

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 620919/1

בבית הדין הרבני האזורי פתח תקווה

לפני כבוד הדיינים:

הרב יגאל לרר – אב"ד, הרב מנחם האגר, הרב דוד בר שלטון

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד גלעד בניאל)

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד ענבר לב)

הנדון: מדור ילדים בבית האם – מתי דין האב כ'זה נהנה וזה לא חסר'; 'מזונות מדין צדקה' כשהאם 'אמידה' יותר מהאב

### פסק דין

#### רקע והליכים קודמים

בתיק המונח בפנינו מדובר בצדדים שהתגרשו מכבר. הצדדים חילקו את רכושם בהתאם לחוק יחסי ממון לאחר שהסכימו בפני בית הדין והקנו בקניין המועיל על כך בפני בית הדין.

לצדדים הייתה דירה משותפת. הדירה נמכרה לצד ג' והתמורה הכספית חולקה בין הצדדים, כאשר האישה-האם קיבלה את חלק הארי של התמורה בעקבות חוב מזונות של האב לאם שנגבה על ידי האם מחלקו של האב בתמורת הדירה.

בהתאם לאמור, היה ביד האם לרכוש דירה. האב שנשאר עם סכום קטן ממשיך לגור אצל אמו משום שבהתאם למצבו הכספי אין בידו לרכוש דירה.

#### התביעה שלפנינו

בדיון התברר כי האם הפקידה מכספי תמורת הדירה בבנק, ולשם קניית הדירה העדיפה לקחת משכנתה, אף שהיה בידה לשלם בעבור רכישת הדירה מחלקה בכספי תמורת הדירה שנמכרה וחולקה בין הצדדים.

האם תובעת את האב לתשלום מדור שלושת הקטינים אף שאינה שוכרת דירה לצורך מגורי הקטינים וגרה בדירה משלה עם ילדי הצדדים.

האם טוענת כי חיוב המדור חל על האב ובפועל הוא נהנה מכך שיש לילדיו קורת גג ועליו לשלם לה על כך, ואין זה קשור כלל לעובדה שהם גרים בדירת האם.

האם גם טוענת כי רכשה דירה גדולה יותר לצורך כך והיא משלמת משכנתה שמקבילה לתשלום דמי שכירות, ולכן על האב לשלם לה על מדור הילדים בדירתה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

**האם חייב האב לשלם לאם בעבור מדור הילדים עמה שאינו כרוך בהוצאה מצידה?**

יש לציין כי לוי הייתה האם שוכרת דירה לצורכה ולצורך מגורי הילדים, וודאי שהיה עלינו לחייב את האב במדור הילדים – החלק היחסי של מגורי הילדים בשכר דירה. אך הדיון העומד בפנינו בתיק זה הוא כאשר בפועל אין לאם הוצאות חודשיות על עצם המגורים של הילדים בדירתה: האם בכל זאת יש לחייב את האב על מגורי הילדים בדירת האם שהרי מוטל עליו חוב מדור הילדים – מה לי אם האם שוכרת דירה מצד ג' ומוציאה על כך ממון מידי חודש בחודשו ומה לי אם האם מעמידה לרשות הילדים דירה משלה, או שמא במציאות זו שאין לאם הוצאה בפועל על מגורי הילדים אין מקום לחייב את האב לשלם לאם על מדור הילדים בדירתה?

### הבעל אינו מחויב להשתתף בתשלום המשכנתה

עוד יש לציין כבר עכשיו כי בית הדין דוחה את טענת האם שיש לה הוצאה חודשית על הדירה בתשלום המשכנתה על הדירה: ראשית – משום שתשלום המשכנתה הוא כעין חיסכון כאשר בתמורה לתשלומים מוקנית לה בעלות על הדירה ולפיכך אין תשלום המשכנתה נחשב להוצאה אלא להשקעה. ושנית – בנידון שבתיק זה בחרה האישה מרצונה להשקיע מכספי חלקה בתמורת מכירת הדירה המשותפת במסגרת חלוקת הרכוש אגב הגירושין, בבנק, ולצורך השלמת תשלום הדירה שקנתה, העדיפה לקחת משכנתה, כאשר בפועל יכלה לחסוך את לקיחת המשכנתה. ודומה הדבר למשל ה"קוזק הנגזל" כאשר האישה יוצרת חוב בבנק על אף שלא היה לה צורך בכך, ועכשיו זועקת כי יש לה הוצאת תשלום משכנתה בעוד כספי תמורת חלקה במכירת דירת הצדדים מופקדים על שמה בבנק.

נמצא כי המציאות בתיק זה היא כי האישה חיה עם ילדיה בדירתה ללא הוצאות על עצם המדור, ובכל זאת דורשת מהאב תשלום עבור מדור הקטינים כאמור לעיל.

**חיוב האב במזונות ילדיו (מגיל שש ומעלה) – תקנת חז"ל היוצרת חוב ממוני לכל דבר או צדקה?**  
כמו כן יש לציין כי המדובר כאן בשלושה ילדים בגילאי: עשר, ארבע-עשרה ושבע-עשרה.

### יסוד חיוב המזונות בגילאים השונים

חוב מזונות הילדים המוטל על האב יסודו:

בגמרא (כתובות דף סה ע"ב) שזו לשונה: "[...] אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים אבל זן קטני קטנים, עד כמה, עד בן שש." וכתבו תוספות (שם דיבור המתחיל "אבל"): "וכיפינן ליה [...]"

ובגמרא (כתובות מט ע"ב): "באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים [...]" ופירש רש"י (שם) וזו לשונו: "עד שיביאו שערות."

ובהמשך הגמרא (שם): "[...] אבל אמיד כפינן ליה על כרחיה." ופירש רש"י (שם) וזו לשונו: "בעל כרחו: לא יהא אלא צדקה בעלמא ואפילו אינן בניו" דהיינו מדין צדקה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וכך פסק בשולחן ערוך (אבן העזר סימן עא סעיף א), שבקטנים מגיל שש ועד שיגדלו (גיל שלוש־עשרה לבנים ושתיים־עשרה לבנות) מוציאים ממנו בעל כורחו משום צדקה, ובתנאי שהאב 'אמיד'.

