

עוד על חוק השכירות ההוגנת (חוק השכירות והשאלה (תיקון), התשע"ז–2017)

מאת

רונית לוי-שנור ויובל פרוקצ'יה*

"חוק השכירות ההוגנת", שנחקק ביולי 2017, מבקש להגביר את הוודאות בשוק השכירות ולקבוע הסדרים הוגנים יותר כלפי שוכרים. אולם רבים מן ההסדרים שאימץ החוק לוקים באי-בהירות רבה באשר לתוכנם ולנפקותם. עמימות זו צפויה להרבות אי-ודאות ולא להמעטה. הסדרים אחרים לוקים בחוסר אפקטיביות, וקל לעוקפם. הרשימה ממחישה ליקויים אלה בהתמקדה בכמה הסדרים מרכזיים שבהם עוסק החוק: דרישת הכתב בחוזה השכירות למגורים; הדרישה כי הדירה תהיה מתאימה למגורים; הוראות בדבר הצד האחראי לתשלום דמי התיווך; והוראות בדבר מעמדה הקנייני של זכות השכירות.

א. מבוא. ב. קשיים בהסדרים שבתיקון לחוק. 1. דרישת הכתב והחלתו של "חוזה מצוי";
2. התאמה למגורים; 3. קנייניות השכירות; 4. נשיאה בתשלומים ודמי תיווך. ג. סיכום.

א. מבוא

מצבו של שוק הדיור בישראל, ושל שוק השכירות למגורים במיוחד, היה הגורם המניע לפריצתה של "המחאה החברתית" בקיץ 2011.¹ מקימי האוהלים בשדרות רוטשילד בתל אביב מחו על אוזלת ידם של השוכרים כלפי המשכירים ועל כוחם היחסי של האחרונים למולם. מנהיגי המחאה הדגישו את המצוקה הנגרמת לשוכרים מן העלייה הדרמטית שחלה במחירי הדיור באותם ימים, ושטרם נבלמה.² הקושי במציאת דיור מוביל, לשיטתם, לכך שנוהגים בשוכרים כחפץ עובר לסוחר, תוך שלילת זכויותיהם הבסיסיות. על רקע זה נחקק ביולי 2017 חוק השכירות והשאלה (תיקון), התשע"ז–2017,³ שהוא תיקון ראשון ומשמעותי לחוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971. עם חקיקתו זכה התיקון לכינוי "חוק השכירות ההוגנת".

* בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתנו למערכת משפטים על אתר על הערותיה.

1 Nurit Alfasi & Tovi Fenster, *Between Socio-Spatial and Urban Justice: Rawls' Principles of Justice in the 2011 Israeli Protest Movement*, 13 PLAN. THEORY 407, 408–409 (2014).

2 OECD, OECD ECONOMIC SURVEYS: ISRAEL 2018 33, Fig. 19 (2018) <http://bit.ly/2BYvXBP>.

3 ס"ח 2649 (להלן: התיקון לחוק). התיקון לחוק אושר ביום ה-17 ביולי 2017 בהחלטה של 64 תומכים, ללא מתנגדים (ד"כ ל"ה, 122–123 (התשע"ז)).

במסגרתו של התיקון נקבעו הוראות חקיקתיות, ברובן הגדול בלתי ניתנות להתנאה, הנוגעות ליחסי שוכר ומשכיר בשכירויות מסוימות למגורים.⁴ בכלל זה נקבעו הוראות באשר לטיבו של המושכר, לחובותיו של המשכיר בנוגע לתיקונים במושכר ולמידת התאמתו למגורים, לסכום הערובה ולתשלומים שייגבו משוכר ישירות, לאופן כריתת חוזה שכירות ולמעמדה של השכירות כלפי צדדים שלישיים.⁵

התיקון לחוק ביקש אפוא להקל את מצוקתם של שוכרי דירות למגורים לנוכח העלייה הדרמטית שחלה במחירי השכירות בישראל. בהצעת החוק הוצגה תכלית הסדרה החקיקתית כך:

"הסדרה כאמור נדרשת, בין השאר, לצורך הגברת הוודאות בשוק האמור לעניין החיובים המוטלים על כל אחד מהצדדים לחוזה ולעניין הזכויות המוקנות להם, ולצורך קביעת הסדרים הוגנים יותר כלפי השוכר, בעיקר כשמדובר בשוק שבו הביקוש גבוה ועולה על ההיצע".⁶

אסדרת תנאי ההתקשרות בשכירות למגורים ביקשה אפוא להגשים שתי מטרות שלובות: הגברת הוודאות בדבר חיובי הצדדים וזכויותיהם וקביעת הסדרים הוגנים יותר כלפי השוכר. אלא שהחוק מעורר קשיים רבים בהתאמתו למטרותיו, וקשה אפוא להעריך שיהיה בו כדי להגשים את השאיפות שנתלו בו.

