשים לעיל, ולאור דברי הגר"א, אין לקבל לכאורה את דברי הט"ז. ואולם השווה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, שטוען גם הוא שיש מחלוקת בין הרמב"ם לרשב"א. ראה בסמוך.

[78] כך נדמה שעולה מדברי שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ולפי האמור. וראה לעיל, הערה 55.
לכאורה מהר"ם מרוטנבורג מרחיק לכת עוד יותר מהרשב"א, שכן הוא אינו מגביל את רשות השוכר להשכיר את המקרקעין בשכירות משנה, שלא ישכיר אלא למי שבני ביתו אינם מרובים משלו. להפך, הוא אפילו מדגיש, "שאם רצה לוי [השוכר] למלאות כל הבית דיורין, הרשות בידו" (ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרפ). אולם ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ב, המצביע על כך ששיטתו של מהר"ם מרוטנבורג עולה בקנה אחד עם שיטתו בהלכות שכנים (ראה: הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות ה), ולפיה השוכר רשאי למלאות את ביתו אורחים. ואכן ראה: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, שם, שהביא עניין זה כאחת ההוכחות לשיטתו. אין להסיק אפוא, שלפי מהר"ם מרוטנבורג, בניגוד לדעת הרמב"ם, העובדה שהשכרת המשנה מגבירה את הסיכון לקלקול המושכר אינה שיקול מספיק לשלול השכרת משנה, ורק החשש מפני היעלמות המושכר (גנבתו או הריסתו) מהווה שיקול סביר לאסור השכרת משנה. נראה יותר לומר, שבעיקרון, מהר"ם מרוטנבורג מסכים עם הרמב"ם שהגברת הסיכון לקלקול המושכר היא שיקול למניעת השכרת משנה (הוכחה לכך, ראה להלן, ליד ציון הערה 91), אלא שלדעתו, הוספת דיירים אינה נכנסת לקטגוריה זו, שכן השוכר רשאי, כל עוד לא הוגבל הדבר באופן מפורש, להכניס במושכר כמה דיירים שהוא חפץ. על כן אין לראות בהשכרה למי שבני ביתו מרובים משום הגברת הסיכון לקלקול המושכר.
נציין עוד, שבשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרסב, מביא את שיטת הרמב"ם, אך סימן זה אינו ממהר"ם עצמו, כי אם מהמעתיק. גם בסימן רצז, מובאת דעה קרובה לזו של הרמב"ם, אולם תשובה זו גם היא אינה משל מהר"ם מרוטנבורג, ראה להלן, הערה 85.

[79] ראה: השגות הראב"ד, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. לשיטת הראב"ד, השווה שיטת הריטב"א, להלן, ליד ציון הערה 90. וראה: מעשה בצלאל, על ריקאנטי, סימן שסט, שבדברי הראב"ד — "יש בני אדם שמחריבים בית בדירתם" — אין הכוונה לנזקים מכוונים שניתן לתבוע עליהם בבית משפט, "אלא דאין מחזיקין הבית נקי כל כך, ועל ידי זה נרקב הבית קצת יותר ממה שהיה דר בו מאן דקפיד אמנקיותא [=על הניקיון] יותר... דאין על זה גבול וגדר איך ידור אדם בדירתו, והזיקות [=נזקים] כאלו לא ניתן לתבוע בבית דין, והוא כעין מתה מחמת מלאכה. והרי הרמב"ם גופא כתב, דאם בני ביתו ארבעה, לא ישכיר למי שבני ביתו חמשה. ופשיטא דישנם ארבעה המקלקלים הבית בדירתם יותר מחמשה. וזהו סברת ראב"ד". והשווה לעיל, הערה 39.
נעיר כאן על קושי שנתקלנו בו בשו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט (דף קיד ע"א). חקרי לב קובע שם, שלפי הראב"ד, לא רק שהשוכר אינו רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אלא גם אינו יכול להשתחרר מן החוזה (אף שהוא מציע במקומו שוכר חלופי הגון. השווה לעיל, ליד ציון הערה 31):

שמחריבים בית בדירתם", המשכיר יכול להתנגד באופן סביר להשכרת משנה גם למי שבני ביתו אינם מרובים משל השוכר הראשי.

כאמור[80], להלכה, נתקבלה שיטתו של הרמב"ם. אולם יש פוסקים המצמצמים את זכותו של המשכיר להתנגד להשכרת משנה בנימוק של הוספת דיירים:

בעל "כסף הקדשים"[81] סבור, שלא נאמרה ההלכה האוסרת השכרת משנה למי שבני ביתו מרובים, אלא כאשר השוכר אינו חייב להחזיר את מצב המושכר לקדמותו, לפני שהוא מחזיר אותו למשכיר[82]. לעומת זאת, אם חלה חובה כזו על השוכר, מכוח חוזה או מנהג, אין למשכיר סיבה סבירה להתנגד, שכן מה אכפת לו? הרי סוף סוף הוא יקבל את ביתו כשהוא מתוקן. ואם יתנגד, הרי יש בכך משום מידת סדום[83].

ר' שאול נתנזון[84] מרחיק לכת עוד יותר. הוא קובע שאם המשכיר מוכן להוסיף על דמי השכירות שהוא חייב בהם בהתאם לתוספת הבלאי הנגרם לדירה בעקבות הוספת דיירים, המשכיר חייב להסכים[85]. דעה זו תמוהה, שכן כיצד נכריח את המשכיר להשכיר שימוש רב משהיה מוכן לכתחילה? ואכן יש לציין, ש"נתיבות המשפט"[86] דוחה גישה זו במפורש.

"והראב"ד חולק, דגם בשכיח לאגוריה [=להשכירו] גובה שכרו משוכר ראשון". ולא ידעתי היכן מצא "חקרי לב" כדברים האלה בדברי הראב"ד.

80 לעיל, הערה 72.

81 כסף הקדשים, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, ד"ה ב"ב האחר יותר מב"ב.

82 פטור זה יסודו באחד משני הנימוקים הבאים: משום שאין אחריות שמירה במקרקעין, אפילו לא בגין פשיעה (אך זהו עניין שנוי במחלוקת, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שא, סעיף א. בעניין זה, ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 1(א), פרק ב, 3, עמ' 43־46); משום שהבלאי הוא בגדר "מתה מחמת מלאכה", והשוכר פטור עליו כדין כל שומר (בעניין זה, ראה: ב' כהנא, שם, סעיף 4, פרק ב, עמ' 269־278).

83 וזה לשון כסף הקדשים: "אולי כן הוא רק בימיהם, שהיה על המשכיר מוטל כל תיקוני הבית, ולא על השוכר כלל, כי [=משום ש] קיימא לן, אין שומרים בקרקע, ופטור גם בפשיעה ל"יש אומרים" [ראה לעיל, הערה 82]. וכשבני ביתו מרובים יש קלקול ביותר בהבנינים, ורוב הקלקולים הם כמתה מחמת מלאכה, שאינם בחזרה גם אם היה דין שומר בהם. מה שאין כן כעת, שפשט המנהג במדינות אלו שעל השוכר מוטל להחזיר כל הבנינים בסוף השכירות כמו שהיה בתחילת השכירות, וכותבין כך ברוב השטרות... עד שאין צריך להזכיר כי ד"ה מנהג קבוע... ואין למשכיר שום שייכות שם לא בבית ולא בהחצר, הוי ליה כ'זה נהנה וזה לא חסר'. ומה לו להקפיד אם יהיו שם דיורים כמה נפשות יותר? ובמה שאינו יכול לעשות לו הנאה מביתו שייך מדת סדום, כשמוחה". בעל שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כח, מאמץ את גישת "כסף הקדשים" להלכה. אולם ראה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה כב, המעיר בצדק: "צריך עיון. שאף אם יתקן, יכול המשכיר לומר, 'איני חפץ בקלקול ותיקון', ואין זה מידת סדום". עוד נעיר, שאפילו לשיטתו של "כסף הקדשים", יש מקום לעיין בשאלה, האם יזכה השוכר ברווח שהוא מפיק משכירות המשנה? או שמא כל הרווח הולך למשכיר כדין "זה נהנה וזה חסר". ושמא מאחר שחיובו לפצות את המשכיר הוא מן הדין (חוזה או מנהג), אין כאן "זה נהנה וזה חסר", אלא "זה נהנה וזה לא חסר". וצריך עיון.

84 שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ד, סימן עז. ראיה לדבריו הוא מביא בין היתר ממה שפסק הרמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ב, בעניין שכירות פועלים.

85 כשיטה זו נמצא כבר בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן רצז. התשובה חתומה על ידי חיים בן אמ"ו הר"י א"ז. השווה לעיל, הערה 78. והשווה עוד להלן, הערה 114.

86 נתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק ד. והשווה להלן, הערה 115. "שואל ומשיב" מודע לדבריו של "נתיבות המשפט". אף על פי כן הוא סבור שאין לקבל את ההבחנה שעושה "נתיבות המשפט" בין מה שפסק הרמ"א, בסימן שלג, בענין שכירות פועלים, ובין מה שנפסק בסימן שטז, בעניין שכירות בתים.

(ב) חשש לנזקים נסתרים

כבר הזכרנו לעיל[87], שיש מקרקעין שהרמב"ם אוסר בהם שכירות משנה. כך הוא בשכירות שדה, שבה קובע הרמב"ם[88] שהשוכר אינו רשאי להשכיר. הסמ"ע[89] מסביר, שבשדה, המשכיר יכול להתנגד לעסקה, משום שנזק הנגרם לשדה כתוצאה מטיפול לא נאות הוא נזק נסתר, "ואין בעל הבית מרגיש בו עד לאחר זמן". בכגון זה, התנגדות המשכיר שהמושכר יועבר להחזקתו של אדם שאין לו אמון בו היא סבירה.

(ג) אישיותו של שוכר המשנה

על הלכת הרמב"ם בדבר אפשרות מסירת בית מושכר בשכירות משנה, מעיר הריטב"א[90]: "ודינו של רבנו ז"ל אמת כשהאנשים שווים, שאין דירת כל בני אדם בבתים שוים". גם מהר"ם מרוטנבורג[91], אף שלא אסר תוספת דיירים[92], סייג את זכותו של השוכר, וקבע שאסור לו לקחת שוכר משנה "קשה" יותר ממנו[93]. ואמנם כבר ראינו, אם כי בהקשר אחר, שגם ר' יוסף קארו סבור[94], שהתנגדות לאדם שאינו הגון היא סבירה. בעל "ערוך השולחן"[95] מדויק יותר: "אם ידוע שזה האיש שרצונו להשכירו הוא מחריב דירות או שהוא אלם או בעל מריבות או אינו מתנהג בנקיות, וכיוצא בזה — ודאי שהמשכיר מוחה בו מלהשכיר לזה".

"ערוך השולחן" מוסיף, שנטל הראיה בעניין זה הוא על המשכיר — "המשכיר אינו נאמן

[87] לעיל, ליד ציון הערה 47.

[88] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח.

[89] סמ"ע, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א. וראה לעיל ביתר הרחבה, ליד ציון הערה 51. כתירוץ זה מצאנו גם בשו"ת בני אהרן (לפפא), סימן ב (ד ע"ב), תשובה זו חתומה על ידי חכם בשם ר' מרדכי קלעי. והשווה: I. Herzog, The Main Institutions of Jewish Law, London 1967, vol. 1, p. 331: "'karka' which is under cultivation (grain-producing, or fruit producing), which kind is envisaged by Maimonides in Mekhira, 23, is, in this respect, like 'metaltelin,' for much harm can be done to it by bad manipulation".

[90] חידושי הריטב"א, בבא מציעא עט ע"ב, ד"ה ת"ר השוכר את הספינה (בסוף הדיבור). בדברינו כאן, אנו חולקים על פירושו של הרב שילה רפאל ז"ל, במהדורתו לחידושי הריטב"א, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ג, דף עט ע"ב, הערה 325. הוא טוען ששיטת הריטב"א כשיטת הראב"ד, כלומר שגם הוא אוסר השכרת משנה של דירת מגורים, מאחר "שאין דירת כל בני אדם בבתים שוים". לדעתנו, הריטב"א חולק על הראב"ד, ורק אם יוכיח המשכיר ששוכר המשנה המוצע הוא "מחריב דירות", כלשון הראב"ד, רק אז יוכל להתנגד לשכירות המשנה, שאם לא כן לא היה קובע "ודינו של רבנו ז"ל אמת". לשון אחר, נטל ההוכחה בעניין זה הוא על המשכיר ולא על השוכר.

[91] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תתרב (התשובה אינה חתומה על ידי המהר"ם, אולם היא מובאת בשמו על ידי "מרדכי", בבא מציעא, פרק האומנין, סימן שמה).

[92] ראה לעיל, הערה 78.

[93] "יש כח ביד היורשים [בעלי זכות השכירות מכוח ירושה] להשכיר חלק שהיה לאמם לדניחא מינה או לדכותה [= למי שנוח יותר ממנה או לשכמותה], אבל לא לדקשה מינה".

[94] בית יוסף, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ח (ראה לעיל, הערה 31). דבריו שם אינם אמורים בקשר לשכירות משנה, אלא בקשר לזכותו של השוכר לסיים את השכירות מוקדם, כשיש בידו להציע שוכר חלופי, שהוא הגון מאוד. אמנם היה מקום להבחין ולומר, שהתנגדות לאדם שאינו הגון אינה סבירה אלא כשמדובר בהעברת השכירות (שעל זה מדבר ה"בית יוסף"), שכן כיצד נאלץ את המשכיר לקשור יחסים משפטיים עם אדם שאינו הגון? לעומת זאת, כאן אנו מדברים בהשכרת משנה, שבה אין למשכיר קשר עם אותו אדם, ואולי בכגון זה התנגדות המשכיר אינה סבירה, אף אם מדובר באדם שאינו הגון. אולם טיעון זה אינו משכנע, אלא גם בהשכרת משנה, סביר להניח שמכללא היה ברור שהמושכר לא יושכר לאדם שאינו הגון.

[95] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שטז, סעיף ב.

לומר שהוא כן בלא ראיה". וכך יש להבין גם את דברי המהרי"ט[96]: "ואם המשכיר לא הודה לו [לא הסכים לכניסת שוכר המשנה], לא היה לו לחוש לדבריו. אלא יכניס לתוכה מי שראוי להכניס על פי בית דין". נראה ש"על פי בית דין" אין משמעו שהשוכר צריך לפנות לבית הדין, אלא שהוא צריך לבחור דייר משנה שבית הדין היה מתיר להכניסו, אילו היה נזקק לעניין.

לבסוף, נציין שבעל "ערוך השולחן"[97] מרחיב מאוד את מסגרת הנימוקים הקבילים להתנגדות המשכיר בשל אישיותו של שוכר המשנה. הוא קובע, שאף ששוכר המשנה הוא אדם הגון, ומבחינה אובייקטיבית אין צפוי נזק למושכר, המשכיר רשאי להתנגד, אם אותו שוכר משנה הוא שונאו של המשכיר. במילים אחרות, נימוק ההתנגדות של המשכיר יכול להיות גם נימוק סובייקטיבי[98]. היסוד המשפטי לגישתו זו אינו ברור. ונראה שלדעתו השוכר נחשב כמי שהסכים מכללא שלא יכניס למושכר אדם שאינו מקובל על המשכיר.

(ד) שימוש משותף במושכר

הרא"ש[99] פוסק: "שנים ששכרו בית בשותפות לדור בו יחד, אין אחד מהשותפים יכול להושיב אחר במקומו... כי הוא יכול לומר: 'אתה יכול אני לקבל, ואחר אי אפשר לקבל', כי הדבר ידוע שאין הדירה מקובלת עם כל אדם בשווה; יש מפני חשיבותו שאדם בוש ממנו, ויש מפני גריעותו, שאדם בוש לדור עמו, ויש שהוא בעל קטטה, ויש שאינו נאמן. הלכך אדם הרוצה לדור בשותפות מדקדק עם מי שהוא חפץ לדור, ולא יוכל אותו שקבל לדור עמו להושיב אחר במקומו". מלשון הטור[100] עולה, שלדעתו, הרמב"ם מסכים עם הלכה זו[101].

[96] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט (בסופו).

[97] ערוך השולחן, חו"מ, סימן שטז, סעיף ב.

[98] והשווה: ט"ז, חו"מ, סימן שיב, סעיף ז, ד"ה אדם שאינו הגון, שגם הוא מדבר על נימוקי התנגדות סובייקטיביים. אולם יש לציין שדבריו לא נאמרו בהקשר לשכירות משנה, אלא בהקשר לסיום מוקדם של שכירות שאינה קצובה. ויש אולי מקום להבחין בין הדברים. השווה לעיל, הערה 94.
והשווה: American Book Company v. Yeshiva University Development Foundation N.Y.S 2d (1969) 156, 297, שבו דחה בית המשפט בארצות הברית את התנגדותה של "ישיבה אוניברסיטה" לשוכר משנה בשל עיסוקו של השוכר בתכנון המשפחה. בית המשפט קבע, שהתנגדות זו היא סובייקטיבית, ולכן אינה סבירה, משום שאינה נוגעת לשלמות המושכר או לאישיותו של שוכר המשנה, אלא לדעותיו של המשכיר. לפי דברי "ערוך השולחן", הייתה ל"ישיבה אוניברסיטה" זכות להתנגד להשכרת משנה למוסד שאינה מקבלת את השקפותיו, ואינה מעוניינת לסייע לו, אף שברור שלא היה צפוי כל נזק למושכר. בסוגיה זו, השווה: א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, בעריכת י' זמיר, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ג, 164, בעמ' 201. לביקורת על גישתו של ברק, ראה: פ' רדאי, "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכח", משפטים כג (התשנ"ד) 21. והשווה גם: ד"נ 22/82, בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 441.

[99] שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ב. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שטז, סעיף ב.

[100] כך מדייק דרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ג, מתוך כך שהטור לא ציין שהרמב"ם חולק על הלכת אביו. דיוק דומה עושה הט"ז, שם, סעיף א, ד"ה משכיר עד סוף זמנו.

[101] אחרים סוברים, שבניגוד לרא"ש, הרמב"ם סובר שנוכחות המשכיר במושכר יחד עם השוכר היא דווקא שיקול להתיר את השכרת המשנה, שכן המשכיר יכול להשגיח על השוכר לבל יקלקל את המושכר. כך עולה מדברי המגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה (כפי שדייק זאת מדבריו, דרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ב); וכן סבור ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ח. והשווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה כא, ד"ה ולולא. וראה להלן, הערה 103.

אמנם דברים אלה נאמרו ביחס לשניים ששכרו בית בשותפות, אולם המהרי"ט[102] מרחיב את הדברים, ומחיל אותם גם על יחסי שוכר־משכיר, כששניהם משתמשים במושכר[103] או בחלק ממנו במשותף: "אין טעם לחלק בין בשוכרים ששכרו ביחד למי שהשכיר לדור ביחד או להשתמש בחצר כאחד, כיון דודאי איכא קפידא בהכי [=ודאי ישנה הקפדה בכך]"[104, 105].

[102] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט.

[103] לעיל, ליד ציון הערה 66, הסברנו מדוע בספינה, המשכיר אינו יכול להעלות טיעון זה, אף על פי שגם שם המשכיר נמצא יחד עם השוכר בספינה המושכרת.

[104] כדברי מהרי"ט, ראה: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט, ד"ה ולמאי (קטז ע"ג); חידושי אנשי שם, למרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שנז, אות מ; סמ"ע, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ה; נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ב; שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, סימן לט; שו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק י, וסימן לה, ס"ק ג. לעומת זאת, ראה: חידושי אנשי שם, למרדכי, בבא בתרא, פרק חזקת הבתים, סימן תקכט, אות כ, הטוען בשם שו"ת מהרש"ל, סימן טז, שדברי הרא"ש לא נאמרו אלא בקשר לשניים ששכרו במשותף, ואין להחילם על יחסי שוכר־משכיר. וראה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כח, סעיף י, ד"ה לכן, שהוכיח בטוב טעם, שאין זו המסקנה שיש להסיק מתשובת מהרש"ל: לפי מהרש"ל, דברי הרא"ש אינם אמורים אלא בשניים שנכנסו לשותפות מתוך בחירה, שאז יכול כל אחד לומר לחברו "אותך אני יכול לקבל, אבל אחר איני יכול לקבל". לעומת זאת, אדם שנקלע לשותפות זו שלא מתוך בחירה, כגון שקיבל את השכירות במתנה או בירושה, אין יסוד לטענת "אותך אני יכול לקבל, ולא אחר", שכן מתחילה, השותפות לא נוצרה מכוח רצונו ובחירתו. מובן אפוא שדברי הרא"ש אמורים גם ביחסי שוכר־משכיר, שהרי המשכיר בחר בשוכר זה, ואם כן אין לשוכר זכות להעמיד במקומו אדם שהמשכיר לא בחר אותו.

[105] יש להעיר שדברי הרמ"א, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, סותרים לכאורה את דברי השולחן ערוך, שראינו כאן. לדעתו, אף שהשוכר משתמש במושכר במשותף עם המשכיר, הוא רשאי להכניס במקומו דייר משנה. ואלה דברי הרמ"א: "מי שנותן לאחר דירה בביתו, ואין המקבל מתנה צריך לאותו דירה, נראה לי דיוכל להשכירו או למכרו לאחר, שבני ביתו אין מרובים ממנו". את ההלכה הזאת, הסיק הרמ"א ממה שהביא להלכה לפני כן, בשם הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה): "מי שנתן ביתו לאחר, או השכירו, ושייר כח לעצמו, שכשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר בבית, יכול למכור כחו לאחר, ובלבד שלא יהו בני ביתו מרובים". אומר הרמ"א: "לא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו, דנותן, בעין יפה נותן". אשר על כן, כשם שפסק הרשב"א שהמשייר לעצמו זכות מגורים בבית שנתן או שהשכיר, זכאי להעביר את זכותו לאחר, כך מי שהגיעה לידיו זכות המגורים במתנה, זכאי גם הוא להעביר את זכותו לאחר. כל זאת, אף שמדובר במגורים משותפים. כאמור, לכאורה, דברים אלה סותרים את דברי השולחן ערוך (בשם הרא"ש), ולפיהם אם השוכר גר במושכר במשותף עם אחר, אסור לו להכניס אדם זר במקומו. הש"ך, שם, ס"ק ד, מעיר שדברי הרמ"א בעניין המקבל זכות דיור במתנה, אינם מקובלים על שו"ת מהרש"ל, סימן טז (ראה לעיל, הערה 104). לדעת מהרש"ל, אמנם שניים שקיבלו במתנה או בירושה זכות מגורים במשותף, אין האחד יכול למנוע משותפו להעביר את זכותו לאדם אחר. שכן, מאחר שמתחילה, לא הוא בחר בשותפו, אין לו זכות לומר, "אותך אני יכול לקבל, ולא אחר". לעומת זאת, אם בעל הבית נותן זכות מגורים במתנה, במשותף עמו, לאדם אחד, לא יעלה על הדעת שלא יוכל להתנגד להעברת המתנה לאדם אחר. הרי מתחילה, הוא בחר בשותף שהוא מעוניין בו, ועל כן זכותו לומר: "אותך אני יכול לקבל, ולא אחר". נעיר, שעל פי אותו היגיון, היה מקום לכאורה להקשות גם על מה שהביא הרמ"א בשם הרשב"א, בעניין "מי שנתן ביתו לאחר, או השכירו, ושייר כח לעצמו, שכשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר בבית, יכול למכור כחו לאחר". לדעת מהרש"ל, אין הדברים נכונים לכאורה אלא ביחס למקבל מתנה (שהרי לא הוא בחר בשותפו מתחילה). אולם אין הדברים נכונים ביחס לשוכר (שהרי מתחילה אותו שוכר בחר את בעל הבית כשותף, ועל כן אין להתיר לבעל הבית להכניס שותף אחר במקומו). אולם ראה סמ"ע, שם, ס"ק ד, שמתחילה השוכר נכנס לבית על דעת שיוכל המשכיר להעביר את זכותו לאחר, אם כן הוא הסכים לכך מכללא מראש.

וראה: סמ"ע, שם, ס"ק ה, שגם הוא הזכיר את שו"ת מהרש"ל, אך הוסיף עליו דברי ביקורת על הרמ"א

(ה) זכות קדימה

נחזור כאן על דברי הרמב"ם[106]: "וכן אני אומר: אם אמר לו בעל הבית לשוכר, 'למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים? אם לא תרצה לעמוד בו, צא, והניחו, ואתה פטור משכירותו', אינו יכול להשכירו לאחר, שזה ב'אל תמנע טוב מבעליו' (משלי ג, כז), עד שאתה משכירו לאחר, הנח לזה ביתו"[107]. מכאן, שאם התנגדותו של המשכיר היא משום שהוא טוען לזכות קדימה, הדין עמו[108]. יש להניח שגם החוק יקבל טיעון זה.

מנימוק נוסף (הוא מערער על נימוקו של הרמ"א: "לא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו, דנותן, בעין יפה נותן").

וראה שם: נתיבות המשפט, ס"ק ג. לדעתו, דברי הרמ"א אינם סותרים את הלכת השולחן ערוך, ואין מקום לכל דברי הביקורת עליו. אמנם השוכר אינו רשאי להכניס במקומו שוכר משנה, כשהדבר עלול לפגוע במשכיר, כגון שהמשכיר גר עמו במשותף. אולם הנימוק לכך הוא, "דבשכירות לא קניא". לשוכר אין זכות קניינית במושכר, ומשום כך, הוא אינו רשאי להשתמש בו כאוות נפשו, והוא חייב להתחשב במשכיר. לעומתו, מעמד המקבל זכות דיור במתנה אינו כשוכר, אלא כקונה את הבית לדירה (שאם לא כן אין תוקף לעסקה, שהרי דיור לבד הוא דבר שאין בו ממש, שאי־אפשר להקנותו). כלומר, יש לו זכות קניינית בנכס, ועל כן לא ראה הרמ"א מניעה שיכניס במקומו אדם אחר, אף שיש בזה פגיעה כלשהיא בבעל הבית (בדרך אגב נעיר, שצריך עיון, מדוע — בין במקבל מתנה ובין במשייר לעצמו — הרמ"א מגביל את זכות ההעברה למי שבני ביתו אינם מרובים, בעוד שלגבי קונה הגוף לפרותיו, קבע הרמ"א, בדרכי משה, חו"מ, סימן ריב, ס"ק ג, שאין עליו הגבלה כזאת? והשווה: דרכי משה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק ג; ט"ז, שם, סעיף א, ד"ה ובלבד שלא יהא. והשווה: שו"ת מהר"י וייל, סימן י, שאכן במשייר לעצמו מתיר להשכיר אפילו למי שבני ביתו מרובים. וראה שם, שמהר"י וייל מבחין לכאורה גם הוא בין שוכר, ש"אין לו זכות בגוף הבית", ובין המשייר לעצמו, "שיש לו כח בגוף הבית". תשובה זו מובאת בט"ז, חו"מ, סימן שטז, סעיף א, ד"ה ובלבד שלא יהא).

ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 35, מה שהסקנו מדברי "נתיבות המשפט" האלה בעניין תפיסתו את מהות השכירות.

106 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. הובא כבר לעיל, ליד ציון הערה 56.

107 ועיין בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצה (ד"ה נשאלתי), המדגיש, שכפי שעולה מלשונו של הרמב"ם, זכות קדימה זו של המשכיר אינה אלא לכתחילה, כשהשוכר עדיין לא השכיר את המושכר בשכירות משנה. בדיעבד, המשכיר אינו יכול לסלק את שוכר המשנה: "אני אומר, שכן יש לעשות הלכה למעשה, שאם יבא בעל הבית לדין עם השוכר הראשון קודם שהשכיר לשני, כדין נאמר הניחהו. ואם יבא אחר שהשכיר לשני כבר, בדין יעמוד [השני] עד זמן הקצוב" (אותם הדברים מודפסים גם, שם, בסימן תטו). וכן פסקו גם: שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן פט; שו"ת משאת משה (ישראל), חו"מ, חלק ב, סימן סז; משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי"ן, סימן קסו. והשווה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קלט. הוא סובר, שאף שכבר נכרת ההסכם לשכירות משנה, אם עדיין לא קיבל שוכר המשנה את החזקה במושכר, ויש לו מקום אחר לדור בו, הדין עם המשכיר, שכן בזה חלה גם עליו חובת "אל תמנע טוב מבעליו".

108 זו גם דעת הרא"ש, ראה: שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ב. והשווה: ש"ך, חו"מ, סימן סו, ס"ק עג. מדברי הש"ך עולה לכאורה מסקנה שונה מזו שכתבנו כאן. ואלה דבריו: "הבית הוא שלו, גם יש לומר לזה השכירו ולא לאחר". בשו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק ו, הסביר את דבריו: "משום דהבית שלו, מצי למימר, 'לזה השכירו ולא לאחר'. אבל באם אינו פוטר אותו משכירותו, אין זו טענה למחות מלהשכירו לאחר, כיון דתבע שכירות". מדברים אלו עולה, שאין כאן דין קדימה למשכיר, אלא יש למשכיר זכות לקבוע מי ישב בביתו, זולת כשאינו פוטר את השוכר מתשלום. לפי זה, נמצא שאם המשכיר אינו מבקש את המושכר לעצמו, אלא לידיד שלו, ולצורך העניין הוא מוכן לפטור את השוכר מתשלום, הדין עמו. לפי הבנתנו בדברי הרמב"ם, שיש כאן דין קדימה (כעין זכות בר מצרא), עולה שבכגון זה, הדין עם השוכר. אם המשכיר אינו מבקש את הבית לעצמו, מדוע יש להעדיף את רצונו על פני רצון השוכר? הרי השוכר הוא בעל זכות השימוש. ייתכן שיש כאן ביטוי לעובדה, שלפי הש"ך, זכותו של השוכר אינה זכות

מובן שלא דיי שיפטור המשכיר את השוכר מתשלום דמי השכירות המוטלים עליו. תנאי למימוש זכות הקדימה הוא, שיפצה המשכיר את השוכר על הפסד הרווח מן העסקה שנאלץ לוותר עליה[109].

(ו) דמי הסכמה

עמדת הפסיקה[110] בישראל היא, שאם המשכיר מתנה את הסכמתו להעברת השכירות בתשלום דמי הסכמה, יש שדרישתו נחשבת לסבירה. כך הוא כשהשוכר מקבל סכום גבוה יותר מדמי השכירות שעליו לשלם. מאחר שתוספת זו נובעת מעליית ערך המקרקעין, המשכיר זכאי לדרוש השתתפות ברווח, ובלבד שלא ידרוש סכום מוגזם. לרנר[111] מבקר את גישת הפסיקה.

על פי מה שראינו לעיל, עולה שעמדת המשפט העברי שונה: מחד גיסא, אם מדובר בשוכר הרשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה בלא הסכמת המשכיר, ודאי שהמשכיר אינו יכול לתבוע דמי הסכמה[112]. מאידך גיסא, אם מדובר בשוכר הזקוק להסכמתו של המשכיר (כגון שהשוכר מבקש להשכיר את המושכר למי שבני ביתו מרובים משלו), ודאי שהמשכיר יכול לדרוש דמי הסכמה, ואפילו בסכומים מוגזמים, שהרי זכותו גם לסרב.

(ז) התחייבות השוכר הראשי לשאת בכל ההפסדים

לכאורה, אם השוכר מתחייב לפצות את המשכיר על כל הפסד שייגרם לו כתוצאה משכירות המשנה, שוב אין למשכיר עילה סבירה להתנגד לעסקה. אולם הדבר אינו נקי מספקות.

אמנם מדברי חלק מן הפוסקים ניתן להסיק, שאם השוכר מקבל על עצמו אחריות כזו, שכירות המשנה מותרת. כך עולה לדוגמה, מדברי בעל "שואל ומשיב", שראינו לעיל[113],

קניינית, ועל כן קבע, שאפילו בתוך תקופת השכירות המשכיר הוא בעל הזכות לקבוע מי יחזיק במושכר. והשווה: פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה לד, שהשאיר שאלה זו בצריך עיון. וראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 32.

109 ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רצה (ד"ה עוד), וסימן תטו (ד"ה עוד). בתשובה זו נכפלו הדברים שבסימן רצה, עם תוספת בסופה); שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קלט; פרישה, חו"מ, סימן שטז, ס"ק א: "נראה דאם האחר ירצה ליתן תוספת בשכירות ממה ששכרו הוא, שאינו יכול לומר ליוצא הניחו וכו', אם לא שהמשכיר ירצה ליתן לו אותו הריוח. וק"ל [=וקל להבין]"; שו"ת שמחת יום טוב, סימן כז, ד"ה ואל תשיבני (תשובה זו אינה מר' יום טוב אלגאזי אלא מחכם אחר בשם ר' אביגדור עזריאל. אולם בנקודה זו, ר' יום טוב אלגאזי אינו חולק עליו בסימן כח); נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק א. וראה: דברי גאונים, כלל קד, סימן מ, שהביא מי שחלק על דין זה (שו"ת שמן רקח, לר' אלעזר אריה ליב, אב"ד פילץ, חלק ב, סימן עז), אך דחה את דבריו. וראה: אור שמח, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה, שמדבריו נראה שהשוכר רשאי לתבוע תשלום זה מיד, ואינו חייב לסמוך על הבטחתו של המשכיר שישלם לו בסוף תקופת השכירות. וראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כח, שפסק כדבריו (שם, בסיכום, אות ה).

110 ראה: ע"א 585/68 ויירוך נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כג(1) 491; וע"א 840/75 קרן קיימת לישראל נ' סביצקי, פ"ד ל(3) 540.

111 לרנר, סעיף 170. לדעתו, אם שגה המשכיר, כשלא הוסיף בחוזה סעיף שיאפשר לו להעלות את דמי השכירות בהתאם לעליית ערך המושכר, אין שום סיבה לאפשר לו לתקן את טעותו, רק משום שהחליט השוכר לעזוב את המושכר ולהעבירו לאדם אחר.

112 אמנם בפסקה הקודמת ראינו, שהשוכר צריך להציע את העסקה למשכיר תחילה, אולם אין זה סותר את הקביעה שהמשכיר אינו יכול להתנות את הסכמתו בתשלום ובהשתתפות ברווחיו של השוכר. להפך, ראינו שהמשכיר לא יוכל לטעון לזכות קדימה, אלא אם כן הוא מפצה את השוכר על מלוא ההפסד שנגרם לו. נמצא שגם אם השוכר מרוויח מעליית ערך המקרקעין, המשכיר אינו יכול לדרוש דמי הסכמה.

113 לעיל, ליד ציון הערה 84.

ולפיהם אם השוכר מוכן להוסיף על דמי השכירות, מותר לו להשכיר את הבית למי שבני ביתו מרובים משלו, אף שתוספת הדיירים תגרום לתוספת בלאי[114].

אולם מדברי פוסקים אחרים עולה, שהבטחת פיצוי אין בה כדי להתיר את העסקה. הנימוק לכך הוא, שהמשכיר יכול לטעון: "אני רוצה בחפץ ולא בממון"[115]. כלומר, אני רוצה את החפץ שלי דווקא, ואין אני מעוניין בפיצוי תמורתו. יש מקום לשאול, אם טיעון זה יהיה נכון גם בחפץ סטנדרטי, שניתן לקנות כמותו בשוק? וצריך עיון.

לכאורה אפשר להביא ראיה לדעה השנייה מתוך דבריהם של גדולי הראשונים. הרשב"א[116] ומהר"ם מרוטנבורג[117] הסבירו, כפי שראינו לעיל, ששכירות משנה של מיטלטלין אסורה, משום שהמשכיר חושש שמא יגנוב שוכר המשנה את המושכר. אם הבטחה לפיצוי הייתה מספקת להתיר את העסקה, לא היה ממש בטיעון זה, שכן גם אם יבריח שוכר המשנה את המושכר, הרי השוכר הראשי חייב לפצותו (בהתאם לכלל "שומר שמסר לשומר — חייב"[118]). מכאן שהבטחה לפיצוי אין בה כדי להתיר את העסקה. המשכיר זכאי לחשוש שלא יוחזר לו רכושו, והבטחת פיצוי אין בה כדי להתגבר על כך[119].

(3) סיכום

העולה מדברינו הוא, שבסופו של דבר, לעניין עסקה בשכירות, ההבחנה בין מקרקעין ובין מיטלטלין (והדבר נכון גם בנוגע להבחנה בין שכירות משנה ובין העברת השכירות) אינה הבחנה עקרונית, אלא מעשית. כלומר, בעיקרון שכירות משנה מותרת בין בשכירות מקרקעין ובין בשכירות מיטלטלין, ובלבד שאין למשכיר סיבה סבירה להתנגד לה. ההבחנה בין סוגי השכירות השונים אינה נובעת משיקולים עקרוניים, אלא משיקולים מעשיים המחייבים

114 כך עולה לכאורה גם מדברי דרישה, חו"מ, סימן שמב, ס"ק א. וראה גם לעיל, הערה 39, דברי "מגיד משנה" (לפי הסברו של "מעשה בצלאל"). והשווה גם: ערוך השולחן, להלן, הערה 115.

115 לשון דברי משפט, סימן קכה, סעיף ב. וראה גם: שו"ת חלקת השדה (דייטש), סימן כה (דף כב ע"ג); פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה כב (הובא לעיל, הערה 83). והשווה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצא, סעיף מה, שגם הוא פסק, שגם אם השוכר מקבל על עצמו אחריות, אין הוא רשאי להעביר את המושכר לאחר. אולם יש לציין שפסקו של "ערוך השולחן" אינו מבוסס על העיקרון "אני רוצה בחפץ, ולא בממון", שכן באותו סעיף עצמו, פסק "ערוך השולחן", ששומר רגיל, שאין לו זכות שימוש בפיקדון, רשאי להעביר את הפיקדון לשומר משנה, ובלבד שמקבל על עצמו את כל הסיכונים. בשוכר ובשואל, הדין שונה, מסביר "ערוך השולחן", משום שמאחר שהם משתמשים בחפץ, יכול הבעלים לומר ש"אין רצונו שאיש אחר ישתמש בו". והשווה לדבריו, שהובאו לעיל, הערה 15.

116 ראה לעיל, הערה 43.

117 ראה לעיל, הערה 40.

118 בבא מציעא לו ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ו; שם, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה יא; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כו, ועוד. וראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, במילואים להערה 1, המעיר שאף על פי שכלל זה מתייחס בדרך כלל למצב שאירע נזק לנכס, הדין אמת גם אם גנב שומר המשנה את הנכס.

119 הרב א' מילר הציע לי דרך ליישב את גישת "שואל ומשיב" (לעיל, הערה 113) עם המקורות שהבאנו מן הרשב"א ומהר"ם מרוטנבורג. לדעתו, יש כנראה להבחין בין הבטחה לפיצוי על תוספת בלאי ובין הבטחה לפיצוי על אבדן הנכס כולו. אדם עשוי להסכים לשכירות משנה אם הסכנה היא רק תוספת בלאי, ומובטח לו פיצוי על כך (היא הסכנה בשכירות משנה של מקרקעין). לעומת זאת, אדם לא יסכים לשכירות המשנה, אם הסכנה הכרוכה בכך היא אבדן המושכר כולו, ואפילו שמובטח לו פיצוי מלא (היא הסכנה בשכירות משנה של מיטלטלין, ועליה בלבד מדברים הרשב"א ומהר"ם מרוטנבורג, שהבאנו כאן).

התחשבות במאפיינים המיוחדים של כל אחד מהם. כאמור, השיקולים השונים שסקרנו יוכלו להנחות את בתי המשפט בבואם לבחון את סבירות התנגדותו של המשכיר. אולם צריך לזכור, שלפי המשפט העברי, משנקבע שבנסיבות העניין התנגדות המשכיר אינה סבירה, השוכר רשאי לבצע את העסקה על אף התנגדות המשכיר, ואינו זקוק לשם כך להיתר מבית המשפט, גם לא בשכירות מיטלטלין.

פרק חמישי

עסקה בשכירות בניגוד למוסכם – "על אף האמור בחוזה השכירות"

לכאורה, אם הוסכם בחוזה שלא יעשה השוכר כל עסקה בשכירות בלא הסכמת המשכיר, אין מקום לחרוג מתנאי החוזה. ברם, הסעיף שלפנינו קובע שכך יהיה רק בשכירות מיטלטלין. בשכירות מקרקעין, ניתנת לשוכר אפשרות לפנות לבית משפט, וזה מוסמך להתיר את העסקה בתנאים שייראו לו, על אף האמור בחוזה.

לא ברור מה ראה המחוקק להתערב כאן בחופש החוזים, ולא הניח את שאלת העבירות של שכירות מקרקעין להסכם בין הצדדים. ויסמן[120] מציע שני נימוקים: "יש להתערב בנושא זה כדי להבטיח שהעבירות לא תישלל מטעמים שאינם סבירים. עמדה זו של המחוקק נבעה כפי הנראה מן ההשקפה המקובלת, שלגבי מקרקעין יותר מאשר לגבי נכסים מסוגים אחרים, חשוב לצמצם את תקפן המשפטי של הגבלות על העבירות. כמות המצרך הזה בשוק מצומצמת, ויש על כן למנוע, ככל האפשר את הוצאתו מן המחזור. נימוק אחר שביסוד עמדת המחוקק מקורו, כפי הנראה, בסברה שבשכירות מקרקעין, אישיות השוכר אינה גורם בעל חשיבות כה מרובה כפי שעשוי הדבר להיות בנכסים אחרים, ואין על כן להתיר למשכיר, במקרה הרגיל של חכירת מקרקעין, להתנגד להעברת החכירה". לרנר[121] מבקר את מדיניות המחוקק. לדעתו, מתן תוקף מלא להסכם חוזי המגביל את אפשרות העברת המושכר, אינו עלול לגרום לאי־ניצולם של המקרקעין ולהוצאתם מן המחזור, כטענת ויסמן. שוכר שאינו מעוניין עוד במושכר, אך הוא מנוע מלהעביר אותו לאחר על פי המוסכם בחוזה השכירות, כדאי לו לנטוש את המושכר ולהפר את החיוב לשלם דמי שכירות. המשכיר לא יוכל לאכוף עליו את תשלום מלוא דמי השכירות המוסכמים, שכן חלה על המשכיר חובת הקטנת הנזק. עליו למצוא שוכר חלופי שישלם לו דמי שכירות. נמצא שהשוכר לא ייתבע לשלם אלא את ההפרש שבין דמי השכירות המוסכמים לבין דמי השכירות שהמשכיר יכול להשיג בשוק. ומסיים לרנר: "התוצאה היחידה של הגבלת העבירות היא שהמשכיר, ולא השוכר, יבחר בנעבר חדש, ואיננו רואים כל

[120] י' ויסמן (לעיל, הערה 1), בעמ' 96. והשווה: ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 441, 469.

[121] לרנר, סעיפים 175־176.

טעם להתערב בהסכם ולשמוט ממנו יתרון זה"[122]. יורשה לנו להעיר, שתמוה לראות בהסדר משפטי הסדר ראוי, בשעה שהוא מיוסד על המלצה לשוכר להפר חוזה (עוד יש לומר, שספק אם יש כאן פתרון, גם כששילם השוכר דמי שכירות מראש).

על פי המשפט העברי, יש תוקף מלא לתנייה האוסרת על השוכר להשכיר את המושכר בשכירות משנה, ובית המשפט אינו מוסמך להתערב בכך: "לא אמרינן שיש לשוכר זכות להשכיר את הדירה לאחר, כי אם דוקא כשהמשכיר השכיר לו הדירה בסתם, ולא התנה אתו שום תנאי. אבל, אם בתחילת השכירות התנה עמו המשכיר שלא יוכל להשכירה לאחר, אזי אמרינן דהכל לפי תנאן, ואין השוכר יכול להשכיר הדירה לאחר"[123].

אמרנו שבית המשפט לא יוכל להתערב בהסכם שבין הצדדים. אולם אם יש עניין ציבורי בכך, נראה שבית המשפט רשאי להתערב. נניח לדוגמה שיש מחסור בדירות למגורים. השוכר נאלץ, מסיבות כלשהן, לנטוש את המושכר. הוא מציע שוכר חליפי, אך המשכיר מסרב, כשהוא מסתמך על המוסכם בחוזה השכירות, וכך נותר המושכר נטוש. על פי שורת הדין, זכותו של המשכיר להשאיר את המושכר נטוש ולדרוש מהשוכר את המשך תשלום מלוא דמי השכירות[124]. אולם מאחר שיש מחסור בדירות למגורים, רשאי בית המשפט לתקן, "שכל מי שיש לו מקום שאינו צריך לו, שישכירנו בקצבה הנראה להם"[125].

פרק שישי

עסקה בשכירות שלא כדין

א. תוקף העסקה

בפרקים הקודמים, עמדנו על גבולותיו של הכלל "אין השוכר רשאי להשכיר". בפרק שלפנינו,

[122] וראה עוד שם, סעיף 176, שלפי החוק, כמות שהוא עתה, אם עלו דמי השכירות בשוק לעומת דמי השכירות המוסכמים, המשכיר רשאי להתנות את מתן הסכמתו להעברה בקבלת חלק מן הרווח של השוכר (ראה לעיל, ליד ציון הערה 110). לעומת זאת, לדעת לרנר, יש לתת תוקף מלא לתנייה המגבילה, ולכן המשכיר רשאי להתנות את הסכמתו בכך שייהנה הוא ממלוא העלייה, ולא ייהנה ממנה השוכר כלל. וראה עוד שם, סעיף 177.

[123] שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כח, סעיף ו, ד"ה אלא, על יסוד דברי נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק שני (ט ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה וכתב הרא"ש. וראה שם עוד, בסיכום, אות ח. וכן מפורש כבר בשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיט. וראה שם בתשובת המהרי"ט, שחוזה עשוי להתפרש כמגביל את הזכות להשכרת משנה, גם אם הדבר לא נאמר בו במפורש. בהקשר זה נציין שגם ההפך נכון. כלומר, חוזה עשוי להתפרש כמתיר השכרת משנה למי שבני ביתו מרובים, גם אם לא נאמר בו הדבר במפורש. ראה: שו"ת הרשב"א, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שטו, ס"ק ה. עוד נציין שהמשכיר רשאי לאסור את מסירת המושכר אפילו לבני ביתו של השוכר. ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, שצוין לעיל, הערה 64.

[124] שכן, במשפט העברי, בשונה מהחוק (ראה לעיל, ליד ציון הערה 121), לא מצאנו שחלה על הנפגע חובה להקטין את הנזק שנגרם לו כתוצאה מהפרת חוזה. ראה על כך: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ואולם בס' זאת (דף קו ע"ב); שו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק י. אם כי השווה: שו"ת הרשב"ש, סימן צא, משם עולה, שמדין השבת אבדה, חייב המשכיר למצוא שוכר חלופי כדי להקטין את חיובו של השוכר. יחד עם זאת, נראה שאם לא עשה כן, אין לשוכר עילה כנגדו להפחית מחיובו.

[125] רמ"א, חו"מ, סימן קסב, סעיף ז. הדין נאמר בקשר למקום בבית כנסת, אך אין סיבה לומר שלא יחול גם

אנו מבקשים לעמוד על משמעותו המשפטית של הכלל ועל התוצאות של ביצוע עסקה בשכירות שלא כדין.

על פי החוק, ביצוע עסקה בשכירות שלא כדין מזכה את המשכיר בכל התרופות בגין הפרת חוזה: אכיפת החוזה (כלומר, דרישה מן השוכר שיסלק את שוכר המשנה); ביטול החוזה (ואז ממילא שוכר המשנה או הנעבר חייבים להסתלק מן המושכר); פיצויים, כשנגרמו לו נזקים (אם כי חלה על המשכיר החובה להקטין את נזקו). בנוסף לזה, ייתכן גם שתוחמר אחריותו של השוכר הראשי, ותהיה כאחריותו של שואל[126].

ניתן לפרש את הכלל העברי "אין השוכר רשאי להשכיר" בשלושה אופנים שונים[127]:

1. לכתחילה השוכר אינו רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אך בדיעבד שכירות משנה תקפה — בהתאם לכלל "שכירות ליומיה — ממכר הוא" — ואין למשכיר עילה להפקיע את המושכר מידי שוכר המשנה (והוא הדין בהעברת השכירות).

2. אין תוקף לעסקה (Void). אמנם יש לשוכר זכות קניינית במושכר, אולם הכלל "אין השוכר רשאי להשכיר" מגביל זכות קניינית זו.

3. אפשרות ממוצעת: העסקה תקפה בדיעבד, אך שמורה למשכיר הזכות לבטלה (Voidable).

בשתי האפשרויות האחרונות תישאל השאלה, האם בעקבות השכרת המשנה, יש עילה למשכיר לבטל את השכירות הראשית? או שמא, יחסי שוכר־משכיר ממשיכים לעמוד בתוקפם, על אף העסקה האסורה, ורק העסקה האסורה מבוטלת?

בדברי הראשונים והפוסקים, מצאנו עקבות לכל אחת משלוש הגישות. בדברינו להלן, נתייחס בלא הבחנה לעסקה בנכס שכור ולעסקה בנכס שאול, שכן לענייננו הפוסקים לא הבחינו בין השניים, ורבים מן הדיונים נסבו על נכס שאול:

הרי"ף[128] קובע: "'אין השואל רשאי להשאיל, ולא השוכר רשאי להשכיר', הני מילי לכתחלה. אבל דיעבד, אי איכא סהדי דלא פשע בה — לא מחייבינן ליה... ושמעינן מינה, דלא סבירא לן כרבי מאיר, דאמר, 'כל המעביר על דעת בעל הבית, נקרא גזלן'"[129]. יש שהסיקו מדבריו שלא זו בלבד שהשוכר אינו נחשב לגזלן, אלא שאף שלכתחילה השוכר צריך להימנע

בעניין השכרת דירות או סוג אחר של נכסים, הכול בהתאם לעניין הציבורי שבדבר. אפשר גם שיש לראות בהתנהגות זו של המשכיר משום "מידת סדום", ועל יסוד זה ניתן לכפות עליו להסכים לשכירות המשנה. אולם במקרה זה, הוא יוכל להתנות את הסכמתו בתשלום דמי הסכמה. וצריך עיון.

לעניין זכותו של השוכר לקזז ממה שהוא חייב את מה שהמשכיר מקבל מהשוכר החדש, ראה לעיל, דיוננו על סעיף 16, הערה 101.

[126] ראה: חוק השומרים, התשכ"ז־1967, סעיף 3. אם כי הדבר תלוי בפרשנות הביטוי "על מנת לשומרו אישית". וראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 3, פרק א, 1, עמ' 257־258, שהוכיח שהחוק מחמיר את האחריות ומשווה אותה לשל שואל רק אם הוסכם ביניהם מראש שישמור את הנכס אישית, ולא ימסור אותו לאחר.

[127] השווה: I. Herzog, The Main Institutions of Jewish Law, London 1967, vol 1, p. 331.

[128] רי"ף, בבא מציעא, פרק שלישי (כ ע"א בדפי הרי"ף).

[129] וכן נראה שסוברים גם התוספות, בבא קמא יא ע"ב, ד"ה את מהימנת לי בשבועה: "דההוא לכתחילה. אבל לא מצינו שיתחייב בדיעבד על כך". שניהם (הרי"ף ותוספות) מובאים בהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק א, אות ה. יש להדגיש שהרי"ף והתוספות מתייחסים לשאלת האחריות בלבד (ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, ליד ציון הערה 12), ולא לשאלת זכות בעל הנכס לדרוש אותו בחזרה מידי שומר המשנה. אולם ראה להלן בסמוך.

משכירות המשנה, הרי שבדיעבד העסקה תקפה, והמשכיר אינו רשאי לבטלה ולהפקיע את המושכר מידי שוכר המשנה[130] (אפשרות 1). גישה זו גורסת, שמאחר שיש לשוכר זכות קניינית במושכר, הרי שבעיקרון יש בידו הכוח להשכיר את זכותו. אמנם כאשר הדבר עלול לפגוע באינטרס של המשכיר, הדין מגביל אפשרות זו, אולם ההגבלה אינה אלא לכתחילה, והחשש מפני פגיעה באינטרס של המשכיר אין בו כדי לפגוע בתוקף העסקה בדיעבד. כך טוען לדוגמה "מחנה אפרים"[131] בדעת הרשב"א: "לולי דמסתפינא, הייתי רוצה לומר, דמה שאמרו: 'אין השואל רשאי להשאיל, אין השוכר רשאי להשכיר', היינו לכתחילה, אבל אם עבר והשאיל והשכיר, מה שעשה עשוי, דאין זה הטעם ד'אין זה רצוני' קפידא גמורה כדי להוציא מיד השני".

לעומת זאת, דעת הראב"ן[132] היא, ששכירות המשנה אין לה כל תוקף, ועל כן המשכיר יכול לסלק את שוכר המשנה מן המושכר (אפשרות 2). גישה זו גורסת כנראה, שזכותו הקניינית של השוכר היא זכות מוגבלת, ויש נסיבות שבהן אין לשוכר הכוח המשפטי לעשות עסקה בשכירות. נראה ש"נתיבות המשפט"[133] סובר גם הוא שאין כל תוקף לעסקה בשכירות

[130] כך הסיק מדברי הרי"ף, מחנה אפרים, הלכות שאילה, סימן ו (וראה גם: שם, הלכות שכירות, סימן יט). וכן ראה: תרומת הדשן, סימן רי; פרישה, אבן העזר, סימן כח, ס"ק מט; בית שמואל, שם, ס"ק מח; אבני מילואים, שם, ס"ק נ, ד"ה מיהו, ושם, ס"ק נב. כל אלה (כשחלקם מסתמכים במפורש על הרי"ף) הכשירו קידושי אישה בטבעת שאולה (ראה להלן בסמוך). אם היו סוברים שהבעלים יכולים להפקיע את הנכס מידי שואל המשנה (במקרה זה, האישה), לא היו פוסקים שהקידושין תופשים (ראה דברי "מחנה אפרים", להלן, ליד ציון הערה 140, בהסבר דברי הרא"ש). אם כי ראה להלן, הערה 142. והשווה: שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק ב, סימן יז, ס"ק ז, ד"ה והמח"א, שאין להסיק זאת מדברי הרי"ף, שכן לא דיבר הרי"ף אלא בשאלת אחריות השוכר כתוצאה מהשכרת משנה, ולא בתוקפה של אותה השכרה. וראה להלן, הערה 133. כשיטה זו עולה לכאורה מדברי בעל העיטור, ערך פיקדון: "אם עבר והפקיד או השאיל לאחר, יכול לחזור בו משום טעמא דאין רצוני שיהא ביד אחר, אלא דהוחזק כפרן". נראה, שכוונת הדברים היא, שאין המשכיר יכול לחזור בו, אלא אם כן ידוע שהשומר השני אינו הגון. וכך אמנם עולה מנוסח דברי ה"עיטור", שהובאו על ידי מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ו: "דאם עבר והשאיל, אינו יכול לחזור בו משום טעמא דאין רצוני שיהא ביד אחר, אלא כשהוחזק כפרן. עכ"ל". אלא שהוא עצמו העיר, שכנראה נפלה טעות סופר בדברי העיטור, "וצ"ל יכול לחזור בו". וצריך עיון. וראה גם: שם, הלכות שכירות, סימן יט.

[131] ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט. וכן ראה: לחם משנה, בהסבר הלכת הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד: "אבל לאסור להשכיר לכתחלה ודאי דמספיק טעם זה ['אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר']". וראה גם: ב"ח, חו"מ, סימן קכה, ס"ק ד. וראה גם: ערך ש"י, חו"מ, סימן שמא, סעיף ג. זוהי גם דעתו של שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, סימן לט: "אם השאיל אביהם [השואל] לאחר, לא היה הבעלים יכולים להוציא מידו, דיש לומר ד'אין השואל רשאי להשאיל', היינו רק לכתחילה בעלמא". רבי עקיבא איגר מוסיף: "הפוסקים כתבו ד'אין השואל' היינו לכתחילה, אבל מכל מקום דיעבד לא מקרי פושע לומר, 'אין רצוני [שיהיה פקדוני ביד אחר]'. ולא ביארו באם השאיל לאחר, והבעלים באים להוציא מידו ולעכבו מלהשתמש, אם זהו בכלל לכתחילה או דיעבד". על דבריו אלה יש להעיר, שלפי מה שהבאנו בפנים, הדברים אינם מדויקים: "מחנה אפרים" התייחס לשאלה במפורש (וביאר שגם זה נחשב בדיעבד), וכפי שראינו, כך עולה גם ממה שפסקו שאר הפוסקים שהוזכרו כאן, ובהערה 130.

[132] מובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעט. וראה: פסקי מהרי"ח, המובא בתרומת הדשן, סימן רי, שזו גם דעתו, שכן פסק שאישה שנתקדשה בטבעת שאולה אינה מקודשת.

[133] נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ג. "נתיבות המשפט" מסיק זאת מפסק הרמ"א, המובא להלן (ליד ציון הערה 143), על כך ראה בדברינו על סעיף 19, הערה 111. לניתוח פסקו של הרמ"א, ראה להלן, ליד ציון הערה 147.
והשווה בדעת "נתיבות המשפט": פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה לג. מתוך דברי נתיבות

שלא כדין, אלא שלדידו מסתבר שהנימוק לכך הוא, שהשכירות אינה מקנה לשוכר זכות קניינית כלל, אלא רק זכות אישית[134].

הרא"ש[135] מביא את דברי הרי"ף, שראינו לעיל, ונראה אם כן לכאורה שגם הוא סבור ששכירות משנה תקפה בדיעבד. אולם במקום אחר[136] — כשהוא דן בביצוע עסקה בנכס שאול — נראה לכאורה שדעתו היא, כדעת הראב"ן, שאין כל תוקף משפטי להשכרת משנה. כך עשוי להתפרש מה שפסק הרא"ש בעניין המקדש בטבעת שאולה, כלומר, המקדש אישה בהנאת השימוש בטבעת שאולה לתקופת השאילה. כידוע, בעיקרון, אין הכרח לקדש אישה בכסף דווקא, ואפשר לקדשה גם בשווה כסף. השאלה היא, האם הנאה זו של שאילת משנה כשרה גם היא לשמש כסף קידושין. שאלה זו מקומה בדיני נישואין, אך פתרונה תלוי בעמדה שנוקטים בסוגיה שעומדת כאן לדיון. אם השכרת משנה תקפה מבחינה משפטית, אף שאינה

המשפט, חידושים, סימן קנד, ס"ק ז, הוא מגיע למסקנה, שבדיעבד "נתיבות המשפט" סבור ששכירות המשנה תקפה ("פתחי חושן" מדבר על שכירות משנה למי שבני ביתו מרובים). "נתיבות המשפט" קובע שם, שאף שאסור לשוכר להכניס יחד עמו דייר משנה (מה שמקביל כנראה לאיסור שכירות משנה בתוספת דיירים), הרי שאם עשה כן, המשכיר אינו יכול לדרוש שדייר המשנה ישלם לו דמי שכירות, משום שזהו מקרה של "זה נהנה וזה לא חסר" (דייר המשנה נהנה, ואילו המשכיר אינו חסר, שכן ביתו כבר תפוס על ידי השוכר הראשי, ועל כן הוא אינו עומד עוד להשכרה). מכאן מבקש "פתחי חושן" להסיק, שבדיעבד שכירות המשנה תקפה. אולם לא נראה שמסקנה זו נכונה, שכן "נתיבות המשפט" לא קבע ששכירות משנה זו תקפה (ושאין המשכיר הראשי יכול לסלק את דייר המשנה, דבר שסותר את מה שפסק שם במפורש השולחן ערוך: "המשכיר מעכב"), אלא הוא העיר שבדיעבד אם שהה דייר המשנה בבית יחד עם השוכר, המשכיר אינו יכול לתבוע ממנו דמי שכירות (מדין "זה נהנה וזה לא חסר").

נציין, שדברי "נתיבות המשפט" בסימן קנד, שראינו זה עתה, סותרים לכאורה את דבריו בסימן שסג, ס"ק ט, שם כתב שאפילו אם הכניס השוכר את דייר המשנה בחינם, המשכיר יכול לתבוע ממנו תשלום מלא על הנאתו. הנימוק שהוא נותן לכך הוא, שאף שביתו של המשכיר אינו עומד להשכרה (שהרי הוא תפוס על ידי השוכר הראשי), הרי תוספת הדיירים גורמת לבלאי נוסף במושכר, ועל כן יש להחיל כאן את ההלכה שב"זה נהנה וזה חסר" (ולו מעט), חייב לשלם את מלוא הנאתו (העיר על סתירה זו בפתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ד, הערה כה, בשם "דברי גאונים". וראה מה שהביא שם, בשם ערך ש"י, ליישוב הסתירה). ייתכן שהפתרון לסתירה זו הוא, שבסימן קנד, דברי "נתיבות המשפט" מוסבים על דברי השולחן ערוך, שלדעתו תוספת דיירים כשלעצמה אינה גורמת לתוספת בלאי (ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שסג, ס"ק טז; וכן ראה שו"ת שמחת יום טוב, שהובא לעיל, הערה 74), על כן הוא קובע שם, שתוספת דייר משנה במושכר היא בגדר "זה נהנה וזה אינו חסר". לעומת זאת, בסימן שסג, דברי "נתיבות המשפט" מוסבים על דברי הרמ"א, שסובר כנראה שתוספת דיירים גורמת לתוספת בלאי, וממילא אין לדון במקרה זה כ"זה נהנה וזה אינו חסר" אלא כ"זה נהנה וזה חסר מעט", ועל כן פסק שם, שדייר המשנה חייב במלוא ערך הנאתו. ועדיין צריך עיון, שכן אין לנו הוכחה שאכן יש מחלוקת בין השולחן לרמ"א בשאלה, אם תוספת דיירים גורמת לתוספת בלאי, אם לאו.

וראה: שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק ב, סימן יז, ס"ק ז, ד"ה והמח"א (הוזכר לעיל, הערה 130). גם הוא סובר שאין תוקף להשכרת משנה אסורה, "הרי כיון דקפיד [שלא יעביר לשוכר משנה], הוי כהתנה". לעניין תוקפה של ירושת שכירות ושאילה, הסותרת לכאורה את דבריו, ראה מה שהשיב, בדיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 114.

134 על גישה זו של "נתיבות המשפט" לעניין הגדרת מהות השכירות, ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 35.

135 פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק שלישי, סימן ו.

136 שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ב (לתשובה זו, ראה: קצות החושן, סימן רמא, ס"ק ד). וראה גם: פסקי הרא"ש, קידושין, פרק א, סימן כ, וטור אבן העזר, סימן כח.

רצויה מבחינה דתית־מוסרית, המקדש בטבעת שאולה, קידושיו תופשים; אם השאלת משנה אינה תקפה, הקידושין אינם תופשים. הרא"ש פוסק: "השאילו החפץ, ולא ידע המשאיל שרוצה לקדש בו האשה — אינה מקודשת, אלא אם כן השאילו לזמן ידוע, ונתן לו רשות להשאילו"[137]. לכאורה עולה מדברי הרא"ש, שאין תוקף להשאלת משנה. אולם יש שלא פירשו כך את דברי הרא"ש, ופירושיהם מובילים למסקנות משפטיות אחרות:

"תרומת הדשן"[138] טוען, שגם דברי הרא"ש אינם אמורים אלא לכתחילה, כלומר ראוי שיקבל המקדש אישור מאת המשאיל להשאלת המשנה. אולם בדיעבד, גם אם לא קיבל אישור, האישה מקודשת. נראה ש"תרומת הדשן" סבור, שמאחר שברור שהרא"ש אינו רואה בשכירות משנה משום גזל, לא ייתכן שפסק שאין תוקף לקידושין, ועל כורחך צריך לדחוק ולפרש, שמה שהוסיף הרא"ש: "ונתן לו רשות להשאילו", אין הכוונה אלא שכך ראוי לעשות לכתחילה[139]. לפי זה, דעת הרא"ש כדעת הרי"ף (אפשרות 1).

הבנה אחרת בדעת הרא"ש, מציע "מחנה אפרים"[140]. לדעתו, אמנם אין כאן קידושין בגזל, שהרי בפסקיו לפרק המפקיד[141], הרא"ש אומר במפורש שהשכרת משנה אינה גזל. אולם המשאיל רשאי להפקיע את המושאל מידי שואל המשנה, ולכן האישה אינה מקודשת. הנאה כזו, שאפשר להפקיעה מידי האישה בכל רגע, אינה יכולה לשמש כסף קידושין[142]. על פי

[137] לשון הרא"ש, כפי שמובא בטור אבן העזר, סימן כח. על המקדש בטבעת שאולה, השווה: שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רעג; חלק ו, סימן ב; שו"ת הריב"ש, סימן קע.

[138] תרומת הדשן, סימן רי (מובא בדרכי משה, אבן העזר, סימן כח, ס"ק יא). להסבר דבריו, ראה: שו"ת נזר הקודש (רוזין), אבן העזר, סימן מא. לעיל, הערה 130, ראינו שפוסקים נוספים אימצו את שיטת "תרומת הדשן". אך השווה להלן, הערה 142.

[139] כך סבור גם בית שמואל, אבן העזר, סימן כח, ס"ק מח: "אם לא כן [אם לא קיבל רשות להשאיל], אין לו רשות ליתן לאחר, והוי כאלו קדשה בגזל. מיהו בדיעבד לא הוי גזל ממש, ומקודשת". והשווה: ב"ח, אבן העזר, סימן כח, ד"ה ומ"ש בשם הרא"ש: "כיון שאין השואל רשאי להשאיל, הוי ליה קידשה בגזל, דאינה מקודשת. מיהו דוקא לכתחילה. אבל דיעבד, הוי ספק מקודשת". נראה שבשונה מ"בית שמואל", להלכה, הב"ח חושש לשיטתו של מהרי"ח, שהוזכרה לעיל, הערה 132.

[140] מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ו.

[141] ראה לעיל, הערה 135.

[142] להבנה שונה במקצת בדעת "מחנה אפרים", ראה: דברי חיים (אוירבך), חלק חו"מ, דיני שומרים, סימן כ, ד"ה ולפ"ז נראה לפענ"ד. מפירושו בדברי "מחנה אפרים" נראה שאף שיש למשאיל או למשכיר זכות להפקיע את הטבעת מידי האישה, אם נהנתה האישה מהטבעת בדיעבד, לפני שהופקעה מידה, הקידושין תופשים. כשקבע הרא"ש שאם לא נתן לו רשות להשאילו, אינה מקודשת, הרי זה דווקא כשלא הספיקה האישה ליהנות מן הטבעת. נעיר שאם מקבלים את דעתו של "דברי חיים", מתערערת המסקנה שהסקנו לעיל, הערה 130, ביחס לדעתם של כל הפוסקים שהכירו בקידושין בטבעת שאולה. אין זה בטוח עוד, שלדעתם המשכיר או המשאיל אינם זכאים להפקיע את הנכס מידי שוכר המשנה או שואל המשנה, שכן ייתכן שגם הם לא הכשירו את הקידושין, אלא כאשר הספיקה האישה ליהנות מן הטבעת. וצריך עיון.
דבריו אלה של "מחנה אפרים" בדבר זכותו של המשכיר להפקיע את המושכר מידי שוכר המשנה, נאמרו לצורך הסבר פסקו של הרא"ש. מהמשך דבריו שם נראה שהוא עצמו מזדהה עם גישה זו: "והעיקר נראה לי, דאם השאיל לאחר, הרי הבעלים יכולים למחות ולומר: 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר', ומוציא מידו. ואף אם השאיל לראשון לזמן, מכי [=משעה ש] עבר והשאיל לאחר, נסתלק הוא ממנו". אמנם ממחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט, נראה שהוא נוקט עמדה, ולפיה בדיעבד "מה שעשה עשוי" (ראה לעיל, הערה 131). ואולם הוא מדגיש שם שזו דעתם של "מקצת מרבוותא [=מן החכמים]", והוא נוקט כך לצורך הסבר שיטת הרשב"א. והשווה: שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק ב, סימן יז, ס"ק ז, ד"ה והמח"א.