מגיל זה ואילך: תקנת הרבנות הראשית משנת תש"ד הרחיבה את חיוב המזונות עד גיל חמש־עשרה. מגיל חמש עשרה עד שמונה עשרה מבוסס החיוב על החלטת מועצת הרבנות הראשית מיום ט' בתמוז תשל"ו המרחיבה את חיוב המזונות עד לגיל שמונה־עשרה.

**השיטה שהחיוב לזון את ילדיו הגדולים הוא בגדרי צדקה גרידא והשלכותיה לגבי אם שיכולותיה הכלכליות עולות על אלה של האב**

יש מהפוסקים אשר החשיבו את חיוב 'מזונות מדין צדקה' [גם לאחר תקנת הרבנות] כדין צדקה לכל דבר הנקבע בהתאם להלכות צדקה.

וכך מובא בפסק דין בית הדין האזורי חיפה מתאריך כ"ח טבת תשל"ד (תיק תשל"ג/4442), המובא בהחלטת בית הדין הגדול (בערעור תשל"ג/217 תשל"ד/61, פד"ר כרך ט עמוד 354 מכבוד הדיינים הרבנים הגאונים קאפה, אליהו ומזרחי זצ"ל):

"[...] הואיל והבת הגדולה – חיובו במזונותיה הוא מדין צדקה, ובמקרה זה האם עולה בהרבה בהכנסתה על האב, יש לחייבה מדין צדקה כדין 'קרוב קרוב קודם'."

כך גם בפסיקת בית הדין הגדול (תיק ערעור תשי"ז/6, פד"ר כרך ב עמוד 8) מכבוד הדיינים הרבנים הגאונים הרצוג, הדאיה ואלישיב זצ"ל:

"אולם כל זה הוא כשאנו באים לדון על חיובו של האב במה שהוא מחוייב מצד הדין, אבל יש חיוב נוסף על האב וזה במקרה שהוא אמיד, הלכה פסוקה היא באבן העזר (סימן פב סעיף ז): 'מוציאין ממנו הראוי לה בעל כורחו וזנין אותה והיא אצל אימה', וזה מדין צדקה [...] כי קנה המידה של חיוב צדקה היא 'די מחסורו אשר יחסר לו' [...]"

דהיינו באמות מידה של חיוב צדקה מדין 'קרוב קרוב קודם', ואם עולה האם בהרבה בהכנסתה על האב – יש לחייבה מדין צדקה כדין 'קרוב קרוב קודם', כאמור לעיל.

אם כן, בתיק המונח בפנינו שחיוב האב במזונות ומדור הילדים בגילאי עשר, ארבע־עשרה ושבע־עשרה הוא מדין צדקה, גם לאם יש דין חיוב צדקה מדין קרוב. ובתביעה על העבר – שכבר גרו הילדים בכיתה כתוצאה מתביעתה למשמורת על הילדים, הרי הוא כתביעה על נתינת צדקה על ידי האם במקום האב. ויותר מכך: גם על העבר וגם על להבא – בתיק המונח בפנינו לאם יש דירה ללא הוצאות ואילו האב גר אצל אמו ואין בידו לקנות לעצמו דירה, הרי הוא כגדר שהכנסת האם עולה בהרבה על הכנסת האב, שיש לחייבה מדין צדקה כדין 'קרוב קרוב קודם', כאמור לעיל, ואין מקום לחייב את האב במדור ילדיו.

יש לציין כי פסק דין זה מתייחס למדור הניתן מהאם לילדיה כאשר גם אם יש בו כדי לחייב את האם במדור אין בו כדי להוציא ממון בפועל מהאם אלא לפטור את האב. זאת לעומת פסק דין למזונות שבמידה שהוא מחייב את האם במזונות יש בו בכדי להוציא ממון מהאם בפועל על הוצאות יום־יומיות למזונות הילדים.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

השיטה כי תקנת הרבנות לחיוב האב במזונות ילדיו יוצרת חוב ואינה צדקה גרידא, אלא שלעומת ההבנה הנ"ל כי חיוב האב במזונות ילדיו מדין צדקה הוא מדין צדקה בלבד, יש מהפוסקים אשר החשיבו את חיוב המזונות שיסודו בדין צדקה, כחיוב מדין תקנה – המשך לתקנת חז"ל המחייבת את האב במזונות ילדיו בקטני קטנים עד גיל שש שנים, וממילא אמת המידה לחיוב זה תהיה כשל חוב.

וראה באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (עמוד קנ) הבהרת הרבנים הראשיים לישראל הרבנים הגאונים עוזיאל והרצוג, וזו לשונם:

“מוטעית היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת אפוא על ידי ההיקף המצומצם של דיני צדקה.

תקנת הרבנות הראשית באה להעלות את גיל הילדים שהאב חייב במזונותיהם, ולא מדין צדקה לעניים אלא מדין חובת האב למזונות בניו ובנותיו.”

לפי זה יש לדון על חיוב האב במדור ילדיו מדין חוב, כדין התחייבות לזון ויותר מכך, ולא באמות מידה של דיני צדקה.

וראה עוד בשו"ת ישכיל עבדי (חלק ו סימן כח אות ב), שדן על יסוד השולחן ערוך (יורה דעה סימן רנא סעיף ד) שמחייבין את האב לזון בנו עני ואפילו הוא גדול, וכתב שם וזו לשונו:

“[...] ויש לחייב אביה לזונה יותר מהאם גם אם היא עשירה יותר מהאב, דהאב ישנו בחיובא לגבי בניו לזונם ולכלכלם, לא כן באם [...] וכל שיש יכולת בידי האב לפרנס מחייבין אותו מצד הדין דכופין על הצדקה.”

דהיינו על אף שיסודו מדין צדקה, מכל מקום יש גם חיוב על האב לזון ואף יותר מהאם.

**כשאין לאם הפסד מדיוור הילדים בדירתה שכן דירתה אינה עומדת להשכרה**

בהתאם לאמור יש מקום לדון בחיוב האב במדור ילדיו בבית האם – או בפטורו ממנו – על פי דברי הגמרא (בבא קמא דף כ ע"א):

“הדר בחצר חברו שלא מדעתו [...] לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר [...] האי זה נהנה וזה לא חסר” (ופטור).