במקום אחר הראינו, בהסתמך על תובנות מקובלות מתחום הניתוח הכלכלי של דיני החוזים ודיני השכירות, כי הרפורמה, בניגוד למטרתה, צפויה להוביל לפגיעה ברווחתם של שוכרים ולפגיעה חמורה במיוחד ברווחתם של השוכרים החלשים ביותר.⁷ כדי להיטיב עם שוכרים אין די בהסדרתן של הטבות קוגנטיות לטובתם. עצם חיובו של המשכיר להקנות להם זכויות אינו מבטיח כי הזכויות תוענקה להם בחינם. למעשה, ככל שהחוק אינו מסדיר את מחירי השכירות – וכך ראוי – כל שהוא מבטיח הוא כי שוכרים ייאלצו לרכוש הטבות מסוימות אשר משכירים ידרשו למכור. כדי שמצבם של שוכרים ישתפר, נדרש כי ערכן של הטבות אלה מנקודת מבטם יעלה על המחיר שייאלצו לשלם עבורן. אולם מטבע הדברים, אם הערך של הטבה עולה על מחירה, לצדדים ממילא אינטרס להקנותה, ואין צורך לכפות זאת עליהם. העובדה כי הטבה לא הוקנתה בחוזה וולונטרית היא עדות לכך שערכה עבור השוכר נופל ממחירה. זאת, כל עוד אין ההוראות הקוגנטיות מסייעות בהתגברות על "כשלי שוק", אם אלה קיימים. הראינו שם כי לא סביר להניח שהחקיקה שאומצה תטפל באפקטיביות בכשלים שעלולים להתקיים בשוק השכירות, ובכלל זה החשש לקיומו של כוח

4 מתחולת החוק הוחרגו שכירויות מסוגים מסוימים (למשל של מעונות), וכן שכירויות לתקופות ארוכות במיוחד או קצרות במיוחד (ראו ס' 25 לחוק השכירות והשאלה (להלן: החוק או החוק המקורי)).

5 פרק א' ס' ו' לחוק.

6 דברי הסבר להצעת חוק השכירות והשאלה (תיקון), התשע"ו–2016, ה"ח הממשלה 1406 (להלן: ההצעה או הצעת החוק). הביטוי "הביקוש גבוה ועולה על ההיצע" מתאר את הבעיה שלא במדויק. למעשה, מצוקת השוכרים אינה נובעת מכך ש"הביקוש עולה על ההיצע", אלא מכך שמחיר שיווי המשקל – המתקבל כאשר הביקוש משתווה להיצע – הוא גבוה.

7 רונית לוי-שנור ויובל פרוקצ'יה "על דיני השכירות בעידן המחאה החברתית: בעקבות חוק השכירות והשאלה (תיקון), התשע"ז–2017 (חוק השכירות והוגנת)" משפטים מט (צפוי להתפרסם, 2019).

שוק מונופוליסטי בידי משכירים, לאיתות בלתי יעיל ולקיומם של פגמים נסתרים במושכר.⁸ הדגמנו טענה זו על המגבלות שהוטלו בחוק על סכום הערובה שהמשכיר יכול לדרוש כתנאי לכריתת ההסכם, והתנאים שבהם מותר למשכיר לממש ערובה שניתנה;⁹ על חובת המשכיר לשאת באחריות לתיקונם של קלקולים, פגמים או אי-התאמות במושכר;¹⁰ על הקביעה כי מותר לשוכר, בנסיבות מסוימות, לתקן קלקולים בעצמו ולחייב את המשכיר בעלויות התיקון;¹¹ ועל הדרישה כי הדירה תהיה ראויה למגורים.¹²

ברשימה זו אנו מבקשים להצביע על כך שההסדרים שהחוק מאמץ בהקשרים שונים לוקים לעיתים קרובות בבעיות נוספות, המובילות לכך שהתיקון מתקשה לממש את תכליותיו. ראשית, חלק מן ההסדרים לוקים באי-בהירות בנוגע למשמעותם ולנפקותם. ריבויים של ליקויים כאמור עלול להגביר התדיינות משפטית ביחסים שבין שוכר ומשכיר, ודווקא להעצים את אי-הוודאות – כל זאת בניגוד למטרתו המוצהרת של התיקון להבטיח "הגנינות, סבירות וודאות ביחסים המשפטיים".¹³ שנית, חלק מן ההוראות האחרות אינן צפויות להיות אפקטיביות, ועל כן ממילא אין הן צפויות לקדם את תכלית ההוגנות שבבסיסן. את התרומה לאי-הוודאות נמחיש באמצעות דיון בשלושה הסדרים מרכזיים: מגבלות על צורת חוזה השכירות ודרכי השלמתו, הדרישה להתאמת הדירה למגורים וסוגיית מעמדה הקנייני של השכירות. להמחשת הבעיה של חוסר האפקטיביות נדון בהסדר המבקש להגביל את חיובו של השוכר בדמי תיווך.¹⁴