נציין שדברי חיים (אוירבך), חלק חו"מ, דיני שומרים, סימן כ, ד"ה ולכן, מאמץ להלכה את שיטת "מחנה אפרים" בדבר זכות ההפקעה של שכירות המשנה (וראה לעיל, בדיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 115, מדוע לדעתו בירושה אין הדין כן, והמשכיר אינו יכול להפקיע את המושכר מידי היורשים). ועוד השווה בסוגיה זו: חידושי הרי"ם, בבא מציעא לה ע"ב, שממנו נראה פשוט שהמשכיר יכול להפקיע את המושכר מידי שוכר המשנה. לעומתו, ראה: גן נעול (ניסן), כפתור ג, פרח כד; שו"ת מבית מאיר (סטלביץ), חלק ב, סעיף כ (עמ' קלא), שכתבו להוכיח שאין אפשרות הפקעה. וראה גם: משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות פא, סימן סג, שמעלה את השאלה, ונשאר בצריך עיון.

והשווה: דברי משפט, סימן קכה, סעיף ב, ד"ה הוחזק כפרן. לדעתו, שאלת הפקעת שכירות המשנה שנויה במחלוקת אמוראים. למסקנה זו הוא מגיע מתוך ניתוח ופלפול בסוגיית התלמוד בעניין "שומר שמסר לשומר". ואלה עקרי דבריו: במסכת בבא מציעא לו ע"א, חולקים אביי ורבא בשאלת הנימוק להלכת רבי יוחנן — "שומר שמסר לשומר — חייב". לפי אביי, הנימוק לחיוב הוא, שהמפקיד יכול לטעון כנגד השומר "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר" (התוספות, שם, ד"ה אין, מסבירים שטענה זו הופכת את מסירת הפיקדון לשומר משנה ל"פשיעה", כלומר לרשלנות. לכן כל נזק שנגרם לפיקדון בעקבות המסירה, נושא השומר באחריותו כאילו התרשל בשמירתו, וזאת אף שמבחינה אובייקטיבית לא הייתה כאן רשלנות, שהרי שוכר המשנה הוא אדם אחראי — "בן דעת"). רבא חולק על אביי, ולדעתו, נימוקו של רבי יוחנן הוא, שהמפקיד יכול לטעון כנגד השומר: "את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה". התוספות, שם ע"ב, ד"ה את, מסבירים שהנפקא מינה בין אביי לרבא היא, שלפי רבא, אם השומר הראשי יכול להישבע בעצמו שאבד הפיקדון בנסיבות שאינן בגבול אחריותו, ובוודאי אם יכול להביא ראיות חיצוניות (עדים) לזה, הוא יהיה פטור מאחריות, שכן אין במסירה לשומר משנה כשלעצמה, משום רשלנות. מה שאין כן לפי אביי, הרואה במסירה לשומר אחר, כשלעצמה, משום רשלנות. לכן מרגע המסירה, כל מה שאירע לפיקדון נופל בהכרח בגבול אחריותו.

לדעת "דברי משפט", השאלה אם המשכיר יכול, או אינו יכול, להפקיע את שכירות המשנה, תלויה במחלוקת זו שבין אביי ורבא. לפי אביי — הנוקט את הנימוק "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר" — הרי איסור השכרת משנה אינו אלא לכתחילה; ואילו בדיעבד, המשכיר הראשי אינו יכול לבטל את השכירות. לעומת זאת, לפי רבא — הנוקט את הנימוק "את מהימנת לי בשבועה, והאיך לא מהימן לי בשבועה" — המשכיר הראשי יכול להפקיע את המושכר מידי שוכר המשנה, שכן הוא אומר: "אולי יעכב החפץ בידו, ויטעון דנגנב ממנו; ואף דשואל ראשון יהא חייב לשלם, מכל מקום בעלים יכולין לומר, 'איני חפץ בממון רק בחפץ שלי, ואולי יעכב השני החפץ לעצמו, ויטעון שנגנב ממנו'". לדעתנו, הבחנה זו בין שיטת אביי לשיטת רבא היא דחוקה, ואינה משכנעת. גם אליבא דאביי אפשר היה לומר, שמכיוון שהבעלים רואים במסירה לשומר אחר משום פשיעה (ראה לעיל), הרי שאף על פי שאם יוזק המושכר, יצטרך השוכר הראשי לפצות את המשכיר, יכול המשכיר לטעון שהוא אינו חפץ בפיצוי, כי אם במושכר עצמו. לכן לא ברור על יסוד מה אפשר לקבוע שלפי אביי איסור השכרת משנה הוא רק לכתחילה, ורק לפי רבא האיסור חל גם בדיעבד. נראה, שלדעת "דברי משפט", מאחר שלפי רבא, המשכיר מטיל ספק ביושרו של שוכר המשנה, אין להעלות על הדעת שייאלץ להשאיר את המושכר בידי אדם החשוד בעיניו כגנב. לעומת זאת, לפי אביי, המשכיר אינו מטיל ספק ביושרו של שוכר המשנה, ועל כן המשכיר אינו מתנגד להשכרת משנה אלא לכתחילה, אך לא בדיעבד, שהרי סוף סוף מדובר בבן דעת. ועדיין הדברים דחוקים. על כל פנים, אם נקבל את הצעת "דברי משפט", נצטרך לומר שלפי הרמב"ם איסור השכרת משנה הוא גם בדיעבד, ולא רק לכתחילה, שהרי הרמב"ם אימץ את טעמו של רבא, כפי שעולה מדבריו: "יש לבעל החפץ לומר לו: 'אתה נאמן אצלי להשבע, וזה אינו נאמן'" (רמב"ם, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד. וכן דעת כל הפוסקים מלבד רבנו חננאל. ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, הערה 10 ובמילואים שם). אולם השווה לעיל, הערה 129, שם ראינו תפישה אחרת בדעת הרמב"ם.

נוסיף כאן דברים כנגד שיטת "דברי משפט": מו"ר הרב משה בוצ'קו העיר, שלפי הרמב"ם (הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד), בניגוד למה שאמרו התוספות (וכך סבור גם רש"י, ראה שם לו ע"ב, ד"ה לדידכו), רבא אינו פוטר את השומר הראשי, אלא אם כן מביא עדים שהנזק שאירע אינו בגבול אחריותו; ואילו אם יישבע, לא ייפטר (וזה בניגוד להבנה המקובלת בשיטת הרמב"ם, ראה: מגיד משנה, שם). כך אמנם עולה מדקדוק לשונו של הרמב"ם: "עבר השומר ומסר לשומר שני, אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך

השומרים ונאנס, פטור. ואם אין עדים, חייב השוכר הראשון לשלם לבעלים, מפני שמסר לשומר אחר, ויעשה הוא דין עם השומר השני... שהרי יש לבעל החפץ לומר: 'אתה נאמן אצלי להשבע, וזה אינו נאמן'". הרמב"ם בדבריו לא הזכיר אפשרות שייפטר השומר הראשי בשבועה. לדעת הרב בוצ'קו, הסיבה לכך היא, שהרמב"ם לא הבין, כפי שהבינו התוספות, שיסוד החיוב בשומר שמסר לשומר לפי רבא, הוא בדיני ראיות. שאם כן, בעיקרון, לפי רבא, שומר שמסר לשומר — פטור, ובלבד שיוכל בעצמו להישבע. הרמב"ם הבין שיסוד החיוב הוא בדיני חוזים. נסביר. בהסכם שמירה, כל צד מתחייב כלפי הצד השני: השומר מתחייב, בין השאר, שלא למסור את הפיקדון לאחר; ואילו המפקיד מתחייב שאם יטען השומר טענת פטור, ויהיה מוכן להישבע עליה, הוא יסמוך על שבועתו (וזה הוא יסוד תוקפה של שבועת השומרים). אשר על כן, אם הפר השומר את חלקו בהסכם, ומסר את הפיקדון לאחר, נפטר אף המפקיד מחלקו בהסכם, ואין הוא חייב עוד לקבל את שבועתו של השומר. לשון אחר. רבא מסכים עם אביי שהמפקיד יכול לטעון: "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר" (ואכן זוהי הטענה שעליה הרמב"ם מבסס את האיסור להשכרת משנה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 17). ההבדל בינו לבין אביי הוא, שלדעתו, מסירת הפיקדון ליד אחר אינה מוגדרת כרשלנות, אלא כהפרת חוזה בלבד.

אם מקבלים את הסברו של הרב בוצ'קו, אין עוד צורך בפלפולו של "דברי משפט". "דברי משפט" הבחין בין רבא ובין אביי בעניין זכותו של המשכיר להפקיע את המושכר מידי שוכר המשנה, לא משום שההיגיון בשיטתם של אביי ורבא מחייב את ההבחנה, אלא משום שרצה ליישב קושי בפירוש המשניות לרמב"ם, בבא מציעא ג, ב. וזה לשון המשנה: "השוכר פרה מחברו, והשאילה לאחר, ומתה כדרכה — ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר...". זו דעת חכמים במשנה. על כך מעיר הרמב"ם בפירושו למשנה: "ושוכר זה, הרשה לו בעל הפרה להשאילה, ואלמלי כך, חייב לדברי הכל [כלומר, גם לפי חכמים], לפי שהכלל אצלינו, 'שומר שמסר לשומר — חייב', אלא אם כן יש עדים שלא פשע בה שומר שני" (שים לב שגם כאן הזכיר הרמב"ם רק עדים, ולא שבועה). הקושי בדברי הרמב"ם האלה, לפי "דברי משפט", הוא שגם אם לא קיבל רשות להשאיל, השוכר לא היה חייב להעביר את הפיצוי למשכיר, שהרי לפי המשנה מדובר בשהשוכר נשבע בעצמו שהפרה מתה כדרכה, ובכגון זה, כפי שהסבירו התוספות, רבא פוטר שומר שמסר לשומר (השווה גם: רש"י, בבא מציעא לו ע"ב, ד"ה לדידכו). כדי ליישב קושי זה, הסביר "דברי משפט", שמאחר שלפי רבא, זכותו של הבעלים הייתה להפקיע את הפרה מידי שואל המשנה, ולא היה חייב להחזירה לשוכר ("כיון דשוכר השאיל לאחר, נסתלק ממנו". ראה להלן, הערה 153), הרי זה כאילו השאילו הבעלים ישירות לשואל המשנה, וממילא שואל המשנה היה חייב לשלם ישירות לבעלים, אפילו לפי חכמים. לכן, אומר "דברי משפט", הוסיף הרמב"ם בפירוש המשנה, שבמשנה מדובר בשוכר שקיבל רשות להשאיל את הפרה. אולם, אם מניחים, כמו שהניח הרב בוצ'קו, שלפי הרמב"ם, רבא סבור, שהשוכר אינו נאמן בשבועה, מאחר שהפר את החוזה שבינו לבין הבעלים, אין מקום לכל הפלפול הזה, והדברים מתיישבים מאליהם: אם כתבה המשנה שהשוכר נשבע ונפטר, מוכרחים להניח שפעל ברשות הבעלים, שאם לא כן, המשכיר לא היה חייב לקבל את שבועתו.

בדרך אגב נעיר, שלפי פירושו של הרב בוצ'קו, יש הסבר פשוט גם לסוגיה הבאה, שם, דף לו ע"ב. באותה סוגיה מתווכחים אביי ורבא בשאלה אם אומרים "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם [=מה לי פה מה לי שם]", אם לאו. מחלוקת זו עולה בקשר למקרה הבא: השומר התרשל בשמירת הפרה שהייתה מופקדת בידו, ויצאה הפרה אל האגם הסמוך, ומתה שם. לדעת אביי, אין לומר שמיתת הפרה הייתה בלתי נמנעת ("מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם"), ושעל כן לא היה קשר בין רשלנותו של השומר לבין מיתת הפרה. להפך, ההנחה המשפטית צריכה להיות, שכל עוד לא הוכח ההפך, אילו היה השומר ממלא את תפקידו כראוי, ולא היה נותן לפרה להגיע לאגם, הייתה נמנעת מיתת הפרה. לשון אחר, כל עוד לא הוכח ההפך, מניחים שאם מתה הפרה, הרי זה כתוצאה מרשלנותו של השומר, כגון בגלל האוויר שליד האגם ("הבלא דאגמא קטלה"). לעומתו, סבור רבא, שאם המפקיד טוען לקשר סיבתי בין רשלנותו של השומר לבין מיתת הפרה, עליו נטל ההוכחה. בלא הוכחה שכזו, ההנחה היא, שגם אם הייתה הפרה נשמרת כראוי, ולא הייתה מגיעה אל האגם, בכל זאת הייתה מתה, משום ש"מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם". כדי לתמוך בעמדתו, אביי מבקש להסתמך על התשובה שהשיב רבי אמי לשאלת רבי אבא בר ממל בסוגיית "שומר שמסר לשומר". באותה סוגיה, שאל רבי אבא בר ממל את רבי אמי, כיצד אפשר לומר, כפי שאומר רבי יוחנן, ששומר שמסר לשומר — חייב, הרי מהמשנה (שם ג, ב; לה ע"ב) עולה בבירור

הסבר זה בדעת הרא"ש, לפנינו שיטה ולפיה שכירות משנה אמנם אינה בטלה מאליה, אבל היא ניתנת לביטול (אפשרות 3).

שאין הדבר כן, שהרי נאמר שם: "השוכר את הפרה מחבירו, והשאילה לאחר, ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר". עונה רבי אמי: "הכא במאי עסקינן [כלומר, באיזה מקרה מדובר]? בשנתנו לו הבעלים רשות". טוען אביי: אם רבי אמי סובר כשיטת רבא — "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם" — מדוע ענה שהמשנה עוסקת בשוכר שקיבל רשות להשאיל, הרי גם אם לא קיבל רשות להשאיל, השוכר צריך להיות פטור, שהרי היה יכול לטעון "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם"? על כך עונה רבא, שאמנם לפי תפישת אביי, שמסירת הפיקדון לשומר משנה היא בגדר רשלנות, יש מקום להסיק מתשובתו של רבי אמי, שהוא אינו מקבל את העיקרון "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם", ואז אכן קשה על שיטתו. אולם לפי תפישתו שלו, אין מקום לקושיה זו כלל ("לדידי... ליכא לאותבה כלל"). הרי לדעתו, סיבת החיוב בשומר שמסר לשומר אינה מתחום דיני הנזיקין (שעצם המסירה לאחר יש בה משום רשלנות), אלא מתחום דיני החוזים (הפרת חוזה). מרגע שמסר השוכר את הפרה לאותו שואל, הוא הפר את החוזה, והבעלים כבר אינם חייבים לקבל את שבועתו. לכן אם כתבה המשנה "ישבע השוכר שמתה כדרכה", מוכרחים להניח שקיבל השוכר מהמשכיר רשות להשאיל את הפרה, שאם לא כן, לא היה מובן, מדוע חייב המשכיר לקבל את שבועתו של השוכר?

נטעים, שפירוש זה של הסוגיה שונה מאוד מפירוש רש"י ותוספות, שבעקבותיהם הלך "דברי משפט", כשבא ליישב את הקושי שמצא בדברי הרמב"ם. לפי רש"י ותוספות, כשרבא אומר לאביי: "לדידכו, דמתניתו, 'אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר' איכא לאותבה [=יש מקום להקשות]. לדידי, דאמינא, 'אנת מהימנת לי בשבועה, והאיך לא מהימן לי בשבועה', ליכא לאותבה כלל [=אין מקום להקשות כלל]", הקושיה שעליה מדבר רבא היא קושיית רבי אבא בר ממל בסוגיית "שומר שמסר לשומר". כלומר, שלפי דרכו של רבא, לא היה רבי אבא בר ממל צריך להקשות מהמשנה כלל, שהרי הבעיה היחידה ב"שומר שמסר לשומר" היא בעיית הנאמנות, ומאחר שבמשנה כתוב שהשוכר נשבע, לא היה מקום להקשות כלל (נעיר כאן, שעל פי פירוש זה, לגופו של עניין קשה. שהרי סוף סוף מוכח מהדיון בין רבי אבא בר ממל ובין רבי אמי, שהם סוברים כמו אביי, שהנימוק לחיוב בשומר שמסר לשומר הוא, שהמפקיד יכול לומר: "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", ולא שהמפקיד אינו סומך על שומר המשנה. וכמו כן, מוכח מתשובת רבי אמי שהוא אינו סובר, "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם". את הקושיה הזאת הקשה רבי עקיבא איגר בחידושיו לסוגיה). לא כן לפי הפירוש שהרב בוצ'קו מייחס לרמב"ם. על פי דרכו, הקושיה שרבא מדבר עליה אינה קושיית רבי אבא בר ממל לרבי אמי בסוגיית "שומר שמסר לשומר", אלא קושיית אביי עליו בסוגיה שלפנינו (סוגיית "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם"). כלומר, רבא אינו שולל את קושיית רבי אבא בר ממל מהמשנה בסוגיה הקודמת. גם לשיטתו, קושיית רבי אבא בר ממל היא במקומה, שהרי מאחר שהפר השוכר את החוזה שבינו לבין המשכיר, אפילו שהוא נשבע שהפרה מתה כדרכה, המשכיר אינו חייב לקבל את שבועתו, וממילא נשאלת השאלה, מדוע נפסק במשנה, שהשוכר נשבע שמתה כדרכה, והשואל משלם לשוכר? ומה שעונה רבא לאביי הוא, שלשיטתו, לעניין הסוגיה הנוכחית, אין מקום להסיק מתשובת רבי אמי שאין אומרים: "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם". הרי לדידו, היסוד לחיוב בשומר שמסר לשומר אינו משום שהשומר הראשון התרשל כשמסר את הפיקדון לידי שומר המשנה, אלא שהיה בזה משום הפרת חוזה, המשחררת את המפקיד מלהאמין לשומר הראשי. ממילא ברור, שלא היה מקום לרבי אמי לענות "מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם", שכן, כאמור, מאחר שהפר השוכר את החוזה, המשכיר אינו חייב לקבל את שבועתו שמתה הפרה מוות טבעי. נמצא שלשיטתו, בניגוד לשיטת אביי, היה חייב רבי אמי להעמיד את המשנה בשנתן לו המשכיר רשות להשאיל (אמנם יש להעיר שלפי זה רבא היה צריך לפנות אל אביי בלשון יחיד "לדידך, דמתנית" ולא בלשון רבים "לדידכו, דמתניתו". העיר לי על כך הרב א' מילר. וצריך עיון. כמו כן, הלשון "לאותבה" קשה, שכן הוא מורה על קושיית רבי אבא לרבי אמי מן המשנה, ולא על קושיית אביי מן המשא ומתן של האמוראים. כך העיר לי הרב ד"ר דוד הנשקה. וגם זה צריך עיון). והשווה: דברות משה, בבא מציעא, סימן לה. וכן ראה: חזון יחזקאל, לתוספתא, בבא מציעא, השמטות ומילואים, ראש פרק ג, ד"ה ויש מקום; משנת יעב"ץ (ז'ולטי), חו"מ, סימן מג, אות ה, ד"ה אמנם (מובא אצל נ' רקובר, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ד-1967", הפרקליט כד (תשכ"ח), עמ' 220, הערה 73). והשווה גם: גן נעול (ניסן), כפתור ג, פרח כד.

הרמ״א[143] פוסק, ועוד נחזור על כך להלן, ״השוכר בית מחבירו, וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו, אם היה לו רשות להשכירו לאחרים... המוֹתר הוא שלו, ואם לא היה לו רשות להשכירו, המוֹתר לבעלים״. המקור לפסקו זה של הרמ״א הוא דברי ״נימוקי יוסף״[144], המסביר שאם לא היה לשוכר רשות להשכיר, כגון שהשכיר את הבית המושכר למי שבני ביתו מרובים משלו, הרי הוא כ״עושה סחורה בפרתו של חברו״. מה ניתן ללמוד מהלכת הרמ״א לענייננו?

לכאורה דברי הרמ״א תמוהים: מחד גיסא, דבריו אינם עולים בקנה אחד עם שיטת הרי״ף. אילו היה סובר כרי״ף, שהכלל ״אין השוכר רשאי להשכיר״ לא נאמר אלא לכתחילה, היה הרמ״א מזכה את השוכר במלוא דמי השכירות, ולא היה שולל ממנו את ״המוֹתר״, שכן אי־אפשר היה להגדירו כ״עושה סחורה בפרתו של חברו״[145]. מאידך גיסא, דבריו אף אינם עולים בקנה אחד עם שיטת הראב״ן, שאילו היה סובר שהעסקה בטלה, הוא היה שולל מן השוכר כל תשלום, ולא רק תשלום ״המוֹתר״[146].

נראה שכדי להבין את פסקו של הרמ״א, צריך להניח שדבריו אמורים דווקא בהשכרת משנה למי שבני ביתו מרובים, כמו בדוגמה שמביא ״נימוקי יוסף״ (שהוא המקור לפסק הרמ״א[147]). אם נקבל הנחה זו, אפשר יהיה להציע שני הסברים הפוכים לפסק הרמ״א: אחד מניח שלעניין תוקף העסקה דעת הרמ״א כדעת הראב״ן; והשני מניח שבעניין זה דעת הרמ״א כדעת הרי״ף:

1. בעיקרון, הרמ״א סובר, כמו הראב״ן, ובניגוד לרי״ף, שאין תוקף לשכירות משנה אסורה, כגון שכירות משנה של מיטלטלין או שכירות משנה של מקרקעין, כשהשימוש במושכר הוא

לניתוח סוגיית שומר שמסר לשומר על דרך המחקר התלמודי, ראה לאחרונה: ד׳ הנשקה, משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים, רמת־גן תשנ״ז, עמ׳ 307־337.

143 רמ״א, חו״מ, סימן שסג, סעיף י.

144 נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק שני (ט ע״א בדפי הרי״ף), ד״ה וכתב הרא״ש. וראה: שו״ת שמחת יום טוב, סימן כז. בתשובה זו, החתומה על ידי חכם בשם ר׳ אביגדור עזריאל, נעשה ניסיון לצמצם את דברי ״נימוקי יוסף״ למקרה שבו המשכיר גר ביחד עם השוכר, ומחה על שכירות המשנה. ר׳ יום טוב אלגאזי, שם, סימן כח, דוחה את דבריו באריכות מכול וכול.

145 השווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט. וכן השווה: לעיל, הערה 74. והשווה גם: נתיבות המשפט, חידושים, סימן קנד, ס״ק ז, בקשר לשוכר שהשכיר לאחרים רשות לשהות עמו במושכר (דבר שאסור לכתחילה), שבדיעבד המשכיר אינו יכול לתבוע דמי שכירות מאותם שוכרי משנה. הנימוק לכך הוא, שמאחר שהבית כבר מושכר לשוכר, הריהו כבית שאינו עומד להשכרה, ועל כן חל הכלל ״זה נהנה וזה לא חסר — פטור״. מדבריו של ״נתיבות המשפט״, מבקש ״פתחי חושן״ להסיק ששכירות משנה למי שבני ביתו מרובים תקפה בדיעבד. ראה על כך לעיל, הערה 133. וראה שם, מה שהערנו על דבריו.

146 כך עולה מנתיבות המשפט, סימן שטז, ס״ק ב. והשווה: שו״ת ברית אברהם (הירש), חו״מ, סימן לד, ס״ק ה. לדעתו, אף שבטלה השכירות הראשית כתוצאה מהשכרת המשנה, וממילא בטלה גם שכירות המשנה, הרי שדמי השכירות המשתלמים על ידי שוכר המשנה מגיעים בכל זאת לשוכר. על שיטתו, יש להעיר שני דברים: ראשית, אין היגיון משפטי לשיטה זו, שהרי אם בטלה השכירות הראשית, מכוח מה זוכה השוכר בדמי השכירות? שנית, ההוכחה שהוא מביא לדבריו היא מהגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק ה, אות כ. לדעתו, עולה משם, שהשכרת משנה מביאה לבטלות השכירות הראשית, ואף על פי כן פסק הרמ״א, שדמי השכירות (חוץ מהמוֹתר) מגיעים לשוכר. אולם המעיין בדברי ״הגהות מיימוניות״ יראה, שלא נאמר שם שהשכרת משנה באיסור מביאה לבטלות השכירות. להפך, נאמר שם: ״אם תמצא לומר, דאיכא איסורא [בהשכרת משנה], מכל מקום חזינן דמה שעשה עשוי, ואין הבעלים יכולים למחות״. ויש לתמוה על דבריו.

147 ראה לעיל, ליד ציון הערה 144.

במשותף עם המשכיר. בכגון אלה, אם השוכר עובר על האיסור, ומשכיר את המושכר בשכירות משנה, הוא פועל שלא בסמכות, והרי זה דומה למי שמשכיר נכס שאינו שלו. אשר על כן, דמי השכירות המתקבלים בגין עסקה אסורה זו מגיעים במלואם למשכיר הראשי. אולם הדין שונה בשכירות משנה של דירת מגורים למי שבני ביתו מרובים. כאן לא חרג השוכר מסמכותו אלא ביחס לתוספת הדיירים, ורק חלק זה של שכירות המשנה בטל. מובן אפוא, מדוע תוספת התשלום בגין התוספת האסורה של דיירים — "המוֹתר" — מגיעה למשכיר הראשי. על פי גישה זו, המייחד שכירות משנה למי שבני ביתו מרובים הוא, שהעסקה תקפה בחלקה. נראה לומר, שכך הבין "נתיבות המשפט" את פסקו של הרמ"א[148].

2. בעיקרון, הרמ"א סבור, כמו הרי"ף, שיש תוקף לשכירות משנה אסורה, ובעיקרון אין לשלול מהשוכר כל רווח שיפיק מעסקה אסורה זו, שהרי סוף סוף בשלו הוא מרוויח. אולם הדין שונה בשכירות משנה של דירת מגורים למי שבני ביתו מרובים. השוכר לא רכש זכות שימוש אלא למשפחה שיש בה מספר מסוים של נפשות. אם הוא משכיר את הדירה למשפחה שמספר הנפשות בה רב יותר (הגורמת לדירה בלאי גדול יותר), הרי הוא משכיר יותר מאשר יש לו. לפי זה, דברי הרמ"א ברורים: דמי השכירות, שהם כנגד זכויות השימוש שיש לו במושכר, מגיעים לשוכר; ואילו המוֹתר, שהם התמורה כנגד זכויות שימוש שאינן של השוכר, מן הדין שיועברו למשכיר, כדין "עושה סחורה בפרתו של חברו". על פי גישה זו, בשונה מן הגישה הקודמת, המייחד שכירות משנה למי שבני ביתו מרובים הוא, שהעסקה אינה תקפה בחלקה. נדמה שלגישה זו נוטה "מחנה אפרים" בהסברו לדעתם של הרשב"א ו"נימוקי יוסף"[149].

בעניין השפעת שכירות משנה שלא כדין על יחסי שוכר־משכיר נראה, על פי מה שראינו עד כה, שהעניין שנוי במחלוקת. לפי הרי"ף, אין צריך לומר שיחסי משכיר־שוכר ממשיכים לעמוד בתוקפם, שהרי דעתו היא שבדיעבד השכרת המשנה תקפה. אם השכרת המשנה תקפה,

[148] ראה: נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ב (וראה: פתחי תשובה, שם, סוף ס"ק ב, שעל דברי הרמ"א, ולפיהם רק "מוֹתר" דמי השכירות עובר למשכיר, ואילו עיקר דמי השכירות נשאר בידי השוכר, העיר: "דזהו דוקא באם השכיר למי שבני ביתו מרובים, או למי שאינו הגון, דבאמת יש לו להשוכר תפישת יד בהבית להשכירו למי שהוא הגון, ואין בני ביתו מרובים, רק שהוא השכירו ביותר למי שבני ביתו מרובים, ואינו הגון, שפיר כתב הרמ"א דרק 'המוֹתר' לבעלים. מה שאין כן בדר עמו, שאין לו רשות להשכיר לשום אדם בעולם, יש לומר דהנכון עם 'נתיבות המשפט' הנ"ל, דאם המשכיר השכירו, שייך כל השכירות להמשכיר, רק שינכה לו דומיא דפועל בטל. וצריך עיון"); סימן שמא, ס"ק ג; סימן שסג, ס"ק ט.
לפי הסבר זה, תוספת הדיירים גורמת לתוספת בלאי במושכר, ועל כן שוכר המשנה אינו יכול להיפטר מתשלום בטענה שהוא נהנה בעוד המשכיר אינו חסר. נמצא שאפילו אם הזמין השוכר את דייר המשנה לשהות עמו במושכר בחינם, דייר המשנה חייב בכל זאת לשלם למשכיר את מלוא ערך השכירות. כך הדגיש נתיבות המשפט, סימן שסג, ס"ק ט (הוזכר לעיל, הערה 133).

[149] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט. אלא שמה שהבחין בסוף הסימן שם, בין שוכר ששכר את המושכר בזול לשוכר ששכר את המושכר בשוויו, לא זכיתי להבין. וראה שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ולפי האמור (דף קו ע"א), שניסה להסביר את כוונת "מחנה אפרים", וגם דבריו מגומגמים, אלא שבסופו של חשבון הוא מסיק בדעת "נימוקי יוסף": "כיון דשייך חסרון בתוספת דיורין, אף דהשכירה בשוויה, שייך למימר, 'איך אדם עושה סחורה בפרתו של חברו'". כלומר, מאחר שנגרם הפסד למושכר, שאלת גובה השכירות הראשית (בזול או בשוויה) אינה רלוונטית, ובכל מקרה, 'המוֹתר' למשכיר. על חילוקי הדעות בין "מחנה אפרים" ל"נתיבות המשפט" בהבנת דברי "נימוקי יוסף", ראה עוד דיוננו להלן, סעיף 29, ליד ציון הערה 35, וליד ציון הערה 37.

בוודאי שהשכירות הראשית גם היא עומדת בתוקפה[150]. ונראה שכך סבור גם הראב"ן[151]. לעומת זאת, "מחנה אפרים"[152] אומר בדעת הרא"ש: "ואף אם השאיל לראשון לזמן, מכי [=משעה ש] עבר והשאילו לאחר, נסתלק הוא ממנו". לפי זה, השכרת משנה שלא כדין שמה קץ לשכירות המקורית[153]. בעניין זה, יש להעיר: לעיל ראינו, שלפי "מחנה אפרים", דעת הרא"ש היא שהמשכיר רשאי להפקיע את שכירות המשנה, אולם כל זמן שלא עשה כן, שכירות המשנה תקפה. אם שכירות המשנה תקפה, שעה שהשכירות הראשית בטלה, יש להניח שאין כאן שכירות משנה, אלא דנים בעסקה זו כבהעברת השכירות. לשון אחר, נוצר קשר ישיר בין שוכר המשנה (הנעבר) למשכיר הראשי, אם כי זכותו של המשכיר הראשי לבטל קשר זה.

ב. דמי השכירות

היה השוכר רשאי להשכיר את המושכר בשכירות משנה, הוא רשאי לדרוש משוכר המשנה דמי שכירות העולים על דמי השכירות שהוא עצמו משלם למשכיר הראשי. בזה אין השוכר נחשב כ"עושה סחורה בפרתו של חברו", שכן זכות השכירות שהשכיר היא רכושו שלו, ולא רכושו של המשכיר. וכך מסביר "קצות החושן"[154]: "כיון דכבר קנה הבית לדירה, דשכירות קניא, ויש לו רשות להשכירו, ושכירות שנוטל דידיה הוא, והוי ליה סחורה דידיה. וזה ברור"[155].

150 ולמשכיר אין עילה לביטול, ראה לעיל, הערה 130.

151 כך עולה מדבריו המובאים בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, מהדורת בלאך, סימן תרעט. אם כי ראה מה שכתב על דבריו: שו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט, ד"ה אחרי המחילה (דף קיד ע"ב). ראה להלן, הערה 153.

152 מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סוף סימן ו. וראה לעיל, הערה 142.

153 פוסקים אחרים מדברים גם הם על סיום השכירות המקורית כתוצאה מהשכרת משנה אסורה: דברי משפט, סימן קכח, סעיף ב (ראה שם, שהוא מאמץ במפורש את דברי "מחנה אפרים", ומשתמש בהם לצורך פלפולו. ראה לעיל, הערה 142); שו"ת ברית אברהם (הירש), חו"מ, סימן לד, ס"ק ה: "בכהאי גוונא, שאינו יכול להשכיר, השכירות שלו בטל לגמרי" (על דבריו, ראה מה שהערנו כבר לעיל, הערה 146). והשווה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח (דף קו ע"ד): "כיון דשינה, מפסיד השכירות"; ושו"ת חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן סט, ד"ה אחרי המחילה (דף קיד ע"ב): "אם השכיר לאחר, פקע קנין שכירותו לגמרי". נציין ששני פוסקים אלה מתייחסים לדברי הראב"ן. והשווה לעיל, הערה 151. וצריך עיון.

154 קצות החושן, סימן שסג, ס"ק ח.

155 השווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט, ד"ה ונחזור וד"ה ועוד. "מחנה אפרים" מציע שם שני הסברים לקושי העולה ממשנת "השוכר את הפרה, והשאילה לאחר" (בבא מציעא ג, ב). התלמוד (שם לו ע"א) מעמיד את המשנה בשוכר שקיבל רשות מהמשכיר להשאיל את הפרה (ראה לעיל, הערה 142), ואף על פי כן פסק רבי יוסי במשנה — והלכה כמותו — שאם מתה הפרה ברשותו של השואל, השוכר לא יזכה בפיצוי שחייב בו השואל, שכן "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו? אלא תחזור פרה לבעלים". הקושי העולה מן המשנה ברור: אם השוכר היה רשאי להשאיל את המושכר לאדם שלישי, מדוע אינו זוכה בפיצוי שחייב בו השואל? לזה מציע "מחנה אפרים" שתי תשובות שיש להן נפקות מעניינת לענייננו. תשובה ראשונה: מאחר שבעיקרון היה אסור לשוכר להשאיל את הפרה (שכירות משנה במיטלטלין אסורה, אם כי השווה לעיל, הערה 45), והוא לא עשה כן אלא מכוח האישור שנתן לו המשכיר, ברור שהפיצוי מגיע למשכיר ("מחנה אפרים" מעיר, שכתירוץ זה נמצא בשו"ת בני אהרן (לפפא), סימן א, אות ג, ד"ה הן, שייחס אותו ל"נימוקי יוסף" (לעיל, הערה 144). לדעת "מחנה אפרים" טעות היא לייחס את התירוץ הזה ל"נימוקי יוסף", שהרי הלה אומר בפירוש: "אם היה רשאי לשכרה, כגון שהתנה עמו הוא, או שלא היו בני ביתו של זה האחר אשר שכרה לו מרובים ממנו, נראה שהריוח למשכיר זה [כלומר לשוכר הראשי,

נבדוק כעת מה הדין בשכירות משנה שלא כדין. נדמה שהתשובה לשאלה זו תלויה בשתי השאלות ששאלנו בפסקה הקודמת, היינו: האם שכירות המשנה תקפה בדיעבד? והאם השכירות המקורית ממשיכה לעמוד בתוקפה, או שהיא מתבטלת בעקבות שכירות המשנה?

לאלה, כמו הרי"ף, הסוברים ששכירות המשנה תקפה בדיעבד (ושיחסי משכיר ראשי — שוכר ראשי, ממשיכים לעמוד בתוקפם), נראה שבפנינו שתי מערכות יחסים נפרדות זו מזו: השוכר הראשי ממשיך לשלם למשכיר הראשי את דמי השכירות המוסכמים ביניהם; ואילו שוכר המשנה משלם דמי שכירות לשוכר הראשי, וזאת גם אם תשלום זה עולה על גובה דמי השכירות הראשית[156]. אולם צריך לסייג את הדברים, בהתאם להבחנה שעמדנו עליה לעיל[157], בין שכירות משנה אסורה לבין שכירות משנה שאין כוח משפטי לבצעה. אם אין לשוכר הראשי הכוח המשפטי לבצע את שכירות המשנה, כגון שהשכיר שימוש רב מזה ששכר הוא עצמו, לא יוכל השוכר הראשי לקבל תשלום העולה על דמי השכירות שהוא עצמו משלם[158]. לדוגמה: שכירות המשנה הייתה למי שבני ביתו מרובים משל השוכר הראשי[159], תוספת התשלום היא התמורה עבור תוספת השימוש (תוספת הדיירים), והלא זכויות שימוש אלה אינן של השוכר. כשהשכיר את המושכר למי שבני ביתו מרובים משלו, נהג כמי שהשכיר בית שאינו שלו, שלא עמד להשכרה[160]. בכגון זה, ודאי שתוספת דמי השכירות שמשלם שוכר המשנה בגין תוספת הדיירים אינה מגיעה לשוכר[161].

וזאת אף על פי שלפי החלופה הראשונה, בלא הסכמת המשכיר, לא היה רשאי להשכיר]"). תשובה שנייה: לשוכר יש זכויות שימוש באותה פרה, אך אין לו זכויות בגופה של הפרה. לכן מאחר שהפיצוי שמשלם השואל הוא בגין אבדן גוף הפרה, ברור שהשוכר אינו זכאי לפיצוי זה. והשווה: קצות החושן, סימן שסג, ס"ק ח, שהעלה את אותה קושיה, ותירץ כתירוץ שני זה. והשווה גם: דברי משפט, סימן עב, סעיף ג, ס"ק ב. הנפקות בין שני תירוצים אלה היא אפוא בשוכר שקיבל היתר מיוחד להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אף שמעיקר הדין היה הדבר אסור, והוא קיבל תמורה העולה על דמי השכירות שהוא עצמו משלם. לפי התירוץ הראשון, הרווח שמפיק השוכר הולך למשכיר, שכן הוא נובע מההיתר שניתן לו. לעומת זאת, לפי התירוץ השני, מאחר שהרווח נובע מזכות השימוש, ולא מגוף המושכר, הוא נשאר ביד השוכר (כפי שעולה מדברי "נימוקי יוסף", שצוטטו לעיל).

156 אמנם השוכר הראשי עבר על איסור, אולם אין בזה כדי לעשותו "עושה סחורה בפרתו של חברו". והשווה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט, ד"ה ועוד: "אין אנו יכולים להוציא מידו של שוכר, אם כבר בא השכירות לידו". מלשונו משתמע, שאם עדיין לא קיבל תשלום, השוכר לא יזכה בתשלום (ולא ברור מדוע? שכן אפילו לדעת הרא"ש, הרי כל זמן שלא בוטלה שכירות המשנה, היא תקפה. וצריך עיון). והשווה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ועוד י"ל דאפי' (דף קה ע"ג) וכן ד"ה ולפי (דף קו ע"א).

157 לעיל, ליד ציון הערה 23.

158 השווה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ואולם (דף קה ע"ד).

159 זאת בהנחה שתוספת דיירים היא דוגמה טובה לשכירות שאין כוח משפטי לבצעה, משום שבמסגרתה השוכר משכיר יותר משיש לו. אולם, ראה לעיל, הערה 74, שלא הכול רואים את הדברים כך, אלא יש המסבירים שהאיסור נובע מן החשש לתוספת בלאי. ושמא נאמר שהעובדה שנגרמה תוספת בלאי היא סימן מובהק לכך שהשוכר השכיר יותר מאשר יש לו. השווה לעיל, ליד ציון הערה 148.

160 הבית נחשב כאינו עומד להשכרה, משום שכבר הוא מושכר לשוכר הראשי עצמו. ראה: שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח, ד"ה ועוד (דף קה ע"ג).

161 ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף י. לשאלה אם תוספת זו מגיעה למשכיר הראשי, או שהשוכר חייב להשיבה לשוכר המשנה, ראה: י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, לפי מפתח העניינים, ערך: שכירות — נכס גזול שהושכר, למי מחזירים את דמי השכירות. משם עולה שהדבר תלוי בשאלה אם נגרם למשכיר חסרון, אם לאו: נגרם לו חסרון, כגון תוספת בלאי, השוכר הראשי

לאלה הסבורים דוגמת הרא"ש – לפי הבנת "מחנה אפרים" – שהשכירות הראשית מתבטלת, נמצא ששוכר המשנה הוא כאדם הדר בחצר חברו שלא מדעתו, כשהחצר עומד להשכרה, ועל כן יוכל המשכיר הראשי לתבוע את תשלום דמי השכירות מן שוכר המשנה ישירות. שוכר המשנה לא יחויב לשלם יותר מדמי השכירות הראויים, שכן דינו כדין השוכר דירה מחברו, ונמצאת שאינה שלו, שבעל הדירה אינו יכול לתבוע את דמי השכירות המוסכמים, אלא את דמי השכירות הראויים בלבד[162].

כפי שכבר ראינו לעיל[163], הרמ"א פוסק בעקבות "נימוקי יוסף": "השוכר בית מחבירו, וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו... אם לא היה לו רשות להשכירו, המוֹתר לבעלים". לעיל הסברנו, שניתן להבין פסק זה הן לפי הדעה שבדיעבד אין תוקף לשכירות משנה אסורה (ואם אין שוללים מן השוכר את מלוא דמי השכירות, הרי זה משום שהיה רשאי להשכיר עד כדי מספר בני ביתו) והן לפי הדעה שבדיעבד יש תוקף לשכירות משנה אסורה (ואם שוללים ממנו את "המוֹתר", הרי זה מפני ש"מוֹתר" זה הוא התמורה לשימוש שאינו רכושו של השוכר). ההבדל בין שתי הגישות יתבטא לדוגמה בשכירות מיטלטלין. אסור להשכיר מיטלטלין בשכירות משנה בכל מקרה (שלא כמו דירת מגורים, שמותר, ואפשר, להשכירה למי שבני ביתו אינם מרובים). הסוברים שאין תוקף לשכירות משנה אסורה, יפסקו שמאחר שלשוכר לא הייתה רשות להשכיר את המושכר (המיטלטלין) בשכירות משנה, הרי שדמי השכירות שמשלם שוכר המשנה אינם מגיעים לשוכר, כי אם למשכיר, וזאת אף אם דמי שכירות אלה אינם עולים על דמי השכירות שמשלם השוכר הראשי[164]. לעומתם, הסוברים שבדיעבד יש תוקף לשכירות משנה אסורה לא ישללו מן השוכר את דמי השכירות שהוא מקבל משוכר המשנה,

מעביר את דמי השכירות למשכיר; לא נגרם לו חסרון, דמי השכירות חוזרים לשוכר המשנה, כדין "זה נהנה וזה לא חסר", שפטור.

בהקשר זה נעיר על מה שנראה לנו לכאורה כסתירה בדבריו של בעל שו"ת שמחת יום טוב, סימן כח. מחד גיסא, הוא מסביר (שם, ד"ה ועוד, דף קה ע"ג) שלמי שסבור שתוספת דיירים אינה גורמת כל חסרון במושכר, הנימוק לאיסור השכרת משנה הוא משום שהדירה לא הושכרה אלא למספר מסוים של דיירים, וכל דייר נוסף אינו בכלל השכירות, ולכן המשכיר יכול להתנגד לכניסתו (ראה לעיל, הערה 74). הוא מוסיף שמאחר שזהו מקרה של "זה נהנה וזה לא חסר", לא יוכל המשכיר לתבוע דמי שכירות בגין אותה תוספת דיירים. מאידך גיסא, הוא קובע (שם, ד"ה ולפי, דף קו ע"א) שמאחר שדעת השולחן ערוך היא כדעת הרא"ש, שתוספת דיירים אינה גורמת חסרון כלשהו במושכר, הרי שאם הרוויח השוכר כתוצאה מהשכרת משנה ליותר מאנשי ביתו, הרי הרווח שלו, "דבכהאי גוונא, לא חשיב 'עושה סחורה בפרתו של חבירו', כיון דשכירות ליומיה – ממכר הוא, ובשלו הוא מרויח" (נמצא, שיש בשאלה זו מחלוקת בין השולחן ערוך לרמ"א, שהרי הרמ"א פסק שהרווח מגיע למשכיר. ראה לעיל, ליד ציון הערה 143). דברים אחרונים אלה קשה להלמם: הרי לפי מה שאמר בעל שו"ת שמחת יום טוב בעצמו (לעיל, באותה תשובה), אין זה נכון לומר ש"בשלו הוא מרויח", שכן הוא עצמו הסביר שזכות השכירות של השוכר אינה חלה אלא על מספר בני ביתו, וכל תוספת אינה בכלל השכירות. נמצא שדינו צריך להיות כדין מי שהשכיר מושכר גזול, ואין לזכותו ברווח שעשה מאותה גזלה, אלא מאחר שלדעתו לא נגרם הפסד למשכיר, יש להחזיר את התוספת לשוכר המשנה. וצריך עיון.

[162] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסג, סעיף י. לדברינו כאן, השווה לעיל, הערה 146, בדעת שו"ת "ברית אברהם".

[163] לעיל, ליד ציון הערה 143.

[164] כך סבור "נתיבות המשפט". ראה: נתיבות המשפט, סימן שסג, ס"ק ט: "ולפי זה, במטלטלין שאין לו רשות להשכיר – השכר לבעלים". ולא אמר "המוֹתר" לבעלים. וראה גם: נתיבות המשפט, סימן שטז, ס"ק ב (על פי הסבר פתחי תשובה, שם, ס"ק ב, שהובא לעיל, הערה 148); וסימן שמא, ס"ק ג.

וזאת אפילו אם דמי שכירות אלה עולים על דמי השכירות שהוא עצמו משלם, שכן הוא לא השכיר יותר ממה שיש לו[165].

פרק שביעי

סיכום

עניינו כאן בזכותו של השוכר לעשות עסקה בשכירות. החוק מחיל כלל זהה על שתי עסקאות שונות: העברת השכירות ושכירות משנה, ולפיו על השוכר לקבל את הסכמתו של המשכיר לפני ביצוע העסקה. אם התנגד המשכיר לעסקה מטעמים שאינם סבירים, החוק מבחין לעניין זה בין שכירות מקרקעין ובין שכירות אחרת: בשכירות מקרקעין, הוא מרשה לשוכר לעשות את העסקה על אף התנגדות המשכיר; ואילו בשכירות אחרת, הוא מרשה לו לעשות את העסקה רק באישור בית המשפט.

ההבחנה בין שכירות מקרקעין ובין שכירות אחרת יסודה במשפט העברי, כפי שנרחיב להלן. אולם לפי המשפט העברי, יש להבחין גם בין העברת השכירות ובין שכירות משנה. הבחנה זו אינה מצויה בחוק. העברת השכירות היא עסקה בעייתית יותר (אפילו בשכירות מקרקעין), משום שעל פי כללי המחאת חיובים, השוכר אינו רשאי להמחות את חובת תשלום דמי השכירות לאחר בלא הסכמת המשכיר־הנושה. עם זאת, הראינו שיש מקרים יוצאי דופן שבהם אין זה סביר מצד המשכיר להתנגד להמחאת החיוב, ואז כנראה העסקה מותרת.

בשכירות משנה, אף שהעסקה אינה קשורה בהמחאת חיוב, המשכיר רשאי בכל זאת להתנגד לה, מתוך חשש לשלמות המושכר או מטעם אחר. כאן עולה ההבחנה בין שכירות מקרקעין לשכירות מיטלטלין. הכלל בשכירות מקרקעין הוא, שמאחר שמדובר בנכס שאין חשש שיינזק או ייעלם, העסקה מותרת, זולת אם יש למשכיר טעם סביר להתנגד. בעניין זה ראינו, בין השאר, שיש טעמים סבירים הקשורים לדאגה לשלמות המושכר (חשש לתוספת בלאי, או חשש מפני נזקים נסתרים), ויש טעמים סבירים הקשורים לאישיותו של שוכר המשנה (כגון שהוא אדם קשה, או שהמשכיר משתמש עם השוכר במושכר במשותף, ואינו מוכן לשותף אחר). דרישה לדמי הסכמה אינה דרישה סבירה. לעומת זאת, בשכירות מיטלטלין, מאחר שמדובר בנכס נד, המתקלקל בקלות וניתן בקלות לגנוב אותו, העיקרון הוא שהשוכר אינו רשאי להשכירו בשכירות משנה, משום שהמשכיר אינו חייב לסמוך על שמירתו של אדם שהוא אינו מכיר אותו („אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר"). מכאן, שבכל המקרים שהמשכיר אינו יכול להעלות טענה זאת, אין לאסור את העסקה (כגון, ששוכר המשנה הוא מבני ביתו של השוכר). ההבחנה בין מקרקעין למיטלטלין אינה עקרונית, אלא מעשית. כלומר, בבחינת סבירות התנגדות המשכיר, חייבים להתחשב במאפיינים המיוחדים של כל אחד מהם. אולם משנקבע שבנסיבות העניין התנגדות המשכיר אינה סבירה, השוכר רשאי לבצע את העסקה על אף התנגדות המשכיר, ואינו זקוק לשם כך להיתר מבית המשפט, אף לא בשכירות מיטלטלין. בזה שונה עמדת המשפט העברי מעמדת החוק.

[165] ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט.

אם הסכם השכירות אסר על השוכר עסקה בשכירות במפורש, המשפט העברי אינו מתיר לבית המשפט להתערב בחופש החוזים, אלא אם יש תועלת ציבורית בדבר. ואולי זו הייתה גם כוונת החוק.

תוצאותיה של עסקה בשכירות שלא כדין שנויות במחלוקת. אולם נראה שהדעה המקובלת היא, שעסקה שלא כדין תקפה בדיעבד, ואין למשכיר זכות לבטלה או לבטל בגינה את השכירות הראשית, זולת אם השכיר השוכר שימוש רב יותר משיש לו עצמו על פי הסכם השכירות, שאז העסקה ודאי אינה תקפה. באשר לדמי השכירות, נראה שכל זמן שלא השכיר השוכר שימוש רב יותר ממה שיש לו, דמי השכירות שהוא מקבל משוכר המשנה מגיעים לו, אפילו הם עולים על דמי השכירות שהוא משלם למשכיר הראשי.

לאור האמור לעיל, אנו מציעים לנסח את סעיף 22 כדלהלן:

העברת השכירות

22. (א) השוכר אינו רשאי לעשות עסקה בשכירות, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים[166], או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה [...] רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של המשכיר.

(ב) [...] בית המשפט רשאי להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו [...] על אף האמור בחוזה השכירות, אם ראה שנכון לעשות כן לתקנת הציבור.

[166] כאמור, בבחינת סבירות התנגדות המשכיר, יש להתחשב בשיקולים רבים ומגוונים. כך יש להבחין בין שכירות משנה ובין העברת השכירות (שבה התנגדות המשכיר סבירה יותר, משום שאינו חייב להסכים להמחאת חיוב השוכר לאחר); או בין שכירות מקרקעין ובין שכירות מיטלטלין (שגם בה התנגדות המשכיר סבירה יותר משום החשש הסביר לשלמות המושכר). אולם אלה אינם אלא פרטים שיש להתחשב בהם בבחינת סבירות התנגדותו של המשכיר, וכפי שראינו, להם עצמם יש סייגים רבים, על כן לא ראינו לנכון לקבעם בנוסח הסעיף.

סעיף 23

תרופות כלליות בשל הפרת חוזה

תרופות כלליות בשל הפרת חוזה

23. התרופות הנתונות לצדדים לפי פרק זה באות להוסיף על הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א־1970, ולא לגרוע מהן.

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, מונה שלוש תרופות בשל הפרת חוזה: אכיפה, ביטול ופיצויים. מאחר שחוק השכירות הוא חוק מיוחד, ראה המחוקק צורך להדגיש שהתרופות הנתונות לצדדים לפי חוק זה לא באו לשלול את האפשרות להיזקק לתרופות הכלליות שבחוק החוזים (תרופות). כך לדוגמה, אף ששוכר שדרש מן המשכיר את תיקון המושכר ולא נענה, זכאי לתקן את המושכר בעצמו על חשבון המשכיר (סעיף 9 לחוק), אין הדבר שולל ממנו את הזכות לבטל את השכירות או לדרוש פיצויים בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מאי־תיקון הפגם. שאלה מעניינת היא, האם השוכר רשאי לבטל את החוזה גם כאשר המשכיר מוכן ומזומן לתקן את המושכר? ראינו[1] ששאלה זו שנויה במחלוקת בין המלומדים.

במהלך פרשנות החוק, כל אימת שנזקקנו לשאלת התרופות, בדקנו את מכלול התרופות העומדות לרשות הצדדים ולא צמצמנו את דיוננו לתרופות המפורשות בחוק. כך לדוגמה בדיוננו על סעיף 9 (תרופות בשל אי־תיקון), לא צמצמנו את דברינו על התרופות המפורשות בסעיף (תיקון עצמי, והפחתת דמי השכירות), אלא בדקנו גם את זכותו של השוכר לדרוש את אכיפת החוזה, לבטלו או לדרוש פיצויים בשל הפרתו.

זאת ועד, כדי לתת תמונה שלמה ומרוכזת על דיני השכירות לפי המשפט העברי, ראינו לנכון להיזקק לשאלת התרופות באופן שיטתי בכל העניינים שהחוק דן בהם, גם באותם עניינים שבהם לא התייחס המחוקק לשאלת התרופות וסמך על החלת הדין הכללי. כך עשינו בדיוננו על סעיף 6 בעניין משכיר שאינו עומד בחובת ההתאמה המוטלת עליו, או בדיוננו על סעיף 16 בעניין שוכר המשתמש במושכר שלא כדין. כך עשינו גם לעניין כל החובות המוטלות על הצדדים לשכירות.

כמו כן עסקנו ביחס בין התרופות השונות העומדות לרשות השוכר. כך, לדוגמה, דננו ביחס שבין ביטול לניכוי (האם השוכר רשאי לנכות מדמי השכירות כאשר עומדת לרשותו תרופת הביטול?)[2]; ובין ביטול להעמדת מושכר חלופי (האם הוא רשאי לבטל את השכירות אף שהמשכיר חייב להעמיד לרשותו מושכר חלופי?)[3].

[1] ראה דיוננו לעיל, סעיף 15, פרק ראשון, עמ' 284־285; שם, פרק שני, א(2)(א), עמ' 297־299.
[2] ראה דיוננו לעיל, סעיף 15, פרק שני, א(1)(ג), עמ' 300־302; שם, פרק שלישי, ב(3)(ג), עמ' 315־317.
[3] ראה דיוננו לעיל, סעיף 15, פרק ראשון, עמ' 285.

פעמים נדרשנו לתרופה שאין לה אח ורע, לא בחוק השכירות ולא בחוק החוזים (תרופות). לדוגמה, בסעיף 10 דננו בזכותו של השוכר למכור את שארית המושכר כדי להשלים את מטרת השכירות, וכפי שראינו, אף במקורות המשפט העברי, היקפה של תרופה זו שנוי במחלוקת.

סעיף 24

תחולת חוק השומרים, תשכ"ז־1967

תחולת חוק השומרים, תשכ"ז־1967

24. לענין חוק השומרים, תשכ"ז־1967, יראו שוכר כשומר שכר שהמטרה של שמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו.

הסעיף שלפנינו אינו מתפרש אלא מתוך זיקה לחוק השומרים, התשכ"ז־1967. סעיף 1(ג) לחוק השומרים, מגדיר כשומר שכר אדם שמקבל תמורה בעד שמירת נכס חברו או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו (ואינו שואל). אולם לעניין אחריות השמירה של שומר שכר, החוק[1] מבחין בין שומר שכר ששמירת הנכס הייתה המטרה העיקרית של החזקתו ובין שומר שכר ששמירת הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו: שומר שכר מן הסוג הראשון אינו נפטר מאחריות שמירה אלא כשהפגיעה בנכס שהופקד בידו הייתה מחמת כוח עליון; ואילו אחריותו של שומר שכר מן הסוג השני פחותה מכך, ודי אם יוכיח שהפגיעה לא נגרמה ברשלנותו. לפי האמור בסעיף שלפנינו, דין השוכר כשומר שכר מן הסוג השני: המטרה העיקרית להחזקת המושכר אינה השמירה אלא השימוש במושכר. נמצא אפוא, שאם יוכיח השוכר שהנזק שנגרם למושכר לא נגרם ברשלנותו, אין למשכיר עילת תביעה כנגדו. במילים אחרות, אחריותו של השוכר לשמירת המושכר קרובה יותר לזו של שומר חינם[2] מאשר לזו של שומר שכר.

השוכר הוא כידוע אחד מארבעת השומרים, כדברי המשנה[3]: "ארבעה שומרים הן: שומר חנם, והשואל, נושא שכר, והשוכר". אולם גדרי אחריות השמירה המוטלת על השוכר שנויים במחלוקת תנאים[4]: "שוכר כיצד משלם? רבי מאיר אומר: כשומר חנם; רבי יהודה אומר: כשומר שכר". להלכה נפסק כדעת רבי יהודה שאחריותו של השוכר היא כשל שומר שכר[5]. קביעה זו שונה אפוא מקביעת החוק, ולפיה אחריותו של השוכר קרובה לזו של שומר חינם.

מהותה, גדרה, היקפה ותנאיה של אחריות השמירה המוטלת על השוכר, מבוארים בחיבור על חוק השומרים, בסדרה זו[6].

[1] סעיף 2(ב), שם.

[2] שומר חינם פטור כל עוד לא הוכח שנהג ברשלנות. ראה סעיף 2(א), שם.

[3] משנה, בבא מציעא ז, ח.

[4] ראה: בבא מציעא פ ע"ב ועוד.

[5] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שז, סעיף א.

[6] ראה שם הדיון על סעיף 2(ב) לחוק. דברים קצרים כתבנו בעניין זה לעיל, בדיוננו על סעיף 7, הערה 103.

סעיף 25

קיזוז

קיזוז 25. חובות שהצדדים חבים זה לזה עקב השכירות ניתנים לקיזוז.

זכותם של צדדים לשכירות לקזז את החובות שהם חבים זה לזה נידונה למשל בסעיף 9, לעניין זכותו של השוכר להפחית מדמי השכירות את ההוצאות שהוציא עקב תיקון שהמשכיר היה צריך לבצע[1]. אבל שאלת הקיזוז היא שאלה כללית בדיני החוזים, ועל כן היא תידון במפורט במסגרת הדיון על חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, הקובע הוראה כללית לעניין הקיזוז[2].

[1] ראה דיוננו על סעיף 9, פרק שני, א, עמ' 163.

[2] ראה שם, סעיף 53. לעת עתה, ראה: ש' ורהפטיג, "קיזוז חיובים", משרד המשפטים, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת לד, ירושלים תשל"ג; סיני עו (תשל"ה) קעג.

פרק ב

שאילה

פרק זה נכתב בשיתוף עם צבי קוסטינר

סעיף 26

מהות השאילה

מהות השאילה

26. שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 545

פרק שני: מהותה של השאילה כזכות חוזית או כזכות קניינית — "כשהזכות הוקנתה" 546

פרק שלישי: היקף הזכות — "להחזיק בנכס ולהשתמש" 550

פרק רביעי: יסוד הזמן — "שלא לצמיתות" 552

פרק חמישי: העדר תמורה — "שלא בתמורה" 555

פרק שישי: הנכס המושאל — "בנכס" 558

א. כללי 558

ב. אופייה המשפטי של שאילת נכס בלתי מסוים 558

פרק שביעי: סיכום 559

מבוא

שלושה הם יסודות השאילה: זכות החזקה ושימוש בנכס; הגבלת זמן השימוש; העדר תמורה. שני היסודות הראשונים משותפים לשאילה ולשכירות, ומכאן לטיפול בשתי העסקאות במסגרת אותו החוק, משום שיסודות משותפים אלה מחייבים במידה רבה הסדרים זהים. לעומת זאת, היסוד השלישי — העדר תמורה — הוא המבדיל בין שאילה לשכירות, והוא העומד אפוא ברקע להבדלים שאפשר למצוא בין דיני שכירות לדיני שאילה.

העובדה שהשאילה היא "עסקת חסד"[1], שבה המשאיל עושה טובה לשואל, משפיעה בעיקר על אופן הפרשנות של הסכם השאילה, באותם עניינים שבהם לא הגדירו הצדדים את תוכן ההסכם באופן חד־משמעי. כך לדוגמה, אף שלא הותנה במפורש בין הצדדים שהשימוש שהוסכם עליו יהיה השימוש הבלעדי שמותר לשואל לעשות במושאל (בלשון החוק: "שימוש ייחודי"), הרי שבשונה ממה שנקבע בשכירות[2], ההנחה היא שאסור לשואל לעשות במושאל שימוש שונה מן המוסכם, אף כששינוי זה אינו עלול לגרום למשאיל נזק כלשהו[3]. כך גם, בשונה מן השוכר, השואל אינו רשאי להעביר את המושאל לאחר או להשאילו בשאילת משנה בלא הסכמת המשאיל, וזאת אף כשאין למשאיל סיבה סבירה להתנגד לכך[4]. זאת ועוד, שלא כמו בשכירות, צורך עצמי של המשאיל נחשב לעילה חוקית לסיומה המוקדם של השאילה[5], שכן ההנחה היא כנראה שהמשאיל לא הסכים לשאילה, אלא כל עוד זו לא תכביד עליו. כמו כן, מיתת השואל משמשת עילה חוקית לסיום השאילה[6], משום שההנחה היא שהעסקה נעשתה על רקע אישי ולא על רקע עסקי, ומשמת השואל יש אפוא לאפשר למשאיל לסיים את השאילה. כמו כן, בניגוד לשכירות, החוק אינו מחייב את המשאיל לתקן פגם המתגלה במושאל במהלך תקופת השאילה[7], והוא גם מצמצם את אחריותו של המשאיל בגין אי־התאמת המושאל[8]. בכל אלה, אנו רואים שפרשנות הסכם השאילה וכן ההסדרים שנקבעו בשאילה,

[1] כדברי ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 153, בעמ' 156. מובא אצל לרנר, סעיף 36.

[2] ראה סעיף 16 לחוק.

[3] זאת המשמעות של אי־תחולת סעיף 16 על שאילה. ראה להלן, דיוננו על סעיף 27, פרק שלישי, ב, עמ' 568.

[4] ראה סעיף 30 לחוק. וראה להלן, דיוננו על אותו סעיף.

[5] ראה סעיף 29 לחוק. וראה להלן, דיוננו על אותו סעיף, פרק שלישי, ב(1)(ב), עמ' 590.

[6] ראה סעיף 29 לחוק. וראה להלן, דיוננו על אותו סעיף, פרק שלישי, ב(1)(א), עמ' 587.

[7] זאת המשמעות של אי־תחולת סעיף 7 על שאילה. ראה להלן, דיוננו על סעיף 27, פרק שלישי, א, עמ' 567.

[8] ראה סעיף 28 לחוק. וראה להלן, דיוננו על אותו סעיף.

נוטים באופן ברור לטובתו של המשאיל, וזאת משום ש"קיימת לגבי 'עסקת חסד' נטיה לגלות יתר התחשבות באינטרס של הצד הנותן", כדברי פרידמן[9].

בדיוננו על שכירות[10], ביקשנו לעמוד על מהותה של זכות השכירות, האם היא זכות חוזית־אישית של השוכר כלפי המשכיר? או שמא זכות קניינית של השוכר במושכר עצמו? ראינו שבמשפט הישראלי אין הכרעה בעניין, כשלשכירות יש סממנים מובהקים של זכות קניינית וסממנים מובהקים אחרים של זכות חוזית. ראינו גם, שבמשפט העברי, שאלת מהות השכירות שנויה במחלוקת. כמו בשכירות, גם בשאילה תפישת החוק אינה חד־משמעית: מחד גיסא, צמצום זכויותיו של השואל, שהזכרנו לעיל (כגון העובדה שהוא אינו רשאי להעביר את השאילה בלא הסכמתו של המשאיל, וכן העובדה שהמשאיל יכול לסיים את השאילה באופן חד־צדדי, כשהמושאל נחוץ לו לצורך עצמו), מורה יותר לכיוון של זכות חוזית מאשר לכיוון של זכות קניינית. מאידך גיסא, בסעיף 27, מחיל החוק על שאילה את סעיף 21, ומשמעות הדבר, ש"מכר אינו דוחה שאילה" (כלשון השופט זילברג). עניין זה מצביע לכאורה על יסוד קנייני של השאילה, שכן זכותו של השואל פועלת כלפי כולי עלמא, ולא רק כלפי המשאיל. נראה אפוא, שלפי החוק, השאילה, כמו השכירות, היא יצור כלאיים, אשר משמשים בו יסודות חוזיים ויסודות קניינים גם יחד. כפי שנראה להלן, נחלקו הדעות במשפט העברי בשאלת מהותה של השאילה, כשם שנחלקו בשאלת מהותה של השכירות.

בדיוננו להלן, נדון אפוא תחילה בבירור מהותה של השאילה כזכות חוזית או כזכות קניינית. לאחר מכן, נעבור לדון במרכיביה השונים של השאילה. ראשית, נבחן את היקף הזכות שבידי השואל, האם תנאי לשאילה הוא שתהיה לשואל הזכות גם להחזיק במושאל וגם להשתמש בו? או שמא די באחת משתי זכויות אלה? לאחר מכן נדון ביסוד הזמן. כאן נשאל בין השאר, האם לפי המשפט העברי תיתכן שאילה לצמיתות? בדיון על המרכיב השלישי בהגדרת השאילה — העדר התמורה — נבדוק מה מוגדר כתמורה, ומה דין עסקה שהתמורה בה קטנה מערך זכות השימוש. לבסוף נתייחס גם לשאלה אילו נכסים יכולים לשמש נושא לשאילה.

פרק שני

מהותה של השאילה כזכות חוזית או כזכות קניינית — "כשהזכות הוקנתה"

בדיוננו על שכירות[11], כאשר עסקנו בבירור מהותה של השכירות כזכות אישית או כזכות קניינית, הבאנו את הכלל המפורסם בדיני שכירות, שמקורו בתלמוד[12]: "שכירות ליומיה — ממכר הוא". בתלמוד לא נמצא כלל מקביל ביחס לשאילה, אולם אחדים מן הפוסקים העלו

[9] ראה לעיל, הערה 1.
[10] לעיל, סעיף 1, פרק שני, עמ' 7.
[11] לעיל, סעיף 1, פרק שני, עמ' 7.
[12] בבא מציעא נו ע"ב.

כלל דומה, ולפיו "שאילה — מתנה ליומא היא"[13]. אולם כפי שנחלקו הדעות בשאלת המשמעות המשפטית של כלל זה בשכירות, כך נראה שחלוקות הדעות גם בשאילה[14].

