

ערעור אזרחי מס' 208/51

א. הקר, ק. צ. טייכנר ו"אריזונה" בע"מ נגד שינה ברש ופרל לוסמן

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
[15.2.54, 15.3.54, 4.6.54]

לפני מ"מ הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ברנזון

א

מגילה, סעיפים 587, 590, 113, 444, 445, 447, 405, 252 — פקודת ההגבלות על שכר-דירה (בתי-עסק), 1941 [תוס"א 1086, ע' 15], סעיף 4 — פקודת העברת קרקעות [חא"י, פרק טא] — פקודת הבנקים לאשראי, 1922 [חא"י, פרק כט], סעיף 3(1) — פקודת חוק הקרקעות (תיקון), 1933 [חא"י, פרק עח], סעיף 9 — דבר המלך במועצה, 1922 [חא"י, כרך ג, ע' 2738], סימן 46 — פקודת החוב (העברה) [חא"י, פרק מז], סעיף 4

ב

הגיתנת שכירות חוזית להעברה שלא בהסכמת המשכיר — האם חוזה שכירות, וביחוד חוזה שכירות מקרקעים, הוא "חוזה הפצא" או "חוזה גברא".

ג

זכות גברא, או זכות אישית, מקורה געוץ ביחסים שנוצרו על-פי חוזה או על-פי דין, בין אותו תובע לבין אותו נתבע מסויים, היא פועלת כלפיו וכלפיו בלבד — זכות הפצא, או זכות ריאלית, שוכנת כביכול בתוך החפץ גופו, וממלא היא פועלת כלפי כל מי שבא לחזוק את רגלי הזכות, ואין איש יכול לומר לתובע: לאו בעל דברים דידי את — במהלך התפתחותו המציאותית של המשפט נוצרו מוסדות משפטיים שונים, המאחדים בקרבם יסודות פרסונליים ויסודות ריאליים כאחד — הסימנים המרמזים לכאורה על האופי החטאי של שכירות מקרקעים הם: — א) המבלה קובעת בסעיף 590 ש"מכר אינו דוחה שכירות" — פירושו של דבר הוא, שהשוכר רשאי להמשיך, או אפילו להתחיל, בהחזקת המושכר והפקת ההגאה ממנו, למרות מה שהמתקשר אתו, המשכיר, כבר חזל להיות בעל הדבר —

ד

ב) סימני הפציות בשכירות מקרקעים מצויים בהוראות החוק, המאפשרות, ובמקרים מסויימים אף מחייבות, רישום השכירות בספרי האחוזה, וכן שעבודה על-ידי רישום משכנתה על זכות השכירות לטובת מוסד כספי או אף לטובת הפרט — נראה, כי השכירות אינה לא חוזה אישי טהור ולא עיסקה הפצית טהורה, אלא אחד מ"יצורי הכלאיים" שבין המוסדות המשפטיים — בכל אופן, אין היסודות החסדיים שבה גוררים אחריהם את היתר העברת השכירות — סקר שיטות משפט שונות ועמדתן לגבי הפציות של חוזה השכירות ואפשרות העברתו — במשפט הרומאי, השכירות אינה הפצית, והמכר דוחה שכירות — יש להניח שהשוכר אינו רשאי להעביר את חוזה השכירות — במשפט הצרפתי, חוזה השכירות, לרבות שכירות מקרקעים, הוא תוזה פרסונלי ואינו מקנה לשוכר זכות הפצית במושכר — למרות זאת קובע הקודם האזרחי הצרפתי במפורש, כי השוכר רשאי להשכיר בשכירות משנה, ואפילו להעביר את השכירות לאחר, אם הדבר לא נאסר עליו — במשפט הגרמני, לדעת הרוב המכריע של המלומדים

ה

וכן לדעת הרייכסגרייכט, אפיה המשפטי של השכירות הוא פרסונלי ולא הפצית ואפילו בשכירות מקרקעים — גם הסכם לרשום את זכות השכירות או החכירה בספרי האחוזה, אינו עושה אותה לזכות הפצית — עם זאת, אם הקרקע, אחרי מסירתה לשוכר, הועברה על-ידי המשכיר לאחר, הרי גם היחס ההדדי האיבליגטורי שבשכירות עובר, בניירת החוק, לקונה עם הזכויות והחובות המסתעפות ממנו בעתיד — במשפט השווייצרי מוגדרת השכירות במפורש כ"זכות פרסונלית", אך מחדר ל"העיר עליה" ב"לוח הקרקעות" כאשר ישנו כחוק הוראה מפורשת על כך — במשפט הפרוסי הישן נחשבת השכירות לזכות הפצית, אולם החוק קובע, כי אין השוכר רשאי להשכיר את המושכר לאחר — ואם להשכיר אינו רשאי, להעביר לא כל שכן — במשפט האנגלי, זכות השכירות במקרקעים, הקרויה

ו

leasehold היא זכות חפצית — אם השוכר אינו irrevocable licensee, או tenant at will או tenant at sufferance אלא שוכר ממש, יכול הוא להעביר את השכירות לאחר, בלתי אם נאסר עליו הדבר בחוזה שבנינו לבין המשכיר — אך גם לאחר ההעברה נשאר השוכר אחראי כלפי המשכיר מכוח „החוזה המפורש“ שבניהם, לכל החובות הנובעות מחוזה השכירות, ובכללן תשלום דמי־השכירות — במשפט העברי, השכירות היא עיסקה חפצית, בין במקרקעים ובין במטלטלים — גם בדיני ישראל „מכר אינו דוחה שכירות“ — השוכר בית לזמן קצוב, רשאי להשכירו לאחר עד סוף זמנו, בתנאי שלא יהיה מנין בני הבית האחר רב מבני ביתו — אין השוכר רשאי להעביר את השכירות לאחר — סקר השיטות המשפטיות הנ"ל בא ללמדנו : — א) כי כל אותם „אבמורים“ החפציים המצור יים, זעיר מה זעיר שם, במוסד השכירות, עדיין אין בהם לשווח למוסד זה אופי חפצי — ב) כי אין תלות הודית, הכרחית, בין החפציות של חוזה השכירות לבין התרת העברת השכירות לא בכיוון האחד ולא בכיוון ההפוך — כלומר לא החפציות הודאית גוררת אחריה, מהכרח, את התרת ההעברה, ולא ההרת ההעברה, אפילו על־פי חוק מפורש, מעידה בהכרח על קיום החפציות — אף השכירות של המשפט האי איננה עיסקה חפצית, ועל כל סוגים, ובכל אופן, אין שום רגלים לדבר, כי המשפט האי מתיר את העברת השכירות ללא הסכמת המשכיר — השכירות האי היא מאותם „יצורי הכלאים“ המשפטיים שיש בהם מהיסוד האישי ומהיסוד החפצי כאחד — לפי מהותה היסודית מהווה השכירות מערכת של יחסים הדדיים אישיים בין שוכר מסוים לבין משכיר מסוים — אלא שמטעמים מעשיים, כדי לספק את הצרכים החיוניים של הצדדים, העניק החוק לשכירות אי אלה יסודות צדדיים המצויים כרגיל אצל העיסקות החפציות — לפי תורת השכירות הארצישראלית אין השוכר רשאי להעביר לאחר את חוזה השכירות בלי הסכמת המשכיר, אלא אם כן הותר הדבר בפירוש בחוזה השכירות — הודאת השוכר, בכתב הגנתו, כי אינו מחזיק עוד במושכרו, מתייכת אותו — במשפט האנגלי תיחנן העברת השכירות (assignment of lease) על־ידי השוכר והתוצאה המשפטית תהיה, שזכויות השוכר תעבורנה כולן למקבל ההעברה, אם כי השוכר לא ישתחרר על־ידי כך מחובותיו החזיות כלפי המשכיר — אך לא תיחנן הרכבה מלאכותית של ענפי assignment of lease האנגלי על הגזע התורכי של המגלה, אף לא דרך הצינור של הסימן 46. לדבר המלך — על כן אין מקום במשפט ארצנו להעברה „חלקית“ כביטול, של הזכויות בלבד, על־פי חוזה השכירות — ספק הוא אם אפשר בכלל „לזווג“ את שכירות המקרקעים האנגלית עם השכירות המקבילה לה באינו שיטה משפטית אחרת שהיא — הלכה רווחת היא במשפט האנגלי, כי, בדרך כלל, טובת ההנאה מתוך חוזה, שאינו אישי ממש, נתונה להעברה מדיני הישור, ומקבל ההעברה יכול לאכסה — המוסד המשפטי של העברת זכויות אינו „בלתי מוסדר“ מכל וכל במשפט האי — ישנן הוראות חוק מפורשות הדנות בנושא זה, כגון פקודת העברת חוב, 1928, המגילה וכו' — מכיון שכך, הרי זוהי סוגיה משפטית שמצאה לה סידור כלשהו, ואפילו בלתי ממצה, ואפילו פגום בפרקי ההלכה המקבילים של „החוק הארצישראלי“ — שוב אין להפעיל כאן את „צינור היכוא“ של סימן 46 לדבר המלך, ודי לו לחוק הארצישראלי, שיפקיע את עצמו במה שיש בו.