ובהמשך (שם דף כ ע"ב): “הדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר [...] שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא.” ופירש רש"י (שם) וזו לשונו: “שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא, אבל בית ישן לא.”

ובשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ו) פסק וזו לשונו:

“הדר בחצר חברו שלא מדעתו [...] ואם לא אמר לו 'צא' – אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר.”

וברמ"א (שם): “ואפילו היה רגיל להשכירו, רק שעכשיו לא עביד למיגר, בתר האי שעתא אזלינן.”

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אם כן בנידון שלנו, כאשר האם גרה עם הילדים בדירתה שאינה עומדת לשכירות – אף שהאב היה חייב לשכור מדור לילדיו לולי היו גרים אצל האם – הרי האב פטור ממדורם מדין 'זה נהנה (האב אשר חייב מדור לילדיו) וזה (האם) לא חסר'.

זה נהנה וזה חסר, ולו חסרון מועט – שכותלו משחיר, מגלגלין על הנהנה את הכול ואמנם פסק השולחן ערוך (שם בסעיף ז, על פי הגמרא הנ"ל – בבא קמא כ ע"ב) וזו לשונו:

"יש אומרים דכשאיין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, על ידו מגלגלין עליו כל השכר מה שנהנה."

וכתב סמ"ע (שם ס"ק יח) וזו לשונו: "פירוש: כיון דעל כל פנים צריך לשלם מה שחסרו, מגלגליו גם כן על ידי אותו המועט כל מה שנהנה וצריך לשלם הכל."

### בנידונו אין אף 'חסרון מועט'

אך בתיק שלנו שדירת האישה אינה דירה חדשה (כדרישת השולחן ערוך הנ"ל כתנאי לחיוב), אין לחייב את האב בחסרון מדין 'שחרוריתא דאשייתא' (כלשון הגמרא הנ"ל, היינו 'שהשחירו' שבשולחן ערוך) וממילא אין לגלגל על האב את תשלום הנאתו במה שילדיו גרים בדירת האם.

### כאשר הילדים דרים בבית האם אין לראות את האם כ'חסרה' אלא כ'נהנית'

ואף אם תאמר שדירה חדשה לאו דווקא, אלא כל היזק וחסרון שעושה הדר בדירה נחשב ל'שחרוריתא דאשייתא' – ביחס לאם הפותחת את דלתות ביתה בפני ילדיה יש לחלק: הרי האם היא זו שביקשה משמורת על הילדים ובעצם ביקשה שהילדים ידורו עמה ותביעתה אינה מתייחסת כלל לבלאי הדירה כתוצאה ממגורי הילדים בדירתה, נמצא כי אין כלל חיוב על מה שחסרו הילדים בדירה – גם אם חסרו, וממילא גם אין על מה לגלגל את מה שנהנה האב.

עוד יש לומר שכתוצאה של האמור לעיל ביחס לאם הפותחת את דלתות ביתה בפני ילדיה לבקשתה, אין נידון זה בכלל 'זה נהנה (הילדים והאב) וזה (האם) חסר' או 'לא חסר', אלא בכלל 'זה נהנה וזה נהנה' (האם, שהילדים גרים אתה לבקשתה).

וכתב הנימוקי יוסף (בבא קמא דף ט ע"א מדפי הרי"ף) וזו לשונו:

"[...]אינו חסר הוא. ואי משום דמשחיר כותלי הבית בתשמישו, כנגד אותו ההפסד המועט עביד ביה תועלת שדר בה שהישוב מועיל לבית [...] ושאינה – בית שאוי, שאין בני אדם דרים בו [...] העש המרקיב את העצים ואת הקורות [...]"

דהיינו: חיוב הדר – הנהנה אף שהבעלים לא חסר אלא מעט – כאשר הדר גורם לבית חסרון בשחרוריתא דאשייתא הוא דווקא כאשר הדר אינו גורם להנאת הבעלים במגוריו בבית. אבל במהנה את הבעלים, כגון שהדירה עמדה ריקה אלמלא גר זה בבית והייתה מעלה 'עש

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

המרקיב את העצים והקורות' – אין מקום לחייב את הדר, שאף שגורם היזק בבית מכל מקום גם מהנה את הבעל הבית במגוריו בדירה.

ואף שכתב השלטי הגיבורים (שם אות א) שהאמור הוא לשיטת הרמ"ה בלבד, אבל לדעת שאר הפוסקים לעולם כשיש חיסרון צריך לשלם לו את הכול אף שגורם לבעל הבית הנאה במגוריו בדירה, מכל מקום עיין שם שסיים השלטי גיבורים את דבריו, וזו לשונו: "דתועלת דירתו אינה חשובה כלום" דהיינו עצם מגוריו בדירה למניעת עש אינם נחשבים הנאה, משמע שגם שאר הפוסקים יודו שכשהדר גורם הנאה במגוריו – פטור, אף שגם גורם נזק במגוריו, ולא חלקו אלא ב"שאינה" שאינה חשובה הנאה לדעתם.

וכתב הלחם משנה (הלכות גזלה ואבדה פרק ג הלכה ט), וזו לשונו:

"הדר בחצר חבירו וכו' שזה נהנה וזה אינו חסר.

ואם תאמר והא בגמרא פירש טעמא משום 'ושאינה יוכת שער' או משום 'ביתא מתבא יתבא' משמע דלא סגי הך טעמא דזה נהנה וזה אינו חסר.

ויש לומר דנמוקי יוסף ז"ל פירש בגמרא דהא דצרכינן להך טעמא אף על גב דזה נהנה וזה אינו חסר פטור, משום דהא איכא חסר דאיכא שחרות הכותלים, וכנגד זה התועלת צריך תועלת אחר כנגדו והוא דשאינה יוכת שער כו' וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר.

אך קשה דאם כן איך כתב הרב המגיד ז"ל בשם המפרשים שאם חסר הבית בכל שהוא כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים כו' שמגלגלין עליו את הכל, כנגד שחרות הכותלים הוי הך הנאה דשאינה יוכת שער.