יש להניח, שהמגדירים את השכירות כזכות אישית[15], יגדירו כך גם את השאילה. יש לציין, שזכותו האישית של השואל מצומצמת יותר מזכותו האישית של השוכר. בדיוננו על שכירות ראינו[16], שהמשכיר משעבד את המושכר להבטחת קיום חיובו האישי. שעבוד זה מאפשר לשוכר, בנסיבות מיוחדות שבהן יצא המושכר מכלל שימוש, למכור את שארית המושכר ובתמורה לקנות (או אפילו לשכור) מושכר חלופי, וכך להשלים את מטרת השכירות. לעומת זאת, בשאילה, מאחר שהמשאיל אינו מקבל תמורה, הוא אינו משעבד את המושאל (על כל

[13] ראה: חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, ד"ה הא דרב הונא; ט"ז, אבן העזר, סימן כח, ס"ק לו; אבני מילואים, שם, סימן כח, ס"ק נב; נתיבות המשפט, סימן שמד, ס"ק א; חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק ט. ואולם השווה: שו"ת ושב הכהן (זיסקינד), סימן מז, ד"ה שוב ראיתי. והשווה להלן, הערה 20.

[14] ראה לדוגמה: חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, ד"ה הא דרב הונא. הריטב"א, אומר גם הוא שה"שאלה — מתנה ליומא הוא על מנת להחזיר". אולם בהמשך הדברים הוא מבהיר, "דבשאלה לא מיקני ליה גוף הכלי כלל אלא תשמיש שבו", והוא אף מדגיש שבכלים (היינו במיטלטלין), אין מקום לדבר על קניין גוף לפרותיו. כלומר, לשואל אין זכויות בגוף המושאל לשימושו, וכל מה שיש לו הוא זכות השימוש שהבטיח לו המשאיל, היינו זכות אישית גרידא. מאחר שזכות שימוש זו אינה נושא לקניין (שכן זכות היא דבר שאין בו ממש, וכלל ידוע הוא שאין אדם מקנה אלא דבר שיש בו ממש), הרי שמן התורה המשאיל היה יכול לחזור בו מן השאילה בכל עת, לולי תקנת חכמים שמונעת זאת ממנו לאחר משיכת המושאל. נראה אפוא, שלדעת הריטב"א, אמנם "שאילה — מתנה ליומא הוא", אולם רק במובן זה, שכשם שנותן המתנה אינו יכול לחזור בו (מן התורה), כך גם השואל אינו רשאי לחזור בו (מתקנת חכמים). אין בכך כדי להגדיר את השאילה כזכות קניינית. ואכן ראה: חידושי הריטב"א, עבודה זרה טו ע"א, ד"ה אלא, שם כתב: "והא דאמרינן בעלמא 'שכירות — מכירה ליומיה היא', מילתא בעלמא קא אמרינן לומר, שהיא קנויה לשוכר להשתמש בה כל ימי שכירותו כאילו הוא שלו, אבל מכל מקום לא הויא דידיה, ולא חייל שעבודיה". נדגיש, שדבריו שם אמורים בשכירות מיטלטלין דווקא, ולא בשכירות מקרקעין. בדיוננו על סעיף 15, ליד ציון הערה 227, הוכחנו שלדעת הריטב"א, שכירות מקרקעין היא בעלת אופי קנייני מובהק. ואמנם ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה גמרא, שם הדגיש, אמנם לא מן השיקול הזה, שהסוגיה שנאמר בה הכלל שהשכירות "ביומיה מכירה היא" (כלל שלדעת הריטב"א אינו אלא "מילתא בעלמא"), עוסקת בשכירות מיטלטלין ולא בשכירות מקרקעין. להבחנה בין מקרקעין למיטלטלין לעניין הגדרת מהות השכירות והשאילה, ראה עוד דיוננו על סעיף 1, הערה 85.

אמנם, מחידושיו לבבא מציעא צט ע"א, ד"ה אלא לחזרה, עולה לכאורה שהריטב"א מבחין בין שכירות לבין שאילה ורק ביחס לשכירות הוא מכיר בכלל "שכירות — מכירה ליומא היא". וראה בעניין זה: הערת המהדיר בחידושי הריטב"א, הוצאת מוסד הרב קוק, הערה 685. וראה גם: חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק ט. להבחנה בין שכירות לשאילה, השווה להלן, הערה 20.

[15] ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 23 ואילך. בדיוננו על סעיף 1 ראינו, ש"נתיבות המשפט" נמנה עם הפוסקים הרואים בשכירות זכות אישית ולא קניינית (זולת אם נקבע במפורש אחרת בין הצדדים). וכך הוא כנראה גם בשאילה. לאור זאת, יש לעיין בדבריו בסימן שמא, ס"ק יא. הוא קובע שם, שהמזיק נכס מושאל, מנכה מן הפיצוי שהוא חייב למשאיל את שווי השימוש שבידי השואל, ובשווי זה הוא חייב לפצות את השואל. הלכה זו מעוררת שני קשיים: באשר לפיצוי למשאיל — מדוע מנכה המזיק מערכו של הנכס, הלא העובדה שנכס זה עמד לשימושו הזמני של השואל, אינה גורעת מערכו של הנכס?! באשר לפיצוי לשואל — אם אין לשואל אלא זכות אישית כלפי המשאיל, ואין לו זכויות בגוף המושאל, כיצד זה הוא זכאי לפיצוי בגין פגיעה בזכויות השימוש שלו? הרי הפגיעה בזכויות אלה אינה אלא נזק שאינו ניכר (שהרי זכות השימוש היא דבר שאין בו ממש), שעליו כידוע אין ההלכה מזכה בפיצוי. וצריך עיון.

[16] ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 37.

פנים, ודאי לא עד כדי מתן רשות למכור אותו בנסיבות שאין הוא אחראי עליהן[17]). נמצא אפוא, שזכותו היחידה של השואל היא להשתמש במושאל כל עוד הוא ראוי לשימוש (כשלמשאיל אין זכות לחזור בו מן ההסכם). אולם משיצא המושאל מכלל שימוש, תמה השאילה[18].

המגדירים את השכירות כזכות קניינית[19], מגדירים כן גם את השאילה, והעובדה שהשואל אינו משלם בעד זכות השימוש והחזקה במושאל אינה משנה מאופי הזכות שבידו[20]. כך עולה במפורש מדברי הרמב"ם[21] בעניין ירושת השאילה: "שאלו לזמן קצוב, כיון שמשך וזכה בו, אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף זמן השאלה, ואפילו מת השואל, הרי היורשין משתמשין בשאלה עד סוף הזמן. ודין הוא [=וכך מחייב ההגיון]: הלוקח — קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן, ומקבל מתנה — קנה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום. והשוכר — קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן, והשואל — קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב ולא

[17] השווה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 30.

[18] ראה: נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק טו.

[19] ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 11 ואילך.

[20] אמנם צריך לציין, שיש פוסקים שמהם עולה לכאורה שיש להבחין בין שכירות לשאילה. ראה: בית שמואל, אבן העזר, סימן כח, ס"ק מט. לדעתו, יש לשוכר זכויות בגוף המושכר, ועל כן אפשר לקדש בו אישה, מה שאין כן השואל שאין לו זכויות בגוף המושאל כלל. וראה גם: קצות החושן, סימן רב, ס"ק א. הוא מביא דעה, ולפיה בניגוד לשכירות, השאילה אינה נקנית בחליפין. באותה מידה, הוא מסביר, אפשר להבין שיטה שתבחין בין שכירות לשאילה לעניין קניין אגב (כלומר, הטוענת שאין תוקף להקנאת מיטלטלין אגב שאילת מקרקעין, מה שאין כן אגב שכירות מקרקעין. ל"קניין אגב", ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך "אגב", כרך א, עמ' קיז). נראה לכאורה, שההבחנה בין שכירות לשאילה נובעת מן העובדה, שדווקא בשכירות הוא שאמרו "שכירות ליומיה — ממכר הוא", מה שאין כן בשאילה. ואולם השווה: קצות החושן, סימן קצה, ס"ק ח, שם הוא אומר במפורש, שלדעתו גם השכירות וגם השאילה נקנות בחליפין. וצריך עיון.
[וראה: הגהת מהרש"ם, לספר אורחות חיים, סימן רמו, סעיף ג, ד"ה ובדין, שמביא תימוכין לעמדת קצות החושן בסימן רב, מתוך שו"ת הרשב"א (וראה דבריו גם בשו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רצא, ד"ה ולכן נ"ל). בשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קמה (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קעה, ס"ק נה), פוסק הרשב"א שאין לשואל זכויות בר מצרא, כלומר שאין לו זכות קדימה בקניית קרקע הסמוכה למושאל. לעומת זאת, בשכירות, דעת הרשב"א, שלשוכר יש זכות קדימה (כך מעיד עליו רבנו ירוחם, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קעה, ס"ק צב). מכאן מסיק המהרש"ם, שאף לדעת הרשב"א, רק בשכירות אומרים "שכירות ליומיה — ממכר הוא", ועל כן יש לשוכר זכויות בן המצר, מה שאין כן בשאילה. הרב א' מילר העיר, שלכאורה אין ממש בראיית המהרש"ם, שכן השאלה שעמדה לפני הרשב"א בנסיבות המקרה הנידון לפניו הייתה: למי יש זכויות בן המצר על הקרקע הסמוכה למושאל: לשואל או למשאיל? הרשב"א פסק שמבֵין השניים זכויות בן המצר הם של המשאיל, אולם אין בכך כדי לשלול מן השואל מעמד זה כליל, גם ביחס לאדם זר! וצריך עיון. המהרש"ם מסתמך גם על שו"ת הריב"ש, סימן רסד, שנפסקה להלכה בהגהת הרמ"א, חו"מ, סימן קלח, סעיף א, בזה הלשון: "אם הבית של אחד, ולקח את חברו אצלו, וחלוקים על הנכסים שבבית, הרי הם בחזקת המוחזק בבית". כלומר, בסכסוך בדבר הבעלות על נכסים הנמצאים בבית, על המוזמן להביא ראיה, משום שבעל הבית הוא הנחשב למוחזק. אולם גם משם נראה שאין להביא ראיה. ייתכן שיש להבחין בין שואל לאורח: האורח אין לו שום זכות בבית, ואינו שוהה בו אלא כל עוד המזמין מעוניין בכך, מה שאין כן שואל שיש לו זכויות במושאל. אם כי השווה: סמ"ע, שם, ס"ק ד. והשווה דיוננו לעיל, סעיף 2, הערה 19, מה שהסברנו על דברי נתיבות המשפט, שם, ס"ק ב, שגם מדבריו עולה לכאורה שיש הבדל מהותי בין שכירות לשאילה. והשווה: שו"ת עונג יום טוב (הלפרין), אורח חיים, סימן כג, שמעלה השערה שקניין שאילה הוא "קניין גמור" לזמן, לעומת קניין שכירות שאינו קניין אלא לעניין השימוש, אבל הוא עצמו דוחה השערה דחוקה זו].

[21] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה.

נתן כלום. כשם שהנותן כמוכר, שאינו יכול לחזור לעולם, כך המשאיל כמשכיר, שאינו יכול לחזור בתוך הזמן". לפנינו אפוא הגדרה ברורה של השאילה כקניין הגוף לפרות, כלומר כזכות קניינית במושאל, כמו השכירות. ההבדל היחיד בין שתי הזכויות הוא, שבשכירות השוכר משלם תמורת הזכות, ואילו בשאילה הוא מקבל אותה זכות חינם. וכך נוקטים ראשונים נוספים[22].

אמנם צריך להדגיש, שהעובדה שהשואל אינו משלם תמורת הזכות שרכש, יש בה כדי לצמצם את היקף זכויותיו לעומת השוכר. כך לדוגמה, כפי שראינו לעיל[23], השואל אינו רשאי למכור את שארית המושאל כשזה יצא מכלל שימוש. אולם לפי הגישה הקניינית, ההסבר לכך שונה מן ההסבר הניתן לפי הגישה החוזית. אמנם קנה השואל את הגוף לפרותיו, כלומר, קנה את זכויות השימוש, ומכאן שבעיקרון הוא היה צריך להיות רשאי למכור את שארית המושאל כדי להמשיך ולהפיק ממנו את אפשרויות השימוש עד תומם[24]. אולם מאחר שהשואל אינו משלם כל תמורה, ההנחה היא שמוסכם מכללא בין הצדדים, שהשואל מוותר על זכות זו. הדגמות נוספות לצמצום זכותו של השואל לעומת השוכר נראה בהרחבה בדיוננו בסעיפים הבאים.

הלכות שונות מצביעות לכאורה על אופייה הקנייני של השאילה. כך, לדוגמה, מכירת המושאל אינה פוגעת בזכויות השואל. כלומר, הקונה כפוף לזכויות השואל ואינו יכול לדחותו מפניו (מכר אינו דוחה שאילה)[25]. זכותו של השואל פועלת אפוא כלפי כולי עלמא, ולא רק כלפי המשאיל, וזה מן הסממנים המובהקים של זכות קניינית. הלכה אחרת קובעת ששאילת משנה מותרת (ובלבד שאין מניעה לכך מצד דיני השמירה המוטלים על השואל)[26]. עבירותה של השאילה גם היא מצביעה לכאורה על אופי קנייני; וכך אפשר להסיק גם מכך שהשאילה עוברת בירושה[27]. הלכה נוספת, שכדאי להזכיר בהקשר הזה, היא ההלכה שצורך עצמי של המשאיל אינו עילה לסיומה המוקדם של השאילה[28]. אולם נראה שמלבד עניין ירושת השאילה, הגישה החוזית לא תתקשה להסביר הלכות אלה על פי דרכה[29]. המכר אינו דוחה את השאילה, כנראה משום שהמשאיל מתחייב בהסכם השאילה שלא לפגוע בזכות השימוש של השואל, והוא משעבד את המושאל להבטחת קיום התחייבות זו[30], ועל כן זכותו של השואל עדיפה

[22] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ב, בדעת ר' אביגדור כהן צדק; הרמב"ן, חידושים המיוחסים לרשב"א, כתובות נט ע"א, בקונטרס אחרון (מובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 13); מאירי, בית הבחירה, בבא מציעא נו ע"ב, ד"ה המכירה (מובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 21).

[23] ראה לעיל, ליד ציון הערה 16.

[24] ראה דיוננו על סעיף 10, פרק רביעי, ג, עמ' 210.

[25] ראה על כך דיוננו להלן, על סעיף 27, פרק שני, ג, עמ' 566, שם אנו מציינים שבעניין זה לא מצאנו כל הבדל בפוסקים בין שכירות לשאילה. אפשר אפוא לקבוע, שכשם שה"מכר אינו דוחה שכירות", כך ה"מכר אינו דוחה שאילה".

[26] ראה דיוננו על סעיף 30, שם אנו מראים שדין העברת השאילה כדין העברת השכירות.

[27] ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ג. וראה בהרחבה דיוננו לעיל, סעיף 19, פרק שלישי, ג, עמ' 429; ולהלן, סעיף 29, פרק שלישי, ב(1)(א), עמ' 587.

[28] ראה על כך דיוננו להלן, סעיף 29, פרק שלישי, ב(1)(ב), עמ' 590.

[29] השווה בעניין זה, דיוננו על סעיף 1, הערה 67, שם בחנו את השאלה, כיצד תתמודד הגישה הרואה בשכירות זכות חוזית, עם הלכות רבות המצביעות לכאורה על אופייה של השכירות כזכות קניינית. ואפשר כמובן להקיש משם לכאן.

[30] השווה לעיל, ליד ציון הערה 17.

על פני זכותו של הקונה, שכן יש לו שעבוד קודם. את זכותו של השואל להעביר את המושאל לאחר, אפשר לראות כמוסכמת מכללא בינו לבין המשאיל. כמו כן, העובדה שצורך עצמי של המשאיל אינו עילה לסיום מוקדם של השאילה, אינה מוכיחה דבר, מלבד שאין רואים בדבר עילה חוקית להפרת התחייבות[31].

נמצא אפוא, שכמו בשכירות, גם בשאילה, מצאנו שתי גישות עיקריות בהגדרת מהותה של העסקה. למעשה שתי הגישות מגיעות (או עשויות להגיע) לתוצאות זהות ברוב הסוגיות, ועל כן יכול להתקבל הרושם, שלא מדובר כאן אלא בוויכוח אקדמי. אולם בעניין אחד לפחות אפשר להצביע על נפקות מעשית בין הדעות, הלוא הוא עניין "קניין חצר". על פי הגישה הקניינית, השואל קונה נכסי הפקר המגיעים למושאל מכוח קניין חצרו השאולה[32]. לעומת זאת, על פי הגישה החוזית, לחצר המושאלת אין בשום פנים כוח קנייני לשואל[33], שכן אין לשואל אלא תביעה אישית כלפי המשאיל לאפשר לו שימוש בחצר, אבל אין לו כל זכות בגוף החצר.

נוסיף שבשכירות מצאנו גישות ביניים בעניין מהות הזכות, כגון הגישה לפיה זכות השכירות היא זכות משולבת, קניינית וחוזית. לפי גישה זו, בנוסף לזכות הקניינית שרוכש השוכר במושכר, המשכיר מתחייב כלפיו בחיובים אישיים שונים, כדי להבטיח לו הנאה מרבית מן המושכר (כגון החובה לתקן פגמים במושכר והאיסור להפריע לשימוש בו). גישה זו אינה קיימת בשאילה, כנראה משום שאותן התחייבויות של המשכיר קשורות בעובדה שהשוכר משלם תמורת זכותו, מה שאין כן השואל. על פי גישה אחרת, אין לשכירות מהות אחת, אלא היא עשויה להיות קניינית או חוזית בהתאם לאובייקט המושכר. זוהי לדוגמה תפישת הריטב"א[34] והוא מחזיק בתפישה זו כנראה גם ביחס לשאילה: שאילת מקרקעין היא בעלת אופי קנייני ואילו שאילת מיטלטלין היא בעלת אופי חוזי.

פרק שלישי

היקף הזכות – "להחזיק בנכס ולהשתמש"

א. בדיוננו על מהות השכירות הערנו, שאף שהגדרתן של שכירות ושאילה היא, שהן מקנות לשוכר ולשואל לא רק את זכות השימוש בנכס אלא גם את זכות החזקה בו, כלומר, את זכות השליטה בו, הרי שלמעשה זכות השימוש היא הזכות העיקרית. ואכן, בסעיף 31, החוק מחיל על זכות השימוש (בלא זכות החזקה) את כל מערכת הדינים של שכירות ושאילה. עדיפות זו של זכות השימוש באה לידי ביטוי גם בעובדה, שבסעיף 27, החוק מחיל על השאילה את

[31] וראה דיוננו על סעיף 29, ליד ציון הערה 44.

[32] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן רס, ס"ק יג. מובא בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 46. וראה שם, הערה 67 (מס' 3).

[33] ראה: ש"ך, חו"מ, סימן רס, ס"ק יד־טו. וראה דיוננו על סעיף 1, הערה 33. וראה שם, הערה 67 (מס' 3).

[34] ראה: חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, ד"ה הא דרב הונא; שם, בבא מציעא צט ע"א, ד"ה אלא לחזרה.

סעיף 2, היינו שהוא מכיר גם באפשרות של שאילת זכויות, אף שבזכויות לא ניתן לקיים את יסוד החזקה[35].

ב. מהי עמדת המשפט העברי בעניין זכות שימוש בלא זכות החזקה, כלומר בלא זכות כלשהי בגוף המושכר[36]?

כבשכירות כן גם בשאילה, המגדירים את העסקה כעסקה אישית, מצמצמים את היקף הזכות שמעניקה שאילה לזכות שימוש בלבד, שהמשאיל מתחייב לאפשר לשואל. לדעתם, אין לשואל זכויות בגוף המושאל, כנראה אף לא זכות החזקה בו[37].

המגדירים את השאילה כזכות קניינית יתקשו יותר להכיר בתוקפה של שאילה שאין בה אלא זכות שימוש, שכן זכות שימוש גרידא היא דבר שאין בו ממש, והרי כלל ידוע הוא ש"אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש"[38]. עם זאת, ייתכן, כפי שהעלינו בדיוננו על מהות השכירות[39], שהם יכירו בתוקפה של עסקה זו מכוח המנהג או מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא".

ג. זכותו היסודית של השואל היא לעשות שימוש במושאל להשגת מטרת השאילה. היקף זכות השימוש ייקבע בהתחשב במה שנחוץ להשגת אותה מטרה. מחד גיסא, זכות השימוש של השואל עשויה להיות מצומצמת ביותר, כמו בדוגמה המובאת בתלמוד, במי ששאל בהמה להיראות בה. כלומר, שאל את הבהמה רק להופיע עמה, כדי שיחשבו אותו לאדם עשיר. שואל כזה אינו רשאי לעשות כל שימוש אחר במושאל, שאינו לאותה מטרה[40]. אולם מאידך גיסא, זכות השימוש עשויה להיות רחבה ביותר. כך, לדוגמה, אם השגת מטרת השאילה כרוכה, כמו ברוב המקרים, בשימוש במושאל, הרי העובדה ששימוש זה מסכן את שלמות המושאל אינה עילה למנוע מן השואל את השימוש. וכדברי התלמוד[41]: "נימא ליה: 'לאו לאוקמא בכילתא שאילתיה'". כלומר, השואל יכול לומר למשאיל: "לא שאלתי את הנכס כדי להניח אותו מוגן מתחת לכילה"[42]. נמצא, כאמור, שהשואל רשאי לעשות שימוש במושאל, אף על פי שהשימוש

[35] ראה דיוננו על סעיף 2.

[36] השווה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק רביעי, עמ' 28, שם הסברנו שההבחנה בין זכות שימוש לזכות החזקה (שליטה) אינה ברורה לפי המשפט העברי. זו הסיבה שאנו מעדיפים לדון בשאלת החזקה במשמעות של זכות כלשהי בגוף המושכר או המושאל.

[37] וראה דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, עמ' 28. וראה לעיל, הערה 14, שהטעים הריטב"א, שבשאילה אין לשואל זכות בגוף המושאל, ואם המשאיל אינו רשאי לחזור מהסכם השאילה, הרי זה רק מכוח תקנת חכמים.

[38] ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 114.

[39] ראה דיוננו על סעיף 2, פרק שני, א, עמ' 62.

[40] אמנם לדעת רש"י, התלמוד משאיר בצריך עיון את השאלה, אם שואל כזה נושא באחריות אונסין כמו כל שואל, או שמא מאחר שההנאה שלו אינה מהשימוש במושאל עצמו, אין הוא חייב באונסין. ראה: רש"י, בבא מציעא צו ע"א, ד"ה מהו. לפירוש רש"י, השווה: רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק ב, הלכה ט, שמתוך דבריו עולה, שלדעתו שאלת התלמוד אינה אלא לעניין שמירה בבעלים, אך זולת זה ודאי שחלים על מקרה כזה דיני השאילה. וראה: מגיד משנה, שם, שמעיר על חילוקי הדעות שבין הרמב"ם ורש"י בהבנת משמעות הסוגיה. לפסק הלכה בעניין זה, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמו, סעיף י; מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ג; קצות החושן, סימן עב, ס"ק לד; שו"ת יביע אומר, חלק ב, סימן ז, ס"ק ז.

[41] בבא מציעא צו ע"ב.

[42] זו אגב הסיבה לכך, שהשואל פטור מאחריות שמירה כשניזוק המושאל מחמת מלאכה (ובלבד שהייתה זו המלאכה המוסכמת. אם כי ראה להלן, הערה 46). ראה שם בסוגיה.

הזה גורם לפגיעה בו, ובלבד שפגיעה זו היא בלתי נמנעת להשגת מטרת השאילה. וכך מובא בתלמוד[43]: "האי מאן דאמר ליה לחבריה: 'אושלן מרא למירפק ביה... פרדיסי', רפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה ומהדר ליה קתיה [=מי שאומר לחברו: 'השאֵל לי מעדר לעדור בו פרדסים', עודר והולך את כל הפרדסים שיש לו, ומחזיר לו את הקת שלו]"[44].

עד כאן, אין הבדל בעניין היקף זכות השימוש, בין שאילה לשכירות. אולם חשוב להצביע על הבדל משמעותי ביניהם: כזכור[45], השוכר רשאי לשנות מן השימוש המוסכם, כל עוד שינוי זה אינו מגביר את סיכוני הפגיעה במושכר. לא כן השואל. השואל חייב, בכל מצב, להשתמש במושאל לפי המוסכם דווקא, אפילו כשלא הותנה שימוש זה כשימוש ייחודי[46].

פרק רביעי

יסוד הזמן – "שלא לצמיתות"

על פי החוק, השאילה חייבת להיות שלא לצמיתות, כלומר מוגבלת בזמן. נראה, שכשם שהשכירות לצמיתות מוגדרת כמכר[47], כך תוגדר השאילה לצמיתות כמתנה.

בדיוננו על השכירות[48] ראינו, שבמשפט העברי עובדת היות השכירות מוגבלת בזמן אינה מעיקרי השכירות. אין מניעה מושגית שתהיה השכירות לצמיתות, ובלבד שהמשכיר אינו מקנה לשוכר את גוף הנכס אלא לעניין השימוש בו. כלומר, הוא שומר לעצמו זכויות בנכס[49]. והוא

[43] בבא מציעא קג ע"א.

[44] וראה: שו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז (מס"ק א עד ס"ק ה). הרב עובדיה יוסף דן בהרחבה באופן השימוש המותר בספרים שאולים. מקור הדיון בסוגיה זו הוא הברייתא המובאת במסכת בבא מציעא כט ע"ב: "תנו רבנן: השואל ספר תורה מחבירו... וקורא בו, ובלבד שלא ילמד בו בתחלה". ממקור זה עולה לכאורה שזכויות השימוש בספר שאול מצומצמות, שכן השואל אינו רשאי ללמוד מתוכו חומר שהוא מעיין בו בפעם הראשונה, אלא הוא רשאי רק לחזור על חומר שכבר למד אותו בעבר. לאחר הבאת דעות הראשונים והפוסקים בשאלה זו, כיד בקיאותו הטובה עליו, הרב עובדיה יוסף מגיע למסקנה, שהלכת הברייתא אינה אמורה אלא ביחס לספרים שהלימוד בהם אינו מצריך עיון. לעומת זאת, בספרי תלמוד ופוסקים, שהלימוד בהם דורש עיון ושקידה גם למי שכבר מכיר את החומר הנלמד, אין לאסור לימוד בעיון ומתוך משמוש הספר, אף על פי שכתוצאה מכך מתבלה הספר. הנימוק לכך הוא, שברור שמטרת השאילה הייתה לימוד מסוג זה, ואם כן ודאי שעל דעת כן הושאל הספר, "דאטו לאוקמי בכילתא שאלם?!".

[45] ראה דיוננו לעיל, סעיף 16, פרק שלישי, ג, עמ' 367.

[46] ראה על כך, דיוננו להלן, סעיף 27, פרק שלישי, ב, עמ' 568. אמנם נראה משם, שלפי הסמ"ע השואל רשאי לשנות מן השימוש המוסכם, אבל שלא כמו השוכר, השואל עושה כן על אחריותו. כלומר, אם התקלקל המושאל תוך כדי השימוש השונה, הוא נושא באחריות ואינו יכול להעלות את הטיעון ש"מתה מחמת מלאכה" (ובלבד שאפשר לייחס את הנזק לאותו שינוי. ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שמ, ס"ק ד. והשווה: נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק יג, שחולק עליו בעניין זה). מה שאין כן השוכר ששינה מן השימוש המוסכם.

[47] ראה על כך דיוננו על סעיף 1, הערה 125.

[48] ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק חמישי, עמ' 32.

[49] ראה גם דיוננו לעיל, סעיף 2, הערה 20.

הדין בשאילה. ושם הדבר עולה בבירור מפירושו של הרי"ף[50] בסוגיית שאילת כלי "בטובו"[51]. התלמוד מביא בשם רב נחמן את ההלכה הבאה: "שואל אדם בטובו לעולם", ובלבד שנעשתה העסקה במעשה קניין (קניין סודר)[52]. הראשונים התלבטו רבות בפירוש סוגיה סתומה זו, כשהשאלה המרכזית שעמדה לנגד עיניהם הייתה מה פירוש הביטוי "בטובו"? ומיהו או מהו הנושא של ביטוי זה? לדעת הרי"ף, "בטובו" הכוונה לטוב לבו של המשאיל. וכך מנוסח פירושו של הרי"ף על ידי הרמב"ם[53]: "השואל מחבירו כלי להשתמש בו, ואמר לו: 'השאילני דבר פלוני בטובתך', כלומר שאין אתה משאיל לי דבר זה כדרך כל המשאילין אלא כפי טובת לבך ונדיבותך[54], שאין אתה מקפיד על הזמן אם ארך, אם קנו מיד המשאיל על זה, הרי השואל משתמש בו לעולם, עד שיבטל הכלי מלעשות מלאכתו, ויחזיר לו שבריו או שיריו". לפי פירוש זה, מדובר אכן בשאילה לצמיתות. העובדה שאין מדובר במתנה, אלא בשאילה בלא הגבלת זמן, שבה המשאיל שומר על זכות הבעלות בגוף הכלי, באה לידי ביטוי בכך, שמשיצא הכלי מכלל שימוש, חוזרים שברי הכלי לרשות המשאיל[55]. עסקה כזו, בלא קניין, לא הייתה מתפרשת כשאילה לזמן בלתי מוגבל, אלא כשאילה שאינה קצובה, שבה הדין מאפשר למשאיל לדרוש בכל עת את סיום השאילה, ובלבד שהוא מוסר לשואל הודעת מוקדמת על כך[56]. הסיבה לפירוש השאילה כשאילה לצמיתות כאן, אף שלא הוסכם במפורש

[50] ראה: רי"ף, בבא מציעא, פרק שמיני (ס ע"א בדפי הרי"ף). את הפירוש הוא מביא בשם גאון.

[51] בבא מציעא קג ע"א.

[52] ראה, שם: "אמר רב מרי ברה דבת שמואל: 'והוא דקני מיניה'".

[53] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ח. כפירוש הזה נפסקה ההלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ו. והשווה הגהת הרמ"א, שם, שהביא את פירושו של רש"י בשם "יש אומרים". לפירוש רש"י וליחס בין שני הפירושים מבחינת פסיקת ההלכה, ראה להלן, הערה 59. לנוסח ההלכה ברמב"ם, שם, ראה מה שהעיר ש' אטינגר, "גדרו של שואל", שנתון המשפט העברי, כרך יג (תשמ"ז) 23, בעמ' 30, הערה 33 (מכאן ואילך: אטינגר).

[54] ראה: בית יוסף, חו"מ, סימן שמא, ס"ק ט; וכן דרישה, שם, ס"ק ט — שלדעת הרמב"ם אין הדברים אמורים אלא באדם שידוע כטוב לב. וראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שמא, ס"ק טו, שהוסיף שכן היא כנראה גם דעת הרי"ף.

[55] ראה שם בסוגיה: "אמר רב מרי בריה דרב אשי: 'ומהדר ליה קתיה'". לדעת הרמב"ם, שם, אף שהמושאל עומד לתיקון, השואל אינו רשאי לתקן את המושאל ולהמשיך להשתמש בו, אלא משיצא מכלל שימוש, תמה השאילה, והכלי הפגום חוזר למשאיל, "ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת" (זו גם דעת "נימוקי יוסף" בדעת הרי"ף. ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (ס ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ומהדר ליה קתיה). לפי זה, אולי אין מקום להוכיח מכאן שהתלמוד מכיר באפשרות של שאילה לצמיתות, משום שאפשר לראות שאילת כלי "בטובו" כשאילה קצובה שמועד סיומה הוא יציאת הכלי מכלל שימוש. אולם לא כן היא דעת הר"ן (ראה: נימוקי יוסף, שם). לדעתו, כל עוד ניתן לתקן את המושאל, השואל (בטובו) רשאי לתקנו ולהמשיך להשתמש בו. נמצא שלפי גישתו, שאילת כלי בטובו, שדן בה התלמוד, היא ודאי דוגמה לשאילת כלי לצמיתות (על מחלוקת זו בין הר"ן לשאר הראשונים העיר גם מגיד משנה, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ח). וראה להלן, ליד ציון הערה 58, שהרמב"ם ו"נימוקי יוסף", אף שאולי לא פירשו כך את הסוגיה התלמודית, מכירים בוודאי באפשרות של שאילה לצמיתות, אם הוסכם עליה בפירוש בין הצדדים.

ביטוי נוסף להיותו שואל ולא מקבל מתנה הוא, שהוא נושא באחריות לאונס כמו כל שואל. אמנם מאחר שזכותו להשתמש במושאל עד שלא יישאר ממנו אלא בית היד שלו, הוא לא יפצה את המשאיל אלא על בית היד ולא יותר. כמו כן, חל עליו הכלל "אין השואל רשאי להשאיל". ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שמא, ס"ק יח; ב"ח, חו"מ, סימן שמא, ס"ק ט.

[56] ראה על כך, דיוננו להלן, סעיף 29, פרק רביעי, ב, עמ' 593.

על שאילה לצמיתות, היא משום שהצדדים חיזקו את העסקה במעשה קניין (קניין סודר)[57]. אולם מתוך הדברים עולה, שאם היה הסכם מפורש לשאילה לצמיתות, לא הייתה שום מניעה להכיר בתוקפו גם בלא חיזוקו על ידי קניין סודר[58]. אמנם הוצעו גם פירושים אחרים לסוגיה, אולם השיקולים שהביאו לאותם פירושים אינם אלא שיקולים פרשניים, ואין בהם כדי ללמד התנגדות לאפשרות של שאילה לצמיתות[59].

כבשכירות כן גם בשאילה, יש להבחין בעניינים שונים בין שאילה קצובה לשאילה שאינה

[57] ראה: נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק י.

[58] כך עולה מדברי נתיבות המשפט, שם, וכך עולה כבר משאלת "נימוקי יוסף" על פירוש רש"י בסוגיה. ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (ס ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה והוא דקנו מיניה.

[59] אמנם ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה אר"נ (הפירוש השני שמביא בשם רבו), שממנו עולה לכאורה שבסתם (בלא מעשה קניין) שאילה לצמיתות היא כמתנה. עם זאת, גם לפי שיטה זו, שאילה לצמיתות היא דבר אפשרי, ובלבד שהעסקה נקשרת בקניין סודר. מעניין לציין, שלפי גישה זו, התוצאות המשפטיות של מעשה הקניין הפוכות מאלה שלפי הגישה שתיארנו בפנים. לפי הגישה שתיארנו בפנים, מעשה הקניין מחזק את זכותו של השואל, שהעסקה שעשה מתפרשת כשאילה לצמיתות ולא כשאילה לזמן שאינו קצוב. לעומת זאת, לפי גישת הריטב"א, מעשה הקניין מחליש את הזכות, שאין רואים בה מתנה אלא שאילה בלבד, ומשמעות הדבר, "שמתחייב באונסין כשואל בעלמא". ועוד צריך עיון.
נביא כאן את פירושו של רש"י לסוגיה, מאחר שפירושו הובא להלכה על ידי הרמ"א בשם "יש אומרים". ראה לעיל, הערה 53. לפי רש"י (בבא מציעא קג ע"א, ד"ה שואל אדם בטובו לעולם), הנושא של "טובו" אינו המשאיל (כפי שפירש הרי"ף) אלא הכלי. כלומר, שהשואל מבקש לשאול את הכלי כל עוד שהכלי טוב וראוי לשימוש (בדרכו של רש"י הולך הרא"ש. ראה: פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק שמיני, סימן לג). לדעת נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק יב, כוונת הלכת רב נחמן לפי דרכו של רש"י היא, שכל אימת שהשואל אינו זקוק למושאל הוא חייב להחזירו למשאיל, וזה מצדו מתחייב (בקניין סודר), שברגע שהשואל יהיה זקוק שוב לכלי, הוא יחזור ויעמידו לרשותו. נמצא אפוא, שרב נחמן אינו עוסק בשאילה לצמיתות, אלא בהתחייבות להשאיל כלי כל אימת שהשואל יהיה זקוק לו, וכל עוד הכלי יהיה ראוי לשימוש (נמצא שאין כאן שאילה אחת שנמשכת בלא הגבלה, אלא שאילות חוזרות ונשנות. והשווה: פרישה, חו"מ, סימן שמא, ס"ק ט, שנראה מדבריו שלא הבין כך את גישת רש"י והרא"ש). נוסיף, שלפי רש"י, מרגע שהמושאל יוצא מכלל שימוש, השואל חייב להחזירו למשאיל, ואין לו זכות לתקן את המושאל ולהמשיך בו את השימוש. ראה: רש"י, ד"ה ומהדר ליה קתיה (בנקודה זו דעתו כדעת הרמב"ם. ראה לעיל, הערה 55). כאמור, גישת רש"י בהבנת הסוגיה הובאה להלכה על ידי הרמ"א בשם "יש אומרים", חו"מ, סימן שמא, סעיף ו. על היחס בין פירוש רש"י לפירוש הרי"ף והרמב"ם מבחינת פסיקת ההלכה, ראה: סמ"ע, שם, ס"ק טו וס"ק יח (לדעתו, שני הפירושים אינם דוחים זה את זה, אלא משלימים זה את זה — "מר אמר חדא ומר אמר חדא"). והשווה: נתיבות המשפט, שם, ס"ק י (לדעתו יש מחלוקת להלכה בין שני הפירושים: לדעת רש"י, ספק אם שאילת כלי בטובתו של המשאיל מתפרשת כשאילת הכלי "לעולם", ואם כן "המוציא מחברו עליו הראיה"; ואילו לדעת הרי"ף, כך מסביר "נימוקי יוסף", הלכת רש"י נכונה גם בלא מעשה קניין).
גישה מקורית בפירוש הסוגיה מיוסדת על פרשנות אחרת לביטוי "בטובו" ולביטוי "לעולם". ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה אר"נ (הפירוש השלישי). על פי גישה זו "בטובו" פירושו שהמשאיל מסכים לשאילה מחמת טובה שהוא מחזיק לשואל ("שאם שאל אדם כלי מחברו מפני שמחזיק לו טובה קודם לכן, ואמר: 'השאילני כלי שעשיתי עמך טובה'"). הביטוי "לעולם" אינו מציין את משך השאילה, אלא משמעו ש"לעולם", גם כאשר הנסיבות מצביעות על קשר בין הטובה שעשה השאול ובין הסכמת המשאיל להשאיל (כגון שהטובה שעשה הייתה שקולה כנגד ערך השאילה ואף נעשתה בסמוך לה), גם אז, אם נעשתה העסקה בקניין סודר, דינה כדין שאילה ולא כדין שכירות. מדבריו עולה שאם לא היה קניין סודר, אכן דין העסקה כדין שכירות, אף שנקשרה בלשון "השאילני". וראה להלן, ליד ציון הערה 77.
לפירוש אחר המיוסד גם הוא על פרשנות אחרת לביטויים "בטובו" ו"לעולם", ראה פירושו של הר"ח, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה וזה לשון רבנו חננאל (מובא גם בערוך, ערך שאל.

קצובה. נציין גם, שכמו שראינו בשכירות, כן גם בשאילה יש הטוענים להבדל מהותי באופיים המשפטי של שני אופני השאילה האלה[60]. על תקופת השאילה נרחיב בדיוננו על סעיף 29.

פרק חמישי

העדר תמורה – "שלא בתמורה"

א. אף שבמהותה המשפטית השאילה אינה שונה מן השכירות, הרי העובדה שהשואל אינו משלם תמורת זכות השימוש בנכס גורמת לצמצום זכויותיו של השואל מאלו של השוכר. בנקודה זו, החוק הולך בעיקרון בעקבות המשפט העברי, אף כי המשפט העברי מצמצם את זכויותיו של השואל פחות מן החוק.

ואלה העניינים שהמשפט העברי מצמצם בהם את זכויות השואל לעומת זכויות השוכר: כפי שכבר הזכרנו לעיל, השימוש המוסכם הוא בדווקא, ואין השואל רשאי לחרוג ממנו[61]; אין מוטלת חובת תיקון על המשאיל[62]; מניחים שהמשאיל לא לקח על עצמו איסורי הפרעה מחמירים[63]; המשאיל אינו חייב לספק לשואל מושאל באיכות בינונית דווקא, אלא די בקיום באיכות מינימלית[64]; הושאל מושאל בלתי מסוים, ויצא מכלל שימוש, המשאיל אינו חייב להעמיד במקומו מושאל חלופי[65] (ויש אומרים[66], שבתום השאילה מוטלת על השואל החובה להחזיר את המושאל לידי המשאיל, מה שאין כן בשכירות. אולם יש חולקים על זה). בכל אלה, הסיבה לצמצום זכויות השואל לעומת השוכר הוא, משום שהשואל אינו משלם כל תמורה (וראה עוד להלן). לעומת זאת, לעניין היקף איסור השאלת משנה ולעניין סיום מוקדם של השאילה בגין צורך עצמי, המשפט העברי אינו מבחין בין השאילה לשכירות, ועל שניהם הוא מחיל את אותם הכללים[67]. בזה הוא מחמיר פחות עם השואל מן החוק.

ב. לרנר[68] דן בשאלה כיצד תוגדר עסקה שיש בה פער בין התמורה שמשולמת תמורת השימוש ובין ערכו הריאלי של השימוש. האם די בתמורה כלשהי כדי להגדיר את העסקה

וראה גם: מרדכי, בבא מציעא, פרק השואל, סימן שפח. וראה מה שהעיר בדרכי משה, חו"מ, סימן שמא, ס"ק א).

הצעה חדשה לפירוש הסוגיה העלה ש' אטינגר (לעיל, הערה 53), ואין כאן מקום לדון בה לגופה.

כאמור, לא הוזכרו להלכה אלא פירושיהם של הרי"ף ושל רש"י.

ל"שאילה בטובו" במקרקעין, ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה כתב הרמ"ך.

[60] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 142.

[61] ראה להלן, דיוננו על סעיף 27, פרק שלישי, ב, עמ' 568. וראה לעיל, הערה 46.

[62] ראה להלן, דיוננו על סעיף 27, פרק שלישי, א, עמ' 567.

[63] ראה להלן, דיוננו על סעיף 27, פרק שני, ב, עמ' 565.

[64] ראה להלן, דיוננו על סעיף 28, פרק שני, עמ' 574.

[65] ראה להלן, פרק שישי, ב, עמ' 558.

[66] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 20, הערה 15.

[67] ראה להלן, דיוננו על סעיף 30 ועל סעיף 29.

[68] לרנר, סעיפים 36-37.

כולה כשכירות?[69] לדעתו, אין תשובה חד־משמעית לשאלה זו, והיא תלויה באומדן דעת הצדדים, העולה מתוך הנסיבות המיוחדות של כל מקרה.

כלל שגור בפי הפוסקים בעניין גדרו של שואל הוא, שהשואל — "כל הנאה שלו"[70]. נשאלת אפוא השאלה, האם באותן נסיבות שבהן גם המשאיל נהנה מן השאילה, עדיין תוגדר העסקה כשאילה? אמנם אותה הנאה שנגרמת למשאיל, שהשאילה חוסכת ממנו את הוצאות הטיפול במושאל, אינה גורעת מהגדרת השואל כ"שואל", וזאת אף שלא כל ההנאה של השואל אלא רוב ההנאה בלבד[71]. אולם יש נסיבות אחרות שבהן הדבר אינו חד־משמעי. כך, לדוגמה, יש בין האחרונים מי[72] שהעלה ספק במקרה הבא: אדם קנה יין, והתנה את העסקה בכך, שהמוכר ישאיל לו כדים להעביר בהם את היין לרשותו. שאילת הכדים בכגון זה אינה רק אינטרס של השואל אלא גם של המשאיל, שהרי בלעדיה העסקה לא הייתה יוצאת אל הפועל. אמנם, לדעת פוסקים אחרים[73], ברור שגם מקרה זה מוגדר כשאילה.

לדעת "קצות החושן"[74], "כללא דשואל, שיהיה כל הנאה שלו. והיכא דהבעלים נהנין גם כן, הוי ליה דין שוכר". והוא מוסיף, שאפילו המשאיל מקבל מהשואל דבר שאינו שווה פרוטה, די בזה כדי שמעמדו של השואל יהיה כשל שוכר. לכאורה, לאור מה שראינו לעיל, שגם אם רק רוב ההנאה של השואל חלים עליו עדיין דיני שאילה, קשה להלום את דברי "קצות החושן"[75].

[69] אמנם לדעת לרנר, בעסקאות מעורבות, עדיפה "תורת הצירוף", ה"מבקשת להחיל על עסקה מעורבת שתי מערכות דינים, בהתאם לחלק היחסי של כל עסקה", משום שהיא הולמת יותר את רצון הצדדים. אולם הוא מסביר: "בסוגיה שלנו קשה ליישם גישה זאת היות והנפקויות השונות בין השכירות והשאילה נוגעות לנכס בכללו ואינן ניתנות בדרך כלל לחלוקה. אצלנו עדיפה אפוא תורת ההטמעה ההולכת אחר הגורם הדומיננטי בעיסקה".

[70] מקור הביטוי בתלמוד, בבא מציעא צד ע"ב. אולם ראה תוספות, שם, ד"ה דקיימא באגם, ממנו עולה בבירור ש"כל הנאה שלו" אינו תנאי בהגדרת השאילה, שכן ביטוי זה לא נאמר כעיקרון המגדיר את השאילה, אלא הוא עלה במסגרת המשא ומתן התלמודי, שם. וראה להלן.

[71] וראה שם, ששאל התלמוד בעניין שאילת בהמה: "והשואל כל הנאה שלו? והא בעיא מזוני [=והלא היא צריכה מזונות]!", ועל כך ענה התלמוד: "ואיבעית אימא, לא תימא: כל ההנאה שלו; אלא אימא: רוב ההנאה שלו". לדברינו כאן, השווה: ש' אטינגר (לעיל, הערה 53).

[72] ראה: שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן מז.

[73] ראה: פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק י, הערה ז, שהביא פוסקים שברור להם, שבכגון זה חלים דיני שאילה. וכעין זה, ראה: דברי גאונים, כלל צו, סימן כ, בעניין אדם שלא רצה להשכיר את סוסו לחברו. לבסוף, כשלא עמד עוד בהפצרותיו, אמר לו: "קח הסוס ותקן לו הברזלים, ואיני רוצה בשכירות". לרוע המזל, מת הסוס תחת ידו של המבקש. השאלה הייתה כמובן, האם מעמדו של המבקש כשואל שחייב באונסין? או שמא מעמדו כשוכר שפטור באונסין? הוא מביא שם, שבשאלה זו דן בספר זכור לאברהם (אלקלעי), חלק ב, חו"מ, ערך שכירות, ד"ה והשבתי (פד ע"ב), שקבע שהמבקש פטור, כלומר, שראה בו שוכר, כנראה משום שתיקון הברזלים נחשב לתמורה לשימוש. "דברי גאונים" מעיר: "וצריך עיון בתשובתו הנ"ל".

[74] קצות החושן, סימן שמ, ס"ק ה. וראה: קצות החושן, סימן עב, ס"ק לד, משם נראה ששיטתו מבוססת על תשובת הר"ן, סימן יט, בעניין שאילת ספר. ראה להלן.

[75] וראה: מנחת פתים, חו"מ, סימן שמ, סעיף ד, מדבריו עולה שיש להבחין בין הנאה הבאה למשאיל ממילא, כתוצר לוואי של השאילה ובין תשלום, ולו תשלום מועט, תמורת השימוש, "דבנותן שכר, אין הבדל בין רב למעט" (וראה שם, שחולק על פסקו של "קצות החושן" בעניין תשלום פחות משווה פרוטה). אולם אי־אפשר לומר ששיטת "קצות החושן" מבוססת על הבחנה זו, שהרי בסימן עב, ס"ק לד, מביא "קצות החושן" את תשובת הר"ן, סימן יט, ולפיה השואל ספר ללמוד בו אין דינו כשואל, משום שהשאלת ספר

עניין נוסף הראוי לדיון הוא, כשהמשאיל מקבל תמורה לא מן השואל אלא מצד שלישי, כגון שראובן אומר לשמעון: "השאֵל ללוי, ואני אתן לך תמורה". הרשב"א[76] קובע בעניין זה, שאף שהמשאיל נהנה מן השאילה, הרי מאחר שהנאה זו לא באה מן השואל עצמו, עדיין העסקה בגדר שאילה.

אפשר היה להוסיף ולדון בגדרי התמורה והעדר התמורה, אולם מסברה נראה לומר שבנושא זה יש להבחין בין שאלת האחריות המוטלת על השואל כשומר (האם חייב הוא באונסין, אם לאו), ובין שאלת היקף זכויות השימוש הקנויות לו בגין העסקה. כך לדוגמה, כאשר "קצות החושן" קובע ששואל המשלם פחות משווה פרוטה דינו כשוכר, אין הוא אומר את הדברים אלא לעניין אחריות השמירה המוטלת עליו. כלומר, לעניין אחריות שמירה מעמדו כשוכר ולא כשואל, ועל כן הוא פטור באונסין, אך ודאי אין הוא מתכוון לומר, שבכגון זה, השואל זכאי לכל הזכויות שזכאי להן השוכר. כך, לדוגמה, ודאי שאם אירע פגם במושאל, המשאיל אינו חייב לתקנו, וכמו כן לא יחולו על המשאיל כללי אי־התאמה המחמירים החלים על משכיר, וכן הלאה. בכל הקשור לזכויות השימוש נראה, שאין לקבוע כללים נוקשים. כפי שהציע לרנר בקשר לחוק, כך גם לפי המשפט העברי, יהיה צורך לבחון כל עסקה לגופה כדי לעמוד על כוונת הצדדים: האם התכוונו לשכירות במחיר נמוך? או שמא, למרות התמורה ששולמה, התכוונו הצדדים להחיל על העסקה את כללי השאילה? וצריך עיון.

דעה מעניינת במיוחד בהקשר זה היא דעתו של הריטב"א[77]. הוא קובע, שאם אדם משאיל לחברו נכס משום שהוא מכיר לו תודה על טובה שעשה לו בעבר, הרי אין כאן שאילה אלא שכירות, משום שרואים בזה כאילו שולמה התמורה מראש. לדעתו, בכגון זה, יחולו על העסקה כל הדינים החלים על שכירות רגילה, כולל לדוגמה, זכותו של השוכר למכור את שארית

היא מצווה, ועל כן גם המשאיל נהנה מן השאילה, שכן בתקופת השאילה הוא פטור ממצוות צדקה (על פי הכלל: "העוסק במצווה, פטור מן המצווה". הנאה זו ידועה בספרות התלמודית כ"פרוטה דרב יוסף", ראה: בבא קמא נו ע"ב. וראה מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 22, ושם, הערה 9. על מידת ההצדקה בשימוש ב"פרוטה דרב יוסף" בהקשר זה, ראה: מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ג; נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יז; שו"ת יביע אומר, חלק ב, חו"מ, סימן ז, ס"ק ו). מכאן עולה, שאף שהנאת המשאיל היא הנאת לוואי ולא תשלום, בכל זאת די בזה להפוך את השואל לשוכר. וראה: אור שמח, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה א, בהסברו לשיטת הר"ן. הוא מסביר שההוצאות שמוציא השואל בתור ה"בעלים הזמני" של המושאל אין לראותן כהנאה של המשאיל. מה שאין כן הנאות אחרות, כגון "פרוטה דרב יוסף". בעניין זה, ראה עוד: פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק י, הערה ח.

[76] ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפט. והשווה: דברי משפט, סימן עב, סעיף ג, שמסתמך על תשובת הר"ן בעניין שאילת ספר תורה (מובא בהערה הקודמת) להוכיח שהנאה הבאה למשאיל על ידי צד שלישי די בה להפקיע את דיני השאילה (כך הוכיח גם מנחת חינוך, מצוה נט, ד"ה והנה). אולם השווה: אמרי בינה, חו"מ, דיני הלואה, סימן עד, שהעיר שהרשב"א חולק על הר"ן בעניין זה. הוא גם מפנה למחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ג, שהוכיח משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שלב, שגם בעניין שאילת ספר, הרשב"א חולק על הר"ן. לעניין דינו של שואל ספר, ראה ביתר הרחבה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 1(ד), פרק ד, 2, עמ' 150־151.

[77] ראה: חידושי הריטב"א, בבא מציעא קג ע"א, ד"ה אר"נ (הפירוש השלישי). הוזכר לעיל, הערה 59, כשעסקנו בסוגיית "שואל אדם בטובו לעולם". רעיון דומה ראה בחסדי דוד, בבא מציעא, פרק ח, הלכה י, ד"ה והנה נסתפקתי.

המושכר כשזה יצא מכלל שימוש (שכפי שראינו לעיל, אינה עומדת לשואל). אולם הריטב"א מוסיף, שהוא אינו אומר את הדברים אלא להלכה ולא למעשה.

פרק שישי

הנכס המושאל – "בנכס"

א. כללי

תנאי לתחולת דיני השאילה הוא, שהנכס הניתן בהשאלה יהיה נכס שחוזר בעין לרשות המשאיל בתום השימוש בו. על נכס שהשימוש בו הוא כילויו, לא חלים דיני השאילה. וזה לשון הר"ן[78]: "וכל שאינו חוזר בעין, לא שייך ביה שאלה, אלא לשון הלוואה"[79].

מלבד זאת, כל נכס יכול להיות נושא לשאילה, בין נכס מיטלטלין ובין נכס מקרקעין. מתוך היקש למה שראינו בדיוננו על סעיף 2, נראה לומר, שאפשר לשאול גם זכויות משפטיות (כגון זיכיון וכדומה).

ב. אופייה המשפטי של שאילת נכס בלתי מסוים

בדיוננו על השכירות[80] ראינו, שלפי המשפט העברי, קיימת הבחנה בין שכירות שבה המושכר מסוים ומזוהה ("מושכר זה") ובין שכירות שבה המושכר אינו מסוים ומזוהה ("מושכר" סתם). על פי הבחנה זו, אם סיכמו הצדדים על שכירות מושכר בלתי מסוים, ויצא המושכר מכלל שימוש בתקופת השכירות, המשכיר חייב להעמיד לרשות השוכר מושכר חלופי (ובלבד שאינו יכול לטעון כנגדו "מזלך גרם"). לעומת זאת, אם הסכימו הצדדים על שכירות מושכר מסוים, המשכיר אינו חייב להעמיד מושכר אחר במקום המושכר שניזוק.

ההבחנה בין "זה" ו"סתם" קיימת גם בשאילה, אם כי, שלא כמו בשכירות, ההבחנה אינה לעניין חובת המשאיל להעמיד מושאל חלופי במקום המושאל שנהרס, אלא לעניין זכותו של השואל לתקן את המושאל שנהרס. וכך אומר הרמב"ם[81]: "האומר לחבירו: 'השאילני שוקת זו של מים', ונהרסה. אינו יכול לבנותה. וכן כל כיוצא בזה. אמר לו: 'השאילני שוקת' סתם. והשאילו שוקת, ונהרסה. יש לו לבנותה". יש להניח שהבדל זה בין פרשנות הסכם השכירות לעומת פרשנות הסכם השאילה, יסודו גם הוא בעובדה שהשואל אינו משלם תמורת זכות השימוש. מאחר שהשואל מקבל את זכות השימוש חינם, הרי שהסכמתו של המשאיל להשאיל לו מושאל סתם צריכה להתפרש על דרך הצמצום. אשר על כן, בניגוד לשכירות, אין רואים בה התחייבות להעמיד מושאל חלופי, אלא רק הסכמה לתנאי שהרס המושאל לא יביא בהכרח את השאילה לסיומה, והשואל רשאי לתקן את המושאל ולהמשיך להשתמש בו[82].

[78] ראה: ר"ן, שבת, פרק שלושה ועשרים (סג ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ושמעינן.

[79] בהתאם לכך ראה שם, כיצד הסביר את המשנה בשבת כג, א: "שואל אדם מחבירו כדי יין וכדי שמן..." (כשהכוונה שהוא "שואל" את הכדים כדי לצרוך את מה שיש בהם). וראה לרנר, סעיף 47, וסעיף 59.

[80] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, פרק שישי, ב, עמ' 35.

[81] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ט.

[82] כך הסביר נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק טו (וכבר רמז לזה, שם, ס"ק יב (בסופו)).

פרק שביעי

סיכום

א. מהותה של השאילה. אפשר להצביע בעניין זה על שתי גישות עיקריות:

1. קניין: לפי גישה זו, השואל רוכש זכות קניינית במושאל לזמן מוגבל לשימוש ולהחזקה בו, כמו שאומר הרמב"ם: "והשואל — קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב, ולא נתן כלום". נראה שגישה זו היא המקובלת על רוב הראשונים.

2. חוזה: לפי גישה זו, אין בשאילה יסוד קנייני, ויחסי השואל והמשאיל נגזרים מן ההתחייבויות ההדדיות שנטלו על עצמם על פי המוסכם ביניהם (במפורש או במשתמע). כבשכירות כן גם בשאילה, אין זו הגישה המקובלת על רוב הראשונים, ומצאנוה בעיקר אצל האחרונים.

למעשה שתי הגישות מגיעות (או עשויות להגיע) לתוצאות זהות ברוב העניינים הקשורים לזכויות ולחובות השואל והמשאיל, אף כי בדרכים שונות. אולם בעניין אחד לפחות אפשר להצביע על נפקות מעשית בין הגישות, בעניין "קניין חצר": לפי בעלי הגישה הקניינית, השואל הוא הזוכה בנכסי הפקר המגיעים לתוך המושאל בתוך תקופת השאילה, לעומת זאת לפי בעלי הגישה החוזית, גם בתקופת השאילה, המשאיל הוא הזוכה בנכסי הפקר המגיעים לתוך המושאל, ולא השואל.

ב. "והשואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב, ולא נתן כלום"[83]. מהגדרה זו של הרמב"ם עולים שלושת היסודות העיקריים של השאילה: זכויות השוכר במושכר; זמן השכירות; העדר תשלום. להלן נצביע על היבטים אחדים של יסודות אלה שחלקם נוגעים להגדרת מהותה של השאילה כזכות חוזית או כזכות קניינית:

1. היקף זכויות השואל. זכותו העיקרית של השואל היא זכות השימוש במושאל, אולם כמו בשכירות, זכות זו אינה חייבת להיות מוקנית לו באופן בעלדי, והוא עשוי להיות שותף בה עם אחר. האם זכות השימוש חייבת להיות קשורה בזכות בגוף המושכר ("קניין הגוף לפרותיו")? או שמא השכירות יכולה להיות גם של זכות שימוש גרידא (אף ששימוש גרידא הוא "דבר שאין בו ממש", וכלל ידוע הוא ש"אין אדם מקנה... אלא דבר שיש בו ממש")? נראה שכבשכירות כן גם בשאילה עניין זה שנוי במחלוקת בין בעלי הגישה הקניינית ובין בעלי הגישה החוזית. בעלי הגישה החוזית אינם רואים מניעה להכיר בתוקפה של העסקה, שכן התחייבות תקפה גם כאשר נושא ההתחייבות הוא דבר שאין בו ממש, ואילו בעלי הגישה הקניינית מתקשים בכך, שכן אי־אפשר להקנות אלא דבר שיש בו ממש. אולם למעשה גם בעלי הגישה הקניינית מכירים בתוקפה של עסקה זו מכוח המנהג או מכוח "דינא דמלכותא".

2. זמן השאילה. אין מניעה עקרונית שתהיה השאילה בלתי מוגבלת בזמן ואפילו לצמיתות, ובלבד שהמשאיל אינו מקנה לשואל את גוף הנכס אלא לעניין השימוש בו. אורך תקופת השאילה (קצרה או ארוכה) אינו משנה ממהותה. ואולם יש מי שאומר ששאילה שהצדדים הסכימו שתהיה מוגבלת בזמן, אבל לא קבעו מראש את מועד סיומה, אינה בעלת אופי קנייני.

3. העדר תמורה. יסוד זה הוא העומד מאחורי ההבדלים בין דיני שכירות לדיני שאילה.

[83] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה.

על כך דיברנו בקיצור לעיל, ועוד נרחיב על כך להלן בדיון על סעיפי השאילה לגופם. מה דינה של שאילה שבה המשאיל מקבל תמורה קטנה? האם דינה כשאילה או כשכירות? השאלה אינה פשוטה: לעניין אחריות שמירה נראה שדי בתמורה קטנה כדי לשחרר את השואל מן האחריות הכבדה המוטלת עליו בדרך כלל. לעומת זאת, לעניין זכויות השימוש ויתר החובות והזכויות שבין הצדדים, נראה שהדבר תלוי באומד דעתם.

ג. שאילת נכס בלתי מסוים. כבשכירות גם בשאילה, המשפט העברי מבחין בין שני סוגי הסכמים: הסכם שאילה שבו הנכס המושאל מסוים ומזוהה, כגון "בית זה אני משאיל לך", והסכם שאילה שבו הנכס המושאל אינו מסוים ואינו מזוהה, כגון "בית אני משאיל לך". אולם שלא כבשכירות, ההבחנה אינה לעניין חובת המשאיל להעמיד מושאל חלופי במקום המושאל שנהרס, אלא לעניין זכותו של השואל לתקן את המושאל שנהרס, ותו לא.

ד. נוסיף כאן, שהדברים שראינו בנספח לדיוננו על סעיף 1, בעניין דרכי קניין השכירות, חלים גם על דרכי קניין שאילה, בשינויים המחויבים[84].

ה. מדברינו עולה, שהגדרת השאילה בסעיף 26, נוסחה באופן המתאים להגדרתה על פי המשפט העברי.

[84] אם כי ראה שם, הערה 226, שיש המבקשים להבחין בין שאילה לשכירות לעניין קניין חליפין. וראה גם בעניין זה, לעיל, הערה 20.

סעיף 27

תחולת סעיפים

תחולת סעיפים

27. הוראות סעיפים 2 עד 5, 11, 12, 17, 18, 20, 21 ו־25 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על שאילה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 563

פרק שני: תחולת סעיפים 564

א. מסירת המושאל וקבלתו (סעיף 5 וסעיף 12) 564

ב. שימוש בלא הפרעה (סעיף 11) 565

ג. שאר הסעיפים (סעיפים 17, 18, 20, 21) 566

פרק שלישי: אי־תחולת סעיפים 567

א. תיקון המושאל (סעיפים 7־10) 567

ב. שימוש במושאל (סעיף 16) 568

פרק רביעי: סיכום 569

פרק ראשון

מבוא

המחוקק לא דן בשכירות ובשאילה בחוקים נפרדים, אלא כלל אותם בחוק אחד. הסיבה לכך היא, שעל פי הגדרתן, שתי העסקאות קרובות זו לזו — שתיהן מקנות "זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות". ההבדל היחיד ביניהן הוא, שבשכירות זכות השימוש והחזקה מוקנית בתמורה, ואילו בשאילה זכות זו מוקנית שלא בתמורה. אין פלא אפוא שבמקום לחזור ולדון בנפרד בכל הסוגיות הטעונות הסדר, העדיף המחוקק, למען הקיצור, להחיל על השאילה ("בשינויים המחוייבים") חלק מההוראות המסדירות את השכירות. המחוקק לא החיל על השאילה, את ההוראות שאינן עולות בקנה אחד עם אופייה של השאילה, "עסקת חסד", שבה ראוי "לגלות יתר התחשבות באינטרס של הצד הנותן"[1].

לעניין החלתן או אי־החלתן של הוראות השכירות על שאילה, יש להבחין בין שלושה סוגי סעיפים: סעיפים שהוחלו על השאילה בצורה גורפת; סעיפים שלא הוחלו על השאילה, ובמקומם באו סעיפים חלופיים, המסדירים את אותם העניינים בשאילה באופן מקורי השונה מן ההסדר שנקבע ביחס לשכירות; סעיפים שלא הוחלו על השאילה, ולא באו במקומם סעיפים חלופיים. להלן נפרט את תוכנן של שלוש הקבוצות האלה:

1. הסעיפים שהוחלו בצורה גורפת על שאילה הם אלה הנזכרים בסעיף זה. סעיפים אלה עוסקים בעניינים הבאים: תחולה, כלומר, דיני השאילה חלים גם על שאילת זכויות ועל שאילת משנה (סעיף 2); פרטים שלא נקבעו בהסכם (סעיף 3); תום לב (סעיף 4); המסירה, מועדה ומקומה (סעיף 5); השימוש בלא הפרעה (סעיף 11); חובת קבלת המושכר (סעיף 12); בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר (סעיף 17); תחילת השכירות (סעיף 18); החזרת המושכר (סעיף 20); העברת המושכר (סעיף 21); קיזוז (סעיף 25) — בכל העניינים הללו, לדעת המחוקק, אין משמעות לאלמנט התמורה. לכן לא ראה מניעה להחיל על השאילה את אותם ההסדרים שנקבעו בשכירות.

2. הסעיפים שלא הוחלו על שאילה, ובאו במקומם סעיפים מקוריים, הם הסעיפים המסדירים את העניינים הבאים: אי־התאמה (במקום להחיל את סעיף 6, הסדיר המחוקק את העניין באופן שונה בסעיף 28); סיום השכירות (במקום להחיל את סעיף 19, הסדיר המחוקק את העניין באופן שונה בסעיף 29); והעברת השכירות (במקום להחיל את סעיף 22, הסדיר המחוקק את העניין באופן שונה בסעיף 30). המחוקק סבר שבעניינים אלה ראוי להמעיט מזכויותיו של השואל לעומת השוכר, משום שהשאילה היא עסקת חינם, בעוד שהשכירות היא עסקה בתמורה. אשר על כן, לא ראה אפשרות להחיל על שאילה את סעיפי השכירות.

3. הסעיפים שלא הוחלו על שאילה, ולא באו במקומם סעיפים חלופיים, הם הסעיפים

[1] ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 153, בעמ' 156. מובא אצל לרנר, סעיף 36.

העוסקים בעניינים הבאים: חובת התיקון (סעיפים 7־10); דמי השכירות (סעיפים 13־14); פטור מחובת התשלום (סעיף 15); שימוש במושכר (סעיף 16); ותרופות כלליות בשל הפרת חוזה (סעיף 23). סעיפים אלה אין להם מקום בהסדר השאילה: הסעיפים הדנים בדמי השכירות ובפטור מתשלום דמי שכירות, ודאי שאין להם מקום, שהרי השאילה מוגדרת כעסקת חינם. סעיפי תיקון המושכר, לא הוחלו גם הם, משום שהמחוקק סבר כנראה, שמאחר שהשואל אינו משלם תמורת זכויותיו במושאל, אין לחייב את המשאיל לתקן את המושאל (ממילא גם לא היה מקום להחיל את סעיף 23). כמו כן, בעניין השימוש במושאל, כנראה סבר המחוקק, שמאחר שהשאילה היא עסקת חינם, אין לאפשר לשואל לחרוג מתנאי השאילה, בשונה ממה שקבע בסעיף 16 בעניין השוכר.

דרך ההיקש וההשוואה שנקט המחוקק בהסדרת ענייני השכירות והשאילה דומה לדרכו של המשפט העברי. בדיוננו על סעיף 26, בעניין מהות השאילה, הבאנו את דברי הרמב"ם[2], המשווה את השאילה לשכירות, וקובע שגם השאילה היא הקניית המושאל לתקופת השאילה, אלא שהשואל "לא נתן כלום". בעקבות ההשוואה הנזכרת בין שכירות לשאילה, המשפט העברי אינו דן בפרטים רבים מדיני השאילה, כיון שהם זהים לדיני השכירות, בשינויים המחויבים.