פסקי־דין אנגליים שהוזכרו :

- [1] *Errington v. Errington and an.*; (1952), 1 All E.R. 149, 154, 155.
 [2] *Walker's Case*: (1587), 3 Co. Rep. 22a; 76 E.R. 676, 680, 681; sub nom. *Walker v. Harris*, Moore K.B. 351.
 [3] *Barnard v. Goodscall*; (1612), 79 E.R. 264.
 [4] *Auriol v. Mills*: (1790), 4 Term. Rep. 94; 100 E.R. 912; sub nom. *Mills v. Auriol*, 1 Hy. Bl. 433.

- [5] *Betts (J.) & Sons, Ltd. v. Price*; (1924), 40 T.L.R. 589.
- [6] *March v. Brace*: (1614), 2 Bulst. 151; 80 E.R. 1025, 1027; sub nom. *Marsh v. Brace*; Cro. Jac. 334.
- [7] *Kemp and ors. v. Baerselman*; (1906), 2 K.B. 604, 609.
- [8] *Whiteley, Ltd. v. Hilt*; (1918), 2 K.B. 808, 820.
- א [9] *Tolhurst v. The Associated Portland Cement Manufacturers (1900), Limited*; *Tolhurst v. The Associated Portland Cement Manufacturers (1900), Limited and the Imperial Portland Cement Company, Limited*; (1903), A.C. 414, 421.

פסקי-דין קפריסאים שהוזכרו:

- ב [10] *Annou Georghiou Tzapa v. Togli Michael Tzolaki*; (1910), 9 C.L.R. 73, 77, 78.

פסקי-דין ישראליים שהוזכרו:

- ג [11] ע"א 167/47 — בנימין מינקוביץ נגד זלמן פישצנר ואח' ; פסקים, כרך א, תשי"ח/תשי"ט 1948/49, ע' 49, 54.

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים הישראליים שהוזכרו:

- ד [12] ע"א 17/50 — צבי זמל נגד אברהם לגורוביץ ו-4 אח' ; פסקים, כרך ג, תשי"א/תשי"ב 1950-51, תמציות, ע' 33.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> [טו] שו"ע חו"מ סי' ש"ב, סעי' ה, ג, י"ג. [טז] שו"ע חו"מ סי' שס"ז, סעי' א. [יז] פרישה לטור חו"מ, סי' ש"ה. [יח] דרישה לטור חו"מ, סי' ש"ה. [יט] סמ"ע לשו"ע חו"מ, סי' ס"ג, סעי' כ"ג, ס"ק נ"ה. [כ] קצות החושן לשו"ע חו"מ, סי' ס"ג, סעי' כ"ג, ס"ק כ"ז. ו [כא] באר הגולה, חו"מ סי' שס"ז, סעי' א, ס"ק (א). [כב] באר הגולה שם, ס"ק ג. [כג] רמ"א חו"מ, סי' קפ"ט, סעי' א. [כד] שו"ת מהרי"ט צהלין, סי' פ"ט. ז [כה] שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' שס"ז. [כו] תשובות הרשב"ם, חו"מ, סי' תט"ו. [כז] בית יעקב, סי' צ. [כח] בגדי כהונה, סי' ג. | <ul style="list-style-type: none"> [א] כתובות נ"ד ע"ב, תוס', ד"ה אף על פי. [ב] כתובות פ"ה ע"ב. [ג] בבא קמא ע"ט ע"א ד"ע"ב. [ד] בבא מציעא נ"ו ע"ב. [ה] בבא מציעא צ"ט ע"א ד"ע"ב. [ו] בבא מציעא ק"א ע"ב. [ז] ירושלמי ב"מ, סוף פרק השואל. [ח] דמב"ס הלכות מכירה, פרק כ"ג, הלכות א, ת. [ט] דמב"ס הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה. [י] מרדכי ב"מ, פרק האומנין, סי' שני. [יא] משנה למלך לרמב"ם, הלכות מכירה, פרק א, הלכה ח. [יב] נימוקי יוסף, ר"ף ב"מ, פרק השואל. [יג] ר"י על הר"ף כתובות, פרק הכותב. [יד] שו"ע חו"מ סי' ל"ג, סעי' ב. |
|---|---|

השופט זילברג

ערעור על פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בחיפה (השופטים א. שחנע, ד. טובבין, י. שאר), מיום 20.5.51, בתיק צ"א 88/50, לפיו נדחה הערעור על פסק־דינה של שופטת השלום בחיפה, מיום 20.10.50 ב־תי"א 566/49, המחייב את המערערים לפנות את המושכר וסילוק־ידם. הערעור נדחה.

לויצקי ו־גוטמן — בשם המערערים
(ד"ר ארויז הקר, קלמן צבי טייכנר
ומלון „אריזונה בע"מ"); ויגשל ו־ירון — בשם המשיבות

א

פסק־דין

ב

השופט זילברג: נתגלגלה לידינו, בערעור זה, החובה והזכות לחוות את דעתנו על שאלה הנוגעת לעצם אפיו המשפטי של חוזה השכירות. לפלא בעיני ייראה, כי שאלה יסודית מעין זו לא באה על פתרונה המלא כבר לפני עידן ועידנים, וכי עד היום הזה עוד אפשר — או מנסים עדיין — לגלות בה פנים לכאן ולכאן. קיים פסק־דין אחד ישראלי הדן ישירות בשאלה זו, הוא ע"א 17/50 חיפה, פסקים, תמציות פסק־דין מחוזיים ג. ע' 33, 12), אך גם בו נחלקו דעות השופטים, ולא הושגה מסקנה אחידה.

ג

השאלה היא בקיצור נמרץ, אם חוזה השכירות, וביחוד חוזה שכירות מקרקעין, מקנה לשוכר זכות ריאלית — זכות חפצא — בנכס המושכר, או שאינו אלא חוזה אוכלי־גטורי — חוזה גברא — המוליד זכויות וחובות אישיות לגבי שני המתקשרים. שאלה זו, כך טען מר לויצקי לפנינו, תאצול ותשפיע על הברעת השאלה הממשית הניצבה לפנינו בערעור זה, והיא: אם השוכרים, במקרה דנן, זכאים היו להעביר את חוזה השכירות על שם המערערת השלישית.

ד

ה 2. קיצורן של עובדות:

(א) בראשית אפריל, 1946, השכירו שתי המשיבות לשני המערערים הראשונים, למשך שלוש שנים: עד סוף מרס 1949, חלקת אדמה עם הבית אשר עליה, באשדות הרברט סמואל, הר הכרמל, חיפה. מטרת השכירות הייתה: הגהלת בית־מלון, ושמו של המושכר הוסב ל"מלון אריזונה". לא נאמר בחוזה דבר וחצי דבר — לא איסור ולא היתר — לא על העברת חוזה השכירות לאחר, ולא על הנכרת המושכר לאחר, וכולי עלמא לא פליגי, כי אילו רצו השוכרים להשכיר את המושכר, בשכירות־משנה, למישהו, רשאים היו לעשות כן, נוכח ההוראה שנתפרשה בסעיף 587 של המג'לה.

ו

(ב) כעבור כמה שבועות מיום חתימת החוזה הנ"ל, נתאגדה ונרשמה כחוק חברה מגיות בשם „אריזונה בע"מ", ובתחילת 1947 העבירו שני המערערים הראשונים לאותה חברה — היא המערערת השלישית שלפנינו — את כל העסק כולו יחד

ז

השופט זילברג

עם הזכויות והחובות הנובעות מחוזה השכירות הנ"ל. נקוד על "העבירו" לומר לך: לא השכירה בשכירות משנה, אלא העבירו לחברה את השכירות הראשית. מייסדי החברה, ובעלי מניותיה הראשונים, היו שני המערערים גופם, אך זמן קצר לאחר מכן עזב המערער הראשון, ד"ר הקר, את החברה והעסק — ואת ארץ-ישראל — וחלקו הועבר לגיסתו, גב' אירנה טראוטמן, כך שמכאן ואילך לא איתה זהות עוד בין השוכרים המקוריים וחברי החברה.

