

המשפט העברי בימי הקורונה - הפחתת דמי השכירות בעקבותיה 'עו"ד דוד שפירא, שותף במשרד עו"ד יגאל ארנון ושות'

המשפט העברי תומך בחלוקת הנזק בין המשכיר לשוכר



כידוע, סעיף 15 לחוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971, דן באירועי סיכול והסכמי שכירות:

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."

יישום סעיף החוק בדיון הישראלי בקשר להשפעות הקורונה על הסכמי שכירות מעלה מספר קשיים. האם "נמנע השוכר להשתמש [בנכס המושכר] למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו?"

לכאורה, הבעיה אינה מסוג הבעיות "הקשורות במושכר" וברוב רובם של ימי הקורונה, לא היה קושי "בדרכי הגישה אליו". שאלה זה עוד יותר מורכבת לגבי עסקים שהיו פתוחים עם מגבלות לגבי אחוז כח האדם שהיה רשאי לעבוד במקום. לפי לשון הסעיף, השוכר יכול להפחית דמי שכירות בתקופת המגפה אבל לא לתקופה שלאחר המגיפה כדי למזער נזקים עתידיים הצפויים להיווצר כתוצאה מהמגיפה.

טוב עשתה לשכת עורכי הדין שהציעה מתווה להתמודדות משפטית עם הסוגיות העולות מן הקורונה. להלן תמצית של החלק העיקרי:

א. "בענין חוזי שכירות למגורים, עמדתנו היא כי תחת הוראות התחיקה הנוכחיות הסכמי השכירות למגורים לא הופרו באופן המצדיק מתן פטור לשוכרים מתשלום דמי שכירות. הדיון לא מכיר במניעות או בסיכול חלקי ומשכך כל זמן שהשוכרים ממשיכים להפיק הנהא מהמושכר למטרת מגורים - אף אם במקרים מסוימים המדובר הוא בהנאה

חלקית - אין הצדקה ליתן פטור מלא או חלקי מתשלום דמי השכירות. עם כל ההבנה, מצב כלכלי קשה כשלעצמו אינו עילה לשינוי תנאי חוזה או להכרה בסיכולו...

ב. בענין חוזי שכירות לעסקים שתחיקת החירום הורתה על השבתם המוחלטת מחמת מהות פעילותם (דוגמת אולמות אירועים וחדרי כושר), או מחמת שהם ממוקמים באזורי סגר, עמדתנו היא כי אפשרות השוכרים הלל ולעשות שימוש במושכר מסוכלת באופן מלא, אם כי זמני. לעניות דעתנו, לאור החוק והפסיקה, המניעות המשפטית להשתמש במושכר או בדרכי הגישה אליו, אף בהיעדר אשם מצד המשכיר, מקימה לבעלי העסקים מסוג זה את הזכות לפטור עצמם מתשלום דמי שכירות באופן זמני עד להסרת המניעה.

ג. באשר לחוזי שכירות לעסקים שתחיקת החירום לא השביתה את פעילותם, אך צמצמה משמעותית את אפשרותם להעסיק עובדים, עד כדי 15% בלבד, עמדתנו היא שתחת דיני הסיכול המחייבים מניעות מוחלטת משימוש בנכס, המקרה דנן אינו נופל לדיון הסיכול, אך הינו מקרה מובהק בו יש מקום להתאמת החוזה מכוח חובת תום הלב בביצוע חוזה. כאן מדובר במקרה בו עיקר אפשרות השימוש בנכס מעוקר 1 סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, גם מאפשר קבלת סעדים במקרה של אירועים בלתי צפויים.

מכוח חובה חוקית, ומטרת השימוש בו משתנה מהותית, אך השוכרים ממשיכים להחזיק במושכר ונסמכים עליו לצורך הפעלת עסקם "מרחוק". לפיכך, המלצתנו היא שבמהלך תקופת החירום יישאו השוכרים ב-50% מדמי השכירות ודמי הניהול, מבלי שהדבר יחשב להפרת חוזה.

ד. באשר לחוזי שכירות לעסקים 'חיוניים' שתחיקת החירום לא אוסרת עליהם לפעול והוראות אחרות מאפשרות להם להעסיק עובדים, כמו גם חוזי שכירות לעסקים שעיקר פעילותם אינו מבוסס על הון אנושי (כגון מפעלים ומחסנים) עמדתנו היא כי הסכמי שכירות אלה לא הופרו ואין הצדקה לפטור את בעלי העסקים הנ"ל מתשלום דמי השכירות. לגישתנו, דיני הסיכול אינם חלים ביחס להסכמי שכירות אלו ואף אין, לכאורה, הצדקה להתאימם לנסיבות המשתנות מכוח חובת תום הלב, מאחר והחייבים המהותיים של הצדדים לחוזה לא הושפעו רהיבט זה ממגיפת הקורונה."

דברי ברכה

עו"ד אבי חימי ראש לשכת עורכי הדין

חברות וחברים יקרים,



אני שמח להגיש לכם את גיליון חצי היובל של שו"ת ועו"ד.

בימים בהם כולנו עסוקים בהתמודדות עם משבר הקורונה, דואגים חברינו לשמר את המשפט העברי ולעשות הכול כדי להעצים את נוכחותו במערכת המשפט הישראלית.

גיליון זה, המהווה חלק בלתי נפרד מפעילות ועדת משפט עברי בלשכה, מציג בפניכם מאמרים העוסקים בסוגיות משפטיות מהותיות הנוגעות למשבר הקורונה, על פי ראיית המשפט העברי.

אני מאמין בכך ששופטי ערכאות השיפוט השונות שלנו צריכים להיות קשובים יותר למקורות המשפט העברי, למצוא את הדרך להיעזר בו יותר ולא פחות חשוב, להיות גאים בערכים הטמונים בו.

לשכת עורכי הדין עסוקה בימים אלו בהחזרת פעילותה לשגרה, בכפוף למגבלות משרד הבריאות, ותעשה הכול כדי לשלב גם את ההרצאות, ימי העיון והכנסים הנוגעים לתחום במידת האפשר.

ברצוני להודות ליו"ר ועדת משפט עברי, עו"ד יצחק נטוביץ על תרומתו הנעלה לציבור עורכי הדין, לחברה הישראלית ובפרט לסיועו בשימור וחזוק המשפט העברי, ולכל העוסקים במלאכת קודש חשובה זו.

אני מאחל לכולכם חזרה מהירה ופורייה לשגרה.

בברכה,

עו"ד אבי חימי

ראש לשכת עורכי הדין

דמי השכירות. על דין זה הגמרא שואלת "הכי דמי מכת מדינה?" תשובת הגמרא לא מתייחסת לעומק המכה אלא להשפעה הרחבתית של המכה:

"אמר רב יהודה: כגון דאי שדוף רובא דבאגא [שנשתדפו רוב שדות אותה בקעה] המישור ששדה זה היה בו. עולא אמר: כגון שנשתדפו ארבע שדות מארבע רוחותיה."

רב יהודה דורש מכה רחבתית בכל האזור שפגעה לפחות ברוב השדות באזור. עולא דורש מכה שפגעה ב-100% של השדות הסמוכות לשטח הנשכר. עולא גם מביא שיח שהתנהל בארץ ישראל בקשר להתלבטויות איך בדיוק להגדיר 100% מהשדות הסמוכות אבל מתשובת הגמרא עולה כי אין הגדרה מדוייקת אלא יש לבחון את נסיבות המקרה:

"אמר עולא: בעו במערבא: נשדף תלם [חריץ שנחרש באדמה] אחד על פני כולה סמוך לשדות שנשדפו, מאי? נשתייר תלם אחד על פני כולה, מהו? אם אפסיקא בירא מאי [הפסיק שדה בור בין השדות, מה הדין]? הפסיק שדה של אספסתא [שחת] בין שדה זה ושאר השדות שנשדפו, מאי? הפסיק שדה של זרע אחר מאי? ועוד: חיטי [חיטים] לגבי שעורים האם כזרע אחר דמי [נחשבים], או לא? ועוד: אם של כל העולם כולו מסביב לקה בשדפון, ושלו לקה בירקון, אי נמי כל העולם כולו לקה בירקון ושלו לקה בשדפון, מאי? תיקו."

מה שמאפיין אירוע של מכת מדינה הינו ששני הצדדים

כפי שאפרט להלן, המלצות הלשכה שבמהלך תקופת החירום יישאו השוכרים ב-50% מדמי השכירות ודמי הניהול, מאד דומות לחלק מפתרונות אשר הועלו ע"י המשפט העברי. בניגוד לסעיף 15 והמלצות הלשכה, המשפט העברי מאפשר לשוכר להפחית דמי שכירות לתקופת המגיפה וכן לתקופה שלאחריה. יש לציין כי בשונה מסעיף 15 לחוק שלא מבחין בין אירוע סיכול המשפיע על התקשרות בין שני צדדים להסכם לבין סיכו ל המשפיע על כל תושבי המדינה, במשפט העברי, מדובר בהבחנה חשובה.

מכת מדינה

המשנה בבא מציעא (קה:) מביאה הלכה ייחודית הדומה לסעיף 15 אבל רק בענין "מכת מדינה". המשנה לא מגדירה את המונח "מכת מדינה" ויוצאת מנקודת הנחה שזה די ברור במה מדובר:

"המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה אם מכת מדינה היא מנכה לו מן חכורו אם אינה מכת מדינה אין מנכה לו מן חכורו."

מדובר בהתקשרות שבין בעל שדה לבין שוכר ששכר את השדה לצורך גידולי חיטה. המשנה אומרת שאם הייתה "מכת מדינה" של חגבים או חמסין ורוחות עזות שגרמו נזק, השוכר יכול להפחית מדמי השכירות שהיה צריך לשלם למשכיר. אם נגרם נזק מחגבים או רוחות חזקות אבל לא ברמה של "מכת מדינה", השוכר לא יכול להפחית

כלומר, השוכר לא יכול לטעון לנזק לעסקיו בשטח ששכר אם השוכר לא הפעיל את העסק בכלל לפני מכת המדינה. סף המינימום לא מאפשר לשוכר לטעון מכת מדינה בעסק ולהפחית דמי שכירות אם לא הפעיל את העסק בכלל. בנוסף, השוכר חייב לנסות להקטין את הנזק שנגרם על ידי מכת המדינה. הוא לא יכול לומר שהייתה מכת מדינה והוא אינו חייב לשלם דמי שכירות אם היה יכול להקטין את הנזק.

2. השוכר חייב להקטין את הנזק.

המשנה בבא מציעא (ק"ג:) מתארת נזק שנגרם כתוצאה מייבוש מקורות המים:

"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 המעיין ונקצץ האילן מנכה לו מן חכורו."

למרות שמקורות המים נפגעו, הגמרא מחדשת כי לא מדובר במכת מדינה אם במאמץ (סביר), השוכר היה יכול להגיע למקורות מים:

"היכי דמי אילימא דייבש נהרא רבה אמאי אינו מנכה לו מן חכורו נימא ליה מכת מדינה היא אמר רב פפא דייבש נהרא זוטא דאמר ליה איבעי לך לאתויי בדוולא."

ככל הנראה השוכר היה יכול להביא מים מנהר קטן עם דלי מים. גם מצב של מכת מדינה, עדיין השוכר מחויב להקטין את הנזק.

מכות מדינה על פני השנים הביאו לדיונים הלכתיים שהתמקדו בזכותם של שוכרים להפחית בדמי שכירות וזכותם של שכירים לקבל שכר בתקופת מכת המדינה. פוסקים רבים שילבו בין 2 הנושאים וחלקם דחו שילוב זה. במסמך זה, אתמקד בחוזה שכירות בלבד.

מהר"ם מרוטנבורג והראב"ן פוסקים רבים שדנו ביישום כללי "מכת מדינה" והפחתת דמי שכירות התמקדו בתשובה של מהר"ם מרוטנבורג.

בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג סימן שפח), מהר"ם נשאל לגבי החזר חלקי של דמי שכירות בעקבות בריחה של המשכיר והשוכר מן העיר "מפני פיקוח נפשם: "על ראובן ששכר בית משמעון לב' שנים והקדים ונתן לו השכר של ב' שנים ובתוך אותן ב' שנים ברחו היהודי' מן העיר מפני פיקוח נפשם וברח גם הוא והניח הבית ריקם ואח"כ חזרו וגם הוא חזר ורוצה שישלם לו שמעון מה שהיה חוץ מביתו ושמעון משיב ביתי היה לפניך ואתה [ברחת] ואיני משלם לך."