בדיוננו להלן, נעסוק תחילה בעניינים שבהם הוחלו על השאילה ההסדרים שחלים על שכירות, ונבחן האם גם המשפט העברי סבור שבעניינים אלה אין הבדלים בין שתי העסקאות? לאחר מכן, נעסוק בעניינים שהוסדרו בפרק השכירות, ולא זכו לשום התייחסות בפרק השאילה, וגם כאן נבחן אם כך היא גם דרכו של המשפט העברי. באשר לאותם עניינים שהוחל עליהם הסדר מיוחד בפרק השאילה, נדון בהם במקומם.

פרק שני

תחולת סעיפים[3]

א. מסירת המושאל וקבלתו (סעיף 5 וסעיף 12)

בסעיף 5 נאמר: "המשכיר חייב למסור את המושכר לשוכר בהעמדת המושכר לרשותו". כמו כן, מסדיר סעיף 5 את שאלת מועד המסירה ומקומה. הסעיף שלפנינו מחיל את אותן ההוראות על השאילה. עם זאת, יש להעיר על הבדל בין שאילה לשכירות: על פי סעיף 29, כל זמן שלא מסר את המושאל, המשאיל רשאי לבטל את ההסכם, אפשרות שאינה עומדת לרשותו של משכיר. אם יעשה כן, הוא ישתחרר ממילא מחובת המסירה המוטלת עליו. עם זאת, נכון הוא, שכל עוד הסכם השאילה עומד בתוקפו, החוק מחייב את המשאיל, כמו המשכיר, למסור את המושאל לשואל בהעמדתו לרשותו.

סעיף 12, העוסק בקבלת המושכר, קובע ש"השוכר חייב לקבל את המושכר להחזקתו". בדיוננו על סעיף 12 ראינו, שמטרת ההוראה כפולה: האחת נוגעת לאחריות השמירה (שקבלת

[2] ראה בדיוננו על סעיף 26, ליד ציון הערה 21.

[3] לא נדון כאן בתחולת סעיף 2, משום שכבר התייחסנו לכך בדיוננו על סעיף 26, פרק שישי, א, עמ' 558.

המושכר היא תנאי לקיומה); והאחרת נוגעת לחובתו של השוכר לשתף פעולה עם המשכיר, כדי שיוכל זה למסור לו את המושכר.

במשפט העברי, לא מצאנו התייחסות מפורשת לחיובם של המשאיל והשואל למסור את המושאל ולקבלו. נראה אם כן, שבאותם עניינים יחולו בשינויים המחויבים ההסדרים שעמדנו עליהם בדיוננו על סעיף 5 ועל סעיף 12. על זכותם של הצדדים לחזור בהם מן העסקה, נדון כשנגיע לסעיף 29. כאמור, זכות זו, אם היא קיימת, עשויה להשפיע למעשה על חובת מסירת המושאל ועל החובה לקבלו.

ב. שימוש בלא הפרעה (סעיף 11)

המחוקק קובע כי על המשאיל מוטלת החובה לאפשר לשואל להשתמש במושאל במשך תקופת השאילה "לפי המוסכם בין הצדדים ללא הפרעה מצדו או מטעמו", כפי שהיא מוטלת על השוכר מכוח סעיף 11.

חובה חוזית זו, המוטלת הן על המשכיר והן על המשאיל, מבטיחה לשוכר ולשואל הגנה רחבה יותר מן ההגנה שהייתה עומדת לרשותם על פי דיני הנזיקין הכלליים, הבאים להגן על החזקה: היא מעניקה להם זכות לביטול החוזה וזכות לפיצויים גם בלא הוכחת נזק; היא כוללת גם שימוש במיטלטלין; והיא כוללת גם הפרעה לשימוש המוסכם בין הצדדים ולא רק הפרעה לשימוש רגיל; ועוד[4].

בדיוננו על סעיף 11 הזכרנו, שהעיקרון של חובת ההימנעות מהפרעה מקובל גם במשפט העברי, אם כי יסוד החובה, וממילא גם היקפה, שנויים במחלוקת. לדעת "דברי משפט"[5], איסור ההפרעה יסודו בדיני הנזיקין, שעל פיהם האיסור להזיק לזולת כולל גם נזק עקיף ("גרמא"). על פי זה, דינו של המשכיר אינו שונה מדינו של אדם אחר, ועליו להימנע מכל דבר המוגדר כמעשה נזיקין, כפי שכל אדם חייב להימנע מכך. על פי גישה זו, אין ספק שכך הדין גם בשאילה: על המשאיל להימנע מכל דבר שיש בו משום גרימת נזק לשואל, שהרי השואל הוא המחזיק כדין במושאל.

לדעת "ערך ש"י"[6], אפשר לבסס את איסור ההפרעה בשכירות על יסוד אחר: תוקפה המשפטי של הבטחה. מאחר שהשוכר סמך על הבטחתו של המשכיר שיעמיד לרשותו את הנאת המושכר, הרי שאם הפרת אותה הבטחה עלולה לגרום לו הפסדים, יש לו עילת תביעה כנגד המשכיר. אולם יסוד תוקפה של הבטחת המשכיר הוא, שעל סמך אותה הבטחה השוכר הוציא כסף (דמי שכירות). כלומר, זוהי הבטחה עסקית. על פי זה, מאחר שהשאילה היא עסקת חינם, אין כאן הבטחה עסקית, וממילא אין להבטחת המשאיל תוקף משפטי מחייב. היקף איסור ההפרעה של המשאיל אינו שונה אפוא מהיקפו על פי דיני הנזיקין הכלליים החלים על כל אדם.

[4] ראה: לרנר, סעיף 126 ואילך. וראה דיוננו על סעיף 11.
[5] ראה דיוננו על סעיף 11, ליד ציון הערה 39.
[6] ראה דיוננו על סעיף 11, ליד ציון הערה 36.

לדעת "נתיבות המשפט"[7], יסוד חובת ההימנעות מהפרעה בשכירות אינו רק בדיני הנזיקין. המשכיר נחשב כמי שהתחייב לספק לשוכר הנאה מן המושכר, ומשום כך אחריותו כלפיו גדולה מאחריותו של אדם אחר. אולם בשאילה, "נתיבות המשפט" כותב בפירוש[8], שמאחר שהמשאיל אינו מקבל תמורה מן השואל, אין לראותו כמי שנטל על עצמו התחייבות כזו. מכאן, שבשאילה, "נתיבות המשפט" סבור כנראה גם הוא, שהיקף איסור ההפרעה צריך להיקבע על פי דיני הנזיקין החלים על כל אדם.

נמצא, שבניגוד למה שראינו בעניין איסור הפרעה בשכירות, אין בשאילה מחלוקת בין הפוסקים בעניין היקף איסור ההפרעה. הכול מסכימים שאיסור זה נקבע לפי אמות המידה של דיני הנזיקין. לעניין החלת סעיף 11 על דיני השאילה, נוכל אפוא לקבוע, שהחלה זו אינה מקובלת אלא על "דברי משפט". לעומת זאת, לפי "נתיבות המשפט" ו"ערך ש"י", איסור ההפרעה המוטל על משאיל מצומצם מהאיסור המוטל על משכיר.

ג. שאר הסעיפים (סעיפים 17, 18, 20, 21)

בכל שאר הסעיפים, שהחוק מחיל אותם בשווה על השאילה ועל השכירות, גם במשפט העברי לא מצאנו מקום להבחין בין העסקאות. אמנם יש להודות שלהוציא עניין העברת המושאל[9] ועניין החזרת המושאל[10], שאפשר למצוא התייחסות אליהם בדברי אחדים מן הפוסקים, שאר העניינים לא זכו כלל לטיפול במקורות המשפט העברי. אולם גם לא מצאנו כל הצדקה להבחין בין שאילה לשכירות בעניינים אלה. אפשר אפוא לקבוע, שעל סוגיית בדיקת המושאל ותיקונו בידי המשאיל, חלים אותם הכללים שראינו בדיוננו על סעיף 17, מה עוד שבשאילה יותר קל מבשכירות להצדיק הפרעה מסוימת לשואל לטובת שמירת האינטרסים של המשאיל. כך גם לעניין תחילת תקופת השאילה והחזרת המושאל בסיומה, יחולו הכללים שהרחבנו את הדיון בהם בסעיף 18 ובסעיף 20[11]. גם סוגיית העברת המושאל אינה שונה במהותה מסוגיית העברת המושכר, והכללים שהרחבנו את הדיון בהם בסעיף 21 תקפים גם כאן[12].

החוק אינו מחיל על העברת השאילה את ההסדר שנקבע בשכירות בסעיף 22. להלן, בדיוננו על סעיף 30, נראה שלא כך נוקט המשפט העברי, ולפי גישתו יש לכלול גם אותו ברשימת הסעיפים בפרק השכירות, שיש להחיל על השאילה בשינויים המחויבים. ראה דיוננו שם.

[7] ראה דיוננו על סעיף 11, ליד ציון הערה 33.

[8] נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק טו.

[9] ראה דיוננו על סעיף 21, הערה 22, מס' 3.

[10] ראה דיוננו על סעיף 20, הערה 15.

[11] וראה דיוננו על סעיף 20, הערה 15, שם העלינו ספק מתוך דברי הסמ"ע, שמא אין חובת החזרה אלא בשואל ולא בשוכר. אולם לפי העולה מפוסקים אחרים, אין להבחין ביניהם בעניין זה. וראה עוד דיוננו שם, שבעניינים שונים הקשנו בין השכירות לשאילה. ראה לדוגמה: שם, ליד ציון הערה 40, לעניין פינוי המושכר, שנלמד מהיקש למה שקבעו המאירי ואחרים בעניין פינוי מושאל; וכן ליד ציון הערה 26, לעניין השאלה מה יעשה השוכר במושכר, לאחר שביקש להחזירו למשכיר, והלה לא נטל אותו לידיו.

[12] כפי שעולה ממה שהבאנו שם, הערה 22 (מס' 3).

פרק שלישי

אי־תחולת סעיפים

א. תיקון המושאל (סעיפים 7־10)

סעיפים 7־10 עוסקים בחובת התיקון, המוטלת על המשכיר. סעיפים אלה לא הוחלו על השאילה, כנראה משום שלדעת המחוקק יש זיקה בין חובת התיקון לבין קבלת תמורה. ואמנם יש בכך היגיון: מאחר שהמשכיר מקבל תמורה בעד השימוש שהוא מעניק לשוכר, מוצדק שתוטל עליו אחריות לדאוג לתקינות הנכס שבגינו הוא מקבל תמורה. לעומת זאת, המשאיל עושה טובה לחברו כשהוא נותן לו זכות שימוש בשלו, ואין זה מוצדק לחייב אותו לשאת בהפסדים ובהוצאות בגין הטובה שעשה.

בדיוננו על סעיף 7 ראינו, שבמשפט העברי קיומה של חובת תיקון המושכר שנפגם מוסכמת על הכול, אף כי יסודה והיקפה שנויים במחלוקת. בשאילה, לעומת זאת, אין מחלוקת: כולי עלמא מסכימים, שאין חובת תיקון, כפי שעולה ממקור תלמודי הדן בשאילת באר. התלמוד[13] מפרט באלו מקרים יכול השואל לתקן את הבאר ששאל, אם נפגמה. כעיקרון, אם השאילה הייתה של באר מסוימת, ונפגמה הבאר — מסתיימת השאילה. השואל אינו רשאי לתקן את הפגם על חשבונו, ואף לא להשתמש בשארית הבאר כמות שהיא, אלא הוא חייב להשיבה למשאיל. לעומת זאת, אם השאילה הייתה של באר סתם (בלתי מסוימת), השואל רשאי, אם הוא מעוניין בכך, לתקן את הבאר על חשבונו, ולהמשיך להשתמש בה עד תום תקופת השאילה. כאמור, התלמוד דן אך ורק באפשרות שהשואל יתקן את המושאל, מכאן שעל המשאיל ודאי אין מוטלת חובת תיקון. וכך קבע במפורש "נתיבות המשפט"[14]: "אין חיוב על המשאיל" לתקן מושאל שנפגם. הוא גם מסביר מדוע שונה הדין משכירות, שבה מוסכם על הכול (בשכירות סתם), שמוטלת על המשכיר חובת תיקון. לדעתו, הדבר נעוץ בשעבוד נכסי המשכיר לשוכר תמורת תשלום דמי השכירות. לעומת זאת, בשאילה המשאיל אינו משעבד נכסים לקיום התחייבותו. על כן לא חלה על המשאיל חובה לתקן את המושאל שנפגם.

בדיוננו על סעיף 7 ראינו, שיש מקום לבסס את חובת התיקון על יסודות אחרים (הסכם מכללא, חיוב סטטוטורי, תיקון כחלק מזכויות השוכר במושכר). אולם נראה שמאחר שהשאילה אינה עסקה כלכלית, אלא "עסקת חסד", ברור שהמשאיל לא התכוון לקחת על עצמו חובת תיקון, וברור שגם ההלכה אינה מטילה עליו חובה שכזו.

כפי שהעיר כבר זמיר, בעניין שכירות[15], כך גם בשאילה חסרה בחוק הוראה שתקבע מהן חובות התיקון המוטלות על השואל. במשפט העברי, בשאילה כבשכירות, טיפול שוטף והחזקה תקינה של המושאל לבל יינזק מוטלים בוודאי על השואל, כפי שעולה מדברי הרמב"ם[16]:

[13] בבא מציעא קג ע"א. וראה להלן, דיוננו על סעיף 29, ליד ציון הערה 47.

[14] נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק טו. "נתיבות המשפט" מוסיף, שאם תיקן השואל את המושאל שנפגם, במקרים שבהם לא הסתיימה השאילה עם פגימת המושאל, המשאיל מחויב להחזיר לשואל את הוצאותיו לצורך התיקון, אחר כלות ימי השאילה, כיון שהשואל נחשב כ"יורד ברשות", משום "שהבנין יש בו הנאת שניהם". למושג "יורד ברשות", ראה: י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת, סעיף 21(א), עמ' 164.

[15] ראה לעיל, דיוננו על סעיף 7, ליד ציון הערה 116.

[16] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ד. וראה: שו"ת מעשה אברהם, יורה דעה, סימן נ; ושו"ת

"השואל בהמה, חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה". מלבד זאת, בעניינים אלה המנהג הוא המכריע, וכל תיקון שמקובל להטיל על השואל, הריהו מחויב לעשותו.

ב. שימוש במושאל (סעיף 16)

סעיף 16, העוסק בשימוש במושכר, קובע שבעיקרון "השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם". אולם הוא מוסיף, שאם לא הותנה השימוש כשימוש ייחודי, השוכר יכול לשנות מן השימוש המוסכם, ובלבד ששינוי זה אינו גורם לפגיעה במושכר או במשכיר. המחוקק לא הזכיר סעיף זה בפרק השאילה, ומכאן שהשואל אינו רשאי לחרוג מן השימוש המוסכם כלל, אף ששימוש זה לא הותנה כשימוש ייחודי[17]. הנימוק לכך הוא כנראה, שמאחר שהשואל אינו משלם בעד זכות השימוש, ההנחה היא שהמשאיל אינו מוכן לשום חריגה מן השימוש המוסכם.

מהי עמדת המשפט העברי בשאלת השימוש במושאל? בדיוננו על סעיף 16 ראינו, שהשוכר רשאי לעשות במושכר שימוש שונה מן המוסכם, ובלבד ששימוש זה אינו מגביר את הסיכון לפגיעה במושכר. האם הוא הדין בשאילה? לכאורה, לא. התלמוד קובע[18], שהשואל קרדום לצורך עבודה בפרדס מסוים אינו רשאי לעבוד בו בפרדס אחר. מכאן, לכאורה, שעל השואל להשתמש בנכס רק לשימוש שהסכים עליו עם המשאיל, בשונה ממה שנפסק בשכירות. האמנם נכון להסיק מסקנה כזו מסוגיית התלמוד? נחלקו הפוסקים בשאלה זו:

הסמ"ע[19] מסביר, שהתלמוד אינו מתכוון לאסור על השואל שימוש אחר הזהה בדיוק לשימוש שהוסכם עליו. לדעתו, השואל, בדומה לשוכר, רשאי לעשות שימוש כזה. כוונת התלמוד הייתה, שאם עשה השואל בנכס שימוש השונה מן המוסכם, הרי שבדיעבד אם ניזוק הנכס מחמת מלאכה, יוכל המשאיל לדרוש פיצוי, אף שבעיקרון השואל פטור ב"מתה מחמת מלאכה", ובלבד שאפשר לתלות את הנזק בשינוי[20]. "נתיבות המשפט"[21] חולק על הסמ"ע וטוען, שהתלמוד התכוון לאסור על השואל לשנות מן השימוש המסוים שהוסכם עליו, ולא רק לחייב את השואל בפיצוי המשאיל, אם שינה. אם כן, לדעתו, קיים הבדל בין השכירות לשאילה אפילו לכתחילה, שאין השואל רשאי לעשות שימוש השונה מהמוסכם. הבדל זה נובע מעובדת היות השאילה עסקת חינם, ועל כן המשאיל נחשב כמי שמתנגד לכל שימוש אחר

חקקי לב, יורה דעה, סימן מח, בעניין שואל ספר תורה שחייב לתקן את האותיות שנתקלקלו בו, מדין "שואל חייב במזונותיה". תודה לר' ברוך כהנא, על ההפנייה למקורות אלה.

[17] ראה: לרנר, סעיף 36, הערה 36.

[18] בבא מציעא קג ע"א. והשווה: תענית כג ע"ב, שם מסופר על אבא חלקיה, שפעם אחת שגרו אליו שני חכמים לבקש ממנו שיתפלל על הגשם. החכמים מצאו אותו כשהוא עובד בשדה. כשחזר מן השדה, נשא אבא חלקיה את העצים והמעדר על כתפו האחת, ואת הגלימה על כתפו השנייה. כששאלו אותו החכמים לפשר התנהגות מוזרה זו, הסביר להם: "טלית שאולה היתה; להכי שאלי, ולהכי לא שאלי". כלומר, הגלימה הייתה שאולה כבגד ולא כדי לשים עליה משאוי. המאירי, בבית הבחירה, תענית שם, מוסיף: "השואל את הכלי לדבר אחד, הרי זה לא ישתמש בו לדבר אחר שיתקלקל בו יותר מן הדבר ששאלו עליו". מדבריו עולה, ששימוש אחר שאינו מגביר את הסיכון לפגיעה במושאל — מותר (וראה גם רש"י, שם, ד"ה ולהכי לא שאלי). כאמור, אין זו המסקנה העולה מסוגיית בבא מציעא. וצריך עיון.

[19] סמ"ע, חו"מ, סימן שמא, ס"ק כ.

[20] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שמ, ס"ק ד. ואולם השווה: סמ"ע, חו"מ, סימן שמא, ס"ק כ.

[21] נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק יג.

מן השימוש שהסכים עליו. החוק מתאים אפוא לעמדת "נתיבות המשפט"[22] ולא לעמדת הסמ"ע. בהתאם לגישתו, "נתיבות המשפט" מוסיף וחולק על הסמ"ע, וקובע שאם השואל חורג מן השימוש המסוים שהוסכם עליו, דינו כדין גזלן, ומשמעות הדבר היא, שאף כשאין מקום לתלות את הנזק בשינוי, בכל זאת הוא נושא באחריות.

באשר לאופן הניצול המותר של השימוש המוסכם, יחולו על השאילה אותם הכללים שראינו בדיוננו על סעיף 16, כשדננו בסוגיה המקבילה בשכירות. בין השאר, חשוב להזכיר, שמחד גיסא, השואל חייב לעשות שימוש ככל משתמש סביר ובהתאם למקובל[23]. אולם מאידך גיסא, אם השגה סבירה של מטרת השאילה כרוכה בבלאי או בסיכון אחר למושאל, אין השואל צריך להימנע מן השימוש במושאל. על כגון זה נאמר בתלמוד[24], שהשואל יכול לומר למשאיל: "לאו לאוקמיה בכילתא שאילתיה [= לא שאלתיו כדי להניחו מתחת לכילה]".

פרק רביעי

סיכום

המשפט העברי מחיל בשאילה הסדר דומה להסדר החל בשכירות בעניינים הבאים: מסירת המושאל וקבלתו; איסור הפרעה לשואל (אף כי יש דעות, ולפיהן איסור זה מחמיר פחות בשאילה מבשכירות); בדיקת המושאל ותיקונו על ידי המשאיל; תחילת תקופת השאילה; החזרת המושאל בסיום השאילה; העברת המושאל; העברת השאילה. רשימה זו מקבילה לרשימת הסעיפים שבסעיף 27, למעט העברת השאילה, שלא נכללה בו.

המשאיל אינו חייב לתקן את המושאל.

לדעת "נתיבות המשפט", אין לשואל זכות לשנות מן השימוש המוסכם; ואילו לדעת הסמ"ע, הוא יכול לשנות מן השימוש המוסכם בתנאי שהשימוש אינו מסכן את שלמות המושאל (אולם הוא עושה זאת על אחריותו, ואם יוכח קשר בין השינוי לנזק שנגרם למושאל, לא תועיל לו טענת "מתה מחמת מלאכה").

לאור האמור לעיל, אנו מציעים להוסיף לרשימת הסעיפים שבסעיף 27 את סעיף 22, וכדלהלן:

תחולת סעיפים 27. הוראות סעיפים 2 עד 5, 11, 12, 17, 18, 20, 21, 22 ו־25 יחולו גם על השאילה, בשינויים המחוייבים.

[22] אף כי צריך אולי לסייג את הדברים, שכן דברי "נתיבות המשפט" אינם אמורים אלא כאשר הוסכם על מלאכה מסוימת, כעין מה שמובא בסוגיית בבא מציעא, שהוזכרה לעיל, שהשואל שאל את הקרדום לעדור בו פרדס מסוים. אם השאילה לא הייתה למלאכה מסוימת, אלא שאל את המעדר "לעדור" סתם, הרי אז נחשב המשאיל כמי שאינו מקפיד על מלאכה זו דווקא, ואז אם ישנה מן השימוש המוסכם, יהיה זה על אחריותו במידה שאפשר יהיה לתלות את הנזק בשינוי (כלומר, שבזה הוא מסכים עם הסמ"ע). בנקודה זו יש כנראה הבדל בין גישת "נתיבות המשפט" לגישת החוק.

[23] וראה: פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק ט, הערה טז.

[24] בבא מציעא צו ע"ב. להדגמת העניין, ראה דיוננו על סעיף 26, הערה 44, בעניין אופן השימוש בספר שאול. וראה גם פתחי חושן, שם.

סעיף 28

שלילת תרופות

שלילת תרופות

28. (א) על אי־התאמת המושאל יחולו הוראות סעיף 6, אולם היא לא תשמש עילה לפיצויים, אלא אם ידע עליה המשאיל בעת כריתת החוזה והשואל לא ידע עליה.

(ב) הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 573

פרק שני: חובת ההתאמה, יסודה והיקפה — "יחולו הוראות סעיף 6" 574

א. מושאל מסוים ("בית זה") 574

ב. מושאל בלתי מסוים ("בית" סתם) 575

פרק שלישי: התרופות בשל הפרת חובת ההתאמה 575

א. אכיפה — "הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה" 575

ב. ביטול 576

ג. פיצויים — "אם ידע עליה המשאיל בעת כריתת החוזה והשואל לא ידע" 577

פרק רביעי: סייגים להסתמכות על אי־התאמה 578

פרק חמישי: סיכום 578

מבוא

סעיף 28 מחיל על השאילה את עקרון ההתאמה, שנקבע בסעיף 6 ביחס לשכירות, אם כי בסייגים משמעותיים. כותרת השוליים של הסעיף — "שלילת תרופות" — מדגישה את אותם סייגים יותר מאשר את תחולת עקרון ההתאמה עצמו[1].

חשוב להדגיש, שסייגים אלה אינם נוגעים להיקף חובת ההתאמה, אלא רק לתרופות העומדות לרשות השואל, כשהמושאל שקיבל לידיו לוקה בחוסר התאמה. בעוד שבשכירות, אי־התאמה מזכה את השוכר בכל התרופות הקבועות בחוק בגין הפרת חוזה (אכיפה ביטול ופיצויים), הרי שבשאילה תרופותיו של השוכר מצומצמות יותר: תרופת האכיפה נשללת ממנו מכול וכול (ס"ק (ב)); תרופת הפיצויים אינה עומדת לרשותו, אלא אם כן העלים המשאיל ממנו ביודעין את אי־ההתאמה בעת כריתת החוזה[2]; והתרופה היחידה שעומדת לרשות השואל בלא סייג היא תרופת הביטול. פרידמן[3] מציע שני נימוקים להבחנה זו בין שאילה ושכירות, האחד מצד המשאיל והשני מצד השואל: מצד המשאיל, מן הראוי לזכור לנותן בעסקת חסד את העובדה שפעל מתוך נדיבות ולהתחשב בכך בעת קביעת הסעד שיינתן כנגדו על הפרת התחייבותו; מצד השואל, הצד המקבל לא היה חייב להוציא הוצאות או לרתק משאבים כדי להשיג את העסקה.

כאמור, לעניין היקף חובת ההתאמה, המחוקק לא ראה, למרבה הפליאה, להבחין בין שכירות ושאילה. נמצא, שאף שהשאילה היא "עסקת חינם", שבה המשאיל פועל ממניעים של גמילות חסד, המושאל חייב להתאים לא רק למה שהובטח לשואל במפורש, אלא גם לסטנדרט מינימלי של תכונות ואיכות, שבלעדיהן יראו את המשאיל כמי שהפר את חובת

[1] כבר הערנו על הדמיון בין מתנה לשאילה כעסקאות חינם. בחוק המתנה, אין המחוקק מתייחס לשאלת ההתאמה, לא כן בשאילה, כפי שאנו רואים בסעיף שלפנינו. הבדל זה בגישת המחוקק בין שני החוקים אינו מובן, וכבר העירו על כך: ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 153 (מכאן ואילך: פרידמן); זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 366 ואילך.

[2] לתרופה זו והיקפה, ראה ביקורתו של זמיר, שאנו מביאים להלן, פרק שלישי, ג, עמ' 577.

[3] פרידמן (לעיל, הערה 1), עמ' 161. עוד טוען פרידמן, שם, עמ' 162: "כי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) איננו חל לגבי הפרת הסכם שאילה". כהוכחה לדבריו, הוא מפנה את תשומת הלב לעובדה שסעיף 23 לחוק השכירות לא הוחל על השאילה בסעיף 27 (ראה שם, הערה 35). דבריו אלה תמוהים, שכן אין ספק שחוק התרופות חל על חוזה שאילה כמו שהוא חל על כל חוזה. העובדה שסעיף 23 לא הוחל על השאילה אינה מוכיחה דבר. סעיף 23 קובע שהתרופות המיוחדות שנקבעו בפרק השכירות אינן באות לגרוע מהתרופות הקלסיות הקבועות בחוק החוזים (תרופות). מאחר שבפרק השאילה אין תרופות מיוחדות כאלה, ברור שלא היה כל מקום להחיל על השאילה את סעיף 23.

ההתאמה[4]. זמיר מציין[5], שלא כך נהגו שיטות משפט אחרות; במשפט הצרפתי, האיטלקי והגרמני, לדוגמה, אין דורשים אלא הספקת הנכס כמות שהוא, בלא דרישה לאיכות כלשהי (זולת אם ידע המשאיל על הפגם במושאל, והסתירו מן השואל).

שתי שאלות תעמודנה במוקד דיוננו להלן: האחת בעניין היקף חובת ההתאמה; והאחרת בעניין התרופות העומדות לרשות השואל נוכח הפרת חובת ההתאמה. בעניין היקף חובת ההתאמה, נבדוק אם גם המשפט העברי אינו רואה מקום להבחין בין שכירות ושאילה? או שמא מאחר שהשאילה היא עסקת חינם, היקף חובת ההתאמה מצומצם יותר? בעניין התרופות בגין אי־התאמה, נבחן אם גם המשפט העברי שולל מן השואל את הזכות לאכיפת החוזה? מה עמדתו בשאלת הביטול? וכן מה עמדתו בשאלת הפיצויים (במיוחד לאור הכלל המפורסם "גרמא בנזיקין — פטור")? עוד נדון בסייגים להסתמכות על אי־התאמה (ידיעת השואל; ושימוש לאחר גילוי אי־ההתאמה).

יש להדגיש שסוגיית אי־התאמת המושאל כמעט שלא נידונה במקורות, ועל כן דברינו להלן ייאמרו ברובם על דרך ההיקש והסברא.

פרק שני

חובת ההתאמה, יסודה והיקפה — "יחולו הוראות סעיף 6"

א. מושאל מסוים ("בית זה")

בדיוננו על סעיף 6 ראינו, שהמשפט העברי (כמו החוק) אינו מצמצם את חובת ההתאמה למה שהוסכם במפורש בין המשכיר לשוכר. אף שהצדדים לא נתנו את דעתם ולא הסכימו במפורש על תכונות המושכר, ייחשב המשכיר כמי שלא מסר לשוכר את מה שהוסכם ביניהם, אם יש במושכר ליקוי "שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום". הרמב"ם[6] מסביר את ההיגיון שבהרחבת חובת ההתאמה מעבר למה שהוסכם בין הצדדים במפורש בכך "שכל הלוקח סתם [בלי לפרט תנאים], אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום", ובלשון "נתיבות המשפט"[7]: "חזקה אין אדם קונה דבר שיש בו מום". היה מום כזה בממכר, הקונה רשאי לבטל את המכר בטענת "מקח טעות".

נשאלת השאלה, האם הוא הדין גם בשאילה? מניסוח דברי הפוסקים המדברים על מקח טעות ביחס למי ש"קונה", עולה שהדין המחייב את המוכר והמשכיר למסור נכס נקי מכל מום, קשור קשר הדוק בעובדה שהצד השני משלם תמורת הנכס, ועל כן יש לו ציפייה סבירה לקבל נכס נקי מכל מום. מכאן, שבשאילה, מאחר שהשואל מקבל לידיו את המושאל בחינם,

[4] אמנם בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 10, ראינו שהיקף הוראות ההשלמה הדיספוזיטיביות בסעיף 6 מצומצם לעומת זה שבחוק המכר. אולם ראינו גם, שזמיר קבל על כך, וטען שאת החסר יש להשלים בדרך של היקש לחוק המכר.

[5] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 364. אולם בדבריו בעמ' 368, כשהוא מבקר את ההסדר הנוכחי, אינו מציין נקודה חשובה זו.

[6] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ו.

[7] נתיבות המשפט, סימן רלב, ס"ק ב.

אין לו זכות תביעה כנגד המשאיל שלא עמד בתנאי ההסכם, אלא כשהמושאל אינו מתאים למה שהוסכם במפורש ביניהם. מסקנה זו נתמכת גם בעובדה שלא מצאנו במקורות התלמודיים שחלה על המשאיל חובת התאמה הדומה לחובת המוכר או המשכיר, כשלא הוסכם על כך בין הצדדים מראש. נמצא, שבניגוד לעמדת החוק, נראה לומר, שעל פי המשפט העברי, אין הוראות השלמה דיספוזיטיביות לעניין התאמת המושאל, וחובתו היחידה של המשאיל היא למסור לשואל מושאל המתאים למה שהוסכם ביניהם במפורש[8].

ב. מושאל בלתי מסוים ("בית" סתם)

הראשונים נחלקו בעניין הסכם מכר שלא הוסכם בו על טיב הנכס נשוא ההסכם[9]: יש אומרים, שהמוכר צריך לקיים את העסקה במתן נכס מאיכות בינונית, ואילו אחרים סוברים שדי בקיום מינימלי. להלכה נפסק כדעה האחרונה. בדיוננו על סעיף 6 היקשנו לעניין זה מדיני המכר על דיני השכירות. אולם נראה שאין להקיש בדומה לכך בין דיני המכר לדיני השאילה. מסתבר שכאן, אף לאותן דעות שהמוכר צריך לקיים את העסקה במתן נכס מאיכות בינונית, בשאילה, מאחר שהמשאיל אינו מקבל תמורה, אינו צריך להשאיל נכס מאיכות בינונית אלא די לו בקיום מינימלי.

פרק שלישי

התרופות בשל הפרת חובת ההתאמה

א. אכיפה — "הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה"

המחוקק שולל מן השואל את הזכות לתבוע את אכיפת השאילה בגין אי־התאמה[10]. הוראה זו עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 29 ולפיה "המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל". ההיגיון בהוראות אלה, הסותרות את הכללים המקובלים בדיני חוזים, הוא, שלדעת המחוקק, אין ראוי לאכוף על המתחייב בחוזה לעשות טובה לחברו בלא תמורה את התחייבותו, אלא להפך, יש לאפשר לו לחזור בו מן ההתחייבות.

[8] מסר המשאיל מושאל שיש בו מום, האם יש לשואל תביעה מוסרית (תרעומת) כלפיו, כפי שישנה לשוכר כלפי המשכיר במקרה מקביל (ראה דיוננו על סעיף 6, הערה 49)? שאלה זו, שאין לה השלכה מעשית, צריכה עיון.

[9] ראה דיוננו על סעיף 6, הערה 39.

[10] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 366, הערה 17, העיר על כך, שניסוחו של הסעיף אינו מדויק. הסעיף קובע באופן גורף, ש"הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה", בלא זיקה לעניין אי־התאמה דווקא. על פי לשונו, הוא כולל אפוא גם הפרה על ידי השואל ולא רק הפרה על ידי המשאיל. מעיר זמיר: "קשה להלום שהמחוקק התכוון לשלול מהמשאיל את זכותו לאכוף על השואל את השבת הנכס בתום תקופת ההשאלה או במהלכה (במקום שהחוק מאפשר למשאיל להפסיקה). אמנם המשאיל יוכל לבטל את החוזה במקרה של הפרתו, ולתבוע השבה של הנכס בעקבות הביטול. אולם יתכנו מצבים שבהם ירצה המשאיל לאכוף את החוזה, ולא לבטלו ואז עלולה לשונו של סעיף 28(ב) לעמוד לו לרועץ". לביקורת על ניסוח הסעיף, ראה עוד: פרידמן (לעיל, הערה 1), עמ' 161, הערה 34.

לא כן היא עמדת המשפט העברי, כפי שעולה מדברי הסמ"ע[11]: "אם כתב: 'הריני מחייב נפשי ליתן לך וכו' אף שהוא במתנה... החיוב חל על גופו". מכאן, שלפי המשפט העברי, אם התחייב המשאיל להשאיל (בהתחייבות בת תוקף), אין סיבה שלא לאכוף עליו את התחייבותו, אף על פי שהייתה זאת התחייבות בחינם[12].

ב. ביטול

לדעת המחוקק, תרופת הביטול היא התרופה היחידה שעומדת בעינה לרשות השואל כנגד הפרת חובת ההתאמה. המחוקק קבע בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 7(א): "הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה היתה יסודית". כאשר ההפרה אינה יסודית, נקבע בסעיף 7(ב), שהנפגע אינו רשאי לבטל את החוזה, אלא כשנתן תחילה הזדמנות לחייב לתקן את ההפרה. כללים אלה חלים אפוא גם על הפרת חובת ההתאמה בשאילה.

לכאורה, במשפט העברי, זכותו של השואל לבטל את השאילה אינה תלויה בהפרה כלשהי מצד המשאיל. כפי שנרחיב בעניין זה, בסעיף 29, על פי המשפט העברי, מאחר שהשאילה היא כל כולה לטובתו של השואל, אין לחייב אותו להמשיך בשאילה בניגוד לרצונו, ועל כן הוא זכאי לסיימה לפני זמנה[13]. אף על פי כן יש חשיבות לדון בשאלת זכותו של השואל לבטל את השאילה בגין אי־התאמת המושאל. אמנם, כאמור, השואל רשאי לסיים את השאילה לפני זמנה, אף שאין לו כל עילה כנגד המשאיל. אולם לשם כך עליו להחזיר את המושאל לידי המשאיל, וכל עוד המושאל נמצא ברשותו, הוא נושא באחריות לשלמותו[14]. לעומת זאת, ביטול השאילה בעילת אי־התאמה משמעה שיחסי שואל־משאיל לא נוצרו כלל, ועל כן מרגע שהודיע השואל על הביטול, אין הוא נושא עוד באחריות, אף על פי שעדיין לא חזר המושאל לרשות המשאיל. ולא זו בלבד, אלא המשאיל לא יוכל לדרוש החזרת המושאל על ידי השואל, אלא יצטרך הוא עצמו לבוא וליטול אותו מרשות השואל[15].

יש לציין, שבמשפט העברי קיימת הבחנה, כעין ההבחנה שבחוק, בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית[16]. אם תיקון אי־ההתאמה אינו דורש העמדת "פנים חדשות", כלומר, החלפת המושאל או חלקו, כי אז אין השואל רשאי לבטל את השאילה לפני שנתן למשאיל הזדמנות

[11] סמ"ע, חו"מ, סימן ס, ס"ק יח.

[12] וכך עולה אמנם מנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (ס ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה וצריך למיקנא מיניה, לעניין שאילת באר.

[13] ראה דיוננו על סעיף 29, ליד ציון הערה 50.

[14] ראה דיוננו על סעיף 29, ליד ציון הערה 55.

[15] כך עולה מתוך היקש לדין "מקח טעות" במכר, שם משהודיע הקונה על ביטול העסקה בגין מקח טעות, אין הוא נושא עוד באחריות שמירה על הממכר. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף כב, וסמ"ע, שם, ס"ק נד. אמנם היה מקום לטענה שבשאילה אין לדבר על "מקח טעות", כיוון שהמשאיל אינו מקבל תמורה בעד הזכות שהוא נותן לשואל. אולם מסתבר יותר לומר, שכשם שבמום במקח הקונה נחשב כמי שלא התכוון לקנות את הנכס כשהוא פגום, כך במום במושאל השואל צריך להיחשב כמי שלא התכוון לקבל אחריות על הנכס כשהוא פגום. וכך עולה מסוגיית בבא קמא מ ע"א (בסופו), בעניין מי ששאל שור בחזקת שהוא תם ונמצא מועד (היינו נגחן): "ולימא ליה: 'תורא שאילי, אריה לא שאילי' [=ויאמר לו: 'שור שאלתי, אריה לא שאלתי']"

[16] אם כי לאו דווקא על פי אותם קני מידה.

לתקן את המעוות. לעומת זאת, אם תיקון אי־ההתאמה דורש את החלפת המושאל (״פנים חדשות״), השואל רשאי לבטל את השאילה מיד[17].

ג. פיצויים — ״אם ידע עליה המשאיל בעת כריתת החוזה והשואל לא ידע״

אין לדבר על פיצויים אלא כשנגרם לשואל נזק כתוצאה מאי־התאמת המושאל. בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגי נזקים: גרימת הפסד ומניעת רווח. שואל מכונית שניזוק בתאונה עקב פגם נסתר שהיה במכונית, יתבע פיצוי על גרימת הפסד. אם לא ניזוק השואל אלא שנמנע ממנו להגיע למחוז חפצו ולחתום על עסקה, הוא יתבע פיצוי על מניעת הרווח שהיה צפוי מאותה עסקה. על פי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל״א־1970, בהפרת חוזה, הנפגע זכאי לפיצוי על שני סוגי הנזקים. נמצא שבדוגמה שהבאנו, אם העלים המשאיל מן השואל את קיומה של אי־ההתאמה, יהיה השואל זכאי לפיצויים לא רק בגין ההפסד שנגרם לו אלא גם בגין מניעת הרווח.

זמיר[18] אינו מקבל את ההסדר הזה. חִצי ביקורתו מכוונים בעיקר כנגד היקפה של תרופת הפיצויים. מחד גיסא, התרופה מצומצמת מדי, שכן משאיל שנודע לו על אי־ההתאמה רק לאחר מועד כריתת החוזה, אך לפני מועד המסירה, והסתיר אותה מידיעת השואל, לא יישא באחריות לנזקיו של האחרון (שכן החוק מדבר על ידיעת המשאיל ״בעת כריתת החוזה״ דווקא). מאידך גיסא, התרופה רחבה מדי, שכן על פיה השואל זכאי לא רק לפיצויים שיחזירו את מצבו לקדמותו (פיצוי על הפסדים — ״פיצויים שליליים״ כדברי זמיר) אלא גם לפיצויים אשר יעמידו אותו במצב הכספי שהיה מגיע אליו אילולי אי־ההתאמה (פיצויים על מניעת רווח — ״פיצויים חיוביים״ כדברי זמיר).

על פי המשפט העברי, אין ספק שהשואל אינו זכאי לפיצויים בגין מניעת רווח, שכן כלל גדול הוא, ש״המבטל כיסו של חברו״[19] (כלומר, מונע ממנו רווח) — פטור, משום שאין בכך אלא גרמא, ו״גרמא בנזיקין — פטור״. באשר לגרימת הפסד כתוצאה מאי־התאמת המושאל, השאלה סבוכה יותר. לכאורה גם זה בגדר גרמא. אולם לאחר העיון יש מקום לדון בדבר: אם המושאל עצמו גרם לנזק, כגון מכונה שהושאלה וכתוצאה מפגם שהיה בה התפוצצה וגרמה נזק, נראה שהמשאיל יהיה חייב, כדין אחריותו של כל אדם בנזקי רכושו (אמנם רכוש זה הזיק כשהיה ברשותו של השואל, אולם מכיוון שהיה כאן ״מקח טעות״, נמצא שהמושאל לא יצא מאחריותו של המשאיל). לעומת זאת, אם נגרם הנזק בעקיפין כתוצאה מן השימוש שעשה בו השואל, כגון מכונית שאולה שכתוצאה מהליקוי שהיה בה גרם השואל לתאונה, יש לדון בדבר, אולם על כל פנים המשאיל לא יישא באחריות, אלא אם כן ידע על הליקוי, והעלים אותו מן השואל[20].

[17] להבחנה זו, ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 90.

[18] זמיר, עקרון ההתאמה, עמ׳ 368. ליחס בין הוראת הסעיף לבין הוראת פקודת הנזיקין [נוסח חדש] בעניין עוולת הרשלנות, ראה: פרידמן (לעיל, הערה 1), עמ׳ 170.

[19] ראה: ירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ג (כ ע״ב בדפוס וילנא); ושם, פרק ט, הלכה ג (לב ע״ב בדפוס וילנא).

[20] ראה: א׳ שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 228, הערה 25. והשווה: פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק ט, סעיף כב.

פרק רביעי

סייגים להסתמכות על אי־התאמה

כפי שראינו, חובת ההתאמה המוטלת על המשאיל מצומצמת למה שהבטיח לשואל במפורש. ידע השואל שהמושאל אינו מתאים למה שהמשאיל מבטיח לו, ובכל זאת הסכים לעסקה, האם יתפרש הדבר שוויתר על דרישת ההתאמה? התשובה לכך אינה חד־משמעית. מחד גיסא, אולי אין כאן בהכרח משום וויתור, אלא כמו שראינו בשכירות, השואל הניח, שהמשאיל יתקן את המושאל עד המסירה. לפי זה, ידיעת השואל אינה שוללת ממנו את האפשרות להסתמך על אי־ההתאמה. עם זאת, מידי ספק לא יצאנו, שכן מאידך גיסא, אפשר שיש להבחין בעניין זה בין השאילה לשכירות, ומאחר שהשואל אינו משלם עבור השימוש, יש לראות בשתיקתו משום ויתור. שאלה זו צריכה אפוא עוד עיון נוסף.

לעומת זאת, אם השואל ממשיך להשתמש במושאל לאחר שגילה בו אי־התאמה, אין ספק שלא תהיה לו עוד עילה כנגד המשאיל, שכן יראו אותו כאילו ויתר על אי־ההתאמה. אמנם בדיוננו על סעיף 6, ראינו שיש מי[21] שמבחין בעניין זה בין שכירות למכר, וטוען שבשכירות, שימוש לאחר גילוי מום, אינו ראיה לוויתור, שהרי השוכר משלם בעד השימוש. אולם בשאילה, מאחר שהשואל אינו משלם תמורת השימוש, אין ספק שדינו כדין קונה.

פרק חמישי

סיכום

העולה מדיוננו הוא שישנה מגמה משותפת למשפט העברי ולחוק לצמצם את זכויותיו של השואל לעניין אי־התאמת המושאל, אולם לשם כך הם נוקטים בדרכים הפוכות: החוק אמנם משווה בין שכירות ושאילה לעניין היקף חובת ההתאמה, אבל מצמצם את תרופות השואל בגין הפרתה לעומת התרופות שהוא מעמיד לרשות השוכר. לעומתו, המשפט העברי מצמצם את היקף חובת ההתאמה בשאילה לעומת השכירות ומשווה ביניהם לעניין התרופות.

וביתר פירוט: בניגוד לעמדת החוק, על פי המשפט העברי, אין הוראות השלמה דיספוזיטיביות לעניין התאמת המושאל, וחובתו היחידה של המשאיל היא למסור לשואל מושאל המתאים למה שהוסכם ביניהם במפורש. לא הוסכם על שאילת נכס מסוים אלא על סוג הנכס, מסתבר שאף לאותן דעות שהמוכר והשוכר צריכים לקיים את העסקה במתן נכס מאיכות בינונית, הרי בשאילה, מאחר שהמשאיל אינו מקבל תמורה, אין הוא צריך להשאיל נכס מאיכות בינונית, ודי לו בקיום מינימלי.

הפר המשאיל את חובת ההתאמה המוטלת עליו, המשפט העברי מזכה את השואל באכיפה, בניגוד לעמדת החוק. השואל רשאי גם לבטל את השאילה. לעניין פיצויים יחולו דיני הנזיקין הכלליים.

השואל אינו זכאי לתרופות האמורות אם השתמש במושאל לאחר גילוי אי־ההתאמה.

[21] ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 148, בשם שו"ת "תשורת ש"י".

לאור האמור לעיל, אנו מציעים לנסח את סעיף 28 כדלהלן:

שלילת תרופות

28. (א) המשאיל לא קיים את חיובו, אם מסר לשואל נכס שאינו מתאים למה שהוסכם ביניהם במפורש.

(ב) בגין הפרת חוזה שאילה, השואל זכאי לתרופות שהשוכר זכאי להן, ובלבד שנמנע מלהשתמש במושאל לאחר גילוי אי־ההתאמה.

סעיף 29

סיום השאילה

סיום השאילה

29. (א) המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל, והוא רשאי לסיים את השאילה בתוך תקופתה אם מת השואל או אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו, והכל בהודעה לשואל זמן סביר מראש.

(ב) לא הוסכם על תקופת השאילה, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 583

פרק שני: ביטול חוזה השאילה לפני המסירה — "רשאי לבטל... כל עוד לא מסר" 584

פרק שלישי: שאילה קצובה 585

א. תום התקופה 585

ב. סיום מוקדם — "לסיים את השאילה בתוך תקופתה" 587

(1) סיום מוקדם על ידי המשאיל — "והוא רשאי" 587

(א) מיתת השואל — "אם מת השואל" 587

(ב) צורך עצמי — "אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו" 590

(ג) פגם במושאל 591

(2) סיום מוקדם על ידי השואל 591

פרק רביעי: שאילה שאינה קצובה — "לא הוסכם על תקופת השאילה" 592

א. זמן מינימלי — "זמן סביר מראש" 592

ב. הודעת סיום — "לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני" 593

ג. מיתת אחד הצדדים 594

(1) מיתת המשאיל 594

(2) מיתת השואל 595

פרק חמישי: שאילה קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה — "או שהצדדים המשיכו לקיימה" 596

פרק שישי: סיכום 596

מבוא

הסעיף שלפנינו כולל תחת הכותרת "סיום השאילה", שלושה עניינים שונים: הזכות לביטול השאילה לפני שנמסר המושאל, כלומר לפני שהתחילה תקופת השאילה[1]; העילות לסיומה המוקדם של שאילה קצובה אף שהמושאל כבר נמסר, כלומר לפני תום התקופה המוסכמת; דרכי סיומה של שאילה שלא נקבע לה מועד סיום.

הרעיון המנחה בסעיף זה הוא, שמאחר שחוזה שאילה, בניגוד לחוזה שכירות, מקנה זכות שימוש במושאל כשהשואל לא נתן כל תמורה, יש לתת למשאיל זכויות רחבות יותר לביטול החוזה או לסיומו המוקדם. בהתאם לכך קבע המחוקק, ש"המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל", ובנסיבות מסוימות, אף כשכבר נמסר, זכותו לסיים את השאילה לפני זמנה.

כמו בשכירות גם בשאילה עולה מן הסעיף, שאם הסכימו הצדדים על תקופה מסוימת לשאילה, היא מגיעה לסיומה בתום אותה תקופה בלי צורך בהודעה כלשהי. לעומת זאת, בשאילה, בניגוד לשכירות, החוק מכיר בעילות מסוימות — צורך עצמי של המשאיל במושאל ומיתת השואל — כעילות לגיטימיות לסיומה המוקדם של שאילה קצובה, ובלבד שיודיע על כך לשואל זמן סביר מראש.

באשר לשאילה שאינה קצובה, נקבע הסדר דומה להסדר שנקבע בשכירות, והוא שהצד המעוניין לסיים את השאילה אינו יכול לעשות זאת בלא הודעה מראש לצד השני. החוק דורש ממנו להודיע על הסיום לצד השני, ורק לאחר חלוף פרק זמן סביר מיום ההודעה, תגיע השאילה לסיומה[2].

להלן נדון בשלוש הסוגיות שדן בהן הסעיף לפי הסדר. תחילה נדון בביטול החוזה לפני מסירת המושאל לשואל, ונשאל: האם המשאיל רשאי להפר את התחייבותו רק משום שלא קיבל תמורה? לאחר מכן נדון בסיומה של שאילה שנקבע לה מועד בין הצדדים — שאילה קצובה. במסגרת זו נבחן אם מיתת השואל או צורך עצמי של המשאיל עשויים להביא לקיצור התקופה הקצובה? וכן אם הזכות נתונה לשואל לסיים את השאילה בטרם זמנה או לא? בהמשך, נדון בחוזה שלא הוסכם בו על תקופת השאילה — שאילה שאינה קצובה. ולבסוף, נבחן אם חוזה שאילה שנמשך מעבר לתקופה הקצובה הוא כחוזה שלא נקבע לו מועד סיום, כפי האמור בחוק, או שמא יש לו דין מיוחד. דיוננו בכל השאלות האלה יַראה, שבניגוד למה

[1] זו כנראה הסיבה, שהחוק מדבר כאן על ביטול "חוזה השאילה", ולא על "סיום השאילה", כמו בהמשך הסעיף.

[2] ברור שמטרת פרק הזמן בין מתן ההודעה והסיום היא לא להפתיע את הצד השני ולתת לו שהות להתארגן לקראת סיום השאילה, בדומה למה שראינו בסעיף 19, כשדננו בסיום השכירות. ואף שלכאורה, בניגוד למשכיר, לא ייגרם כל נזק למשאיל, אם לא ימצא שואל חלופי, יש להניח שהוא צריך זמן כדי למצוא סידור חלופי לשמירת המושאל. ראה להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 593.

שראינו בעניין סיום השכירות, הרי שבשאילה, גישת המשפט העברי שונה, בנקודות חשובות, מן הגישה של החוק.

פרק שני

ביטול חוזה השאילה לפני המסירה – "רשאי לבטל... כל עוד לא מסר"

המחוקק קובע ש"המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל". לשון אחר, כל עוד לא נמסר המושאל, חוזה השאילה אינו בר אכיפה. הוראה דומה אפשר למצוא בסעיף 5(ב) לחוק המתנה, התשכ"ח־1968, אם כי שם סייג המחוקק את אפשרות החזרה מן החוזה: "כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו, רשאי הנותן לחזור בו ממנה". לא ברור מדוע לא נקבע בשאילה אותו סייג: "כל עוד השואל לא שינה את מצבו".

בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 1, נקבע שאחרי כריתת החוזה, על ידי קיבול ההצעה, מחויבים הצדדים לקיים את החוזה, ובעיקרון אינם יכולים לחזור בהם. נמצא, שהוראות החוק בשאילה ובמתנה, חריגות הן, שכן נקבע בהן שהצדדים יכולים לחזור בהם כל עוד לא נמסרו המושאל או המתנה. המשותף לשאילה ולמתנה, שהן עסקאות חינם, שבהן הנותן אינו מקבל כל תמורה: מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה, כלשון המחוקק בחוק המתנה סעיף 1; ושאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהוקנתה הזכות שלא בתמורה, כלשון המחוקק כאן, בסעיף 26. כיוון שהעסקה נעשתה שלא בתמורה, סבר המחוקק שיש לתת לנותן את הזכות לחזור בו, כל עוד הזכות נשוא ההסכם לא עברה לידי השואל או לידי מקבל המתנה[3].

שיקול דומה לשיקול של החוק, אפשר למצוא באחת הדעות שהביא התלמוד בעניין קנייני שאילה, כפי שהסביר אותה "חזון איש"[4]. אמנם גישה זו לא נתקבלה להלכה, אולם נזכיר אותה בכל זאת, מפאת הדמיון בין השיקול שעומד ביסודה ובין השיקול שעומד ביסוד גישת החוק. לדעת רב הונא[5], עסקת השאילה אינה נגמרת אלא משהתחיל השואל להשתמש במושאל. ואלה דבריו: "השואל קרדום מחבירו: ביקע בו, קנאו; לא ביקע בו, לא קנאו". מסביר ה"חזון איש": "טעמא דרב הונא, דלא סמיך בעל הבית [המשאיל] דעתו שלא יוכל לחזור בו, כל זמן שלא התחיל להשתמש... בקושי הוא מוסר לחברו [באופן] שלא יכול לחזור אף אם יהיה לו צורך בו, וסבר רב הונא, דכל זמן שלא התחיל במלאכה, דעתו שיכול לחזור אם ירצה, כיון שאין לו הנאה מהאי שאילה, וכולו להנאת השואל". הדמיון בין דברים אלה לגישת החוק ברור. רב הונא אף מרחיק לכת יותר מהחוק, שכן, לדידו, לא די במסירת המושאל כדי למנוע חזרה מן העסקה, אלא צריך תחילת שימוש. אם כי צריך לציין שהדמיון אינו מלא, שכן אם הייתה התחייבות מפורשת, נראה שגם רב הונא היה מסכים שהמשאיל אינו רשאי לחזור בו.

[3] למדיניות זו של המחוקק ולהבדלי הגישה בסוגיה זו בין חוק השכירות והשאילה לחוק המתנה, התשכ"ח־1968, ראה: פרידמן (לעיל, סעיף 28, הערה 1), עמ' 159, ועמ' 176־177.

[4] חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן יז, ס"ק ט.

[5] ראה: בבא מציעא צט ע"א.

להלכה לא נתקבלה גישתו של רב הונא. נטילת החזקה במושאל (או מעשה קניין אחר בר תוקף) מעבירה לשואל את זכויות השאילה, כשם שהיא מעבירה לשוכר את זכויות השכירות או לקונה את זכויות הבעלות, וזאת אף שמדובר בעסקת חינם[6]. והוא הדין גם בשלב החוזי של העסקה (כלומר, שעדיין לא העביר המשאיל לשואל זכויות במושאל ורק התחייב לעשות כן. למען האמת, בהתחייבות מפורשת רב הונא לא היה חולק, כפי שכבר הערנו על כך לעיל). שלא כמו החוק, לפי המשפט העברי, החוזה (ובלבד שנעשה בצורה הנאותה ליצירת חיוב) מחייב, בין שעניינו עסקה בתמורה ובין שעניינו עסקה שלא בתמורה. משנכרת חוזה מחייב, חובה לקיימו, והמתחייב אינו רשאי לחזור בו לפני המסירה. כך הוא הדין במכר, כפי שכותב הרשב"א[7]: "חייבו עצמם כראוי זה למכור וזה לקנות... מסתברא שכל שזה בא לקנות, חייב השני למכור. וכל שהמוכר בא למכור, חייב הקונה לקנות". וכך הדין גם בעסקת חינם, כפי שמעיר הסמ"ע[8]: "אם כתב: 'הריני מחייב נפשי ליתן לך וכו'" אף שהוא במתנה... החיוב חל על גופו".

עם זאת, יש להצביע על הבדל חשוב בין המשאיל לשואל. בדיוננו להלן[9] נראה, שלכולי עלמא, אף באמצע תקופת השאילה, זכותו של השואל להחזיר את המושאל לידי המשאיל, ולשים קץ לשאילה. הנימוק לכך הוא, שאין לחייבו "לשמור בעל כורחו", ש"עיקר השאילה לצורכו היא"[10]. נמצא, שאם עדיין לא נמסר המושאל, אמנם המשאיל אינו רשאי לחזור בו, אולם אין שום היגיון לאכוף את החוזה על השואל. המושאל נמצא עדיין ברשותו של המשאיל, ועל כן אין שום מניעה מצד השואל להודיע על חזרתו מן השאילה.

פרק שלישי

שאילה קצובה

א. תום התקופה

דבר ברור ומוסכם על הכול, שאם הסכימו הצדדים על משך תקופת השאילה, בתום אותה תקופה מסתיימת השאילה, ולשם כך אין אחד הצדדים צריך לנקוט פעולה כלשהי. כך עולה כבר מסוגיית התלמוד[11] בעניין פרה שאולה שמתה בשעה שהייתה בדרכה חזרה אל המשאיל. התלמוד מטעים, שהשואל נושא באחריות רק כ"שהחזירה בתוך ימי שאילתה, אבל לאחר ימי

[6] ראה: רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה: "שאלו לזמן קצוב, כיון שמשך וזכה בו, אין הבעלים יכולים להחזירו מתחת ידו עד סוף זמן השאלה".

[7] בתשובה, הובאה בבית יוסף, חו"מ, סימן רו, ס"ק ה.

[8] סמ"ע, חו"מ, סימן ס, ס"ק יח. וראה גם: נתיבות המשפט, סימן לט, ס"ק יח.

[9] להלן, פרק שלישי, ב(2), עמ' 591.

[10] לשון הרא"ה, מובא בחידושי הר"ן, בבא מציעא צט ע"א, ד"ה כדרך שתקנו; מובא גם בנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נז ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה וכתבו המפרשים (שם הובא בשם הרא"ש, והוא טעות הדפוס). וראה להלן, ליד ציון הערה 52, שלדעת הר"ן לסיום השאילה די בהודעת סיום ואין הכרח בהחזרת המושאל לידי המשאיל.

[11] בבא מציעא פ ע"ב.

שאילתה — פטור". וכפי שמבאר רש"י[12]: "ואפילו בביתו של שואל מתה, משכלו הימים אינו שואל עליה". וכך קבע הרמב"ם[13]: "אם החזירה ביד אחר, אחר ימי שאילתה, הרי זה פטור אם מתה בדרך, שהשאלה אחר ימי שאלתה יצאת מדין שאלה, והרי הוא כשומר שכר עליה[14]. ולפיכך, אם נשבית או מתה לאחר ימי שאלתה — פטור. וכן כל כיוצא בזה". וכך נפסק גם בשולחן ערוך[15].

אימתי נחשבת השאילה לשאילה קצובה? האם רק כשקבעו הצדדים במפורש מועד לסיום? להלן נראה שקיימות נסיבות נוספות שבהן חוזה שאילה, אף שאינו כולל הוראה מפורשת בדבר מועד הסיום, יתפרש בכל זאת כחוזה שבו התקופה קצובה:

בתוספתא[16] נקבע, שאם הייתה השאילה למטרה מסוימת, תקופתה נקבעת על פי מטרת השאילה, ומשהושגה המטרה מסתיימת השאילה: "השואל פונדק מחבירו: ללינה, אין פחות מיום אחד; לשביתה, אין פחות משני ימים; לנישואין, אין פחות משלושים יום. השואל מחבירו חלוק לילך בו לבית האבל, כדי שילך ויחזור[17]". גם בתלמוד[18] קבע רבא, שמי שקיבל בהשאלה מעדר לעדור בו פרדס מסוים, רשאי לעדור בו את אותו פרדס ולא יותר. ואם אמר שהוא רוצה לעדור בו פרדס, ולא ציין פרדס מסוים, השואל רשאי לעדור בו כל פרדס שירצה. לעומת זאת, אם ביקש את המעדר לעדור "פרדסים", השואל רשאי לעדור בו את כל הפרדסים שיש לו[19]. וכך קבעו הרמב"ם[20] והשולחן ערוך[21]: "השואל כלי מחבירו לעשות בו מלאכה פלונית, אין המשאיל יכול להחזירו מתחת ידו עד שיעשה בו אותה מלאכה"[22].

תקופת השאילה נקבעת בכל אלה על פי מטרת השאילה. אמנם מנוסח ההלכות שהבאנו, יכול היה להשתמע, שאין כאן מועד סיום קצוב, אלא קביעת פרק זמן מינימלי שלפניו אי־אפשר לסיים את השאילה. אולם ממקור ההלכה בתלמוד ברור, שאף שלא קבעו זמן לסיום

[12] שם, ד"ה אבל.

[13] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק ג, הלכה ב.

[14] הסיבה שדינו כשומר שכר מבוארת בתלמוד, בבא מציעא פא ע"ב; כיוון שנהנה קודם לכן מהבהמה, הרי זה כאילו קיבל שכר על השמירה. מכל מקום, אינו נחשב עוד כשואל.

[15] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמ, סעיף ח.

[16] תוספתא, בבא מציעא ח, כח (הלכה יא בדפוס וילנא). והשווה דיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 56.

[17] בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמ, סעיף לה, ובנושאי הכלים, שם, הובאה מחלוקת ראשונים בעניין משך שאילת חלוק לבית האבל: האם רשאי השואל להשאיר את החלוק אצלו בתוך שבעת ימי האבלות? יש שהסיקו מסוגיית התלמוד במנחות מד ע"א, ש"סתם שאילה — שלושים יום". ראה: תוספות, שבת קמח ע"א, ד"ה שואל; רא"ש, מכות, פרק א, סימן ד, בשם רבנו תם. וראה גם: ט"ז, אבן העזר, סימן כח, ס"ק לו. אולם ראה שם, שחלקו על דבריו, ואף בשולחן ערוך לא הוזכרה דעה זו. והשווה דיוננו על סעיף 19, הערה 56 והערה 114. וראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמא, סעיף א. וראה גם: חסדי דוד, על התוספתא, בבא מציעא, פרק ח, ד"ה והנה נסתפקתי, שהבחין בעניין זה בין מיטלטלין למקרקעין, וטען שבמקרקעין אין הבדל בין שכירות לשאילה, שכן גם בשאילת מקרקעין "לא טרח איניש לאושלי ביתא לבציר מתלתין יומין [=אין אדם טורח לשאול בית לפחות משלושים יום]". וראה עוד להלן, הערה 29.

[18] בבא מציעא קג ע"א.

[19] יש לציין, שהשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ז, מוסיף: "ויש מי שאומר [ראה: טור, שם], דדוקא באותה שנה, אבל לא בשנה אחרת".

[20] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ו.

[21] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ה.

[22] גם הרמב"ם (שם, ובהלכה ז) וגם השולחן ערוך (שם, ובהלכה ב) מפרטים מקרים שונים, שבהם המטרה המסוימת נגמרת בזמן מסוים.

השאילה, אין השואל רשאי להמשיך להשתמש במושאל לאחר שהשיג את מטרת השאילה. כלומר, מטרת השאילה מגדירה את מועד הסיום, אף שלא פירשו הצדדים את אותו המועד[23].

"מחנה אפרים"[24] מסתפק אם, כשהייתה השאילה להשגת מטרה מסוימת, משהושגה המטרה מסתיימת השאילה מאליה, כדין כל שאילה קצובה? או שמא, מאחר שמועד הסיום אינו ברור מראש, השואל חייב להודיע למשאיל על השגת המטרה, ורק אז פוקעת אחריותו כשומר? "מחנה אפרים" נוטה להכריע כחלופה השנייה, שעל השואל מוטל להודיע על סיום השאילה. כל עוד הוא אינו מודיע על כך, אחריותו כשואל נותרת בעינה. מדבריו משמע, שעל כל פנים די בהודעת סיום, ואין צורך להמתין עד שיוכל המשאיל ליטול את החזקה במושאל[25].

העולה מכל האמור לעיל הוא, שכדי שתיחשב השאילה לשאילה שלא נקבע לה מועד, לא די בזה שלא התייחסו הצדדים לשאלת מועד הסיום במפורש. נוסף לכך צריך גם שאי־אפשר יהיה להסיק את אורך תקופת השאילה ממקום אחר.

ב. סיום מוקדם — "לסיים את השאילה בתוך תקופתה"

כפי שראינו בדיוננו על סעיף 19, המחוקק לא הכיר באפשרות של סיום מוקדם של שכירות קצובה. לעומת זאת, בשאילה, קבע המחוקק שתי עילות לסיום מוקדם על ידי המשאיל: מיתת השואל; צורך עצמי של המשאיל. בשני אלה, המשאיל רשאי לסיים את השאילה לפני זמנה, ובלבד שיודיע לשואל על הסיום מראש[26]. כבר הערנו במבוא לסעיף זה, שאם הכיר המחוקק בנסיבות אלה כעילות מוצדקות לסיומה המוקדם של השאילה, הרי זה משום שהשאילה היא עסקת חינם, שבה המשאיל עושה טובה לשואל ואינו מפיק שום רווח.

האם המשפט העברי מכיר גם הוא בעילות אלו כעילות לסיומה המוקדם של שאילה קצובה? בהמשך דיוננו נראה, שהתשובה לכך שלילית. לפי המשפט העברי, בעניין זה, דין שאילה כדין שכירות. כשם שצורך עצמי של המשכיר או מיתת השוכר אינם עילה לסיום מוקדם של שכירות קצובה, כך גם צורך עצמי של המשאיל או מיתת השואל אינם עילה לסיום מוקדם של שאילה קצובה.

המחוקק לא הזכיר כל עילה לסיום מוקדם על ידי השואל. האם פירוש הדבר, שלשואל אין שום עילה לסיום מוקדם, או שמא הפירוש הוא להפך, שזכותו לסיום מוקדם מובנת מאליה, ועל כן בניגוד למשאיל, היא אינה מוגבלת לעילות מיוחדות? להלן, נקדיש דיון מיוחד לשאלה זו, ונראה שלפי המשפט העברי, השואל רשאי לסיים את השאילה סיום מוקדם. על הנימוק המשפטי של הפער בין זכויות השואל והמשאיל לעניין סיום מוקדם, נעמוד בהמשך.

(1) סיום מוקדם על ידי המשאיל — "והוא רשאי"

(א) מיתת השואל — "אם מת השואל"

א. אם מת השואל באמצע התקופה, המחוקק מאפשר למשאיל לבטל את השאילה. ההיגיון בעמדת החוק הוא, שהשאילה היא עסקה אישית שבה המשאיל עושה טובה לשואל. אם השואל איננו קיים, אין סיבה לחייב את המשאיל להסכים לעשות טובה זו גם ליורשיו.

[23] השווה דיוננו באותו נושא בעניין שכירות, לעיל, סעיף 19, פרק שלישי, א, עמ' 419.

[24] מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סוף סימן ז.

[25] כך הכריע גם נתיבות המשפט, סימן קפו, סעיף ב.

[26] וראה: ע"א 139/88 קלרה הלר (מרקוס) נ' בטי ליבנד ואח', פ"ד מג (4) 108, 114.