ב. קשיים בהסדרים שבתיקון לחוק

נפנה תחילה לבחינת שלוש הוראות המעוררות שאלות באשר למשמעותן ולנפקותן: קיבוע דרישת הכתב וקביעתו של "חוזה מצוי";¹⁵ הפיכת עילת אי-ההתאמה של המושכר למגורים לקוגנטית;¹⁶ ותוקפה הקנייני של השכירות.¹⁷ מעיון בהוראות אלה עולה כי תכליות החוק – להגביר את הוודאות תוך שיפור מצבו של השוכר – אינן מתגשמות בעניינן. בדברים שלהלן נצביע כחוט מקשר על כך שטובתם של השוכר ושל המשכיר כאחד מחייבת הקניית תוקף להסכמתם. לפיכך טובתם מחייבת קריאה מצמצמת של היקף הדרישות הקוגנטיות. ככל שאי-הוודאות שהחוק מייצר מותרת פתח של ספק באשר לאפשרות ההתנאה – למשל

- | | |
|----|--|
| 8 | ש.ם. |
| 9 | ס' 25 לחוק. |
| 10 | ש.ם, ס' 25.ח. |
| 11 | ש.ם, ס' 25.ח(ג). |
| 12 | ש.ם, ס' 25.ה. |
| 13 | דברי ההסבר להצעת החוק. |
| 14 | הוראה נוספת בסי' ר' לחוק, שבה לא נעסוק, קובעת כי משכיר שאינו מעוניין במימוש ברירה הארכת חוזה השכירות או שמעוניין בביטול ההסכם שלא בשל הפרתו, יחויב בהודעה מוקדמת על כך 90 יום לפני פקיעת החוזה (כאשר חיוב כזה של השוכר נקבע ל-60 יום בלבד) (ראו ס' 25 ו-25.יג לחוק). |
| 15 | ש.ם, ס' 25.ב, ד. |
| 16 | ש.ם, ס' 6, יד. |
| 17 | ש.ם, ס' 21(ב). |

בעניין הכתב, עילת אי-ההתאמה ועבירות הזכויות – הרי שיש לפרשה בדרך המותרת בידי הצדדים את החופש לעצב את מערכת היחסים ביניהם כרצונם.

1. דרישת הכתב והחלתו של "חוזה מצוי"

סעיף 25 בנוסף לחוק במסגרת התיקון קובע כי "חוזה שכירות למגורים ייערך בכתב ויחתם בידי המשכיר והשוכר".¹⁸ בכך סוטה לכאורה התיקון מן ההסדר הקבוע בחוק המקרקעין,¹⁹ שלפיו חוזה לשכירות קצרת טווח (שמשכה אינו עולה על חמש שנים) אינו מחויב בכתב. עם זאת סעיף 25 לחוק מבהיר כי דרישה זו לכתב אינה קונסטיטטיבית, בקובעו כי "אין באי קיום הוראה זו [דרישת הכתב – רל"ש, י"פ] כדי לגרוע מתוקפו של החוזה".²⁰ ככלל, במקום שבו דרישת כתב אינה קונסטיטטיבית, המשמעות היא כי הדרישה היא "ראייתית", כלומר שהכתב אומנם אינו תנאי לתוקפו של החוזה, אך הוא נדרש לצורך הוכחת קיומו.²¹ אולם התיקון לחוק קובע הסדר מיוחד, שמשנה את ההסדר לעומת זה החל בדרישת כתב ראייתית רגילה: על פי הסדר זה, לשר המשפטים סמכות לקבוע בתקנות "חוזה מצוי".²² אם לא מולאה דרישת הכתב, יחול חוזה מצוי זה, ובלבד ש"לא הוסכם אחרת בין הצדדים".²³

הסדר זה מעורר שאלות: ראשית, לא ברור מתוך ההסדר מה טיבה של "ההסכמה האחרת" של הצדדים, השוללת את תחולתו של החוזה המצוי. לכאורה, צדדים שכרתו חוזה בעל פה ממילא העידו על רצונם להתקשר בחוזה שכרתו, בשונה מן החוזה המצוי. מכאן עולה לכאורה כי כל חוזה שנכרת בעל פה מעיד על "הסכמה אחרת" של הצדדים ושולל מטבעו את תחולתו של החוזה המצוי. אך אם זו פרשנותה של "ההסכמה האחרת", הרי שיש בכך כדי לרוקן את ההסדר כולו מתוכן. ייתכן שיש אפוא לחפש פרשנות אחרת, המקנה להסדר שבחוק נפקות. ייתכן שאפשר לפרש את "ההסכמה האחרת" כהסכמה שהיא עצמה צריכה להיערך בכתב (אף שלפרשנות זו אין כל עיגון בלשונה של הוראת החוק). משמעותה של פרשנות זו היא כי החוזה בעל פה אינו שולל את תחולתו של החוזה המצוי, אולם אם בשלב מאוחר יותר ערכו הצדדים חוזה בכתב, הרי שהסכמתם הכתובה גוברת. הקביעה כי תחולתו של החוזה המצוי כפופה ל"הסכמה אחרת" של הצדדים נועדה אפוא אך להבהיר כי צדדים שכרתו חוזה מקורי בעל פה אינם כבולים להוראות החוזה המצוי כדין קוגנטי. החוזה המצוי יחול בעניינם כברירת מחדל, אך הם יוכלו להתנות על תחולתו באמצעות חוזה

18 ס' 25 לחוק קובע כי חוזה שכירות למגורים יכלול, בין השאר, את הפרטים המנויים בתוספת השנייה לחוק.

19 ס' 79(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

20 הדרישה הינה קוגנטית, ראו ס' 25(2) לחוק.