מהר"ם פסק כי אכן בריחה מהעיר נחשבת "מכת מדינה" ("נראה בעיני טענת ראובן טענה ברורה לפי שמכת מדינה היא..."), אבל מהר"ם לא דרש מהמשכיר להחזיר את כל דמי השכירות מהחודשים שברחו מהעיר כי ייתכן והמשכיר היה שוכר את הבית למיעוט של אנשי העיר שלא ברחו וזה מייצר ספק לגבי גובה הנזק שנגרם:

להתקשרות לא גרמו לכך שתהיה מכת מדינה ולא צפו שתתרחש ולכן באופן טבעי, כל צד חש שהוא לא אשם ועל הצד השני לקיים את חובותיו בהתקשרות עליו התחייב. השוכר חש שהוא נפגע (מה שנכון) והמשכיר חש שהוא לא גרם לנזק (מה שגם נכון). על רקע זה, ניתן להבין את המשך הדיון בגמרא שמעלה סדרה של טענות שכל צד טוען לכך שלמרות מכת המדינה, הצד שכנגד פעל או נמנע מלפעול באופן שלמרות מכת המדינה, גורם לכך כי "הצד האשם" אחראי על הנזק שנגרם. כדוגמא:

● "אמר ליה זרעה חיטי ואזל הוא וזרעה שערי ואשתדוף רובא דבאגא ואשתדוף נמי הנך שערי דיליה מאי מי אמרינן דאמר ליה אילו זרעתה חיטי הוה נמי משתדפא או דלמא מצי אמר ליה אילו זרעתה חיטי הוה מקיים בי {איוב כ"ב:כח} ותגזר אומר ויקם לך מסתברא דאמר ליה אי זרעתה חיטי הוה מקיים בי ותגזר אומר ויקם לך ועל דרכיך נגה אור."

● "נשתדפו כל שדותיו של חוכר ואשתדוף רובא דבאגא ואשתדוף נמי הא בהדיהו מאי מי אמרינן כיון דאשתדוף רובא דבאגא מנכי ליה או דלמא כיון דאשתדוף כולהו ארעתיה מצי אמר ליה משום לתך דידך הוא דהא משתדפו כל שדותיך מסתברא דאמר ליה משום לתאך הוא אמאי הכא נמי נימא ליה אי משום לתאי דידי הוא הוה משייר לי פורתא דהוה מקיים בי כי נשארנו מעט מהרבה משום דאמר ליה אי הוה חזית לאישתיורי לך מידי הוה משתייר לך מדנפשך."

בשני המקרים הייתה מכת מדינה אבל המשכיר מפנה אצבע לכיוון של השוכר (שרוצה להפחית בדמי השכירות) ומציין שהשוכר לא קיים את כל תנאי ההתקשרות שלהם. כדוגמא, השוכר היה אמור לזרוע חיטה וזרע שעורים.

במקרה השני, הנזק שנגרם לשוכר הייתה יותר קשה מכל יתר העסקים באזור, וייתכן שהנזק הלא יחסי נגרם כתוצאה ממחדל של השוכר. הגמרא לא מכריעה בצורה ברורה האם במקרים אלו צודק המשכיר בטענתו. נראה כי הגמרא מנסה להגיד לנו שהתשובה לשאלה מי סופג את הנזק תלוי בבדיקת העובדות של כל מקרה לגופו-אין כלל אחיד. לגמרא אין ספק כי מכת מדינה קרתה. אבל כל צד צריך לשאול את עצמו האם העסק שלו נפגע אך ורק עקב כך או שהיו גורמים נוספים שהשפיעו על רמת הנזק שנגרם.

למרות שהמשכיר והשוכר יכולים לעלות טענות צודקות, נראה כי ניתן לזהות מספר יסודות קבועים המתקיימים

ב"מכת מדינה":

1. השוכר היה חייב להפעיל עסק בשטח המושכר לפני התחלת המכה.

"אמר שמואל: לא שנו כן אלא באופן שזרעה החוכר וצמחה ואכלה חגב או זרע בה דבר אחר, אבל אם לא זרעה כלל – לא, שאין אנו מקילים על החוכר, אפילו היתה זו מכת מדינה."

בנושא ש בו לא הצליחו להגיע לפסק דין מוסכם. מהר"ם פדואה ציין כי רב זלמן היה מחותן שלו (וכנראה זה לא הפריע לרב קלמן).

"ראובן השכיר חזקת חנותו לשמעון במנטובה על ז' שנים בעד שכר קצוב לשנה והיו אז בעיר ד' בעלי חניות לבד ואחר כך קמו בעלי זרוע והשיגו גבולי הראשוני והשיגו אף להם רשות להלוות באופן נתרבו המלוים ובעבור זה באו ראובן ושמעון לידי מריבה ונתפשרו למעט השכירות להבא בעבור רבוי החניות ואחר כך ניתוסף עוד גרעון בעסק ההלוואה שאדון העיר צוה לדיין שלו הממונה על עסק היהודים שלא יעשה שום משפט לנגוש הערלים אשר יקבלו בהלוואה ברבית באמנה מן היהודים והיהודים שם השתדלו לבטל גזירה זו והוציאו על זה הוצאה רבה וצללו במים אדירים והעלו חרם/חרס/ בידם ואחר שעמדה גזירה זו כמו ט' חדשים וראה שמעון שלא יוכלו היהודים לבטל הגזירה ואף גם זאת נתקלקלה ההלוואה שגזר האדון שלא ילכו עוד כלל ברבית לא על משכונות ולא באמנה לכן רצה שמעון שראובן ינכה לו משכירותו למפרע במשך הט' חדשים אשר לא היה יכול להשתמש בחזקתו כמקדם להלוות באמנה רק על משכונות לבד."

מדובר בשוכר משרדים שהפעיל עסק להענקת אשראי בשוק שבו מספר השחקנים היה מאד מצומצם. לאחר שהתווספו מספר מתחרים לשוק, השוכר דרש והמשכיר הסכים להפחית דמי שכירות חודשי. לאחר הפחתת גובה דמי שכירות, השלטון המקומי פעל במספר צעדים על מנת להקטין את היכולת של יהודים להעמיד הלוואות עם רבית ללא יהודים. שוב דרש השוכר להפחית בדמי שכירות בטענה כי מדובר במכת מדינה המאפשרת לשוכר להפחית דמי שכירות. מכת המדינה הנטענת פעל שינוי המסגרת המשפטית לפיו שוק הענקת הלוואות פעל במנטובה.

מהר"ם פדואה קבע כי אכן מדובר במכת מדינה. כפי שיפורט בהמשך, ברור כי לא מדובר בפעולה אלוקיית כמו מכת שדפון אלא בשינוי כלכלי לרעה שנגרם על ידי החלטות מדיניות שלטוניות. מהר"ם פדואה הציג את עמדת שני הדיינים שפנו אליו להכרעה. שני הדיינים וגם מהר"ם הניחו כי אכן מדובר במכת מדינה. הדיין קלמן סבר שהשוכר זכאי להפחית דמי שכירות לפי הנזק שנגרם לשוכר ולא היה שום אפשרות לשוכר להקטין את הנזק:

"מהר"ק נראה לו לחייב ראובן שינכה לשמעון משכירותו כפי אשר יושם על פי דיינים יודעי ערך זה וחיליה מן מתנית' דהמקבל המקבל שדה מחבירו... כן בנדון זה שגזירה זו מן האדון הית' מכת מדינה ולא יכולת בידם לתקן ינוכה לשמעון משכירותו."

הדיין זלמן סבר שהשוכר היה יכול לשנות את שיטת העבודה שלו ולהתאים אותה לכללים החדשים ולכן לא מגיעה לה הפחתה בדמי שכירות:

"ולמהר"ז נראה שלא ינכה לו באומרו שהיזק זה אינו ברי כי היה אפשר לתקנו גם כן ע"י תחבולה לזקוף הרבית

◀ "אעפ"כ יחלוקו ההפסד שמעון ינכה לראובן חצי מה ששהה חוץ מביתו ושאר חציו ישלם לו לפי ששמא יהודי אחר שלא נגזר עליו היה שוכר הבית שהרי מיעוט הקהל נשאר ולא הי' נפסד כלום [וכיון] דאיכא לספוקי יחלוקו."

עולה מהניסוח של מהר"ם שאם לא היה ספק לגבי האפשרות להקטין נזק, מהר"ם היה פוסק כפי דין המשנה, שבמכת מדינה השוכר יכול להפחית דמי שכירות. נראה כי מהר"ם התבסס על שו"ת של הראב"ן (סימן צח) שבו השאלה והתשובה של מהר"ם מופיעים בהתחלה ובסוף של התשובה, אבל באמצע יש הסבר מפורט מדוע בסופו של דבר מהר"ם פסק כי המשכיר יחזיר רק חצי מדמי השכירות לשוכר:

"נראה בעיני טענת ראובן טענה גמורה לפי שמכת מדינה הוא וממתניתין שהבאת, דתנן המקבל שדה ואכלה חגב או שנשתדפה אם מכת מדינה הוא מנכה לו מן חכורו... ומיהו מנכה מן חכורו קתני ולא כל חכורו, דכיון דמכת מדינה היא על שניהם הוי ההפסד זהה יפסיד מחצה זהה יפסיד מחצה, ה"נ שמעון ישלים לראובן מחצית הימים שהיה חוץ מביתו וראובן יפסיד המותר. וכ"ת הא דלא קתני מנכה לו כל חכורו משום דסתם חגב או נשדפה משתייר בה ומה שיש בשדה יותר על הוצאתו של חוכר יקח המחכיר בחכרונותו והשאר יפסיד ומנכה לחוכר ולהכי קתני מנכה לו מן חכורו והחוכר אינו מפסיד כלום, ה"נ ראובן השוכר לא יפסיד כלום. איברא לא מצית אמרת הכי דמכת מדינה להאי דשניהם הוא לפיכך ההפסד על שניהם, ועוד אפילו את"ל דהתם לא יפסיד החוכר כלום, הכי דינא הוא דיפסיד השוכר החצי, דהתם היתה כל המכה על השדה של מחכיר שהרי נשדפה רובה דבאגה ולא היתה המכה על החוכר, אבל הכא איכא למימר גזירת המכה על שניהם היתה על הבתים להיות בדודים ועל האנשים להיות גולים הלכך לתא דשניהם הוא יחלוקו ההפסד, כדאמרינן בגמרא דהמקבל [ק"ו א] דכל היכא דאיכא למימר משום לתאי דידך הוא מפסיד..."

מהנוסח המלא לומדים כלל יסודי בהבנת מהר"ם של דין מכת מדינה. המשכיר והשוכר חייבים להתחלק בנזק כי "המכה על שניהם היתה." המשכיר וגם השוכר היו חייבים להתפנות מן העיר. בשונה מגידול בשדה שהרוח הזיק, לא קרה כלום לבית הנשכר. אבל המשכיר וגם השוכר היו חייבים להתפנות.

מהר"ם פדואה

בנוסף לתשובה של מהר"ם מרוטנברג, ישנה תשובה של מהר"ם פדואה שמאד השפיעה על הפסיקה הרבנית ב - 500 שנים האחרונות. מהר"ם פדואה, הרב מאיר קצנלנבוגן, (מאה ה 16) נולד בגרמניה, למד בפראג וב- 1525 מונה להיות רב קהילת האשכנזים בפדואה, ועמד בראש הישיבה במשך ארבעים שנה עד מותו. מהר"ם כיהן כראש ועד רבני המחוז בוונציה. כמו היום, גם אז צפון איטליה סבלה ממגפות רבות.

בסימן ל"ט, מהר"ם פדואה התבקש על ידי 2 דיינים ממנטובה בצפון איטליה, רב קלמן ורב זלמן, לחוות דעתו

האילן ויבש המעיין אם אי אפשר לתקנו ולהחזירה ע"י טורח אם יחזרו בהם מכאן ולהבא אם כן לשוא טרחו בשעבר ולזה אין תקנה כ"א בכ"א ומחלק בין מכה מדינה למכה פרטי אבל היכא דהקל לקול הוא להבא כנדון דידן אשר כל שאלתכם הוא על להבא בדין חזרה קאי במי ששוכר בהמה או בית ונפל ביה מום וקלקול מה ואין מחלק בין מכה מדינה או מכה פרטית ושאר חלקים דשמעתא דהמקבל רק מאחר דנשתנה ונפל ביה מום יוכל לחזור ואם אינו חוזר הוא חפץ בשכירתו... וכך נראה לי בנדון דידן שאף אם היה השכירות להלוואת משכונות ולהלוואת אמנות היינו במי ששוכר דבר מה לשני דברים ובטל האחד נמצא שנפל מום בחזקה זו ואינה ראויה עוד לתועלת הראשון מכאן ולהבא בעומד וחוזר קאי ולפרוע לו לפי ערך ולא לפחת מאחר שאמר בית וחזקה זו."

גישת מהר"ם בתשובה זו מגבילה מאוד את כוחו של הכלל של מכת מדינה לתת סעד מלא גם לגבי העתיד. כפי שאנו רואים בתקופתנו, הנזק הכלכלי איננו מוגבל לתקופת המגפה, אלא ובעיקר ממשיך להיגרם גם לאחר תקופת המגפה. בחלוקת סיכונים שבין צדדים להסכם, מהר"ם העדיף שהשוכר יבטל את החוזה מאשר שימשיך עם החוזה בתנאים מופחתים.