המחוקק מאפשר לסיים את השאילה, לא רק עקב מיתת השואל אלא גם עקב צורך עצמי. במובן מסוים, שתי העילות משלימות זו את זו: אחר "מיתת השואל", השואל כבר אינו זקוק למושאל; ב"צורך עצמי" המשאיל הוא שזקוק למושאל. בשתי עילות אלו, מאחר שהשתנו הנסיבות שהביאו להסכם מכול וכול, ניתנת אפשרות למשאיל לסיים את השאילה, מכיוון שמדובר בעסקת חינם.

יש להעיר, שמן הסעיף עולה, שבמיתת השואל השאילה אינה מסתיימת מאליה, אלא עוברת בעיקרון ליורשיו (שאם לא כן, לא היה מקום לדבר על "רשאי לסיים"). העברת זכויות השאילה אל היורשים סותרת לכאורה את מה שנקבע בסעיף 30: "השואל אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושאל", ונחזור על כך בהמשך.

ב. מהי עמדתו של המשפט העברי בעניין מיתת השואל? על פי דברי הרמב"ם[27], נראה שמיתת השואל אינו עילה לסיום השאילה: "שאלו לזמן קצוב, כיון שמשך וזכה בו, אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף זמן השאילה, ואפילו מת השואל, הרי היורשין משתמשין בשאלה עד סוף הזמן". הרמב"ם קבע זאת בהסתמך על דברי התלמוד[28]: "יתומים שהניח להם אביהן פרה שאולה, משתמשין בה כל ימי שאלתה[29]". נראה מכאן, שבשונה מתפישת החוק, השאילה אינה עסקה אישית, שבה התכוון המשאיל לעשות טובה לשואל בלבד, שאם לא כן, ודאי שהמשפט העברי היה רואה גם הוא במיתת השואל עילה לסיום השאילה. וכך כתב הרשב"א[30] במפורש: "שלא תאמר, מי שהשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה... דגרסינן: 'הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשים בה כל ימי שאלתה'".

כמו שהערנו ביחס לחוק, כך יש להעיר גם ביחס למשפט העברי: כיצד מתיישבת הלכה זו, ולפיה זכויות השאילה עוברות בירושה, עם הכלל "אין השואל רשאי להשאיל"[31]? בהסבר הדבר מצאנו הצעות שונות. כפי שניווכח, היקף זכויות הירושה שונה לפי כל אחת מהצעות אלה:

1. הסכם מכללא: בעל שו"ת דבר אברהם[32] מסביר, שהמשאיל השאיל את המושאל לתקופה קצובה, ולא התנה שלא יעבור המושאל בירושה, אף שידע שהשואל עלול למות באמצע תקופת השאילה. אשר על כן, אומדים את דעתו, שהסכים מכללא שיעבור המושאל אל יורשי השואל.

[27] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק א, הלכה ה.

[28] כתובות לד ע"ב; בבא קמא קיב ע"א.

[29] גם רש"י הבין שמדובר בשאילה קצובה, כפי שעולה מפירושו בכתובות, שם, ד"ה כל ימי שאלתה: "כל ימי משך הזמן ששאלה אביהן מן הבעלים". וראה: חידושי הריטב"א, כתובות שם, ד"ה אמ' רבא, שרצה להוכיח מדברי רש"י, שבשאילה אין אומרים "סתם שאילה — שלושים יום" (השווה לעיל, הערה 17). וראה: שיטה מקובצת, שם, ד"ה ולי, שהשיג על דברי הריטב"א, וטען שאין להוכיח כך מרש"י, משום שגם אם "סתם שאילה — שלושים יום", הרי אין זה אלא ביחס לשואל עצמו, ולא ביחס ליורשיו. ראה להלן, ליד ציון הערה 73. וראה ר"ן, שבת, פרק שנים ועשרים (סג ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ושמעינן, שהסיק גם הוא ממקום אחר, שלדעת רש"י, אין אומרים "סתם שאילה — שלושים יום".

[30] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה.

[31] ראה: בבא מציעא כט ע"א. וראה עוד דיוננו להלן, סעיף 30.

[32] ראה: שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק ב, סימן יז, ס"ק ז, ד"ה והמח"א, בהסברו לשיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב, ד"ה ולי.

2. השאלת משנה אינה אסורה אלא כשהיא באה ביזמת השואל: לדעת המאירי[33], הכלל "אין השואל רשאי להשאיל" לא נאמר אלא בשואל המעביר את המושאל מיזמתו. העברת המושאל שלא ביזמתו, כגון מכוח ירושה, אינה סותרת אפוא את הכלל "אין השואל רשאי להשאיל"[34].

3. איסור השאלת משנה אינו אלא לכתחילה ולא בדיעבד: הסבר נוסף מציע "מחנה אפרים"[35]. לדעתו, הכלל "אין השואל רשאי להשאיל" אינו שולל אפשרות של העברת המושאל לאחר, אלא רק אוסר על ההעברה לכתחילה. בדיעבד, אם העביר השואל את השאילה, ההעברה תקפה, ולמשאיל אין עילה לסיים את השאילה. מובן אם כן, שאין כל סתירה בין ירושת השאילה ובין האיסור להעביר את השאילה לכתחילה, שהרי, מעצם טבעה, הירושה היא העברה בדיעבד.

4. אין המושאל עובר בירושה אלא לבני ביתו של השואל הסמוכים על שולחנו: לעומת דעת רוב הפוסקים, שהמושאל עובר בירושה לכל יורשי השואל, כתב "נתיבות המשפט"[36], שזכות השאילה עוברת רק לבני ביתו של השואל הסמוכים על שולחנו. בכך מתרץ בעל "נתיבות המשפט" את הקושיא הנזכרת, שכן לדעתו השאילה עוברת בירושה רק למי שהיה רשאי להשתמש במושאל גם בחיי השואל, ואין אפוא כל סתירה לכלל "אין השואל רשאי להשאיל"[37].

כאמור, היקף זכות ירושת השאילה שונה לפי כל אחת מהצעות אלה: לפי "נתיבות המשפט", היקף ירושת השאילה מצומצם ביותר, שכן לדעתו אין השאילה עוברת בירושה אלא לבני ביתו של השואל הסמוכים על שולחנו, ולא אל שאר יורשיו (נדגיש שוב, שאין זו עמדת החוק שלפנינו). לפי בעל "דבר אברהם", היקף זכות הירושה רחב יותר, שכן הוא כולל את כל היורשים, אולם יש בו בכל זאת הגבלה, שכן שאילה שאינה קצובה אינה עוברת בירושה. לפי המאירי, אין שום הגבלה על ירושת השאילה: היא כוללת את כל סוגי היורשים ואת כל סוגי השכירות (קצובה ושאינה קצובה). לפי "מחנה אפרים", זכויות העברת המושאל רחבות

[33] מאירי, בית הבחירה, כתובות לד ע"ב, ד"ה ממה. השווה דיוננו על סעיף 19, הערה 115.

[34] לפי הסבר זה של המאירי, בעיקרון השאילה עוברת בירושה אף כאשר הייתה לתקופה שאינה קצובה (אמנם למעשה יוכל המשאיל להפסיק שאילה זו בכל רגע, מאחר שאינה קצובה, אם כי ייתכן שיצטרך להודיע ליורשים על סיום השאילה מראש. ראה על כך להלן, פרק רביעי, ב, עמ' 593). השווה דעת "דבר אברהם", לעיל, הערה 32.

[35] מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט. וראה דיוננו לעיל, סעיף 19, ליד ציון הערה 116.

[36] נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק ג. השווה דיוננו על סעיף 19, ליד ציון הערה 110.

[37] "נתיבות המשפט" מוכיח מתוך דברי הרמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף י, שלא ייתכן לומר שההעברה תקפה בדיעבד, שהרי נפסק שם, שהרווח מן ההעברה מגיע למשכיר ולא לשוכר (נציין, שבכך הוא חולק על דרכו של "מחנה אפרים", לעיל, הערה 35. ראה על כך, דיוננו על סעיף 22, הערה 149). "נתיבות המשפט" אינו מביא ראיה להבחנה שהוא מציע (בין בני ביתו של המוריש הסמוכים על שולחנו ליורשים אחרים). מקור להבחנה זו אפשר אולי להביא מדברי המרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל בתרא, סימן קמו, שקבע, שאישה יורשת את הזכות להתעסק בכסף שהופקד בידי בעלה, כל זמן שלא הגיע זמן החזרת הפיקדון. כמקור לדבריו ה"מרדכי" מביא את סוגיית ירושת שאילה, וזה לשונו: "דכל המפקיד, על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד... כדאמרינן: ... 'הניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשין בה כל ימי שאלתה'". מכאן, שגם הוא הבין, שאין זוכים בירושת שאילה אלא בני ביתו של השואל הסמוכים על שולחנו, שאם לא כן, לא היה יכול להביא מכאן ראיה לדבריו (וראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט, שביאר כן את דברי ה"מרדכי").

עוד יותר, שכן לדעתו בדיעבד המושאל עובר לא רק בירושה אלא גם בשאילת משנה, אף שנעשתה על ידי השואל מחיים.

ג. על פי דיני השומרים החלים עליו, השואל נושא באחריות לשלמות המושאל, אפילו כשניזוק המושאל באונס. אולם לא כן יורשי השואל. התלמוד[38] קובע, שכאשר השאילה עוברת ליורשי השואל, אינם מתחייבים באונסין. הרא"ש[39] העיר על כך: "ונראה לי, דבסתם איירי [=מדובר בסתם, כלומר בשהמשאיל אינו תובע דבר], אבל אם המשאיל אמר ליתומים: 'פרה זו השאלתי לאביכם, החזירוה לי, או קבלו עליכם אונסין כדין השואל', הדין עם המשאיל". סברתו של הרא"ש היא, שאנו מעריכים שכוונת המשאיל הייתה, שאם תועבר השאילה בירושה ליורשי השואל, יקבלו היורשים לא רק את זכות השימוש אלא גם את אחריות השמירה. לכן המשאיל יכול לדרוש שיתחייבו באונסין, ורק אם יסכימו לכך, לא יהיה רשאי לשים קץ לשאילה[40].

(ב) צורך עצמי — "אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו"

בדיוננו על פרק השכירות בסעיף 19 ראינו[41], שלדעת רוב הפוסקים, אם הייתה השכירות קצובה, אפילו אם נפל ביתו של המשכיר, ואין לו מקום לגור, לא יהיה בכך עילה לביטול החוזה ולהוצאת השוכר מהמושכר. רק בשכירות שאינה קצובה בזמן, צורך עצמי הוא עילה חוקית לסיום מיידי של השכירות ולפטור המשכיר מהודעת סיום.

האם הוא הדין גם בשאילה? הזכרנו כבר פעמים רבות, שהשאילה שונה מהשכירות, בכך שהמשאיל עושה טובה לשואל ואינו מקבל כל תמורה. היה מקום להניח, שדעתו של המשאיל להמשיך בשאילה, כל עוד אינו זקוק למושאל לצורך עצמו, אבל במצב של צורך עצמי, מוסכם מכללא שיהיה רשאי לסיים את השאילה לפני זמנה. נראה שתפישה זו היא שהנחתה את המחוקק הישראלי, כשהבחין בעניין צורך עצמי בין שאילה לשכירות[42].

לא כן היא עמדת המשפט העברי. הפוסקים לא הצביעו בעניין זה על הבחנה בין שאילה לשכירות. בסעיף 26 הבאנו גישות אחדות במשפט העברי, כיצד יש להגדיר את מהות השאילה. לפי הגישה הרואה בשאילה זכות קניינית[43], קל להבין, שאף שהמשאיל זקוק למושאל, אין הוא רשאי לסיים את השאילה, כיוון שהמושאל קנוי לשואל לתקופת השאילה. אולם כך הוא

[38] כתובות לד ע"ב.

[39] פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק י, סימן א.

[40] דברי הרא"ש הובאו בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ג. בביאור הגר"א, שם, ס"ק ו, ציין את המקור לדברים אלו מהתלמוד, במסכת בבא מציעא קט ע"א. בתלמוד שם נאמר, שאם מת אדם שהיה אריס בכרם, ויש לו יורשים, זכות האריסות אינה עוברת בירושה. הטעם לדין זה הוא, שאנו מעריכים שכוונת נותן האריסות הייתה שדווקא אריס זה יעבד את הקרקע, ולא יורשיו. בדומה לזה, גם כאן אנו מעריכים שכוונתו של המשאיל הייתה שיהיה מי שיתחייב באונסין, וכמו שביארנו בפנים.

[41] ראה דיוננו על סעיף 19, פרק שלישי, ב, עמ' 422.

[42] וראה: פרידמן (לעיל, סעיף 28, הערה 1), עמ' 177, שמבקר את החוק. לדעתו, אם שינה השואל את מצבו בהסתמך על הסכם השאילה, אין זה מן הראוי לתת למשאיל זכות לבטל את השאילה בטענה שהמושאל דרוש לו לצורך עצמו.

[43] ראה דיוננו על סעיף 26, ליד ציון הערה 19.

גם לפי בעלי הגישה החוזית. "נתיבות המשפט"[44], שהוא אחד מנציגי הגישה הזו[45], קובע במפורש שגם בשאילה צורך עצמי אינו עילה לסיום מוקדם. אמנם סביר להניח שהמשאיל לא היה מעוניין בהמשך השאילה בנסיבות של צורך עצמי, אולם על פי המשפט העברי "דברים שבלב אינם דברים", והיה עליו להתנות על כך במפורש מראש. הקשיים שנתקל בהם כעת אינם עילה חוקית לביטול התחייבותו.

(ג) פגם במושאל

עד כה ראינו שמיתת השואל או צורך עצמי של המשאיל אינם עילות לקיצור תקופת השאילה. כעת נבחן את השפעת פגם במושאל על תקופת השאילה. לפי השקפת החוק, מאחר שבשאילה אין חובת תיקון, יש להניח שפגם במושאל, השולל את המשך השימוש בו, מביא את השאילה לסיומה. השואל אינו רשאי לתקן את המושאל (אפילו לא על חשבונו) בלא הסכמת המשאיל. אם הפגם אינו אלא לתקופה מוגבלת, או שאינו מונע את השימוש כליל, נראה שאמנם השואל אינו רשאי לתקן את המושאל בלא אישור המשאיל, אולם הוא רשאי להמשיך ולהחזיק בו כמות שהוא, ולהשתמש בו במידת האפשר. אין צריך לומר, שמניעת שימוש זמנית במושאל אינה עילה להארכת תקופת השאילה.

בדיוננו על פרק השכירות[46] ראינו, שבמשפט העברי אפשרות הארכת תקופת השכירות עקב פגם שנויה במחלוקת. ציינו, שמחלוקת זו אינה אלא בשכירות מסוימת (היינו שהייתה השכירות של מושכר מסוים); ואילו בשכירות בלתי מסוימת, ברור שהמשכיר חייב להאריך לשוכר את תקופת השכירות.

בשאילה הדין שונה. התלמוד קובע[47], שאם אירע פגם במושאל מסוים, מסתיימת השאילה. במילים אחרות, לא זו בלבד שהמשאיל אינו מאריך את תקופת השאילה, אלא השואל אינו רשאי להמשיך ולהשתמש במה שנשאר מן המושאל, ואף אינו רשאי לתקן את המושאל על חשבונו. אם הייתה השאילה של מושאל בלתי מסוים, התלמוד קובע שהשואל רשאי, אם הוא מעוניין בכך, לתקן את המושאל על חשבונו, ולהמשיך להשתמש בו עד תום תקופת השאילה[48]. אולם גם כאן אין לו תביעה להארכת תקופת השאילה. הטעם להבדל בין השאילה לשכירות מבואר לפי מה שהזכרנו במבוא, שהשאילה היא עסקת חינם, ולכן המשאיל נחשב כמי שלא נטל על עצמו התחייבות מעבר להעמדת המושאל לרשות השואל[49].

(2) סיום מוקדם על ידי השואל

סעיף 29 אינו מתייחס אלא למשאיל המעוניין לסיים את השאילה סיום מוקדם. הוא קובע, שבנסיבות מיוחדות — מיתת השוכר וצורך עצמי — הוא רשאי לעשות זאת. הסעיף אינו

[44] נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק יא. "נתיבות המשפט" מעיר, שכך פסקו הראשונים בעניין שואל כלי בטובו (ראה דיוננו לעיל, סעיף 26, פרק רביעי, עמ' 552), ומשם אפשר להקיש לכל שאילה.

[45] ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 35. וראה גם לעיל, סעיף 26, ליד ציון הערה 15.

[46] ראה דיוננו על סעיף 19, פרק שלישי, ה, עמ' 440.

[47] בבא מציעא קג ע"א. נפסק להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף ח. וראה גם: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן שדמ, ס"ק ז.

[48] מובן שיוכל השואל לקבל החזר הוצאות, כשיחזיר את המושאל לידי המשאיל. ראה: נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק טו.

[49] ראה: נתיבות המשפט, סימן שמא, ס"ק טו. וכן הוא ודאי גם לבעלי הגישה הקניינית. ראה דיוננו על סעיף 26, פרק שני, עמ' 546.

מתייחס לשואל המעוניין בכך. מאחר שעסקת השאילה באה כל כולה לטובת השואל, נראה לקבוע, שזכותו של השואל לסיים את השאילה מוקדם מן המוסכם אינה מוטלת בספק, ועל כן המחוקק לא התייחס אליה. עם זאת ראוי היה שייאמר הדבר במפורש.

עמדה זו, שהשואל רשאי לסיים את השאילה בטרם זמנה, משום שהשאילה באה כולה לטובתו, ואין כל היגיון לכפות עליו את קיומה, היא על כל פנים עמדתו של המשפט העברי[50]. אמנם נחלקו הדעות, בשאלת הדרכים שיכול השואל להביא את השאילה לסיומה. ברור שהשאילה אינה מסתיימת באמצע תקופתה, כל עוד השואל אינו מודיע על כך למשאיל[51]. אולם נחלקו הדעות[52] בין הר"ן לבין הרא"ה, אם די בהודעת סיום או שמא חייב השואל להשיב את המושאל לידי המשאיל, ורק אז מסתיימת השאילה. על היקפה של אותה מחלוקת, חלוקות הדעות בין האחרונים. לפי "מחנה אפרים"[53], דעת הר"ן היא, שדי בהודעת סיום; ואילו דעת הרא"ה היא, שכל זמן שלא נגמרה תקופת השאילה, אין השואל משתחרר מאחריותו, כל עוד אינו מחזיר את המושאל לידי המשאיל. לעומתו, "חזון איש"[54] סבור, שהמחלוקת אינה כה חריפה. הוא סבור שלדעת הר"ן, הודעת סיום מספיקה אך ורק כשעוד לא החל השואל להשתמש במושאל, אבל משהחל בשימוש, גם הוא מסכים שאין דרך לסיים את השאילה אלא על ידי החזרה לידי המשאיל.

נראה שדעת הר"ן לא נתקבלה להלכה[55], לכן משהחזיק השואל במושאל, אינו יכול להפסיק את השאילה על ידי מתן הודעה בלבד, אלא עליו להחזיר את המושאל למשאיל, ורק אז מסתיימת השאילה. אם עוד לא נטל השואל את החזקה במושאל, כולי עלמא מסכימים שהוא רשאי לחזור בו בהודעה למשאיל[56].

פרק רביעי

שאילה שאינה קצובה – "לא הוסכם על תקופת השאילה"

א. זמן מינימלי – "זמן סביר מראש"

המחוקק לא קבע זמן מינימלי לשאילה שאינה קצובה, אם כי ברור שלמעשה תארך השאילה לפחות אותו פרק זמן סביר, שהמחוקק דורש בין מתן הודעת סיום לבין הסיום.

[50] כך עולה לכולי עלמא, מדברי הראשונים שאנו מביאים בסמוך.
לשאלת דינם של שאר השומרים בעניין זה, אם רשאים גם הם לסיים את תפקידם לפני המועד המוסכם, ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצג, סעיף א. וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ג, שהשאלה שנויה במחלוקת. וראה: כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 11, פרק ב, 3, עמ' 496-501.

[51] כך עולה לכולי עלמא מהסבר האחרונים במחלוקת שבין הר"ן לרא"ה, שתובא בסמוך.

[52] מחלוקת זו הובאה בחידושי הר"ן, בבא מציעא צט ע"א, ד"ה כדרך שתקנו; ובנימוקי יוסף, בבא מציעא, פרק שמיני (נז ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה וכתבו המפרשים. הוזכרו כבר לעיל, הערה 10.

[53] ראה: מחנה אפרים, הלכות שאלה ופקדון, סימן ז. וראה: חידושי רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן שמא, סעיף א, שנראה שכך הבין גם הוא את המחלוקת.

[54] ראה: חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כז.

[55] ראה: נימוקי יוסף, שם; חידושי רבי עקיבא איגר, שם.

[56] כך עולה מדברי הראשונים, המובאים לעיל, בהערה 52. וראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

במשפט העברי נקבע, ששאילה שלא נקבע לה מועד סיום, נמשכת לא פחות מזמן מינימלי מוגדר. יש דעה בראשונים, ולפיה כל שאילה שלא נקצב לה זמן מראש, כוונת הצדדים הייתה שתימשך לפחות שלושים יום[57]. דעה זו לא נפסקה להלכה, אבל בעל ה"אורים ותומים"[58] קובע, שבכל אופן על תקופת השאילה להיות לפחות בפרק זמן שיוכל בו השואל להשתמש במושאל שימוש מינימלי.

ב. הודעת סיום — "לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני"

על פי החוק, הפסקת שאילה שאינה קצובה, נעשית דווקא על ידי מתן הודעת סיום "זמן סביר מראש". מטרת המחוקק היא, שיוכל הצד השני להתכונן לסיום מבעוד מועד. לכאורה, המשאיל אינו זקוק לאותו פרק זמן, שכן הוא אינו מרוויח מן השאילה, וממילא הפסקתה הפתאומית לא תגרום לו כל הפסד. אולם אפשר שהמשאיל מעוניין שמישהו יחזיק במושאל, וכך יבטיח את שמירתו. על כן הודעת סיום זמן סביר מראש מוטלת לא רק על המשאיל, אלא גם על השואל.

בדיוננו בסוגיה המקבילה בשכירות[59], ראינו שהמשפט העברי מחייב מתן הודעה מראש לשם סיומה של שכירות שאינה קצובה. האם תוקנה תקנה דומה גם בשאילה, שהיא עסקת חינם? בשאלה זו, שאין עליה סוגיה תלמודית מפורשת, נחלקו הדעות בין האחרונים:

השולחן ערוך פוסק[60]: "השואל מחבירו כלי או בהמה סתם [בלי לקבוע זמן], הרי המשאיל (תובעו) בכל עת שירצה". מתוך כך שלפי השולחן ערוך המשאיל רשאי לתבוע את המושאל "בכל עת שירצה", הסיק בעל "מעיל שמואל"[61] שבשאילה לא תוקנה תקנת הודעה מראש.

לבעל "חסדי דוד"[62], עמדה שונה. לדעתו, מדברי השולחן ערוך, מוכח אמנם שאין חובת הודעה, אולם דברי השולחן ערוך אינם אמורים אלא בשאילת כלי או בהמה, שאפשר בקלות למצוא להם תחליף, ועל כן לא היה מקום לתקן בהם תקנה כלל, לא בשאילה ולא בשכירות[63]. לעומת זאת, בשאילת בית, שהשואל יתקשה למצוא דיור חלופי (אפילו בתשלום), והוא עלול למצוא את עצמו בלא קורת גג, שם הדין שונה, וחובה להודיע לו על סיום השאילה מראש. בעניין זה אין טעם להבחין בין השאילה לשכירות[64]. "חסדי דוד" מדגיש, שכוונתו אינה

[57] ראה לעיל, הערה 17.

[58] ראה: אורים ותומים, סימן עג, ס"ק ד.

[59] ראה דיוננו על סעיף 19, פרק שני, א, עמ' 408.

[60] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמא, סעיף א.

[61] שו"ת מעיל שמואל (פלורינטין), סימן מג (מובא במנחת פתים, חו"מ, סימן שיב, סעיף ה). "מעיל שמואל" מפנה בין השאר לסמ"ע, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ו, שמדבריו שם בעניין חובת ההודעה בשכירות נראה, שגם הוא היה מסכים שאין חובת הודעה מוקדמת בשאילה. והשווה להלן, הערה 62.

[62] חסדי דוד, על התוספתא, בבא מציעא, פרק ח, ד"ה והנה נסתפקתי. "חסדי דוד" דוחה את דעת "מעיל שמואל" במפורש. כנגד ההוכחה שהביא "מעיל שמואל" מדברי הסמ"ע (לעיל, הערה 61), הוא מפנה לש"ך, חו"מ, סימן שיב, ס"ק ז, שדחה את דברי הסמ"ע. כדעת "חסדי דוד", ראה: שו"ת עדות ביעקב (בוטון), סימן עט; זכור לאברהם (אלקלעי), חלק ב, חו"מ, ערך שואל, ד"ה מי שהשאיל (מובא במנחת פתים, חו"מ, סימן שיב, סעיף ה).

[63] נראה, שאין כוונתו להבחין בין מיטלטלין למקרקעין, אלא בין מושאל שעלול להיגרם הפסד לשואל, באם לא יידע מראש על סיום השאילה, כגון שהמושאל הוא נכס מקרקעין; לבין מושאל שבו לא ייגרם הפסד כזה, כגון שהמושאל הוא נכס מיטלטלין. ראה לעיל, דיוננו על סעיף 19, הערה 11.

[64] "חסדי דוד" מסתמך על הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה האי מעשה. בבבא

שהמשאיל חייב לאפשר לשואל מגורי חינם בתקופת ההודעה, אלא שאם השואל מוכן לשלם דמי שכירות ראויים, המשאיל חייב לקבל אותו כשוכר. בכגון זה, שאינו מפסיד דבר, "כופין על מידת סדום". "חסדי דוד" דיבר דווקא במשאיל, וספק אם הדברים נכונים גם ביחס לשואל, שכן מותר לשואל להחזיר את המושאל בעל כורחו של המשאיל בלא הודעה מוקדמת, אפילו בשאילה קצובה. אין ספק שצורך עצמי של המשאיל פוטר אותו מהודעת סיום, כמו בשכירות.

אין צריך לומר, שאם יש מנהג להודיע, אין חולק על כך שהולכים אחר המנהג[65]. לעניין זה, החוק נחשב כמנהג מדינה.

על פי הנאמר בסעיף, סיום שאילה שאינה קצובה יהיה "על ידי מתן הודעה". פירוש הדבר שאין השואל חייב להחזיר את המושאל כדי שתסתיים השאילה, ודי לו אם יודיע על כוונתו לסיים את השאילה. יחד עם זה יש לזכור, שבסעיף 27 נקבע שהוראות סעיף 20 יחולו גם על שאילה, בשינויים המחוייבים. בסעיף 20 נקבע: "בתום השכירות חייב השוכר להחזיר למשכיר את המושכר", ופירוש הדבר, שלדעת המחוקק, על השואל להחזיר את המושאל למשאיל, לא לשם סיום השאילה, אלא כחלק מחיובי השואל במסגרת עסקת השאילה.

בדיוננו על סעיף 20 ראינו[66], שבמשפט העברי, יש מי שסבור, שבשאילה שאינה קצובה, אין השאילה מסתיימת אלא משהחזיר השואל את המושאל לידי המשאיל. ואולם השאלה שנויה במחלוקת[67].

ג. מיתת אחד הצדדים

מתוך שתיקת הסעיף, אפשר להסיק, שגם בשאילה שאינה קצובה, מיתתו של אחד הצדדים אינה גורמת לסיום השאילה. בין היורשים לבין הצד השני, יחולו הכללים שבין הצדדים המקוריים לחוזה. היורשים ממשיכים אפוא את השאילה, עד שיהיה אחד הצדדים מעוניין לסיימה, ויודיע על כך לצד השני.

להלן נדון בגישת המשפט העברי בנידון.

(1) מיתת המשאיל

בשאילה שאינה קצובה, אם מת המשאיל, השואל יכול להמשיך ולהשתמש במושאל, כל עוד לא מחו על כך יורשי המשאיל ולא מסרו לשואל הודעת סיום. אם יורשי המשאיל אינם מודעים

מציעא קא ע"ב, מובא מעשה באיש שקידש אישה, כשכוונתו הייתה שתסכים להשאיל לו מקום לאחסון חביות היין שהיו ברשותו. משקיבל את המחסן, והכניס בו את חביותיו, גירש האיש את האישה. כשגילתה האישה שרומתה, סילקה את חביות היין מן המחסן. הראב"ד תמה, מדוע לא הודיעה האשה מראש לבעלה לשעבר על פינוי המחסן? לדעתו היא הייתה חייבת לכאורה לעשות כן משני נימוקים: דין שאילה כדין שכירות; דין הבעל כדין שוכר. הראב"ד מתרץ, שכיוון שהתנהג האיש שלא כהוגן, "כאשר עשה כן יעשה לו", ומשום כך לא הייתה חובה על האישה להודיע לו. מתוך הנימוק הראשון לשאלתו של הראב"ד (שדין שאילה כדין שכירות), נמצאנו למדים, שאף בשאילה יש צורך במתן הודעה מראש. אמנם לפי הנימוק השני (שדין הבעל כדין שוכר), אין עוד להוכיח דבר. אולם לדעת "חסדי דוד", נימוק שני זה אינו בא אלא לחיזוק השאלה, אבל לגופו של עניין, דעת הראב"ד היא שיש צורך במתן הודעה גם בשאילה.

[65] על עדיפות המנהג בשכירות ושאילה, ראה בין השאר: רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ח; שו"ת הרמ"א, סימן כ. וראה דיוננו לעיל, סעיף 3.

[66] ראה דיוננו על סעיף 20, ליד ציון הערה 32. בדיוננו שם על חובת ההחזרה, לא הבחננו בין שכירות ושאילה. אם כי ראה שם, הערה 15. וראה לעיל, סעיף 27, הערה 11.

[67] ראה דיוננו על סעיף 20, הערה 34.

לזכויותיהם במושאל, על השואל מוטלת החובה להודיע להם על כך, כדי שיוכלו — אם ירצו — לתבוע את סיום השאילה. חובה זו היא מדין "השבת אבדה", שהרי יורשי המשאיל "איבדו" (כביכול) את זכות התביעה הזו, והשואל, בהודיעו להם על כך, "משיב" להם את זכותם[68].

(2) מיתת השואל

בשאילה קצובה, נקבע בתלמוד[69], שבמיתת השואל היורשים רשאים להמשיך להשתמש במושאל עד תום תקופה השאילה. לעיל[70] ראינו גישות שונות בשאלת היקפה של זכות הירושה. גישה אחת, גישת בעל "דבר אברהם"[71] היא, שזכויות השאילה עוברות אל היורשים, משום שהסכים המשאיל לשאילה למשך תקופה קצובה, אף שידע שהשואל עלול למות. הוא נחשב אפוא כמי שהסכים מראש שגם היורשים יזכו במושאל. על פי גישה זו, ברור ששאילה שאינה קצובה אינה עוברת בירושה, והיא מסתיימת מיד עם מיתת השואל. בעל "שיטה מקובצת"[72] מדגיש, שהוא הדין אפילו למאן דאמר "סתם שאילה — שלושים יום"[73], משום שאין ספק שכלל זה אינו תופש אלא ביחס לשואל עצמו ולא ביחס ליורשיו. ובלשונו: "אפילו נימא 'סתם שאילה — שלושים יום', איכא למימר, הני מילי לגבי דידיה. אבל מת, לא אמרינן הכי לגבי יורשיו".

גישות אחרות לא ראו זיקה בין קציבת זמן השאילה לבין זכויותיהם של היורשים. על פי אותן גישות, נראה אפוא שגם אם השאילה אינה קצובה, היא עוברת בירושה, ולמי שסובר שסיומה של שאילה שאינה קצובה טעונה הודעה מראש, יצטרך לנהוג כך המשאיל גם כלפי יורשי השואל[74].

[68] ראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמא, סעיף א, שכתב: "ואם מת המשאיל, ויורשיו אינם יודעים משאלה זו, אינו רשאי להשתמש בלא דעת היורשים יותר משלושים יום". המקור לדבריו הוא פסקי הרא"ש, מכות, פרק א, סימן ד. הרא"ש דן שם בשיטת רבנו תם, ולפיה "סתם שאילה — שלושים יום" (ראה לעיל, הערה 17). הרא"ש חולק על שיטה זו וקובע להפך, שהשאלת נכס היא בדרך כלל לא ליותר משלושים יום. לא ברור כיצד הסיק "ערוך השולחן" מדברי הרא"ש, שהשואל רשאי להשתמש במושאל שלושים יום בלא להודיע ליורשים. כפי הנראה, הבין "ערוך השולחן" מדברי הרא"ש, שבשאילה שאינה קצובה, כוונת המשאיל להקנות את הנכס לשואל לתקופה שאינה עולה על שלושים יום, וכל זמן שאינו תובע ממנו את הנכס, כוונתו שיוכל השואל להמשיך ולהשתמש במושאל לתקופה נוספת, שגם היא לא תעלה על שלושים יום, וכן הלאה. מכאן הסיק כנראה, שבמיתת המשאיל, השואל רשאי להשתמש במושאל לא יותר משלושים יום. ואולם אין לקבל את דברי "ערוך השולחן", וזאת משתי סיבות: ראשית, מדברי נתיבות המשפט, חו"מ, סימן שמא, ס"ק א, עולה, בעקבות שיטת הרא"ש, שבשאילה שאינה קצובה, השואל רשאי להשתמש במושאל בלא הגבלה, כל זמן שהמשאיל אינו דורש את המושאל בחזרה. שנית, מסברה נראה, שאם זכותו של המשאיל להפסיק את השאילה בכל רגע, יש לדאוג שתעמוד אותה זכות גם ליורשיו. וכן כתב פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק ט, הערה לא.

[69] כתובות לד ע"ב. הובא לעיל, ליד ציון הערה 28.

[70] ראה לעיל, ליד ציון הערה 32 ואילך.

[71] ראה לעיל, הערה 32. דבריו מבוססים על פרשנות דברי שיטה מקובצת, כתובות לד ע"ב, ד"ה ולי.

[72] ראה: שיטה מקובצת, שם.

[73] ראה לעיל, הערה 17.

[74] לא מצאנו מי שאומר כך במפורש, אבל נראה כן מסברה.

פרק חמישי

שאילה קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה – "או שהצדדים המשיכו לקיימה"

באופן תיאורטי, יש כמה אופנים להתייחס לשאילה קצובה שהצדדים המשיכו לקיימה:

1. מחד גיסא, יש מקום לומר, שכשהמשיכו הצדדים את השאילה מעבר למועד הסיום, חודש מכללא החוזה המקורי על כל תנאיו, ועל כן יש לראות בו חוזה שאילה לתקופה קצובה, היא התקופה שהייתה קבועה בחוזה המקורי.

2. מאידך גיסא, אפשר לומר, שהחוזה אינו מתחדש, והזכות של הצדדים לסיים את השאילה בסיום התקופה המוסכמת בלא הודעה מוקדמת, בעינה עומדת.

3. בתווך, בין שתי האפשרויות האלה, קיימת אפשרות שלישית, שהחוזה הופך מעתה לחוזה שאילה שלא קבעו לו מועד, ומשמעות הדבר, שסיומו טעון הודעה מוקדמת לצד השני.

כבשכירות כן גם בשאילה, אימץ המחוקק את החלופה השלישית. לדידו, דין אחד לשאילה שלא הוסכם על תקופתה ולשאילה "שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה". בדיוננו על סעיף 19 ראינו[75], שבעניין שכירות, שאלה זו שנויה במחלוקת הפוסקים. אולם מסתבר לומר, שאין מקום לאותה מחלוקת אלא בשכירות. השאילה, שהיא עסקת חינם, שאין המשאיל נהנה ממנה, יוכל המשאיל לבטלה אף בלי הודעה מראש. מכל מקום, ודאי שאין מקום לאמץ את החלופה הראשונה הנזכרת, שכן אם אין לה מקום בשכירות, ודאי שאין לה מקום בשאילה.

פרק שישי

סיכום

לפי המשפט העברי, שלא כמו בחוק, המשאיל אינו רשאי לחזור בו מחוזה השאילה, גם אם עדיין לא מסר את המושאל לשואל. הבדל זה בין המשפט העברי לבין החוק נובע מן העובדה, שלפי החוק קל ליצור חוזה, ועל כן כשהחוזה נכרת שלא בתמורה, ניתנת למתחייב האפשרות לחזור בו מהתחייבותו ביתר קלות. לעומת זאת, המשפט העברי מעמיד דרישות מחמירות לקיומו של חוזה, ומשנתמלאו דרישות אלה, אין הוא מאפשר למתחייב לחזור בו, אף כשהתחייבותו ניתנה שלא בתמורה.

הוסכם בין הצדדים על שאילה לתקופה קצובה, השואל רשאי לסיים את השאילה לפני זמנה, משום שהשאילה באה כל כולה לטובתו, ואין כל היגיון לכפות עליו את קיומה. לעומתו, המשאיל אינו רשאי לסיים את השאילה לפני זמנה. אפילו מיתת השואל או העובדה שהמשאיל צריך את הנכס לעצמו אין בהן עילה לסיומה המוקדם של השאילה, וזאת בשונה מן הנאמר בסעיף שלפנינו. אירע פגם במושאל, השולל את השימוש בו, יש להבחין בין שאילה של נכס מסוים ובין שאילה של נכס בלתי מסוים: בשאילה של נכס מסוים – מסתיימת השאילה (השואל אינו רשאי להמשיך ולהשתמש בשארית המושאל, ואף אינו רשאי לתקן את המושאל

[75] ראה דיוננו על סעיף 19, פרק רביעי, א, עמ' 442.

על חשבונו בלא הסכמת המשאיל); בשאילת נכס בלתי מסוים — השואל רשאי לתקן את המושאל על חשבונו ולהמשיך להשתמש בו עד תום תקופת השאילה.

לא הוסכם בין הצדדים על משך תקופת השאילה, המשכיר רשאי לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לשואל זמן סביר מראש (אם כי יש מי שחולק וטוען שבשאילה לא תוקנה תקנת הודעה מראש). בתקופת ההודעה הוא רשאי לתבוע מן השואל תשלום בעד השימוש במושאל. מת המשאיל, השואל חייב להודיע ליורשיו על קיום השאילה שאינה קצובה, כדי שיוכלו לממש את זכותם לסיימה ולקבל את המושאל לרשותם. מת השואל, יש מי שאומר שהשאילה מסתיימת (יורשי השואל אינם זוכים במושאל), אך רבים חולקים על כך.

שאלת דרכי הסיום של שאילה קצובה, שהצדדים המשיכו לקיימה, לא נידונה במקורות המשפט העברי. היה מקום לומר, שבנסיבות אלה המשאיל רשאי לסיים את השאילה בלא הודעת סיום. ואולם קשה לשלול את עמדת החוק, ולפיה דין שאילה זאת כדין שאילה שלא נקבע לה מועד, ואינה מסתיימת אלא במתן הודעה מראש. וצריך עיון בדבר.

לאור האמור לעיל, אנו מציעים לנסח את סעיף 29 כדלהלן:

סיום השאילה

29. (א) [...] הוסכם על תקופת השאילה, השואל רשאי לסיים את השאילה לפני תום התקופה. השאילה תסתיים:

(1) כל עוד לא נמסר לו המושאל, בהודעה למשאיל;

(2) משנמסר לו המושאל, בהחזרתו לידי המשאיל.

(ב) לא הוסכם על תקופת השאילה, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש[76]. המשאיל רשאי לתבוע דמי שימוש ראויים בלא הודעה מראש.

[76] אם כי ביחס לשואל אין זה פשוט שדי בהודעת סיום אלא יש מי שאומר שצריך להחזיר את המושאל לידי המשאיל וכל עוד לא עשה כן לא מסתיימת השאילה. ראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 66.

סעיף 30

העברת השאילה

העברת השאילה **30.** השואל אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושאל או להשאילו בהשאלת־משנה, אלא בהסכמת המשאיל.

המחוקק הישראלי מחיל על העברת השאילה הסדר שונה מזה של העברת השכירות. אמנם גם בסעיף 22 קבע המחוקק, שהשוכר אינו רשאי להעביר את המושכר לאחר בלא הסכמת המשכיר. אולם הוא סייג את האיסור בכך, שאם המשכיר אינו נותן טעמים סבירים לסירובו, אזי: במקרקעין, השוכר רשאי להעביר את המושכר ללא הסכמת המשכיר; ובכל שכירות, רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו. לאיסור העברת השאילה, לעומת זאת, לא קבע המחוקק כל סייג; לשואל אסור לבצע עסקה בשאילה ללא קבלת רשות מן המשאיל, יהיו נימוקי הסירוב אשר יהיו.

הנימוק להסדר השונה בסוגיה זו בין שכירות ושאילה, הוא כנראה שוב, ששאילה היא עסקת חינם, שבה המשאיל עושה טובה לשואל. ההנחה היא, שטובה זו אין המשאיל מוכן שיהנה ממנה אלא השואל שבחר בו ולא זולתו. המחוקק גם אינו רואה לנכון להתערב בשיקולי המשאיל.

לא כן עמדת המשפט העברי. אמנם המשפט העברי קובע[1] גם הוא בעיקרון, ש"אין השואל רשאי להשאיל... אלא אם כן נתן לו הבעלים רשות". אולם אותם הסייגים שחלים על איסור העברת השכירות, והרחבנו עליהם את הדיבור בדיוננו על סעיף 22, חלים גם על איסור העברת השאילה. כלומר, יש שהשאלת משנה מותרת. כך עולה מדברי הרשב"א[2]. לאחר שסייג את האיסור לשכירות משנה, וקבע שהוא אינו חל על נכסים שאין לחשוש שמא יבריח אותם שוכר המשנה (כגון מקרקעין או מיטלטלין גדולים), הוא מוסיף: "ולא בשכירות בלבד אמרו, אלא אפילו בהשאלה. שלא תאמר, מי שהשאיל, לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה"[3].

[1] ראה: תוספתא, בבא מציעא ג, א.

[2] ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קמה.

[3] אחת הראיות שהרשב"א מביא לדבריו היא מסוגיית כתובות לד ע"ב: "יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה, משתמשים בה כל ימי שאלתה". אולם ראה: מחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן יט. "מחנה אפרים" מצביע על כך, שלכאורה אין להביא משם ראיה, שכן "כל המשאיל על דעת אשתו ובניו [של השואל] הוא משאיל". כלומר, אף שהמושאל אמנם עובר בירושה ליתומי השואל, מאחר שמלכתחילה הייתה השאילה על דעת שגם הם יוכלו להשתמש במושאל, אין להוכיח מכאן שהמשאיל מוכן לעשות חסד גם לאנשים שאינם מבני ביתו של השואל. והשווה דיוננו על סעיף 29, פרק שלישי, ב(1)(א), עמ' 587, שם ראינו, שרוב

נמצא, שכל מה שראינו בדיוננו על סעיף 22 בענין העברת השכירות, חל גם על העברת השאילה[4], כולל כל מה שנוגע לתוצאות המשפטיות של שאילת משנה שלא כדין[5]. אשר על כן, אין טעם שנחזור כאן על מה שכבר העלינו בדיוננו שם.

לאור האמור לעיל, אנו מציעים לבטל את סעיף 30 ובמקום זאת להוסיף לרשימת "תחולת סעיפים" שבסעיף 27 את סעיף 22.

הפוסקים לא צמצמו את ירושת השאילה לבני ביתו של השואל, אלא הבינו שה"יתומים" שעליהם מדבר התלמוד כוללים כל יורש. והשווה: שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק ב, סימן יז, ס"ק ז, ד"ה אח"ז. והשווה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמב, סעיף ב, שהעלה ספקות אם לא ראוי בסוגיה זו להבחין בין שכירות לשאילה.

4 בדיוננו על סעיף 22, פרטנו את הנסיבות שבהן השוכר רשאי להשכיר את המושכר (כך הוא הדין לדוגמה בשכירות דירת מגורים). האם השואל רשאי גם הוא, באותן נסיבות, להשכיר את המושאל? בענין זה, ראה: נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יז, שאכן השואל רשאי אפילו להשכיר את המושאל. נמצא, שהשואל יזכה בדמי השכירות, אף על פי שהוא עצמו קיבל את זכות השימוש בחינם. אולם, ראה: פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק ט, הערה כו, ד"ה בנתיה"מ, שהעלה ספקות בשאלה זו.

5 ואכן, אחד המקורות המרכזיים לענין זה, שעסקנו בו בדיוננו על סעיף 22 (ליד ציון הערה 136), היא תשובת הרא"ש, בענין המקדש אישה בטבעת שאולה.

פרק ג

שונות

סעיף 31

שימוש בלי החזקה

שימוש בלי החזקה

31. הוראות פרק א׳ יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על זכות שהוקתנה בתמורה להשתמש בנכס שאין עמה הזכות להחזיק בו, והוראות פרק ב׳ יחולו, בשינויים המחוייבים, על זכות כאמור שהוקנתה שלא בתמורה.

עניינו של סעיף 31 החלת הוראות השכירות והשאילה על עסקאות שבהן הוקנתה זכות השימוש אך לא הוקנתה זכות החזקה (כלומר, שלא הוקנתה זכות השליטה בנכס). לכאורה הוראה זו מיותרת, שכן בסעיף 2 ובסעיף 27 כבר החיל החוק את הוראותיו על שכירות ושאילת זכויות, אף שלא מתקיים בהן יסוד החזקה[1]. אפשר שהחוק ביקש להבהיר שעסקה כזו אפשרית לא רק ביחס לזכויות, שמעצם טיבן לא ניתן לקיים בהן יסוד החזקה, אלא גם ביחס לנכסים מוחשיים, אף שבעיקרון אפשר לקיים בהם יסוד זה.

במשפט העברי, עסקה שבה השוכר אינו רוכש אלא זכות להשתמש בלא זכות להחזיק, היא בעייתית, כפי שעולה מדברי הרמב״ם[2]: ״אין אדם מקנה, לא במכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש, אבל דבר שאין בו ממש — אינו נקנה. כיצד? אין אדם מקנה ריח התפוח הזה או טעם הדבש הזה, או עין הבדולח הזה, וכן כל כיוצא בזה. לפיכך המקנה לחבירו דירת בית זה או אכילת פירות דקל זה, לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו, כמו שיתבאר״. כך יהיה לדוגמה, בשכירות חדר בבית מלון, שבה אין השוכר רוכש אלא שימוש (״דירת בית זה״, כדברי הרמב״ם), ואין לו זכויות בגוף הנכס.

בשאלה זו של שכירות שאין בה חזקה, כבר דננו לעיל, בדיוננו על סעיף 1, בזיקה להגדרת השכירות כזכות להחזיק ולהשתמש בנכס[3].

[1] ראה דיוננו לעיל, סעיף 2.

[2] רמב״ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות יג־יד.

[3] ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק רביעי. וראה גם דיוננו על סעיף 2 בעניין תוקפו של הסכם לשכירות זכויות משפטיות, שגם בהן לא מתקיים יסוד החזקה.

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

קיצורים ביבליוגרפיים

זמיר, מכר — א׳ זמיר, חוק המכר, תשכ״ח־1968, ירושלים תשמ״ז

זמיר, עקרון ההתאמה — א׳ זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים, ירושלים תש״ן

חוקת משפט, הלכות מכירה — בנימין רבינוביץ תאומים, חוקת משפט, הלכות מכירה, ירושלים תשי״ז

ליפשיץ, אסמכתא — ב׳ ליפשיץ, אסמכתא - חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח

לרנר — ש׳ לרנר, שכירות נכסים, תל-אביב תש״ן

פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה — י״י בלוי, פתחי חושן, הלכות שאלה ופקדון, ירושלים תשמ״ד

פתחי חושן, הלכות שכירות — י״י בלוי, פתחי חושן, הלכות שכירות, ירושלים תשמ״ה

מפתח העניינים

אבדה (ראה: השבת אבדה; מציאה)
אבלות 586
אגב (ראה: קניין אגב)
אדרכתא 84(34)
אונאה (ראה: הונאה)
אונס (ראה: כוח עליון)
אופי השכירות (ראה: מהות השכירות)
אורח
לעומת שוכר ושואל 65(19) 548(20)
אורנדא (ראה: זיכיון)
אחריות השוכר
חריגה מתנאי השכירות (ראה גם: שימוש במושכר) 146
שומר (ראה: שומרים, שוכר)
אי־התאמה (ראה גם: התאמה; מקח טעות)
אי־התאמה במושאל
אכיפה 575 576
ביטול 573 576 577
הסתרתה 577
יסודית ושאינה יסודית 576
כישלון העסקה 577
פיצויים 577
שימוש במושאל לאחר גילויה 578
אי־התאמה במושכר
אי־ידיעת המשכיר 91 95 95(29) 96(30) 110(101) 115 116 157 180
איסור דתי 101(55)
אירעה בין המסירה לקבלה 103־106
אכיפה 92 106־109 142 144
בדיקה על ידי המשכיר 91 115(131) 116(136) 120
בדיקה על ידי השוכר 116 160
ביטול 92 94 106־108 120 393(3)
בניגוד להסכמה מפורשת 93 96 108 111־113 118(147)
דמי השכירות פחות משווה פרוטה 557
הברחת מס 102 190
הגדרתה 93־95 112
הודעת השוכר על קיומה 91 110 115־117 120 143(94)
הונאה ואי־התאמה 94(24)
היעדר הסכמה 98־102 113
היעדר חימום 107
הסכמה מפורשת 115(125)
הסתרתה 157־160 180
הצעת מושכר חלופי 96 97
זיקת הנאה 102 107
חובת גילוי 157
חמץ 101(55)
ידיעת השוכר 91 110־115 143(95)
יסודית ושאינה יסודית 107־109 115(127) 144
כישלון העסקה 108 109 144
לא צוינה מטרת השכירות 114(117)
ליסינג 159 160
מום ומקח טעות (ראה גם: מקח טעות) 94
מועד קובע 91 97 102־106 112
מושכר בלתי מסוים 35(148) 93 97 98 104 109
מושכר ממושכן 101
מחוץ לגוף המושכר 100 107
מנהג 69 94 98 100(49) 119
מקקים 108(95)
נזילת מים 119
ניכוי 92 95 106־109 142(91)
ניתנת לתיקון 107 108
סייגים 110־119
עיקול המושכר 102
פגם בזכות 101 102
פגם ואי־התאמה 91(3) 105 112 131 142־144 154
פיצויים 92 106 107 109 110(101)
שימוש במושכר לאחר גילויה 110 117־119 120 143(93)
שכירות על פי דגם 98

תביעה קנטרנית 102(59)
תיקון 142־144
תיקון עצמי 92 107 108 142(91)
אי־התאמה בממכר
אינה בגוף הממכר 107
ביטול המכר 107 108
הגדרתה והיקפה 91־95 100(49)
הודעת הקונה על קיומה 116 117
פגם בזכות 101 102
פיצויים 109(101)
שימוש בממכר לאחר גילויה 117־119
אי־נוחות (ראה: הכבדה)
אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש 30 51
61־63 64(18) 67 515(105) 547(14) 559
603
אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו 40
45(189) 47(196) 54־56 126 470(20)
אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם 30 46
47(196) 54־58 62 108 470(20)
אין הדמים ראיה 420
אין השואל רשאי להשאיל (ראה גם: שאילת משנה) 553(55) 588 599
אין השוכר רשאי להשכיר (ראה גם: העברת השכירות; שכירות משנה) 10(20) 20(67)
31 363 492־495 499 500 502 519 520
527
אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר (ראה גם: העברת השכירות; שכירות משנה) 494
496 498־500 521(130) 523(142) 524
525 532
אינה לשכירות אלא לבסוף (ראה גם: ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף) 26(93)
איסור הנאה
אי־התאמה 101(55)
הטלתו בקונם על ידי המשכיר 15(39)
481 482
מושכר חלופי 181(32)
פטור מתשלום 181(32)
אכיפה
התאמה 92 106־109 142 144 575 576
התחייבות למושכר חלופי 39 42
חוזה 39
מניעת השימוש 175 281
מסירה 78
שכירות משנה שלא כדין 520
תיקון המושכר 128(30) 142 163 166(14)
170 172
תשלום 255
אכיפה וביטול 284 298
אמצעי תשלום (ראה: תשלום)
אנגריא (ראה: החרמת המושכר)
אסמכתא 41(177)
אפותיקי (ראה גם: שעבוד) 23 47 133(45)
אריסות (ראה גם: קבלנות)
ירושה 590(40)
אשראי 261

בדיקת המושכר על ידי המשכיר
אי־התאמה 91 115(131) 116(136) 120
במהלך השכירות 393־395
הודעה מוקדמת 393
חובת השוכר לאפשרה 393־395 398
תקנה 394
בדיקת המושכר על ידי השוכר
אי־התאמה 116 160
בעת קבלתו 116 160
בדיקת חמץ במושכר 101(55)
בדיקת ממכר על יד הקונה 116
בהמה
האכלתה בתרומה 11
חיוב במזונותיה 148
נמכרה לשחיטה ונמצאה טרפה 105(80)
ביטוח 202(111)
ביטול ואכיפה 284 298
ביטול השאילה על ידי המשאיל
יורש המסרב לקבל אחריות 436(123)
לפני המסירה 564 565 583־585 596
מיתת השואל 430(93) 545 595 596
צורך עצמי 423(62) 545 555 590 591
596
שינוי נסיבות 588 596
ביטול השאילה על ידי השואל
אחר המסירה 585 591 592 596
אי־התאמה 573 576 577
לפני המסירה 585 592
ביטול השכירות על ידי המשכיר
אי־קבלת המושכר 242
אי־שמירה 394
אי־תשלום 255 302(106)
הפסד 72(9) 270(40)
חריגה משימוש מוסכם 375 376 380 384
389
חריגה משימוש סביר 373 374 389
מחלה מידבקת של השוכר 231(47)
נטישת המושכר 243(17) 371(48) 372
387
צורך עצמי (ראה: צורך עצמי)
שוכר ממרר את חייו 373(57)
שימוש מופחת 387
שינוי נסיבות (ראה גם: צורך עצמי) 396
415 423 424(68)

שכירות משנה אסורה 435 436 520 526 528 529
ביטול השכירות על ידי השוכר
אי־התאמה 92 94 106־108 120 393(3)
אי־מסירה 78 402
אי־תיקון 163 170־172 177
במקום מושכר חלופי 283 284
במקום תיקון 283 284
הכבדה 104(75) 170(33) 183(35) 206־208 219 301(104)
העברת המושכר 474
הפרעה 225 234 235
הרס המושכר 330
מחמת פחד 138(68) 142(89)
מכת מדינה 315 316 320 321 352(312)
מניעת הנאה מהמושכר 341(269)
מניעת השימוש 175 281־283
מניעת שימוש זמנית 298 300 440
מניעת שימוש חלקית 297 301
מקח טעות 104(75) 108 115(127) 144
ניכוי וביטול 300־302 305 315־317 344 349 352(312)
סיכול מטרת השכירות 307 322 433 437 438
סירוב המשכיר לקבל שוכר חלופי 417 439 448 497 504(59)
פגיעה ביבול חקלאי 315 319
פגם הניתן לתיקון 284 298 299
פגם שאינו במושכר 100(53) 282 283
תחרות 231
ביטול השכירות על ידי רוכש המושכר 473 474 476
ביקע בו — קנאו (שאילת קרדום) 584
בית
בית זה ובית סתם (ראה: מושכר בלתי מסוים; מושכר מסוים)
בלא מעלית, אי־התאמה למגורי נכה (ראה גם: אי־התאמה) 100
נאסר בהנאה בתקופת השכירות (ראה גם: מניעת השימוש) 181(32)
נפל בין הקניין למסירה 44(187)
נפל בתקופת השכירות (ראה גם: הרס המושכר; מניעת השימוש) 33(139) 40 44 187 287 288 296(77) 299(95) 328
סכנת התמוטטות, תיקונו (ראה: תיקון המושכר)
פלישה (ראה גם: החרמת המושכר) 185(44) 200 201
שרפה 194 200 306(129)
תוספת דיירים 251 366(19) 508(73) 510(78) 522(133) 527(145) 528(148)
בית בביתי 44(187)
בית ועלייה
השכרת עלייה בלתי מסוימת (ראה גם: מושכר בלתי מסוים) 38
נפלה העלייה (ראה גם: הרס המושכר) 296(77)
צורך עצמי (ראה גם: צורך עצמי) 396
שעבוד הבית לעלייה (ראה גם: נכס נלווה למושכר) 38(157) 137
תיקון העלייה (ראה גם: תיקון המושכר) 130
תשלום בתקופת התיקון (ראה גם: פטור מתשלום) 300(97)
בית כנסת
השכרת מקום בו 519(125)
בעל ואישה
חיובים הנובעים מסטטוס 22(74)
מיתת הבעל 589(37)
נכסי מלוג 31(119) 363(8)
בעלות
הגדרתה 361
העברתה במיטלטלין 104
לזמן (ראה: קניין לזמן)
מוגבלת 9 10
נטל ההוכחה בסכסוך 21 22 250(17) 548(20)
בר מצרא (ראה: דינא דבר מצרא)
בֵּרֵה 44(187)

גג
טיוחו (ראה גם: תיקון המושכר) 140 148(118)
מעקה (ראה: מעקה)
גוי
העברת המושכר אליו 480(53)
השכרה בחו״ל 18(61)
השכרת בית 10 11
השכרת נכס בשבת 11 64(18)
גוף מהיום ופֵרות לאחר מיתה 30(111) 470(20)
גוף לפֵרות (ראה: קניין הגוף לפֵרותיו)
גזלה
השכרתה 530(161)
מעביר על דעת בעל הבית 379 380 520
מקום החזרתה 458
מקרקעין 56(241) 373(57)
קידושין בנכס גזול 523(139)
שימוש אחר סיום השכירות 454(10) 461 462
שימוש חורג מן המוסכם 378 379 384 569

שימוש חורג מן הסביר 373 374 389
שכירות משנה 523
תשלומי הנאה (ראה גם: תוקף ספינתו של חברו) 374 375 382(91)
גיוס המושכר 201
גילוי (ראה: הודעה על אי־התאמה)
גירוש השוכר מן המושכר (ראה גם: החרמת המושכר; מניעת השימוש) 291 295
גירושין 16(48) 594(64)
גמירות דעת 248
גנבה ואבדה 145(104) 202(111)
גנבת המושכר (ראה: החרמת המושכר; פטור מתשלום; שכירות משנה, שלא כדין)
גרמא בנזיקין — אסור 229 235 387 412 565
גרמא בנזיקין — פטור 107 109 110(101) 120 171 227־229 235 243 387 411(18) 462(52) 463 577
גרמי 110(101) 387 413(18) 462(52)

דין ערב (ראה גם: הבטחה, תוקפה המחייב) 332(236) 412
דינא דבר מצרא (ראה גם: זכות קדימה) 420(47) 471(21) 515(108) 548(20)
דינא דגרמי (ראה: גרמי)
דינא דמלכותא דינא 52 62 63 67 202(111) 414 449(181) 551 559
דיני עבודה (ראה: שכירות פועלים)
דיני ראיות (ראה: ראיה)
דיני מכר
תחולתם על שכירת זכויות (ראה גם: מכר) 64־66
דיספוזיטיביות 61 66 67 79 92 259 493
דירה (ראה: בית)
דליפה (ראה: נזילת מים)
דלית ופרסק (ראה גם: נכס נלווה למושכר) 137 166(14)
דלת
התקנתה (ראה גם: התאמה) 98 99 113 124
תיקונה (ראה גם: תיקון המושכר) 130 140 141
דמי הסכמה
שכירות משנה 516 519(122) 532
דמי קדימה (ראה: מקדמה; תשלום מראש)
דמי שכירות (ראה גם: ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף; ניכוי; פטור מתשלום; שכירות אינה משתלמת אלא בסוף; תשלום; תשלום מראש)
הגדרת השכירות 5
החזרתם 37(153)
הכרת תודה 554(59) 557
הלנת שכר 255(39) 270(38) 272־274
הפחתה (ראה: ניכוי)
החוק הישראלי 54
מהותם (ראה גם: דמי השכירות, תשלום מראש) 24־28 52
מוסכמים או ראויים 383(92) 384 461 462
מועד התשלום (ראה: שכירות אינה משתלמת אלא בסוף; תשלום)
מושכר נטוש שהושכר לאחר, למי מגיעים? 242(17) 371(47) 385 507
מצרכי מזון 272(55) 273(61) 274(62)
משתלמים על ידי צד שלישי 557
ניכוי מהם (ראה: ניכוי)
סכסוך בעניין שיעורם 250־254 256
ספר שאול 556(75)
עדכונם 417 418 443(162) 444(166) 447 462(53) 516(111)
פחות משווה פרוטה 556 557 560
פרוטה דרב יוסף 557(75)
קביעה לפי תקופות 255 259 262
קביעה שלא לפי תקופות 259 266
שימוש חורג מן המוסכם 382־385
שימוש חורג מן הסביר 374 375
שיעורם כשלא הוסכם עליהם מראש 248 249 256
שירות במקום כסף 72 269 484 485 556(73)
שעבודם לתיקון המושכר 132 133
תמורה לזכות השימוש 24 26(95) 386
תמורה לשימוש בפועל 24 27(98) 386
תשלום מראש אינו הלוואה 261(12)
תשלום מראש — מהות דמי השכירות 26(95) 262(12) 386 507
תשלום מראש — מהות השכירות 14(35) 24 26(95) 262(12) 266 267 277 483(54)
דר בחצר חברו שלא מדעתו 447 461 509(74)
דרך מקובלת (ראה: מנהג; תום לב)
דרכי הגישה למושכר
חסימתן (ראה גם: מניעת השימוש; פטור מתשלום) 282 283 302־308 323
דרכי הקניין
מכר 50 53 104
שאילה 560 584 585
שכירות (ראה גם: מיטלטלין; מקרקעין; מעשה קניין שאינו תקף) 39 53־58
הגבהה 104

חזקה 15 39 104
מהות השכירות 8(13) 14(35) 15 16(41)
מעות (ראה: קניין מעות)
משיכה 104
שטר 15
שימוש 54

הארכת תקופת השכירות (ראה: תקופת השכירות, הארכתה)
הבטחה
תוקפה המחייב 228 231(45) 235 243 565
הברחת מס
אי־התאמה במושכר 102 190
מושכר חלופי 190
הגבהה (ראה גם: דרכי הקניין) 104
הגבלת השימוש (ראה: הכבדה; מניעת השימוש; ניכוי; תיקון המושכר)
הגינות (ראה: תום לב)
הגנת הדייר 29 448(180)
הודעה לפני בדיקת המושכר 393
הודעה לפני המסירה 79 80 88
הודעה לפני תיקון עצמי 163 166 167
הודעה מראש לפני סיום (ראה: סיום השכירות, בלתי קצובה)
הודעה מראש על אי־חידוש השכירות 419(44) 423(66) 442 443
הודעה על אי־התאמה
על ידי המשכיר 94 101 147(112)
על ידי השוכר 91 110 115־117 120 143(94)
הונאה 7 9(14) 11־13 19(67) 94 95
אי־התאמה והונאה 94(24)
הוראת שעה 429
החזקה 28־31 61
בלעדית במושכר 16 29 65(19) 226 231(45) 332(236) 386 434 503(52) 506 509(73) 514 527 528
היעדר הזכות 28 603
נטילתה כחובת השוכר 77 402
שימוש והחזקה, חלק מהגדרת השכירות 5 32 77
החזרת גזלה
מקומה 458
החזרת המושאל
החובה והיקפה 455(15) 555 566(11) 576
הקדמתה 80(12)
סיום השאילה 592 594
החזרת המושכר
החובה והיקפה 82 362 453־456 462(54) 464
העברת המושכר 479
העברת השכירות 497(30)
השגת גבול של גורם זר המונעת החזרה 460
מועד התשלום 264 455(13)
מניעתה בכוח עליון 460 462־464
מסירת המושכר והחזרתו 453
מצב המושכר 454
מקום ההחזרה 453 458 459
סיום השכירות 453
פיגור 460־464
שומרים 456 457
תקופת השכירות 459 463(59)
החזרת פיקדון
חובת ההחזרה 454 455
מקום ההחזרה 84־87 458 459
החלפת המושכר
במקום תיקונו 148 149
חלק פגום במושכר 129־130
מושכר פגום 148־154
מושכר תקין 18 21(67) 148־152 154
שכירות ליומיה — ממכר הוא 18
החרמת המושכר (ראה גם: מניעת השימוש)
דרך הליכה ושלא דרך הליכה 188־199 288(41) 292 294 295 300 338
זמנית 184(41) 189 190 196 440
לצמיתות 291(51) 294
מקח טעות 102 190
המשכיר יכול למונעה 234(59)
ניכוי 207 209 303 328 441
נסיבות ההחרמה 36(153) 37(153) 102 184(41) 187־203 213 235(59) 288(41) 294
סיכול הקיום 283
פועל שהוחרם 288(40)
הטעיה 73(16) 110(101) 147(112)
היזק שאינו ניכר 181(32)
הכבדה
ביטול השכירות 104(75) 170(33) 183(35) 206־208 219 301(104)
הארכת תקופת השכירות 207(129)
מושכר חלופי 144(99) 183 184 189 190 207
מכת מדינה 313(154) 345
ניכוי 36(153) 131 141(85) 165(9) 168(25) 169 206־208 219 301 313(154)
תועלת השכירות 313(154)
תיקון 132(37) 139־141 153 165(9) 186