21 לדיון בהבחנה בין דרישת הכתב ה"מהותית" (קונסטיטטיבית) לזו ה"ראייתית", ראו למשל גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 381-384 (2005).

22 נכון לעת הזאת, מעל שנה לאחר תיקון החוק, טרם נקבע בתקנות חוזה מצוי.

23 ס' 25(ב)(1) לחוק.

שאותו יעלו על הכתב. במילים אחרות, התגברות על החוזה המצוי יכולה להיות בכתב בלבד.

אך גם לפי פרשנות אחרונה זו, עדיין מתעוררת שאלה בנוגע להצדקתו של ההסדר. אילו לא נדרש כתב, ואילו לא נקבע חוזה מצוי, היה בית המשפט מפרש את הוראות החוזה על פי אומד דעת הצדדים, ואם לאחר מכן היו נותרים חסרים, היה משלים על פי דיני ההשלמה הדיספוזיטיביים. לפי ההסדר הנוכחי, בהיעדר כתב, הוראות החוזה ייקבעו בשלב הראשון על פי הוראות החוזה המצוי, ובהמשך לפי דיני ההשלמה הכלליים. במה אפוא שונה מצבם של הצדדים כאשר הכתב אינו נדרש, ממצבם על פי ההסדר שבחוק? ההבדל הוא כי על פי ההסדר שבחוק, בנסיבות שבהן לא קוימה דרישת הכתב, בית המשפט מתעלם מהסכמתם הקונקרטית של הצדדים (שנערכה בעל פה) ומחיל את הוראות החוזה המצוי ללא התחשבות בה. במקום להתחיל בשלב הפרשנות ולעבור ממנו לשלב ההשלמה, שלב ההשלמה מוחל ישירות. אולם כיצד התעלמות מרצונם הקונקרטי של הצדדים משרתת את תכלית החוק? אם הסכמת הצדדים, הסוטה מן החוזה המצוי, הייתה כשרה לו הועלתה על הכתב, ובית המשפט יכול לעמוד על טיבה של הסכמה זו על סמך הראיות שהובאו בפניו, מדוע להעדיף בעניינים אלה את הוראות החוזה המצוי, הנוגד הסכמה זו? ככל שהתכלית שביסוד הוראה זו היא לתמרץ את הצדדים לקיים דיון מושכל באשר לפרטי החוזה, הרי שזו נראית דרך שרירותית ולא ראויה ליצירתו של תמריץ כזה. תוצאתה עלולה להיות התרחקות מרצון הצדדים, בניגוד לתכליתה של דרישת הכתב, המבקשת לשקף אותו. הרצינול שבבסיסו של ההסדר הוא אפוא עמום ומעורר קושי. הגברת הוודאות וההגינות ביחסי השכירות אין כאן.²⁴

על מנת למתן את הקושי ניתן להציע את הפרשנות הבאה: כאמור בסעיף 25 לחוק, אי-קוימה של דרישת הכתב לא תגרע מתוקפו של חוזה השכירות למגורים. בהיעדר כתב יוקנה תוקף לכל "הסכמה אחרת" בין הצדדים אף אם נתקבלה בעל פה (ובלבד כמובן שזו אינה נוגדת את ההוראות הקוגנטיות של החוק). נפקותו של החוזה המצוי תהא בכך שבהיעדר כתב ישמש החוזה המצוי מקור ראשון להשלמת חסרים. פרשנות זו תקנה ודאות באשר למשמעות ההוראה ותעלה בקנה אחד עם השאיפה להגינות, שכן היא תקנה תוקף לתוכן הקונקרטי של הסכמות הצדדים, המשקפות, מטבע הדברים, את ההסדר העדיף מבחינתם.

אשר למצב שבו קיימו הצדדים את דרישת הכתב והשאירו חסרים הטעונים השלמה, אזי לפי סעיף 25(ב)(2) לחוק, אם חסרים אלה הם מסוג העניינים המנויים בתוספת השנייה שנקבעה לפי סעיף 25 לחוק, יראו בהוראה באותו עניין הכלולה בחוזה המצוי חלק מחוזה השכירות. מכאן שגם כאשר יש כתב, החוזה המצוי הוא מקור השלמה ראשון. בכך עשוי להיות יתרון, בהנחה שההוראות הדיספוזיטיביות שייקבעו בחוזה המצוי תותאמנה במיוחד לסוגיות הרלוונטיות לחוזה השכירות למגורים, ותהיינה תפורות למידותיו באופן מדויק יותר.

24 ראו דברי ההסבר לס' 25 ו-25 להצעה.