הרמ"א

בדרכי משה (חושן משפט שכ"א), הרמ"א התייחס לתשובה של מהר"ם פדאוה שהכיר בנזק שנגרם כתוצאה משינוי רגולטורי שהגביל את שוק האשראי כמכת מדינה. כזכור, מהר"ם פדאוה קבע כי הפחתת דמי שכירות אפשרי על נזק שנגרם בעבר אבל אין להפחית דמי שכירות על נזק עתידי. ככל שהשוכר מבקש סעד על העתיד הוא חייב לבטל את החוזה ואם לא ביטל אזי הוא ויתר על כל נזק עתידי. הרמ"א לא הסכים וסבר כי ניתן להפחית דמי שכירות על העבר וגם על העתיד:

"ותמיהני עליו דמיייתי ראייה מדין חמור שמת דאינו מכת מדינה לדבר שהוא מכת מדינה דאפשר דלעולם בדין נכיו קאי ולא בדין חזרה וכ"מ בתשובת מהר"ם שהביא המרדכי פרק האומנין בדין מלמד שא"א לו ללמוד מפני גזירת המושל ופסק שם דהוי מכת מדינה ולכן ההפסד על ב"ה שמשמע שם בהדיא דאף שלהבא שייך מכת מדינה ולא יוכל הב"ה לחזור בו וע"ש" בהשגותיו על שולחן ערוך, הרמ"א התייחס להלכה של מכת מדינה בסימן שכ"א. הוא לא השיג על הסימן שדן במכת מדינה, אלא בסימן שכ"א שדן באונס פרטי שבין משכיר ושוכר.

סימן שכא-אונס פרטי

המחבר סיכם את הכללים בענין אונס פרטי בין משכיר לשוכר:

החוכר או המקבל שדה מחבירו, והוא בית השלחין או בית האילן, ויבש מעין בית השלחין ולא פסק הנהר הגדול, אלא אפשר להביא ממנו בדלי, או שנקצץ האילן של בית האילנות, אינו מנכה לו מחכירו. ואם מכת מדינה היא, כגון

עם הקרן ולכתוב השטר כאלו לא היה בו רבית או לטרוח להשיג הלוואת המעות על משכונות וידמה זה לנהר זוטא שאפשר לאתווי בטורח בדוולא ואף אם יהיה חשש ספק היזק המוציא מחבירו עליו הראיה..."

מהר"ם סבר שהספק סביב יכולתו של השוכר להתאים עסקיו לרג ולציה החדשה הוא העניין שעליו יש להכריע. הוא ציין כי ספק זה בתוספת ניסוח לא חד משמעי בהסכם השכירות היה מביא את מהר"ם פדאוה לפסוק כי לא מגיע לשוכר להפחית דמי שכירות:

"ואחוח דעי לפי סברתם שהם מדמי' עסק זה לשמעתא דהמקבל והנה נראה לי שאם באמת מילתא דספיק' היה ההיזק הזה שהיה אפשר לתקנו בטורח כדברי מהר"ם שהיה ספק בלשון שטר שכירות אם רשות הלוואת אמנות היו בכלל השכירות שבעבור הרבה בשכירות או לא אז ודאי היה הדין עם מהר"ם."

עולה מהנ"ל כי חוזה השכירות לא טיפל בצורה ברורה בקשר שבין חוזה השכירות לבין המתווה הרגולטורי. כמוכ, חוזה מפורט היה עשוי להוביל לתוצאה אחרת.

בקביעת הנזק, מהר"ם פירט מספר עניינים שיש לדייני המקום לבחון כולל תנאי שוק האשראי המקומי, שיעורי הרווח המקובלים בפעילות שלהם ועוד אלמנטים הקשורים לשוק המקומי:

"אם ספק הוא או ודאי לא אוכל להכריע כי לא נביא ולא בר נביא אנכי לדעת מנהג וסדר עיר אשר אינו בקרבה כי הכל לפי המקום כי יש מקום שדריה דלים וצריכין להלוואה ואם לא ימצאו באמנה על כרחם צריכין למצא תחבולה להבטיח היהודי או במשכונות או בצד מה דרך אמנה שהיהודי יבטח בו ויש מקומות שדריה אינם כל כך דחוקים ולפעמי' לווים כאשר ימצא וללוות באמנ' בדרך ניאות בלי דחק ואם לא ימצאו באמנה יספיקו בשלהם ויכלו לעמוד בלי הלוואה כי אינם דחוקים כל כך ודברים הדומים לזה שכל עיר ועיר משתנה סדרה לעיר אחרת לכן הדבר הזה על בר מתא לברר היודע חוקי וסדרי העיר והשתדלות הקהל אינו כ"כ ראייה ברורה כי כל אדם רוצה בהרוחה שיוכל לעשות בעסקיו בלי טורח ובלי השתדלות ואף ידאג על להבא אף אם לפי שעה אין בו היזק לכן לא ארד לדבר בהכרע' זו הפעם לומר אם ספק הוא או ודאי."

חידושו הגדול של מהר"ם עליו לא הסכים הרמ"א (כפי שנראה בהמשך) הינו שהדין של מכת מדינה לא מאפשר לשוכר להפחית דמי שכירות כדי לטפל בתשלומים עתידיים למשכיר. אירוע מכת מדינה מאפשר הפחתת דמי שכירות על הנזק שנגרם עד לאותו יום אבל לא לגבי העתיד. השוכר רשאי לבטל את החוזה אבל ככל שלא בחר לבטל את החוזה, השוכר נחשב שוויתר על טענות עתידיות:

"בעיני נר' [ש]מקור דינו כלל כי הענין ההוא מיירי במכה שקבלו על העבר דהיינו כגון אכלה חגב ונשתדף השדה שנתקלקלה התבואה ולחנם טרחו וחרשו וזרעו וכן נקצץ

שיבש הנהר, מנכה לו מחכירו.

על זה הוסיף הרמ"א:

הגה: והא דאמרין אם מכת מדינה הוא מנכה לו מן חכירו, הוא הדין בכל כיוצא בזה, דכל מקום שנפסד הענין לגמרי והוי מכת מדינה, מנכה לו משכירותו. ואם אפשר לתקנו על ידי טורח ותחבולות, אינו מנכה לו.

יש לשים לב שלפי הרמ"א, הכלל של מכת המדינה מאפשר להפחית דמי שכירות רק "מקום שנפסד הענין לגמרי..." כלומר, "total loss". במצב של מגיפה של קורונה ייתכן שרק עסק שעבר פגיעה טוטאלית יוכל להפחית דמי שכירות. באשר לאפשרות של הפחתת שכירות על העתיד שמהר"ם פדאוה לא אישר, הרמ"א פסק שניתן להפחית על העבר וגם על העתיד:

וכל מקום שמנכה לו אין חילוק במה שעבר או להבא. וכן פסק מהר"ם על א' מלמד שגזר המושל שלא ילמוד, דהוי מכת מדינה ז' ז' וכל ההפסד על בעל הבית ויש חולקין וסבירא להו דמכאן ולהבא בדין חזרה קאי, כמו דאמרין לעיל סימן ש"י לענין השוכר חמור ומת, ואם לא חזר איהו דאפסיד אנפשיה ומחל והסברא הראשונה נראה לי עיקר.

סימן שכ"ב - מכת מדינה

כלל הבסיס של דין מכת מדינה מסוכם כך בסימן שכב:

"החוכר או השוכר שדה מחבירו, בן ואכלה חגב או נשדפה, א' אם אירע דבר זה ג' ג' א' לרוב השדות של אותה העיר, מנכה לו מחכירו ג' הכל, לפי ההפסד ב' שאירעו. ד' ואם לא פשטה המכה ברוב השדות, ג' אינו מנכה לו מחכירו אע"פ שנשדפו כל השדות של בעל הקרקע. נשדפו כל השדות של השוכר או החוכר, אף על פי שפשטה המכה ברוב השדות, אינו מנכה לו מחכירו, שאין זה ההפסד תלוי אלא בשוכר."

סמ"ע (רבי יהושע פלק כין מהמאה ה-16)

הסמ"ע בסימן שכא דן בסוגיית מכת מדינה ואוסף הקשיים שבין דברי מהר"ם מרוטנברג, מהר"ם פדאוה ובעיקר דברי הרמ"א ודרכו הסיק מסקנה חשובה ומעניינת בהלכות מכה מדינה. לפי הסמ"ע, אכן יש דין ייחודי של מכת מדינה בהקשר של משכיר ושוכר (וכן בין מעסיק ופועל). לפי הסמ"ע, הדרך ליישר את כל השיטות הינו על ידי קביעה שבמקרה של מכת מדינה הנזק מתחלק באופן שווה בין המשכיר והשוכר.

"מסתברא לומר כיון דמכת מדינה היא המשכיר והשוכר שוין בהדבר ואין לומר דמזלו דשום אחד גרם, ונחזור לכללנו המוציא מחבירו עליו הראיה, או לפחות יהיה ההפסד על שניהן לכן נראה שגם דעת המרדכי בשם מהר"ם היא כן, כי המעיין שם במרדכי יראה דלא כתב שם דכל ההפסד הוא על הבעה"ב, אלא זה לשונו שם בפרק האומנים בדפוס גדול סי' (שמ"ז) [שמ"ג], אם הביטול של המלמד מחמת גזירת המושל שבעיר ואי אפשר ללמד הוי מכת מדינה ויהא הפסד של בעל הבית, עכ"ל. הרי דלא כתב כל ההפסד על הבעה"ב כמו שהביא מור"ם לשונו בדרכי

משה וגם כתב כן כאן בשו"ע, גם לא כתב ויהא ההפסד על הבעה"ב בה"א הידיעה דהוי משמע הפסד הידוע דהיינו כל ההפסד, אלא כתב ויהא הפסד על הבעה"ב, ונראה לע"ד פשוט דכונת המרדכי בשם מהר"ם היא דגם לבעה"ב יהיה הפסד, דהיינו יחלוקו כמו שאמרו בספינה הנ"ל, והשתא אתי שפיר הנתנית טעם שכתב המרדכי שיהא הפסד לבעה"ב כיון דהיא מכת מדינה, דר"ל כמ"ש לעיל דבמכת מדינה שניהם שוין ואין לתלות במזלו של זה יותר מבשל זה, משו"ה מצינו בו דמנכין בהשכירות או יחלוקו באופן שיהיו שוין בהפסד."

הסמ"ע היה מודע לכך כי לא כל הניסוחים תומכים בקביעה כי שני הצדדים מתחלקים על הנזק:

"ואף שסתם המרדכי דבריו ולא כתב שיהיה גם ההפסד על הבעה"ב והיינו שיהיו שוים בהפסד, ולשונו אפשר לפרש דר"ל כל ההפסד על הבעה"ב, מ"מ כיון דלא פירש ג"כ דבריו לכתוב לשון דיהא משמע שיהא כל ההפסד, ניחא לן לפרש דבריו שכונתו שיהיו שוים כדי לישב כל התמיהות הנ"ל."

שיטת הסמ"ע מתאימה מאד לשיטת הראב"ן כי שניהם דורשים שהצדדים יתחלקו בנזק.

הש"ך (חושן משפט סימן שכא) לא הסכים לחידוש של הסמ"ע שיש להתחלק בנזק:

בסמ"ע האריך בכאן לסת' דברי הר"ב וכל דבריו שם אינם מוכרחים ובפרט מ"ש דהר"מ במלמד ר"ל שההפסד על שניהם ובז' יישב דברי מהר"ם פדאוה' וז"א כנראה לכל מעיין גם אשתמיטת' דברי הגה' אשרי פ' האומנים מא"ז ודברי מהר"ם פדו' גופא בתשו' סי' פ"ו שכתבו להדיא שהבעל הבית נותן לו כל שכרו..."

בשו"ת מהרש"ך חלק ב סימן קצח, רבי שלמה בן אברהם הכהן (1520 - 1601), נשאל אודות שוכר חנות בשוק בו כנראה כל החנויות עסקו באותו תחום. השלטון המקומי קבע כי אותם עסקים חייבים לעבור למקום אחר בעיר.

לפי חוזה השכירות השוכר התחייב לשלם בין אם החנות מלא או ריק. המשכיר דרש את מלוא דמי השכירות בלי להתחשב בשינוי סיווג המקום:

"ראובן השכיר חנות לשמעון בגארפ"י של עלי פאש'ה בשוק הקאזאזיש בכ"ב לבנים בכל חדש לזמן שנה או שתי שנים בשטר. ועתה בא מאמר המלך שיקומו כל הקאזאזיש מן המקום הזה וילכו להם ליקח חנויות סביבות הביג'ל'טין, והלכו כולם ולקחו שם חנויות במאמר המלך יר"ה. ועתה בא ראובן ותובע על פסידותו משמעון בשלמות, כי כן כתוב בשטר השכירות בין מלאה בין רקנית. ושמעון טוען כי לא מיידו היתה זאת שעל כרחו שלא בטובתו הקימו אותו והוליקוהו למעלה סביבות הביג'ל'טין."

המשכיר סבר כי משמעות החלטת השלטון המקומי לא הייתה למנוע מהשוכר להפעיל עסק בחנות אלא להתעסק במקצוע שלו באותו מקום:

"וראובן טוען אם הקימו אותו מכאן הוא משום האומנות"

ראב"ן ז"ל בס' צ"ח אלא שכתב עוד דא"צ להחזיר המשכיר כל השכירות שלקח אלא כל א' יפסיד מחצה מדמי השכירות הזמן אשר ברחו משום דהכא הגזירה היתה על שניהם על הבתים להיות נדודים ועל האנשים להיות גולים עכ"ד.