(ג) הגיע קיצה של תקופת השכירות החוזית, ושני המערערים הראשונים לא הציעו למשיבות דמי שכירות בעד השנים הבאות, — על כל פנים לא הציעו אותם כמתכונת דמי השכירות שהשתלמו עליהם, שלוש שנים קודם לכן, בהתאם לתנאי החוזה. כי בעוד אשר בשנת 1946, 35 השטרות בעד 35 החודשים שאחרי החודש הראשון, התומים היו על-ידי שני המערערים הראשונים באופן אישי, הרי הפעם נחתמו השטרות שהוצעו — על-ידי המערער השני והגב' אירנה טראוטמן, והם נחתמו כך בשם החברה. המשיבות סירבו לקבל את השטרות, באמרו כי אין להן דין דברים עם החברה, וכי אינן מכירות בה כשוכרת המלון. זו היתה ראשית מדון להם, וכתוצאה מכך הובא הענין לפני בית-משפט השלום, חיפה, כתביעת פינוי נגד שני המערערים הראשונים ותביעת סילוק-יד נגד המערערת השלישית. כל הנתבעים הדוה, כי השוכרים המקוריים העבירו לחברה "אריונה" את "הזכויות והחובות הנובעות מחוזה שנעשה בין הצדדים בשנת 1946" — נוסח אחר: העבירו לה "את החוזה ו/או את השכירות" — אלא שטענו כי העברה זו נעשתה בהסכמת התובעות (המשיבות שלפנינו), או, אלטרנטיבית, כי לא היה צורך בהסכמה שכזאת, מאחר שהדבר לא נאסר בפירוש בחוזה השכירות.

שני הנתבעים (המערערים) הראשונים, *pro domo sua*, הוסיפו ואמרו, כי הם בכלל אינם מחזיקים במושכר עוד, הואיל ועזבו אותו ומסרוהו לנתבעת (המערערת) השלישית כנ"ל, ולכן אין מקום למתן צו פינוי נגדם. לאחר דיון ממושך החליטה שופטת השלום המלומדת להיענות לתביעה, בקבעה כי התובעות (המשיבות) לא הסכימו להעברת חוזה השכירות, הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי, ונדחתה, ועל פסק-דין זה, של בית-המשפט המחוזי, המאשר את צווי הפינוי וסילוק-היד שניתנו ע"י שופטת-השלום, מערערים המערערים לפנינו, לאחר נטילת רשות כזאת.

3. הציר העיקרי עליו סובבת הכרעת הערעור דגן הוא: אם שני המערערים הראשונים, בלא שנטלו רשות לכך מאת שתי המשיבות, רשאים היו להעביר את חוזה השכירות על שם המערערת השלישית, או לא. אם ההעברה כשרה היתה — נעשתה המערערת השלישית, בזה המעשה גופו, לשוכרת ישירה מאת שתי המשיבות, ושוב היא מוגנת כלפיהן בתוקף סעיף 4 לפקודת הגבלות דמי שכירות (בתי-עסק), 1941, לאחר שהציעה להן כאמור, בשטרותיה היא, את תשלום דמי השכירות. תוצאה זו תהיה לקורת רוחם של כל שלושת המערערים, אף אם יינתן צו פינוי נגד שני המערערים הראשונים; כי האחד

השופט זילברג

מהם (ד"ר הקר) כבר "פינה" את עצמו מזמן מן המושכר ומן הארץ, ויחשב זה שנים רבות בהתנגריות ואילו השני (מר טייכנר), כאחד המנהלים של חברת "אריזונה", די היא לו ודאי בהחזקת המושכר ע"י המערערת השלישית. אם; לעומת זה, ההעברה לא היתה כשרה, עלינו יהיה — כך נראה הדבר — לאשר את צווי הפינוי וסילוק-היד גם יחד: את צווי הפינוי — מפני ששני המערערים הראשונים לא שילמו ואף לא הציעו את דמי השכירות הנאותים, ואת צו סילוק-היד — מפני שהמערערת השלישית החזיקה ומחזיקה במושכר ללא כל עילה חוקית.

השאלה העיקרית היא, איפוא, כשרות ההעברה הלזו, ואת גדר הספקות לכך רואה ב"כ שני המערערים הראשונים בשאלה אחרת, קודמת לה: אם חוזה שכירות, ובייחוד חוזה שכירות מקרקעין, הוא "חוזה חפצא" או "חוזה גברא", כפי שצויין כבר על-ידינו בריש הפסקא השנית, מר לויצקי ניסה לשכנענו, כי חוזה שכירות מקרקעין מקנה למוכר זכות חפצא במושכר, וממילא מותר לו — כך הוא טוען — להעביר אותו לאחר, בלי לקבל על כך את הסכמת המשכיר. ב"כ המערערת השלישית הודהה אך למחצה עם השקפת ב"כ שני המערערים הראשונים. טענתו היתה, בתמצית הדברים, כי אף אם נניח כי השוכר אינו רשאי (בלי הסכמת המשכיר) להעביר לאחר את הזכויות עם החובות של החוזה, הרי אין כל מניעה לכך, כי הוא יעביר לשני רק את הזכויות הנובעות מתוכו, בהישארו אחראי כלפי המשכיר לחובות המוטלות עליו על-פי חוזה זה — ממש כמו בהעברת השכירות (assignment of lease) הנחוגה במשפט האנגלי.

4. והנה עד שאנו שואלים, אם זכותו של השוכר היא זכות גברא או זכות חפצא, נשאל תחילה: מה בין זו לזו, כי התשובה המדויקת לשאלה השניה היא בה משום מחצית התשובה לשאלה שלפניה. ובכן: זכות גברא — או זכות אישית, פרסונאלית — מקורה נעוץ ביחסים שנוצרו, על פי חוזה או על-פי דין, בין אותו תובע לבין אותו נתבע מסויים, והיא פועלת כלפיו, וכלפיו בלבד; זכות חפצא — או זכות חפצית, ריאליית — שוכנת כביכול בתוך החפץ גופו, וממילא היא פועלת כלפי כל מי שבא לדחוק את רגלי הזכות, ואין איש יכול לומר לתובע: לאו בעל דברים דידי את! אלה הם קווי האופי העיקריים שגתייחדו לשני הסוגים הללו, ומהם מסתעפות כמה וכמה תוצאות משנה, אשר עוד נייחד את הדיבור עליהן.

האבחנה דלעיל היא לכאורה, ומבחינה רעיונית, ברורה עד למאוד, אבל מה נעשה והמציאות המשפטית איננה מסתדרת תמיד על טהרת הרעיון המופשט, ואינה מתאימה עצמה לעולם ובדיוק גמרי, למסגרת התיאורטית ההיא, כך נוצרה, במהלך התפתחותו של המשפט, מוסדות משפטיים שונים, המאחדים בקרבם יסודות פרסונאליים ויסודות ריאליים כאחד, — יצורי כלאים המתייחסים על שני "האבות" גם יחד, או, אולי, אף לא על אחד מהם.

5. הבה נראה מה הם הסימנים המורים על האופי והחפצית, הריאלי, של חוזה השכיר-רות בראש ובראשונה מצביעים כאן על הוראת סעיף 590 של המגילה, — וטראה

השופט זילברג

טיפוסית לדיני השכירות של רוב שיטות המשפט, אשר מצאה את ביטוייה במסוק משפטי גרמני ידוע, אשר תרגומו המלולי לעברית הוא: "קניה אינה שוברת שכירות", ובסגנון עברי יותר מקורי: "מכר אינו דוחה שכירות". וכך נאמר בסעיף 590:

א. "המשכיר שמכר את המושכר שלא מדעת השוכר, אין המכר קיים לגבי השוכר, אבל קיים הוא לגבי המוכר והלוקח."