2. התאמה למגורים

הוראה שזכתה לתשומת לב רבה בהליכי החקיקה, עניינה החובה שהוטלה על המשכיר להבטיח כי הדירה תהא "ראויה למגורים"²⁵. אלא שלצד דרישה זו החוק קובע הוראה נוספת, ולפיה על הדירה להיות "מתאימה למגורים"²⁶. מה היחס בין שתי הדרישות? דרישת התאמה כללית קבועה בסעיף 6 לחוק, שלפיו בכל חוזה שכירות (בין שלמגורים ובין שלמטרה אחרת), "המשכיר ימסור את המושכר כשהוא מתאים למוסכם בינו ובין השוכר". דרישת ההתאמה, פירושה אפוא כי על המשכיר לקיים את המוסכם. בהיקש מהסדר דומה בחוק המכר²⁷ נראה כי "התאמה" מחייבת גם כי תתקיימנה במושכר התכונות הנדרשות לשם שימוש רגיל בו, בכפוף להסכמה אחרת של הצדדים.²⁸

לאור זאת, ההוראה בתיקון לחוק הקובעת כי בשכירות למגורים על הדירה להיות "מתאימה למגורים" אינה מהווה חידוש. אלא שהתיקון שינה לכאורה את הדין בקביעתו כי אין להתנות על דרישת ההתאמה כשהדבר נוגע לשכירות למגורים.²⁹ במבט ראשון קשה לראות כיצד הקוגנטיות של ההסדר משנה את תוכנו. אם הדרישה להתאמה היא כי המשכיר יקיים את מה שהוסכם עליו בפועל, או, אם לא הוסכם אחרת, שלמושכר תהיינה התכונות שסביר לצפות שתהיינה לו, אזי לא ברורה נפקותה של הקביעה כי דרישת ההתאמה היא קוגנטית. האמירה כי ההתאמה קוגנטית כמוה כאמירה כי הצדדים אינם רשאים להסכים אלא על מה שהם מסכימים עליו. אפשר אולי לשער כי למרות השימוש הלא מוצלח במושג ההתאמה, כוונת הדברים הייתה לשלול את האפשרות לכרות חוזה שכירות למגורים שלפיו לא יהיו בדירה התכונות הנדרשות לשם שימוש רגיל למגורים. אך אם לכך הכוונה, אזי לא ברור הקשר שבין הדרישה להיות הדירה "מתאימה למגורים" לדרישה כי תהיה "ראויה למגורים".³⁰ החוק קובע את שתי הדרישות כהוראות קוגנטיות, אך אינו מפרש את היחס ביניהן. האם ייתכן כי דירה תהיה "ראויה למגורים" אך לא "מתאימה למגורים", וכך חרף היותה "ראויה" ייחשב המשכיר למפר אפילו כאשר יקיים את המוסכם בין הצדדים? אם כן, הרי שמשמעות הדבר היא כי הסטנדרט המינימלי הקבוע בחוק אינו סטנדרט הדירה ה"ראויה למגורים" כי אם סטנדרט הדירה ה"מתאימה למגורים", שהוא גבוה יותר. פרשנות זו מרוקנת אפוא מתוכן את הוראות הדירה ה"ראויה". וחשוב מכך: היא מונעת מן הצדדים את האפשרות לסטות מן המקובל, גם כאשר הסטייה רצויה להם. גם בהיבט זה תכליתו

25 ס' 25 לחוק.

26 שם, ס' 125.

27 ס' 11 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

28 ראו איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 180 (1990); איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 – פירוש

לחוקי החוזים 238-239 (גד טדסקי עורך, 1987).

29 ס' 25, 25ד(2) לחוק.

30 ס' 125 לחוק. יש לציין כי בהצעת החוק לא הייתה הבחנה בין החובה לספק דירה "ראויה", לחובה לספק דירה "מתאימה". לפי ס' 25 להצעה, המשכיר נדרש למסור את הדירה כשהיא מתאימה למגורים, וכדי לעשות כן, נקבע כי עליו לקיים את הדרישות המפורטות שלאחר מכן נקבעו כתנאים להיותה של הדירה "ראויה". במפנה שבין הצעת החוק לחוק כפי שאושר נוצר ההסדר הנדון כאן, אשר אי-הבהירות עולה ממנו כאמור.

ונפקותו של ההסדר נותרות לא ברורות, ואין בהן כדי לקדם ודאות, הגינות או את האינטרס המשותף של הצדדים.

אפשר לנסות למתן את הקושי כך: אשר להשכרת דירה למגורים חייבים להתקיים תנאי מינימום באשר לטיבה, ההופכים אותה ל"ראויה למגורים", עליהם לא ניתן להתנות. כמו כן, כברירת מחדל, על הדירה להיות "מתאימה למגורים", כלומר לקיים את הסטנדרט המקובל בשוק. אלא שעל התאמתה של הדירה למקובל הצדדים רשאים להתנות בהסכמה. הקוגנטיות של דרישת ההתאמה באה לידי ביטוי בכך שהצדדים אינם רשאים להתנות על דיני ההתאמה עצמם. במילים אחרות, אין הם רשאים לקבוע בחוזה כי גם בהיעדר התנאה מפורשת ומפורטת בדבר הסטייה מן המקובל יהיה השוכר מנוע מלתבוע בגין אי-התאמה. כך, את הקוגנטיות של הדרישה כי "המשכיר ימסור את הדירה המושכרת כשהיא מתאימה למגורים" יש לקרוא ככפופה להסכמה נוגדת. הצדדים יהיו רשאים אפוא להתנות על הסטנדרט המקובל, בכפוף לכך שיקיימו את הסטנדרט הנדרש להיותה של הדירה "ראויה למגורים". פרשנות זו תקנה נפקות הן להוראת "ראויה למגורים" והן להוראת ההתאמה, תבחר את טיב המגבלה על יכולת ההתנאה, וכך בכך תסדיר את יחסי הצדדים בהגינות ובסבירות בהתחשב ברצונם.