הרב ציטט דיון בירושלמי לפיו עולה כי במצב שמאד דומה למכת מדינה, המשכיר לא צריך להתחלק בנזק שנגרם אם המשכיר היה מסוגל לקיים את ההסכם במלואו. לפי הסוגיא בירושלמי (גיט ין, פרק ז הלכה ו), אדם אחד נתן כסף לבעל ספינה להעביר סחורה שלו בנהר, והנהר יבש. רב נחמן בר יעקב פסק שאין בעל הספינה צריך להחזיר את הכסף שקיבל כי הוא טוען "הא אילפא אייתי נהרא", כלומר הנה הספינה שלי, הנני מוכן להעבירה, התפקיד שלך להביא את הנהר. לפי המחנה אפרים, בעצם הירושלמי דן במצב שהינו במכת מדינה:

"הירושלמי שהבאתי לעיל מפר' מי שאחזו דהקדים חזי לאילפא ואחר כך נגב נהרא דפטרו רב נחמן להחזיר השכר איכא למילף דאפילו היכא דהוי מכת מדינה דקי"ל דהוי פסידא דמשכיר מ"מ אם הקדים לו השכר א"צ להחזירו דהא נגב נהרא הוי מכת מדינה, והלכתא כרב נחמן."

על בסיס הירושלמי, המחנה אפרים סבר כי גם במצב של מכת מדינה השוכר לא יכול להפחית דמי שכירות אם המשכיר יכול לקיים את ההסכם במלואו:

"וכדיהיב טעמא בהגהה שם משום דהשוכר אומר לו אנא הא קאינא והמשכיר אינו יכול לקיים תנאו, אבל הכא אין העיכוב מצד המשכיר שיכול לומר הא ביתא קמך."

בחלק השני של דברי המחנה אפרים, הוא הפנה לתשובתו של מהרש"ן. כזכור, מדובר [ב]ראובן ששכר חנות בשוק הקאזאזים לזמן שתי שנים ובתוך הזמן גזר המלך שלא ישבו קאזאזי באותו השוק, והשיב דהוי זה מכת מדינה ואין צריך ראובן לתת שכירות מאותו זמן ואילך. המחנה אפרים לא הסכים לפסיקת המהרש"ן:

"אבל עדין יר' דבנדון הרש"ן יש להעמיד השכירות ולחייבו לשוכר כיון דלא נשתנה החנו' מכמות שהיה וראויה היא לאומנות אחר' אלא שלזה השוכר אינה ראויה כה"ג לא שייך לומר מזליה דמשכיר גרם, ונרא' דמה"ט כתב המרדכי דאם ברחו מחמת הדבר דצריך לתת כל השכירות והביאו הרש"ן סי' של"ד משו' דס"ל דהמכה לא נגזרה על הבתים אלא על האנשי' והמשכיר א"ל הא ביתא קמך."

לפי המחנה אפרים, המהרש"ן הסתמך על העובדה שהשוכר לא היה מסוגל לנהל עסק מסוג אחר בחנות ששכר אבל מעיקר ההלכה, כל עוד המבנה קיים ולא נפגע (כמו חיטה בידי חגבים) אין סיבה שהמשכיר יספוג את הנזק.

המחנה אפרים הפנה לש"ך שהביא (אבל לא נראה שהסכים) לפסיקת מהר"מ מטיקטין (במרדכי דפוס קראקא) "במי שהשכיר בית לחבירו ונכנס בו ואחר כך נתהוה שינוי אויר ודבר ב"מ והוכרחו לברוח ופסק דצריך

הזה שיש בידך שהוא קאזאזליק, אבל אם תרצה למכור דבר יעזבו אותך, או אם תרצה להשכיר לאדם אחר לא יאמרו לך כלום. ושמעון טוען שאינו יודע אומנות אחר, וגם אינו רוצה לקחת אחריות השכירות מאדם אחר. זאת ועוד שלא ימצא עתה כ"כ שכירות כמו שהיתה בהיותה מושכרת לקאזאזיש."

המהרש"ן קבע כדבר פשוט, "שאינן לראובן שום תביעה על שמעון על שכירות החנות הנז', ולא היה צורך לכתוב על דבר זה לרוב פשיטותו:"

"ויש בזה טעם וטעמים לשבח גדולים וטובים מספיקים לפטור לשמעון מתביעת ראובן. כי הנה אף על פי שקבל עליו שמעון ונתחייב לפרוע שכירות החנות הנז' בין מלאה בין רקנית, לא היתה הכוונה רק אם תהיה רקנית בסבתו, אמנם כי האי גוונא שהוציאוהו בע"כ שלא בטובתו לא נתחייב... בנדון דידן נאמר בדרך דמיון דנהי דקביל עליה שמעון אחריות פרעון השכירות אפילו אם תהיה החנות רקנית בסבתו, מ"מ לא קבל עליו אם תהיה רקנית לסבת שיכריחוהו לצאת משם על כרחו כמו שאירע המאורע, וזה פשוט."

המהרש"ן קבע כי יש לדמות מצב זה למכת מדינה בעיקר כי כל החנויות היו כפופות להחלטה אחידה של כל התעשייה באותו אזור:

"ועוד טעם אחר גדול מזה שגזרת מאמר המלך יר"ה לא היתה בפרטות על החנות המושכרת לשמעון לבד, כי אם על כל החנויות הקאזאזיש שגזר עליהם שיקומו מן המקום ההוא. אם כן דמי הך מלתא למכת מדינה, דתנן בהדיא בפרק המקבל [ב"מ קה ע"ב] המקבל שדה מחברו אכלה חגב או נשדפה, אי מכת מדינה היא מנכה לו מחכירו, אם אינו מכת מדינה אינו מנכה לו. ואין צורך לישא וליתן במה שנחלקו הפוסקים דהיכי דמי מכת מדינה, דכיון דבנדון דידן גזר המלך על כל החנויות של הקאזאזיש אשר שם שיצאו משם, בודאי דדמי לנשדפה ארעתא דכולא באגא דאישדוף רובא דבאגא כל אנפין שוין דהוי מכת מדינה."

כמו כן, המהרש"ן דחה את הטענה שהשוכר תמיד יכול להפעיל עסק אחר בחנות:

"ומעתה כל הטענות שטוען ראובן על שמעון שאם ירצה לעשות אומנות אחרת יעזבוהו שם או ישכירנה הוא לאחרים, כל אלה הטענות לאפס ותוהו נחשבו, כי אין יעלה על הדעת לעשות אומנות אחרת אשר לא נסה בו, גם מאין הרגלים לחייבו לבקש שוכר ויתחייב הוא בשכירות."

מחנה אפרים

הרב אפרים נבון, 1677 - 1735, בספרו מחנה אפרים הלכות שכירות סימן ז, דן בשוכר "דשכר בית לזמן ואחר כך ברחו מחמת המגפה." מניסוח זה קשה לדעת האם המשכיר גם ברח בעקבות המגפה וכן אין לדעת האם רוב אנשי העיר גם ברחו או נשארו. המחנה אפרים פתח בפסיקתו של ראב"ן כי המשכיר והשוכר חייבים להתחלק בנזק שנגרם:

"לכאורה נראה כיון דהוי מכת מדינה יפסיד המשכיר, וכ"כ

כלומר, לפי כל השיטות (חוץ ממהר"ם טיקטין) השוכר יכול לקזז מדמי שכירות את הפסדי מכת מדינה, כשלפי הראב"ן והסמ"ע, השוכר יכול לקזז רק חצי מהנזק כי הוא צריך להתחלק עם המשכיר בתוצאות האירוע.

וכך פסק הרב וויס:

"העולה לדינא לענין שכירות בתים ומבני ציבור ולהלכה נראה דכיון שלדעת גאוני בתראי עמודי ההוראה הט"ז והש"ך, ההפסד במגיפת דבר הוא על בעה"ב."

יש להוסיף, כי ערוך השולחן (חושן משפט סימן שכא סעיף יב) הבהיר כי הדין של מכת מדינה והיכולת להפחית בדמי שכירות חל רק על שכירת נכס למטרת ייצור רווח ולא על נכס שבסופו של דבר יוחזר למשכיר כמו שהוא.

כדוגמא, זה לא חל על מקרה של שכירת רכב לשימוש עצמי:

"כללו של דבר כל שכירות שהענין הוא להוציא ריוח מהשכירות כמו שדה לאכול פרותיה או שוכר חנות לסחורה או שוכר מלמד לבנו לאכול פירות תורתו וגם זהו כעין מסחר דאפשר שיקבל תורה הרבה ואפשר שיקבל מעט הדין בזה דאם אינה מכת מדינה ההיזק הוא על השוכר ובמכת מדינה ההיזק על שניהם וכן בכל כיוצא בזה אבל בשוכר דבר לבלי לאכול פירותיה אלא חמור לרכוב עליו עד מקום פלוני ובית לדור בה עד זמן פלוני דאין בזה עסק מסחר אין דנין בזה דין מכת מדינה דאף כשאינה מכת מדינה כיון שנתקלקלו יכול לחזור בו להבא."

עולה מהנ"ל, שהמשפט העברי הכיר במגיפות כמכת מדינה וכן אפשר לשוכר להפחית בדמי שכירות לתקופת המגפה ולאחריה. הראב"ן (והסמ"ע והמחנה אפרים), בדומה להמלצת הלשכה, הגביל את הפחתת דמי השכירות בלא יותר מ-50% מהנזק הנגרם כי "המכה על שניהם היתה."

השוכר לשלם לו. מהר"ם טיקטין כתב "[ש]אם מחפשיין בבתים ואנסוהו מחמת המשכיר הוא שנמצא למפרע שלא היתה עומדת להשכיר שהיתה משועבדת לאנגריא זו אבל בית זה לא נעשה בו שום שינוי כאז כן עתה." כלומר, גם במצב של מגיפה אם לא נגרם כל שינוי בבית והיה אפשר (לפחות ברמה התיאורטית) לחיות בתוך הבית אזי השוכר לא יכול להפחית בדמי שכירות. הש"ך סיים וכתב "ודבריו צ"ע לדינא."

יוצא אם כן, שהמחנה אפרים פתח בתשובתו של הראב"ן כי על המשכיר להתחלק בנזק והגביל כלל זה למצב בו דמי שכירות לא שולמו מראש וכן שלא היה אפשר לנהל עסק כלשהו במושכר בתקופה הרלוונטית.

המנחת אשר (חלק ב קכ) סיכם את השיטות הבסיסיות וחילק אותם לשלש:

"מצאנו ג' דעות. דעת מהר"ם מרוטנבורג הש"ך והט"ז שההפסד של בע"ב כמבואר בס' שכ"א ושכ"ב גבי חכר שדה ונשתדפו רוב שדות העיר שמנכה לו מחכורו, דעת מהר"ם מטיקטין דכיון שהבית קמן צריך לשלם לבעה"ב כל השכירות, ואילו דעת ראב"ן שהובאה במחנ"א שצריכים לחלוק בהפסד ועל כן מנכה לו רק חצי מההפסד. ועוד נחלקו בכה"ג בשכבר הקדים לו שכרו לדעת ראב"ן והמהר"ם מרוטנבורג אין נפק"מ בין הקדים ללא הקדים וכהא דבית שנשרף ואילו לדעת המחנ"א ע"פ הירושלמי אם הקדים לבעה"ב שכרו אינו צריך להחזיר... אכן נראה לכאורה שאם אין מדובר על מגיפה אלא על בריחה מחמת פיקוד"נ כגון מלחמה או גזירה יודה הראב"ן למהר"ם מטיקטין שצריך לשלם למשכיר שהרי סברת ראב"ן היא שבמגיפה מקרי שהגזירה על שניהם כיון שגם הבתים אינם ראויים למגורים וגם האנשים הוכרחו לברוח."

פרשנות תכליתית במשפט העברי

עו"ד פרופ' אברהם (אבי) וינוש, משרד עורכי דין ונוטריון



שתיים הן הדרכים לפרש דין: פרשנות מילולית הנצמדת בקפדנות ללשון החוק ופרשנות תכליתית, המנסה לרדת לשורש כוונתו של המחוקק ולהגשים את תכליתו אף אם היישום סוטה מן הפשט הפשוט של הלשון. במשפט הישראלי ניטש בעניין זה ויכוח נוקב בבית המשפט העליון בפסק הדין בעניין יד חרוצים.1 השופט שטיין צידד בפרשנות מילולית ואילו השופטים

שהפרשן יביא בחשבון את תכלית החוק וההיסטוריה החקיקתית. "פרשנות חוק הנצמדת ככל שניתן ללשונו עדיפה על פרשנות תכליתית רחבה". יתרוניתה של פרשנות טקסטואלית אשר תרה אחר משמעות ההוראה החקוקה כעניין של עובדה אמפירית כוללים את קיומו של רצון המחוקק, הקפדה על הפרדה בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, הגברת הוודאות במערכת המשפט, וכן כיבוד זכויות והגנה על אינטרס ההסתמכות של האזרחים". גישה חדשנית נוספת הסוטה מהעיקרון של פרשנות תכליתית מצויה בפסיקתו של השופט סולברג. לעניין זה ראו: בג"ץ 6494/14 שי גיני נ' הרבנות הראשית (פורסם בנבו, 6.6.2016); דנג"ץ 5026/16 שי גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (פורסם בנבו, 12.9.2017); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2017).