פירושו של דבר: השוכר רשאי להמשיך, או אפילו להתחיל, בהחזקת המושכר והפקת התגאה הימנו, למרות מה שהמתקשר אתו, המשכיר, כבר חדל להיות בעל הדבר. תוראה זו — כך טוענים הטוענים — מעידה כמאה עדים, כי זכות השכירות היא חפצית, ולכן היא פועלת גם כלפי אדם (הקונה) שלא היה מעולם "בעל דברים" של השוכר. ההפניה אל סעיף זה, והמסקנה המוסקת ממנו כנ"ל, מצויות בפסקידן אחד ידוע שניתן ע"י בית-המשפט העליון בקפריסין (Tzapa v. Tzolaki; (1910), 9 Cyprus Law Reports 73, at pp. 77, 78), (10). אמר השופט ברטראד:

ב. "העקרון של החוק השרעי הוא כך: חוזה למכירת נכס אשר כבר הושכר לאחר, נמנה עם סוג החזים, שאינם נאפין, כלומר: חוזים התלויים בזכותו של אחר" (ראה מגילה סעיף 113, 590....). המכר כפוף למעשה, להסכמת השוכר, אך הקונה, אם אינו יכול להשיג את מסירת הנכס, רשאי לפנות לבית-המשפט לשם שחרורו מן החוזה. בנדון זה שונה החוק השרעי מן החוק הרומאי, הרואה את השכירות כחוזה בין בין הצדדים בלבד, ולא כמעניק איוו שהיא זכות חפצית."

זאת אומרת: בעיני החוק השרעי, רוכש השוכר זכות חפצית במושכר, ומשום כך אין קנייתו של הלוקח "שוברת" (או "דוחה") את שכירותו של השוכר.

ה. נראה לי לכאורה — בלי לקבוע מסמרות בדבר — כי בניגוד לשיטות משפט רבות אחרות, הדוגלות אף הן, כפי שנראה להלן, בעקרון "אי השבירה", או "אי הדחיה", אין המגילה מבחינה בנדון זה, לא בין שכירות קרקע לבין שכירות מטלטלין, ולא בין שוכר אשר כבר קיבל לידיו את חזקת המושכר, לבין שוכר אשר עדיין לא הגיעה החזקה לידו, שהרי בדיני המגילה השכירות היא חוזה קונסנסואלי, ומסירת המושכר אינה תנאי לקיום השכירות (ראה סעיפים 444, 445, 447). היוצא איפוא, כי אם השכירות של המגילה אמנם חפצית היא, היא תהיה כך גם לגבי שכירות מטלטלין אשר עדיין לא נמסרו לרשותו של השוכר: תוצאה מאד קיצונית, אשר אין לה אף ורע בשיטות המשפט של דורנו.

ז. ענין שני, המגלה אף הוא סימני חפציות בתורת השכירות הא"י — הפעם רק לגבי שכירות מקרקעין — הוא דבר רישומם של חווי שכירות מסוימים במשרד ספרי האחו-

השופט זילברג

זה, על-פי הוראות פקודת העברת קרקעות, 1920. פקודה זו מבילה, כידוע, חובת רישום על כל שכירות מקרקעין שהיא למעלה משלוש שנים, ומתנה את תוקף "התנועה" בביצוע הרישום בספרי האחוזה. האין זו ראייה ותחבת לכך, כי זכות השכירות היא חפצית, וראייה לית, קשורה לעצם הקרקע המושכרת, כי היכן מצינו חוזה אוכליגטורי שיתא טעון רישום בספרי האחוזה? ואם שכירות מקרקעין למעלה משלוש שנים היא זכות חפצית, ראוייה תהא להיחשב כך גם אם איננה עולה על התקופה הזו, שהרי פקודת העברת קרקעות לא התאמרה לשנות את האופי המשפטי של השכירות.

א

אפשר להמשיך בארגומנט זה ולהצביע על עוד אי אלה פרטים, מאותה "משפחה" גופה, כגון: האפשרות לשעבד את זכות השכירות לטובת בנק לאשראי, בתנאים שנאמרו בסעיף 3 (1) לפקודת הבנקים לאשראי, 1922, או האפשרות לשעבדה במשכנתא לטובת סתם אדם, בתנאי הסעיף "המסכיר", סעיף 9 לפקודת העברת קרקעות (תיקון), 1933.

ב

אלה, וכיוצא בהן, הן הטענות הנשמעות במי דוברי עקרון החפציות של השכירות הארץ-ישראלית, ואליהן הצטרף מר לויצקי, בנמקו את הערעור שלפנינו. התועלת שהיא מבקש להפיק מכך כלולה בטענתו הנוספת, כי עקרון החפציות יגרור אתריה, כמסקנה הכרחית, את התוצאה המעשית החשובה, כי באין הוראה נוגדת לכך בחוזה שכירות המקרקעין, רשאי יהיה השוכר להעביר את השכירות לאחר, בלי שייחזק להסכמת המשכיר, כי משנרכשה זכות חפצית בנכס, אין שואליו עוד לדעתו של המשכיר, של הבעלים הקודמים, ורוכש הזכות יכול לעשות בה כמו שירצה.

ג

6. לי נראה, כי מר לויצקי לא צדק בטענתו אלה, וכי הוא טעה בשתיקה. דעתי היא, כי השכירות אינה לא חוזה אישי טהור, ולא עסקא חפצית טהורה, אלא היא אחד מאותם "יצורי הבלאיים" שדמתי עליהם בסוף הפסקא הרביעית על כל פנים, ובכל אופן, אין היסודות התפשיים שבה גוררים אתריהם את היתר העברת השכירות.

ד

7. השכירות, כמוסד משפטי, לא תמול שלשום נולדה, ודברי ימי זיה כדברי ימי האנושות. הבעיות המתעוררות בסוגיא זו טיפוסיות הן לכל שיטות המשפט, ולכן מחזר היא לנו לשאוב כאן אינפורמציה מפי השיטות האחרות, עתיקות ומודרניות גם יחד. ודאי לא כזומר מחייב, אלא כמקור להשראה ולהשחאה, ולהתרת הספקות. הדרך שהלכו בו מחוקקים אחרים, תצביע אולי על הכיוון בו אפשר יהא לבקש מזוור גם לבעיות שלנו. הן מבחינת הקונסטרוקציה המשפטית, והן מבחינת הפתרון המעשי.

ה

8. ובכן: מה עמדה תפסו שיטות משפט אחרות כלפי שתי השאלות הנ"ל?

(א) המשפט הרומאי.

ז

"השוכר אין לו כל זכות חפצית בנכס השכור, כי אם אחידה (detentio) לשם מיצוי זכות האגאה במשך זמן השכירות...."

השופט זילברג

השכירות אינה ממעטת את זכותו של המשכיר להפקעת החפץ, ואם עשה כן ומכר או נתן את החפץ במתנה בתוך זמן השכירות, רשאי הקונה או מקבל המתנה לסלק את השוכר, ואין לזה האחרון אלא לדרוש פיצוי מן המשכיר לפי מידת ההפסד שנגרם לו ע"י סילוק זה.
(איינשטדט, המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו, ע' 184).

א

גירסת הרומאים היא, איפוא, מכר דוחה שכירות.

הדברים האמורים מוסבים הן על שכירות מטלטלין הן על שכירות מקרקעין, כי המשפט הרומאי אינו מבחין ביניהן, וכולל את שתיהן במונח האחד והאחר של *locatio conductio rei*. אדרבה: שכירות מקרקעין היתה כנראה, מבחינה היסטורית, הנצורה הקדומה ביותר של השכירות.

ב

(Jolowicz, Historical Introduction to Roman Law, pp. 304, 305).

„מכר דוחה שכירות, והקונה מוציא את השוכר מכות זכותו החפצית של הקונה.“
(ווינדשייד, פנדקטים, מהדורא 5, כרך שני, ע' 502, הערה 7).

ג

משמע כי לשוכר אין זכות חפצית במושכר.

„זכותו של השוכר כוללת.... גם את הזכות להשכרת-משנה (sublocatio).“ (איינשטדט, שם).

ד

במקורות המשפט הרומאי, עד כמה שידיעתי מגעת, לא נאמר כלום על זכותו של השוכר להעביר את חוזה השכירות, ויש להניח כי הוא אינו רשאי לעשות כן.

ה

(ג) המשפט הצרפתי:

סעיף 1717 של הקודם האזרחי אומר:

„השוכר רשאי להשכיר בשכירות-משנה, ואפילו להעביר את השכירות לאחר, אם הדבר לא נאסר עליו.“

ו

הוראה זו יש לציין, מצויה בפרק הדין בשכירות בתים וקרקעות.

כמו כן מכיר החוק הצרפתי — לגבי שכירות בתים וקרקעות, וכתנאים מסוימים — במבסימה של „מכר אינו דוחה שכירות“ (סעיף 1743, עיין שם).