3. קנייניות השכירות

הסדר אחר שמאמץ החוק הוא כי השכירות היא בעלת תוקף כלפי כולי עלמא,³¹ וכי כאשר המשכיר מוכר את זכויותיו במושכר לאדם אחר, זכויותיו של הרוכש כפופות לזכותו של השוכר אף אם לא ידע על קיומה של השכירות.³² הסדר אחרון זה הוא קוגנטי בשכירות למגורים שהחוק חל עליה, כלומר הוא שולל את האפשרות להתנות בחוזה כי בעת מכירת הנכס לצד שלישי יהיה המשכיר רשאי לסיים את השכירות.³³ במישור החוזי, גם בהקשר זה, איסור ההתנאה אינו מבטיח כי זכותו של השוכר תוענן לו בחינם. כשבהוראה הקוגנטית יש כדי לשנות את ההסדר שהשוכר והמשכיר היו מאמצים אחרת, מחירה צפוי להיות גבוה מתועלתה לשוכר.³⁴ אך להוראה זו נפקות גם במישור הקנייני, הנוגע ליחס שבין השוכר לבין רוכש של המושכר. כפי שנראה, לא ברור איוזו מתכליותיו של החוק עשויה להצדיק העדפה א־פריורית של השוכר על פני הרוכש. שאלה דומה מתעוררת גם באשר ליחסים שבין שוכרים המצויים ביניהם בתחרות זכויות.

ערב התיקון לא הייתה בחוק השכירות והשאלה הוראה מפורשת המסדירה את השאלה אם רוכש תם לב שלא ידע על השכירות ולא היה יכול לדעת עליה, כפוף לזכותו של השוכר. סעיף 21 לחוק המקורי קבע כי "המשכיר רשאי להעביר לאחר את זכויותיו במושכר".³⁵ הפסיקה והספרות פירשו הוראה זו כקובעת את זכות השכירות כזכות קניינית, אך זאת

31 ס' 21(א) לחוק.

32 שם, ס' 21(ב).

33 שם, ס' 25(ד2).

34 ראו לוינ-שנור ופרוקציה, לעיל ה"ש 7 (הטענה המופיעה שם כי בכשלי שוק בשוק השכירות אין כדי להצדיק את הרגולציה שאומצה, עומדת גם לנקודה זו).

35 ס' 21 לחוק המקורי.

באופן דיספוזיטיבי בלבד, כלומר כזכות שהצדדים רשאים להתנות עליה.³⁶ אשר על כן הובעה הדעה כי אם לא בוטל אופייה הקנייני של השכירות בהסכם, והיא השתכללה – ובשכירות קצרה השתכללותה אינה טעונה רישום או החזקה³⁷ – הרי שלשכירות תוקף קנייני גם כלפי רוכש תמים שלא ידע עליה.³⁸ התיקון אימץ עמדה זו בקובעו כי הרוכש כפוף לזכויות של השוכר אפילו כאשר "הרוכש לא ידע על קיום חוזה השכירות".³⁹ יתרה מזאת, כפיפותו של הרוכש נקבעה כעת כהוראה קוגנטית. הסדר זה מעורר את השאלה מדוע ראוי לבטח כך את זכויות השוכר על חשבוננו של צד שלישי, שהוא זר למערכת היחסים החוזית בין המשכיר לשוכר והיא אינה ידועה לו.

הכפפתו הא-פריורית של הרוכש התמים לחובותיו החוזיות של המשכיר אינה מתיישבת עם עקרונות יסוד בתחום תחרות הזכויות. נניח למשל כי נוכל מוכר לרוכש דירה המושכרת לשלוש שנים מבלי לגלות לו על קיומה של השכירות. יוצר התקלה הראשי בנסיבות אלה הוא המוכר-המשכיר, אך בהיעדר יכולת להיפרע ממנו יש לבחון מי מבין השוכר והרוכש ראוי יותר להגנה, וכיצד יש לחלק את נטל התקלה ביניהם. בבחינת שאלה זו יש להביא בחשבון שיקולים הנוגעים להתנהגותם של הצדדים, להיקף הנזק שעלול להיגרם להם ולצורך ביצירת תמריצים אפקטיביים למניעת התקלה מראש. דחיית שיקולים אלה על דרך העדפה גורפת של השוכר איננה צודקת או יעילה. היא אף אינה מתבקשת ממטרתו המוצהרת של החוק, להבטיח סבירות והגינות ביחסי שוכר ומשכיר, ואינה קשורה אליה.

