

אגב הפסיקה

פיגור בפינוי המושכר ושכר ראוי

(ע"א 889/75 "דריס" נ' "אגד", פ"ד לא (2) 20)

א. התביעה וההחלטה

אגודה שיתופית שכרה בשנת 1971 חדרי משרד בשכירות בלתי־מוגנת. השכירות אמורה היתה להסתיים בשנת 1973, אך הישכרת המשיכה בהחזקת המושכר שנה נוספת, על אף מחאת החברה המשכירה. האחרונה תבעה דמי שכירות ראויים לגבי השנה הנוספת וקיבלה אותם, בשיעור מסוים, בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון הסכים עם שופטי האינטסטאנציות הקודמות בהכרת הזכות לשכר ראוי וחלק עליהם בדבר הישוב.

פסק הדין מזהה את תביעת המשכירה כתביעת "עשיית עושר ולא במשפט" (ולא כתביעת נזיקין או כתביעה בשל הפרת חוזה). אמנם, בנסיבות הפרשה עמדה למשכירה תביעת נזיקין, בשל הסגת־גבול¹; וכמו־כן עמדה לה תביעה בשל הפרת חוזה. בשיטות משפט אחרות מיוצגת הדעה השוללת מן הבעלים זכות חוזית להחזרת המושכר בתום השכירות, בראותה את זכותם אך ורק כזכות בעלות. אך סעיף 20(א) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, נוגד השקפה כזאת.

בעובדה שהתביעה היתה מכוונת לדמי שכירות ראויים לא סגי כדי לסווג אותה כתביעת "עשיית עושר". דמי שכירות ראויים ייתכן שמגיעים גם בתביעת נזיקין או בתביעה חוזית. זה יהיה המקרה כאשר הנזק הנגרם לנפגע הוא (כולו או מקצתו) בכך שמנעו ממנו להשכיר את נכסו. כלומר, השכר הראוי יבוא כאן בחשבון בתורת פיצוי הנזוק, ולא בתורת התעשרותו שלא כדין של הנתבע.

למעשה, סימן לכך, שכוונת המשכירה היתה לתביעת עשיית עושר ולא לתביעה אחרת יש למצוא בכתב־תביעתה, שבו אמרה שהיא שומרת לעצמה את הזכות לתבוע דמי־נזק בתביעה נפרדת². אמנם, מצד אחד, לשם קביעת השכר הראוי הסתמך פרקליט המשכירה על סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970³. אבל בית המשפט ראה בכך טיעון שבטעות יסודו ולא גילוי המאפיל על כוונתה הנ"ל של המשכירה, כלומר הכוונה לתביעת "עשיית עושר".

בפסק דינו הרחיב בית המשפט העליון את הדיבור על עניין אחרון זה, ואולם השאיר שם בצל את העניין העקרוני של קיום הזכות לדמי שכירות ראויים. ייתכן כי, להכרעת הפרשה הנידונה, לא היה צורך בקיומו של דין השכר הראוי, כיוון שבבית משפט השלום הסכימו ביניהם הצדדים על כך ("... [הצדדים לא יביאו ראיות נוספות ויבקשו מבית־המשפט לקבוע את דמי־השכירות עבור המושכר במשך תקופה של שנה, בין

1 ראה להלן, סעיף ד.

2 ראה בפסק הדין, עמ' 22.

3 להלן: חוק התרופות.

התאריכים 6.10.1973 — 15.12.1974". אך פסק הדין מתייחס לזכות זו כאל זכות הגובעת מן הדינים ולא מן ההסכם בלבד, ומשום כך היה רצוי שידון בדבר יסודה. מה גם שאין הבעיה מוסדרת בחקיקה הישראלית, ואשר למקורות האפשריים האחרים, ספק אם אכן נוגעים הם לעניין או אם הם בני-תוקף עכשיו בישראל; ואין ליבון לעניין בפסיקה.

כל הנמקת פסק הדין בעניין זה מתמצית במלים: "התביעה לדמי-שכירות ראויים מקורה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, ובמקרה דנן — בגין שימוש שלא כדין שנעשה בנכס משל המערערת (ראה פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ע' 251)". גם הפניה זו סתומה במקצת, כי אין לקבוע בוודאות למה היא מתייחסת בדיוק. בעמ' 251 לספרו הנזכר של פרופ' פרידמן, מתחיל סעיף-הספר 242 ואין לדעת אם התכוון פסק הדין להפנות לעמ' 251 בלבד (שבו מוצאים אנו הפניית-יתר לסעיפים אחרים של הספר הדנים בשימוש שלא כדין בנכסי הזולת בכלל, במקרים השונים) או לסעיף 242 כולו, שבו (בעמ' 252, הערת-שוליים 38) מתייחסים לשאלה המיוחדת הנידונה בפסק הדין הנדון ומחילים עליה את סעיף 480 למג'לה. אילו היינו נוטים לפירוש האחרון, היה עלינו להתחשב בכך, שפרופ' פרידמן כתב בטרם נחקק חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, בעוד שהפרשה הנידונה בפסק הדין אירעה אחרי תחילת חוק זה. לא ניתן אפוא לשחזר את השיקול שבית המשפט העליון לא גילה, ועלינו לחזור ולדון בכל היבטי העניין. הדיון יהיה כפול: אם יש במג'לה ובמשפט האנגלי דינים הנוגעים לעניין, ואם דינים כאלה עודם בתוקף בישראל.