ז

ואף על פי כן — למרות היתר ההעברה, דחויית הקונה מפני השוכר — גורסת הדוקטרינה הצרפתית מאז ומתמיד, ואלית הצטרפו גם בתי-המשפט, כי חוזה השכירות,

השופט זילברג

לרבות שכירות מקרקעין, אינו אלא חוזה אישי, פרסונאלי, ואינו מקנה לשוכר זכות חפצית במושכר.

(Josserand, Cours de Droit Civil Positif Français, 2-ème éd., part 2, pp. 684-641; Aubry et Rau, Droit Civil Français, 6 éd., T. 5, p. 207; cf. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Bürgerl. R., 1928, 1 B., 2 Abt., S. 411).

א

(ג) המשפט הגרמני.

בסעיף 571 של ה-ב.ג.ב. (Das Bürgerliche Gesetzbuch) נאמר:

ב

"הועברה הקרקע המושכרת, לאחר מסירתה לשוכר, ע"י המשכיר לאחר, נכנס הקונה תחת המשכיר, משך ימי בעלותו (של הקונה), לכל הזכויות והחובות הנובעות מיחסי השכירות."

ג

הוא אשר נאמר: "קניה אינה שוברת שכירות", או: "מכר אינו דוחה שכירות".

ומה הוא האופי המשפטי של השכירות? לדעת הרוב המכריע של המלומדים, וכן לדעת הרייכסגריכט, אפיה הוא אישי ולא חפצי, אפילו בשכירות מקרקעין.

ד

"השכירות (כמוה כתכירה) היא יחס הדדי אובליגטורי, כך שהשוכר מקבל אמנם את חוקת המושכר ואת הגנת חוקתו, אך אינו רוכש זכות חפצית, לא על-ידי השכירות גופה ולא על-ידי רישומה, או ציונה הקודם, בספרי האחוזה."

(Komm. d. RGR., BGB., 1922, S. 656)

ה

"גם ההסכם לרשום את זכות השכירות או הזכירה בספרי האחוזה,

אינו עושה אותה לזכות חפצית."

(RG. 54, 233, cit. in Soergel, BGB. 5 Aufl., S. 846; cf. RG. JW. O2, Beil. 192, cit. ibid. S. 858).

ו

"המשכיר אינו מתחייב להעניק זכות חפצית לשוכר, אלא אך ורק: להעניק לו את השימוש, זאת אומרת: לגרום לכך כי הדבר יהא מוכן לשימוש."

(Enneccerus-Kipp-Wolff, loc. cit., S. 388).

ז

"השכירות מהווה יחס הדדי אובליגטורי; אף על פי כן, עוברות חובות המשכיר של מקרקעין, לגבי העתיד, על קונה המקרקעין, אם ההעברת נעשתה לאחר מסירת הקרקע לשוכר."

(ibid. S. 389).

השופט זילברג

ובמקום אחר, באינו ספר, בצורה יותר ברורה ויותר מבוארת: —

א גם היחס של שכירות מקרקעין, הוא אובליגטורי טהור. ואולם אם הקרקע, אחרי מסירתה לשוכר, הועברה על-ידי המשכיר לאחר, הרי יחס הדדי אובליגטורי זה עובר, בגזירת החוק, על הקונה, עם הזכויות והחובות המסתעפות הימנו בעתיד.

(ibid. S. 412).

(ד) המשפט השניצרי.

ב

סעיף 959 של הקודכס האזרחי השויצרי מגדיר בפירוש את שכירות המקרקעין כ"זכות אישית", אך מרשה "להעיד עליה" (annoter) ב"לוח הקרקעות" (registre foncier), כאשר ישנה בחוק הוראה מפורשת על כך, ועל-ידי זה נעשית השכירות opposable, כלומר: דוחה וקודמת "לכל זכות שנרכשה לאחר מכן בנכס דלא נד".

ג

(ה) המשפט הפרוסי הישן.

סעיף 2 לפרק 21 של "הלנדרכט הכללי הפרוסי", משנת 1794, מצהיר בפירוש, כי:

ד

"במידה שהוכא לכך מחזיק בפועל ממש את הרבר שנועד לו לשימוש או לפירות, נושאת רשותו אופי של זכות חפצית."

מאידך גיסא קובע סעיף 309 לאותו פרק, כי:

ה

"השוכר אינו רשאי למסור לאחר את השימוש בדבר שהושכר לו, בלי הסכמת המשכיר."

"למסור" נאמר כאן, והכוונה היא, כפי שיוצא מן הסעיפים שלאחריו, להשכרת-משנה (אולי גם להשאלה), ואם להשכיר אינו רשאי, להטביר — לא כל שכן!

ו

(ו) המשפט האנגלי.

המשפט האנגלי מכיר בחפציות של זכויות השוכר, לגבי השכירות הידועה בשם leasehold. האנגלים גופם אינם להוטים ביותר אחרי ביטוי מופשט זה, ומשתמשים במונחים שקולים אחרים המכוונים לאותו דבר ממש, אך יוריסטים קונטיננטליים, בדונם בשכירות האנגלית, מגדירים אותה כזכות חפצית במובן הסרמינולוגיה המקובלת השגורה בפייהם (ראה, למשל, וילהלם לנגנבר, על השכירות, בקובץ "החוקים האזרחיים של ימינו",

השופט זילברג

כרך 2, (אנגליה) ע' 419 ; 1 All E.R. 149 at p. ; Errington v. Errington; (1952), Law Quarterly Review, 164, letter D, ומאמרו של וייד, בכרך 68 של (1) pp. 344, 343).

השוכר, אם אך שוכר ממש הוא ולא "בר רשות בלתי הדירה" (irrevocable licensee), או "שוכר לכשארצה" (tenant at will), או "שוכר נסבל" (tenant at sufferance), יכול להעביר את השכירות לאחר, בלתי אם נאסר עליו הדבר בתוהו שבינו לבין המשכיר.

(Woodfall, Landlord and Tenant, 24 ed., p. 840; Hill and Redman, Law of Landlord and Tenant, 11 ed., p. 539).

אך גם לאחר ההעברה נשאר השוכר אחראי כלפי המשכיר, מכוח "החווה המפורש" שביניהם, לכל התובות הנובעות מחוזה השכירות, ובכללן תשלום דמי השכירות (Walker's Case; (1587), 76 E. R. 676 (2); Barnard v. Goodscall; (1612), 79 E.R. 264, (3); Auriol v. Mills; (1790), 100 E.R. 912, (4); Betts v. Price; (1924), 40 T.L.R. 589, (5)).

(1) ואחרון אחרון — המשפט העברי (דיני ישראל).

השכירות בדיני ישראל — אחד שכירות קרקע ואחד שכירות מטלטלין — היא עסקא חפצית. ראש לכל עולה על לבנו המטבע שטבעו חכמים:

"שכירות ליומה מכירה היא"
(בבא מציעא דף ג"ו ע"ב).

או: "שכירות ליומה ממכר הוא", מאמר קצר, אלגנטי, שגור בפי כל, המבליט מאין כמוהו לבהירות את רעיון החפציות.

אמנם בסעיף 405 של המגילה — זה הסעיף אשר המתרגם הזפר (Hooper) סירב לתרגמו, מפני היותו "חסר כל מובן לקורא האנגלי" — מדובר גם כן על "מכירת הנאה בתמורה ידועה", אך שם הדגש הוא על הנאה, בעוד אשר במשפט העברי השכירות היא "זכיה" בגוף הדבר:

"..... דוקא בשואל ושוכר, שכיון שהם משתמשים בגופו של כלי, הוי ליה כמכירה ליומיה..... כיון שהם זוכין בגופו של דבר."

(נימוקי יוסף להרי"ף, ב"מ פרק השואל, דפוס וין, תקס"ו, דף קכ"ד ע"א).

"..... דכיון דשכר שמעון הבית, הרי הוא כמכר גמור, ונתחייב בדמים בין אם ידור בין אם לא ידור."

(תשובת הרשב"א, סי' אלף נ"ה, הובא בתשובות הרשד"ם, חו"מ, סי' תט"ו).

השופט זילברג

רק מתוך השקפה זו אפשר להבין את הדין (דין האונאה), אשר בקשר אליו נאמר בתלמוד המאמר הנ"ל. דברי הרמב"ם, פרק כ"ג מהלכות מכירה, הלכה א', אינם סותרים, לדעתי, את ההשקפה הנ"ל; המשכיר מוכר לשוכר זכות במושכר, אך ודאי כי אין הוא מוכר לו את המושכר.