שאלת משנה המתעוררת בהקשר זה נוגעת להיקף חיובי המשכיר העוברים לרוכש. ערב התיקון הצביעה הספרות על שאלת הפרשנות הראויה באשר להיקף פריסתם של החיובים המועברים לרוכש "בכל הנוגע לחוזה השכירות" כפי שנקבע בסעיף 21 לחוק המקורי. לעמדתו של יהושע ויסמן, תניה בחוזה שאינה נוגעת במישרין לשכירות לא תחייב בהכרח את הרוכש.⁴⁰ אחרים ביקשו לצמצם עוד יותר את היקף החיובים וסברו כי החיובים הנכפים על הרוכש הם רק אלה אשר מבחינה עניינית מתייחסים לענייני השימוש וההחזקה בתקופת השכירות,⁴¹ או רק תנאים שכיחים בחוזי שכירות.⁴² מחלוקת זו לא הוכרעה בפסיקה,⁴³ והיא נותרת כך אף לאחר התיקון, אשר בנוסחו הנוכחי קובע כי הרוכש בא במקומו של המשכיר לעניין זכויות וחיובים "על פי חוזה השכירות ועל פי דין".⁴⁴ נדמה אפוא כי

36 עמדה זו נשתמרה למעשה במסגרת ס' 21(א) לחוק. ראו יהושע ויסמן דיני קניין – החזקה ושימוש 260–258 (2005).

37 ס' 79 לחוק המקרקעין; ס' 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972; ס' 33 לחוק המכר; ויסמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 298.

38 שם, בעמ' 282, 294–295.

39 ס' 21(ב) לחוק.

40 ויסמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 261.

41 מיגל דויטש קניין כרך ב 356 (1999).

42 שלום לרנר שכירות נכסים 147–143 (1990).

43 ע"א 8966/08 נכסי לי נתנאל בע"מ נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פס" 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 2.3.2011).

44 ס' 21(ב) לחוק.

כשבתחרות הזכויות בין הרוכש תם הלב לשוכר קובע החוק העדפה מוחלטת לשוכר, ראוי כי היקף חובותיו של הרוכש כלפיו יפורש בצמצום.

שאלה נוספת מתעוררת בנוגע לתחרות הזכויות בין שני שוכרים נוגדים בשכירות קצרה, האחד מוקדם בזמן והשני מאוחר. חוק המקרקעין קובע בעניין זה כי זכותו של בעל העסקה הראשונה בזמן גוברת רק אם רשם את זכותו או לחלופין החזיק בנכס.⁴⁵ אולם סעיף 21(א) לחוק המתוקן קובע כי "משהוקנתה זכות השכירות לשוכר, כוחה של הזכות יפה כלפי כל אדם".⁴⁶ הוראה זו מעוררת אפוא שאלה פרשנית: לכאורה עולה ממנה כי בתחרות שבין שני שוכרים זכותו של השוכר הראשון גוברת אף ללא החזקה או רישום אם השתכללה השכירות, כלומר גם כאשר לא עשה דבר כדי למנוע את היווצרותה של השכירות המאוחרת (ברישום או בהחזקת הנכס). אלא שבהקשר זה כאמור קבועה בחוק המקרקעין הוראה סותרת, מה שמעורר את השאלה אילו מן ההוראות החוקיות גוברת. אפשרות אחת היא כי ההוראה בחוק השכירות והשאלה גוברת על זו שבחוק המקרקעין – בהיותה מאוחרת יותר. אם כך הדבר, הרי שגם בהקשר זה מתעוררת שאלת ההצדקה: מדוע להעדיף את השוכר המוקדם על פני המאוחר גם כאשר התרשל במניעת התקלה? אפשרות אחרת היא כי יש לפרש את סעיף 21(א) לחוק כקובע כי זכות השכירות היא קניינית, אך אין בכך כדי לפגוע בתוקפם של הסדרי תקנת שוק, כדוגמת זה הקבוע בסעיף 80 לחוק המקרקעין. כיוון שהתחרות היא בין שוכרים, אין בתכלית התיקון לחוק דבר המטה את הכף לטובת פרשנות המעדיפה את השוכר הראשון בזמן דווקא. כך או כך, ההסדר, והשלכתו על המצב המשפטי הקיים, אינם ברורים. אם בעבר לא הייתה לדברים חשיבות מעשית רבה, שכן מרבית השכירויות הקצרות הושלמו במסירת הנכס,⁴⁷ במציאות הנוכחית, שבה עסקאות רבות מבוצעות במקוון וללא נוכחות פיזית, דילמה זו עשויה לקבל נפקות ממשית יותר.

45 ראו ס' 80 לחוק המקרקעין, שהינו הסדר מיוחד לשכירות החל במקומו של ס' 9 לחוק זה נוכח כלל ההשתכללות של שכירות קצרה (ראו ויסמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 326). אי-רישום הזכות בנכס אינו מהווה התרשלות מטעם השוכר, שכן שכירות קצרה אינה טעונה רישום, וממילא רישום כזה טעון הסכמה של המשכיר (ס' 79(ג) לחוק המקרקעין). כמו כן, אי אפשר לרשום הערת אזהרה לגבי שכירות קצרה שהשתכללה שכן משעה שהשתכללה אין היא בגדר התחייבות (והערת אזהרה ניתן לרשום רק כשמדובר בהתחייבויות, כאמור בס' 126 לחוק המקרקעין).