ב. הסעיפים 480 ו-472 למג'לה

לפי סעיף 480 למג'לה "סירה ששכרה לזמן ידוע, וכלה הזמן בעודה בדרך, נמשכת השכירות והולכת עד שיגיעו לחוף, ועל השוכר לשלם את השכר הראוי, בעד הזמן העודף"⁴. סעיף זה עשוי לחבוק את הפרשה הנידונה אם מייחסים לו את הכוח שרואה בו פרופ' פרידמן. על סמך סעיף 480 הנ"ל הוא קובע: "אדם אשר החזיק בנכס שהושכר לו, מעבר לתקופת השכירות, מבלי שהציע להחזירו בתום תקופת השכירות, יחוייב בתשלום דמי שכירות ראויים עבור התקופה שמעבר למועד המוסכם"⁵. בפרשנותו זו למג'לה מפליג פרידמן במגמת ההפשטה, שהוא מתנגד לה, כידוע, ביחס לקודיפיקאציה הישראלית. מצדנו מסכימים אנו שאין לפרש את סעיף 480 כמתמצה בדוגמתו הימית. עשוי להיכלל בו, למשל, שוכר מכונית שעמד להחזירה לקראת המועד לפקיעת השכירות ומצא את הכביש חסום משום פגע טבעי או משום פקודת השלטונות. אבל לא היינו מגיעים עד הכללת מקרה של פיגור, פשוטו כמשמעו. אילו היתה למג'לה כוונה כזאת, לא היתה נזקקת לדוגמת הסירה בדרך שאינה הדוגמה המצויה ביותר של החזקת המושכר מעבר לתום השכירות מצד שוכר. נראה כי הנימוק לבחירת הדוגמה היא ההתחשבות בנסיבות שגרמו לאיחור, נסיבות שבהן יש איזה יסוד של אונס בידי שמים. משום כך לא תהול ההוראה אלא על מקרים *eiusdem generis*.

4 לפי תרגום פרומקין, מג'לה (הוצאה שלישית, ירושלים, תשי"ב).

5 שם, בעמ' 252, הערת-שוליים 38.

בפירושו למגילה מביא עלי חידר דוגמה של בהמה שתקופת שכירותה נסתיימה באמצע המדבר. דוגמה נוספת שלו (שדה שנשכר להחילת עצי [פרי] והפרי טרם צמח במועד פקיעת השכירות) שייכת, יותר מאשר לסעיף 480, לסעיף 526, המביא מקרה מקביל, בדאגה שלא תסוכל מטרת החווה בשביל השוכר. דוגמה שלישית של עלי חידר נוגעת ל"שכירות אדם": מינקת הרוצה לעזוב בתום תקופת השכירות בעוד שהתינוק מסרב לינוק משדיה של כל מינקת אחרת.⁶ אך גם הדוגמאות החורגות ממסגרת סעיף 480 הובאו משום נסיבותיהן הבלתי תלויות בשכירות השוכר והדורשות בעיני עלי חידר את הארכת היחס.

הוראה אחרת במגילה שטענו את תחולתה בפרשה שבה היה פיגור דייר בהחזרת המושכר אחרי צו פיגור, היא הוראת סעיף 472: "מי שהשתמש בנכסי אחר שלא לפי קשר ושלא ברשות, הרי אם היה זה דבר העושה פירות, חייב הוא בשכר הראוי, ואם לא — פטור [...]". את הטענה הזאת דחה בית המשפט בע"א 255/49 בקבעו:

"לדעתנו, ההלכה הקבועה בסעיף 472 של המגילה אינה חלה על המקרה שלפנינו. הוראות הסעיף הזה חלים במקרה של שימוש בנכסי אחר שלא לפי קשר חוזי ושלא ברשות בעל הנכס, ואולם במקרה הנידון היתה תחילת השימוש ברשות ובקשר".

אמנם אפשר להשיג על דברים אלה, כי, אף אם (בפרשה הנדונה או וכן בפרשה הנידונה עכשיו בבית המשפט העליון) תחילת השימוש היתה ברשות ובקשר, עובדה היא כי, בזמן שביחס אליו תובעים הבעלים שכר ראוי, לא היתה רשות והקשר פקע ולכן לא היה קיים; ולפיכך מפרש עלי חידר את ההוראה.⁷ מצד אחר, לפי לשונה, מסתבר כי הוראת סעיף 472 מתייחסת למקרה שלא היה קשר אף קודם, יותר מאשר למקרה שהקשר פקע. מבחינה חברתית שני המקרים אינם היינו הך. ביניהם קיים גם ההבדל שרק כאשר היה חוזה והשוכר הפר אותו באי-החזרת המושכר במועד (כך גורס גם סעיף 591 למגילה) עומדת למשכיר תביעה חוזית.

ג. ביטול הסעיפים הנ"ל

הסבורים כי, על אף השיקולים הנ"ל, הסעיפים 480 ו-472 למגילה כשלעצמם הם בעלי-תחולה על הפרשה הנדונה יראו טעם לעמוד על השאלה (ואין אנו יודעים אם

6 דרר אליהבאם, פירושו של עלי חידר למגילה (בתרגומו הערבי של פהמי אל-חסיני (ביירות—בגדאד, ללא ציון שנה) 468. את המידע על דברי עלי חידר אנו חייבים לאדיבותו של ד"ר יעקב מירון.

7 תרגום פרומקין (לעיל, הערה 4).

8 ראם נ' מנאם, פ"מ ז 475. אך ראה ע"א ת"א 166-8/51 נסבאום נ' מרגלית, פ"מ ה 269 ות"א ת"א 2467/52 דומנברג נ' דומנברג, פ"מ ט (תמצית) 123, שכנראה נותנים פירוש שונה לסעיף 472. השווה, בקשר עם סעיף 596 למגילה, את דברי השופט אולשן בע"א 632/61 "שקידה" נ' רשות הפיתוח, פ"ד טז, 1493, 1497.