א

השכירות "נקנית" באותן הדרכים ממש בהן נקנית הבעלות באותו סוג נכסים; אם שכירות קרקע היא — בנסף, בשטר ובחזקה, ואם שכירות מטלטלין היא — בקנין המועיל לגבי אותו סוג מטלטלין (ב"ק דף ע"ט ע"א וע"ב, בבא מציעא דף צ"ט ע"א וע"ב, והשווה (ביחס למטלטלין) שו"ע חו"מ סי' ל"ז, סעי' ב'). הרי שהשכירות, כמוה כבעלות, מהוה זכות חפצית בנכס "הנקנה".

ב

ועוד ראיה לכך. גטושה מחלוקת, אשר טרם הוכרעה כליל, בין גדולי הפוסקים ביחס לשאלה זו: ראובן שהשכיר ביתו לשמעון לשנה אחת, — היכול הוא (ראובן), לפני תום השנה, להשכיר ביתו זה ללוי, בשביל השנה שלאחריה, או לא (שו"ת מהרי"ט צהלין, סי' פ"ט; שו"ת מבי"ט, חלק ראשון, סי' שמ"ו; בית יעקב, סי' צ'; בגדי כהונה, סי' ג', ואחרים זולתם; השווה גם דברי המשנה למלך על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק א', הלכה ח').

ג

גדר הספקות העיקרי — לפחות: אצל כמה מן הפוסקים ההם, יעויין שם — הוא, אם אותה שעה יש לו, לראובן, מה להשכיר, ואם אינו מקנה כאן לשוכר השני, דבר שלא בא לעולם. ספק זה, כנראה בעליל, לא היה מתעורר כלל, ולא יכול היה להתעורר, אילו כל השכרת נכס לא היתה אלא התחייבות אישית, אשר המשכיר מקבל על עצמו, כ"שעבוד הגוף, בלי להקנות זכות חפצית בנכס המושכר. כי גופו של המשכיר ודאי ברשותו הוא וכבר "בא לעולם" הוא, עוד לפני כלות תקופת השכירות הראשונה של ביתו המושכר (עיין ודוק בדברי התוס', כתובות דף נ"ד ע"ב, ד"ה אף על פי). אפשר גם אפשר לתמוך בתלכה, כי השכירות הראשונה אינה מונעת את הבעלים מלהשכיר את המושכר לאחר זמן, על אף היותה זכות חפצית; כי גוף המושכר — כך יכולים לטעון וטוענים — קנוי תמיד לבעלים, למרות זכותו החפצית, המצומצמת, של השוכר, הרובצת עליו, אבל אי אפשר להעלות על הדעת, אפילו לא כספק רחוק, כי השכירות הראשונה תהא מונעת את הבעלים מעשות כן, אם ההנחה היא, כי השכירות בכלל אינה זכות חפצית. קיצורו של דבר: עצם הספק שנתעורר שם, בין הפוסקים, ביחס לשאלה הנ"ל, מעיד ומצביע על זכותו החפצית של השוכר.

ה

ו

ולבסוף ראיה אחרונה, — תשובה שאין אחריה כלום, והנכחה שאין למעלה הימנה לאפיה החפצית של השכירות. הדין הוא, כי בשכירות "מחילה לא מהני", כלומר: אינה מועילה לבטלה, ממש כמו שאינה מועילה לבטל את המכר (באר הגולה, חו"מ סי' שט"ו, סעי' א', סי' ק"א) בשם תשובת הריב"ש, סי' תקי"י; רמ"א, חו"מ סי' קפ"ט, סעי' א'). פירוש

ז

השופט זילברג

הדבר : כשם שקונה חפץ מחברו, וחורו בהם שניהם מן המכר, אין הקונה יכול "למחול" את הממכר ולהסתלק הימנו בדיבור בעלמא, אלא עליו להקנות את הנמכר חזרה למוכר בקנין המתאים, כך גם שוכר אינו יכול למחול את שכירותו תוך זמנה, ועליו להקנות למשכיר חזרה את זכותו במושכר, זו היא לדעתי, ראייה הותכת 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.

גם המשפט העברי גורס את הפסוק: מכר אינו דוחה שכירות. מי שהשכיר בית לחברו ואחר-כך מכרו לאחר, אומר השוכר לקונה: "אינך עדיף מן האיש שבאת הימנו", כלומר: אין כוחך יפה מכוח המוכר, ועליך להמתין עד תום תקופת השכירות המותנית, או — אם היתה זו שכירות סתם — עד הגיע הזמן שניתן, על פי דין, לסיום השכירות והוצאת השוכר (בבא מציעא דף ק"א ע"ב; שו"ע חו"מ סי' ש"ב סעי' י"ג, ובאר הגולה שם, ס"ק ג); משנה ב"מ שם, ושו"ע חו"מ שם, סעיפים ה', ו'.

נימוקו של התלמוד גופו: "אינך עדיף מן האיש שבאת הימנו", כוחו יפה בעצם לגבי כל סוגי השכירות, והעובדא כי שאלה זו נדונה בש"ס ופוסקים (וכן בירושלמי בבא מציעא, סוף פרק השואל) בקשר לשכירות בתים, אין בה — כך נראה לי — כדי לצמצם את ההלכה לסוג זה בלבד, אך אין להכחיש, כמובן, כי מבחינת הצורך המעשי בהגנה זו, יפה כוחה של שכירות בתים.

לעומת זה ישנו ענין אחר, חשוב עד למאד, בו מבחינים הפוסקים בפירוש בין שכי-רות בתים לבין שכירויות אחרות, כוונתי להשכרת המושכר ע"י השוכר, וה"השכרה" כאן — כפי שנראה להלן — פירושה: השכרת-משנה, ולא העברת השכירות הראשית, בדרך כלל, אין השוכר רשאי להשכיר, ואין השואל רשאי להשאיל, אבל שכירות בתים — שאני ?

"מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחברו לזמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו, משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו, אבל אם הוא ארבעה לא ישכיר לחמישה, שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין, שהרי אומר לו: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אבל הקרקע או הספינה שהרי בעלה עמה — אינו אומר כן."

(רמב"ם פרק ה' מהלכות שכירות, הלכה ה').

המלים: "שהרי בעלה עמה" לאו דוקא, ופירושן הוא:

"..... שאינן כמטלטלים, שיש לחוש שמא יכריחן ויוציאן מן העולם, אלא תמיד ברשות הבעל קיימא."

(פרישה לטור חו"מ, סי' ש"ו).

השופט זילברג

זאת אומרת: גם אם אין הבעלים גרים באותו בית ממש, רשאי השוכר להשכירו לאחר, כי קרקע לעולם ברשות הבעלים היא — "קרקע אינה נגזלת". וכן יוצא מדברי המרדכי, בבא מציעא, פרק האמנין, סי' שצ"ז:

- א "מכאן מוכיח רבנו מאיר, ראובן שהשכיר בית לשמעון, דשמעון יכול להכניס לוי תחתיו ואין לראובן על שמעון אלא תרעומת משום שינוי דעתא, ולא אמרינן: אין השואל רשאי להשאל ואין השוכר רשאי להשכיר אלא במטלטלין, שאפשר לגנוז ולהטמינו, ולכן טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל במקרקעין רשאי השואל להשאל והשוכר להשכיר."
- ב ובש"ע חו"מ סי' שט"ה, סעי' א', נאמר, וזה לשונו:

"המשכיר בית לחברו לזמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר, משכירו עד סוף זמנו, והוא שלא יהיה מנין בני הבית האחר יותר מבני ביתו."

- ג האם יכול השוכר, בתנאים אלה, גם להעביר את השכירות לאחר? נראה לי, שלא! וראיתי לכך היא מדברי הדרישה לטור חו"מ סי' שי"ג, המוסבים על דברי הרמב"ם הנ"ל. המדובר הוא שם בקושיא מן הרמב"ם על הרמב"ם, היינו: בסתירה שנתגלתה בין דבריו כאן (הלכות שכירות), דבכל שכירות קרקע רשאי השוכר להשכיר לאחר (כאשר מנין בני הבית שווה), לבין דבריו במקום אחר (הלכות מכירה, פרק כ"ג, הלכה ח'), מהם יוצא, כי בשכירות שדה אין השוכר רשאי להשכיר לאחר, ובעל הדרישה אומר על כך:

- ד "ולעניות דעתי נראה דחילוק בין בית לשדה, דבית אף שיכולים לקלקל בו כמו בשדה ויותר, מכל מקום יכול המשכיר ליתן הבית ליד השוכר במושלם בצורתו ותבניתו, ולהתנות עמו שיחזירהו לידו כמו שאזא, ומה לי אם ידור בו הוא או אחר, מה שאין כן בשדה דיכול להכחישו (כלומר: להרוות את השדה) במה שאינו מובירה או בזריעתו פשתים או קטניות ואין בעל הבית (כלומר: בעל השדה) מרגיש בו אלא לאחר זמן."