הכתרה (ראה: משפטי ההכתרה)
הלוואה
אי־קבלת פירעון, שומרים 457(25)
אמצעי הפירעון 270(38) 271
מועד הפירעון 79 80
מִלווה להוצאה ניתנה 457(25) 458
מקום הפירעון 84־86 275
מקום השיפוט 84(34) 85
עדיפות זכויות המַלווה 85
שכירות והלוואה 34(144)
תשלום דמי השכירות מראש 261(12)
הלוואה בריבית
פיצוי השוכר בגין ביטול הזיכיון 62 301
שכירת הזיכיון 62 301 318(172)
הלוואה ופיקדון 85 86 275 457(25)
הלוואה ושכירות 34
הלנת שכר 255(39) 270(38) 272־274
המוציא מחברו עליו הראיה (ראה גם: נטל ההוכחה) 21 22 250 277 350(304) 352(312) 478 554(59)
המחאה
זכות 24 30 467 474(28)
חבות 17 22 264 434(109) 467 458 476(33) 493(7) 494(16) 496 532
הנאה
מכירתה, מהות השכירות 8(13)
הנאה שקטה (ראה: הפרעה)
הנאת המושכר
איסור בקונם 15(39) 481 482
הסכם (ראה גם: חוזה)
עדיפותו על החוק (ראה גם: דיספוזיטיביות) 66 147
פרשנותו לעניין התאמה 110־114
הסכם מכללא 22
איסור מכירת מושאל שנפגם 549
אמצעי תשלום 271־273 274(65)
ביטול השכירות בשימוש חורג 375
היקף השימוש 365 370 372 388
העברת המושכר 473 477 487
העברת השכירות 498
הפרעה 223 228 234 236
הצעת שוכר חלופי 417(33)
התאמה 95
חידוש השכירות 443
ירושת השאילה 588
ירושת השכירות 435
לפי אורך תקופת השכירות 33(139)
מועד התשלום 265
מקום מסירת המושכר 85
סיום השאילה במיתת השואל 545
סיום השכירות במיתת השוכר 430(90)
פטור במכת מדינה 316 324 338 344 345
פטור בשינוי נסיבות 307 308(132) 351 354
פטור מתשלום בהרס המושכר 325 338
פטור מתשלום במניעת השימוש 329
צורך עצמי 428 429 545
קיום מטרת השכירות 307 308(132) 351 354
שאילת משנה 550
שימוש משותף לשוכר ולמשכיר 514(105)
שכירות משנה 19 20(67) 386 494 495(22) 505 509 513 522(133)
שמירה אישית של המושכר 435
תחרות 370
תיקון המושכר 127 134
תקופת השכירות 409(8) 413(18)
הסקה (ראה: תנור חימום)
העברת בעלות
במיטלטלין 104
העברת הסיכון והעברת הבעלות 104־105 240(6)
העברת המושאל
העברת המושכר והעברת המושאל 566
הרשות להעביר 471(22)
מקרקעין ומיטלטלין 471(22)
קיום השאילה 549
העברת המושכר
ביטול השכירות 474
דרכי הקניין 470(21)
החזרת המושכר 479
הסכם מפורש 485(66)
הסכמים נלווים 484־486 488(71)
הקדשת המושכר והעברתו (ראה גם: הקדשה) 472(22) 480(54)
הרשות להעביר 180 227 467 469־472 487
השפעת הפרות קודמות 486 487
זכויות הרוכש 474־479 484־487
חובות הרוכש 479־487
יחסי שוכר־רוכש 468 473
ירושה 486
לגוי 480(53)
מושכר בלתי מסוים 481 482
מקרקעין ומיטלטלין 471(22)
קיום השכירות 18 20(67) 50 467 469 470 471(22) 473־475 477(36) 479 487
שומרים 474 479
שכירות בלתי קצובה 469
תיקון המושכר 485־483
תשלום דמי השכירות 474־478

העברת הקניין
מועדה 49 49(206) 78 96
העברת השאילה (ראה גם: שאילת משנה)
והעברת השכירות 566
העברת השכירות (ראה גם: אין השוכר רשאי להשכיר; שאילת משנה; שכירות משנה)
היתר 17 22 497 498 500(37) 503(52) 505(63) 532
הכלל אין השוכר רשאי להשכיר 31 363 492-496
המחאת חבות 17 22 434(109) 493(7) 494(16) 496 532
הצעת שוכר חלופי והעברת השכירות 497(31) 512(94)
התנגדות המשכיר 361(3)
יחסי שוכר-נעבר 66 67
ירושה 434-436
מהות השכירות 5 6 22 492-495
מקרקעין ומיטלטלין 434 492 517
שכירות משנה 66 491 502(48) 503(52) 512(94) 532
שכירות משנה שלא כדין 529
תחולת דיני המכר 66 67
העברת זכות (ראה: המחאה, זכות)
העברת סיכון והעברת בעלות 103-105 240(6)
העמדת חלק חדש במושכר (ראה: פנים חדשות)
הפקעת המושכר (ראה: החרמת המושכר)
הפקר 21 550
הפרה (ראה גם: מניעת השימוש; סיכול; תרופות; תשלום)
על תנאי 384(96)
צפויה 256
הפרעה לשימוש
אכיפה 235
ביטול 225 234 235
היסוד המשפטי לאיסור 22 23 226-229 565
השגת גבול והפרעה 226
חובת המשכיר להימנע ממנה 22 51 77 101(56) 123(5) 223-234
החוק הישראלי 223-226
מניעת הפסד מן המשכיר 231 232
ניכוי 235
פגם והפרעה 182(33) 224 232
פיצויים 225 231 235 236
צד שלישי 225 232(50) 233 234
שאילה 555 565 566
שימוש מוסכם 230 231
שימוש רגיל 231
שיעורה 232 233
תום לב 225 226 393(3)
תחרות 230
תיקונים במושכר 232(47) 393
הצלת ממון (ראה: השבת אבדה)
הצלת נפשות 429
הקדמת מועד המסירה (ראה: מסירת המושכר)
הקדמת מועד הפירעון (ראה: הלוואה)
הקדשה
מושכר
על ידי המשכיר 18(62) 48 49(202, 203) 267 471-472(22) 475(29, 31) 477 480(54)
על ידי השוכר 43(184)
משכון 471(22) 472(23) 481
שכירות 498(33)
הקטנת הנזק 518 519(124) 520
הרי שלך לפניך (ראה גם: מזלך גרם) 141 183 186-189 196 201 235(59) 292 301(104)
הרס המושכר (ראה גם: החרמת המושכר; מושכר חלופי; מכת מדינה; מניעת השימוש; פטור מתשלום)
ביטול זיכיון 318(172)
בית מסוכן 132(37)
בית ספינה וחמור 331-335
חלקי 300 301
מושכר בלתי מסוים 35 38 39 48(198)
נסיבות שאינן אונס 202(111)
סיום השכירות 130 132(42) 177 178 210 397(24)
סיכול הקיום 283
על ידי המשכיר 180 181(32)
על ידי מזיק 202(111)
פטור מתשלום 23 53(224) 124(9) 168 231(45) 261(9) 264 266-268 299(95) 303 306(129) 315 316 324 330
רעידת אדמה 134(49)
שימוש במקרקעין שעמד עליהם 211(152) 397(24)
תיקון (ראה גם: תיקון המושכר) 132(42) 178
השבת אבדה 387(103) 397 413(18) 428 519(124) 595
השגת גבול (ראה גם: שלילת החזקה)
מניעת החזרה במועד 460
על ידי המשכיר 226 394
פיצויים 463
שימוש לאחר סיום השכירות 454 461
השכרה

מושכר, בתוך תקופת השכירות 18
שאילה (ראה גם: שאילת משנה) 600(4)
שכירות (ראה: שכירות משנה)
התאמה (ראה גם: אי־התאמה; מקח טעות)
מכר ושכירות 94 97(39) 100(49) 575
מתנה 573(1)
עקרון ההתאמה 91 92
שאילה
החובה והיקפה 555 574 575 578
סתירה בין המוסכם לידוע לשואל 578
שאילה ושכירות 573־575 578
שכירות
החובה והיקפה 77 92־94 96־102 104
היעדר הסכמה 97(39) 98־102
התניה על החובה 157־160
חיוב חד־פעמי 91 102־104
חיוב מתמשך 91(5) 104(75)
יסוד משפטי לחובה 92 95
מועד החיוב 102־104
מושכר בלתי מסוים 35(148) 93 97 98 104 109
מושכר מסוים 93 96 96(33) 109
מטרת השכירות 98 99
מעשה הדיוט 144(100)
סתירה בין המוסכם לידוע לשוכר 111־114
שימוש נוח 104
שימוש רגיל 98 99
תיקון המושכר 104
התחייבות (ראה גם: חיוב וקניין; חוזה)
אי־מכירה כוללת אי־השכרה 16(42)
אכיפה 39 42(180) 109
דבר שלא בא לעולם 46(190) 57
העברת המושכר 477
השאלה 554(59) 584
השכרה 41(174) 57 63 96 109 120(152)
מושכר בלתי מסוים 45(187) 46 52
מושכר ראוי לשימוש 324 329
נטישת המושכר 413(18)
נשיאת סיכון של אונס 382(92)
תיקון אי־התאמה 118(143)
תיקון המושכר על ידי השוכר 143(93) 511 516 517
התמוטטות המושכר (ראה: הרס המושכר; מניעת השימוש; תיקון המושכר)
התנאה על החוק (ראה: דיספוזיטיביות)

ויתור (ראה גם: מחילה)
התאמה 110 112 113 147(112) 158 159
תיקון 166(14)
תנאים לתוקפו 147(112) 158
תשלום מראש 268

זה נהנה וזה חסר 383(92) 384(98) 447 461 511(83) 522(133) 528(148)
זה נהנה וזה לא חסר 428 509(74) 511(83) 522(133) 527(145) 531(161)
זיכיון
שכירתו (ראה גם: זכויות)
ביטולו באמצע תקופת השכירות (ראה: הרס המושכר; מניעת השימוש; פטור מתשלום)
גביית מסים 62 63 64(18)
הלוואה בריבית 62 301 318(172)
ייצור ושיווק 62 63(17) 63(11) 65(20)
שאילתו (ראה: זכויות)
זיקת הנאה
אי־התאמה 102 107
זכויות
המחאתן (ראה: המחאה)
שאילתן 550 551 558
שכירתן 29 34 61־65 67
זכויות השואל והשוכר
היקפן 28־33 51
בגוף המושאל והמושכר 10(21) 20(67)
החזקה במושכר (ראה גם: החזקה) 16 39(159)
מועד העברתן 105
שימוש (ראה: שימוש במושכר)
זכויות יוצרים
שכירתן (ראה גם: זיכיון; זכויות) 61
זכות אובליגטורית (ראה: מהות השכירות, חוזית־אישית)
זכות אישית (ראה: מהות השכירות)
זכות גברא (ראה: מהות השכירות)
זכות חוזית (ראה: מהות השכירות)
זכות חפצית (ראה: מהות השכירות)
זכות מתמשכת
שכירות 102 116 119 223 338(255)
זכות קדימה
משכיר 504 506(64) 515 516
שוכר 420(47) 485
זכות קניינית (ראה: מהות השכירות)
זמן (ראה: תקופת השכירות)
זמן הבא ראשון (כלל בהסכם שלא נקבע מועד קיומו) 81
זמן השימוש (ראה: תקופת השכירות)
זמן השכירות (ראה: תקופת השכירות)
זמן סביר
הודעה על אי־התאמה 110 115 143(94)

מסירה אחר כריתת החוזה 79 81

חבות
המחאתה (ראה: המחאה)
חוב (ראה: הלוואה)
חובה מוסרית (ראה: מוסר; תום לב)
חובת הגוף 13(35)
חוזה
אכיפתו 39
חופש החוזים 492 518
טעות סופר 111
למראית עין 111
סטטוטורי 468 473 486
חוזר בעין (מהות המושכר) 34
חומרה 11(21)
חופש החוזים 492 518
חזקה (ראה גם: דרכי הקניין)
מועד העברת הסיכון במיטלטלין 104
נטילתה כחובת השוכר 103 239־241 243
חזקה — אין אדם פורע תוך זמנו 260
חזקה — אין אדם קונה דבר שיש בו מום 94(21)
חזרה מן השכירות (ראה: ביטול השכירות)
חיוב גברא 40(170)
חיוב וקניין 5(1) 45(187) 48(198)
חיובי המשכיר (ראה: משכיר)
חיובי השוכר (ראה: שוכר)
חימום
היעדרו כאי־התאמה 107
תיקונו 146
חכירה 32 56 247 248 293(59)
חלון (ראה גם: שמשה)
התקנתו (ראה גם: התאמה) 70 98 99 113 124 148
תיקונו (ראה גם: תיקון המושכר) 127 135 140
חליפין (ראה: קניין חליפין)
חמור
בלתי מסוים, שעבוד נכסי המשכיר במשיכתו (ראה גם: מושכר בלתי מסוים) 42 43(183) 47(198)
החלפתו 150
החרמתו (ראה גם: החרמת המושכר; מושכר חלופי) 17 36(153) 187־199 287 288 300 328 329 338 345(288) 440
חמור זה וחמור סתם (ראה: מושכר בלתי מסוים; מושכר מסוים)
מהות השכירות 48(198) 126(18)
מחלה (ראה גם: הכבדה) 290(47) 441
מכירת נבלתו להשלמת השכירות 14 37(153) 42(179) 128(34) 133(43) 166(14) 210־218 332(237) 333
משא ורכיבה 183 184 185(44) 195 212(157) 213־216 290(47) 342(271)
מת או נשבר (ראה גם: החרמת המושכר; הרס המושכר; מושכר חלופי; מניעת השימוש; פטור מתשלום) 14 23 36־38 40־42 99(49) 128(34) 141(87) 187 287 288(38) 299(95) 315 342 346 348 351 354
נטרף 193 194 200 217 336
נסיעה מהירה מן המוסכם 146 378(80)
עיוורון (ראה גם: הכבדה) 141 183 187 207
רכיבת איש או אישה 363(11) 368(25) 369(31) 370(41) 377(76) 382
תוספת משא 373 374 378־380 381(85) 382
חמץ
אי־התאמה 101(55)
חנות
איסור לנהל בה עסק (ראה גם: תועלת, סיכולה) 201(108) 315 321(184) 347
הודעת סיום (ראה גם: סיום השכירות) 413
נטישתה (ראה גם: נטישת המושכר) 372
פגיעה בהכנסות כעילת פטור (ראה גם: פטור מתשלום; תועלת, סיכולה) 317(171) 318(172) 319 321(184) 354(314)
שכירתה במרכז מסחרי 371
תיקון בעקבות שוד (ראה גם: תיקון המושכר) 135
תיקון בעקבות שרֵפה 129(35) 166(14) 397
חסד (ראה: עסקת חסד)
חצרו של אדם קונה לו (ראה: קניין חצר)
חריגה (ראה גם: שימוש במושכר)
קשר סיבתי בין חריגה לפגם 146(109)

טבעת שאולה (ראה: קידושין בטבעת שאולה)
טוען ונטען (ראה: נטל ההוכחה; סכסוך)
טעות סופר (בחוזה) 111

יובל 8(13)
יורד לשדה חברו 130 131 165(9) 460 461 567(14) 591(48)

יושר (ראה: תום לב)
יזהיר המוכר (כלל במכר) 94
ייאוש 387(101)
ייזהר הקונה (כלל במכר) 92 94 95
ייצור ושיווק
שכירת הזיכיון (ראה גם: זיכיון) 62 301 318(172)
יציאה ידי שמים 412
ירושה
אריסות 590(40)
העברת השכירות וירושה 434־436
חוב 434(109)
מושכר 486
נכס גזול 56(241)
שאילה 430 431 501(40) 548 549 587־590 595 597 599(3)
אחריות שמירה 431(97) 436(123) 590
תקופת השאילה 508(71)
שותפות 514(104)
שכירות 8(13) 12 13 17 20(67) 49 50 253(33) 331(232) 429־439 512(93) 524
בלתי קצובה 435(114) 508(71)
ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף 14 25־28 52 262(12)
החזרת המושכר 264 455(13)
העברת המושכר 476(33)
מועד התשלום 264 455(13)
פטור מתשלום 27(96) 290 331(234) 338(255)
שכירות אינה משתלמת אלא בסוף 25(92)
שכירות ליומיה — ממכר הוא 338(255)

כהן
בית המנוגע שחלטו או נתצו 181(32)
שוכר בהמת ישראל 7 10 11
כוח עליון
אי־קיום תנאי 255
אי־תשלום 255 310
מיתת השוכר 8(13) 322 431
מניעת השימוש 303
סיכול המטרה 305 322 433 437 438
עילה לפטור מהודעת סיום (ראה גם: צורך עצמי) 415
פיגור בהחזרה 460 462־464
שומרים 12(30) 202(111) 374 376(73) 382(92) 435 525
תיקון המושכר 281
תנאי לפטור מחובת תיקון 180 182
כופין על מידת סדום (ראה גם: תום לב)
71־73 152(137) 153 204(117) 270
371(42, 43) 395 398 428 511 594
כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו
17(49) 242(17) 386 387(101) 527־529 530(156)
כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה 382(91) 389
כל תנאי בממון קיים (ראה גם: דיספוזיטיביות) 147
כריית פחם
השכרת מקרקעין 34(144) 54

לאו בעל דברים דידי את 5 476(36) 497
לוקח לזמן
אחריותו כשומר 12(30) 362(8)
ליסינג 159 160
לפנים משורת הדין 396 398
לצאת ידי שמים 412

מבטל כיסו של חברו 462(52) 577
מדרגות (ראה: נכס נלווה למושכר)
מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגה 141(88) 185 301(104)
מהות המושכר
חוזר בעין 34
מהות השאילה
אחריות שמירה 12(30)
היעדר תמורה 545 549 555־558
מהות השכירות והשאילה 547(14) 548(20)
מכירת שארית המושאל הפגום 549
צורך עצמי 549 590 591
קניין גוף לפֵרות 548 559
קניין חצר 550 559
קניינית או חוזית 546־550 559
מהות השכירות (ראה גם: מושכר בלתי מסוים; שכירות ליומיה — ממכר הוא)
אחריות שמירה 12(30)
בעלות מוגבלת 9 17 18
דרכי קניין השכירות 8(13) 14(35) 15 16(41)
החוק הישראלי 5־6
החזקה בלעדית של השוכר 16
החלפת המושכר 18
היקף השימוש 364
העברת המושכר 469
הפרעה 227־229
הקדשת המושכר 481
הקניית דבר שלא בא לעולם 56(242)
השוואת שכירות למכר 8(13) 9(17) 10(21) 33
חוזית־אישית 5־7 11־14 17(52) 19(67)

26 30 50 43(184) 50 57 63 109
120(152) 124 197 214(167) 228 236
253(31) 262(12) 294(68) 364 386 388
515(105, 108) 522
ירושת השכירות 17 50 430
ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף 14 26
52
כוונת הצדדים 24 63(17)
מהות דמי השכירות 25
מהות השאילה והשכירות 547(14)
548(20)
מועד התשלום 14(35) 24 26(95) 262(12)
266 267 277 483(54)
מורכבת (קניין וחוזה) 6 22 36(151) 46
51 109
מחילה לא מהני 19
מיטלטלין 8(13) 23(85) 48(198) 126(18)
מכירת המושכר 18 50
מכירת הנאה 8(13)
מכירת שארית המושכר הפגום 15(38)
210־212 334(246)
מניעת השימוש 17 50 286־297 328־337
מסים עירוניים 17
מקרקעין ומיטלטלין 8(13) 23(85)
547(14)
נטל ההוכחה 254(34)
נפקות בין הגישות 19־22
עסקה במושכר 18 50
צורך עצמי 13(34) 18 21(67) 424(68)
425
קניין הגוף ליהנות ממנו 9(16)
קניין חצר 13 14(35) 16 50
קניינית או חוזית 5־24
קניינית־חפצית 5־11 13(31, 34) 14(35)
15(38) 18(62) 19(66) 30 43 47(197)
50 55 56 58 63 64 64(17) 67 109
124 126־128 151(131) 152(137) 197
225 228 229 236 262(12) 289 290
291(51) 306(125) 364 365 388 425
שיטות משפט אחרות 5 6 123
שכירות אינה משתלמת אלא בסוף 26 52
שכירות משנה 6 13 14 17 20 492־495
515(105, 108) 522
שני סוגי שכירות (קניין או חוזה) 17(52)
23 48(198) 51 334(246) 335 336
שעבוד 12(30) 13(35) 26(93)
תיקון המושכר 22 123 128
תקופת השכירות 34 52 332 333 424(68)
469 495(22) 508(71)
מוחזק (ראה: נטל ההוכחה; סכסוך)
מום (ראה: אי־התאמה; מקח טעות)
מומחה (ראה: מעשה אומן)
מוסר (ראה גם: כופין על מידת סדום;
לפנים משורת הדין; תום לב; תרעומת)
42(179) 56 71 305(125) 412 515 523
מועד המסירה (ראה: מסירת המושכר)
מועד העברת הקניין (ראה: העברת הקניין)
מועד העברת זכות השוכר 105
מועד התשלום (ראה: שכירות אינה משתלמת
אלא בסוף; תשלום)
מועד קיום הסכם 81
מושאל
בלתי מסוים, תיקונו (ראה גם: תיקון
המושאל) 558 560 567
דבר שאין בו ממש (ראה: זכויות)
חלופי 555 558
מהותו 558
מסוים ובלתי מסוים 558 560 567
מושכר
בדיקתו עם קבלתו 116 160
גיוסו (ראה גם: החרמת המושכר) 201
דבר שאין בו ממש (ראה: זכויות)
החזרתו (ראה: החזרת המושכר)
החרמתו (ראה: החרמת המושכר)
הקדשתו (ראה: הקדשה)
הרס (ראה: הרס המושכר)
השכרתו לאחר בתוך תקופת השכירות 18
21(67) 471(22) 472(22)
זכות (ראה: זכויות)
חוזר בעין 34
מהותו 34
נטישתו (ראה: נטישת המושכר)
נכס נלווה (ראה: נכס נלווה למושכר)
נפגם, סיום השכירות 129 130
פגם (ראה: הכבדה; מניעת השימוש; פגם)
ראוי לשימוש כתנאי לתשלום 305
שינויים פיזיים 388
שעבודו להבטחת חיובי המשכיר (ראה:
שעבוד המושכר)
תוספת דיירים 251 366(19) 508(73)
510(78) 522(133) 527(145) 528(148)
תיקונו (ראה: תיקון המושכר)
מושכר בלתי מסוים
החלפתו על ידי המשכיר 149־150
הכבדה על השימוש 36(153)
הקדשתו על ידי המשכיר 48־49
הקדשתו על ידי השוכר 43(184)
הרס המושכר 35 38 39 48(198)
השוואה לממכר בלתי מסוים 43(184)
התאמה 35(148) 93 97 98 104 109
החוק הישראלי 38 39
ירושה 49

יסוד חובת התיקון 124־126
מהות השכירות 36(153) 39 40 43
44(187) 45 46־48 52 57 97 125 126
150(126) 481
מושכר חלופי, היקף החובה 183־204 218
441
מושכר חלופי, מהות החובה 39 41 126
מכירת שארית המושכר 212 214 217 218
מעשה קניין 39־43 45
מקום המסירה 85 87(51, 52)
פינוי השוכר 48
קבלנות 48(199)
קניין חצר 49
שדינו כמושכר מסוים 38(157)
שכירות משנה 49
תיקונו (ראה: תיקון המושכר)
מושכר זה (ראה: מושכר מסוים)
מושכר חלופי
אי־העמדתו
עילה לניכוי 42(179) 45(188)
עילה לפטור מוחלט מתשלום 41 44
45(188) 47 48 126 171 177 284
אי־התאמה יסודית 108־109
איחור 183 184 185(44) 188־190
איכותו 149 184(41)
אכיפה 39־48 177 215 284
אשם המשכיר 179־182 199 200
201(107) 202 218 227־229 483(54)
בית בלתי מסוים
שלא נפל 149 183
שנפל 35 149
שנשרף 194 200
בית בסכנת התמוטטות 141(87)
בית מסוים שנפל 141(87) 180 328
בית שנאסר בהנאה 181(32)
היקף החובה במושכר בלתי מסוים 183־
204 216(177)
היקף הפטור במושכר מסוים 179־182
הכבדה 144(99) 183 184 189 190 207
העמדתו וביטול השכירות 284 285
העמדתו ופטור מתשלום 191(72) 194(86)
203 204 287 329(222)
העמדתו ותיקון המושכר 125־127 441
הקדשת המושכר 483(54)
התחייבות מיוחדת 126(17)
זכות קניינית בו 44 47
חמור בלתי מסוים שמת 36 38 183
חמור מסוים שמת 36(153) 141(87)
מבחן אחריות המשכיר 199 200 203
מבחן נסיבות הפגם 192־197 201־203
מבחן קיום המושכר 190 191 197 198
201 202
מבחן קיום השימוש 190 201 202
מושכר בלתי מסוים שאבד 35
מושכר מסוים ובלתי מסוים 35־38 176
340
מושכר מסוים שנהרס או הוחרם 37 126
141(87) 186 189(64) 227
מכת מדינה 176 197־199 202 218(189)
מניעת השימוש (הרס המושכר) 37 125
175 186־204 227
סיום השכירות 439 440 448
סיכול מטרת השכירות 204
עלייה שנפלה 38
פטור מתשלום ומושכר חלופי 191(72)
194(86) 203 204 287 329(222)
מושכר מוגדר (ראה: מושכר מסוים)
מושכר ממושכן
אי־התאמה 101
מושכר מסוים
בלתי מסוים ומסוים 24 35 36 38 41־42
176 177
אנגריא 37(153)
החלפתם על ידי המשכיר 149־152
הקדשת המושכר 481
מכירת שארית המושכר 212־218
תיקון המושכר 124 125 127 133
140(82)
החלפתו כשאינו ניתן לתיקון 37 126
141(87) 186 189(64) 227
החלפתו על ידי המשכיר 150־152
היעדר חובת תיקון 124 125
שכירתו כעסקה קניינית 125
שעבוד הבית לעלייה 38(157)
תיקונו (ראה: תיקון המושכר)
מושכר סתם (ראה: מושכר בלתי מסוים)
מושכר שאינו מוגדר (ראה: מושכר בלתי מסוים)
מות השוכר (ראה: מיתת השוכר)
מזונות בהמה שכורה 148
מזיק (ראה: נזיקין)
מזיק שעבודו של חברו 30(111)
מזלך גרם (ראה גם: הרי שלך לפניך;
נסתחפה שדך) 17 20(67) 36 135 136
141 145(104) 154 184 185(44) 190(66)
192־201 207 209 212(157) 230(42)
235(59) 289־297 314 315 316(165) 322
325 328 335 337 343 345־347
348(301) 350(304) 352(312)
מחאה

היעדרה כהסכמה 373(54)
מחילה (ראה גם: ויתור) 19 21(67) 118
מטען
החלפתו באחר בשכירות ספינה 72 73
204(117) 371(42)
מטרת השכירות (ראה גם: תועלת)
השלמתה בדוחק או באיחור 183 184
185(44) 188־190
מניעת השגת חלק ממנה 300 301
סיכול 283 305 306 309 313־323 339־
354 433 437 438
שימוש והפקת רווח 320(180)
מי שפרע 40
מיגו 252(28)
מידת סדום (ראה: כופין על מידת סדום)
מיטלטלין (ראה גם: מקרקעין ומיטלטלין)
דרכי הקניין 40 40(170) 44(186) 50
50(212) 104
מהות השכירות 8(13) 23(85) 48(198)
126(18)
מעות אינן קונות 104
נמצאים במושכר, בעלות עליהם 65(21)
קניין גוף לפרותיו 23(85) 335 547(14)
מיתת המשאיל 594 595 597
מיתת המשכיר 486
מיתת השואל 430 431 545 548 587־590
595 597
מיתת השוכר (ראה: ירושה)
מכונית
אי־התאמה 112
אי־התאמה העולה כדי פגם 105 112
מועד אי־ההתאמה 105
תיקונה עקב תאונה 135
מכירה (ראה: מכר)
מכירה לזמן (ראה: קניין לזמן)
מכירת שארית המושאל הפגום 549 557
558
מכירת המושכר
על ידי המשכיר (ראה: העברת המושכר; הקדשה)
על ידי השוכר כשהוא פגום 14 15(38)
37(153) 46(193) 128(34) 166(14)
178(21) 210־218
מכירת הנאה (מהות השכירות) 8(13)
מכירת השכירות (ראה: העברת השכירות)
מכירת משכון
יחסי נושה־קונה 480(53)
מכירת פיקדון
יחסי שומר־קונה 479(50)
מכס
גבייתו בשבת 64(18)
השכרת הזיכיון לגבייתו 62 63 64(18)
מכר (ראה גם: בית בביתַי; דיני מכר)
אחריות המוכר עד למסירה 104 239(6)
אמצעי תשלום 272(51) 274
בדיקת הממכר 116
החזרת הממכר כתשלום 275(65)
העברת השכירות 66 67
יזהיר המוכר 94
ייזהר הקונה 92 94 95
מסירת הממכר 78 231(46)
סכסוך בעניין היקפו 420(54)
מכר אינו דוחה שכירות (ראה גם: העברת המושכר, קיום השכירות) 467 479־481
487
מכר ושכירות 33
אי־התאמה 91 92 94 96 107 116
אמצעי תשלום 272(51) 274
דבר שלא בא לעולם 56־57
דרכי הקניין 15 53
הונאה 7
היקף הזכויות 9(14, 15) 10(21) 27 33
50 127
העברת השכירות 66 67
זכויות 64־67
חובת תיקון 127
מועד העברת הקניין 49 50 104
מועד התשלום 26 27 261
מכת מדינה 344
מניעת השימוש 292 293 307(130)
מסירה 78 83 87
נכס בלתי מסוים 43(184) 44(187)
47(197)
סכסוך בעניין עלות העסקה 252(29)
253(31)
צורך עצמי 18 428(85)
קניין מעות 50 53 104
ריבית 261
תרופות 163
מכר לזמן (ראה: קניין לזמן)
מכת מדינה (ראה גם: מניעת השימוש; פטור מתשלום)
אינה במזלו של איש 321 352(312)
ביטול השכירות 315 316 320 321
352(312)
הכבדה על השגת תועלת השכירות
313(154) 345
הסכם מכללא 316 324 338 344 345
מושכר חלופי 176 197־199 202
218(189)
מזל המשכיר גרם 291 296 325 336 338
346 352(312)

מניעת חלק ממטרות השכירות 208
מקח טעות 314(159) 346
ניכוי 208(137) 313־322
ניכוי למפרע או גם מכאן ולהבא 316־321 325 349 352(312)
פוגעת בשוכר ולא במושכר 323
פטור מתשלום 287(33) 23 51 291 292 294 296 297(79) 308 313־322 330 336 338
שכירות זכויות 64 65(20)
תועלת השכירות 308 315 318־322 326 339־354
מלאך המוות — מה לי הכא מה לי
התם 136 193 194(85, 87) 195(89) 196(91) 197 203 (112) 293־295 297 304 306(129) 315 325 376(73) 525
מלוג (ראה: נכסי מלוג)
מְלווה להוצאה ניתנה 457(25) 458
מלון
השכרת חדר 24 28 39 62־64 262 603
מלמד
ברח התלמיד מחמת מגיפה 349(304)
גזר המושל שלא ילמד 352(312)
חלה 197(97) 306 307 353 433(106)
מת התלמיד או חלה 305־307
ממכר (ראה גם: מכר)
בדיקתו על ידי הקונה 116
מסירתו על ידי המוכר 78 231(46)
מנהג
אי־התאמה במושכר 69 94 98 100(49) 119
אמצעי התשלום 70 259 274 277
גובה התשלום 248 249
החזרת המושכר 456 459
הקניית דבר שלא בא לעולם 56
מבטל הלכה 69 94
מועד התשלום 259 262 276
פרטים שלא נקבעו בהסכם 69 70
שאילת זכויות 551 559
שימוש במושכר 69 139(71) 362 366
שכירות זכויות 52 62 63 67
שכירות משנה 506
תיקון המושכר 70 139(71) 147 148 511(83)
תקופת השכירות 421(56) 422 594
תשלום 248 249 274
מניעת השימוש (ראה גם: החרמת המושכר; הרס המושכר; מכת מדינה; ניכוי; פגם; פטור מתשלום)
איסור הנאה 181(32)
אכיפה (ראה גם: אכיפה) 175 281
ביטול (ראה גם: ביטול השכירות) 175 281־283
ביטול זיכיון 318(172)
הפרת חוזה 281
זמנית 184(41) 185(44) 188 195(88) 298 300 440
חלקית 141(88) 185 186 208(137) 297 300 301 345
ידיעת השוכר 282
מושכר חלופי 37 125 175 186־204 227
מניעת תועלת השימוש ומניעת השימוש (ראה גם: תועלת) 320
סובייקטיבית 142(89) 232(50)
על ידי המשכיר 180 199 227 230(42) 232(48)
פגיעה בבעלות ופגיעה בשימוש 181(32) 185(44) 195־198 209 214 218 289 290 294 325 336 345
פיצויים 175 281 440
ריחיים שנמנעה הפעלתם מחמת ייבוש הנחל המפעילם 292(55)
שכירות משנה 504(59)
תיקון (ראה גם: תיקון המושכר) 131 132(37) 136 139־141 143 178
מניעת רווח
פיצויים 109 110(101)
מנעול
התקנתו במושכר (ראה גם: התאמה) 98 99 113 124
תיקונו (ראה גם: תיקון המושכר) 124 127(23) 140 141(87)
מסוימות (ראה: מושכר בלתי מסוים; מושכר מסוים)
מסים 79 198 485
החכרת הזכות לגבייתם 56 62 63
עירוניים, חיוב השוכר 17 18 20(67)
פגיעה בהכנסות המושכר עקב הטלתם 315(161) 318 319
מסירת המושכר (ראה: אי־התאמה, המועד הקובע; תרופות)
אופן המסירה 77
במכר 49 82 239(6)
החובה והיקפה 57 77 78 239 453
מועד העברת הקניין 49
מועד המסירה 75 77 79 82
הודעה עליו 79 80 88
הוסכם על מועד מסוים 79 88
הוסכם על פרק זמן 80 88
הקדמת המועד המוסכם 79 88
זמן סביר לאחר כריתת החוזה 79 81
לא הוסכם על מועד מסוים 81 82 88

מועד מדויק על ידי המשכיר 79 80 83 88
מושכר ראוי לשימוש 77
מקום המסירה 75 83־88 106
מושכר בלתי מסוים 85 87(51, 52)
פינוי המושכר 77 78
שיתוף פעולה עם השוכר 77 78
תנאי לחובת תשלום 78 80 82
תקופת השכירות 80 82 401 453
מסירת המושאל וקבלתו 564 565
מעביד (ראה: שכירות פועלים)
מעות אינן קונות (ראה: מיטלטלין; קניין מעות)
מעילה 476(31) 480(54)
מעמד שלושתם (ראה: המחאה, זכות)
מעסיק (ראה: שכירות פועלים)
מעקה
התקנתו (ראה גם: התאמה) 98 99 144(100)
תיקונו (ראה גם: תיקון המושכר) 140(76) 148(118)
מעשה אומן (ראה גם: תיקון המושכר)
תנאי לחובת התיקון 124 127 140 144
מעשה הדיוט
התאמה 144(100)
מעשה קניין שאינו תקף 54
מציאה במושכר (ראה גם: קניין חצר) 13(33) 16 16(48)
מצרנות (ראה: דינא דבר מצרא)
מקדמה (ראה גם: תשלום מראש)
תיקון המושכר מתוכה (ראה גם: תיקון המושכר) 132 133(42)
מקום בטוח ומקום סכנה
החזרת פיקדון 85־87
פרעון הלוואה 85־87
מקום שיפוט (ראה: הלוואה; פיקדון)
מקח טעות (ראה גם: אי־התאמה)
אי־התאמה הניתנת לתיקון 108
ביטול השכירות 104(75) 108 115(127) 144
החרמת המושכר 102 190
הרס המושכר 325
כדאיות העסקה 95(25)
ליסינג 159 160
מועד התביעה 117
מכירת נכס מושכר 468 473
מכר 95 107
מכת מדינה 314(159) 346
שאילה ומכר 576(15)
שכירות ומכר 17 95(25) 96(30) 98 104(75) 120
מקרקעין
גזלה 56(241) 373(57)
דרכי הקניין 40 40(170) 44(186) 50 50(212) 53
השכרתם לכריית פחם 34(144) 54
חזקה במיטלטלין שבהם 21 250(17)
מהות השכירות 24(85) 48(198)
קניין גוף לפֵרותיו 24(85) 335 547(14)
שומרים 511(82, 83)
שימוש בהם לאחר הרס המושכר שהיה מעליהם 211(152) 397(24)
מקרקעין ומיטלטלין
אמצעי לתשלומי נזיקין 271(49)
דיני שכירות החלים עליהם 61 67
הודעת סיום (ראה גם: סיום השכירות) 410(11)
הלנת דמי השכירות 255(39) 272(55)
העברת המושכר או המושאל 471(22)
העברת השכירות 434 492 517
הקדשת המושכר 483(54)
מהות השכירות 23
מועד התשלום 259 260
פטור זמני מתשלום 281 282 298 302
פטור מתשלום 281
קניין הגוף לפֵרותיו 333 335 547(14)
קניין לזמן 362(8)
שכירות משנה 434 492 495 498־505 517 532
תקופת השאילה 586(17)
תשלום דמי השכירות, נטל ההוכחה 250(19) 254(34)
מראית עין (ראה: חוזה למראית עין)
מרזב
התקנתו (ראה גם: התאמה) 99 144(100)
תיקונו (ראה גם: תיקון המושכר) 140 148(118)
משאיל
צורך עצמי (ראה: צורך עצמי)
משיכה (ראה: דרכי הקניין)
משכון
הקדשתו 471(22) 472(23) 481
מכירתו 480(53)
מִשכּוּן השכירות 491(1)
צורך עצמי 427(79)
שכירות ומשכון 473(23)
משכיר
איסור כניסתו למושכר 16
זכותו בגוף המושכר 33 64 65 469
חיוביו
אי־הפרעה (ראה: הפרעה)
התאמה (ראה: אי־התאמה; התאמה)

מושכר ראוי לשימוש 36(153) 281 309 324 329 348
מסירה (ראה: מסירת המושכר)
מתן אפשרות שימוש 282 304 305 309
קבלת המושכר 456 457
תיקון (ראה: תיקון המושכר)
צורך עצמי (ראה: צורך עצמי)
משפטי ההכתרה (ראה גם: סיכול) 311 315 320 326 349
מתה מחמת מלאכה 366(19) 510(79) 511(82) 551(42) 552(46) 568
מתווך 95(29) 159
מתנה 10(21) 30(111) 514(104, 105) 547 553(55) 554(59) 573(1) 584
מתנה על מה שכתוב בתורה (ראה: כל תנאי בממון קיים)

נבלת חמור (ראה: מכירת המושכר, על ידי השוכר כשהוא פגום)
נגר (ראה: מנעול)
נוהג (ראה: מנהג)
נזילת מים
אי־התאמה (ראה גם: אי־התאמה) 119
תיקון (ראה גם: תיקון המושכר) 139
נזיקין (ראה גם: גרמא בנזיקין)
אי־התאמה 109 110(101)
אמצעי תשלום הפיצוי 271
הגבלת זכות השימוש 364
היזק שאינו ניכר 181(32)
הפרעה ונזיקין 227־229 233
הקטנת הנזק 518 519(124) 520
חזרה מוויתור על נזק 115
מזיק שעבודו של חברו 30(111)
נזקי שכנים 227 232 233
נטישת המושכר 412
פיצוי על נכס מושאל 547(15)
שימוש המזיק למושכר 373(57)
שכירות משנה 510(79)
נטילת החזקה
חובת השוכר 103 239־241 243
נטישת המושכר
למי מגיעים דמי השכירות אם הושכר לאחר 242(17) 371(47) 385 507
שכירות בלתי קצובה 387(103) 411(17)
שכירות קצובה 242 243 371 372 385־388
נטל ההוכחה (ראה גם: המוציא מחבֵרו עליו הראיה)
סכסוכי בעלות 21 22 250(17) 548(20)
קשר בין חריגה בשימוש לבין הנזק 370(40) 376(73) 377 381 389
קשר בין רשלנות שומר ובין אונס הפיקדון 525
רשלנות שומר 145(102)
שאילת כלי בטובו 554(59)
שכירות משנה 503(54) 510 512
תוכן ההסכם 11 250־254
תשלום דמי השכירות 250(19) 254(34) 260 263
תשלום מראש 268 277
ניחא ליה לאיניש לקיומי מצוה בממוניה 101(55)
ניכוי (ראה גם: מכת מדינה; מניעת השימוש; פטור מתשלום)
אי־העמדת מושכר חלופי 42(179) 45(188)
אי־התאמה 92 95 106־109 142(91)
אי־תיקון 163 166(14) 167(17) 172 175(2, 4) 177 397 468
ביטול וניכוי 300־302 305 315־317 344 349 352(312)
הכבדה על השגת התועלת 313(154)
הכבדה על השימוש 36(153) 131 141(85) 165(9) 168(25) 169 206־208 219 301
הפרעה 235
למפרע או גם מכאן ולהבא 316־321 325 349 352(312)
מושכר נטוש שהושכר לאחר 242(17) 385 507
מכת מדינה 208(137) 313־322 325 349 352(312)
מניעת שימוש זמנית 298 300־302
מניעת שימוש חלקית 297
מניעת השימוש, החוק הישראלי 175 205 206 281 282 297
ספינה זו ויין סתם 343 346־348 350 351 354
ספינה סתם ויין זה 341 346 348 350 351 353 354
פגיעה בבעלות ופגיעה בשימוש 181(32) 185(44) 195־198 209 214 218 289 290 294 325 336 345
פגיעה בתועלת השכירות 313־322 339־354
פגם זמני 300־302
פגם שאין לדרוש את תיקונו 205 219
שוכר שמנע תיקון 166(14) 397
שימוש מופחת 388
תקופת התיקון 298־300 440 441
נכה
השכרת בית בלא מעלית, אי־התאמה 100

נכס בלתי מוחשי (ראה: זכויות)
נכס בלתי מסוים
השאלתו (ראה: מושאל)
השכרתו (ראה: מושכר בלתי מסוים)
מכירתו 44(187)
נכס המשמש את המושכר (ראה: נכס נלווה למושכר)
נכס מסוים (ראה: מושאל; מושכר מסוים)
נכס נלווה למושכר
בית ועלייה 137
דלית ופרסק 137 166(14)
היקף התיקון 137(64) 139
מדרגות 138 139
שעבודו לתיקון המושכר 137 138
נכס עתידי (ראה: אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם)
נכסי מלוג 31(19) 363(8)
נסתחפה שדך 17 199 212(157)

סבירות
הודעה על אי־התאמה 110 115־117 120 143(94)
הודעה על מועד המסירה 79 80
ידיעת המשכיר על אי־ההתאמה 116
מועד קיום חוזה 81
שימוש במושכר 146 365 366 373־375 389
סודר (ראה: קניין סודר)
סולם
התקנתו (ראה גם: התאמה) 99 144(100)
תיקונו (ראה גם: תיקון המושכר) 140 148(118)
סטטוטורי(ת)
חוזה (ראה גם: תקנה) 468 473 486
הוראה (ראה: תקנה)
סיום שאילה (ראה גם: ביטול השאילה; תקופת השאילה)
החזרת המושאל 592 594
הרס המושאל 548 558
פגם במושאל 591
סיום שאילה בלתי קצובה
הודעת סיום 410(11) 411(13) 553 583 593 594 597
סיום שאילה קצובה
הודעת סיום 423(62) 587 592
מיתת השואל (ראה גם: ירושה) 429 545 583 587־590 595
נמשכה מעבר למועד 596
סיום התקופה 583 585־587
על ידי השואל 576 585 591 592
צורך עצמי (ראה: צורך עצמי)
סיום שכירות (ראה גם: ביטול השכירות; תקופת השכירות)
אחריות שמירה 457
החזרת המושכר 453
הרס המושכר 130 132(42) 177 178 210 397(24)
מועד תשלום (ראה: שכירות אינה משתלמת אלא בסוף)
מושכר חלופי 439 440 448
מושכר שנפגם 129־130
מיתת השוכר (ראה גם: ירושה) 331(232)
קודם זמנה (ראה גם: צורך עצמי) 13(34) 18 19 21(67)
סיום שכירות בלתי קצובה
בתקופה הראשונה 409 416(32)
בתקופה כלשהי 409(8) 411(16) 416
הודעת סיום 34(141) 65(21) 83(31) 249(10) 263 387(103) 407־414 419(44), 46) 448 508(71)
צורך עצמי, פטור מהודעת סיום (ראה: צורך עצמי)
סיום שכירות קצובה
הודעה על אי־חידוש השכירות 419(44) 423(66) 442 443
חודשה פעמים אחדות 445 446
נמשכה מעבר למועד 442־445 449
סיום התקופה 407 408 419 448
צורך עצמי (ראה: צורך עצמי)
שוכר חלופי 417 439 448 497 505(59) 507 510(79) 512(94)
שכירות משנה שלא כדין 523(142) 529
סיטומתא (ראה: קניין סיטומתא)
סיכול (ראה גם: ביטול השכירות; כוח עליון; מכת מדינה; מניעת השימוש; פטור מתשלום)
משפטי ההכתרה 311 315 320 326 349
סיכול הקיום וסיכול המטרה 283 309 323 339
סיכול התועלת (ראה: תועלת)
סיכול מטרת השכירות 307 322 433 437 438
סיכון
העברתו לעומת העברת הבעלות 104־105 240(6)
מועד העברתו 104 105 240(6)
סכסוך (ראה גם: נטל ההוכחה)
בעלות
בין השואל למשאיל 548(20)
בין השוכר למשכיר 21 22 250(17)

ביצוע התשלום 251 252 263
היקף המכר 420(54)
היקף השימוש 251
עלות העסקה 252(29) 253(31)
שכירות משנה 251(21)
תקופת השכירות 251 421(55)
ספינה
החלפת המטען 72 73 204(117) 371(42)
החלפתה 151
טבעה 23 73 151 204 216 217(186)
268 287 305(125) 331 340
ספינה זו וספינה סתם (ראה גם: מושכר
בלתי מסוים; מושכר מסוים) 35(146)
151
שוכר חלופי 439 499(36) 506
ספינה זו ויין סתם 343 346־348 350 351
354
ספינה סתם ויין זה 341 346 348 350 351
353 354
ספינה סתם ויין סתם 353
ספסירא (ראה: מתווך)
ספר שאול 552(44) 556(75, 76) 568(16)
סרסור (ראה: מתווך)
סתם שאילה שלושים יום 435(114)
586(17) 588(29) 595
סתם שכירות שלושים יום 408(5) 421(56)

עבד לווה לאיש מלווה 84(35)
עבודה (ראה: שכירות פועלים)
עבודה זרה
איסור הכנסתה לבית גם כשהוא מושכר
לגוי 10 11
עדכון דמי השכירות 417 418 443(162)
444(166) 447 462(53) 516(111)
עוסק במצווה פטור מן המצווה 557(75)
עושק 462(52)
עיקול
דמי השכירות 24
מושכר 102
עלות העסקה
סכסוך 252(29) 253(31)
עלייה (ראה גם: בית ועלייה)
נפלה, מושכר חלופי 38
שעבוד הבית 38(157) 137 138
עסקה מעורבת
שאילה ושכירות 556(69)
עסקת חסד 545 546 563 573
ערב הפסח
השכרת דירה בלא בדיקת חמץ 101 (55)
ערבות (ראה גם: דין ערב)
העברת המושכר 467(5) 483
העברת השכירות 498(33)
עשיית דין עצמית 29 464
עשיית עושר ולא במשפט (ראה: זה נהנה
וזה חסר; זה נהנה וזה לא חסר; יורד
לשדה חברו; כיצד הלה עושה סחורה
בפרתו של חברו)
עשן
אי־התאמה במושכר 100 115

פגיעה בהכנסות מן המושכר (ראה גם:
תועלת)
ביטול השכירות 317(171) 318(172) 322
עקב הטלת מסים 315(161) 318 319
פטור מתשלום 311־322 339־354
פגם (ראה גם: הכבדה; מניעת השימוש)
הגדרתו בחוק 112 136
הגדרתו לעניין אי־התאמה 93־95 112
הגדרתו לעניין מושכר חלופי 144(99)
186
הגדרתו לעניין תיקון 112 136 139־141
186 224
מושאל פגום, הסכם מכללא לאיסור
מכירה 549
מקורו 187 199 200 203
נגרם בידי מזיק 202(111)
נכס פגום המשמש את המושכר, תיקונו
136־139
ניתן לתיקון ושאינו ניתן לתיקון 133(43)
140 141 186
נסיבותיו 134־136 186־204
עובר ושאינו עובר 185(44) 195(88) 209
214 215(170)
קשר בינו לשימוש 135־136 154 187
192־197 214(168) 217 320
תיקונו (ראה: תיקון המושאל; תיקון
המושכר)
פגם ואי־התאמה 91(3) 105 112 131 142־
144 154
פגם והפרעה 182(33) 224 232
פועל חוזר בו בחצי היום (ראה גם: שכירות
פועלים) 41(177) 80(12)
פחד
עילה לביטול השכירות 138(68) 142(89)
פחם
השכרת מקרקעין לכרייתו 34(144) 54
פטור מתשלום (ראה גם: הרס המושכר; מכת
מדינה; ניכוי)
אבדן המושכר באחריות השוכר 385(99)
אי־העמדת מושכר חלופי 41 44 45(188)
47 48 126 171 177 284
אי־מסירה 78 241(9)

אי־שימוש 28
החרמת המושכר 37(153) 187(53) 200 208 288 290 291 294 295 328 329
הפרעת המשכיר 230(42) 231(45)
הקדשת המושכר 483(54)
הרס המושכר 17 23 37(153) 124(9) 231(45) 264 287 288 291(51) 293 294 297 330־337 343
זמני 61(1) 234 281 282 298־300
חסימת דרכי הגישה 282 283 302־308 323
ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף 290
מבחן הקשר בין השימוש לאבדן המושכר 289 292־294 296 325 336 349 350
מבחן הקשר בין השימוש למניעת השימוש 289 294־297 304 308 320 325 337 351
מבחן מהות השכירות (קניינית או חוזית) 335 336
מבחן מקור הפגם (פנימי או חיצוני) 335 336
מבחן קיום המושכר 289־292 296 306 325 336־338 344־347
מבחן קיום השימוש במושכר 288 328 329 336 347־349
מהות השכירות 17 20(67) 28
מועד העברת הקניין 49
מושכר חלופי ופטור מתשלום 191(72) 194(86) 203 204 287 329(222)
מושכר שנאסר בהנאה 181(32)
מיתת השוכר 322 323 331(232) 431 436־439
מכאן ולהבא או למפרע 316־321
מניעת שימוש הקשורה בשוכר (מחלה) 283 309 310 322 323
ספינה זו ויין סתם 343 346־348 350 351 354
ספינה סתם ויין זה 341 346 348 350 351 353 354
פגיעה בתועלת השכירות 176 264 309־322 339־354
פגם 130 131 141(87) 165(9) 185(44) 281 282
שכירות מסחרית 320(180) 345(283)
שכירות פועלים (ראה: מלמד; שכירות פועלים)
תקופת תיקון המושכר 298־300 440 441
תשלום מראש 268 508(71)
פטנט
שכירתו (ראה גם: זכויות) 61
פיגור בהחזרת המושכר 461־464
פינוי השוכר ממושכר בלתי מסוים 48
פיצויים
אי־החזרת המושכר 460־464
אי־התאמה 91 92 106 107 109 110(101) 577
אי־מסירה 78 402
אי־קבלת המושכר 240(7)
אי־תיקון 163 171 172
דין ערב 110(101) 412 463
הפרעה 225 231 235 236
השגת גבול 463
זכות קדימה 516
מוסכמים מראש 41 171
מניעת השימוש 175 281 440
נזק לנכס מושאל 547(15)
נטישת המושכר 387
שימוש חורג 374 376־381 384
שכירות משנה שלא כדין 520
פיקדון
הקדמת החזרתו 79(12)
מקום החזרתו 84־86 275
מקום השיפוט 84(36)
פיקדון והלוואה 85 86 275 457(25)
פיקטיבי (ראה: חוזה למראית עין)
פירעון
דמי השכירות (ראה: תשלום)
חוב, הקדמתו 79 80
פלישה למושכר 185(44) 200 201
פנים חדשות (ראה גם: מקח טעות)
ביטול השאילה 576
ביטול השכירות 107 108
סיום השכירות 397(24)
תיקון אי־התאמה 108 109
תיקון פגם 129
פרוטה דרב יוסף 557(75)
פרזומציה (ראה: חזקה — אין אדם פורע תוך זמנו; חזקה — אין אדם קונה דבר שיש בו מום)
פרטים שלא נקבעו בחוזה 69 81 82
פרסק (ראה: דלית ופרסק)
פרשנות
חוזים 38(157) 110־114 421(55)
תקנות 410(11)
פשיטת רגל 49
פשיעה (ראה: רשלנות)

צורך עצמי (ראה גם: סיום השאילה; סיום השכירות)
הסכם מכללא 428 429 545

מהות השאילה 549 590 591
מהות השכירות 13(34) 18 21(67) 424(68) 425
מכר ושכירות 18 428(85)
משכון 427(79)
שאילה בלתי קצובה 594
שאילה קצובה 423(62) 545 549 555 583 584 587 588 590 591 596
שכירות בלתי קצובה 396(20) 414־416 423 443(162) 448
שכירות קצובה 8(13) 13(34) 18 396 421(55) 422־429 443 448 470(20) 471(22) 485 486
תשלום מראש 426(75)
צער בעלי חיים 273(60)

קבלנות
העברת המושכר 476(36)
מושכר בלתי מסוים 48(199)
שכירות עבודה 36(153) 332(236) 346(292)
שכירות וקבלנות 430(91)
קבלת המושכר
אחריות שמירה 241 242
ויתור על אי־התאמה 110 113 114 143 147
חובת המשכיר 456 457
חובת השוכר 103 239־241 243
תרופות 242 243
קוטרא (ראה: עשן)
קולא
אי־התאמה במושכר בלתי מסוים 97
קונם (ראה: הנאת המושכר)
קורות נוטות
תיקונן (ראה גם: תיקון המושכר) 128־130
קטן 8(13)
קידושין
טבעת שאולה 521(130, 132) 522 523 548(20) 600(4)
שלא בתום לב 594(64)
קיזוז 235 478 539
קלקול (ראה: פגם; תיקון המושכר)
קניין (ראה: דרכי הקניין; מהות השכירות; מכר)
קניין אגב 8(13) 105 548(20)
קניין דברים 40 40(169) 45(189) 47(196, 198)
קניין הגוף לפֵרותיו 7(11) 8(13) 9 9(16) 10(21) 14(35) 23(85) 24(85) 30 30(111) 31 51 63 64(19) 262(12) 290 394 431 548 559
היקף זכות השימוש 362־364
העברתו 31 363 502(52) 515(105)
מקרקעין ומיטלטלין 333 335 547(14)
נכסי מלוג 31(119) 363(8)
קניין לזמן וקניין הגוף לפֵרותיו 9 31
קניין פֵרות כקניין הגוף 9(20)
שינויים פיזיים בנכס 362 388
שכירות וקניין הגוף לפֵרותיו 31 363 515(105)
קניין וחוזה 5(1) 22 40 45(187) 46 50
קניין חליפין 54 548(20) 560(84)
קניין חצר
שאילה 550
שכירות 8(13) 13 14(35) 16 19(67) 21 49־51 64(19)
קניין לזמן
אחריות שמירה 12(30) 362(8)
הגדרת השכירות (ראה גם: שכירות ליומיה — ממכר הוא) 8(13) 9(15) 14(35) 16 30 32 33 127(20)
היקף זכות השימוש 362 363
מקרקעין ומיטלטלין 362(8)
שינויים פיזיים בנכס 362 388
שכירות וקניין לזמן 8 9 12(30)
קניין מעות (ראה גם: דרכי הקניין) 40(170) 44(186) 50
מעות אינן קונות 53 104 105(79)
מעות קונות 104(77) 105
שכירות מיטלטלין 9(17) 53 53(224) 105
קניין סודר 40 40(170) 44(186) 48(198) 53 54 105 126(17) 553 554
קניין סיטומתא 63(9)
קניין פֵרות (ראה: קניין הגוף לפֵרותיו)
קרדום
קנייתו על ידי השימוש בו 584
קרקע אינה נגזלת 373(57) 461
קרקע בחזקת בעליה עומדת 11 250 252 254(33) 373(57)
קשר סיבתי
בין חריגה מן השימוש לפגם 146(109)
בין רשלנות השומר לאונס הפיקדון 525
קשר עובדתי (נסיבתי) בין הפגם לשימוש
העמדת מושכר חלופי 192־197 214(168) 217 320
פטור מתשלום 289 292־297 304 308 320 325 336 337 349־351
תיקון המושכר 135 136 154 187

ראיה (ראה גם: נטל ההוכחה)
אין הדמים ראיה 420
ריבית
ביטול זיכיון להלוואה בריבית 62 301
הנחה מדמי השכירות בתשלום מראש (12)261
העלאת דמי השכירות בתשלום בסוף 260 261
מגורי חינם בדירה תמורת הלוואה (53)480
מכר ושכירות 261
שכירת זיכיון להלוואה בריבית 62 301 (172)318
תשלום דמי שכירות נוסף על פיצוי על אבדן המושכר (92)382
ריחיים
העמדתם במושכר (ראה גם: שימוש במושכר) (15)364 (19)366
מניעת השימוש מחמת ייבוש הנחל המפעילם (ראה גם: מניעת השימוש) (55)292
שירות במקום תשלום (ראה גם: תשלום) 72
רישיון (ראה גם: זיכיון)
שכירות ורישיון 29
רעידת אדמה
מושכר חלופי 187
תיקון המושכר (49)134
רשלנות
אחר סיום תקופת השמירה 547
אחריות השוכר 144
המשכיר בהעמדת המושכר 228
המשכיר במניעת הפרעה 234
השוכר, סייג לחובת התיקון 145
חריגה מתנאי השכירות 146 376
קניין מעות 9(17) 104(77)
שומר שמסר לשומר 524
נטל ההוכחה בשומר (102)145
נטל ההוכחה בשומר שהרשלנות גרמה לאונס 525
שימוש במושכר 145 146
בשמירת מקרקעין 511(82, 83)

שאילה
הגדרה 545 555 556
היקף הזכות 550־552 559 569
קניין חצר 16(48) 550
שאילה בלתי קצובה
דרישת תשלום מכאן ולהבא 594
שאילה ומתנה 10(21) 547 553(55) 554(59) 573(1) 584
שאילה ושכירות 8(13) 14(35) 24 54(226) 64(19)
שאילה ליומיה ממכר הוא (ראה גם: מהות השאילה) 14(35)
שאילה ליומיה מתנה היא (ראה גם: מהות השאילה) 547
שאילת משנה (ראה גם: שכירות משנה) 545 549 550 588 589 599 600
שאילת ספר 552(44) 556(75, 76) 568(16)
שארית המושאל או המושכר הפגום
מכירתה (ראה גם: חמור)
מושאל פגום 549
מושכר פגום 15(36) 210־218 334(246)
שבועה
לווה שטוען שאין לו לשלם 85(42)
שומר שמסר לשומר 524
שומרים, יסוד תוקפה 525
שבת
גביית מכס 64(18)
השכרת נכס לגוי 11 64(18)
שדה
יבש המעיין שלידו 329(223) 351(311)
פגיעה ביבול 311־322 339 343 344־346 348 351(306)
שואל
אחריותו כשומר 366(19)
שואל אדם כלי בטובו 553 554(59) 591(44)
שואל ושוכר
הגדרת זכותם 8(13)
שואל שלא מדעת
בשכירות 118
שוד
תיקון המושכר בעקבותיו 135
שווה כסף בקידושין 523
שווה כסף ככסף 70 270
שוכר
אחרויותו כשומר (ראה: שומרים)
חיוביו
החזרת המושכר (ראה: החזרת המושכר)
מתן אפשרות בדיקה 393־395 398
מתן אפשרות תיקון 395־398
קבלת המושכר 103 239־241 243
שמירה (ראה: שומרים)
תשלום (ראה: תשלום)
שוכר חלופי
על ידי המשכיר
הקטנת חובת השוכר הנוטש 387(103) 413(18) 518
על ידי השוכר
העברת השכירות 497(31) 512(94)

סיום השכירות 417 439 448 497
(59)505 507 (79)510 (94)512
שומרים (ראה גם: מתה מחמת מלאכה; רשלנות)
אחר סיום תקופת השמירה 455(15)
זכות שימוש ואחריות 557
יורשי השואל 431(97) 436(123) 590
לווה
אי־קבלת הפירעון על ידי המלווה 457(25)
לוקח לזמן 12(30) 362(8)
מהות חיוביהם 455
מוכר
אחר מסירה 106(84) 243(18)
לפני מסירה 104(85)
מכירת הפיקדון 479(50)
מקרקעין 511(82, 83)
נטל ההוכחה שרשלנותם גרמה לאונס (ראה גם: מלאך המוות — מה לי הכא מה לי התם) 525
סיום השמירה לפני המועד 592(50)
קונה
ביטול עסקה בגין מקח טעות 576(15)
שואל
אחריותו 557
בהמה להיראות בה 551(40)
חריגה מן השימוש המוסכם 552(46)
סיום תקופת השאילה 585־587
שוכר
אחריותו 12(30) 16 144 145 202(111) 239 241 242 362 376(74) 394 395 454 456 457 460 537
העברת המושכר 474 479
התחייב לשאת בסיכון של אונס 382(92)
חריגה מן השימוש המוסכם 372 376־381
חריגה מן השימוש הסביר 372 374
סיום תקופת השכירות 457
שכירות משנה שלא כדין 520
שוכר ושואל לעומת שומר 455(15) 459 462(54) 464
שוכר ושומר חינם 144(102) 145(103) 537
שומר משנה 497(30) 499(34) 517(115)
שומר שכר
הגדרתו 537
סיום תקופת השמירה 457
שומר שמסר לשומר 517 524 525
שכירות משנה 16 17 494־496 520(129) 521(130)
שמירה בבעלים 376(74) 551(40)

שותפות
הקדשת המושכר 482
זכות השותף לעשות עסקה בחלקו 14 513 514(104, 105)
מציאה ברכוש משותף 16
תיקון בית משותף 131(34) 165(9)
שחיטת בהמות
החכרת הזכות (ראה גם: זיכיון; זכויות) 62
שטר מכר (ראה גם: דרכי הקניין) 50
שטר שכירות (ראה גם: דרכי הקניין) 15
נוסח 78(6)
שימוש במושאל
היקף הזכות 551 552 555 557 559 569
חריגה מן המוסכם 545 552 568
ספר שאול 552(44)
שימוש במושכר
אחר גילוי אי־התאמה 110 117־120 143(93)
אחר סיום השכירות 454 461־464
בלי החזקה (ראה גם: זיכיון; זכויות) 28־31 64 65(21) 603
דוחק (ראה: הכבדה)
הוסכם מראש 367־372
היקף הזכות 31(119) 363 364 365־372 388
הסכם מכללא 365 388
הפרעה לשימוש (ראה: הפרעה)
התאמה, שימוש נוח 104
חריגה מזערית 370 373־376 381
חריגה מן המוסכם 146 367־370 371(42) 375־385
חריגה מן הסביר 365 366 373־375
ייחודי 361(3) 370 371 377(76)
לא הוסכם מראש 366
מהות הזכות 361־365 370 372 388
מהות השכירות 364 365
מופחת 371 372 385־388
מזיק למושכר 373(57)
מנהג 366
מעשה קניין 54
משותף לשוכר ולמשכיר 16 29 65(19) 226 231(45) 386 434 503(52) 506 509(73) 514 527 528
משכיר או שוכר שהתנו 367 369(34) 377(76) 378(80)
ניצולו עד תום 31 128 129 146
סביר 365 366 373־375 389
סביר, הגורם נזק 146
סכסוך בעניין היקפו 251
עודף ושונה 379 380 385(98)

קניינו של השוכר 128 129
קשר בינו לפגיעה בשימוש
מושכר חלופי 192־197 214(168) 217 320
פטור מתשלום 289 292־297 304 308 320 325 336 337 349־351
תיקון המושכר 135 136 154 187
רגיל ומקובל (ראה: מנהג)
שקט (ראה: הפרעה)
תום לב 362
תוספת דיירים 251 366(19) 508(73) 510(78) 522(133) 527(145) 528(148)
שימוש במקרקעין כמעשה קניין 14(35) 53(222) 54
שימוש לרעה בזכות (ראה: כופין על מידת סדום)
שינויים פיזיים במושכר 388
שינויים פיזיים בנכס שנקנה לזמן 362
שירות כדמי שכירות 72 269 484 485 556(73)
שכירות
הגדרתה 5 24 28 32 34 256 556
היקף הזכות (ראה גם: החזקה; שימוש במושכר) 28־33 51
הלוואה ושכירות 34(144)
השאלתה (ראה גם: שכירות משנה) 491(1)
לשימוש או להפקת רווח 320(180)
מהותה (ראה: מהות השכירות)
מִשכונה (ראה גם: העברת השכירות) 491(1)
עסקה מתמשכת 27 102 116 119 223 338(255)
שאילה ושכירות, עסקה מעורבת 556(69)
שכירות אינה משתלמת אלא בסוף 25
הרס המושכר 268
חובת המסירה 78(5)
ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף 25(92)
מהות דמי השכירות 27(98) 262(12)
מהות השכירות 26(93) 52 262(12) 266
מועד התשלום 256 260־266 276
שכירות קצובה 27(100) 34(140) 260(6)
שכירות בלתי מסוימת (ראה: מושכר בלתי מסוים)
שכירות בלתי קצובה (ראה: תקופת השכירות)
שכירות והלוואה 34
שכירות ומכר (ראה: מכר ושכירות; שכירות ליומיה — ממכר הוא)
שכירות ושאילה 8(13) 14(35) 24 54(226) 64(19)
שכירות — לא קניא 7 10 11 13 14(35) 50 432(103) 515(105)
שכירות — מכירה בת יומה היא (ראה גם: שכירות ליומיה — ממכר הוא) 91 94 104(75)
שכירות — מכירה ליומא הוא (ראה גם: שכירות ליומיה — ממכר הוא) 10(21) 91 494(15)
שכירות ליומיה — ממכר הוא (ראה גם: מהות השכירות, קניינית־חפצית) 22 23 546
אמצעי תשלום 272(51)
באיסורים 10(21)
בהונאה בלבד 12 13 307(130) 432(103) 438(134) 494(14)
דרכי קניין השכירות 16 19(67)
הבחנה בין שכירות חוזית לשכירות קניינית 17(52)
הגדרת השכירות כקניין 7 14(35) 15 50 548(20)
החזקה בלעדית של השוכר 16 332(236)
החלפת המושכר 18
היקף זכות השימוש 364(15)
העברת המושכר 469 470(20)
הקדשת המושכר 471(22)
הרס המושכר 397(24)
חומרה 11(21)
יסוד הזמן 33 65(21)
ירושה 17 20(67) 431־433
ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף 338(255)
מגבלות בשכירות כמגבלות במכר 56(242) 63(17)
מדרבנן 13(31) 433(103)
מכר המתחדש בכל רגע 338(255) 438(134)
מניעת השימוש 17 287 307(130) 308 329 331(232) 336־338 343
מסים עירוניים 18
צורך עצמי 13(34) 18 21(67) 424(68) 425(74)
קונם 15(39)
קניין חצר 13(33) 19(67)
שימוש המזיק למושכר 373(57)
שכירות — לא קניא 7 10(21)
שכירות משנה 17 494 495 520 531(161)
שכירות פועלים 26(96) 27(96) 306 340
שלא בהונאה 8(13) 15־19 307(130) 364(15)
תקופת השכירות 332 333 495(22)
תקנה 57(247)