ותו קשיא דהא בגמרא הקשו למאן דאמר פטור מהא דר' יהודה דאמר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר, ותירצו שאני התם משום שחרוריתא דאשיתא, כלומר דהתם איירי בבית חדש אבל הכא בבית ישן דליכא שחרות הכותלים פטור, ולפי מה שכתב הרב נימוקי יוסף אין כאן תירוץ דהנאה דשאינה יוכת שער וכו' או ביתא מתבא יתיב מהני כנגד זה.

ויש לומר דכשהוא בית חדש התם איכא הפסד טובא ולא מהני טעמא דשאינה ודביתא מתבא כו' כנגד הפסד של שחרות הכותלים. ובהכי מיירי הא דר' יהודה וכן הא דכתבו המפרשים כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים, אבל כשהוא בית ישן אף על גב דאיכא שחרות כותלים מעט מהני כנגד זה טעמא של שאינה וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר."

דהיינו: קיזוז הנזק הנגרם כתוצאה ממגורי הדייר בבית בעל הבית, בהנאה שגורם הדייר לבעל הבית בעצם מגוריו בביתו.

נמצא כי בנידון שלנו כאשר מגורי הקטנים גורמים הנאה לאם שהרי גרים עמה לבקשתה, אם נגדיר זאת כהנאה, גם שאר הפוסקים יודו שהדר פטור (במקרה זה הכוונה לאב המחויב במדור הילדים) אף אם הילדים גורמים נזק במגוריהם.

**האם יש חילוק בין הנאה בגוף הדירה לבין הנאה חיצונית שאינה בגוף הדירה?**

אלא שיש לחלק בין הנאת 'שאינה' דהיינו הנאה הנגרמת על ידי הדר בדירה ומונעת בכך עש ומזיקים בדירה שבעל הבית לא גר בה, שהיא הנאה בגוף הדירה, לבין הנאת מגורי הילדים בדירת האם שהיא הנאה חיצונית ואינה הנאה בגוף הדירה עצמה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ואם כן יש לכאורה לדחות ולומר: לא הרי הנאת 'שאייה' שהיא הנאה הנגרמת על ידי הדר בגוף הדירה לכן מתקזזת עם החיסרון והנזק בגוף הדירה של 'שחרוריתא דאשייתא' דהיינו בלאי הדירה, כהנאת מגורי הילדים בדירת האם שהיא הנאה חיצונית ואינה הנאה בגוף הדירה ומי יאמר שגורמת למחילת האם לנזק בלאי הדירה הנגרם על ידי הילדים שהוא נזק בגוף הדירה.

אלא שיש לומר שעל אף החילוק ביניהם, לעניינינו שווים הם שהרי ההנאה באה לבטל את קפידת בעל הבית על הנזק ובא להעמידו על הדין של 'זה נהנה וזה לא חסר' שהוא בסיס הפטור כאן, ואולי אף בגדר של 'זה נהנה וזה נהנה'.

לפיכך יש לומר דמה לי הנאה בגוף הדירה המבטלת את קפידת בעל הבית לנזק שנגרם בדירה עצמה על ידי הדר בה, ומעמידתו על המציאות של 'זה נהנה וזה לא חסר' וממילא פטור, ומה לי הנאה חיצונית הנגרמת על ידי הדר מעצם מגוריו בדירה, שגם בידה של הנאה זו לבטל את קפידת בעל הבית לנזק הנגרם בדירה עצמה על ידי הדר בה, ונמצא גם כאן 'זה נהנה (הדר) וזה (בעל הבית) לא חסר', שהרי כנגד נזק בלאי הדירה יש לבעל הבית הנאה בעצם המגורים המבטלת את חסרון הנזק.

יותר מכך: אמנם בנידון שלנו ההנאה אינה בגוף הדירה כפי שהיא ב"שאייה", אך גם אינה חיצונית לגמרי, שכן הנאת האם ממגורי הילדים בביתה היא הנאה מעצם הדיור של הילדים בבית אמם, ועדיין יש לומר שדינה כהנאה בגוף המדור, דהיינו: הגורם המכריע כאן הוא עצם המגורים של אדם אחר בבית בעל הבית – אם יש בעצם המגורים נזק בלבד כגון שחרוריתא דאשייתא וממילא הוא מבטל בכך את המציאות של 'זה נהנה וזה לא חסר' שהרי חסר הוא בעל הבית, או שעל אף החסר, הרי עצם מגורי הדר גם גורמים הנאה המקזזת את הנזק והחיסרון, ונמצא כאן שוב 'זה נהנה וזה לא חסר' ואולי אף 'זה נהנה וזה נהנה'.

נמצא כאמור לעיל כי בנידון שלנו כאשר מגורי הקטנים גורמים הנאה לאם שהרי הם גרים עמה לבקשתה, הדר (במקרה זה – האב המחויב במדור הילדים) פטור אף אם הילדים גורמים נזק במגוריהם, שהרי גם גורמים בעצם מגוריהם הנאה לאם המקזזת את הנזק.

### חיוב תשלומין באומר לחברו "דור עמי"

בנוסף לאמור, פסק הרמ"א (חושן משפט סימן שסג סעיף י), וזו לשונו: "האומר לחברו דור בחצרי אינו צריך ליתן לו שכר."

ואף שבתרומת הדשן (סימן שיז) חלק על כך, כבר כתב הש"ך (חושן משפט סימן שסג ס"ק יג) דדבריו צריכים עיון (וכן כתב בסימן רמו ס"ק ט), ובסמ"ע (סימן רמו ס"ק כד) כתב שאף שהרמ"א (סימן רמו סעיף יז) פסק באומר לחברו "אכול עמי" כדברי תרומת הדשן – דווקא באומר לחברו "אכול עמי" צריך לשלם לו דהווי ליה 'זה נהנה וזה חסר', אבל האומר לחברו "דור עמי" פטור דהווי ליה 'זה נהנה וזה לא חסר'.

ובערוך השולחן (שם סימן שסג סעיף כו) כתב וזו לשונו:

"האומר לחברו 'דור בחצרי' [...] ובחצר דלא קיימא לאגרא ודאי דפטור [אף שהדר דרכו לשכור עיין שם בראשית דבריו] דהא אפילו כשלא אמר לו 'דור' פטור, ולא אמרינן דכשאמר לו 'דור' גרע טפי דכוונתו היתה בשכירות (הגר"א)."