וראו ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS (2012) וכן FRANK H. EASTERBROOK, THE ROLE OF

1 בר"מ 2283/18 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' נכסי יד חרוצים בע"מ פורסם בנבו ביום 1.1.2019.
2 השופט שטיין ציין כי פרשנות חוק צריך שתתבסס, בראש ובראשונה, על לשון החוק, ורק כאשר זו איננה ברורה ראוי

אלא שצריך שכוונת הקניין תהא לקנות במעשה קניין ספציפי תקף שנעשה. על כן, אם יש מעשה קניין תקף ויש גם כוונה לקנות אלא שהקונה עשה במקביל למעשה הקניין גם מעשה אחר שאין לו תוקף והוא מתכוון לקנות במעשה הבלתי מועיל - אין הוא קונה.

נראה אפוא כי הפורמליסטיקה חדה וברורה. עם זאת, התעוררה השאלה האם יש מקום לתת תוקף להתחייבות שבה ברור שיש גמירות דעת ואין לומר שכוונתו היא בגדר דברים שבלב - אך מעשה קניין לא היה כלל. כלומר, האם פעולת הקניין היא העיקר וממילא היא תנאי בלתי און, או שהכוונה היא העיקר ומעשה הקניין רק יוצר כוונה? ומכאן נגזרת השאלה - האם לפי גישת "הפרשנות התכליתית" יש לומר כי כאשר מתקיימת תכלית מעשה הקניין ויש גמירות דעת יש לתת תוקף לדברים אף בלא מעשה קניין?

במסכת כתובות דף קב ע"א מצינו כי סיכום בין מחותנים המשתדכים זה עם זה תקף אף בלא מעשה קניין, שכן אגב חיבת העניין יש להם גמירות דעת מלאה ו"הן הן הדברים הנקנים באמירה". תוס' שם ד"ה "אליבא" מסיק כי יש קניין גמור מדאורייתא אף שאין מעשה קניין⁶. אין זאת אלא כי כאשר בפנינו גמירות דעת ברורה נוצרת מחויבות אף שאין מעשה קניין.

בדומה לכך מצינו במסכת בכורות דף י"ח עמ' ב' כי כאשר יש נסיבות שגמירות הדעת עולה בבירור יש

ברק ארז 32 וגרוסקופף צדדו בפרשנות תכליתית. השופט גרוסקופף ציין כי "בבחירה בין נאמנות ללשון החוק לבין נאמנות לתכלית החוק, מקובל עלינו כי יש להעדיף את הפרשנות המשרתת את הגיון החוק על פני הפרשנות התואמת באופן דווקני את לשונו. כך נהגנו ביחס לפרשנות חוקים בעבר וכך ראוי כי ננהג ביחס לפרשנות חוקים גם בעתיד". להלן נעמוד על מספר סוגיות שבהן יש מחלוקות קוטביות בשאלה זו - במשפט העברי.

א. דיני קניין

בעולמה של הלכה אין די בהסכם כדי להעביר בעלות ואין די בו כדי ליצור מחויבות חוזית ויש צורך ב"מעשה קניין". הדבר מושרש בהלכה הפסוקה. ביחס להקניית זכות קניינית נפסק בשו"ע חו"מ סימן קכ"ט סעיף ה' כי בלי מעשה קניין לא יכון המקח ("כל היכא דבעי קנין, אי לא קנו מיניה אינו גובה אפילו מנכסים בני חורין, אפילו כתב לו שטר") ומוסיף הרמ"א: "ואפילו נתן לו תקיעת כף, אם הוא במקום שלא נהגו לקנות בכך". כמו כן, נפסק בשו"ע חו"מ סימן פ"א סעיף ל"ב כי אין תוקף להתחייבות בלי מעשה קניין "אף אם אמר שמעון אח"כ: אני אתן לך ריווח - דברים בעלמא הם בלא קנין, ויכול לחזור בו". יתירה מכך, אף אם הסכמת הצדדים הובעה במסגרת פשרה בדיון משפטי אין להם תוקף בהעדר מעשה קניין⁵.

מעשה קניין חייב להיות מלווה בכוונה לקנות. כך נפסק בטור חו"מ סימן רע"ה סעיף י"ז: "היה גודר ופורץ ולא כיוון להחזיק, כגון שהיה סבור שהוא שלו ונמצא של גר - לא קנה"⁶. יתירה מכך, לא די שצריך כוונה לקנין,

ORIGINAL INTENT IN STATUTORY CONSTRUCTION, 11 (Harv. J.L. & Pub. Pol'y 59 (1988))

3 השופט ברק ארז ציינה "אינני שותפה לדעה כי פרשנות לשונית מבוססת על קביעת "עובדה אמפירית". אין בידינו כלי מדידה המאפשר אנליזת של כוונותיהם של חברי בית המחוקקים, ובמקרים רבים כלל לא ניתן לדעת מה סבר כל אחד ואחד מהם בעת שצירף את קולו להצבעה שתמכה בחוק". לעומת זאת, גישתו של השופט סילברג הנ"ל היא כי לא להתחקות אחר כוונתו המקורית של המחוקק באמצעות עמידה על מקורות החקיקה. לעניין זה ראו: רפי רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורות - לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב 67 (תשע"ח).

4 וכן ראה בהגהת הרמ"א על שו"ע חו"מ סימן קכ"ט סעיף כ"ב: "מי שנדר שטר לחבירו שיערב בעדו, אם קבל קנין ליתן לו שטר, חייב כפי מה שקצבו. ואם לא קבל קנין, אין צריך ליתן לו שטר באמירה בעלמא (הרא"ש כלל ס"ד סימן ג'). בשו"ע חו"מ סימן ר"ג סעיף א' נפסק כי "דבר שאין בו ממש אין קנין מועיל בו, כגון שקנו ממנו שילך עם פלוני למקום פלוני, או שיחלקו חצר שביניהם וכיו"ב, שהם קנין דברים ואין לו על מה לחול".

5 כך נפסק בשו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ז': "אף על פי שנתרצו בעלי דין בפשרה בבית דין יכולים לחזור בהם כל זמן שלא קנו מידם, דפשרה צריכה קניין" ובהגהת הרמ"א "יש אומרים כשמקבל קנין על הפשרה צריך להקנות לו החפץ, שלא יהא קנין דברים (מרדכי)".

6 כמו כן נפסק בשו"ע חו"מ סימן רע"ה סעיף כ"ה "העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, לא קנה". ומקור הדברים בגמ' יבמות דף

נ"ב עמ' ב' ה"עודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן - לא קני". מבאר רש"י: כי מדובר במקרה של גר שמת ואין לו יורשים והכלל הוא כי המחזיק בנכסיו קנה. ברם, קרקעו של הגר היתה סמוכה לקרקעו של זה שחפר בקרקע הגר "וכסבור שזו קרקע שלו ולא התכוון להחזיק - לא קנה".

7 כך מצינו במסכת בבא מציעא דף י"ד ע"א שיש תקנת חכמים לפיה "ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום". אולם, אם אדם ראה מציאה שהיתה בארבע אמותיו אך לא התכוון לקנות בקנין זה אלא בכך שהוא נפל עליה או פרס טליתו עליה - "מעבירים אותו הימנה", שכן הוא לא התכוון לקנות בקנין המועיל שעשה. "כיון דנפל - גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני, בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני". מבאר רש"י: "לא התכוון לקנות בתורת תקנת חכמים, כסבור שנפילתו יפה לו". עם זאת ב"שיטה מקובצת" במסכת בבא מציעא דף י' עמ' א' מצינו את שיטת הר"ן כי רק בקניין החל מדרבנן יכול אדם לומר "לא ניחא לי בתקנת חכמים" ובהעדר כוונה לקנות במעשה קניין ספציפי זה הוא לא קנה. אולם, בקניין דאורייתא הנכס עובר לרשות הקונה, שהרי הוא כיוון לקנות ויש מעשה קניין, למרות שהכוונה לא מתייחסת למעשה זה. הרשב"א חולק וסובר שגם בקניין מדאורייתא צריך כוונה במעשה קניין זה, שאם לא כן אין הוא קונה, שכן צריך מעשה קניין ולא מועילה כוונת קניה בעלמא. שיטת הר"ן שכוונה שגויה לא מפריעה כשיש גמירות דעת, נעוצה בכך שהתקיימה תכלית הקניין.

8 תוס' הסיק זאת גם מדברי רבי יוחנן במסכת בבא מציעא דף מ"ט ע"א "הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה אף על פי שלא הגיע לידו דגמור ומקני".

9 מדובר בכהן שרעה כל בהמותיו של בעל הצד, והסיק רבי טרפון כי בעל הצד מקנה לכהן מקום בחצרו כדי שיוכה כהן בכורות כשייולדו, שכן נח לאדם שתעשה מצווה בממונו.

באמירה". על כן, אין נפקות לכך שהוא אינו רוצה להקנות באמירה, כיון שפסק לו ועמדו וקידשו נגמר הקנין שתקנו חז"ל.

חתנו של ה"נודע ביהודה" השיב כי דברי חותנו אינם ברורים שבירי הכלל של "הוהו הדברים הנקנים באמירה" אינו בגדר של תקנת חכמים אלא "אומדן חכמים היא, שחכמינו אמדו דעתו שמחמת שמתחתנים זה עם זה גמר בדעתו ומקנה באמירה בעלמא שהיא כקנין". על כן, מקום שניכר כי לא ניחא לו להקנות באמירה - צריך מעשה קניין.

הנודע ביהודה השיב לו "בוודאי תקנת חכמים היא שאם לא תקנת חכמים מה בכך שגמר בדעתו והקנה באמירה כיון שאין האמירה קנין מה מועיל גמירת דעת. הגע בעצמך שאחד נותן מתנה לחבירו כלי נאה שבביתו ולא נתנו לו וגם לא הקנה בחליפין רק באמירה שאמר חפץ זה שבביתי אני נותן לך ואני גומר דעתי ורצוני שתקנהו מעתה שיהיה שלך בכל מקום שהוא - הכי יעלה על הדעת שיקנה ומה בכך שהוא גומר בדעתו".

"נודע ביהודה" סבור אפוא כי הדין של "הוהו הדברים הנקנים באמירה" הוא תקנת חכמים וקניין דרבנן, אך בכל מקום אחר לא תועיל גמירות דעת בלי מעשה קניין. לעומת זאת חתנו של "נודע ביהודה" סבר שזה קניין דאורייתא, שכן מעשה קניין רק יוצר גמירות דעת, וכשברור שזו נוצרה הרי שיש בפנינו קניין אף בלי מעשה קניין. כלומר, הוא נקט בדרך של פרשנות תכליתית לדין שצריך מעשה קניין. בפנינו אם כן מחלוקת בשאלה האם לפרש את הדין פרשנות תכליתית או פרשנות מילולית.

ב. נדרים

הדין הוא כי נדר חל רק אם הנודר ביטא את הנדר בשפתיו. כך מציינו במסכת שבועות דף כ"ו ע"ב: "אמר שמואל: גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו, שנאמר: "לבטא בשפתים". מה הדין כאשר יש אמירה שברורה ממנה כוונתו של האומר, אך הדבר לא נאמר בשפה של כלל בני האדם. למשל אם הנודר הוא אילם שמדבר בשפת הסימנים או מדבר באספרנטו, כך שאנשים מבינים אותו אבל אין זו שפה. בהתאם לפרשנות לשונית נראה כי הדיבור הוא העיקר ואם אין הדברים נאמרים בשפה אובייקטיבית של בני אדם במדינה מסוימת - אין תחולה לנדר. לעומת זאת לפי פרשנות תכליתית, נמצא כי מכיוון שתכלית האמירה היא לוודא באופן סובייקטיבי שכוונתו לנדור הרי שהדיבור אינו חייב להיות בשפה שגם אחרים מדברים.

בעניין זה נחלקים התלמוד הבבלי והירושלמי. ה"משנה ברורה" ב"ביאור הלכה" סימן ס"ב מסיק מדברי התלמוד הבבלי שיש צורך בדיבור שנאמר בשפה שאנשי אותה מדינה מדברים "אבל אם אנשי המדינה אינם יכולים לדבר בזה הלשון ורק הוא ועוד איזה אנשים יחידים יודעים זה הלשון אין זה נחשב לשון כלל

תוקף לקניין אף שאין מעשה קניין. כך מבאר תוספות (שם, ד"ה "אקנויי") "ואפילו בלא (מעשה) קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה"¹⁰. כלומר, כאשר גמירות הדעת ברורה מאליה אין צורך במעשה קניין, שכן מתקיימת תכלית הקניין ויש ליישם דין לפי תכליתו.

בדרך זו נקטו חלק מן האחרונים. הרב אלחנן וסרמן בספרו "קובץ שעורים" בבא בתרא אות ת"ל על דף קכ"ט ע"ב מבאר כי במקום שגמירות הדעת ברורה אין צריך מעשה קניין כלל¹¹. בדומה לכך ביאר הרב אברהם ישעיה קרליץ בשם אביו, בספרו "חזון איש" חו"מ סימן כ"ב: "כלל גדול יהי לך בקנינים דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחברו וחברו יסמוך דעתו עליו ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל ודוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה דוק בש"ס ופוסקים ותמצא".