שכירות מוקדמת (ראה גם: תשלום מראש) 132
שכירות משנה
דמי הסכמה 516 519(122) 532
דמי השכירות 434(111) 511(83) 516(112) 519(122) 527־533
הבחנה בין שוכר לקונה גוף לפֵרות 31
הכלל אין השוכר רשאי להשכיר 31 363 492־496
הסכם מכללא 19 20(67) 386 494 495(22) 505 509 513 522(133)
הסכמת המשכיר 503(54) 504 523 532
העברת השכירות ושכירות משנה 66 491 502(48) 503(52) 512(94) 532
הצעת שוכר חלופי ושכירות משנה 507
התנגדות סובייקטיבית של המשכיר 370(37) 513(98)
זכות המשכיר לקבוע למי 13 515(108)
זכות קדימה 504 506(64) 515 516
כדין, אימתי? 16 17 20 496 498־506 513(111) 527
מהות השכירות 6 13 14 17 20 492־495 515(105, 108) 522
מושכר בלתי מסוים 49
מושכר נטוש שהושכר לאחר 242(17) 385(101) 507
מנהג 506
מניעת השימוש 504(59)
מקרקעין ומיטלטלין 434 492 495 498־505 517 532
סכסוך בעניינה 251(21)
שומרים 16 17 494־496 520(129) 521(130)
שימוש במושכר ושכירות משנה 493
שכירות בלתי קצובה 495(22) 508(71)
שכירות זכות 61 66
שלא כדין
אינה גזלה 523
אישיות שוכר המשנה 512 513 532
בכל מקרה 20 500(37, 40) 507
היעדר כוח משפטי (משכיר יותר משיש לו) 495 508(73) 509(74) 521 528 530 533
הסכם מפורש 518 519 533
השפעתה על זכויות שוכר המשנה 520 523 524 533
השפעתה על יחסי שוכר־משכיר 434(111) 435 436 495 500(37) 519־533
חשש מגנבה 500 501 510(78) 516 517 532
חשש מנזק 500 508־512 516 517 532
שימוש משותף עם המשכיר 386 434 503(52) 506 513 514 527 528 532
תוספת דיירים 386 501(42, 52) 503 508־511 519(123) 527 528
תום לב 504(59)
תחולת דיני השכירות (על יחסי שוכר־שוכר משנה) 61 66 67
תיקון המושכר 61
תקנה 20
תשלום מראש 268 385(101) 503(52) 506(71) 507 508(71)
שכירות נכס בלתי מסוים (ראה: מושכר בלתי מסוים)
שכירות נכס מסוים (ראה: מושכר מסוים)
שכירות פועלים (ראה גם: מלמד) 25 26(96) 27(100)
אחריות פועל החוזר בו 412
אמצעי התשלום 270(38) 272־274
גובה התשלום 249
דיבור והתחייבות 332(236)
החרמת הפועל 288(40)
הלנת שכר 272־274
מועד התשלום 266
סיכול המטרה 305 346 347 350(304) 438
שכירות ליומיה — ממכר הוא 26־27(96) 306 340
שכירות פיננסית 159 160
שכירות קצובה ובלתי קצובה (ראה: תקופת השכירות)
שכנים 38 370 396
שכר שבת 64(18)
שליחות 384(96) 463(60)
שליטה (ראה: החזקה)
שלילת החזקה (ראה גם: השגת גבול) 29 185(44) 200 201
שלילת השימוש (ראה: מניעת השימוש)
שמירה בבעלים (ראה גם: שומרים) 376(74) 551(40)
שמשה (ראה גם: חלון)
תיקונה (ראה גם: תיקון המושכר) 147
שעבוד
הגדרת השכירות 12(30) 13(35) 15(39) 26(93)
הפקעתו בהקדש או קונם 481 482
יצירתו על ידי השימוש 14(35) 57(247)
שעבוד בית לעלייה 38(157) 137 138
שעבוד דמי השכירות לתיקון המושכר 133 567

שעבוד הגוף 13(35) 15(39) 43(183)
57(247) 85 86 86(47) 88(54) 109(98)
132(40) 133(45)
שעבוד המושאל להבטחת קיום חיובי המשאיל 547־549
שעבוד המושכר
להבטחת קיום חיובי המשכיר 14 20(67)
46 48 50 329(225) 348(302)
להשלמת מטרת השכירות 212 215
שעבוד נכס נלווה למושכר 137 138
שעבוד נכסים 40(170) 42 43(182) 45(189)
46 46(192) 47(198) 48 58 109 228 234
567
שומרים 455
שעבודא דרבי נתן 459(31)
שרֵפה
מושכר חלופי (ראה גם: מושכר חלופי)
194 200
פטור מתשלום (ראה גם: פטור מתשלום)
306(129)
תיקון המושכר (ראה גם: תיקון המושכר)
129(35) 131 166(14) 397

תביעה קנטרנית
אי־התאמה 102(59)
תום לב (ראה גם: כופין על מידת סדום; מוסר; תרעומת) 71 112 113(114)
157(3) 158 180 362
העברת המושכר 475(28)
הפרעה 225 226 393(3)
קידושין שלא בתום לב 594(64)
שכירות משנה 504(59)
שלב טרום־חוזי 72(6)
תוספת דיירים במושכר 251 366(19)
508(73) 510(78) 522(133) 527(145)
528(148)
תועלת
סיכולה 283 309 312־322 339־354
תנאי לתשלום 176 312
תוקף ספינתו של חברו (ראה גם: גזלה, תשלומי הנאה) 374 375 384 461
תחולת דיני השכירות
שאילה 563־566 569
שכירות משנה 61 66 67
תחרות
משכיר בשוכר 230
שוכר במשכיר 370 388
תיקון המושאל
היעדר חובה 545 555 567 591
על ידי השואל 553(55) 554(59) 558 560
567 568 591

תיקון המושכר (ראה גם: מעשה אומן)
אי־התאמה 142־144
אכיפתו 128(30) 142 163 166(14) 170
172
בדמי הקדימה 132 133(42)
ביטול השכירות ותיקון המושכר 284 298
299
בית בסכנת התמוטטות 132(37) 141(87)
בית שאינו בסכנת התמוטטות 132(37)
140(82)
בעקבות שוד 135
בעקבות שרֵפה 129(35) 131 166(14) 397
בשכירות בעלת אופי חוזי 126(18)
בתוך תקופת ההודעה מראש 417(36)
דמי השכירות פחות משווה פרוטה 557
הגדרת פגם המחייבו (ראה גם: פגם)
112 136 139־141 186 224
החוק האנגלי 123
החוק הישראלי 123 281
החוק הקונטיננטלי 123
החלפת החלק הפגום 129־130
החלפת המושכר הפגום 148־154
היעדר החובה במושכר מסוים 124 131
היקף החובה 70 123 129־130 133־142
145(104)
הכבדה 132(37) 139־141 153 165(9)
186
העברת המושכר 483־485
הרס חלקי 130
התחייבות השוכר 143(93)
התניה על החובה 147
חובת השוכר 127(23) 140 148(118)
511(83)
חומרת הפגם 132(37) 139־142 153
יסוד החובה 22 23 123־133 153
דיני שותפים 131
הסכם מכללא 51 127 134
חלק מהותי של זכות השימוש 50 128
133 134
מנהג 70 148
ניצול השימוש עד תום 128־129
שכירות בלתי מסוימת 124־126
תקנה 127 134
מהות השכירות 22 123 128
מושכר חלופי ותיקון המושכר 125־127
441
מושכר מסוים ובלתי מסוים 104 124־126
133 153 164
מכונית שנפגעה בתאונה 135
מנהג 70 139(71) 147 148 511(83)
מניעת השימוש (ראה גם: תיקון המושכר,

חומרת הפגם) 131 132(37) 136 139־
141 143 178
מעשה אומן 124 127 140 144
מקור הפגם, פנימי או חיצוני 134
ניכוי בתקופת התיקון 298־300 440 441
סייגים לחובת המשכיר 144־148 154
177־179
עילות התיקון 133 153 179
על חשבון המשכיר (ראה: תיקון עצמי)
פגם באחריות השוכר 144־146
פגם ואי־התאמה 142־144 154
פגם עובר 136(55)
פגם שאינו עומד לתיקון 133 178
פטור מתשלום בתקופת התיקון 298־300
440 441
קשר בין הפגם לשימוש (ראה גם: מזלך
גרם) 135־136 154 187
רפת שנשרפה 131
שכירות בלתי קצובה 417(36)
שכירות משנה 61
שכירות קצרת מועד 33(139)
שעבוד דמי השכירות (ראה: שעבוד דמי
השכירות לתיקון המושכר)
תנאי לתשלום 126 166(14) 170
תנור חימום 148
תיקון נכס המשמש את המושכר (ראה גם:
נכס נלווה למושכר) 136־139 154
תיקון עצמי
אי־התאמה 92 106־108 142(91)
הודעה מוקדמת 163 166 167
נפגם המושכר שנית, הזכות לפיצוי 131
165(9)
פגם 106־107 128(28) 130 163־167 172
175(4) 398
תכונות המושכר (ראה: אי־התאמה; התאמה)
תמורה (ראה גם: דמי השכירות)
הגדרה 554(59) 555־558
תנאי 16 42 46 66 147 228(34) 255 266
312
תנאי לתשלום
העמדת מושכר חלופי (ראה: מושכר חלופי,
אי־העמדתו)
תיקון המושכר 126 166(14) 170
תנאי מכללא (ראה: הסכם מכללא)
תנור חימום
התקנתו במושכר (ראה גם: התאמה) 70
107 148
תיקונו (ראה גם: תיקון המושכר) 148
תקופת השאילה (ראה גם: סיום השאילה)
בלתי קצובה
זמן מינימלי 592 593
ירושה 589(34) 595
הארכתה 591
לצמיתות 552־554 559
מהות השאילה 555 559
מקרקעין ומיטלטלין 586(17) 593(63)
קצובה
הגדרתה 421(56) 586 587
עד יציאת המושאל מכלל שימוש
553(55) 554(59)
קצובה ובלתי קצובה 554 555 591
תקופת השכירות (ראה גם: סיום השכירות)
ארוכה וקצרה 32 33 108(95) 265
421(55) 424(69)
בלתי קצובה
בלתי מוגבלת ובלתי קצובה 34 52
הגדרתה 32 408 419(45) 422
העברת המושכר 469
ירושה 435(114) 508(71)
מועד התשלום 260(6) 262־266 455(13)
עדכון דמי השכירות 417 418
שכירות משנה 495(22) 508(71)
תיקון המושכר 417(36)
הארכתה
איחור במסירה 402 403
הכבדה על השימוש 207(129)
הסכם 471(22) 485
מניעת שימוש זמנית 133(42) 187(53)
200(106) 403 440 441
הגדרת השכירות 32־34
החזרת המושכר 459 463(59)
העברת המושכר 469 470 479(53)
השפעתה על חבות המשכיר 32 33(139)
חוזה שאין בו תאריך 81 82
חופשה 108(95)
ירושה 508(71)
לצמיתות 32־34 52
מהות השכירות 34 52 332 333 424(68)
469 495(22) 508(71)
מטרת השכירות 211(151) 421 422
מנהג 421(56) 422 594
מסירת המושכר 80 82 239 453
סכסוך בעניינה 251 421(55)
סתם שכירות שלושים יום 421(56)
422(61) 435(114)
קיצורה על פי הסכם 253(33)
קצובה
בלתי קצובה וקצובה 21(67) 27(100)
34 73 251 265 387(103) 443(162)
455(13) 459 463(59)
הגדרתה 419(45) 420־422
חידוש השכירות 73

לפי זמן 332 333
מועד התשלום 260־266
עד להשגת מטרה 32 332 333 421 422 441
שכירות אינה משתלמת אלא בסוף (100)27
ראשי שנים לשכירות (18)413
שנה מעוברת 250
תחילתה 401־403 453
תקנה
אי־ביטול שאילה 547(14) 551(37)
גבייה ממיטלטלי העיזבון 437
הודעת סיום 34(141) 409 410 417(33) 448 508(71)
מעות אינן קונות 53 104
מתן אפשרות בדיקה למשכיר 394
שכירות ליומיה — ממכר הוא 57(247)
שכירות משנה 20(67)
תיקון המושכר 127 134
תשלום בנטישה בלי הודעה מראש 412
תשלום לפועל בכסף 273
תקנת הציבור 519 533
תקנת השוק 102(59)
תרומה (ראה: כהן)
תרופות
הפרת המשאיל
אי־התאמה 573 575־577
הפרת המשכיר
אי־התאמה 91 92 106־109 164
אי־מסירה 78 88
אי־תיקון, עיכוב תשלום (ראה גם: אכיפה; ביטול; ניכוי; פיצויים; תיקון עצמי, פגם) 169(31)
הפרעה 235 236
הפרת השוכר
אי־החזרה 460־464 575(10)
אי־מתן הודעת סיום 411(18)
אי־קבלה 242 243
אי־שמירה 242 243
אי־תשלום 254־256
שימוש חורג (ראה: שימוש במושכר)
תרעומת (ראה גם: מוסר)
אי־העמדת מושכר חלופי 42(180)
העברת המושכר 470(21)
חמור שמת 38 99(49) 199(103)
מום במושאל 575(8)
שוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך 439 499(36)
תשלום (ראה גם: דמי השכירות; ניכוי; פטור מתשלום; תרופות)
אבדן המושכר 287 324 330־336 385(99)
אחריות שמירה ותשלום 382־385
אכיפתו 255
אמצעי התשלום 70 259 269־275 277
ביטול השכירות בגין הפרתו 255 302(106)
דרישתו מכאן ולהבא בשאילה בלתי קצובה 594
החזרת המושכר 455(15) 462
העברת המושכר 474־478
הפרתו בשל כוח עליון 255 310
התחייבות לשאת בסיכון של אונס ותשלום 382(92)
יסוד החובה 24 247 256
ירושה 436־439
כפול 383(92) 384(94) 386
מועד גיבוש החיוב (ראה גם: ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף) 24 25 26(93)
מועד התשלום (ראה גם: שכירות אינה משתלמת אלא בסוף) 259־269 276 420(51)
מנהג 248 249 274
מסירת המושכר 78 80 82
מקום התשלום 259 275־277
נטישת המושכר 387(103) 412
סכסוך בעניין ביצועו 251 252 263
פטור (ראה: פטור מתשלום)
פיצויים בגין הפרתו 256
תשלום מראש
בראשית כל תקופה 259 269
הגדרתו 387(101)
העברת המושכר 476(32) 477 478 484 487
העברת השכירות 17 497 498
הקדשת המושכר 471(22) 472(23) 477 480(54) 482
מהות דמי השכירות 26(95) 262(12) 386 507
מהות השכירות 14(35) 24 26(95) 262(12) 266 267 277 483(54)
מושכר נטוש שהושכר לאחר 242(17) 385(101) 507
מיתת השוכר 438
נטל ההוכחה 253(33) 268 277
סיום השכירות 420 421 507
ספינה סתם ויין זה 341(269)
פטור מתשלום 268 508(71)
צורך עצמי 426(75)
ריבית 261
שכירות משנה 268 385(101) 503(52) 506(71) 507 508(71)
תיקון המושכר 165 484

מפתח המקורות

מקרא

שמות כב, ב 306
ויקרא ה, כג 458
ויקרא יט, יג 255 270 272
ויקרא כד, יט 73
ויקרא כה, יד 12
ויקרא כה, יד־יז 92
ויקרא כה, נג 260
דברים ז, כו 10 11
דברים כד, טו 255
תהלים קמה, ט 273
משלי ג, כז 504 515

משנה

שבת כג, א 558
כתובות יב, א 81
בבא קמא ט, א 375
בבא מציעא ג, ב 491 525 529
ה, ב 261
ו, ג 36 141 146 178 187 194 207 234 369 377 379
ו, ד 368
ו, ה 368 378
ז, ח 454 537
ז, י 147
ח, ו 410 419
ח, ז 98 103 113 124 127
ח, ט 35 187
ט, א 371
ט, ב 287 312 339
ט, ד 371
ט, ו 313 339
ט, ח 368
ט, ט 33
ט, יב 255
י, ב 38
י, ה 272

תוספתא

כתובות יא, ו 36
בבא מציעא ג, א 20 493 599
ז, ז 35 183
ז, ח 288
ז, ט 93
ז, י 368
ח, ב 99
ח, כח 421 586
ח, ל 181 288 366 471 480
ח, לב־לג 33 288
ט, ב 312
ט, ג 35
ט, טו 430
ט, לג 471 472 476 478 481 482 484 496 502

תלמוד ירושלמי

פסחים ד, ט 426 429 471 475 477 479 480
כתובות יב, א 81
בבא מציעא ה, ג 577
ו, ג 189 192 234
ח, ט 227 416 423 425 426 428
ט, ג 577
ט, ט 470
בבא בתרא ב, ג 155

תלמוד בבלי

פסחים ו, א 7 11
ראש השנה ז, ב 421
תענית כג, ב 568
כתובות לד, ב 430 588 590 595 599
נט, ב 472 481
קא, ב 41
קג, א 72 270 395
גיטין כט, א 493
מ, ב 481

קידושין ז, ב - ח, א 270
יח, א 306
מח, א 25
בבא קמא יב, א 44
כ, א - כא, א 509
מ, א 576
נו, ב 557
עט, א 15 53
צג, ב 375
צז, א 461
צט, א 25
קב, ב 384
קיב, א 430 588
קיח, א 455
בבא מציעא יא, ב 54
טז, א 56
כט, א 588
כט, ב 493 552
לו, א 435 517 524 529
לו, ב 376 525
מב, ב 95
מז, ב 53 104
נו, ב 7 33 272 306 432 469 546
סה, א 25 26 260 261
סט, ב 34 382
עג, ב 480 481
עד א 63
עז, א 305 332
עח, א 141 146 178 187 194 207 288
328 369 377 379 441
עח, ב 37 102 188 287 328 356
עט, א 14 23 35 37 38 51 72 99 128
133 183 185 204 210 211 213 287 299
305 332 340 342 343 356
עט, ב 23 72 204 287 353 369 439 497
498 499
פ, א 368 378
פ, ב 537 585
פא, א 455
פא, ב 586
צד, א 67 147
צד, ב 556
צו, ב 551 569
צז, א 374
צח, ב 455
צט, א 19 53 584
צט, ב 15
קא, ב 73 98 99 103 113 124 127 148
410 413 414 415 417 419 421 423 463
469 479 594
קב, ב 250 251 252 260 261
קג, א 35 81 98 125 128 141 178 187
211 251 287 299 328 330 356 371 552
553 567 568 586 591
קג, ב 312 313 339
קה, א 356 371
קה, ב 313 339 356
קו, ב 351 368
קט, א 430 590
קי, ב 260
קטז, ב 38 130 137 166 300
קיח, א 272
בבא בתרא ה, א 260
כ, ב - כא, א 227 396
כב, ב 229 387 412
סט, ב 55
עז, ב 420
פו, א 248
עבודה זרה טו, א 7 11 432
יט, ב 25
מנחות מד, א 586
ערכין כ, ב 181
כא, א 480

גאונים

רב האי גאון, מובא בשיטת הקדמונים, בבא מציעא עח, ב, ד"ה מאי שנא 376
ר' נחשון גאון, מובא בספר המקצועות, עמ' ס 36

ראשונים

ס' אדם וחוה (ראה רבנו ירוחם)
אור זרוע, בבא מציעא, סי' יט 475 480 482
סי' רנב 192
סי' רנג 211
סי' רס 93
סי' רסב 146
סי' שכו 419 421
סי' שלד 33
רבנו אלחנן, תוספות, עבודה זרה טז, א 10
בית הבחירה, תענית כג, ב ד"ה השואל 568
כתובות לד, ב ד"ה ממה 435 589
נט, א ד"ה האומר 483
בבא מציעא מז, ב ד"ה דבר תורה 105
ד"ה ומכל מקום 105
נו, ב ד"ה המכירה 10 549
עח, א ד"ה מאחר 370 376 377
עח, ב ד"ה השוכר את הבהמה 94 104
169 171 183 208
ד"ה נתפסה לעבודת המלך 189 190

עט, א ד"ה יש שואלים 211
פ, א ד"ה שכרה 388
ד"ה וכמה 382
קא, ב ד"ה וכן השוכר 444
ד"ה כל ששאל 460
ד"ה אמר המאירי 99 113 127 165
קד, א ד"ה אמר המאירי 312
בנימין זאב, שו"ת, סי' קסד 18
סי' רצג 18
סי' תד 18
סי' תלז 18
הגהות אשר"י, בבא מציעא, פרק ו, סי' י 211
328 330 342
פרק ח, סי' לה 33
הגהות מיימוניות, על הרמב"ם, שכירות א, אות
ה 520
ה, אות ד 342 346
ה, אות ה 510
ה, אות ו 305 341
ה, אות כ 527
ה, אות ל 500
ו, אות א 127 132
ו אות ד 414
ו אות ז 426
טור, אהע"ז, כח 522 523
חו"מ, עד, בתחילתו 85
קנה, כא 227
רט, ו 55
רנז 470
רס, ג 8
שח, ג 369
שח, ד 506
שט, ג 146
שי, א 183 189 190 212
שי, ב 39 215 285 342
שיא, ב 341
שיא, ד 96 150
שיב 132
שיב, ח 411
שיב, י 416 418
שיב, טז 210 211
שיב, יז 130
שיב, יח 44
שיב, כ 137 138
שכא, א 312
שסג, ו 411
ר' יהונתן מלוניל, על הרי"ף, בבא מציעא מט,
א ד"ה אם יש בדמיה 43
שיטה מקובצת, בבא מציעא קא, ב ד"ה
מתניתין 127
רבנו ירוחם, ספר אדם וחוה, נתיב יט, חלק
א 483
ספר מישרים, נתיב יב, חלק א 470 471
473 475
מגיד משנה, על הרמב"ם, מכירה טו, ג 94
118
כד, יג 55
שכנים ה, ט 366
שכירות א, ד 524
ב, ח 241
ד, א 377 379
ד, ה 377 382
ד, ו 369 378
ה, א 169 183 187 208 212 288
ה, ב 39 42 45 58 215
ה, ה 494 500 504 513
ה, ו 181 182 210 227
ה, ח 137
ו, ו 419
ו, ז 410 411
ז, ב 251
ז, ג 263
ח, ד 312
ח, ה 291
ט, ב 249
ט, י 273
שאלה ופקדון א, ח 553
ב, ט 551
מהר"ח אור זרוע, שו"ת, סי' קעב 231
מהר"י וייל, שו"ת, סי' י 515
מהרי"ק, שו"ת, שורש ו 494
שורש ט 72 270
שורש יז 84
שורש כ 15 16 31
שורש קיב 84
שורש קיח 9
מהר"ם מפאדווה, שו"ת, סי' לט 9 17 62 65
104 141 170 184 185 207 208 252 292
299 301 313 315 317 325 341 342 349
441
סי' פו 349
מהר"ם מרוטנבורג, שו"ת (דפוס פראג, מהדו'
בלאך), סי' קנז 252
סי' רצז 510 511
סי' תסו 433
סי' תרסב 510
סי' תרעא 140 252
סי' תרעט 27 385 500 507 521 529
סי' תרפ 8 21 494 497 499 500 510 517
סי' תשפט 383

סי׳ תתרב 268 305 312 326 341 352 431
437 500 507 512
ס׳ מישרים (ראה רבנו ירוחם)
מרדכי, בבא קמא, פרק ט, סי׳ קיד־קטו 171
פרק י, סי׳ קמו 435 589
בבא מציעא, פרק ה, סי׳ של 382
פרק ו, סי׳ שמג 99 352
סי׳ שמה 305 431 512
סי׳ שמו 306 352
סי׳ שנה 330
סי׳ שנז 500 507
פרק ח, סי׳ שפב 426
סי׳ שפג 424 426 445
סי׳ שפו 140
סי׳ שפז 252
סי׳ שפח 555
בבא בתרא, פרק א, סי׳ תסח 265
סי׳ תעב 96 226 232 396
פרק ג, סי׳ תקכט 27 385 500 507
פרק ד, סי׳ תקס 55
נימוקי יוסף, על הרי״ף, נדרים, פרק ז (יט, א)
ד״ה מעולה שבנכסיו 98
בבא קמא, פרק ב (ט, א) ד״ה כתב
הרא״ש 434 509 519 527
בבא מציעא, פרק ד (כז, א) ד״ה לישנן
בעינא 270
(כט, ב) ד״ה מושכרת למוכר 53
(לב, א) ד״ה ל״ש 10
פרק ה (מד, א) ד״ה משלם ליה 172
פרק ו (מח, ב) ד״ה הרי שלך לפניך 131
168 207
ד״ה מתה או נשברה 41
ד״ה אובצנא 376
(מט, א) ד״ה חמור סתם 43
ד״ה הרי שלך לפניך 183
ד״ה אם יש בדמיה 210 211
(מט, ב) ד״ה לא תרכב עליה אשה 382
(נ, א) ד״ה פטור 376
פרק ז (נב, א) ד״ה משמנין 97
פרק ח (נז, א) ד״ה כך תקנו משיכה
בשומרים 8 19
ד״ה וכתבו המפרשים 585 592
(נח, ב) ד״ה דאייקור בתי 415
(נט, א) ד״ה לא עדיפת 423
ד״ה המשכיר בית 99 124 138 140
ד״ה סולם 140
(ס, א) ד״ה והוא דקני מיניה 554
ד״ה ומהדר ליה קתיה 553
ד״ה וצריך למיקנא מיניה 576
ד״ה בית זה 124
ד״ה ואי אמר ליה בית סתם 149
פרק ט (סא, א) ד״ה אידי ואידי 312
(סו, א) ד״ה ולאו מילתא היא 430
פרק י (עא, א) ד״ה דלית 137
בבא בתרא, פרק א (ג, א) ד״ה גמ׳ הקובע
זמן לחברו 260
פרק ד (לו, ב) ד״ה ארעא ודיקלא 56
ר׳ ניסים גאון, מובא בשיטה מקובצת, בבא
מציעא מז, ב, ד״ה אמנם רבנו ניסים;
ומרדכי, בבא בתרא, פרק ד, סי׳
תקס 55
ס׳ העיטור, שכירות 418 429 500
פקדון 521
מכירת קרקעות 55
ערוך, ערך שאל 554
רבנו פרץ, תוספות, בבא מציעא עח, א ד״ה
כגון שהכישה 368
עט, א ד״ה כשאין בדמיה 189
ראב״ד, השגות על הרמב״ם, מכירה כט, ח 8
שכנים ה, ט 366
שכירות ה, ב 215
ה, ה 510
ראב״ן, בבא מציעא, פרק ח (מהדו׳
עהרענרייך), ד״ה ודין המשכיר (ר
ע״א) 140
ד״ה משכיר (ר ע״ב) 252
ד״ה ראובן (רד ע״א) 382
רא״ש, פסקים, כתובות, פרק יב, סי׳ ה 423
נדרים, פרק ה, סי׳ ב 482
פרק ז, סי׳ ג 98
קידושין, פרק א, סי׳ כ 522
בבא קמא, פרק ה, סי׳ י 8 471 482
פרק י, סי׳ א 436 590
בבא מציעא, פרק א, סי׳ לא 54
סי׳ לח 63
פרק ג, סי׳ ו 494 522 523
פרק ה, סי׳ סט 171 412
פרק ו, סי׳ י 36 42 58 183 284 288
סי׳ יא 341 342
סי׳ טו 382
פרק ח, סי׳ טו 241
סי׳ כה 420 423 426 470 475
סי׳ לג 554
סי׳ לד 254
סי לה 296
פרק ט, סי׳ ב 312
סי׳ יד 352
סי׳ לז 430
בבא בתרא, פרק ד, סי׳ יב 56
מכות, פרק א, סי׳ ד 586 595

עבודה זרה, פרק א, סי׳ כב 423
רא״ש, שו״ת, כלל א, סי׳ א 8 29
סי׳ ב 8 506 509 513 515
סי׳ ו 8 18 423
סי׳ ז 251 442 509
כלל יג, סי׳ כ 56 62
כלל לה, סי׳ ב 522 549 600
סי׳ ו 99 128 132 141 143 178 186 211
כלל סט, סי׳ יא 263
כלל עח, סי׳ ב 306
כלל צא, סי׳ ה 194
כלל צב, סי׳ א 32 128 145 210
סי׳ ב 146 369 378 381
סי׳ ג 463
כלל צו, סי׳ ו 95 107
רא״ש, תוספות, בבא מציעא עח, א ד״ה כגון 368
עט, א ד״ה רב לטעמיה 189
ריא״ז, קונטרס הראיות, בבא מציעא קא, ב 419
ריב״ש, שו״ת, סי׳ כד 10
סי׳ קע 523
סי׳ קעה 18
סי׳ רנז 471 485
סי׳ רסד 548
סי׳ שיג 81
סי׳ שמה 81
סי׳ שנג 84
סי׳ שנה 10 15 20 181 471 475 476 482
סי׳ תכו 322
סי׳ תעה 447
סי׳ תקי 19 402
ריב״ש, שו״ת החדשות, סי׳ א 423
ריטב״א, חידושים, כתובות לד, ב ד״ה אמ׳ רבא 588
ד״ה מתה אין חייבין 431 436
קא, ב ד״ה הנושא את האשה 81
נדרים נו, א ד״ה כתב רבנו 43 44 47 98 100 332
קידושין מז, ב ד״ה דרב הונא 12 23 335 547 550
בבא מציעא (מהדו׳ האלפערן) מג, א ד״ה איתבר 471
מה, ב ד״ה ליישנן בעינן להו 274
מז, ב ד״ה ומה טעם אמרו 105
נו, ב ד״ה גמרא 547
עג, ב ד״ה האי מאן 110 171 228 235 243 256 332 412 463
עח, א ד״ה מתנ׳ השוכר את החמור 336
ד״ה והא דקתני 375 383
ד״ה מתה או נשברה 37 39 47 333
ד״ה ואם הוחלקה 376
ד״ה כגון 368
עח, ב ד״ה נהוריתא 183
ד״ה לא שנו 184
ד״ה ושמואל אמר 189 190 192
עט, א ד״ה לעולם 342
ד״ה אף לשכור ישכור 211
ד״ה ת״ר השוכר את הספינה 341 342
עט, ב ד״ה אבל ביין 331 346
ד״ה ת״ר השוכר את הספינה 497 499 510 512
פ, א ד״ה מתניתין 366
ד״ה וכמה יוסיף 381
פ, ב ד״ה אי דלא מצי 382
צט, א ד״ה אלא לחזרה 12 23 335 547 550
צט, ב ד״ה שכירות מאי עבידיתיה 53
קא, ב ד״ה מתניתין המשכיר בית לחברו 423
ד״ה לא צריכא 416 418
ד״ה זבניה 416 424 427
ד״ה גמרא המשכיר חייב להעמיד 99 103 124 129 138 168
ד״ה ולפתוח לו חלונות 114
ד״ה ולעשות לו סולם 139 140
קג, א ד״ה אר״נ 554 557
ד״ה היכי דמי 8 47 124 287 304 324 330 335
ד״ה ואי דאמר ליה בית סתם 40 45 47 126
קד, א ד״ה ואמאי 330
ד״ה רבינא 312
עבודה זרה טו, א ד״ה אלא 28 547
ריטב״א, חידושים (המיוחסים), בבא מציעא נו, ב ד״ה וממכר ליומיה 10
עח, ב ד״ה בדרך הליכתה 190
קא, ב ד״ה אמר רב יהודה 410
ריטב״א, שו״ת, סי׳ קיז 332
רי״ף, בבא מציעא, פרק ג (כ, א) 520
פרק ו (מו, א) 249
(מט, א) 341
פרק ח (נט, א) 419 420 421
(ס, א) 553
בבא בתרא, פרק ד (לו, ב) 56
רי״ף, שו״ת, סי׳ קנג 117 158
רמב״ם, יד החזקה, אישות י, ט 147
גרושין ה, א 16
ערכין וחרמין ו, כט 481
ו, ל 481

רמב״ם (המשך)
נזקי ממון ד, יא 517
גזלה ואבדה א, ד 462
ג, ח 374
מכירה א, ג 50
א, ד 50
א, ז 50
א, ח 50
א, יח 53
ד, יא 248
ד, יב 248
ו, ט 496
יב־יג 95
יג, ד 95
יג, יז 91 94 119
טו, ג 94 114 117
טו, ד 108
טו, ה 69 94 119
טו, ו 94 158 574
טז, יא 95 159
כב, א 54 55
כב, ה 54 55
כב, יג 30 61 62 603
כב, יד 30 51 61 62 603
כג 362
כג, א 7 9 394
כג, ה 33
כג, ו 9 31 362 484
כג, ז 226 394
כג, ח 7 20 31 363 394 502 512
כג, ט 7
כד, יג 56
כו, ח 69 262
שכנים ה, ט 366 508
שכירות א, ב 145
א, ד 494 524
א, ו 517
ב, ח 241
ב, ט 147
ד, א 146 369
ד, ה 363 369
ד, ו 69 366 373 375 378 382
ד, ח 70 366
ה, א 37 42 45 168 169 183 187 208
213 214 288 290 440
ה, ב 210 213 214 215 288
ה, ג 151 204 341 343
ה, ה 31 494 499 504 506 508 515
ה, ו 180 227 288
ה, ז 93 97 98
ה, ח 38 137
ו, ג 127 129 132 139 140 144
ו, ה 16 19
ו, ו 419 422
ו, ז 263 410 411 422
ו, ח 420
ו, ט 415 418
ז, א 7 16 30 33 66 127
ז, ב 251
ז, ג 263
ז, ד 81
ח, א 247
ח, ד 312
ח, ה 291
ח, ו 147 364 372
ח, ח 147 371
ח, ט 363 368
ט, י 272
יג, ב 148
שאלה ופקדון א, ד 567
א, ה 7 9 51 247 431 548 559 564 585
588
א, ו 586
א, ז 586
א, ח 553
א, ט 558
ב, ט 551
ג, ב 586
מלוה ולוה יג, ה 80
רמב״ם, פירוש המשניות, בבא קמא ז, ו 241
בבא מציעא ג, ב 525
ו, ג 36 141 185
רמב״ן, חידושים (המיוחסים לרשב״א), כתובות
נט, א בקונט״א 8 10 43 48
151 471 476 482 498 549
נדרים נו, א 98
בבא מציעא מג, א ד״ה הא דאמרינן 471
עח, א ד״ה הא 368 369 370 376 377
380
עח, ב ד״ה פי׳ אנגריא 189
עט, א ד״ה הא 39 40 58 284 342 441
ד״ה ומפרקינן 37 296
פ, א ד״ה השוכר 376
צו, ב ד״ה הא דמסקינן 12
צט, ב ד״ה שכירות 53
קא, ב ד״ה אמר רב יהודה 410
קג, א ד״ה אי 41 211 296
קד, א ד״ה רבינא 312
רמב״ן, פירוש התורה, ויקרא כה, טו 95
רמב״ן, שו״ת, סי׳ לח 41 58

ר"ן, חידושים, בבא מציעא מז, ב ד"ה ומאי
טעמא 105
מט, ב ד"ה כגון 53
עג, ב ד"ה משלם 172
עו, ב ד"ה פרק השוכר 27
עח, ב ד"ה מתניתין 37 41 45 53
ד"ה ושמואל 192
עט א ד"ה אי 210 211
פ, א ד"ה מתניתין 376
צט, א ד"ה כדרך שתקנו 27 585 592
קא, ב ד"ה חזינן 423 429
קג, א ד"ה היכי דמי 296
קד, א ד"ה רבינא 312
ד"ה ודאמרינן 9 104 293
קטז, ב ד"ה אי 45
ר"ן, על הרי"ף, שבת, פרק כג (סג, א) ד"ה
ושמעינן 34 558 588
כתובות, פרק ה (כד, א) ד"ה ואיכא 482
פרק יב (ס, ב) ד"ה חייב לזונה 81
עבודה זרה, פרק ה (ל, ב) ד"ה
ומדמקשינן 274
ר"ן, פירושים, נדרים מו, ב ד"ה היכי דמי 181
481 482
מז, א ד"ה היכי דמי 15
ר"ן, שו"ת, סי' יט 556 557
ר"ש משאנץ, פירוש למשנה, תרומות ו, ג 56
תוספות, עבודה זרה טו, א 10
רשב"א, חידושים, נדרים כט, ב ד"ה
אפילו 480
מו ב ד"ה מתנ' המודר הנאה 482
בבא מציעא עג, ב ד"ה משלם 171
רשב"א, שו"ת, חלק א, סי' אלף ד 501
סי' אלף כח 8 27 413 431 436 437
סי' אלף נג 501
סי' אלף קמה 494 501 514 517 588 599
חלק ב, סי' יח 368
סי' נג 110
סי' פב 44
סי' רצד 409 447
סי' שכח 8 15 25 26 27 304 431 436
437
סי' שלב 557
חלק ג, סי' לו 501 509
סי' סה 42
סי' עח 423 429
סי' פד 501
סי' קמה 548
סי' שטו 84
סי' שסה 262
חלק ד, סי' ג 288 299 329 331 441
סי' רעג 523
חלק ה, סי' קו 501
סי' קפט 557
חלק ו, סי' ב 523
סי' קיא 501
סי' רכה 100 115
חלק ז, סי' שפא 46 49 181 482
רשב"א, שו"ת, מובא בבית יוסף 341 519
585
רשב"א, שו"ת המיוחסות לרמב"ן, סי'
רמב 181
רשב"ם, בבא בתרא סט, ב ד"ה זבין ליה 56
רשב"ש, שו"ת, סי' עב 215 395
סי' צא 255 386 387 413 519
סי' קב 249
סי' תלט 479
רש"י, פירוש התלמוד, תענית כג, ב ד"ה ולהכי
לא שאלי 568
כתובות לד, ב ד"ה כל ימי שאלתה 588
קידושין מב, א ד"ה אלא במקדש 264
בבא קמא עט, א ד"ה תקני משיכה
בשומרים 241
בבא מציעא לו, ב ד"ה לדידכו 524 525
עח, א ד"ה הרי שלך לפניך 36 141 169
171 184 190 207 328 441
ד"ה מתה או נשברה 36
ד"ה חייב 36 41 189
ד"ה שמתה 377
ד"ה אובצנא 379
עח, ב ד"ה אבל אנגריא שאינה
חוזרת 188
ד"ה אם בדרך הליכתה ניטלה 189
ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך 36 189
190 328
ד"ה הבריקה או שנשתטית 184
עט, א ד"ה לרכוב שאני 183
ד"ה אלא תרעומות 99 199 332
ד"ה לא מכלינן קרנא 37
עט, ב ד"ה נימא 341
פ, ב ד"ה רבי יהודה 145
ד"ה אבל 586
צו, א ד"ה מהו 551
קא, ב ד"ה משום דלא שכיח 421
ד"ה להודיע קתני 419
ד"ה האי נקטיה 463
ד"ה לא עדיפת מינאי 423 446
ד"ה מרזב 140
קב, ב ד"ה ורב נחמן אמר 250
ד"ה בתוך זמנו 261
קג, א ד"ה וכתב ליה 81

ד"ה שואל אדם בטובו 554
ד"ה ומהדר ליה קתיה 554
ד"ה אזדא ליה 328 330 347
קה, ב ד"ה רובא דבאגם 291
קו, ב ד"ה מכת מדינה 352
קטז, ב ד"ה לוגר ליה אחריתי 45
קיח, א ד"ה אין שומעין לו 272
בבא בתרא כב, ב ד"ה גרמא 387
ערכין כ, ב ד"ה נתצו 181 328
ס' השטרות, לר' יהודה ברצלוני, שטר סג 226 234
שיטה מקובצת, כתובות, לד, ב ד"ה ולי 435 508 588 595
נט, ב ד"ה הא לא דמיא 8 43 48 471 476 482 498
בבא מציעא מז, ב ד"ה וה"ר יהוסף הלוי 56
ד"ה אמנם רבנו ניסים 55
נו, ב ד"ה וליומיה מכירה היא 10
עח, א ד"ה אומר לו הרי שלך לפניך 39 53 58 169 187 191 198 207 288 304 324 329 347 348
ד"ה עוד כתב הרב 23 37 40 42 58 109 169 183 191 207 284 288 304 324 329 347 348
ד"ה וזה לשון הראב"ד 183
ד"ה והרמ"ך ז"ל כתב 208 329
עח, ב ד"ה והראב"ד פירש 102 190 198 200
ד"ה אם דרך הליכתה 192
ד"ה ונראה 192
עט, א ד"ה וזה לשון הרשב"א 99 342
ד"ה כתוב בתוספות 341
ד"ה הא דאמרינן 211 333
ד"ה ותירץ ריב"ן 211
ד"ה וזה לשון תוספות שאנץ 332 342
קא, ב ד"ה בהלכות 422
ד"ה והראב"ד כתב 410
ד"ה ונראה לי 410
ד"ה וכשם שהמשכיר 413
ד"ה האי מעשה 593
קג, א ד"ה וזה לשון רבינו חננאל 554
ד"ה וכתב הרמ"ך 329 555
קו, ב ד"ה נהר מלכא 329
קיז, ב ד"ה מה ששנינו 271 273
בבא בתרא סט, ב ד"ה הא דאמרינן 55 56
ד"ה והר"ן ז"ל כתב 56
פו, ב ד"ה תא שמע 261
פז, א ד"ה אמר רבא 261
שיטה מקובצת, ערכין כ, ב, אות טז 183
שיטת הקדמונים לבבא מציעא, תלמיד הרשב"א, בבא מציעא עח, א ד"ה מתה 370
עט, א ד"ה השוכר חמור 183 189
ד"ה אמר לו 215
עט, ב ד"ה השוכר את החמור 373
פ, א ד"ה השוכר את החמור 370 375
שיטת הקדמונים על שלש בבות, רבינו ברוך, בבא מציעא עח, ב ד"ה שכר החמור 189
ד"ה או שנשאת 189
רבינו אשר מלוניל, בבא מציעא עח, ב ד"ה השוכר את החמור 189
תוספות, שבת קמח, א ד"ה שואל 586
ראש השנה ז, ב ד"ה עלתה 420
כתובות נט, ב ד"ה שדה זו 472 480 481 482
פו, א ד"ה לבעל חוב 271
קג, א ד"ה ולא אמרן 424
נדרים נו, א ד"ה בבית 98
קידושין כו, א ד"ה ומקומו 54
מח, א ד"ה דכ"ע 25 26
בבא קמא ט, א ד"ה רב הונא 271
יא, ב ד"ה את מהימנת לי בשבועה 520
כ, ב ד"ה הא איתהנית 509
מו, ב ד"ה ה"ג אי דליכא 271
נא, ב ד"ה השותפין 481
צט, א ד"ה אלא 26 264
ד"ה ואיבעית 26
בבא מציעא יא, ב ד"ה מקומו 54
לו, א ד"ה אין 524
לו, ב ד"ה את 524
מו, א ד"ה שמע מינה 105
מט, א ד"ה אלא 457
נו, ב ד"ה והאי 8 11 12 432
סה, א ד"ה שכירות 25
עג, ב ד"ה נטר 262
ד"ה השתא 472 473 482
עח, א ד"ה רבי יוסי 368 376 381
עח, ב ד"ה באנגריא חוזרת 184 188
ד"ה אם 135 184 190 192 196
עט, א ד"ה אילו 342
ד"ה ואם יש בדמיה 129 210 211 333
ד"ה אילימא 342 343
ד"ה אלא 305 341 347 385
עט, ב ד"ה אי 261 267 268 341 432
ד"ה דפרקיה 382
צד, ב ד"ה דקיימא באגם 556
צו, ב ד"ה בעל 12 363
צט, א ד"ה כך 241
קב, ב ד"ה בחזקת 260 424
קג, א ד"ה נקיטת 81

ד"ה פרדיסי 254
קד, א ד"ה דאפשר 313 345
ד"ה אידי ואידי 312
קטז, ב ד"ה אי 296
בבא בתרא ה, ב ד"ה כי היכי 424
נ, א ד"ה קסבר קנין פירות 14
נא, ב ד"ה במתנה 431
סא, ב ד"ה ארעתא 254
צב, ב ד"ה אי דליכא 271
עבודה זרה טו, א ד"ה והשתא 8 11 12 432
יט, ב ד"ה אלמא 26
ערכין כ, ב ד"ה אע"פ 36 181 183 288 482
כא, א ד"ה הכי קאמר 472 473 481 482
כט, ב ד"ה ולא ידענא 54
תוספות שאנץ (ראה ר"ש משאנץ)
ס' התרומה, סי' קלט 10
תרומת הדשן, שו"ת, סי' רי 13 521 523
שו"ת, סי' שיח 13
סי' שכ 56
תשובות מיימוניות, קנין, סי' ל 8 306 307
סי' לא 306
משפטים, סי' כד 505
סי' כז (תשובת הר"ש משאנץ) 8 23 181 194 287 304 324 328 330 344
סי' מז 194 306

אחרונים

אבן האזל, על הרמב"ם, מכירה טז, יא 160
שכירות ד, ו 374 379 382 385
ה, א 185 194 195 213 291 305 340
ה, ב 218
ה, ג השמטות 342 346
ז, ג 266
שאלה ופקדון ב, יא 362
אבני החושן, חו"מ, סי' שי, ס"ק א 195
סי' שיב, ס"ק יג 130 138
סי' שמא, ס"ק ב 435
אבני מילואים, אהע"ז, סי' כח, ס"ק מו 26 264
ס"ק נ 495 508 521
ס"ק נב 521 547
אבני נזר, שו"ת, חו"מ, סי' כה 12 14 15 20 21 62 64
סי' נב, ס"ק ד 41
אגודת אזוב, טור, חו"מ, סי' שיב 33 421 424
אגרות משה, שו"ת, חו"מ, חלק א, סי' עג 96 508
סי' עד 20 26 28 243 386 439 495 498 506 507
חלק ב, סי' נו 457 460
אדמת קודש, שו"ת, חלק א, חו"מ, סי' סז 28 181 187 198 201 289 291 293 295 330 338 440
אהלי יעקב, שו"ת, סי' מד 18
סי' סא 18
אולם המשפט, חו"מ, סי' שיב, סע' א 397 427
סי' שיז, על סמ"ע ס"ק ו 82
אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא, חלק ג,
עמ' תרסח 53
עמ' תרסט 42
עמ' תרעא־תרעה 38
אור שמח, על הרמב"ם, רוצח ושמירת נפש ב, טו 9
מכירה יז, ט 101 108
זכיה ומתנה יב, יג 480 481
שכירות ה, ב 211 213
ה, ה 516
שאלה ופקדון א, א 557
אור שמח, שו"ת, חלק א, סי' יז 213
אורים ותומים, סי' עג, ס"ק ד 593
אמרי בינה, חו"מ, דיני הלואה, סי' עד 557
קונטרס הקניינים, סי' ג 24 54
אמרי יושר, שו"ת, חלק א, סי' מז 556
אנציקלופדיה תלמודית, ע' אגב 548
ע' בר מצרא 471
ע' ברירה 44
ע' גרמא בנזיקין 387
ע' גרמי 387
ע' דבר שלא בא לעולם 18
ע' חליפין 54
ע' חצר (ב) 20
ארח משפט, ב"י, סי' שיב, סע' י 441
באר הגולה, חו"מ, סי' שי, ס"ק ז 169 208
שיב, ס"ק מ 132
ב"ח, הגהות לרא"ש, בבא מציעא, פרק ח, סי' כה 470
ב"ח, על הטור, אהע"ז, סי' כח 523
חו"מ, סי' קכה, ס"ק ד 521
קצה, ס"ק יד 54
ר, ס"ק י 248
ריב, ס"ק ז 502
רנז, ס"ק ג 30
שח, ס"ק ח 382
שיב, ס"ק א 470
ס"ק ה 427 443
ס"ק יט 13 432

שיג, ס"ק ג 13 433
שטו, ס"ק ג 30
שטז, ס"ק א 502 506
שכא, ס"ק א 208 312
שמא, ס"ק ט 553
ב"ח, שו"ת החדשות, סי' יח 13 433
בית אפרים, שו"ת, חו"מ, סי' מה 383 384
385
סי' מו 384 385
בית המלך, שו"ת, סי' ח 411 418 447
סי' ט 461
בית יוסף, יו"ד, סי' קעו, ד"ה ובלבד 383
חו"מ, סי' עד, ס"ק א 85
קו, ס"ק ה 84
קעה, ס"ק נה 548
ס"ק צב 548
ר, ס"ק י 248
רו, ס"ק א 16
ס"ק ה 585
ריא, ס"ק ה 55
רצא, ס"ק כה 494
שז, ס"ק ז 53
שח 367
שח, ס"ק ד 382 506
ס"ק ח 378 380
שט, ס"ק ב 380
ס"ק ג 378
שי, ס"ק א 288
ס"ק ב 285 342
שיא, ס"ק ב 341
שיב, ס"ק א 420 470
ס"ק ח 410 413 439 497 499 512
ס"ק י 441
ס"ק טז 227
ס"ק כ 137
ס"ק כב 26 431 432 507
שטו, ס"ק ה 509 519
שטז, ס"ק א 500 506
שכא, ס"ק א 208
שלה, ס"ק ג 341
שמא, ס"ק ט 553
שמב, ס"ק א 494 501
בית יעקב, חו"מ, חלק ב, סימן שיד 130
בית יצחק, שו"ת, חו"מ, סי' מג 230
סי' עה 443
בית מאיר, שו"ת, סי' ו 53
בית שמואל, אהע"ז, סי' כח, ס"ק לח 25
ס"ק מח 512 523
ס"ק מט 548
בני אהרן, שו"ת, סי' א, אות ג 500 502 529
סי' א, אות ד 27 34 260 265 507
סי' ב 512
סי' כט 431 433 437 438
בצל החכמה, שו"ת, חלק ד, סי' עח 33
ברית אברהם, שו"ת, חו"מ, סי' לד 386
ס"ק א־ה 500
ס"ק ה 527 529 531
ס"ק ו 387 515
ס"ק ז 508
ס"ק ח 508
ס"ק י 514 519
סי' לה, ס"ק ג 514
גידולי שמואל, בבא מציעא עח, ב ד"ה
והנה 66 145 184 196 202 295 476
עט, א ד"ה אמר רבה 53
גן נעול, כפתור ג, פרח כד 456 524 526
הגר"א, הגהות לתלמוד, בבא מציעא קב, ב
אות ב 424
הגר"א, הגהות לרא"ש, בבא מציעא, פרק ח,
סי' כה 470
הגר"א, ביאור לשו"ע, חו"מ, סי' קכ, ס"ק
ו 457
ס"ק ז 455
קכו, ס"ק נ 264
קסג, ס"ק יט 18
רכו, ס"ק יא 102
רלב, ס"ק כז 160
רצג, ס"ג ג 80 592
שח, ס"ק ב 368
ס"ק ג 382
ס"ק ד 381
ס"ק ה 382
שט, ס"ק א 379
שי, ס"ק א 183 185
ס"ק ד 187 190 207 288 328
ס"ק ו 214
ס"ק ז 42 213 214 215
ס"ק ח 212 215
ס"ק ט 42 207 213 214 316 342
שיב, ס"ק ג 470 475
ס"ק ד 470
ס"ק ה 424 427
ס"ק ז 476 477 484
ס"ק יב 427
ס"ק יד 410
שיד, ס"ק א 127
ס"ק ו 129 140
שטו, ס"ק ג 10
ס"ק ד 30
שטז, ס"ק א 501

ס"ק ב 508 509 510
ס"ק ח 513
שכא, ס"ק ז 352
ס"ק ח 302 312 315 352
ס"ק יא 302
שלד, ס"ק ג 322
ס"ק ה 438
שלט, ס"ק א 255
שמא, ס"ק ו 590
שמד, ס"ק ז 455 591
שסג, ס"ק טז 509 522
דבר אברהם, שו"ת, חלק א, סי' לז, ס"ק כ 139 140
סי' מ 53
חלק ב, סי' יז, ס"ק ז 435 508 521 522 523 588 589 595 600
דבר משה, שו"ת, חלק ב, סי' פט 515
דברות משה, בבא מציעא, חלק א, פרק ג, סי' לה 526
חלק ג, פרק ו, סי' ד, ענף א 27 37 260 333 335
ענף ב 260 342 386
ענף ד 308
דברי גאונים, כלל ו, סי' י 118
כלל צו, סי' כ 556
כלל קד, סי' יט 412 413 442 443
כלל קד, סי' מ 516
דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שומרים, סי' כ 435 523 524
סי' כא 437
דברי חיים (צנז), שו"ת, חלק א, סי' מב 213
דברי מלכיאל, שו"ת, חלק ה, סי' רעח 455
דברי משפט, סי' עב, סע' ג 557
סע' ג, ס"ק ב 530
סי' קכה, סע' ב 517 524
סי' קכח, סע' ב 529
סי' שי, סע' א, ס"ק א 134 199 335
סע' א, ס"ק ב 204
סי' שיב, סע' ב, ס"ק א 229 565
סע' ט, ס"ק ב 447
סי' שלד, סע' א, ס"ק א 433
סע' א, ס"ק ב 432 438
סי' שלו, סע' ב, ס"ק ב 270 272
דברי ריבות, שו"ת, סי' צד 423 470 479
סי' רסא 373 394
סי' שכו 16 254 431
סי' שכז 431
סי' שכח 254 431
סי' שכט 254 431
די השב, שו"ת, חו"מ, סי' כ 470
דרוש וחידוש (ראה ר' עקיבא איגר)
דרישה, טור, חו"מ, סי' עד, ס"ק א 85 86
קצה, ס"ק יד 54
שט, ס"ק א 380
שי 38
שי, ס"ק ב 212
שיב, ס"ק כ 138
שטז, ס"ק א 22 496 502
שמא, ס"ק ט 553
שמב, ס"ק א 495 517
שמד, ס"ק א 455
דרכי משה, אהע"ז, סי' כח, ס"ק יא 523
חו"מ, סי' ריב, ס"ק ג 502 515
שי, ס"ק א 43
שיב, ס"ק ה 288 297 330 331
שיד, ס"ק ג 140
שטז, ס"ק א 502 508
ס"ק ב 513
ס"ק ג 501 506 508 513 515
שכא, ס"ק א 141 185 288 297 330 353
שמא, ס"ק א 555
הרי בשמים, שו"ת, מהדו"ת, סי' רא 63
סי' רב 63 65 66 313
סי' רג 63
ושב הכהן, שו"ת, סי' מז 10 13 19 547
זכור לאברהם, חלק ב, חו"מ, ערך שכר, ד"ה נמצאת 483
ערך שואל, ד"ה מי שהשאיל 593
ערך שכירות, ד"ה והשבתי 556
זכר יצחק, שו"ת, סי' עט 131
זכרנו לחיים, ערך שכירות, אות ט 444
חבצלת השרון, שו"ת, מהדו"ק, חו"מ, סי' ל 125 129 130 132 135 141 165 168 315 332
חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ו, סע' טז, ובאורים שם ס"ק מו 471
סע' כא 56
פרק ח, סע' א, מקורות ובאורים שם ס"ק א 275
סע' ה 78
פרק י, סע' א, ובאורים שם ס"ק א 78
מקורות ס"ק ב, ובאורים ס"ק ג 78
סע' ג־ה 78
פרק יא, סע' א 105
סע' ד 105
סע' טו־טז 102
פרק יב 44 98
פרק טז, סע' ג, ובאורים שם 118
סע' טו 100
פרק יט, סע' א, ומקורות שם ס"ק ג 95

פרק כח, סע׳ ה, ומקורות ובאורים שם 160
פרק ל, סע׳ ה־ו, ומקורות ובאורים שם 57
קונטרס אחרון, סי׳ א 56
חות יאיר, שו״ת, סי׳ קנא 419 461 462 463
חזון איש, בבא קמא, סי׳ כג, ס״ק י 99 267
314 317 331 337 344 346 347
ס״ק יא 8
ס״ק יב 305
ס״ק כז 592
חו״מ, ליקוטים, סי׳ טו, ס״ק א 42 43 47
170
סי׳ טו, ס״ק ב 19 40 44 46 53
סי׳ יז, ס״ק ט 547 584
חזון יחזקאל, על התוספתא, בבא מציעא ט,
יב 471 472 473 475 476 478
השמטות ומלואים פרק ג 526
חידושי אנשי שם, בבא מציעא, פרק ו (נ, א
בדפי הרי״ף), אות א 382
חידושי אנשי שם על המרדכי, בבא מציעא, פ׳
ו, סי׳ שנז, אות מ 500 514
בבא בתרא, פ׳ ג, סי׳ תקכט, אות כ 500
508 514
חידושי הרי״ם, בבא מציעא לה, ב 362 524
חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא מציעא קא,
ב 416 418 443 445 447
קג, א ד״ה אי 332
רבנו חיים כהן, שו״ת, חו״מ, סי׳ יט 318 352
354
חכמת שלמה, סי׳ שיב, סע׳ א 410 413 443
445
חלקת השדה, שו״ת, סי׳ כה 517
חסד לאברהם, שו״ת, מהדו״ת, חו״מ, סי׳
מא 321
סי׳ מב 292 293 302 316 349
חסדי דוד, על התוספתא, בבא מציעא ח 410
411 586 593
ח, י 557
ח, ל 364
ט 476 479
ט, לג 496 497 502
חקקי לב, שו״ת, יו״ד, סי׳ מח 568
חו״מ, חלק ב, סי׳ לט ד״ה אלא 267
חקרי לב, שו״ת, חו״מ, חלק ב, סי׳ לט 267
סי׳ סג 43 181
סי׳ סד 315 317 341 350
סי׳ סו 408 444
סי׳ סז 16 37 38 42 212 328 331 397
סי׳ סח 124 125 127 128 129 130 132
138 141 166 167 169 170 178 186
211 299 300 440
סי׳ סט 268 439 507 508 510 514 529
סי׳ ע 10 19 28
סי׳ פא 352
סי׳ פב 10 306 431 432 433 435 438
סי׳ פט 99 144 147
חתם סופר, שו״ת, חו״מ, סי׳ קסא 62 65 293
315 316 318
סי׳ קעח 172
טבעת החושן, סי׳ קא, ד״ה עיין בקצות
סק״ג 275
סי׳ שי, ד״ה ועיין 195
סי׳ שיב, ד״ה עיין נתיבות 228
ד״ה בסק״ח העיר הנתיבות 421
סי׳ שיד 125
סי׳ שטו 57
סי׳ שמ, ד״ה עיין נתיבות 54
סי׳ שמו, ד״ה עיין קצות סק״ה 362
ט״ז, על שו״ע, או״ח, רמג, ס״ק א 64
אהע״ז, כח, ס״ק לו 508 547 586
חו״מ, קא, ו 271 274
קמב, א 33
קצה, ט 54
ריב, ו 502
שח, א 368
שיב, ה 421 422
שיב, ז 513
שיב, יא 409 410 411 416 418 422
שיב, יז 48 150 297 330
שטו, ב 30 31
שטז, א 501 509 513 515
שכא, א 141 186 198 208 290 300 301
314 320 345 374
שלד, א 323
יביע אומר, שו״ת, חלק ב, סי׳ ז 551 552
557
ר׳ יוסף בן עזרא, שו״ת, סי׳ מ 292
ים של שלמה, בבא קמא, פרק ה, סי׳ לג 8
10 15 181 254 471 472 481 482 483
סי׳ לד 471
פרק י, סי׳ נג 457
ישכיל עבדי, שו״ת, חלק ו, חו״מ, סי׳ ח 448
כנסת הגדולה, חו״מ, סי׳ קמ, הגהות הטור,
ס״ק קלה 480
סי׳ קסג הגהות ב״י, ס״ק לז 18
סי׳ קצה, הגהות ב״י, ס״ק כז 54
ס״ק כח 54
חו״מ, מהדו״ב, סי׳ שיב, הגהות הטור, ס״ק
יב 423
סי׳ שיב, הגהות ב״י, ס״ק נה 508
סי׳ שיד, הגהות הטור, ס״ק א 129

סי׳ שטז, הגהות הטור, ס״ק א 508
כסף הקדשים, חו״מ, סי׳ שיב, סע׳ ח 444 446
סי׳ שיד, סע׳ א 398
סי׳ שטז, סע׳ א 70 148 511
סי׳ שיז, סע׳ א 256
כסף משנה, על הרמב״ם, מכירה יג, יז 94
טו, א 93
טו, ב 93
כג, ז 502
שכירות א, ד 506
ה, א 196
כרם שלמה, שו״ת, חו״מ, סי׳ עו 502
ל״ב נתיבות, הל׳ שכירות ושכנים, נתיב ו 253
נתיב יא 381 382
לבוש עיר שושן, סי׳ קנד, סע׳ ב 509
סי׳ שי, סע׳ א 42 189 190 192 196 212 214
סי׳ שיב, סע׳ י 447
סי׳ שכא, סע׳ א 353
לחם משנה, על הרמב״ם, שכירות א, ד 521
ה, ב 42 183 199
ז, א 10 16 20
ח, ד 312
מבי״ט, שו״ת, חלק א, סי׳ מ 134 180 187 192 200 289 295 297 328 330 440
סי׳ רח 165
סי׳ שד 368
סי׳ שמו 18 472
מבית מאיר, שו״ת, חלק ב, סע׳ יט 435
סע׳ כ 435 524
מגן אברהם, על שו״ע, או״ח, סי׳ רמד, ס״ק יח 64
סי׳ רמו, ס״ק ח 11
סי׳ תלז, ס״ק ה 101
ס״ק ו 101
ס״ק ז 101 108
מגן האלף, או״ח, סי׳ תלז, ס״ק ו 101
סי׳ תלז, ס״ק ז 101 108
מהר״י בן לב, שו״ת, חלק ד, סי׳ כח 411 444
מהרי״א הלוי, שו״ת, חלק ב, סי׳ נה 268 293 297 330
מהרי״ט, שו״ת, חלק א, סי׳ קיג 255
חלק ב, חו״מ, סי׳ קיט 78 80 81 83 170 241 242 402 513 514 519
מהריט״ץ, שו״ת, סי׳ פט 18 19 503
סי׳ קה 117
סי׳ רכה 117
מהריט״ץ, בבא מציעא עח, ב 189
מהרי״ל דיסקין, שו״ת, פסקים, אות רז 230
אות רח 118
קונטרס אחרון, סי׳ ה, אות רנ 473 476
מהר״ם שי״ף, חידושים, בבא מציעא נו, ב 12
עט, א 37 186
מהר״ם שיק, חידושים, גיטין מז, ב 9
מהר״ץ חיות, חידושים, בבא מציעא נו, ב 11 12
מהר״ש הלוי, שו״ת, סי׳ לה 432 433 438
מהר״ש ענגל, שו״ת, חלק ד, סי׳ כ 413
סי׳ כ, ס״ק א 445
ס״ק ב 446
מהרש״א, חידושי הלכות, בבא מציעא עח, ב
ד״ה בא״ד 376
מהדו״ב עח, א ד״ה חייב המשכיר 37
מהרשד״ם, שו״ת, אהע״ז, סי׳ קפד 431
חו״מ, סי׳ רמה 19 249
סי׳ רפב 388 482
סי׳ רפו 410
סי׳ רפח 18 54 472
סי׳ רצג 253 254
סי׳ רצד 254
סי׳ רצה 17 431 432 494 515 516
סי׳ רצו 73 442 443 445
סי׳ ש 10 254 423 424 427 429 472
סי׳ תיא 234
סי׳ תטו 431 432 515 516
מהרש״ך, שו״ת, חלק א, סי׳ כא 381
חלק ב, סי׳ קצח 201 321 352
תוספת, סי׳ ו 129 132
מהרש״ל, שו״ת, סי׳ טז 514
סי׳ לו 63
סי׳ לח 13 423
סי׳ מג 13
מהרש״ם, שו״ת, חלק א, סי׳ ק 366 369
חלק ב, סי׳ קצח 372 387
סי׳ קצט 65 66 322
חלק ג, סי׳ קפ 65 66 315 322
סי׳ רצא 548
חלק ד, סי׳ קח 66 118 181 254 318 335
מהרש״ם, הגהות לס׳ אורחות חיים, סי׳ רמו, סע׳ ג 548
מחנה אפרים, הל׳ מכירה, קנין מעות, סי׳ י 53
קנין חצר, סי׳ ג 20
דיני אונאה, סי׳ ד 117
הל׳ מוכר דבר שלא בא לעולם, סי׳ ג 270
הל׳ שומרים, סי׳ יח 80
סי׳ יט 455
סי׳ כ 457 479
הל׳ שאלה ופקדון, סי׳ ג 551 557

סי׳ ו 521 523 529
סי׳ ז 422 587 592
הל׳ שכירות, סי׳ ג 261 267 290
סי׳ ד 267 307
סי׳ ה 10 197 267 306 307 341 351
433 438 439
סי׳ ו 187 191 197 201 218 289 290
291 292 293 325 440
סי׳ ז 267 314 322 323 347
סי׳ ט 21
סי׳ יא 444 447
סי׳ יב 265
סי׳ יט 435 436 501 521 523 527 528
529 530 532 589 599
סי׳ כא 251 252 253
סי׳ כב 57
הל׳ שכירות פועלים, סי׳ ג 267
מחנה אפרים, חידושים על הרמב״ם, שכירות ה,
ב 42
מחצית השקל, על שו״ע, או״ח, סימן רמד, ס״ק
יח 64
מטה אהרן, חלק ב, כללי השי״ן, אות קלו 42
297 330 331 338
אות קלז 212
אות קמא 129 133 251 410 417
מים עמוקים, שו״ת, סי׳ עו 420 424 426 475
מכתם לדוד, שו״ת, חו״מ, סי׳ י 107 113
מלאכת שלמה, שו״ת, סי׳ א 429
סי׳ ב 429
סי׳ ג 429
סי׳ ד 429
מנחת חינוך, מצוה נט 557
מנחת יצחק, שו״ת, חלק ב, סי׳ פו 254 410
448
מנחת פתים, חו״מ, שט, א 383
שי, א 462
שיב, ה 593
שיד, א 131 132
שטו, א 63 420
שלד, א 438 439
שלו, א 271 272
שמ, ד 556
מעיל שמואל, שו״ת, סי׳ מג 593
מעשה אברהם, שו״ת, יו״ד, סי׳ נ 567
מעשה בצלאל, לס׳ ריקאנטי, סי׳ שסט 500
510
מעשה רוקח, על הרמב״ם, מכירה כג, ו, ס״ק
ה 363
מצפה שמואל, על התוספתא, בבא מציעא ח,
יג, אות ע 364
מקום שמואל, שו״ת, סי׳ א 8 11 20
מקור חיים, תלז, ו 101
תלז, ז 101 107 108
תמ, ד 11 14
תמח, ט 470
תנ, ח 63
מראה הפנים, על הירושלמי, בבא מציעא ו,
ג 235
ח, ט 227
מרכבת המשנה, על הרמב״ם, שכירות ה,
ב 185 195 213
ז, א 10 11
ז, ג 265
משאת משה, שו״ת, חו״מ, חלק ב, סי׳
סז 515
ר׳ משה מרוטנבורג, שו״ת, או״ח, סי׳ יא 459
משובב נתיבות, סי׳ פו, ס״ק א 455
משכנות הרועים, מערכת אות פא, סי׳ סג 524
אות ש, סי׳ קסו 515
סי׳ קסז 416
סי׳ קסח 429 470 472
סי׳ קסט 443
סי׳ קעו 423
סי׳ קעז 21
סי׳ קעח 255
סי׳ קפ 186 295 329
סי׳ קצ 18
משנה למלך, על הרמב״ם, מכירה כג, ח 503
507
שכירות ה, ב 42 45
ה, ג 151
משנת יעב״ץ, חו״מ, סי׳ מג, אות ה 526
משפט צדק, שו״ת, חלק ב, סי׳ לא 138 142
192 194 198 232 292 293 295 296 297
320 330 338
משפטים ישרים, שו״ת, חלק ב, סי׳ קצג 431
432 438
נודע ביהודה, שו״ת, מהדו״ת, או״ח, סי׳
נט 63
חו״מ, סי׳ מא 63
סי׳ נו 412 455 462 463
נזר הקודש, שו״ת, אהע״ז, סי׳ מא 523
נחלת צבי, חו״מ, סי׳ שט, סע׳ א 380 384
385
סי׳ שיב, סע׳ ז 412
נטעי נעמנים, שו״ת, חו״מ, סי׳ מח 456
נפש חיה, בבא מציעא עח, א 384
נקודות הכסף, יו״ד, סי׳ רכא, על הש״ך שם,
ס״ק מה 483
נתיבות המשפט, סי׳ ד, ס״ק א 464