- ה מכאן עולה לדעתי ברורות, כי כאשר המדובר הוא ברשותו של השוכר להשכיר, הכוונה היא להעברת-מענה דוקא, בה השוכר הראשי נשאר אחראי כלפי משכירו הוא מכות השכירות הראשית העומדת בעינה, ולא להעברת שכירות, אשר — אם מותרת היא — משחררת את השוכר המקורי מכל חובותיו כלפי בעל-הבית ומכניסה תחתיו את השוכר השני. אין להעלות על הדעת, כי המשפט העברי ביקש להבליע כאן בנעימה העברת שכירות מיוחדת, דוגמת ה" assignment of lease האנגלי, בה השוכר, למרות ההעברה, נשאר אחראי למילוי החובות הנובעות מתווה השכירות.

השופט זילברג

קונסטרוקציה משפטית שכזאת, אמנם, אפשרית היא גם על-פי עקרונות המשפט העברי — ראה להלן סוף פסקא 11 — אך אילו נתכוננו לכך, היה רישומו של דבר ניכר בספרות השאלות ותשובות העשירה, הדנה הלכה למעשה בעניני שכירות, ואין הדבר כן, עד כמה שהצלחתי לברר.

ואף גם זאת, הספק הקל הוא — אם בכלל קיים — לגבי שכירות מקרקעין, במטלטי לין פשיטא דאין השוכר רשאי להשכיר, ואין השוכר רשאי להעביר, קל וחומר מזה על זה, והלא לגבי אפיה החפצי של השכירות אין הבדל, בדיני ישראל, בין שכירות קרקע לבין שכירות מטלטלין.

סיכמו של דבר, כי בדיני ישראל:

(א) השכירות היא חפצית;

(ב) מכר אינו דוחה שכירות;

(ג) השוכר בית מחברו, רשאי להשכירו לאחר עד סוף זמנו, בתנאי כי מנין בני הבית יהיה שווה (או „הסיעות“ שוות);

(ד) אין השוכר רשאי להעביר את השכירות לאחר.

9. מה בא כל הסקר הנ"ל ללמדנו? הוא מלמדנו שני דברים:

(א) כי כל אותם ה„אביונים“ החפציים המצויים, ועיר שם ועיר שם, במוסד השכיר, רות, עדיין אין די בהם לשוות לו, למוסד זה, אופי חפצי, ושיטות המשפט הקוגניטיביות של הצרפתים, הגרמנים והשויצרים יוכיחו!

(ב) כי אין תלות חודית, הכרחית, בין החפציות של חוזה השכירות לבין התרת העברת השכירות, — לא בכיוון האחד, ולא בכיוון ההפוך. רצוני לומר: לא החפציות הוודאית גוררת אחריה, בהכרח, את התרת ההעברה, ולא התרת ההעברה, אפילו ע"י חוק מפורש, מעידה בהכרח על קיום החפציות, והמשפט העברי, עם הפרוסי והצרפתי יוכיחו! המשפט העברי והלנדרכט הפרוסי אינם מתירים את ההעברה, אף על פי שהשכירות בהם היא עסקא חפצית; ואילו המשפט הצרפתי דוקא מתיר את ההעברה, למרות מה שהשכירות בו אינה אלא חוזה אישי.

ואף השכירות שלנו, של המשפט האי, כך, היא איננה עסקא חפצית, ועל כל פנים, ובכל אופן, אין שום רגלים לדבר, כי המשפט האי מתיר את העברת השכירות ללא הסכמת המשכיר. אני כשלעצמי סבור, כי השכירות האי היא מאותם „יצורי הכלאים“ המשפטיים, שיש בהם מזה ומזה גם יחד, לפי מהותה היסודית, מהותה השכירות מערכת של יחסים

השופט זילברג

הדדיים אינרים בין שוכר מסויים לבין משכיר מסויים — זה חייב לאפשר את הפקת התנאה, 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. לא יתכן להשליך את השוכר החוצה, מדי התחלף הבעלים של הרכוש, ולכן דחו את הקונה מפני השוכר; מאידך גיסא — ודוקא משום דחיה זו — יש לשמור גם על האינטרסים של הקונה העתיד, שלא „ידחה“ במפתיע, ולכן התקינו במקרים מסוימים את רישום השכירות. „מושכר שאין הבדל לגבו מי הם האנשים המשתמשים בו והנהגים ממנו, רשאי השוכר להשכירו לאחר“ (סעיף 587 של המג'לה), אך אינו רשאי אף במקרה זה, להעביר את השכירות לאחר, כי המשכיר יכול לומר — בסגנון דברי התלמוד — „הראשון נזה לי, השני קשה הימנו“, ואין אני מחוייב להרכיב לראשי „בעל דברים“ שלא הסכמתי להיכנס אתו ביחסים משפטיים.

10. העולה מכל האמור, כי לפי תורת השכירות הארץ-ישראלית, אין השוכר רשאי להעביר לאחר את חוזה השכירות בלי הסכמת המשכיר, אלא אם כן הותר הדבר בפירוש בחוזה השכירות.

11. לאור המסקנה שהגעתי אליה כנ"ל, אפשר היה, בעצם, לסיים כאן את פסק-הדין ולדחות את הערעור, אך לפני עשותי כן, רצוני לנגוע בשתי טענות אחרות שהושמעו לפנינו, האחת מפי מר לויצקי, ב"כ שני המערערים הראשונים, והשניה מפי ד"ר גוטמן, ב"כ המערערת השלישית.

מר לויצקי טען, כי אם ההעברה לא היתה כשרה, הרי ממילא נשארה השכירות בידי השוכרים המקוריים (שני המערערים הראשונים), נמצא שהם לא עזבו את המושכר, וממשיכים להיות מוגנים כלפי המשכירות, מאחר שאחד מהם, מר טייכנר, הציע להן דמי שכירות ולא נענו לו.

אין יסוד לטענה זו. שני המערערים הראשונים הצהירו בהגנתם, כי הם אינם תופסים את המושכר עוד, והודאת זו מחייבת אותם, היא גם מתאימה למציאות, בהתאם גמור. כי אם העברת השכירות לא היתה כשרה, הרי העברת העסק היתה כשרה וכשרה, החברה אינה זהה עם השוכרים המקוריים, לא מבחינה משפטית ולא מבחינה עובדתית: ד"ר הקר עזב מזמן את הארץ, וחלקו בחברה הועבר לגב' טראטמן, מאז היווסד החברה, או לפחות מאז עזב ד"ר הקר את הארץ, יושב במושכר גוף זר לגמרי, שלא היו לו מעולם יחסי שכירות עם המשיבות. החברה היא המנהלת את העסק, ואם מר טייכנר עדיין מצוי במושכר, הרי הוא שוכן בו כאחד ממנהלי החברה. חוץ מזה: גם שטרי דמי השכירות שהוצעו, צריכים היו להיפרע לא ע"י השוכרים, אלא ע"י החברה, והמשיבות לא היו מחוייבות להסתפק בהתחייבויות כאלה. מכל הבחינות הללו, אבדה לשני המערערים הראשונים ההגנה הניתנת לשוכר מטעם החוק, ועליהם לפנות את המושכר — עד כמה שיש להם עדיין אחיזה בו — ולמסרו למשיבות.

השופט זילברג

טענתו של ד"ר גוטמן, ב"כ המערערת השלישית, היתה טענה מקורית עד למאז, הוא ביקש להבחין בין שני מיני העברה: העברה טוטאלית, של הזכויות עם החובות, והעברה "חלקית" כביכול, של הזכויות בלבד. אין המגילה מפירה בהעברה מן הסוג הראשון, אך היא מפירה, לדבריו, בהעברה מן הסוג השני, או ביתר דיוק: כדי שיעורו של הסוג השני, פירושו של דבר: אם השוכר העביר את חוזה השכירות לאחר, הרי העברה זו אמנם אינה משחררת את אמצעיר מחובותיו על-פי החוזה, אך היא מועילה ומועילה לזכות את מקבל העברה בכל הזכויות הנובעות מיחסי השכירות. ואם כך הדבר, הרי המערערת השלישית, בתוקף ההעברה הנדונה, רכשה לה זכות שימוש במושכר, כאילו שכרה אותו במישרין מאת המשיבות, ושוב היא מוגנת כלפיהן מכוח ההגנה הניתנת לשוכר על-פי פקודת העסקים.