9 שם, בעמ' 457.

גם פסק הדין שלפנינו לא נמנה עמם) אם בוטלו על-ידי חוק השכירות והשאלה — תשל"א-1971.¹⁰

סעיף 32 לחוק השכירות הנ"ל קובע: "הספר השני של המג'לה, במידה שהוא מתייחס לשכירות נכסים — בטל".

אשר לסעיף 480, לכאורה הוא מתייחס ל"שכירות נכסים", לפי המלים שבו "מוארכת השכירות". בכל זאת, יטען הטוען כי בין הארכת השכירות ובין קביעת שכר ראוי קיימת סתירה: אילו הוארכת השכירות היה מקום לתשלום דמי השכירות לפי המוסכם. משום כך יטען, כי לפי ההוראה הנדונה מקיימים את השכירות רק למראית-עין — כיוון שעל הפרשן להעדיף את חלקה האופראטיבי של ההוראה (דמי שכירות ראויים) על-פני השקפתה העיונית גרידא (הארכת השכירות).

ואולם, סבורים אנו כי הפרשן אינו נאלץ — ומשום כך אינו רשאי — לבחור בין שני אלה, ולכן להתנכר להשקפת המג'לה בדבר הארכת השכירות. אף אם, לעומת השקפה זו, קביעת השכר הראוי עלולה להיראות בלתי עקיבה, אין צורך להתנכר לה. נאמר שלפנינו פיקציה שלפיה תיחשב השכירות מוארכת במשך הזמן הנוסף שבו קיימות הגסיבות הנדונות בחוק — ועבור זמן זה חייב השוכר לשלם שכר ראוי על-פי הוראת החוק. מצד אחר, הואיל ומדובר בהארכת השכירות, כל יתר תניות השכירות המקורית תישמרנה בתקופת הנוספת. גם בשיטות משפט אחרות יש תמיד מידה מסוימת של פיקציה בהוראות החוק הדיספוזיטיביות הנוגעות לחוזים, כאשר הן נחשבות כחלק בלתי נפרד מן ההסדר החווי, כאילו הצדדים הסכימו להן רק משום שלא סטו מהן.

לפי שיקולנו הנ"ל נראה לנו כי סעיף 480 למג'לה נתפס בנוסח הביטול שבסעיף 32 לחוק השכירות הישראלי. אך ספק אם, לפי פירוש דווקני לסעיף 32, אפשר לאמר אותו הדבר לגבי סעיף 472 למג'לה. כיוון שבסעיף 472 מניחים שאין קשר חוזי וקובעים שכר ראוי, לכאורה לא מדובר בו ב"שכירות נכסים". התומכים בפירוש זה יראו טעם לאי-הביטול בשיקול שהמחוקק הישראלי עדיין לא חוקק הוראות משלו באותו עניין, בחוק השכירות עצמו או בכל חוק אחר.

ברם, פרשנות דווקנית כזאת אינה הולמת את כוונת המחוקק המסתברת. כלפי המג'לה נהג תמיד המחוקק הישראלי בביטולים כוללניים, גורפים, ולא דאג שלא יחולו לאקונות בשיטת משפטו. למשל, סעיף 16 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ביטל את הספר העשירי של המג'לה — לרבות הכללים על ריבוי נושים וחייבים, כללים שלא הוחלפו בשום הסדר ישראלי עד חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. בסייג שבסעיף 32 לחוק השכירות עלינו לראות את הדגש, לא במלה "שכירות", אלא במלה "נכסים". הסייג מכון לשכירות שאינה שכירות נכסים כי אם "שכירות אדם" (שכירות פועלים ושכירות אומנים), הנכללת גם היא בספר השני למג'לה. והנה,

10 בע"א 238/66 סייגני נ' אקאצו, פ"ד כא (1), 7, 28, העלה השופט הלוי את הדעה כי ייתכן שאבד כלח על כל הסייגים והמגבלות לתביעת שכר ראוי לפי הסעיפים 472 ו-596, לאור סעיף 41 (סעיפים 29-30 לפי הנוסח החדש) לפקודת הנויקין. יסוד לדעה זו נראה להיות בהנחה כי הוראות המג'לה הנ"ל הן הוראות נויקין. אך אלה מבוססות על "תורת שווייזר-המשקל". ראה: Chéhata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman hanefite* (Paris, 1969) 67.

אנו קוראים ב"דברי ההסבר" לסעיף 26 להצעת חוק השכירות, תש"ל-1970 (= סעיף 32 לחוק): "הספר השני של המג'לה דן גם בשכירות נכסים וגם ב'שכירות אדם'. ההוראות בענין שכירות אדם יבוטלו בחוק מיוחד על חוזה עבודה"¹¹. חוקה על הכנסת שהיא קיבלה את סעיף 32 לחוק השכירות לפי המשמעות הזאת שייחסו לו מחבריו.

מדוע כללה המג'לה את ההוראות הנדונות בספר השני המכונה "על השכירות"? בוודאי משום שראתה אותן כדבר טפל הנקשר עניינית לנושא העיקרי של ספר זה, והנאמר אגב אורחא. לפיכך, התכוון גם המחוקק הישראלי לכלול בביטולו את הטפל יחד עם העיקר. דעה זו מקבלת אישור מדברי השופט שרשבסקי בע"א 139/76¹². בדונו בטאלה אם מגיע שכר ראוי עבור שימוש בנכס דלא נידי על יסוד חוזה שכירות שבגלל אי-רישומו בספרי האחוזה יש לחשבו כחסר חוקה, מתחשב הוא בכך, שמדובר במעשים שהיו כאשר הוראות המג'לה "עוד היו בתוקף".