הווי אומר כי בפנינו "פרשנות תכליתית" לכלל בדבר הצורך במעשה קניין, שכן מעשה קניין הוא לא תכלית לעצמה אלא רק אמצעי ליצור גמירות דעת, ולכן המעשה נדחה מפני התוכן וכשנוצרה גמירות דעת אין עוד צורך במעשה קניין.

דיון חשוב בהקשר זה מציינו במחלוקת בין רבי יחזקאל לנדא רבה של פראג לבין חתנו, רבה של פוזנא, כפי שהוא מופיע בשו"ת "נודע ביהודה" מהדורא קמא חושן משפט סימן כ"ח. נפרט דין ודברים זה כסדרו.

אדם השרוי על ערש דווי המצווה את כל רכושו ("שכיב מרע") הינו רציני בכוונותיו וגומר בדעתו להקנות את רכושו. על כן, אין צורך במעשה קניין כדי לתת תוקף לדבריו וזהו הכלל לפיו "דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין". ברם, אם השכיב מרע ביצע מעשה קניין לקוי, אומרים אנו כי הוא לא כיון להקנות "מתנת שכיב מרע".

חתנו של ה"נודע ביהודה" סבר כי הוא הדין בשטרי פסיקתא אף על גב שנקנים באמירה אבל אם קבל קנין הרי שהוא גילה דעתו שאין בדעתו להקנות באמירה ואין לדברים תוקף.

ה"נודע ביהודה" חלק על כך והבהיר כי בעוד שבמתנת שכיב מרע הדברים תלויים רק בדעת הנותן, הלא הוא השכיב מרע שהרכוש כולו שלו, הרי שבשטרי פסיקתא בפנינו שני צדדים והם השתדכו על דעת כן "שיתן לו מה שפוסק לו באמירה וחז"ל תקנו שאלו דברים נקנים

10 מדברי תוספות אלו הסיק "אבני מילואים" בסמ"ק ל' באות ג' כי גם מי שרוצה לקדש אישה ונותן לה את כסף קידושה על גבי קרקע שלו, הוא משאיל לה את הקרקע כדי שתקנה אותה, והיא קונה את הקרקע בלי מעשה קניין "כיון דניחא ליה לקדשה דהוא מצוה גמר ומשעבד".

11 בלשונו שם: "עיקר הקנין נעשה ע"י המחשבה דגמר ומקני, דבמקום דאנן סהדי דגמר ומקני אין צריך מעשה קניין, כמו שכתב בתוס' כתובות דף ק"ב".

שמירה שלו פוטרנו מחיוב נזיקי, הרי שכשהוא לא שמר אין לו הגנה של טענת אונס והוא חייב, שהרי ממונו הזיק. אבל, אם החיוב נובע מכך שלא שמר הרי שאם שמרה אחר, הבהמה שמורה וצריך להיות פטור. כלומר, תכלית הדין עשויה לגבור ודי בכך שנעשתה שמירה כדי שיהיה פטור אף אם הנזק נעשה ע"י נכס של הבעלים ואף שהוא לא שמר.

ד. לפני עיור לא תתן מכשול

התורה ציוותה "לפני עיור לא תתן מכשול". חז"ל דרשו כי איסור זה חל הן על מי שמציב מכשול פיסי והן על מי שמכשיל את רעהו בעצה רעה או בפיתוי מוסרי, כגון מניח יין לפני נזיר. ברם, שאלה היא, האם האיסור חל רק כשאדם נכשל בפועל או גם כשהושם מכשול אך בפועל הוא לא נכשל. זו שאלתו המפורסמת של הרב מלאכי כהן מגדולי רבני ליוורנו בספרו "יד מלאכי" סימן שס"ז והוא הסיק שחייב אף כשלא ארע מכשול, שכן זו תכלית הדין. "יד מלאכי" הביא ראייה לדבריו מן הסוגיה במסכת מועד קטן דף י"ז ע"א, שבה מצינו שאדם המכה בנו גדול עובר על "לפני עיור", שמא ע"י הכאתו יגרם לכך שהבן יחזיר לו מכה. איסור "לפני עיור" זה קיים מחמת עצם ההכאה של הבן אף אם הלה לא החזיר מכה לאביו. מצד שני מצינו סוגיה במסכת קידושין דף ל"ב עמ' א' כי רב הונא קרע את בגדיו של בנו כדי לבחון אותו האם יכעס. הגמרא שואלת מדוע לא חשש שמא יעבור הבן על איסור כלפיו ונמצא הוא עובר על לפני עור לא תתן מכשול? הגמרא משיבה כי רב הונא מחל על כבודו מראש. מכאן כי מי שלא הכשיל בפועל לא עובר על לפני עיור לא תתן מכשול¹⁶. מכל מקום, לדעת האחרונים נמצא כי האיסור הוא בעצם הנחת המכשול ולא בתוצאה של הכשול. המהות מכריעה אפוא את ההגדרה ומביאה לפרש את האיסור לפי תכליתו.

הנה כי כן, ביחס לפרשנות תכליתית יש לומר, כלשונו של השופט גרוסקופף בעניין יד חרוצים "כך נהגנו ביחס לפרשנות חוקים בעבר" - והעבר מתייחס עוד למקורות המשפט העברי.

16 הרב חיים פנחס שטינברג בספרו "משמרת חיים", ב"עניינים שונים" א', הבחין בין הסוגיות וביאר כי בהכאה יש לבן אינסטינקט להגיב בהכאה. אבל, בקריעת בגד יש שני שלבים בתגובת הבן: יש שלב ראשון של כעס ויש שלב שני של תגובה בעקבות הכעס. הכעס אינו חטא ובמיוחד לאחר שהאב מחל על כבודו מראש. לכן, אין כאן אסור לפני עיור. הרב ברוך מרדכי אזרחי בספרו "ברכת מרדכי" על "משמרת חיים" תירץ, שבהכאה של בן בפנינו פעולה של הנחת מכשול. אבל, בקריעת הבגד הכעס הוא המכשול ומילא כל עוד שלא רתח עדיין לא הונח המכשול.

למדינה זו שאינה מכרת בזו הלשון¹². מאידך גיסא, בתלמוד ירושלמי מסכת נזיר פרק א מצינו כי אם אדם אומר כי יחול נדר בשעה שהוא אומר את המילה "פת" הרי שהנזירות חלה מכה אמירה זו. מבאר ה"ק"ן אורה" על מסכת נדרים דף ב' ע"א "משמע מדברי הירושלמי שאפילו יחיד לעצמו אם עושה סימן לנזירות או לנדר וקורא אותו בשם חדש, כמו לנזיר קורא בשם פת, ואחר כך מקבל עליו בלשון הזה נזירות הרי זה נזיר"¹³.

ג. דיני נזיקין

הדין הוא כי אדם חייב כאשר ממון שבבעלותו מזיק. אדם גם חייב לשמור את ממונו מלהזיק. נחלקו המפרשים מה מהות הדין ותכליתו? האם החיוב הנזיקי נובע מחיוב שמירה שלא קוים¹⁴, או שמא עצם הבעלות מחייבת באחריות כלפי מה שבבעלותו¹⁵, ואדרבה שמירה היא פטור שפטרה התורה את מי ששמר כראוי. הנפקויות הן רבות. כך למשל כשיש ספק האם היתה שמירה כראוי. אם החיוב בנזיקין נובע מבעלותו בנכס ואילו שמירה כראוי היא טעם לפטור, נמצא כי בפנינו חיוב ודאי מחד וספק אם חל פטור מאידך, ועל כן הדין עם הנזק. לעומת זאת אם החיוב בנזיקין נובע מהעדר שמירה כראוי, הרי שספק בדבר קיום שמירה הוא ספק בדבר עצם השתכללות החיוב ובלא שספק זה יוכרע יאה הדין עם המזיק. בשאלה זו נחלקו האחרונים. מדברי הרב אברהם ישעיה קרליץ בספרו "חזון איש" על בבא קמא דף ז' עמ' ב' עולה כי הנטל על המזיק. לעומת זאת בספר "פני יהושע" על מסכת בבא קמא דף נ"ו ע"ב מצינו כי הניזק צריך להוכיח שהמזיק לא שמר.

נפקות דומה תהא במקרה שהבעלים לא שמר אבל מישהו אחר שמר ובכל זאת יצאה הבהמה באונס והזיקה. אם החיוב הוא מכיוון שממונו הזיק, אלא

12 "ביאור הלכה" מביא לכך ראייה מן הגמרא במסכת קידושין דף ו' ע"א "האומר חרופתי ביהודא מקודשת, שכן ביהודא קורין לארוסה חרופה". מכאן כי "בשאר מקומות אינה מקודשת אף ששניהם כיונו לשם קידושין". וראה דבריו של הרב שמואל רוזובסקי ב"חידושי רבי שמואל" על מסכת נדרים סימן א'.

13 הרב י.ז. סולובייצ'יק (הרב מבריסק) בחידושי הגר"ז מסכת נזיר דף ב עמוד א נוקט כי "זהו רק תנאי בחלות הנזירות אבל בקבלת הנזירות צריך שיאמר לשון נזיר". כלומר, הוא מבאר את הירושלמי כי אמירת המילה "פת" היא בגדר של תנאי לפיו תחילת נזירותו תהא רק כשיאמר "פת", אבל לא שהמילה פת תחשב לאמירה היוצרת את הנדר.

14 ראה חידושי הרב שמעון יהודה הכהן שקוף למסכת בבא קמא סימן א'.

15 הלכה פסוקה היא ברמב"ם הלכות נזקי ממון פרק א הלכה א' "כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה הבעלים חייבין לשלם" שהרי ממונם הזיק". הרב איסר זלמן מלצר בספרו אבן האזל הלכות נזקי ממון פרק א' הלכה י"ד הסיק מכאן כי מן הבעלות נובע חיוב שמירה אך "לעולם החיוב (הנזיקי) הוא משום ממונו". בדומה כתב הרב נפתלי טרופ בחידושי הגר"ט סימן קט"ו "במזיק החיוב הוא מחמת שממונו הזיק, ולא משום שחייב לשמור ממונו וכל שלא שמר חייב".

הקמת בית דין מיוחד לגירושין

פרופ' נחם אילן, המכללה האקדמית לחינוך חמדת הדרום, שדות נגב

על פי תעודה מתוך פנקס הקהילה היהודית בסודאן

מבוא



קהילה יהודית התקיימה בסודאן משנות השמונים של המאה התשע עשרה ועד לשנות השישים של המאה העשרים. בשיאה מנתה הקהילה כאלף נפש; הרוב המכריע התגוררו תחילה באַמְדַמְאן ואחר כך בכ'רטום, ומיעוטו הקטן התיישב בְּאֵד מֵדִי, כ-175 ק"מ דרומית-מזרחית לכ'רטום. יש מעט מקורות על תולדות קהילה זו, והחשוב שבהם הוא פנקס הקהילה, הנמצא עתה בבית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי בירושלים, וסימנו 1-2/7306/4^o Heb. המתועד בו הוא תרס"ז-תרשכ"ה (1907-1965). בפנקס רשומים בעיקר נישואין, גירושין, אירוסין, שידוכין וגירורים.¹ הנתונים העיקריים שאפשר להפיק ממנו הם: שם הקהילה, בעלי תפקידים, התפרוסת היישובית, הרכב הקהילה, זיקות לקהילות אחרות, מנהגי נישואין ונוסחי כתובות, נישואי תערובת וגירור, מטבעות בשימוש, מעמד האישה.

המנהיג הרוחני של הקהילה במשך ארבעים ושלוש שנים היה הרב שלמה מלכה (1878-1949), מעת הגעתו לאמדרמאן בשליחות הרב אליהו חזן, הרב הראשי באלכסנדריה באותם ימים, ועד למותו. הרב מלכה הנהיג את הקהילה בסובלנות ובתבונה, והיה דמות אהודה ומכובדת גם בקרב הקהילות המוסלמית והנוצרית בכ'רטום.

אביא להלן תעודה אחת מן הפנקס ואעיר עליה בקצרה. היא מלמדת על רגישותו של הרב מלכה למצוקת הזולת, על תעוזתו ועל דרכי ההתמודדות שלו עם סוגיה שחרגה מעבר לגבולות השאלה ההלכתית. לנוחות העיון פתחתי קיצורים וראשי תיבות (בין סוגריים רבועים). אלה החוזרים על עצמם פתוחים רק בהיקורתם הראשונה.