ויש עוד לדייק בדברי הטור (שם סימן שסג), וזו לשונו:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"הדר בחצר חברו שלא מדעתו – שרואהו דר בו ולא אמר כלום, שאם אמר לו 'צא' ולא יצא ודאי חייב ליתן לו כל שכרו, אלא לא אמר לו דבר וזה דר בו."

והב"ח ביאר (שם) וזו לשונו:

"[...] ולכן ביאר רבינו [...] דבדאמר לו 'צא' ולא יצא ודאי חייב ליתן לו כל שכרו אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, אלא הכא מייירי ברואהו דר בו ולא אמר לו כלום ולפיכך אינו פטור אלא בחצר דלא קיימא לאגרא [...]"

וכך פסק השולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ו).

מכאן שאם אמר במפורש "דור אצלי", אף שכעת דורש על כך כסף – כפי שהוא בתיק שלפנינו שהאם דורשת שהילדים יגורו אצלה, אף שתובעת על כך שכירות, יחולו הפטורים לפחות כמו בנידון שרואהו שדר בו ולא אמר לו כלום.

### בעל דירה המוחה שלא ידור אדם בדירתו כשאינה עומדת להשכרה

ואף שהרמ"א (חושן משפט סימן שסג סעיף ו) פסק וזו לשונו:

"ודווקא שכבר דר בו, אבל לא יכול לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אף על פי שכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה לא חסר, הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות ולא יוכל ליהנות, אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל החצר ליהנות ולהרוויח – להשכיר חצרו היה יכול, אלא שאינו רוצה – אין כופין אותו לעשות חנם."

ומקור הרמ"א הוא בדברי המרדכי והנימוקי יוסף, וכן הוא בתוספות (דיבור המתחיל "הא") שזו לשונו: "שאני הכא שהוא יכול למונעו מתחילה מלדור בו" – וכן ביאר גם בביאור הגר"א (שם – חושן משפט סימן שסג ס"ק יז), דהיינו: פטור הדר הוא על לשעבר מדין זה נהנה וזה לא חסר, אבל לא על העתיד כיוון שביד בעל הבית להשכיר את הבית ואף שבפועל אין בעל הבית רוצה בהשכרת הבית, אין הדר יכול לכופו אותו לתת לו לדור בו ואין אומרים על להבא זה נהנה וזה לא חסר.

### במדור הילדים בבית האם אין לחלק בין העבר לבין העתיד

מכל מקום, באם הדורשת משמורת על ילדיה ומחייבת את מדור ילדיה בדירתה, אף שעקרונית היה מקום לכאורה לומר שמלכתחילה הייתה יכולה למנוע מילדיה לדור אצלה והיה גם בידה להרוויח ולהשכיר את דירתה, אלא שבפועל ברור הוא כי האם לא הייתה מוותרת על משמורת ילדיה אשר מחייבת בעצם את מדור הילדים בדירתה.

אם כן, יש לומר דבכהאי גוונא – באם – אין הבדל בין העתיד לבין העבר, ואף 'על העתיד' הרי הוא כ'על העבר', שכבר דר בו, משום שלא שייך לומר כאן "אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו", שמי הוא זה אשר כופה את בעלת הדירה (האם) על כך מדור הילדים אצלה, והרי האם עצמה היא הדורשת זאת, ואף שדורשת גם תמורה כספית על כך, מכל מקום לא שמענו מהאם טענה כי אם לא תקבל תמורה הרי היא מוותרת על משמורת הילדים ולא רוצה שיגורו בדירתה.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לפיכך, במציאות המונחת לפנינו, יש לדון בין על העבר ובין על העתיד כמי שכבר דר ובאמות המידה האמורות לעיל בדין 'זה נהנה וזה לא חסר'.

נמצא כי בין אם חיוב האב למזונות ילדיו שבגילאי עשר שנים עד שבע עשרה שנה הוא מדין צדקה ובין אם הוא חוב מדין התקנה, בתיק המונח בפנינו דוחה בית הדין את תביעת האם לדמי מדור.

כל האמור הוא ביחס לדמי מדור הילדים, ואינו מתייחס להוצאות הבית כגון ארנונה, חשמל מים וכו' הכלולות בדמי המזונות כאשר 'נר לאחד נר למאה'.

הרב יגאל לרר – אב"ד

### חובת האב במדור – כדיני 'צדקה'

בתחילה יש להקדים הנחת יסוד והיא כי חיוב האב במדור ילדיו הוא מדין צדקה, ולכן רק אם אין לילדים מדור, על האב לשלם בעבורם את הוצאות המדור אולם אם יש להם מדור אין על האב כל חיוב לשלם להם הוצאות מדור.

### התשלום לאם – שותפות עמה בדירה או תשלומי 'נהנה'?

במקרה שהאם שוכרת דירה בשבילה ובשביל הילדים, חיוב האב אינו רק 'לשלם את הוצאות המדור' לאם אלא האב נעשה שותף עמה בשכירות הדירה עבור הילדים. שכירות הדירה היא שכירות של שני שותפים הדירים בדירה אחת: מלבד האם, הגרה בדירה, ישנו שותף נוסף והוא האב, השוכר חלק מהדירה עבור הילדים מאחר שהוא חייב במדורם.

לפיכך, גם אם האם היא שדואגת לתשלום הכולל של שכירות הדירה, הרי עשתה זאת בשליחות האב שהוא השותף השני. משכך, על האב להעביר לה את החלק מדמי השכירות שהיא שילמה בעבורו.

אולם אם לאם דירה משלה והילדים דרים עמה בדירתה ואין לה הוצאות על דמי שכירות המדור, אין מקום לדון בחיוב האב בתשלום לאם על מדור הילדים אלא מדין 'נהנה'. כלומר: מאחר שחובת האב לדאוג לילדיו למדור ראוי – גם אם זה כרוך בהוצאת ממון – הרי העובדה שהילדים דרים בבית אימם, גורמת שהאב נהנה מהדירה הנאה שיש לה ערך ממוני שהרי אלמלא דירת האם, היה עליו לשכור דירה בעבור הילדים. ההגדרה ההלכתית למציאות זו היא שהאב הוא 'גברא דעביד למיגר'.