א
ב

אין אני מוכן לקבל את הטענה הזאת, מה שב"כ המערערת השלישית ביקש לבצע כאן הוא: הרכבה מלאכותית של ענפי ה- assignment of lease האנגלי על הגזע התורכי של סעיפי המגילה. ואין כל אפשרות לכך, אף לא בדרך "צינור היבוא" של סימן 46 לדבר המלך. כי לא הרי השכירות של המגילה, כהרי השכירות האנגלית! אלה הם שני מוסדות שונים זה מזה בהחלט: בצורתם, בתכונותיהם ובהתפתחות ההיסטורית שלהם. מסופקני, אם אפשר בכלל, "לזווג" את שכירות המקרקעין האנגלית עם השכירות המקבילה באינו שיטה משפטית אחרת שהיא.

ג

כי הרעיון אשר בגללו מעביר השכירות באנגליה אינו משתחרר מחובותיו כלפי המשכיר בתוקף "החוזה המפורש" שביניהם, מקורו נעוץ באבחנה הדקה והמסובכת — מלפני שנה ומעלה — בין "בעלות-דברים חונית" (privity of contract) לבין "בעלות-דברים קנינית" (privity of estate).

ד

(Walker's Case; (1587), 76 E.R. 676, at pp. 680, 681, (2); March v. Brace; (1614), 80 E.R. 1025, at p. 1027, (6); vide Cheshire, Modern Real Property, 6. ed. p. 202).

ה

הראשונה היא חונית, אישית, והיא עומדת בעינה בין המתקשרים המקוריים — השוכר והמשכיר — וביניהם בלבד. השניה כרוכה אחרי הנכס, והיא עלולה לעבור מאיש לאיש עם העברת הזכות החפצית, "הקנינית", של השכירות. אבחנה זו מעלה על לבנו, בדרך האסוציאציה, את הבחנת המשפט העברי בין "שעבוד הגוף", הרובץ על הלוח לטובת המלווה, ולטובתו בלבד, ואין המלווה יכול למכרו לאחר, לבין "שעבוד נכסים", הרובץ על נכסי הלוח, ועובר — במקרה של "מכירת שטר חוב" — מזכותו של המלווה לזכותו של קונה השטר (עיין סוגיא דהמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו וכו', כתובות פרק הכותב, דף פ"ה ע"ב, ומקומות אחרים; ר"ן על הרי"ף כתובות, פרק הכותב, שם; סמ"ע לשו"ע חו"מ, סי' ס"ו, סעי' כ"ג, ס"ק ג"ה), וביחוד: קצות החושן שם, ס"ק (כ"ו), על "שיטת רבנו תם", אך אין לה, לאבחנה זו, על מה שתסמך בשיטת המשפט של המגילה, ואם המגילה אינה

ו

ז

השופט זילברג

מתירה — ואמנם כן: אינה מתירה — את ההעברה „הטוטאלית“ של השכירות, פירוש הדבר: אינה מתירה ואינה מכירה כלל, ולא: ממעטת אותה עד לשיעור ההעברה „המפוצלת“, שהגן עליה ב"ב המערצת השלישית.

12. וכאן יבוא השואל וישאל: ממה נפשך! אם זכותו של השוכר על-פי המשפט הא"י אינה זכות חפצית, אלא אישית, אוכליגטורית, מדוע לא נחלל עליה — באמצעות סימן 46 — את ההלכה האנגלית על העברת זכויות הנובעות מחוזה אוכליגטורי, ונמצינו מגיעים שוב, אלא בדרך אחרת, לאותה מסקנה ממש, היינו: מסקנת היתר ההעברה של זכויות השוכר? שהרי דיני האקזיטי האנגליים מרשים להעביר גם זכויות-חוזה אישיות, ובלבד שהחוזה גופו לא יתא „אישי“ ביותר, תלוי בסגולותיו של אינדיוידואום מסויים, כמו חוזה עבודה, או לפי דוגמא מאד „מוצלחת“ של מחבר אנגלי אחד: חוזה הבטחת נישואין, וכדומה.
- (Sutton and Shannon, on Contracts, 4. ed., p. 366; Kemp v. Baerselman; (1906), 2 K.B. 604, at p. 609, (7); Whiteley v. Hilt; (1918), 2 K.B. 808, at p. 820, (8)).

וכבר אמר הלורד מקנוטן:

- „הלכה רווחת היא כי בדרך כלל, טובת הנאה מתוך חוזה נתונה להעברה מדיני היזר, ומקבל ההעברה יכול לאבחה.“
- (Tolhurst v. Associated Portland Cement Manufacturers (1900), Ltd.; (1903), A.C. 414, at p. 421, (9)).

תשובותי לכך שתיים:

- ה (א) נראה לי כי אלמלא אפיה החפצי, הבדוק ומנוסה, של ה-leasehold האנגלי, ואילו שכירות זו לא היתה שם אלא חוזה אישי גרידא, אוי גם באנגליה אסור היה לשוכך בית להעביר שכירות בית לאחר (בלי הסכמת המשכיר), כי חוזה אישי זה, היה נחשב אז כחוזה „אישי“ ממש, חוזה אישי-אינדיוידואלי, אשר בו אינה תופסת הלכת האקזיטי הנ"ל, אם אין ראיה לדבר, וזכר לדבר יש באימרת השופט דנינג, במשפט ארינגטון נ. ארינגטון (1), (צוטט בפסקא 8 (ו) לעיל), כי כאשר שכירות הבית אינה leasehold, אלא „רשות דירה בלתי הדירה“ — ואפילו אם החזקה האכסלרובית נמסרה לו לזמן בלתי מוגבל (כפי שקרה המקרה שם) — אין בר הרשות רשאי להעביר את „רשותו“ לאחר (ראה שם, ע' 155, מול אות השוליים (D)). מכאן, כי יש משהו מיוחד בשכירת דירה לשבת בה, וכי אלמלא אפיה המשפטי, החפצי, כאשר leasehold הנה, לא היתה נתונה להעברת הזכויות שבה, על אף כושר ההעברה, הרגיל, של זכויות-חוזה אישיות, שאם לא תאמר כן — למה ייגרע כאן חלקו של „בר רשות“ מכל בעל חוזה אוכליגטורי אחר?

השופט זילברג

(ב) המוסד המשפטי של העברת זכויות אינו "בלתי מוסדר" מכל וכל במשפט הא"י. ישנן הראות-חוק מפורשות הדנות בנושא זה למשל: פקודת העברת חוב, 1928, לגבי העברת "חובות מסחריים", או חובות שאדם חב לאגודה או לחברה. עיי' שם. יתר על כן, פקודה זו אף משמשת לנו "מראה מקום" למקורות אחרים: ראה סעיף 4 שבה. הדואג ושומר על קיומה להבא של כל "הוראת חוק ארץ-ישראלית" המתירה העברת חוב או תביעה מסוג מסויים. — והבונה היא כאן, כפי שכותרת השוליים מעידה, להוראות החוק העותומני. משמע, כי בחוק זה, שהיה ל"ארץ-ישראלית" אחרי הכיבוש, ישנם סוגים מזתרים שכאלה, ויתכן כי אחד מהם הוא: "המזאת מעות הממכר ע"י המוכר", על-פי סעיף 252 של המגילה. מכיון שכך, הרי זו היא סוגיא משפטית שמצאה לה "סידור כל שהוא" ואפילו בלתי ממצה, ואפילו פגום, בפרקי התלכה המקבילים של החוק הארץ-ישראלי" (ע"א 167/47, א פסק"ס, 1949, ע' 49, ב"ע 52, 111). ושוב אין להפעיל כאן את "צינור היבוא" של סימן 46 לדבר המלך, ודי לו, לחוק הארץ-ישראלי, שיפקיע את עצמו במה שיש בו.

סוף דבר: סבורני כי יש לדחות את הערעור ולאשר את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי.

מ"מ הנשיא (אולשן): אני מסכים.

השופט ברנזון: אני מסכים.

לפיכך הוחלט לדחות את הערעור, ולחייב את המערערים בהוצאות הערעור, בסכום כולל של — 100 ל"י.

ניתן היום, ג' בסיון תשי"ד (4.6.1954).