ד. הסגת-גבול והתביעות הנובעות ממנה

בספרו של פרופ' פרידמן, במקום המצוטט בפסק הדין ובמקומות אחרים, נדונה זכות הבעלים לשכר ראוי בגין "שימוש שלא כדין" בנכסם, לפי המשפט האנגלי הנקלט בארץ. לכל הפחות, לוקה כינוי זה לנושא בהכללת-יתר (כמו הקביעה הנ"ל בקשר לסעיף 480 למג'לה). "עשיית עושר" לפי המשפט האנגלי בוודאי אינה מתייחסת לכל שימוש שלא כדין בנכס הזולת; ולא התכוון פרידמן ל"שימוש שלא כדין" כמו זה, למשל, הנדון בסעיף 16 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971.

אפשר כי מפר חוזה הפיק רווח בנצלו נכס של הנפגע, ואפשר שהפיקו, גם כן בשל הפרתו, באופן אחר. בשני המקרים (ולא רק בשני) אין הדינים האנגליים מוכיחים את הנפגע בזכות כעין-חווית.

באומרו "שימוש שלא כדין" התכוון פרופ' פרידמן לשימוש תוך ביצוע נזיקין¹³; כלומר, לא לשימוש בעוול, סתם, כי אם לשימוש בעוול. זהו התנאי הראשון הדרוש. ברם, האם סגי בכך כדי לבסס תביעה לשכר ראוי בשל עשיית עושר, כלומר, לא תביעה לשכר ראוי המבוססת על הנזק שנגרם לתובע כי אם על התעשרות הנתבע?

בפרשה הנידונה קיים התנאי הראשון שאמרנו, כי, לפי ההגדרה הניתנת להסגת-הגבול במקרקעין בפקודת הנזיקין, יש בה משום עוולה זו. אמנם במשפט האנגלי קיימת דעה מוסמכת שאינה רואה ב"holding over של שוכר מקרקעין (lessee) משום

11 ה"ח 901 (תשל"ל) 2994. השווה סעיף 9 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 ("בענינים שחוק זה דן בהם לא יוחל הספר השני של המג'לה"), וסעיף 16 להצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968 ("בענינים שחוק זה דן בהם לא יוחל הספר השני של המג'לה") (ה"ח 791 (תשכ"ח) 384). ב"דברי ההסבר" להצעת החוק לביטול דינים עותמאניים, תשל"ב-1971, נאמר כי עלי-די חוקי המדינה נתבטלו או עומדות להתבטל ההוראות הבאות של המג'לה: "[...] ספר שני — על השכירות, סעיפים 404 עד 611 [...]"] (ה"ח 978 תשל"ב, 149).

12 אותיר נ' לוי, פ"ד לא (3) 29, 33.

13 ראה שם, סעיף 50, בעמ' 43.

trespass. לפי דעה זו הוכחות להחזקה — להבדיל מהחזקה בפועל — אין בה משום ביסוס לתביעת הסגת-גבול¹⁴; והשוכר הממשיך להחזיק — להבדיל מבר-רשיון הנשאר במקרקעין — אינו מבצע הסגת-גבול¹⁵. אך שלילת ה-trespass אין פירושה שלילת תרופה בנוזיקין לבעל מקרקעין שלא הוחזר לו המושכר — כאשר רואים אותו וכאי לתבוע תביעת dispossession¹⁶. אלא שפקודת הנוזיקין איחדה את שתי אלה, trespass ו-dispossession, בעוולה אחת בשם trespass (הסגת-גבול) במקרקעין, והגדרתה להסגת-גבול במקרקעין (להבדיל מהגדרתה להסגת-גבול במיטלטלין) כוללת בבירור גם את המשכת ההחזקה של השוכר.

במשפט האנגלי מעוולת הסגת-גבול במקרקעין עשויה לנבוע, מלבד תביעת נוזיקין, תביעה בגין עשיית עושר לפי התורה המכונה תורה על מחילת העוולה (waiver of tort). ברם בתביעה זו הנפגע משום הסגת גבול במקרקעין יוכל לקבל (מלבד פיצוי בעד נזק אחר שסבל) כסף בעד כסף או שווה כסף שקיבל מסיגת-גבול כדמי-שכירות או שהפיק באופן אחר ממקרקעין, אך לא דמי שכירות ראויים.

שכר ראוי במסגרת רווחי ביניים (mesne profits) יוכל בעל מקרקעין לקבל דווקא כתביעת הנוזיקין שלו. כפי שמעיר פרופ' פרידמן עצמו¹⁷, זוהי אנומאליה, שמקורה בתולדות המשפט האנגלי, כי תביעה המכוונת לרווח שהפיק המעוול או לשכר ראוי בשל החזקתו תסווג כתביעת נוזיקין ולא כתביעה כעין-חוזית המבוססת על עשיית עושר, לפי מהותה מבחינה אנאליטית; אך זהו המצב במשפט האנגלי.

כללו של דבר. מהסגת-גבול במקרקעין לפי המשפט האנגלי עשויה לנבוע גם תביעה לשכר ראוי וגם תביעה בשל עשיית עושר; אך התביעה לשכר ראוי אינה תביעה בשל עשיית עושר והתביעה בשל עשיית עושר אינה תביעה לשכר ראוי. במשפט האנגלי תביעה לשכר ראוי (כתביעת התעשרות) בשל שימוש בנכס הזולת אינה בנמצא, ולכן מן הנמנע לקולטה ממנו.