במקרה שלפנינו, אמנם האב 'נהנה' משימוש הילדים בדירת האם, אולם לכאורה האם 'לא חסרה' כלומר: אין לאם הפסד הנובע משימוש הילדים בדירה. גם אם האם 'לקחה משכנתה' וקנתה את הדירה לצורך שימוש הילדים, הרי שלא הוציאה 'הוצאות' בעבורם – תשלומי הקנייה אינם הוצאות באשר תמורתם היא קיבלה נכס, וממילא לא הפסידה ממון.

אין גם לומר שהיו לה הפסדים והוצאות מאחר שאלמלא הילדים לא הייתה קונה דירה והייתה משתמשת באותו כסף להשקעה רווחית כלשהי. האם שלפנינו אינה אשת עסקים. מלבד זאת, סביר להניח כי גם אם הילדים לא היו במשמורתה הייתה קונה דירה זו גם כדי לארח אותם לפרקים, ובנוסף, לילדים מספיקה גם דירה קטנה יותר.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כלל ידוע הוא בהלכה 'זה נהנה וזה לא חסר פטור'. כלומר, אין 'נהנה' חייב בתשלום אלא אם כן ההנאה גרמה לחיסרון ממון אצל המהנה. כך נפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ו) ומקורו מהגמרא (בבא קמא דף כ"א ע"א) ורמב"ם (הלכות גולה ואבדה פרק ג הלכה ט).

**טעם הדין** הוא משום ש'כופין על מידת סדום' – כן כתב רש"י בבבא בתרא (דף יב ע"ב): "על מידת סדום – זה נהנה וזה לא חסר". וכך כתבו התוספות (שם). וכך כתבו רש"י בעירובין (דף מט ע"א, ובכתובות דף קג ע"א), הרמב"ן (במלחמות ה' בבא מציעא דף לה ע"ב), ר"י מלוניל (כתובות דף סא ע"ב מדפי הרי"ף), ה"ר"ן (על הרי"ף שם) ועוד רבים מהראשונים, ועיין ברבנו עובדיה מברטנורא (בפירושו למסכת אבות פרק ה משנה י). ועיין במנחת פתים (סימן קעד) שכתב שמדברי הסמ"ע (שם) משמע שכופין על מידת סדום מן התורה.

### מידת סדום – דרישת תשלום עבור 'זה נהנה וזה לא חסר' ולא אי תשלום על הנאה שאינה מחויבת בתשלום

בהערת אגב ראוי לציין כי קיימות פסיקות של בתי משפט כי על האב לשלם לאם על מדור הילדים גם אם האישה מממנת בכספו קניית דירה על שמה. הם מנמקים זאת מאותה סיבה של 'כופין על מידת סדום' באופן ש'זה נהנה וזה לא חסר'. לדעתם, הרי אם לא הייתה לאם דירה, היה מוטל על האב להוציא ממון עבור מדור הילדים, אם כן במקרה שיש לה דירה – מה אכפת לו לאב מהו השימוש שהאם עושה בכספו. זוהי מידת סדום, לדעתם, למנוע בעדה השתמשות בכסף האב למדור לקניית דירה.

דעה זו היא היפך דעת תורה. חכמינו ז"ל קבעו כי שלילת מידת סדום היא להוציא ממון מאדם שאינו חייב אותו על פי דין. מידת סדום היא "שלי שלי, שלך שלך" (אבות פרק ה משנה י) כלומר, לא לתת מאומה לאחר אלא בתשלום. על כך כופין. אי תשלום עבור הנאה או שימוש שעל פי דין אינם שווים ממון, אינו מידת סדום.

### חריג – הנאות החייבות בתשלום אף ב'זה לא חסר'

אמנם ישנם מקרים שבהם נפסק בשולחן ערוך שעל הנהנה לשלם למרות שלא חסר למהנה. אולם לכל מקרה קיימת סיבה מיוחדת לחיוב התשלום. למשל: דין 'משתרשי' או 'עושה סחורה בפרתו של חברו', דהיינו שהרווח של הנהנה אינו רק מכך שבגלל שימוש בממון חברו, הוא חוסך הוצאות מסוימות, אלא שהוא אף מרוויח ממש בעקבות שימוש בממון חברו; סוגיית 'מקיף וניקף' ש"אם גדר את הרביעיית מגלגלין עליו את הכל" (בבא קמא כ ע"ב, בבא בתרא ד ע"ב) – אף ש'זה נהנה וזה לא חסר' הוא וכקושיית התוספות (בבא קמא שם ד"ה "טעמא") וסוגיות נוספות. אך מכל מקום ובלי להיכנס להגדרת ההבדלים בין הסוגיות השונות, על הנידון שלפנינו מפורש הדין בשולחן ערוך (סימן שסג) הנ"ל שב'גברא דעביד למיגר' ו'חצר דלא קיימא לאגרא' אינו צריך להעלות שכר.

### חיסרון בבית האם כתוצאה משהות הילדים בביתה

אולם יש לדון האם לחייב את האב בתשלום על השכירות, והוא מהטעם ששימוש הילדים בדירה גורם חיסור ממון לאם לכל הפחות כ'שחרוריתא דאשייתא' המפורש בגמרא שם (בבא קמא דף כ ע"ב):

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"תא שמע: רבי יהודה אומר: אף זה הדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר – שמעת מינה זה נהנה וזה לא חסר חייב. שאני התם, משום שחרוריתא דאשייתא."

ופירש רש"י: "שחרוריתא דאשייתא, שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא אבל בית ישן לא."

ובשולחן ערוך שם (סימן שסג סעיף ז) כתב:

"יש אומרים דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו – אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט – על ידו מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה."

הגה: ואם כן אם אין דרך זה לשכור, פטור, דהא לא נהנה ויש חולקים (רבנו ירוחם נתיב יב – שתי הדעות)."