גירושי יוסף ו' נחמן (בירכופיתש)² לנשואתו מרים בת דוב (ליויתין) וקורותיו וסיבתו

"מזה כשנה אחת אשר באו לפני להנשא יוסף בירכופיתש ומרים ליויתין. ואחרי בקורי את עדות פניותם עשינו להם כתובה כדמו"י [=כדת משה ישראל]. אך לדאבונינו כי כעבור איזה חדשים מהחופה

נודע לנו כי האשה ניתנה בבית האסורים, והוא כי ילדה בן אחרי החופה בימים מועטים בבית האוספיטאל. ואחר עבור איזה שעות ללידתה נמצא הילד מת, והממשלה חשדה אותה במיתת הילד וענשה אותה למאסר עולמית. ובהשתדלותנו הרבה הועלנו להקל מעליה העונש לשלוש שנים מאסר בלבד. ובעבור איזה חדשים לה במאסר, ובחדש ינאיר [=ינואר בערבית] 1921 אני כתבתי מכתב להמושל הכללי העליון לבקש מלפניו לשלח אותה חפשי.³ ולהיות כי היה עת רצון והוא יום 17 ינאיר, שהוא זכר לבקרת⁴ המלך גורג והמלכה מארי לסודאן נעניתי בבקשתי ושלחו את האשה חפשית ביום 31 מארסו 1921. אך ורק כי קודם צאתה שלחה אחרי וחלֵתָה את פני לאסוף אותה הביתה, יען כי לא תוכל עוד להיות לאשה לזה האיש לסיבת הצער הגדול שציערה בהיותה בבית האסורים. ולזה הסכמתי וקבלתי אותה בביתי. ובבואה כתבה מכתב לנשיא העדה והעדה הישראלית באלכרטום ותבעה מהם כי להיותה זרה בזאת הארץ ואין מי שיעמוד לימינה, וחילתה אותם להיות לה לעזר לעמוד למשפט עם בעלה. ובכן הקהילה בחרה בהאדון אימיל פיינשתיין להיות לה מורשה⁵ ולתבוע אותו האיש בבית המשפט. אך ורק כי אח"ך [=אחר כך] נתפשרו ביניהם האיש והאשה וכתבו מכתב להשופט העליון ובקשו ממנו כי יסכים להם בשטר הסכמתה זה איך שהם קבלו להתגרש פה אלכרטום, ושהם נכונים ומזומנים תחת בקשת הכומיתי [=הקהילה] הישראלית [=היהודית] באלסודאן בעת אשר ידרשו אותם, מוכנים לבוא, וזה היה ביום 12 אבריל [=אפריל] ש' [=שנת] 1921. ולהיות כי חששנו להרבה מכשולות שיהיו אח"ך ב"מ [=בר מנן]⁶, ולזה הגם שקודם לזה לא נעשו גירושין פה אלסודאן, לסיבה הנז' [=הנזכרת] ולחשש אשת איש אם יסעו לאיזה ארץ אחרת בלי גירושין, לזה אזרתי כגבר חלצי ונעניתי לבקשתה והזמננו בדה"ץ [=בית דין הצדק] ממני החו"מ [=החותם מטה] ומהאדון פרג ישועה דוד והאדון גבריאל כהן להיות נלוים אלי לב"ד [=לבית דין] של שלטה. ובכן:

באחד בשבת, תשעה ימים לחו' [=לחודש] ניסן ש' חמשת אלפים ושש מאות ושמונים ואחת לבריאת עולם, למנינא דרגילנא לממני ביה פה אלכרטום מתא, גירש יוסף ו' נחמן (בירכופיתש) להאשה מרים בת דוב (ליויתין) בגט כשר בלי שום תנאי כדת משה וישראל,

3 על פי ישעיה נח, ו.
4 = לביקור.
5 מיופה כוח.
6 מילולית: חוץ מאיתנו, והביטוי בא בהוראת לא עלינו.

1 עיינו נחם אילן, פנקס הקהילה של יהודי סודאן, הוצאת יד בן צבי, ירושלים תשס"ז (להלן אילן).
2 הסוגריים במקור וכן בהמשך.

מן הדיווחים הרגילים על מעשה הגירושין, שלרוב הם קצרים ולקוניים, נלווה לאירוע זה תיאור מפורט וססגוני, והדברים ניכרים כבר בכותרת התעודה: "גירוש יוסף ו' נחמן (בירכופיתש) לנשואתו מרים בת דוב (ליויתין) וקורותיו וסיבתו".

מתיאור ההתרחשויות מצטיירת תמונה סבוכה של היחסים בין בני הזוג ושל השיקולים שהפעיל הרב מלכה בבואו לטפל באישה ובבעיותיה. לא רק שהאישה הרתה טרם נישואיה, מן הסיפור לא ברור כלל מי היה אבי הבן, ובאמת אין חשיבות לנתון זה, שהרי התינוק נפטר סמוך ללידתו. עוד נותרה בלתי פתורה שאלת מותו של התינוק - האמנם האישה הרגה אותו, או שמא אלו חשדות בלתי מבוססים ובלתי נכונים? ומה טיבו של הסכם הפשרה בין הבעל לאשתו?

רגישות לנסיבות ולמצוקות

הרב מלכה מצטייר לא רק כתלמיד חכם, אלא בראש ובראשונה כאדם רגיש למצוקות הזולת. כמנהיג הרוחני של הקהילה חסותו הייתה פרוסה על כל בני הקהילה ובנותיה, קרובים כרחוקים, ותיקים כחדשים, ישרי דרך ועבריינים. הוא לא התנער מן האישה ומנסיבות כליותה, אלא דאג להקלה בעונשה, פתח את ביתו בפניה, היה קשוב לבקשותיה וחתר לפתרונות רגישים המושתתים על ההלכה. עוד נראה הרב מלכה כבעל יוזמה אשר השכיל לפלס נתיבות אל לב המושל הכללי העליון, וכסמכות הלכתית גייס לצדו שניים מראשי הקהילה כדי לשמש בית דין לגירושין, אף שטרם התנסו בזה, והחששות החמורים אשר עלולים לנבוע מטיפול לא מספיק זהיר כמו נחקק לנגד עיניהם.

סיפור שכזה לא נשנה בפנקס הקהילה; קרוב להניח כי מדובר באירוע יוצא דופן במורכבותו וחריג בעצם התרחשותו. עדותו האישית של הרב מלכה מלמדת עד כמה לא נדחתה האישה, אלא המשיכה להיתפס כבת הקהילה, ולכן השתדל הרב מלכה להקל עליה באופנים מגוונים.

ובעדי כתיבה ומסירה כשרים. והגט הוא מסר אותו מידו לידה בלי שום שליח. ובכן הרי האשה הזאת נעשית פנויה ומותרת לכל אדם כדמו"י [=כדת משה וישראל]. ולראית אמו"ץ [=אמת וצדק] ח"ש [=חתמנו שמנו] פה אלכרטום יע"ה [=צ"ל יע"א = יכוננה עליון, אמן/יגן עליה אלוהים], בט' לח' ניסן התרפ"א [=1921] והשו"ב [=והכול שריר ובריר] וקיים.

עדי הגט הם גבריאל ו' [=בן] משה (כהן) ויחיא בן מסלם, והשו"ק [=והכול שריר ובריר וקיים], ובמעמד פקיד נשיא העדה ואיזה יחידים סגולה והוא האדון עיתא חכים, ושבו"ק."

נוסח התעודה שנמסרה לאישה לעדות

"זאת תהיה לנו לעדה,⁷ עדות ה' נאמנה,⁸ ביד האשה מרים בת דוב (ליויתין), אין כי באחד בשבת, בתשעה ימים לירח סיון⁹ ש' חמשת אלפים ושש מאות שמנים ואחד לב"ע [=לבריאת עולם], למנינא דרגילנא לממני ביה הכא אלכרטום מתא, גירש יוסף ו' נחמן (בירכופיתש) את אשתו מרים בת דוב (ליויתין) בגט כריתות כשר כדמו"י בלי שום תנאי ומסרו לה בפני עדים כשרים. והוטל חרם על מי שיוציא לעז על גט זה. ומ"ו [=ומעתה והלאה] הרי האשה מרים בת דוב (ליויתין) הנז' פנויה ומותרת לכל אדם. ולראית אמו"ץ ח"ש פה אלכרטום סודאן בש"ה [=בשליש הראשון] לח' ניסן ש' התרפ"א ליצי' [=ליצירה], והשו"ק [=והכל שריר ובריר וקיים].

חתום שלמה מלכה ישועה דוד גבריאל כהן¹⁰

תעודת הגירושין הראשונה שניתנה בקהילה באביב 1921 מלמדת על מעמדו של הרב מלכה לא רק בתוך הקהילה היהודית אלא גם בקרב השלטונות. בשונה

7 על פי בראשית כא, ל.

8 על פי תהלים יט, ח.

9 צ"ל ניסן.

10 אילן, עמ' 22-24 (הדיון), 98-100 (המקור).

מגבלות המושלות על ממכר של מקרקעין מימי התלמוד ועד הרמב"ם

עו"ד ד"ר ניסן שריפי, יו"ר ועדת רישוי העסקים בלשכה | ד"ר יחזקאל דוד, ד"ר לתלמוד ולמשפט עברי



יחזקאל דוד

אזורי שיקום, זכות קדימה ועוד) וכמובן - המיסים החלים על ביצוע דיספוזיציה, לרבות מס שבח ומס רכישה, הארנונה, האגרות וההיטלים שמשעת עריכת החוזה או משעת קבלת החזקה עובר הנטל לתשלומם על הרוכש. מסתבר כי קשיים דומים - משהו לקשיים ולבעיות

עורכי הדין העוסקים בתחום המקרקעין עומדים לא אחת מול בעיות רבות שיש לפתור לפני ביצוע דיספוזיציה במקרקעין ואף לאחר ביצועה של זו. משכנתא הרובצת על הנכס, הערות בדבר זכויות צדדים שלישיים (רכישה קודמת, זיקת הנאה, רשות העתיקות, בינוי - פיני



ניסן שריפי

לפרעון החוב - זו ריבית מדאורייתא ויוצאת בדיינים. ומי שממשכן את שדהו כדי שהמלווה יאכל מפירותיה - זה אבק ריבית ואינה יוצאת בדיינים, המשכנתא המותרת היא זו הממשכנתא את השדה כנגד החוב ומפחיתה את דמי הפירות, שהמלווה נהנה מהם, מכלל החוב⁸.

המוכר שדהו צריך להציעו תחילה לשכנו הקרוב ששדהו גובל בממכר (=מצרן). אם הקדים המוכר ומכרה לאחר, יכול המצרן לסלק את הרוכש ולשלם לו את מה ששילם למוכר⁹. הטעם לדין זה הוא משום 'ועשית הישר והטוב'. הקונה לא מפסיד ומקבל את כספו, והמצרן לא צריך לטרוח ולקנות נכס מרוחק. אך אם יש פסידא למוכר, כגון אם הוא זקוק לכסף בדחיפות לפרוע מס שהוא חייב בו, או למזון האישה והבנות - אין דין בן המצר חל. 'לפי שאין לנו להפסיד מוכר משום טוב ויש ר' דמצרן'¹⁰. מצרן שמחל על זכותו צריך לקנות ממנו בקנין על ויתורו (ב"מ קח ע"א).

הפעלת זכות המצרנות גורמת לאי וודאות במקח ובממכר ומצמצמת את זכותו של המוכר למכור למי שהוא רוצה, על כן צמצמו החכמים את הדין שהוא לא תקף במכירה לקטן, לאישה, לבעלים הקודמים, או לשותף¹¹. כמו כן אין דין מצרנות במתנה¹², ולא בשכירות¹³. ולא כאשר יש רשות חוצצת¹⁴.

המצרן צריך למהר ולשלם את מחיר הממכר כל עוד לא בוצעה העיסקא, אבל אם יתמהמה יאבד את זכותו¹⁵.

8 מלווה ולוה ו, ז. וראה שטר משכנתא משנת 969 הלווים משכנו חצר שלהם למלווה, ציינו בדיוק את מצריה והתחייבו שאם יגיע זמן הפירעון ולא יפרעו את החוב המלווה יהיה רשאי למוכר את החצר. ש' אסף, שטרות עתיקים, עמ' 206-205.

9 ב"מ קח ע"א, רמב"ם, הלכות שכנים יד, א.

10 רמב"ם הלכות שכנים פ"ב הי"ג וראה עוד רש"י לבי"מ קח ע"ב ד"ה אין בה משום.

11 ב"מ קח ע"ב וראה אלון, המשפט העברי, א, עמ' 514. אבל אם ההעברה לאישה לא נועדה אלא להבריא מן המצרן - המצרן מוציא מידיה, תשובה לראב"ם, סימן צז, עמ' 143 ואילך. תשובה דומה השיב הר"י מיגש, סי' פד, עמ' עד ואילך.

12 אבל אם עשו קנוניא המוכר והקונה והציגו עסקה כמתנה כדי להערים על דין בר המצר - המצרן מוציא מידי מקבל המתנה המדומה (אוצה"ג, כתובות, סי' שי, עמ' 123 תשובה לרה"ג).

13 שו"ת הרמב"ם, ב, סי' רלה, עמ' 429, הלכות שכירות פ"ב הי"ח.

14 שו"ת הר"י מיגש, סי' קיב.

15 שו"ת הר"י מיגש, סימן רכד. הרמב"ם, הלכות שכנים, יד, א כותב: 'אמר אטרח ואביא אין שומעין לו, אלך ואביא אם הוא אמוד שיש לו ממתנין לו עד שילך ויביא, ואם אינו אמוד אין שומעין לו שאינו רוצה אלא להשטט, לפיכך אומרים לו: או תוציא עתה זוזים או בטלה זכותך שאין קובעין זמן לבעל המצר'.

בהם נתקלים כיום הצדדים לחוזה מכר מקרקעין, היו כבר מנת חלקם של אבותינו הקדומים, ונרחיב קימעא בעניין דנן ברשימה זו.