משום כך אנו ושארם תמהים למה התכוון פסק הדין בקבלו תביעה שראה אותה כמבוססת על עשיית עושר והבדיל אותה מתביעת פיצויים.

מכל מקום, עלינו לשאול את השאלה: האם, אף אם לא במסגרת "עשיית עושר" — כפי שהניח פסק הדין — היה סיפק בידי המשכירה לתבוע שכר ראוי? לשון אחר: האם "רווחי הביניים" (לרבות שכר ראוי) נקלטו בדיני הארץ ועודם קיימים במשפטנו?

ה. דינים אנגליים שלא נקלטו בארץ או שבוטלו

לפי דעתנו, דין "רווחי הביניים" מעולם לא נקלט בארץ. לא בתור פירוש לפקודת הנוזיקין, לפי סעיף 1 (של הנוסח החדש) ולא בתור השלמת לאקונה שלה. לא היה מקום לפירוש כג"ל, משום שאין בפקודת הנוזיקין שום כלל שאפשר לפרשו, כשלעצמו, לפי אותו הדין — אף כאשר "הפירוש האנגלי" היה מוטל על הפרשן, בטרם נחקק

14 ראה: Winfield & Jolowicz, *Tort* (10th ed., 1975) 303.

15 Winfield & Jolowicz, *loc. cit.*; Fleming, *Torts* (4th ed., 1971) 48.

16 ראה: Salmond, *Torts* (16th ed., 1973) 41.

17 סעיף 51, בעמ' 43-44.

החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972.¹⁸ גם לא היה מקום להשלמת לאקונה, משום שכללי הפקודה בענייני "נוק", "נוק ממון" ו"פיוזים" (סעיפים 1 ו-76) וכל ההסדר של "פרק ה': תרופות לעוולות" שקולים כנגד "הסדר שלילי" ביחס ל"רווחי ביניים", שהם בגדר יוצא דופן אף במשפט האנגלי. בכל זאת, נניח שאנו טועים בדעתנו זו ושהדין האנגלי הגדון אכן נקלט בשעתו. האם במקרה זה האריך ימים עד הלום?

נשאלת השאלה אם לא בוטל מפני סעיף 160 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הקובע: "בענייני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947".¹⁹ הדין על "רווחי הביניים" הוא דין מקרקעין, כיוון שיש לו תחולה על מקרקעין בלבד. ואפילו לא היה מוגבל למקרקעין בלבד, יש לשים לב כי הוראת סעיף 160 אינה דוחקת רק את רגלי דיני המקרקעין האנגליים, כי אם את כל הדינים האנגליים באשר ובמידה שהם נוגעים למקרקעין. כלומר, הדינים שאינם נוגעים למקרקעין בלבד נדחים במידה שנוגעים לענייני מקרקעין.²⁰

יש להעיר כי חוק המקרקעין²¹ עושה שימוש במוסד השכר הראוי. זכות הבעלים לשכר ראוי ממסיג-גבול במקרקעיהם נראית לנו להיות "עניין מקרקעין", כיוון שהיא שייכת להם על סמך זכותם במקרקעיהם.

בע"א 284/65²² בעניין דיירות חוקית תבעו הבעלים דמי נזק או שכר ראוי (בשיעור העולה על שכר הדירה המשחלם להם לפי החוק) עבור פרק הזמן שבו החזיקו הדיירים בדירה לאחר שאבדה להם הגנת הדייר. בית המשפט דן בשאלה מבחינה נזיקית בלבד ודחה את תביעת הבעלים הנ"ל בשיקול שהם לא היו מקבלים משוכרים אחרים את הסכומים שטענו בתביעתם. פרופ' פרידמן²³ מבקר את פסק הדין מבחינה כעין-חוזית, בשיקול שעמדה לרשות הדיירים דירה שההנאה ממנה היתה שווה להם יותר מדמי השכירות לפי החוק. מכוח שיקולנו דלעיל לא היתה הביקורת מוצדקת אף לפי הזמן שבו ניתן פסק הדין; ומכל מקום, אף אם היתה מוצדקת לפי אותו הזמן, שמטה הקרקע מתחתיה לפי הדין הנוהג בזמן שבו פירסם פרופ' פרידמן את ספרו, כאשר כבר נחקק סעיף 160 הנ"ל.

18 דעה שונה הביע או השופט הלוי בע"א 238/66 טייכנר נ' אקראז, פ"ד כא (1) 7, 28. וראה גם הרמז שבע"א 139/76 אפיר נ' לוי, פ"ד לא (3) 29, 34; וכן פרידמן בעמ' 47-48. סברה זו נובעת מאי-הבחנה בין פירוש אנגלי לדברי הפקודה (כפי שהיו מפרשים אותם באנגליה אילו נחקקו בחיקוק אנגלי) ובין ההסדר שהמשפט האנגלי נוקט מצדו למעשה בעניין זה או אחר הנכלל בהסדר הפקודה.

19 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד-1974) 25, וכן פרידמן בעמ' 253, הערה 40, דגים אמנם בנפקות סעיף 160 הנ"ל אגב עניינים אחרים, אך לא באלה הנדונים כאן. 20 זהו המקרה בעניין ה"מחילה על עוולה", שהיא דין כללי, בעל תחולה על כל עוולה שלפי טיבה עשויה להשפיע טובת הנאה על המעוול. דין זה לא יחול אפוא בענייני מקרקעין, אך הוא עשוי לחול עוד בענייני המיטלטלין, כיוון שבחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, אין סעיף מקביל לסעיף 160 שבחוק המקרקעין. בעוולות המיטלטלין המתאימות יוכל הנפגע (לרבות משכיר שלא הוחזר לו המושכר במועד) לתבוע תביעה כעין-חוזית במקום תביעת נזיקין או תביעה חוזית.