### חיסור ממון נמדד רק אם אין כנגדו רווח

אך מלבד שהלכה זו נפסקה בשולחן ערוך בשם יש אומרים בלבד, הרי במקרה שלפנינו, האם רוצה ומבקשת שהילדים ישהו אצלה בקביעות, וגם אם ייקבע שהילדים אצל האב, הרי רצונה הוא שלכל הפחות יתקיימו הסדרי שהות בזמנים קצובים, והדעת נותנת כי האם שמחה על כך ושווה לה חיסור הדירה הנובעת משימוש רגיל ויום-יומי של הילדים והוא מתקוז מול הנאת האישה בשהות הילדים אצלה, וממילא אינו מוגדר כחיסור ממון שנגרם על ידי שימוש האב.

חיסור ממון המחייב את הנהנה לשלם במקרה של "זה נהנה וזה לא חסר", נמדד כחיסור ממון רק אם אין מולו ריווח לאדם שממונו נחסר, ואשר הריווח עומד לכל הפחות באותו שווי של החיסור. אם מול החיסור הנגרם מהשימוש בדירה, קיים ריווח לבעל הדירה, אין החיסור מהווה עילה לחייב את הנהנה.

הלכה זו נלמדת מסוגיה אחרת ומסעיף קודם באותו סימן בשולחן ערוך (סימן שסג סעיף ד): "התוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת, פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה." ומקורו ברמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק ג הלכה ז): "התוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה ולא בטלו ממלאכה אחרת פטור שנוח לו לאדם שלא יבטל עבדו."

מקור ההלכה מתוך דברי הגמרא (בבא קמא דף צז ע"א):

"[...] אמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב: התוקף בעבדו של חברו ועשה בו מלאכה פטור [...] כי הא דשלח ליה רבי אבא למרי בר מר: בעי מיניה מרב הונא: הדר בחצר חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך להעלות לו שכר? ושלחו ליה: אינו צריך להעלות לו שכר. הכי השתא, בשלמא התם, בין למאן דאמר 'ביתא מיתבא יתיב' ניחא ליה, בין למאן דאמר 'ושאיה יוכת שער' ניחא ליה, אלא הכא מי ניחא ליה דנכחוש עבדיה? אמרי: הכא נמי ניחא ליה, דלא ליסתרי עבדיה."

ומצינו עוד בגמרא (שם דף כא ע"א):

"אמר רב סחורה אמר רב הונא אמר רב: הדר בחצר חברו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר, משום שנאמר 'ושאיה יוכת שער'. אמר מר בר רב

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אשי: לדידי חזי ליה, ומנגח כי תורא. רב יוסף אמר 'ביתא מיתבא יתיב'. מאי בינייהו? איכא בינייהו דקא משתמש ביה בציבי ותיבנא."

מסוגיות אלו עולה כי כדי לפטור 'נהנה' מממון חברו לא מספיק שבעל הממון 'לא חסר' אלא צריך גם שבעל הממון 'נהנה' מהשימוש של הנהנה בבית, משום "ושאיה יכת שער", כלומר: בעקבות המגורים של הנהנה מסתלקים מזיקים (לרש"י: שדים, לרמ"ה: עש) מהבית, או משום "ביתא מיתבא יתיב", כלומר: בית מיושב מתוחזק ומתוקן יותר מבית שומם. בשימוש בעבדו של חברו, הנאת בעל העבד היא מכך שהעבד לא "ילמד דרכי בטלה" כפירוש רש"י על דברי הגמרא "דלא ליסתרי עבדיה".

אך לפנינו שתי סוגיות סותרות: בדין המקורי של 'זה נהנה וזה לא חסר' התנאי היחיד לפטור את ה'נהנה' הוא שבעל הבית 'לא חסר' בעקבות שימוש הנהנה. ואילו בסוגיות הללו מבואר כי כדי לפטור את ה'נהנה' לא מספיק שה'נהנה' 'לא חסר' אלא צריך גם שתיגרם לו הנאה כלשהי בעקבות שימוש ה'נהנה'.

הרא"ש (שם בסימן ו) כתב:

"אמר רב סחורה אמר רב הונא: הדר בחצר חברו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר, שנאמר 'ושאיה יוכת שער' – מייתי מהך קרא אסמכתא וסעד לדבריו: לא מיבעיא שהוא פטור משום דהוה ליה 'זה נהנה וזה לא חסר' אלא אפילו טובה נמי עושה עמו שמנע ביתו מליסתר."

הרא"ש פוסק כפשוטה של סוגיה שאם 'זה נהנה וזה לא חסר' פטור ה'נהנה'. לדעת הרא"ש ה'נהנה' פטור מתשלום על שימוש בנכס של אחר, גם אם האחר – ה'מהנה' רק 'לא חסר' בעקבות שימושו של ה'נהנה' בנכסיו, ולמרות שלא נהנה כל הנאה משימוש ה'נהנה' בנכסיו.

הרא"ש מפרש את הנאמר בסוגיות הנוספות כי ה'נהנה' גרם טובה לבעל הבית בשימושו בנכסיו, לא כתנאי הלכתי לפטור את הנהנה אלא כתוספת לעיקר ההלכה וכלשונו:

"מייתי מהך קרא אסמכתא וסעד לדבריו – לא מיבעיא שהוא פטור משום דהוה ליה 'זה נהנה וזה לא חסר' אלא אפילו טובה נמי עושה עמו שמנע ביתו מליסתר."

אולם הרשב"א (בבא קמא כא ע"א) חולק וזו לשונו:

"אני תמיה דמשמע הכא דדוקא משום דבעל החצר נהנה במקצת כרב הונא או כרב יוסף, הא לאו הכי – לא אמרינן 'זה נהנה וזה לא חסר' פטור. וכולה שמעתין משמע דכל שאינו חסר וזה נהנה פטור כההיא ד'המקיף את חברו' וכההיא ד'נטל אבן או קורה' דהוה דייקנין מינה לעלמא דהדר בחצר חברו שלא מדעתו חייב, הא למאן דאמר פטור – אף זה היה פטור. ורבי יוחנן נמי לא אשגח ביה ברבי אבהו דאמרה משמיה דשמואל, ואמרינן טעמא משום דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת הוה, הא דהדיוט דכותה – אף על פי שנהנה בשוה פרוטה – פטור, אף על גב דבעל אבן וקורה לא מתהנו בכלום על ידי כן."