נתיבות המשפט (המשך)
לט, ס"ק יז 5 14
ס"ק יח 585
ס, ס"ק י 57
עב, ס"ק יז 557 600
עד, ס"ק א 84 85 86 87
חידושים, ס"ק א 84 87 275
עו, בהקדמה 84 457 458
פו, ס"ק א 455
קא, חידושים, ס"ק ה 275
קכ, ס"ק ג 457
קלח, ס"ק ב 14 64 548
קמב, ס"ק ב 33
קנד, חידושים, ס"ק ז 522 527
קעח, ס"ק ג 130 131
קפו, ס"ק ב 422 587
ס"ק ג 454
קצב, ס"ק ו 14 53 57 64
קצה, ס"ק ד 34 54
קצח, ס"ק ו 458
ר, פתיחה 14 64 65
רא, ס"ק א 63
רט, ס"ק ז 56
ריא, ס"ק ה 472 482
רלב, ס"ק ב 94 574
חידושים, ס"ק ז 93 107
ס"ק י 84
רלד, ס"ק א 109
רצב, ס"ק ז 368
רצג, ס"ק א 458
שג, ס"ק ז 270
שח, ס"ק א 377 378 381
חידושים, ס"ק א 367
שט, ס"ק א 383 384
שי, ס"ק א 14 97 99 144 185 195 209 289 294
ס"ק ב 135 145 185 194 196 199 201 202 209 289 294 295
ס"ק ג 462
ס"ק ד 14 45 46 57 195 210 212 213 215
ס"ק ה 43
ס"ק ז 213 215
ס"ק ח 341 462 463
ס"ק ט 463
שיא, ס"ק א 204
ס"ק ב 216
שיב, ס"ק ג 427 428
ס"ק ד 421
ס"ק ה 13 23 78 88 109 133 210 212 227 228 234 566
ס"ק ח 421
ס"ק יא 132 165 179
ס"ק יב 150 417 481
ס"ק יג 13 131 266 331 333 334
שטו, ס"ק א 13 30 31 45 57 63
שטז, ס"ק א 504 516
ס"ק ב 242 386 434 439 514 527 528 531
ס"ק ג 13 20 30 364 372 515
שיז, ס"ק ב 13 253 254 266 483
שכא, ס"ק א 14 289 294 295 300 304 316 319 320 325
ס"ק ב 312
שלב, ס"ק ב 249
שלג, ס"ק ד 495 511
ס"ק טז 447
שלד, ס"ק א 319 352
שמ, ס"ק ח 54
שמא, ס"ק א 595
ס"ק ג 434 501 505 521 528 531 589
ס"ק ו 436
ס"ק י 554
ס"ק יא 547 591
ס"ק יב 554 558
ס"ק יג 368 369 552 568
ס"ק יד 254
ס"ק טו 548 558 566 567 591
שמד, ס"ק א 14 547
ס"ק ב 457
שסג, ס"ק ט 522 528 531
סמ"ע, חו"מ, סי' ס, ס"ק יח 576 585
עד, ס"ק א 85
ס"ק ג 86
קא, ס"ק י 270 271 274
קלח, ס"ק ד 548
קמב, ס"ק ד 33
קצח, ס"ק יב 9 53
ריב, ס"ק טז 502
ס"ק יז 363
רכ, ס"ק ח 100
רלב, ס"ק מו 109
ס"ק נד 576
רס, ס"ק יג 16 133 550
רצג, ס"ק א 86
ס"ק ד 79
שז, ס"ק א 145
שח, ס"ק יא 367 368

סמ״ע (המשך)
שט, ס״ק א 379
ס״ק ו 367
שי, ס״ק ב 135 136 145 189 190 192
193 196 294
ס״ק ד 183
ס״ק ה 212 214
ס״ק ו 43
ס״ק ט 212 213 214 215
ס״ק יא 341
שיא, ס״ק ב 72 73 96 150 151 204 371
ס״ק ז 204
שיב, ס״ק ב 420 476 477
ס״ק ג 150
ס״ק ו 411 421 422 593
ס״ק יא 413
ס״ק יג 420
ס״ק יד 418
ס״ק טו 444
ס״ק טז 409 416 421
ס״ק כו 250
ס״ק ל 211 212
ס״ק לב 15 128 132
ס״ק לד 194 218 288 297 330
ס״ק מ 137
שיג, ס״ק ה 20
שיד, ס״ק א 130
שטו, ס״ק ה 31 502 503
ס״ק ו 251
שטז, ס״ק א 20 501 502 512
ס״ק ג 242 385
ס״ק ד 506 514
ס״ק ה 514
שיז, ס״ק ב 25 260
ס״ק ה 251
ס״ק ו 82
ס״ק ח 251 252
שיח, ס״ק ג 72 270 424
שכ, ס״ק ג 430
שכא, ס״ק ו 133 289 293 300 302 304
315 320 325 352
שלב, ס״ק ג 249
שלד, ס״ק ד 438
שמ, ס״ק ד 552 568
שמא, ס״ק ו 430
ס״ק טו 553 554
ס״ק יח 553 554
ס״ק כ 568
שמב, ס״ק א 495
תיט, ס״ק א 271
עבודת הגרשוני, שו״ת, סי׳ קכא 21 65 250
עדות ביהוסף, שו״ת, חלק ב, סי׳ יח 424 427
439 470
עדות ביעקב, שו״ת, סי׳ עה 21 410 508
סי׳ עו 413
סי׳ עט 593
ר׳ עובדיה מברטנורא, משנה בבא קמא א, א
ד״ה במיטב הארץ 271
עונג יום טוב, שו״ת, או״ח, סי׳ כג 548
עטרת יצחק, שו״ת, סי׳ כט 456
עין משפט, חו״מ, סי׳ לב 414 445
עמודי אור, שו״ת, סי׳ קט 428
ר׳ עקיבא איגר, דרוש וחידוש, בבא מציעא עט,
א 305 332
ר׳ עקיבא איגר, הגהות למשנה, בבא מציעא ו,
ג 37
ר׳ עקיבא איגר, חידושים לבבא מציעא לו,
ב 526
עט, א 53 96
ר׳ עקיבא איגר, חידושים לשו״ע, חו״מ, עג,
ח 84
קכ, ב 457
רו, א 16
שט, א 376
שי, ד״ה אות ו 212
שיא, ד״ה ש״ך אות א 151
שמא, א 592
שמא, ג 28 431 436 437
ר׳ עקיבא איגר, שו״ת החדשות, סי׳ לט 431
435 514 521
ערוך השולחן, חו״מ, סי׳ קא, סע׳ ג 270 277
קנד, סע׳ א 366
רלב, סע׳ ד 118
רצא, סע׳ מה 517
רצג, סע׳ א 86
סע׳ ב 84 457 458 459
שז, סע׳ ד 494
שח, סע׳ ה 370 374
סע׳ יב 373
שי, סע׳ ה 42
סע׳ ו 184
סע׳ ז 214
סע׳ י 202
שיא, סע׳ ג 204
סע׳ ה 204
שיב, סע׳ ג 428
סע׳ ח 201
סע׳ יב 422
סע׳ יג 410
סע׳ כד 445 446

סע׳ לג 132 133
שיד, סע׳ ג 70 132 148
סע׳ ד 140 145 148
שטו, סע׳ ג 30
סע׳ ד 31
סע׳ ה 31 56 63
שטז, סע׳ ב 512 513
סע׳ ג 501
שכא, סע׳ ט 290
סע׳ יא 320
שלד, סע׳ יב 323
שמ, סע׳ יז 54
שמא, סע׳ א 586 595
שמב, סע׳ ב 494 501 600
שמד, סע׳ ד 457
ערך ש״י, חו״מ, סי׳ קנד, סע׳ ב 366
רל, סע׳ ט 228
שיב, סע׳ א 427
סע׳ ב 228 565
סע׳ יד 410 412
סע׳ יז 134 199
שיד, סע׳ א 125 127
שמ, סע׳ ד 54
שמא, סע׳ ג 436 521
שמב 501
פלפולא חריפתא, על הרא״ש, בבא מציעא, פרק
ו, סי׳ טו, אות ת 382
פרק ח, סי׳ כה, אות ד 470
אות ו 420 427
פני משה, על הירושלמי, פסחים ד, ט 429
בבא מציעא ו, ג 234
פני משה, שו״ת, חלק ב, סי׳ לב 289 290
293 294 304 324 331
פעמוני זהב, סי׳ שלד, סע׳ א 322 438
פרח מטה אהרן, שו״ת, חלק א, סי׳ א 10
254 424 427 470
סי׳ ב 424 427 429 470
סי׳ ג 8
סי׳ מב 255 416
סי׳ צד 10 431 432 433 438
פרי תבואה, שו״ת, סי׳ לד 315 320 350
פרישה, על הטור, אהע״ז, סי׳ כח, ס״ק
מט 521
חו״מ, סי׳ ריב, ס״ק ז 133 363 365
שח, ס״ק ח 382
שי, ס״ק ב 41
שיב, ס״ק ב 470
ס״ק י 416
ס״ק טז 212 217
ס״ק כ 137
שטז, ס״ק א 138 504 516
שמא, ס״ק ט 554
שמב, ס״ק א 495
שמד, ס״ק א 455
פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק ז, הע׳
ו 457
פרק ט, הע׳ טז 569
הע׳ כו 600
הע׳ לא 595
סע׳ כב 577
הע׳ סו 110
פרק י, הע׳ ז 247 556
הע׳ ח 557
הל׳ שכירות, פרק א, הע׳ ב 34
פרק ב, סע׳ י 366
סע׳ יא 369
הע׳ ו 96
הע׳ כא 366
הע׳ כב 367
הע׳ כג 363
הע׳ מא 384
הע׳ מב 384
פרק ג, הע׳ י 201
הע׳ יד 57
הע׳ כ 212
פרק ד, סע׳ כג 420
הע׳ א 63
הע׳ י 118
הע׳ יז 477 483
הע׳ יח 420
הע׳ כא 502 513
הע׳ כב 511 517
הע׳ כה 522
הע׳ לג 521
הע׳ לד 516
הע׳ מה 20
פרק ה, הע׳ ג 108
הע׳ ד 249
הע׳ ז 444
הע׳ י 447
פרק ו, הע׳ ה 144
הע׳ ז 113
הע׳ יא 417
הע׳ יב 134
הע׳ כב 334
הע׳ כה 437
הע׳ כז 104
הע׳ לח 133

הל׳ גנבה ואונאה, פרק יג, הע׳ ח 117
פתחי תשובה, חו״מ, סי׳ קלח, ס״ק א 21 65 250
קמב, ס״ק א 33
קצח, ס״ק ח 53
ריב, ס״ק ב 63
ס״ק ו 508
שי, ס״ק א 463
שיא, ס״ק א 96 204
שיב, ס״ק ב 427
ס״ק ג 421
שטו, ס״ק א 18
שטז, ס״ק ב 243 386 387 434 435 528 531
שלו, ס״ק א 270 274
שמג, ס״ק א 459
צדק ומשפט, סי׳ שיב, סע׳ יז 131 132
ציץ אליעזר, שו״ת, חלק ד, סי׳ כח 498 511 514 516 519
חלק ה, סי׳ ל 414 447
חלק י, סי׳ נב 65 251 412 414 446
צמח צדק, שו״ת, סי׳ מה 10 13 204 305 306 431 432 433 439
קהלות יעקב, שביעית, סי׳ א 10 15 27 364 370 372 481
נדרים, סי׳ יט 481
בבא מציעא, סי׳ מו 26 27 261
בבא בתרא, סי׳ יז 27
קובץ הערות, מהדו׳ תרצ״ב, סי׳ נג 12 21 26 27 28 261 267 480 482
מהדו׳ תשכ״ז, עמ׳ קמח 482
קול אליהו, שו״ת, סי׳ כט 289 295 331
קונטרס הספקות, כלל ז, אות ה 26
קנין תורה, שו״ת, חלק ג, סי׳ סז 108 413
קצות החושן, סי׳ עב, ס״ק לד 551 556
פו, ס״ק ד 455
קא, ס״ק ג 270 273 275
ס״ק ד 275
ס״ק ה 275
קכו, ס״ק יג 25 264 455
קצה, ס״ק ח 54 548
קצח, ס״ק ה 84 455 457 458
רב, ס״ק א 54 548
ריא, ס״ק ב 471
ריב, ס״ק ב 363
רמא, ס״ק ד 522
שח, ס״ק א 373 374 378 381
שט, ס״ק א 366 383 384
שי, ס״ק א 341 419 462 463
שיא, ס״ק א 10 18 96 151 152 204
שיב, ס״ק א 423
ס״ק ב 421
ס״ק ז 18 96
שיג, ס״ק א 16
שיד, ס״ק א 125 129 132 140
שטו, ס״ק א 31
שטז, ס״ק ב 242 385 507 508
ס״ק ג 19
שכא, ס״ק א 312
שלא, ס״ק ג 250
שמ, ס״ק ד 455
ס״ק ה 556
שמא, ס״ק א 435
שמד, ס״ק ב 455 457
שמו, ס״ק ה 362
שסג, ס״ק ח 17 529 530
קרבן העדה, על הירושלמי, פסחים ד, ט 429
ראנ״ח, שו״ת, סי׳ ה 42 128 129 134 166 167 299 330 331 440
סי׳ לח 19 28 42 62 65 128 132 134 145 165 170 315 318 397 439
סי׳ מא 93 109 114 117 118
ראשי בשמים, שו״ת, חו״מ, סי׳ צב 11 316 317 320 329 331 332 333
סי׳ צג 63 64
רדב״ז, על הרמב״ם, ערכין וחרמין, ו, ל 481
רדב״ז, שו״ת, חלק א, סי׳ קלט 515 516
סי׳ קמא 254
סי׳ קמו 388
חלק ג, סי׳ תרכג 211
סי׳ תתצט 271 273
חלק ד, סי׳ אלף רו (קלו) 117
סי׳ אלף ריד (קמג) 416 429 470
רמ״א, הגהות לשו״ע, חו״מ, ד, א 464
ס, ג 20
עג, ח 84
עח, א 25 260
קכ, ב 457
קלח, א 548
קסב, ז 519
קסג, ב 18 20
רכז, כט 95
רלב, ה 102 107
רלב, יח 160
רס, ד 16
רצג, א 459
שח, א 368 382
שט, ג 32 146
שי, א 97 183 184 438
שי, ב 212 321 342

שיא, ב 212 334
שיא, ג 217 341
שיב, א 150 226 396 420 426 440
שיב, ז 417 439
שיב, ט 444
שיב, יז 134 149 170 194 199 211 212
218 288 297 330 331 344
שיב, יח 137
שיב, כ 137
שיד, ד 104 114 125 140 143 170
שטז, א 242 371 385 394 411 485 514
שיז, ב 252
שכא, א 313 320 352
שכא, ב 38 312
שלא, א 249
שלב, ד 270
שלג, ב 511
שלד, א 322 331 437
שמא, ו 553 554
שסג, ו 412
שסג, י 386 434 527 589
רמ"א, שו"ת, סי' כ 231 424 426 445 594
רמ"ץ, שו"ת, חו"מ, דיני חזקות, סי' כג 322
רש"ש, הגהות וחידושים, בבא מציעא עח,
א 37
קטז, ב 137
שאילות משה, שו"ת, חו"מ, סי' נז 317 318
344
שאילת שלום, שו"ת, מהדו"ת, חו"מ, סי'
יא 331
שב יעקב, שו"ת, או"ח, סי' ז 428
שבות יעקב, שו"ת, חלק א, סי' קעה 421
סי' קעו 463
שואל ומשיב, שו"ת, מהדו"ת, חלק ב, סי'
כט 129 133
חלק ג, סי' קכז 431 435
סי' קכט 331
חלק ד, סי' עז 511 516 517
מהדורא תליתאה, חלק ב, סי' קמו 462
חלק ג, סי' מח 480
סי' קטז 386 508
שולחן ערוך, או"ח, תלז, ג 101
יו"ד, שמ, לה 586
אהע"ז, כח, טו 25
לח, ה 147
קיד, א 81
חו"מ, ד, א 464
ס, ו 30 57
סו, לב 225
עד, א 85
עד, ב 79
קא, א 271
קא, ו 274
קג, ט 427
קז, א 437
קכ, ב 457
קכו, א 476
קכו, ח 476
קכו, יח 263
קנד, ב 508
קנו, ב 227
קסג, ב 17
קעח, ג 130
קצה, ט 53
קצח, א 53
קצח, ו 53
ר, ז 248
רט, ד 47 55
ריא, א 47 55
ריא, ז 476
ריב, א 30 61
ריב, ד 363
ריב, ו 31
ריד, יב 44
רטז, ה 56
רכ, ב־ג 100
רכו, ו 101
רכז־רלא 95
רכח, ו 94
רלב, ג 117
רלב, ד 108
רלב, ה 107
רלב, יא 95 105
רלב, יט 69 94 119
רלב, כב 576
רלד, ד 101
רמו 428
רס, ד 14 16 29
רצא, כא 505
רצא, כו 505 517
רצג, א 79 84 592
שא, א 511
שז, א 145 454 537
שז, ב 241
שז, ד 20 494
שז, ז 99
שח, א 363 369
שח, ג 70 366 373
שח, ד 368
שח, ה 368 370 375 382

שולחן ערוך (המשך)
שח, ו 69 366 375
שט, א 146 369 382
שט, ב 368 369
שט, ד 368
שט, ה 368
שי, א 167 177 187 189 208 213 289 290 296 326 345
שי, ב 177 210 213 289 296 326
שי, ג 462 463
שיא, ב 204
שיא, ג 204 341
שיא, ד 204
שיא, ה 204
שיב, א 420 423 470
שיב, ב 180 227
שיב, ג 427
שיב, ד 421 422
שיב, ה 410 411 422
שיב, ו 411
שיב, ז 411 413
שיב, ט 418 444
שיב, י 417
שיב, יא 415
שיב, יד 413 442
שיב, טו 250
שיב, טז 251
שיב, יז 35 93 97 98 125 130 131 132 149 170 177 178 289 296 326
שיב, יח 38 137
שיב, יט 137
שיב, כ 137
שיג, ג 14
שיד, א 103 170
שטו, ג 251
שטז 434
שטז, א 502 508
שטז, ב 29 506 513
שיז, א 25 251 260
שיז, ב 81 251
שיח, א 72 270
שכ, ד 147 364 371 372
שכא, א 319
שכא, ב 38
שכד, א 363 368
שכט, א 430
שלב, א 249
שלד, א 308 438
שלד, ד 308
שלו, ב 272
שלט, א 255
שלט, ז 272
שלט, י 255
שמ, ח 586
שמא, א 430 593
שמא, ב 586
שמא, ג 435 549 590
שמא, ה 586
שמא, ו 553
שמא, ז 586
שמא, ח 591
שמג, ב 457
שמו, י 551
שמו, יח 363
שסג, ה 374 461
שסג, ו 461
שסג, י 530 531
שעא, א 373
שפו, א 225
תיט, א 271
תכא, ו 464
שולחן ערוך הרב (מלאדי), חו"מ, הל' שאלה ושכירות וחסימה, סע' א 495
סע' ד 506
ש"י למורא, שו"ת, סי' ג 475 478
סי' ד 473 475 477 478
סי' ה 181 475 477 478 483 484 508
סי' ז 424 427 429 470 473 476
סי' ח 297 330
סי' כג 10 508
שיירי קרבן, על הירושלמי, פסחים ד, ט 429
ש"ך, יו"ד, סי' רכא, ס"ק מב 483
ס"ק מג 483
ס"ק מד 483
ס"ק מה 472 473 476 480 482 483
חו"מ, סי' כא, ס"ק ג 255
סו, ס"ק עג 13 515
עג, ס"ק כז 84
עד, ס"ק א 84
ס"ק ג 84 87 275
ס"ק ו 86
ס"ק טו 457
קא, ס"ק ד 274
קכ, ס"ק ג 457
קכו, ס"ק עו 25 264
ריא, ס"ק ה 472
רס, ס"ק יד 13 550
ס"ק טו 13 550
רצג, ס"ק א 85 86
שו, ס"ק ב 457

שח, ס"ק א 367 368 377
ס"ק ג 506
שט, ס"ק א 382 383
שי 438
שיא, ס"ק א 72 73 96 151 204 371
שיב, ס"ק ג 18 472
ס"ק ד 420
ס"ק ה 96 149 150 417 440
ס"ק ז 421 593
ס"ק י 444 447
ס"ק יד 250 253 254
ס"ק טו 250
ס"ק יט 149 417
שיג, ס"ק א 13 250
שטז, ס"ק ד 514
שיז, ס"ק א 81
ס"ק ה 13 251 253
שכא, ס"ק א 315 350 352
שלב, ס"ק ב 268
ס"ק ה 249
ס"ק יח 272 274
שלג, ס"ק מד 447
שלד, ס"ק א 338
ס"ק ב 12 307 433 438
ס"ק ג 323 350
שלו, ס"ק ב 274
ס"ק ד 272
שמב, ס"ק א 505
תיט, ס"ק ב 271
שלטי הגיבורים, בבא קמא, פרק י (מד, א), אות ב 86
בבא מציעא, פרק ו (מח, ב), אות א 378
מכות, פרק א (א, ב), אות ב 275 276
שמחת יום טוב, שו"ת, סי' כז 508 509 516 527
סי' כח 502 503 508 509 510 516 519 522 527 528 529 530 531
שמן רקח, שו"ת, חלק ב, סי' עז 8 373 516
שער אפרים, שו"ת, חו"מ, סי' קמד 317 344
שער משפט, סי' קז, ס"ק ב 437
סי' שיב, ס"ק ב 411
שערי תבונה, סי' יא 26 27 261 480 483
שפת אמת, ערכין כ, ב 181
תומים, חו"מ, סי' קכו, ס"ק כב 264
תוספות יום טוב, בבא מציעא ט, ג 291
תורה תמימה, ויקרא יט, יג, אות עא 273
תורת אמת, שו"ת, סי' רח 503 507
תורת חיים, שו"ת, חלק א, סי' לה 414 445
תורת חסד, שו"ת, סי' רנז 438
תפארת צבי, סי' א, ס"ק כ 338
מפתחות ליו"ד, סי' א, ס"ק כב 130
תרומת הכרי, סי' שח, סע' ז 374 381
תשורת ש"י, שו"ת, מהדו"ק, סי' רמו 53 101
סי' רפה 118 578
סי' תקטז 133 134 199 335
סי' תריג 410 445
מהדו"ת, סי' קכג 29 199 228 231 266 331
סי' קכז 199 335

פסקי דין רבניים

חלק ד, עמ' 239 471
חלק ו, עמ' 109 65 251 412 446

חקיקה

דברי הכנסת 59 (התשל"א) 270 223 303
הצעת חוק השכירות, הצעות חוק, התש"ל-1970, סעיף 6 91 142
סעיף 7(א) 147
סעיף 11 232 393
סעיף 11(ב) 396
סעיף 14 259
סעיף 17 401
סעיף 18 408 409
סעיף 20 468
סעיף 21 474 493
חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, סעיף 1 467
סעיף 2(א) 474
סעיף 6 467 493
חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, סעיף 4(א)(1) 164
חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 72 73
סעיף 1 584
סעיף 12 157
סעיף 13 111
סעיף 14-15 55 95 157
סעיף 16 111
סעיף 26 69
סעיף 39 71 225
סעיף 41 81 82 259
סעיף 42 79
סעיף 43 241
סעיף 44 83 257
סעיף 45 98
סעיף 46 248
סעיף 53 539

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה),
התשל"א־1970 92 106 142 170 207 255
285 535 573
סעיף 7 224 255 576
סעיף 10 164 577
סעיף 11(א) 225
סעיף 14(ב) 164
סעיף 17(א) 115
סעיף 18 175 205 255 310
סעיף 19 468
חוק יסודות המשפט, התש"ם־1980, סעיף
2 311
חוק המיטלטלין, התשל"א־1971, סעיף 2 36
361
סעיף 8 224
חוק המכר, התשכ"ח־1968 49 77
סעיף 6 71
סעיפים 7־10 77
סעיף 7 223
סעיף 9 81 82
סעיף 10 83
סעיפים 11־18 91
סעיף 11 92 98 223
סעיף 13 116
סעיף 14 116
סעיף 16 116
סעיף 18 98 101 102
סעיף 19 239 269
סעיף 21 275
סעיף 22 240 243
סעיף 28 106 163
סעיף 33 49
סעיף 34 102
חוק המכר (מכר טובין בינלאומי),
התשל"א־1971, סעיף 2 116
סעיף 65 240
חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 2 32
361
סעיף 3 248
סעיף 5 30
סעיף 7(ב) 55
סעיפים 15־20 224
סעיף 18 29
סעיפים 21־26 165
סעיף 80 18 467
סעיף 81(א) 491
סעיף 82 491
חוק המתנה, התשכ"ח־1968 573
סעיף 1 584
סעיף 5(ב) 584
חוק עשיית עושר ולא במשפט,
התשל"ט־1979 165
חוק השומרים, התשכ"ז־1967 121 144 147
241 395 456 537
סעיף 1 30 144 239 537
סעיף 2 144 395 456
סעיף 3 520
סעיף 4 146
סעיף 11 453 456 457
מג'לה 468
סעיף 426 371
סעיף 478 302
סעיפים 513־519 208
סעיף 587 491
סעיפים 591־595 454
פקודת הנזיקין (נוסח חדש),
התשי"ז־1957 577
סעיף 44 224 225
חוק הגנת הדייר [נוסח משולב],
התשל"ב־1972 29
אמנה בדבר חוק אחיד למכר טובין בין־לאומי
(האג, 1964), סעיף 11 116
הקודקס האזרחי הצרפתי (קוד סיביל), סעיפים
1725־1726 197
סעיף 1736 419
סעיף 1738 408 442
סעיף 1742 429
קודקס החיובים השווייצי, סעי' 263 498
סעיף 266 408 442
סעיף 266f 410
סעיף 266g 408
סעיף 266i 408 429

פסיקה

ע"א 16/49 אלברנס נ' שמטרלינג, פ"ד ד
573 303 308
ע"א 375/54 אלון נ' מלניק, פ"ד 486 468
ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה
ושות' בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 441 513
518
ע"א 400/73 בר טוב ואח' נ' זבנוביץ, פ"ד
כח(2) 717 371 373
ע"א 314/55 גרינברג נ' בלבטניק, פ"מ יג
150 223 230
ע"א 139/88 הלר (מרקוס) נ' ליבנד ואח', פ"ד
מג(4) 108 587

ע"א 208/51 הקר, טייכנר ואריזונה בע"מ נ' ברש ולוסמן ואח', פ"ד ח 566 5 6 16 18 19 22 467 479 491 496 498
ע"א 585/68 ייראוך נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כג (1)491 516
בג"צ 328/81 (המ' 533/81) וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד לו (2)733 448
ע"א 335/67 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כב(2) 365 503 504
ע"א 379/68 ישרס בע"מ נ' טולידנו ואח', פ"ד כג(1) 533 454
ע"א 240/77 כרמל נ' פרפורי ושות' בע"מ, פ"ד לד(1) 701 100 110 111 180 281 282 303 308 311 371 386
ע"א 17/62 לטוביצקי נ' לפלר, פ"ד יז(1) 87 230 232
ע"א 318/63 ליבוביץ ואח' נ' כ"ץ ואח', פ"ד יח(1) 384 223
ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס ואח', פ"ד מה(1) 343 503
ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' לבנשטיין ואח', פ"ד ל(1) 716 239
ע"א 40/53 ענתבי נ' קפהרסטה בע"מ, פ"ד ט 1445 143
המ' (ת"א) 453/49 פרידמן נ' לינשבסקי, פ"מ ב 305 223
ע"א 358/80 קדש נפתלי מושב עובדים נ' מושב שאר ישוב, פ"ד לז(3) 830 32
ע"א 840/75 קרן קיימת לישראל נ' סביצקי, פ"ד ל(3) 540 516
ע"א 148/77 רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617 71

רשימה ביוגרפית

רשימה ביוגרפית

אבן האזל – ר׳ איסר זלמן מלצר, ליטא - ארץ ישראל, 1870־1954
אבני החושן – ר׳ שלמה רייזנר (ראב״ד פלשטין), פולין, המאה ה־20
אבני מילואים – ר׳ אריה ליב בר׳ יוסף הכהן (ראה קצות החושן)
אבני נזר, שו״ת – ר׳ אברהם בר׳ זאב נחום בורנשטיין (אבד״ק סוכטשוב), פולין, 1839־1910
אגודת אזוב – ר׳ ברוך בר׳ דוד (מגנזן), פולין, המאה ה־17
אגרות משה, שו״ת – ר׳ משה פיינשטיין, רוסיה - ארה״ב, 1895־1986
אדמת קודש, שו״ת – ר׳ נסים חיים משה מזרחי (רבה של ירושלים), ארץ ישראל, נפטר ב־1749
אהלי יעקב, שו״ת – ר׳ יעקב קאשטרו, מצרים, נפטר ב־1610
אולם המשפט – ר׳ יוסף זונדל הוטנר (אב״ד רעטשין ואיישישוק), ליטא, 1848־1919
אור זרוע – ר׳ יצחק מווינא, אשכנז, 1180־1250 (מגדולי בעלי התוספות)
אור שמח – ר׳ מאיר שמחה הכהן מדווינסק, ליטא, 1843־1926
אורים ותומים – ר׳ יהונתן אייבשיץ, רב של קהילות אה״ו (אלטונה, האמבורג, ואנדסבק), 1695־1764
אמרי בינה – ר׳ מאיר בר׳ יצחק איצק אוירבך, פולין - ארץ ישראל, 1815־1878 (בנו של בעל ״דברי חיים״)
אמרי יושר, שו״ת – ר׳ מאיר אריק (אב״ד יזלוויץ), פולין - גליציה, 1855־1926
ארח משפט – ר׳ רחמים אליהו חזן (דיין באיזמיר), טורקיה, נפטר ב־1840 (בנו של בעל שו״ת חקרי לב)

ב״ח (בית חדש) – ר׳ יואל סירקיס, פולין, 1561־1640
באר הגולה – ר׳ משה רבקש, ליטא, 1595־1671
ביאור הגר״א – ר׳ אליהו בר׳ שלמה זלמן מווילנא (הגאון מווילנא), ליטא, 1720־1797
בית אפרים, שו״ת – ר׳ אפרים זלמן בר מנחם־מוניש מרגליות, פולין (ברודי), 1760־1828
בית הבחירה – ר׳ מנחם המאירי, פרובנס, המאות ה־13־14
בית המלך, שו״ת – ר׳ יוסף ן׳ חסון, שלוניקי - ירושלים, נפטר ב־1761
בית יוסף – ר׳ יוסף קארו (ראה שולחן ערוך)
בית יעקב – ר׳ יעקב בר׳ שלמה טבשונסקי, ליטא, 1873־1922
בית יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק יהודה שמלקיש (אב״ד לבוב), פולין, 1828־1905
בית מאיר, שו״ת – ר׳ מאיר פוזנר, פולין - אשכנז, 1729־1807
בית שמואל – ר׳ שמואל בר׳ אורי שרגא פייבוש, פולין - גרמניה, המאה ה־17
בני אהרן, שו״ת – ר׳ אהרן לפפא, טורקיה, 1604־1667
בנימין זאב, שו״ת – ר׳ בנימין זאב בר׳ מתתיהו, יון, המאה ה־16
בצל החכמה, שו״ת – ר׳ בצלאל שטרן (אב״ד וינה), צ׳כוסלובקיה - מלבורן - וינה - ירושלים, 1910־1988
ברית אברהם, שו״ת – ר׳ אברהם צבי הירש (אב״ד פילץ ופיטרקוב), פולין, 1777־1819

גידולי שמואל – ר׳ שמואל ניימן, ארץ ישראל, המאה ה־20

גן נעול – ר׳ אשר ניסן בר׳ יהודה ליב לוינסון (מבירז), ליטא, נפטר ב־1879

דבר אברהם, שו״ת – ר׳ אברהם דובער כהנא שפירא (אב״ד קוונא), ליטא, 1870־1943
דבר משה, שו״ת – ר׳ חיים משה אמריליו, טורקיה, 1695־1748
דברות משה – ר׳ משה פיינשטיין (ראה אגרות משה)
דברי גאונים – ר׳ חיים אריה כהנא, הונגריה (סיגט), 1830־1917
דברי חיים – ר׳ יצחק איצק אוירבך (אב״ד לונטשיץ), פולין, האמה ה־19 (בנו של בעל ״דברי משפט״)
דברי חיים, שו״ת – ר׳ חיים בר׳ ליבוש הלברשטם (האדמו״ר הראשון מצנז), גליציה, 1793־1876
דברי מלכיאל, שו״ת – ר׳ מלכיאל צבי בר׳ יונה הלוי טננבוים (אב״ד למזא), ליטא, נפטר ב־1910
דברי משפט – ר׳ חיים בר׳ יצחק אוירבך (אב״ד לונטשיץ), פולין, 1755־1840
דברי ריבות, שו״ת – ר׳ יצחק בר׳ שמואל אדרבי, תורכיה, 1510־1584
די השב, שו״ת – ר׳ יהודה הלוי, ספרד (גיברלטר), המאה ה־19
דקדוקי סופרים – ר׳ רפאל נתן נטע רבינוביץ׳, ליטא - גרמניה - אוקרינה, 1835־1888
דרוש וחידוש – ר׳ עקיבא איגר, גרמניה, 1761־1837
דרישה – ר׳ יהושע פלק כ״ץ (ראה סמ״ע)
דרכי משה – ר׳ משה איסרליש (ראה רמ״א)

ר׳ האי גאון – בנו של ר׳ שרירא גאון, בבל (פומפדיתא), 939־1038
הגהות אשר״י – ר׳ ישראל מקרימז, אשכנז (אוסטריה), המאה ה־14
הגהות מיימוניות – ר׳ מאיר הכהן מרוטנברוג, אשכנז, המאה ה־13

ושב הכהן, שו״ת – ר׳ רפאל בר׳ יקותיאל זיסקינד כ״ץ (אב״ד קהלות אה״ו), פולין־גרמניה, 1722־1803

זכור לאברהם – ר׳ אברהם בר׳ שמואל אלקלעי, טורקיה - ארץ ישראל, 1749־1811
זכר יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק יעקב רבינוביץ (ר׳ איצל פוניבז׳ער), ליטה, 1854־1919
זכרנו לחיים – ר׳ רפאל חיים בנימין פרץ, טורקיה (רב בגליפול), המאה ה־19

חבצלת השרון, שו״ת – ר׳ מנחם מוניש בר׳ יהושע השל באבד (אב״ד טרנופול), גליציה, 1865־1938
חוקת משפט – ר׳ בנימין רבינוביץ תאומים, ליטא - ירושלים, 1900־1974
חות יאיר, שו״ת – ר׳ יאיר חיים בר׳ משה שמשון בכרך, גרמניה, 1638־1702
חזון איש – ר׳ אברהם ישעיהו [אי״ש] קרליץ, ליטא - ארץ ישראל, 1878־1953
חזון יחזקאל – ר׳ יחזקאל אברמבסקי, רוסיה - ארץ ישראל, המאה ה־20
חידושי אנשי שם
ר׳ נתן נטע בר׳ שלמה שפירא, פולין, 1585־1633 - על הרי״ף
ר׳ מנחם דוד מטיקטין (טיקוצ׳ין), פולין, המאות ה־16־17 - על ה״מרדכי״
חידושי הרי״ם – ר׳ יצחק מאיר רוטנברג (האדמו״ר הראשון מגור), פולין, המאה ה־19
חידושי מהר״ם שיק – ר׳ משה שיק (אב״ד חוסט), הונגריה, 1807־1879
חידושי מהר״ץ חיות – ר׳ צבי הירש בר׳ מאיר חיות, גליציה, 1805־1855
חידושי רבנו מאיר שמחה – ר׳ מאיר שמחה הכהן מדווינסק (ראה אור שמח)
חכמת שלמה – ר׳ שלמה קלוגר (אב״ד ברודי), פולין, 1775־1869
חלקת השדה, שו״ת – ר׳ אליעזר בר׳ אברהם דייטש, הונגריה, 1850־1915
חסד לאברהם, שו״ת – ר׳ אברהם תאומים (אב״ד בוצ׳ץ׳), גליציה, 1814־1868
חסדי דוד – ר׳ דוד פרדו, איטליה - ארץ ישראל, 1718־1790
חקקי לב, שו״ת – ר׳ חיים פלג׳י, תורכיה, 1788־1869

חקרי לב, שו"ת – ר' רפאל יוסף חזן (אב"ד איזמיר), טורקיה, 1741־1820
חתם סופר, שו"ת – ר' משה סופר (שרייבר), גרמניה - הונגריה, 1762־1839

ט"ז (טורי זהב) – ר' דוד בר' שמואל הלוי, פולין, נפטר ב־1667
טבעת החושן – ר' חיים פנחס שיינברג, ירושלים, בן זמננו
טור – ר' יעקב בר' אשר, ספרד, המאה ה־14 (בנו של הרא"ש)

יביע אומר, שו"ת – ר' עובדיה יוסף, עיראק - ארץ ישראל, בן זמננו (נולד ב־1920)
ר' יהונתן מלוניל – פרובנס, המאות ה־12־13
ר' יוסף בן עזרא – שלוניקי - סופיה, נפטר ב־1605
ים של שלמה – ר' שלמה בר' יחיאל לוריא (מהרש"ל), פולין, 1510־1574
ישכיל עבדי, שו"ת – ר' עבדיה הדאיה, ישראל, 1893־1969

כנסת הגדולה – ר' חיים בר' ישראל בנבנשת, טורקיה, 1603־1673
כסף הקדשים – ר' אבהרם דוד בר' אשר אנשל ווהרמן מבוצ'ץ', גליציה, 1771־1840
כסף משנה – ר' יוסף קארו (ראה שולחן ערוך)
כרם שלמה, שו"ת – ר' שלמה בר' יוסף אמרליו, טורקיה, 1645־1721

לבוש עיר שושן – ר' מרדכי בר' אברהם יפה, פולין, 1530־1612 (תלמיד המהרש"ל והרמ"א)
לחם משנה – ר' אברהם בר' משה די בוטון, שלוניקי, 1545־1588 (תלמיד מהרשד"ם)

מאירי (ראה בית הבחירה)
מבי"ט, שו"ת – ר' משה בר' יוסף טראני, טורקיה - ארץ ישראל, 1500־1580
מבית מאיר, שו"ת – ר' מאיר בר' אברהם סטלביץ, פולין - ירושלים, 1870־1949
מגיד משנה – ר' וידאל די טולושא, ספרד, המאה ה־14
מגן אברהם – ר' אברהם אבלי בר' חיים הלוי (גומבינר), פולין - ליטא, 1637־1683
מגן האלף – ר' אריה ליב בר' משה צונץ, פולין (פלאצק), נפטר ב־1833
מהר"א ששון (ראה שו"ת תורת אמת)
מהר"ח אור זרוע, שו"ת – ר' חיים בר' יצחק אור זרוע, אשכנז, המאה ה־13
מהר"י בן לב, שו"ת – ר' יוסף בר' דוד ן' לב, טורקיה, 1505־1580
מהר"י וייל, שו"ת – ר' יעקב בר' יהודה וויל (מהרי"ו), גרמניה, המאה ה־15
מהר"ם מפאדווה, שו"ת – ר' מאיר בר' יצחק קצנלנבוגן, פולין - איטליה, 1473־1565
מהר"ם מרוטנבורג, שו"ת – ר' מאיר בר' ברוך מרוטנבורג, גרמניה, 1215־1293 (מאחרוני בעלי התוספות)
מהר"ם שי"ף – ר' מאיר בר' יעקב הכהן שיף, גרמניה, 1605־1641
מהר"ש הלוי, שו"ת – ר' שלמה בר' יצחק הלוי, שלוניקי, 1532־1600
מהר"ש ענגל, שו"ת – ר' שמאול ענגיל (אב"ד ראדאמישלא), פולין, 1853־1935
מהרי"א הלוי, שו"ת – ר' יצחק אהרן בר' מרדכי זאב (אב"ד לבוב), פולין, 1827־1891
מהרי"ח – ר' יחזקיהו בר' יעקב ממאגדיבורג, אשכנז, המאה ה־13 (מאחרוני בעלי התוספות)
מהרי"ט, שו"ת – ר' יוסף בר' משה טראני, ארץ ישראל - טורקיה, 1568־1639
מהרי"ל דיסקין, שו"ת – ר' משה יהושע יהודה ליב דיסקין (הרב מבריסק), ליטא - ארץ ישראל, 1816־1877
מהרי"ק, שו"ת – ר' יוסף בר' שלמה קולון, איטליה, 1420־1480
מהריט"ץ, שו"ת – ר' יום טוב בר' משה צהלון, ארץ ישראל, 1559־1638
מהרש"א – ר' שמואל בר' יהודה הלוי אידלס, פולין, 1555־1631
מהרש"ך, שו"ת – ר' שלמה בר' אברהם הכהן, טורקיה, 1520־1601
מהרש"ל, שו"ת – ר' שלמה לוריא (ראה ים של שלמה)

מהרש״ם, שו״ת – ר׳ שלום מרדכי הכהן שבדרון, גליציה, 1835־1911
מהרשד״ם, שו״ת – ר׳ שמואל בר׳ משה די מדינה, טורקיה (רב בשלוניקי), 1506־1589
מחנה אפרים – ר׳ אפרים בר׳ אהרן נבון, טורקיה, 1677־1735
מחצית השקל – ר׳ שמואל בר׳ נתן הלוי קעלין, פולין, נפטר ב־1807
מטה אהרן – ר׳ אהרן הלוי, טורקיה - ארץ ישראל, נפטר ב־1814
מים עמוקים, שו״ת – ר׳ אליהו בר׳ חיים (ראה ראנ״ח)
מכתם לדוד, שו״ת – ר׳ דוד פרדו (ראה חסדי דוד)
מלאכת שלמה, שו״ת – ר׳ שלמה בר׳ נסים יוסף דוד קמחי, קושטא - חברון, 1820־1893
מנחת חינוך – ר׳ יוסף באב״ד (ר״ת: בן־אב־בית־דין), גליציה (טרנופול), 1800־1875
מנחת יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק יעקב וייס, מזרח אירופה - אנגליה - ארץ ישראל, 1902־1989
מנחת פתים – ר׳ מאיר אריק (ראה אמרי יושר)
מעיל שמואל, שו״ת – ר׳ חיים שמואל פלורינטין, שלוניקי, נפטר ב־1719
מעשה אברהם, שו״ת – ר׳ נסים אברהם בר׳ רפאל אשכנזי, טורקיה (דיין באיזמיר), 1790־1860
מעשה בצלאל – ר׳ משה בצלאל בר׳ שרגא פייבוש לוריא (אב״ד סייני), 1834־1914
מעשה רוקח – ר׳ מסעוד חי רקח (אב״ד טריפולי), טורקיה וצפון אפריקה, 1689־1768
מצפה שמואל – ר׳ שמואל אביגדור תוספאה, ליטא, 1806־1866
מקום שמואל, שו״ת – ר׳ שמואל בר׳ אלקנה אשכנזי, גרמניה, נפטר ב־1700
מקור חיים – ר׳ יעקב מליסא (ראה נתיבות המשפט)
מראה הפנים – ר׳ משה מרגליות (תוספות לפירושו ״פני משה״)
מרדכי – ר׳ מרדכי בר׳ הלל הכהן, אשכנז, נהרג על קידוש ד׳ ב־1298
מרכבת המשנה – ר׳ שלמה בר׳ משה (אב״ד חלמא), פולין, 1717־1781
משאת משה, שו״ת – ר׳ משה ישראל איש ירושלים, רודוס - מצרים, 1748־1681
ר׳ משה מרוטנבורג, שו״ת – פולין - גרמניה, נפטר ב־1712
משובב נתיבות – תגובות בעל ״קצות החושן״ להשגותיו של בעל ״נתיבות המשפט״
משכנות הרועים – ר׳ עוזיאל אלחייאך, תוניסיה, 1740־1818
משנה למלך – ר׳ יהודה רוזאניס, קושטא, המאות ה־17־18
משנת יעב״ץ – ר׳ יעקב בצלאל ז׳ולטי, ירושלים, 1920־1982
משפט צדק, שו״ת – ר׳ מאיר בר׳ שם טוב מלמד, טורקיה, נפטר ב־1620
משפטים ישרים, שו״ת – ר׳ רפאל בר׳ מרדכי בירדוגו, מרוקו (מקנס), 1747־1821

נודע ביהודה, שו״ת – ר׳ יחזקאל בר׳ יהודה לנדא, בוהמיה (פראג), 1713־1793
נזר הקודש, שו״ת – ר׳ משה בר׳ יהודה ליב ראזין (חלק שני של שו״ת שאילת משה)
נחלת צבי – השלמות של בעל ״פתחי תשובה״
נטעי נעמנים, שו״ת – ר׳ יצחק איזיק בר׳ אהרן רבנוביץ (ראה עטרת יצחק)
נימוקי יוסף – ר׳ יוסף חביבא, ספרד, המאה ה־15
ר׳ נסים גאון – ר׳ נסים בר ר׳ יעקב, תוניסיה (קירואן), 990־1062
נפש חיה – ר׳ משה בצלאל בר׳ שרגא פייבוש לוריא (ראה מעשה בצלאל)
נקודות הכסף – תגובות הש״ך להשגות הט״ז
נתיבות המשפט – ר׳ יעקב בר׳ משה יעקב לורברבוים מליסא, פולין, 1760־1832

סמ״ע (ספר מאירת עיניים) – ר׳ יהושע פלק כ״ץ, פולין, נפטר ב־1614
ספר העיטור – ר׳ יצחק בר׳ אבא מרי ממרשיליא, פרובנס, המאה ה־12
ספר השטרות – ר׳ יהודה בר׳ ברזילי הברצלוני, ספרד, המאה ה־12
ספר התרומה – ר׳ ברוך בר׳ יצחק מוורמייזא (וורמס), אשכנז, המאה ה־13
ספר מישרים (ראה רבנו ירוחם)
ספר תולדות אדם וחוה (ראה רבנו ירוחם)

עבודת הגרשוני, שו"ת – ר' גרשון אשכנזי, אשכנז, נפטר ב־1693
עדות ביהוסף, שו"ת – ר' יוסף אלמושנינו (אב"ד בלגרד), טורקיה - הונגריה, 1643־1689
עדות ביעקב, שו"ת – ר' יעקב די בוטון, טורקיה, המאה ה־17
ר' עובדיה מברטנורא – ר' עובדיה מברטינורו, איטליה - ארץ ישראל, המאה ה־15
עונג יום טוב, שו"ת – ר' רפאל יום טוב ליפמן הלפרין (אב"ד ביאליסטוק), פולין, 1816־1879
עטרת יצחק, שו"ת – ר' יצחק איזיק בר' אהרן רבנוביץ, ליטא, 1785־1853
עין משפט, שו"ת – ר' אברהם בר' יוסף הלוי, שלוניקי, 1590־1620
עמודי אור, שו"ת – ר' יחיאל בר' אהרן העליר (אב"ד סוואלק), ליטא, 1814־1863
ר' עקיבא איגר – גרמניה, 1761־1837
ערוך – ר' נתן בר' יחיאל מרומי, איטליה, 1035־1110
ערוך השולחן – ר' יחיאל מיכל בר' אהרן הלוי אפשטיין, פולין, 1829־1908
ערך ש"י – ר' שלמה יהודה בר' פסח טבק, הונגריה, נפטר ב־1907

פלפולא חריפתא – ר' יום טוב ליפמן הלר, פולין, 1579־1654
פני משה – ר' משה מרגליות, ליטא, 1710־1780
פני משה, שו"ת – ר' משה בר' נסים בנבנשת, קושטא, 1606־1677
פעמוני זהב – ר' רפאל בר' מרדכי אנקווא (אב"ד רבט), מרוקו, 1848־1935
פרח מטה אהרן, שו"ת – ר' אהרן בר' חיים אברהם הכהן פרחיא, טורקיה, 1627־1697
פרי תבואה, שו"ת – ר' יהודה ליב מרגליות, גליציה - גרמניה, 1747־1811
פרישה – ר' יהושע פלק כ"ץ (ראה סמ"ע)
פתחי חושן – ר' יעקב ישעיה בלוי, ירושלים, בן זמננו
פתחי תשובה – ר' אברהם צבי הירש בר' יעקב אייזנשטאט, פולין - ליטא, 1813־1868

צדק ומשפט – ר' משה בר' רפאל פרדו, מצרים, נפטר ב־1888
ציץ אליעזר, שו"ת – ר' אליעזר יהודה ולדנברג, ישראל, בן זמננו (נולד ב־1917)
צמח צדק, שו"ת – ר' מנחם מנדל בר' שלום שכנא, רוסיה (ליובביטש), 1790־1866

קהלות יעקב – ר' ישראל יעקב קנייבסקי (מכונה הסטייפלר), ישראל, 1899־1985
קובץ הערות – ר' אלחנן בונים וסרמן, ליטא, 1875־1941
קול אליהו, שו"ת – ר' אליהו בר' משה ישראל, מצרים, 1710־1784
קונטרס הספקות – ר' יהודה הכהן (אב"ד סיגט), פולין - הונגריה, המאות ה־18־19
קונטרס הראיות – ר' ישעיה בר' אליהו מטראני (מכונה ריא"ז = ר' ישעיה אחרון ז"ל), איטליה, סוף המאה ה־13
קנין תורה, שו"ת – ר' אברהם דוד הורוביץ, פולין - צרפת - ארץ ישראל, בן זמננו
קצות החושן – ר' אריה ליב בר' יוסף הכהן, ליטא, 1745־1813
קרבן העדה – ר' דוד פרנקל, גרמניה (רבה של ברלין), 1707־1762

ר"י – ר' יצחק בר' שמואל, צרפת, המאה ה־12 (מגדולי בעלי התוספות)
ר"ן – ר' נסים בר' ראובן גירונדי, ספרד (ברצלונה), 1320־1380
ר"ש משאנץ – ר' שמשון בר' אברהם משאנץ (מכונה גם רשב"א), צרפת, המאות ה־12־13 (מגדולי בעלי התוספות)
ר"ת (רבנו תם) – ר' יעקב בר' מאיר, צרפת, 1100־1171 (גדול בעלי התוספות. נכדו של רש"י)
רא"ה – ר' אהרן בר' יוסף הלוי, ספרד, 1235־1300
רא"ש – רבנו אשר בר' יחיאל, אשכנז - ספרד, המאה ה־13
ראב"ד – ר' אברהם בר' דוד מפוסקיר, פרובנס, המאה ה־12
ראב"ן – ר' אליעזר בר' נתן, אשכנז, המאה ה־12
ראנ"ח, שו"ת – ר' אליהו בר' חיים, רבה של קושטא, 1530־1610

ראשי בשמים, שו"ת – ר' משה יואל הכהן גוריון (אב"ד אניקסט), ליטא, המאה ה־19
רבנו אשר מלוניל – פרובנס, המאה ה־12
רבנו חיים כהן, שו"ת – ר' חיים בר' שמחה הכהן רפפורט, פולין (רב בלבוב), נפטר ב־1771
רבנו חננאל – רבנו חננאל בר' חושיאל, תוניסיה (קירואן), נפטר ב־1056
רבנו ירוחם – רבנו ירוחם בר' משולם, פרובנס - ספרד, המאה ה־14
רבנו תם (ראה ר"ת)
רדב"ז – ר' דוד בר' שלמה ן' זמרה, ספרד - מצרים - ארץ ישראל, 1479־1573
הרי בשמים, שו"ת – ר' אריה ליבש הלוי איש הורוביץ (אב"ד סטרי), גליציה, 1847־1909
רי"ף – ר' יצחק אלפסי, צפון אפריקה וספרד, המאה ה־11
ריא"ז (ראה קונטרס הראיות)
ריב"א (ראה ריצב"א)
ריב"ם – ר' יצחק בר' מאיר, צרפת, המאה ה־12 (מבעלי התוספות. נכדו של רש"י)
ריב"ן – ר' יהודה בר' נתן, צרפת, המאות ה־11־12 (מראשוני בעלי התוספות. חתנו של רש"י)
ריב"ש, שו"ת – ר' יצחק בר ששת פרפת, ספרד - אלג'יר, 1326־1408
ריטב"א – ר' יום טוב בר' אברהם ן' אשבילי, ספרד (סביליה), המאות ה־13־14
ריצב"א – ר' יצחק בר' אברהם (מכונה גם ריב"א), צרפת, המאה ה־12 (מבעלי התוספות. אחיו של הר"ש משאנץ)
רמ"א – ר' משה בר' ישראל איסרליש, פולין, 1525־1572
רמ"ה – ר' מאיר בר' טודרוס הלוי אבולעפיה, ספרד, 1170־1244
רמ"ך – ר' משה הכהן מלוניל, פרובנס, המאה ה־12
רמ"ץ, שו"ת – ר' מאיר צבי וויטמאיר (אב"ד סאמבור), גליציה, 1798־1873
רמב"ם – ר' משה בן מיימון, ספרד ומצרים, 1135־1204
רמב"ן – ר' משה בן נחמן, ספרד, 1194־1270
רש"י – ר' שלמה יצחקי, צרפת, 1040־1105
רש"ך (ראה מהרש"ך)
רש"ש – ר' שמואל שטרשון, ליטא, 1794־1872
רשב"א – ר' שלמה בן אדרת, ספרד, המאה ה־13
רשב"ם – ר' שמואל בר' מאיר, צרפת, 1080־1158 (מגדולי בעלי התוספות. נכדו של רש"י)
רשב"ש, שו"ת – ר' שלמה בר' שמעון דורן, אלג'יר, 1400־1467

ש"י למורא, שו"ת – ר' שבתי יונה, טורקיה, נפטר ב־1652
ש"ך (שפתי כהן) – ר' שבתי בר' מאיר הכהן, ליטה - מורביה, 1621־1662
שאילות משה, שו"ת – ר' משה בר' יהודה ליב ראזין, פולין - ארה"ב, 1877־1957
שאילת שלום, שו"ת – ר' שלום טויבש (אב"ד בוטושאני), גליציה - רומניה, 1825־1889
שב יעקב, שו"ת – ר' יעקב בר' בנימין כ"ץ (אב"ד פרנקפורט), בוהמיה - גרמניה, נפטר ב־1740
שבות יעקב, שו"ת – ר' יעקב בר' יוסף רישר, בוהמיה - גרמניה, 1670־1733
שואל ומשיב, שו"ת – ר' יוסף שאול נתנזון, פולין, 1810־1875
שולחן ערוך – ר' יוסף קארו, ספרד - תורכיה - ארץ ישראל (צפת), 1488־1575
שולחן ערוך הרב – ר' שניאור זלמן מלאדי (האדמו"ר הראשון מחב"ד), רוסיה, 1745־1813
שיטה מקובצת – ר' בצלאל אשכנזי, טורקיה, 1520־1591
שיירי קרבן – ר' דוד פרנקל (תוספות לפירושו "קרבן העדה")
שלטי הגיבורים – ר' יהושע בועז, איטליה, המאה ה־16
שמחת יום טוב, שו"ת – ר' ישראל יעקב אלגאזי, תורכיה - ארץ ישראל, 1727־1802
שמן רקח, שו"ת – ר' אליעזר בר' אריה ליב (אב"ד פילץ), פולין - הונגריה, 1758־1837
שער אפרים, שו"ת – ר' אפרים בר' יעקב הכהן, ליטא - הונגריה, 1616־1678
שער משפט – ר' ישראל איסר בר' זאב וולף, אוקרינה, נפטר ב־1829
שערי תבונה – ר' ישראל יעקב קנייבסקי (ראה קהלות יעקב)

שפת אמת – ר׳ יהודה אריה ליב אלטר, פולין, 1847־1905

תומים (ראה אורים ותומים)
תוספות יום טוב – ר׳ יום טוב ליפמן הלר (ראה פלפולא חריפתא)
תוספות רבנו אלחנן – ר׳ אלחנן בנו של ר׳ יצחק הזקן, צרפת, המאה ה־12 (מבעלי התוספות)
תוספות רבנו פרץ – ר׳ פרץ בר׳ אליהו, צרפת, נפטר ב־1300 (מאחרוני בעלי התוספות)
תוספות שאנץ (ראה ר״ש משאנץ)
תורה תמימה – ר׳ ברוך הלוי אפשטיין, רוסיה - ארה״ב, 1860־1941
תורת אמת, שו״ת – ר׳ אהרן בר׳ יוסף ששון, תורכיה, 1550־1626
תורת חיים, שו״ת – ר׳ חיים שבתי, טורקיה (רב בשלוניקי), 1557־1647
תורת חסד, שו״ת – ר׳ חסדאי הכהן פרחיא, טורקיה, המאה ה־17
תפארת צבי – ר׳ צדוק הכהן מלובלין, פולין, 1823־1900
תרומת הדשן, שו״ת – ר׳ ישראל איסרלין, אשכנז, 1390־1460
תרומת הכרי – ר׳ יהודה בר׳ יוסף הכהן (ראה קונטרס הספקות)
תשובות מיימוניות (ראה הגהות מיימוניות)
תשורת ש״י, שו״ת – ר׳ שלמה יהודה בר׳ פסח טבק (ראה ערך ש״י)

חוק השכירות והשאילה, התשל"א־1971

פרק א: שכירות

סימן א: הוראות כלליות

מהות השכירות

1. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן — דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

תחולה

2. (א) הוראות פרק זה יחולו על שכירות של מקרקעין ושל מיטלטלין, ובשינויים המחוייבים — גם על שכירות של זכויות.

(ב) הוראות פרק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על שכירות־משנה.

(ג) הוראות פרק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

פרטים שלא נקבעו בהסכם

3. פרטים של חוזה שכירות שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעיסקאות קודמות שביניהם, ובאין נוהג כזה — לפי הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעיסקאות מאותו סוג.

תום לב

4. חיוב הנובע מחוזה שכירות יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה.

סימן ב: חיובי המשכיר

המסירה, מועדה ומקומה

5. (א) המשכיר חייב למסור את המושכר לשוכר בהעמדת המושכר לרשותו.

(ב) הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית, רשאי המשכיר לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה; לא הוסכם על מועד המסירה, תהא המסירה זמן סביר לאחר כריתת החוזה; במקרים אלה על המשכיר להודיע לשוכר זמן סביר מראש על מועד המסירה.

(ג) המסירה תהא במקום שבו נמצא המושכר בזמן כריתת החוזה.

אי־התאמה

6. המשכיר לא קיים את חיוביו אם מסר לשוכר נכס שבזמן המסירה לא

התאים מבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו או מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים (להלן — אי־התאמה); אולם אין השוכר זכאי להסתמך על אי־התאמה בכל אחת מאלה:

(1) הוא ידע עליה בעת כריתת החוזה;

(2) הוא לא הודיע עליה למשכיר זמן סביר לאחר שגילה אותה או, אם הודיע כאמור, לא נתן למשכיר הזדמנות נאותה לבדוק את המושכר; פיסקה זו לא תחול אם ידע המשכיר על אי־ההתאמה.

חובת תיקון המושכר

7. (א) המשכיר חייב, תוך זמן סביר לאחר שקיבל דרישה לכך מאת השוכר, לתקן במושכר, או בנכס שברשותו המשמש את המושכר, כל דבר השולל או המגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות (להלן — פגם), בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן, זולת פגם שהשוכר אחראי לו לפי חוק השומרים, התשכ"ז־1967, או שתיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר.

(ב) היה הנכס המושכר מיטלטלין ובשביל השוכר לא נודעת משמעות לזהותו, רשאי המשכיר לקיים את חיובו לפי סעיף זה בדרך של החלפת הנכס בנכס אחר; הוצאות ההחלפה יחולו על המשכיר.

העלמה של אי־התאמה או פגם

8. היו אי־התאמת המושכר או הפגם נובעים מעובדות שהמשכיר ידע או שהיה עליו לדעת עליהן בעת כריתת החוזה ולא גילה אותן לשוכר, זכאי השוכר לזכויות לפי סעיפים 6 ו־7 על אף האמור בכל הסכם.

תרופות בשל אי־תיקון

9. (א) לא תיקן המשכיר את הפגם תוך זמן סביר לאחר שקיבל על כך דרישה מאת השוכר, רשאי השוכר —

(1) לתקן את הפגם ולדרוש מהמשכיר החזרת הוצאותיו הסבירות;

(2) להפחית את דמי השכירות, כל עוד לא תוקן הפגם, לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם לעומת שוויה לפי החוזה.

(ב) רצה השוכר לתקן את הפגם, עליו להודיע על כך בכתב למשכיר זמן סביר מראש.

(ג) פגם שתיקונו דחוף עד שאין לדרוש מן השוכר שימתין לתיקונו בידי המשכיר, רשאי השוכר לתקנו כאמור בסעיף קטן (א)(1) בלי דרישה לפי סעיף 7(א) או הודעה לפי סעיף קטן (ב).

פגם שאין לדרוש תיקונו

10. היה הפגם תוצאה מנסיבות שבעת כריתת החוזה לא ידע עליהן המשכיר ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, ותיקון הפגם באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שהיה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים — לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון, לפיצויים או להחזרת הוצאות כאמור בסעיף 9(א)(1).

שימוש ללא הפרעה

11. המשכיר חייב לאפשר לשוכר להשתמש במושכר במשך תקופת השכירות לפי המוסכם בין הצדדים ללא הפרעה מצדו או מטעמו.

סימן ג: חיובי השוכר

חובת קבלת המושכר

12. השוכר חייב לקבל את המושכר להחזקתו במועד ובמקום כאמור בסעיף 5.

דמי השכירות

13. (א) השוכר חייב לשלם למשכיר את דמי השכירות.

(ב) לא הוסכם על שיעור דמי השכירות או על דרך קביעתם, ישולמו דמי שכירות שהיו ראויים להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה.

מועד התשלום ומקומו

14. (א) נקבעו דמי השכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות ישולמו, בשכירות מקרקעין — בראשית כל תקופה, ובשכירות אחרת — בסוף כל תקופה.

(ב) דמי השכירות ישולמו, באחת הדרכים המקובלות, במקום עסקו של המשכיר, ובאין לו מקום עסק — במקום מגוריו.

פטור מחובת תשלום

15. (א) היה הנכס המושכר מקרקעין ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך, פטור הוא מתשלום דמי השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע כאמור; המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר בנסיבות הענין, לבטל את החוזה, זולת אם הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי השכירות.

(ב) הפטור האמור יחול רק אם בעת כריתת החוזה לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען.

שימוש במושכר

16. השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם; אולם אם שמוש זה לא הותנה כשמוש ייחודי, רשאי הוא להשתמש במושכר שמוש אחר, ובלבד שלא יהיה בו משום פגיעה במושכר או הכבדה על המשכיר יותר מאשר לפי המוסכם.

בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר

17. השוכר חייב לאפשר למשכיר, בכל עת סבירה, לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים, ובלבד שהמשכיר יודיע לו על כך זמן סביר מראש וימעיט ככל האפשר בהפרעה לשוכר.

סימן ד: תקופת השכירות

תחילת השכירות

18. תקופת השכירות תתחיל עם מסירת המושכר לשוכר.

סיום השכירות

19. (א) לא הוסכם על תקופת השכירות, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר

תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השכירות על ידי מתן הודעה לצד השני.

(ב) ניתנה הודעה כאמור בסעיף קטן (א), תסתיים השכירות —

(1) כשנקבעו דמי השכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות — בתום התקופה המתחילה בסמוך לאחר מתן ההודעה, או כעבור שלושה חדשים לאחר מתן ההודעה, הכל לפי המועד הקצר יותר;

(2) בכל מקרה אחר — במועד שנקבע לכך בהודעה, ואם מועד זה היה בלתי סביר — תוך זמן סביר לאחר מתן ההודעה.

החזרת המושכר

20. (א) בתום השכירות חייב השוכר להחזיר למשכיר את המושכר והמשכיר חייב לקבלו.

(ב) בשכירות מקרקעין יוחזר המושכר כשהוא פנוי.

(ג) בשכירות מיטלטלין יוחזר המושכר במקום שבו נמסר לשוכר.

סימן ה: הוראות שונות

העברת המושכר

21. המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר; עשה כן, יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר בכל הנוגע לחוזה השכירות, אולם כל עוד לא נתן המשכיר לשוכר הודעה על ההעברה או לא נודע לשוכר עליה ממקום אחר — מופטר השוכר בתשלום דמי השכירות וקיום שאר חיוביו למשכיר.

העברת השכירות

22. השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות־משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעיסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה —

(1) בשכירות מקרקעין — רשאי השוכר לעשות את העיסקה בלי הסכמתו של המשכיר;

(2) בכל שכירות — רשאי בית המשפט להרשות את העיסקה בתנאים שייראו לו; ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות.

תרופות כלליות בשל הפרת חוזה

23. התרופות הנתונות לצדדים לפי פרק זה באות להוסיף על הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א־1970, ולא לגרוע מהן.

תחולת חוק השומרים, תשכ"ז־1967

24. לענין חוק השומרים, תשכ"ז־1967, יראו שוכר כשומר שכר שהמטרה של שמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו.

קיזוז

25. חובות שהצדדים חבים זה לזה עקב השכירות ניתנים לקיזוז.

פרק ב: שאילה

מהות השאילה

26. שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.

תחולת סעיפים

27. הוראות סעיפים 2 עד 5, 11, 12, 17, 18, 20, 21 ו־25 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על שאילה.

שלילת תרופות

28. (א) על אי־התאמת המושאל יחולו הוראות סעיף 6, אולם היא לא תשמש עילה לפיצויים, אלא אם ידע עליה המשאיל בעת כריתת החוזה והשואל לא ידע עליה.

(ב) הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה.

סיום השאילה

29. (א) המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל, והוא רשאי לסיים את השאילה בתוך תקופתה אם מת השואל או אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו, והכל בהודעה לשואל זמן סביר מראש.

(ב) לא הוסכם על תקופת השאילה, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש.

העברת השאילה

30. השואל אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושאל או להשאילו בהשאלת־משנה, אלא בהסכמת המשאיל.

פרק ג: שונות

שימוש בלי החזקה

31. הוראות פרק א' יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על זכות שהוקנתה בתמורה להשתמש בנכס שאין עמה הזכות להחזיק בו, והוראות פרק ב' יחולו, בשינויים המחוייבים, על זכות כאמור שהוקנתה שלא בתמורה.

ביטול

32. הספר השני של המג'לה, במידה שהוא מתייחס לשכירות נכסים — בטל.

תיקון חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969

33. בחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969 —

(1) בסעיף 3, במקום "תמורת דמי שכירות" יבוא "בתמורה";

(2) סעיף 82 — בטל;

(3) בסעיף 3, המלים "פרט לסעיף 82" — יימחקו.

תחילה והוראות מעבר

34. תחילתו של חוק זה מיום י"ד בטבת תשל"ב (1 בינואר 1972); על עיסקה שנעשתה לפני תחילתו של חוק זה יוסיף לחול הדין הקודם.