21 ראה סעיף 24 וסעיף 33.

22 ש"ן נ' זליג גרומז, פ"ד כ(1) 577.

23 שם, בעמ' 267, הערת-שוליים 100.

בסיכום, למשכיר המבקש לתבוע תביעת "עשיית עושר" לדמי שכירות ראויים לפי דינינו הנוהגים לא יעמדו רווח והצלחה, לא מגורן המגילה ולא מן היקב האנגלי. בגורן הזאת, הדרוש לו לא היה אולי מעולם, ומלבד זאת בעניין הנדון הוציאה מכלל שימוש; וליקב הזה לא ניתן לו לגשת, מאז או לפחות מתחילת חוק המקרקעין.

ו. היחס בין תביעת "עשיית עושר" ובין תביעת פיצויים

בפסק הדין הנדון, ע"א 889/75, מדגישים את ההבדל בין תביעת השכר הראוי כאשר היא תביעת "עשיית עושר" ובין תביעת פיצויים:

"בא-כוח המערערות [כלומר, המשכירה] גישה לקשור את השאלה הנ"ל [שאלת גובהם של דמי-השכירות הראויים] לשאלה מהו הפיצוי שהייתה המשיבה לשלם למערערות לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. טענה זו יסודה בטעות. הזכאות לפיצויים, לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), מניחה קיומו של חוזה אשר הופר על-ידי אחד הצדדים לו, הפרה שיש עמה נזק הראוי לפיצוי לפי הקריטריונים והמבחנים המוצבים באותו הסעיף. [...] המערערות לא תבעה מהמשיבה פיצוי בגין הפרת הסכם השכירות שהיה ביניהן לפי סעיף 10 לחוק הנ"ל, ואף לא תבעה את הפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם ביניהן, בגין אי-פינוי המושכר בזמן, כי אם את דמי השכירות הראויים בגין התקופה בה החזיקה המשיבה מעבר להסכם. בין זה לבין תביעה לפיצוי בגין נזק שאירע כתוצאה מהפרת חוזה, לפי סעיף 10 לחוק הנ"ל, או לבין תביעת פיצוי שהוסכם ונקבע מראש, לפי סעיף 15 לחוק הנ"ל, אין ולא דבר [...] בכתב-התביעה עצמו שמרה לעצמה המערערות במפורש את הזכות לתבוע מן המשיבה, בתביעה נפרדת, את הנזקים שנגרמו לה עקב הפרת ההסכם [...] ותביעה כזו היא היא אשר ניתן לסמוך אותה על סעיפים 10 או 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)"²¹.

מדברי פסק הדין האלה נובע לכאורה כי שתי התביעות, אחת לשכר ראוי והשנייה לפיצויים בשל הפרת חוזה, הן שתי תביעות מקבילות שביניהן "אין ולא דבר". כמובן, כל תביעה הזאת, מה הם היחסים בין תביעה חוזית לפיצויים ובין תביעה כעין-חוזית לשכר ראוי, אין לה קיום בעיני השוללים את השנייה לפי המשפט הנוהג עתה בישראל. אבל גם בעלי הדעה ההפוכה בעניין השכר הראוי יתקשו לקבל את גירסת בית המשפט העליון המשתקפת בקטע מפסק הדין שהבאנו לעיל, על כל היבטיה ועל כל המסקנות שאפשר להסיק ממנה.

נניח שפסק הדין צודק בהנחתו שקיימת בישראל תביעה בשל עשיית עושר ומכוונת לשכר ראוי — או שידובר במקרה אחר שבו, גם לדעתנו, עומדת לתובע גם תביעת "עשיית עושר" וגם תביעת פיצויים — ונעיין בשיקוליו הנ"ל של בית המשפט. אמנם שתי הזכויות, הזכות להשבה (או לשכר ראוי) והזכות לפיצויים, שונות זו מזו לפי מהותן ולפי יסודן תכלית שינוי. במצב הנדון גם דין החוזים ודין הנוזקים, מצד אחד, וגם דין "עשיית העושר", מצד אחר, רואים צורך באיזון לשם החזרת שיווי-המשקל,

אך כל אחד מבחינתו שלו: דין החוזים (ודין הנוזיקין) על-ידי פיצויים כנגד התרששות המשכיר, ודין "עשיית העושר" על-ידי תמורה כנגד התעשרות השוכר על חשבון המשכיר. אלא ששכר ראוי ופיצויים הם שתי צורות הגנה על אינטרס אחד (החזרת המושכר במועד) ולפי המשפט האנגלי לא ייתכן כי בעל האינטרס יקבל את השתיים וכי הזולת יחויב לפי שתיהן. אילו צורפו שני האיוונים הנ"ל, במקום להחזיר שיווי-משקל, היה יוצא אי-אזון הפוך. לפיכך אין להעלות על הדעת שיצליח תובע באחת משתי התביעות, תביעת הפיצויים או תביעת התמורה, אם כבר בא על סיפוקו לפי האחרת. אדרבא, גם אם מה שקיבל על סמך התביעה שהגיש בראשונה נופל ממה שהיה מגיע לו לפי התביעה האחרת, זאת לא תתקבל, לא במלואה ואף לא בעד העודף. בסעיף 77 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] העיקרון "אין נפרעים אלא פעם אחת בלבד" בא לידי ביטוי במקרים שבהם אחת מן החלופות היא תביעת נוזיקין. במסגרת פקודת הנוזיקין לא היה מקום לדון בדבר הברירה בין תביעת חוזית ובין תביעה כעין-חוזית, אבל אין ספק כי גם כאן יחול העיקרון במלואו. לכל היותר אפשר להעלות על הדעת את הסייג שלפיו גם לאחר שהנפגע בא על סיפוקו בתביעה כעין-חוזית תיתכן תביעת פיצויים חוזית כאשר תביעה זו נובעת מפגיעה באינטרס שונה מזה שהיה ביסוד התביעה הראשונה.²⁵

ז. המשכת השכר לפי שיעורו המוסכם בשעתו

בע"א 255/49 הנ"ל, בדחותו את התביעה לשכר ראוי העניק בית המשפט במקום זה לבעלים דמי שכירות במידה המוסכמת אף לגבי התקופה שמעבר לפקיעת הדיירות המוגנת.