בימי התלמוד נהוג היה להסיר את השעבוד מהמקרקעין בטרם תבוצע עסקה לרכישתם. אם גבר נשוי היה המוכר - על הקונה היה לוודא שהאישה מסכימה למכר, מפני שהמקרקעין משועבדים לכתובתה¹. אישה שמוכרת נכסי מלוג שלה צריכה לבקש את רשות בעלה למכר או למתנה מפני שפירות נכסי מלוג שייכים לבעלה².

בשאלה שנשלחה לרמב"ם מסופר על אישה נשואה שמכרה נכסי מלוג שלה לגוי, העדים שאלו אם מותר להם להעיד על המכירה הזו. הרמב"ם השיב: 'אם היה הקנין ממנה ברצון בעלה, מותר לעדים לכתוב עדותם, ואם היה שלא ברצון בעלה, או שלא בפניו, אסור להם להעיד עליה'. במקרה דומה השיב: 'אפילו נמכר החלק לישראל, בטל המכר וחייבים להחזיר הנחלה, והעדים שהעידו על המכירה של האישה, חטאו תכלית החטא'³.

שטרי המכר כללו סעיף של אחריות, שבו מתחייב המוכר לפצות את הקונה מפני כל נזק שיגיעו מקנייה זו. גם אם לא נכתבה אחריות בשטר ייחסו זאת לטעות סופר כדי להגן על הקונה⁴.

ישנן מכירות שאינן תקפות כגון, מכירה על מנת להחזיר והחזרת התמורה. למעשה זו הלוואה שבה הקרקע או הבית נחלטים לבעל החוב אם לא יפרע החוב⁵. המוכר ממשיך לגור בנכס הממושכן ומשלם דמי שכירות לרוכש⁶. מכר באופן הזה אסור לפי התלמוד (ב"מ סה ע"ב): 'מכר לו בית, מכר לו שדה, ואמר לו לכשיהיו לי מעות החזיריה לי - אסור'⁷.

לווה שממשכן את ביתו למלווה או מטע ששייך לו אסור למלווה ליהנות מפירות נכסי הלווה כי זו ריבית.

הרמב"ם הסביר בשם רבותיו כי הממשכן ביתו כערובה

1 גיטין צה ע"א, רמב"ם, אישות יז, יא.
2 משנה כתובות ט, א.
3 שו"ת הרמב"ם, ב, עמ' 348, ועמ' 413-414. מתנה ע"י אישה נזכרת בשו"ת הרמב"ם, א, עמ' 35.
4 ב"ב קסט ע"ב, ב"מ טו ע"ב, רמב"ם הלכות מכירה יט, ג, שו"ע חושן משפט, סי' רכה.
5 המשכנתא הייתה שוות ערך להלוואה, אם ההלוואה יתרה על המשכנתא יגבה בעל החוב את המותר משאר נכסיו של החייב, ואם המשכנתא יתרה יחזיר בעל החוב את היתרה למוכר (=לווה). גולאק, תולדות המשפט, עמ' 67-66. על פי ירושלמי ב"מ פט"ו הי"ג: המלווה את חבירו לא ימשכנו יותר על חובו.
6 גויטיין, חברה, ד, עמ' 87. גויטיין, השפעת גומלין, עמ' 69-70.
7 המכר בטל מפני שבבסיסו ריבית קצוצה (רמב"ם, מלווה ולוה ו, ה). הרי"ף השיב שאם התנאי הותנה אחרי גמירת העסקה הרי שיש לו תוקף (שו"ת הרי"ף, סי' רפו).

ממנו את הקרקע ולהעבירה לאחר, זכות זו הוכרה מצד שמואל מטעם דינא דמלכותא דינא¹⁹. לעתים קראו למס הקרקע 'דימוסיא'.

בתקופה הערבית הוא נקרא - ח'ראג' והוא התבסס על מדידות הקרקע שעשו הערבים²⁰.

המשטר הערבי ירש מן המשטרים שקדמו לו את העיקרון של אחריותן הקולקטיבית של הקהילות המקומיות לתשלום מיסי הקרקע. סכום המס המגיע מכל כפר לא היה משתנה בעקבות שינויים בתנאי הבעלות של הקרקעות. עול המיסים היה כבד על הכלל ובעיקר על מי שלא היה מוסלמי, דבר שפעל כתמריץ להתאסלם. ואכן רבים מן החקלאים במצרים ובעיראק התאסלמו ונטשו את אדמותיהם בתקווה להקל מעליהם.

את נטל המס הבלתי נסבל. תופעה זו הייתה כה רחבה שבעטייה נדרשו השליטים לתקן שהמס על הקרקע נשאר בעינו אפילו אם הבעלים התאסלם²¹.

מדיניות המיסוי המחמירה גרמה ליהודים לעבור ממקצועות החקלאות למסחר.

יש לציין כי הקלות במיסוי לבתי מגורים, המאפיינות את חקיקת המס גם כיום באופנים שונים, היו כבר מקדמת דנא. בית מגורים הופטר בדרך כלל ממיסים, ובלבד שיהא משמש למדור למשפחת הנישום, ורק כאשר מדובר בצורך לגביית דמי שמירה או בגזירה קשה של השלטונות לגביית מס מכלל חברי הקהילה, כי אז יושת מס גם על בית המגורים של משפחת הנישום. אף בתי מגורים המיועדים לבניו של הנישום (ואינם מושכרים לשם הפקת רווח מהם) הופטרו מתשלום מס²². מאידך, באם הבתים הועמדו למכירה - חוייבו הם במס כמו כל סחורה אחרת²³.

בתשובה לרמב"ם הוא מוסיף שהגאונים מסכימים שקטן והגדיל, נוסע שחזר מנסיעתו וחולה שהבריא אין להם זכות בר מצרא, כדי לא לפגוע במסחר תקין, ובהתאם לכך נוהגים בתי הדין במזרח ובמערב¹⁶. יש לציין כי במדינת ישראל דהיום לא חלים דיני המצרנות, ואין עדיפות בחוק הישראלי במכר מקרקעין לשכנים הגובלים בהם. לעיתים נדירות, ניתן לראות שימוש במונח זה לצרכי תכנון ובניה¹⁷.

הרשב"א ח"א סי' תתקטו מכנה את דין בן המצר 'דין רופף הוא ותלוי בשערה'. ר"ת (1100-1171) פעל לצמצם את המצרנות לקרקעות בלבד ולא בבתים ולפטור את השותפים במכירת שדות מדין מצרנות, ולא דווקא שותפים באותה שדה¹⁸.

מכירת המקרקעין חייבה תשלום מס. עול המיסים היה כבד במידה שהביאה את בעלי המקרקעין לחרפת רעב. ר' שמעון בן לקיש תיאר בצורה ציורית את עול המיסים שבימי. הוא הסמיך את דבריו על הפסוק בעמוס ה, יט: 'כאשר ינוס איש מפני הארי ופגעו הדב ובא הבית וסמך ידו על קיר ונשכו נחש', וכה אמר: 'בא ואראך דוגמתו בעולם הזה, בזמן שאדם יוצא לשדה ופגע בו סנטר, נכנס לעיר פגע בו גבאי... נכנס לביתו ומצא שבניו ובנותיו מוטלין ברעב' (סנה' צח ע"ב).

הבבלי (ב"ב ח ע"א) מספר על בריחת תושבי טבריה עקב עול המיסים הכבד שלא יכלו לעמוד בו. והירושלמי (שביעית פ"ט ה"ב) מוסר על איום בריחה של תושבי בניאס.

המיסים היו כמובן לא רק מיסי מקרקעין אך באכסניה זאת נדון רק בהם ובמס על היבול.

מס על הקרקע נקרא טסקא. בתקופה הפרסית הוא היה המס החשוב ביותר ונגבה כל שנה בשלושה שיעורים. לפי החוק הפרסי הקרקע שייכת למלך ולבעלים יש רק זכות אכילת פירות. המלכות נהגה להטיל מס קצוב לשנה והמחזיקים בקרקעות היו מחלקים את המס ביניהם לפי גודל נחלותיהם. מי ששילם את המס נהנה מזכות אכילת הפירות (ב"ב נה ע"א, גיטין נח ע"ב). מי שהתירשל בתשלום המס יכלה המלכות להפקיע

¹⁹ ש' שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, עמ' 9

²⁰ ראה גיל, א"י, עמ' 119-131. הנ"ל, במלכות ישמעאל, א, עמ' 593-597. גיל מביא עדויות שהיה מס על חנויות ועל בתים.

²¹ המתאסלם היה פטור ממס הגולגולת אבל מתחייב במס הזכאת שחל על הקרקע בשיעור מעשר. על כל זה ראה אצל קלוד כאהן, האיסלאם, תל אביב תשנ"ה, עמ' 68-70. מס הגולגולת היה לא רק מס אלא ביטוי לכניעה והשפלה שחל על לא מוסלמים (ברנרד לואיס, עלי היסטוריה, ירושלים תשמ"ח, עמ' 160).

²² ראה דברי המהר"ם מרוטנבורג במרדכי, בבא בתרא סימן תע"ה וגם ראה שו"ת תרומת הדין סימן שמ"ב.

²³ ראה שו"ת מהר"י וייל, סימן פ"ד.

¹⁶ שו"ת הרמב"ם, א, סי' ע, עמ' 110. וראה עוד שו"ת הרמב"ם, א, סי' סב עמ' 98-99

¹⁷ כגון ב"תכנית מקוצרת לבנין העיר חיפה" (פורסמה ב"עיתון הרשמי" בגליון מס' 422 ביום 15 בפברואר 1934), שם הוגדר המונח "בר מצרא" באופן מצומצם.

¹⁸ ש' שילה, 'עידוד המסחר והכלכלה בפסיקת רבנו תם', סיני, ק (תשמ"ז), עמ' תתפח. הריב"ש, סי' תקא, עמ' תשן מביא את עמדת ר"ת וסותר אותה מתוך המנהג הפשוט שבבתים יש דינא דבר מצרא. והוא מוסיף שגם במקום בבית הכנסת יש דינא דבר מצרא. מ' זילברג מעיר שבמקומות שלא היו ליהודים קרקעות בוטל למעשה דין בן המצר (כך דרכו של תלמוד, עמ' 107 הערה 42).

מדור למשפט עברי באתר האינטרנטי של הלשכה.

באיר תשע"ח, מאי 2018, נתקבל בכנסת תיקון לחוק יסודות המשפט תש"מ - 1980 שכלל לראשונה בחוק את המונח **משפט עברי**. לאחר התייעצות שקיים עו"ד יצחק נטוביץ, יו"ר ועדת משפט עברי, עם כב' השופט והמנהל לנשיאת בית המשפט העליון (בדימוס) אליקים רובינשטיין ועם פרופ' אביעד הכהן, הוחלט להקים מדור למשפט עברי באתר לשכת עורכי הדין. זאת במטרה לעודד את הטמעת המשפט העברי במשפט הישראלי, וכן כדי להנגיש ולהקל על ציבור עורכי הדין והמשפטנים את השימוש במשפט העברי.

לאחרונה הוחל בהעלאת שני נושאים באתר הלשכה; בהמשך ההרצה יועלו נושאים נוספים.

הנושאים שיקללו במדור:

1. המשפט העברי בפסקי הדין - פסקי הדין בהם הייתה התייחסות למשפט העברי. כאן יובאו באופן כרונולוגי, ומכל ערכאות השיפוט, קטעים מפסקי הדין בהם הייתה התייחסות למשפט העברי. זאת בנוסף ל"המשפט העברי בפסיקה" המופיע באתר משרד המשפטים והערוך לפי נושאים. הקישור למדור משפט עברי בפסקי דין באתר הלשכה: <https://www.israelbar.org.il/article.asp?catid=3D5091&menu=2>

2. תשובות לשאלות על עמדת המשפט העברי - במדור זה יתנו תשובות לשאלות שיפנו עורכי הדין על עמדת המשפט העברי בסוגיות שונות.

3. שו"ת ועוד - עלון למשפט עברי - כאן ירוכזו כל גיליונות העלון שהופקו עד כה. (25 גיליונות בכחמש שנים). הקישור למדור עלון המשפט העברי: <https://www.israelbar.org.il/article.asp?catid=5092&menu=2>



4. ועדת משפט עברי בלשכה - דיווחים על פעילות הוועדה והודעות על הרצאות, השתלמויות וכנסים.

5. שאלות משפטיות בספרי השו"ת - כאן יסקרו בתמצית מקרים מעניינים ואקטואליים מספרות השאלות והתשובות.

6. אתרים ומכונים למשפט עברי - כאן תובא רשימת כל האתרים ומכוני המחקר במשפט עברי וכתבותיהם.

אנו מקווים שהמדור החדש יגביר את המודעות ואת השימוש במשפט העברי בחיי היומיום.

שו"ת ועוד

עלון המשפט העברי - לשכת עורכי הדין בישראל

עורך: עו"ד יוסף ששק

מערכת: עורכי הדין: יצחק נטוביץ, אפרת רוזנבלט, מאיר מזרחי, אלישי בן-יצחק

כתובת דוא"ל: pinhas.m@israelbar.org.il

עריכה גרפית: סטודיו אשדיר
הפקה: אשדיר בע"מ 052-2000095