46 הוראה זו אינה קוגנטית, אך אין זה מעלה ומוריד שכן כוחה הוא קנייני ולא חוזי. לא קדם לה הסדר דומה בחוק המקורי. ההסדר המתוקן, יחד עם הקוגנטיות של ס' 21(ב) לחוק (בשכירות למגורים, לפי ס' 25(2) לחוק), מבטא הכרעה בוויכוח בדבר קנייניות השכירות (ראו ויסמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 259: "אפשר שתיווצר שכירות שאינה קניינית, אם יוסכם בה סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה לא יחול עליה"). זאת, בפרט בעיני מי שסבור כי הכפפת סירוב המשכיר לעבירות השכירות בקיומם של טעמים סבירים מעיד על קנייניות הזכות (ראו דעתו השונה של ויסמן, שם, בעמ' 325). קביעת קנייניות השכירות בס' 21(א) לחוק אף מבהירה כי עסקאות או זכויות מכוח הדין שנוצרו לאחר השכירות כפופות לה (קודם לתיקון החוק ציין ויסמן, שם, בעמ' 259 ה"ש 4, כי "אין החוק קובע מפורשות כי זיקת הנאה מאוחרת כפופה לשכירות קודמת. תכונתה הקניינית של השכירות עשויה להסביר כפיפות זו").

47 ראו לרנר, לעיל ה"ש 42, בעמ' 139-140.

4. נשיאה בתשלומים ודמי תיווך

לבסוף, יש הוראות בתיקון לחוק שהחלתן אינה אפקטיבית, שכן ניתן לעוקפן בקלות. כך באשר לסוגיית הנשיאה בתשלומים ובייחוד בדמי תיווך.⁴⁸ לפי ההסדר שבחוק, השוכר לא יישא במישרין אלא בתשלומים המפורטים בו (שכר דירה, ארנונה, חשבונות צריכה ודמי ועד בית),⁴⁹ ובכלל זה לא יישא ב"דמי תיווך למתווך אם המתווך פעל מטעם המשכיר".⁵⁰ הסדר זה מבקש להבטיח כי אם בעל הדירה הוא שהזמין את שירותי המתווך, הוא לא יוכל "לגלגל" את עלות שכרו של המתווך לפתחו של השוכר. אלא שההגנה שמקנה החוק לשוכר בהקשר זה היא במידה רבה מדומה. אלמלא ההוראה היה בכוחו של המשכיר לגבות תשלום מן השוכר בשתי דרכים חלופיות: ישירות (כתשלום עבור שירותי המתווך) או באמצעות העלאה של דמי השכירות בסכום זהה. ההוראה חוסמת את האפיק הראשון, אך מותירה את האפיק השני פתוח. אם טרם החלת הרגולציה היה השוכר מוכן לשלם סכום נתון כתשלום ישיר למתווך, הרי שלאחר החלתה יש להניח כי יסכים לשלם את אותו הסכום כתוספת לדמי השכירות. מצידו השני של המטבע, אם משכיר היה מוכן להשכיר את דירתו במחיר נתון כאשר הוא הנושא בדמי התיווך, הרי שיש להניח כי יסכים להשכיר במחיר נמוך יותר אם השוכר יישא בהם. התוצאה היא אפוא כי החקיקה אינה צפויה להשפיע על חלוקת הנטלים בין הצדדים. בייחוד אין היא צפויה להטיב עם השוכר על חשבוננו של המשכיר. השאלה מהו הסכום הכולל שהשוכר מוכן לשלם כדי לזכות בחוזה השכירות תלויה בהעדפותיו ובכוח המיקוח היחסי שלו. אף אחד משני רכיבים אלה אינו מושפע מן ההוראה הקוגנטית שאומצה. אין אלא שהוראה זו מיותרת: אין דרך לשלוט, באמצעות כלל מסוג זה, בדרך שבה צדדים מחלקים ביניהם עלויות. אך הוראה זו, היוצרת עילת תביעה שלא התקיימה קודם לכן, מעודדת התדיינות וזוועת אי-ודאות באשר לדרכים שבהן תופעל ותפורש.

ג. סיכום

חוק השכירות ההוגנת ביקש להסדיר את תחום השכירות למגורים לשם הבטחת ההגינות, הסבירות והוודאות ביחסים המשפטיים שבין הצדדים, ובייחוד להגן על ענייניו של השוכר בשוק שבו ההיצע נמוך.⁵¹ במישור התאורטי ספק רב אם ההסדר שאומץ עשוי להגשים מטרות אלה. במישור המעשי התיקון אף משופע בהסדרים שאינם בהירים – במשמעותם או בנפקותם. חלק מקשיים אלה אפשר למתן בדרך פרשנית ובאמצעות קריאה תכליתית של הוראות התיקון. אולם הקושי העיקרי שהתיקון מעורר צפוי להיוותר על כנו: בהיעדר הלימה בין אמצעי למטרה אין הוא צפוי לקדם באפקטיביות את תכליתו. יתרה מזאת, הוא עלול לקלקל במקום שבה לתקן.

48 ס' 25ט(ב) לחוק.

49 שם, ס' 25ט(א).

50 שם, ס' 25ט(ב)(3).

51 דברי ההסבר להצעת החוק.