"העובדה שהוגשה תביעה לפינוי וגם ניתן צו פינוי — קבע בית המשפט — אינה משנה את המצב והמשכיר רשאי לקבל את דמי השכירות המוסכמים כל עוד לא הוחזר המושכר להחזקתו. אמנם על-ידי הגשת התביעה לפינוי מביע המשכיר את רצונו לסיים את יחסי השכירות, וצו הפינוי נותן לו את הרשות להוציא את הדייר מן המושכר, ואולם השוכר, על-ידי שאינו מפנה את המושכר, מונע אותו מלהביא את יחסי השכירות לגמר והדבר מחייב אותו לשלם את דמי השכירות בשיעור המוסכם כל זמן שהמושכר לא פונה בפועל"²⁶.

אילו צדק פסק דין זה לפי הדינים של אז, קרוב לוודאי שאותו הפתרון היה נכון גם לפי הדינים הנוהגים עכשיו. אך, למעשה, נראה שלא כך הדבר, או ועתה. נראה לנו כי מסקנת פסק הדין אינה תואמת את דיני הדיירות החוקית ואת דיני השכירות החוזית גם יחד. מיום פקיעת היחס (החוקי או החוזי) אין יסוד לתביעת השכר שהיה מגיע אילו היה היחס בתוקפו. במה ינוגע לשכירות החוזית במיוחד, כיצד יש לראות חוזה שכירות כנפקע במועד מסוים ויחד עם זאת לבסס עליו דמי שכירות

25 השווה, לגבי המקרים הנדונים בסעיף 77 הנ"ל, ברק בספרנו הקיבוצי, טדסקי, אנגלרד, ברק חשין, דיני הנוזיקין (מהדורה שנייה, תשל"ז), 3858, עמ' 637.

26 בעמ' 477.

מוסכמים על-פיו אחרי מועד הפקיעה? היה דרוש כלל מיוחד שיקבע את זאת. בשיטות משפט אחדות אכן נקטו את הפתרון הנדון, אך לשם כך הצטרפו להכניס כלל מפורש²⁷. כמובן, דחיית השכר המוסכם בתור שכזה אינה מונעת כי הפיצויים המגיעים למשכיר ייקבעו למעשה בשיעור השכר המוסכם בשעתו — כפי שהערגו לעיל שאין מניעה כי במקרה המתאים פיצויים אלה ייקבעו בשיעור השכר הראוי.

ח. ההסדר הרצוי

יהיה המשפט הנוהג אשר יהיה, כדאי לדון בשאלה גם לפי הדין הרצוי. האם, בעניין שוכר הממשיך ומחזיק במושכר מעבר לתום השכירות, יש להסתפק בדיני החוזים ובדיני הנזיקין, או האם רצויה הוראה שתטיל על השוכר תמורה (בצורת שכר ראוי או בהארכת השכר המוסכם בשעתו)? במקרה שהתשובה על שאלה אחרונה זו תהיה חיובית, יש מקום לשאלות נוספות: מה עדיף ממה, שכר ראוי או שכר מוסכם; אם הזכות לתמורה תגיע למשכיר אף כאשר אין לשוכר אחריות לפיצויים לפי דיני החוזים ולפי דיני הנזיקין; וכאשר קיימת אחריות השוכר לפיצויים, מהו היחס הרצוי בין שתי זכויות המשכיר.

פתרונות שנאלצנו לדחות מבחינת הדין המצוי ראויים אולי להתקבל לפי הדין הרצוי. יש לצאת מן הקביעה כי המשך להחזקת השוכר במושכר, כאשר זה כבר היה צריך להיות מוחזר למשכיר, מצדיק גישה לעניין מבחינת "עשיית עושר" והטלת תמורה הוגנת על השוכר אף אם המשכיר לא סבל נזק או שנוקו נפל מן התמורה ההיא. כמו-כן הוא מצדיק שהתמורה הנדונה תגיע למשכיר גם כאשר השוכר אינו אחראי לפיגור (למשל, כאשר לא יצא במועד מן הדירה משום מחלה, שלו או של אחד מבני משפחתו) ולכן הוא פטור מחובת הפיצויים (סעיף 18 לחוק התרופות).

לעומת ניגוד אפשרי זה בין חובה מחמת "עשיית עושר" ובין חוסר חובה מחמת הפרת חוזה, אין לצפות ניגוד מקביל בין "עשיית עושר" ובין הסגת-גבול אם עוד תהא מוסדרת כמו עכשיו, וזה משום אופייה האובייקטיבי של הסגת-גבול על-פי המסורת האנגלית. אך אפשר שבעתיד יתקדם המשפט הישראלי בכיוון ההפרדה בין תביעות קניין ובין תביעות נזיקין, ובעוד שימשיך ויקיים את הסעיפים 16 ו-17 לחוק המקרקעין, יתנה גם במקרה שלנו את האחריות בנזיקין בקיום אשם מצד מסיג-הגבול. אז, אם תוכר תחולת "עשיית עושר" על ענייננו, יהיה ניגוד בולט בין השניים, בדומה לניגוד הנ"ל ביחס לסעיף 18 לחוק התרופות.

נפקותה המעשית של הגישה הכעין-חוזית היא גם בהבטחת טובת-הנאה מסוימת למשכיר אף כאשר בתביעת פיצויים חוזית או נזיקית לא היה מקבל מאומה משום שלא סבל נזק, או היה מקבל פחות. בנדון זה יש להעיר כי תועלתה של התרופה הכעין-חוזית רבה יותר ככל ששיטת המשפט אינה דוגלת בהערכת נזק מופשטת והיא דורשת את הוכחת הנזק שנגרם לתובע למעשה. כיוון שזאת, עקרונית, היא נטיית שיטתנו המשפטית, בולטת נפקות התרופה הכעין-חוזית לעומת התרופות החוזית והנזיקית.

27 ראה סעיף 577 לסה"ח הגרמני; סעיף 1591 לסה"ח האיטלקי.

בעניין ה"מינימום" הזה המובטח לבעלים נקשרת השאלה על היחס בין תביעות שונות שתעמדה למשכיר. לא היינו קובעים איסור על המשכיר שיצרף דרישה מחמת "עשיית עושר" דרישת פיצויים. אמנם בסך הכל לא יהיה זכאי לקבל יותר מכדי הזכות המירבית שלרשותו מבין זכויותיו. אך העובדה שקיבל סכום מסוים מכוח תביעת פיצויים אין אנו רואים שצריכה להיחשב כמניעה שיקבל את העודף המגיע לו לפי תביעת "עשיית העושר". ובדומה היה כדאי לקבוע גם במקרה ההפוך.

אשר לברירה בין שכר ראוי ובין שכר מוסכם, ממליץ על העדפת השני דבר מעשיותו, כי הרי זהו קריטריון פשוט שברוב המקרים להפעלתו אין צורך בהיזקקות לבית משפט. ובוודאי מוצדק לחייב את השוכר כי, במשך הזמן שהמושכר כבר היה צריך להיות מותווה למשכיר ואילו נמשך להיות בהחזקתו, ימשיך וישלם את השכר שהיה חייב במשך הזמן שבו היה זכאי להחזיק בו.

על הסדר זה ישיג אולי המשיג שהוא עלול לשמש פיתוי לשוכר להפר את החווה ולא להתחזיר את המושכר במועד כדי להמשיך ולהנהיג ממנו תמורת שכר זול. אך, כאשר המשכיר סבל נזק העולה על השכר הנ"ל, יצטרך השוכר לפצותו. ואף כאשר לא תחול הנחה זו יוכל המשכיר להיזקק לדין על "עשיית עושר", אם ייקבע דין זה במשפטנו העתידי כדין כללי שיקיף גם את המקרה הנדון כאן.

כדי שהנוסח יהיה מתאים לא רק לשכירות החוזיות אלא גם לדיירות החוקיות על כל נסיבותיה, לא היינו מדברים על "דמי שכירות מוסכמים", כי אם על "השכר שהיה מגיע למשכיר, במשך פרק הזמן שאחרי פקיעת היחס ועד להחזרת המושכר, אילו היחס היה אז ממשיך להתקיים". נוסח כזה מבהיר גם שאין כוונה לאמץ את הפיקציה שהיחס הנפקע (החוזי או החוקי) יימשך אחרי פקיעתו.

הכלל הנ"ל על המשכת דמי השכירות אפשר גם להנהיג, לא במסגרת "עשיית עושר", אלא כדין הנוגע להפרת החווה; כלומר, לקבוע כי דמי השכירות ייחשבו כפיצוי מוזערי בשל אי-החזרת המושכר בתום השכירות. פיצוי מוזערי זה יהיה אז מקביל לפיצוי המזערי הנקבע בסעיף 11(ב) לחוק התרופות בעניין חוב כספי²⁸. בתור פיצוי מוזערי יוכל לתבוע אותו המשכיר ללא צורך בהוכחה שסבל נזק, ומצד אחר יוכל להוכיח שזנזקו היה רב יותר ובמקרה זה יקבל פיצוי נוסף (במקביל לדין הנקבע בסעיף 12 לחוק התרופות בקשר לסעיף 11(ב)). לעומת הגירסה הנובעת מ"עשיית עושר", לפי גירסה זו יישללו דמי השכירות הנדונים במקרה שיחול סעיף 18 לחוק התרופות.

לפי השיקולים דלעיל, מעדיפים אנו את הגירסה הכעין-חוזית (וכן מעדיפים אנו שלא לחקות חוקי ארצות אחדות הגורסים דמי שכירות כפולים). מכל מקום, אם המחוקק ינהיג את הכלל הנדון, כדאי שיבהיר אם כוונתו לגרסה זו או זו וימנע ספקות בפרשנות.

פרופ' גד טדסקי

28 לפי הגירסה הקודמת, "עשיית עושר", לוקה ההקבלה בין שני המקרים בכך, שלגבי החוב הכספי מותנית החובה שבסעיפים 11(ב) ו-12 הנ"ל באי-תחולת סעיף 18. ואולם אפשר להעלות על הדעת כי החייב חוב כספי יחויב לשלם ריבית אף כאשר אין אשם מצדו באיחור בפירעון חוב נזיל — מחמת ההתעשרות המשוערת הנובעת מהחזקתו בכסף המגיע לנושה.