ותירץ הרשב"א:

"ושמא נאמר כי על כל פנים יש הפסד קצת בבתים מחמת דריסת רגל הדיורין אלא שהריוח שמצילין אותה משאיה עולה כנגד הפסד זה, וממנה שאם היו כבר אנשי ביתו או אנשים אחרים דרים בה מחמת בעל הדירה ובא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אחר ודר בה מעלה לו שכר, והיינו דקאמר איכא בינייהו דקא משתמש ביה בתיבני ובציבני.”

כלומר: אם המהנה 'לא חסר' בלבד – פטור ה'נהנה', ואם הוא 'חסר' אפילו חסרון מועט – חייב. אבל אם לעומת אותו חסרון מועט יש לו למהנה הנאה כלשהי משימוש ה'נהנה', ואותה הנאה עומדת ביחס הערך של החיסרון – פטור ה'נהנה'.

וכן כתב בנימוקי יוסף (דף ט ע"א מדפי הרי"ף):

”בחצר חבירו – דלא קיימא לאגרא מיירי, ולפיכך אינו חייב להעלות לו שכר, דכיון דלא עביד ביה שום הפסד אלא שנהנה בדירתו מאי איכפת ליה לבעל החצר, האי – זה נהנה וזה אינו חסר הוא. ואי משום דמשחיר כותלי הבית בתשמישו – כנגד אותו ההפסד המועט עביד ביה תועלת שדר בה שהישוב מועיל לבית כדמפרש ואזיל.”

הרמב"ם והשולחן ערוך הנ"ל פוסקים מחד גיסא כסוגיה אחת וכמובא לעיל משולחן ערוך (סעיף ד): ”התוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת, פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה.”

ומאידך גיסא (בסעיף ז) כתב השולחן ערוך בסתמא ש'זה נהנה וזה לא חסר' – פטור וכן כתב הרמב"ם (שם). על שאלה זו עמד הלחם משנה (שם) – זו לשונו:

”הדר בחצר חברו וכו' שזה נהנה וזה אינו חסר. ואם תאמר והא בגמרא פירש טעמא משום ושאייה יוכת שער או משום ביתא מתבא יתבא משמע דלא סגי הך טעמא דזה נהנה וזה אינו חסר.”

ויש לומר דנמוקי יוסף ז"ל פירש בגמרא דהא דצרכינן להך טעמא אף על גב דזה נהנה וזה אינו חסר פטור משום דהא איכא חסר דאיכא שחרות הכותלים וכנגד זה התועלת צריך תועלת אחר כנגדו והוא דשאייה יוכת שער כו' וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר.

אך קשה דאם כן איך כתב הרב המגיד ז"ל בשם המפרשים שאם חסר הבית בכל שהוא כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים כו' שמגלגלין עליו את הכל כנגד שחרות הכותלים הוי הך הנאה דשאייה יוכת שער. ותו קשיא דהא בגמרא הקשו למאן דאמר פטור מהא דר' יהודה דאמר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ותירצו שאני התם משום שחרוריתא דאשותא כלומר דהתם איירי בבית חדש אבל הכא בבית ישן דליכא שחרות הכותלים פטור. ולפי מה שכתב הרב נימוקי יוסף אין כאן תירוץ דהנאה דשאייה יוכת שער וכו' או ביתא מתבא יתיב מהני כנגד זה.

ויש לומר דכשהוא בית חדש התם איכא הפסד טובא ולא מהני טעמא דשאייה ודביתא מתבא כו' כנגד ההפסד של שחרות הכותלים. ובהכי מיירי הא דר' יהודה וכן הא דכתבו המפרשים כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים אבל כשהוא בית ישן אף על גב דאיכא שחרות כותלים מעט מהני כנגד זה טעמא של שאייה וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר.”

וכדבריו כתב הפרישה שם (חושן משפט סימן שסג):

”ואם אין החצר עומד להשכיר כו' כיון שלא חסרו כו'. אבל גבי תוקף עבדו של חברו שלא בשעת מלאכה אי לאו טעמא דלא ילמוד עבדו דרכי הבטלה לא היה פטור מפני כך דיכול לומר לא ניחא לי דליעבד עבדי בחנם ולא דמי לבית שהנהו זה לבית דאמרי אינשי ביתא מיתבא יתיב או שאייה יוכת שער

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וכדאיתא שם בגמרא בהדיא פרק הגוזל (דף צו ע"א) הני טעמא בעבד ובבית עיין שם.

וכן הוא בנתיבות המשפט (שם ביאורים ט):

"ואם לא היה לו רשות להשכיר [...] ויש לספק בנתן השוכר רשות לאחד שידור בו בחנם עם השוכר ביחד אי צריך האי אחר לשלם להמשכיר, אי נימא כיון שמשכיר לא היה יכול להשכירו לאחר כיון שכבר הוא מושכר להשוכר והוי כחצר דלא קיימא לאגרא דפטור הדר בו. ונראה דחייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול במה שדריין בבית, והפטור במה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב, וכאן כיון שדריין בו בבית דליכא משום ושאייה יוכת שער ממילא חייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול קצת דהא מהאי טעמא אסור להשכיר למי שבני ביתו מרובין (סימן שטז סעיף א) רק דהשבח דשאייה יוכת שער עדיף מהקילקול, והכא דלא שייך זה, חייב לשלם כל הנאה בדין זה. וטעם, דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה."

המסקנה העולה היא כי חיסור ממון המחייב את הנהנה לשלם במקרה של 'זה נהנה וזה לא חסר', נמדד כחיסור ממון רק אם אין מולו רווח לאדם שממונו נחסר, ואשר הרווח עומד לכל הפחות באותו שווי של החיסור. אם מול החיסור הנגרם מהשימוש בדירה, קיים רווח לבעל הדירה, אין החיסור עילה לחייב את הנהנה.

### הנאתה של האם משהות הילדים אצלה שקולה כנגד חיסור ממון הנגרם מכך

כאמור, במקרה שלפנינו, האם רוצה ומבקשת שהילדים ישהו אצלה בקביעות, וגם אם ייקבע שהילדים אצל האב, הרי רצונה הוא שלכל הפחות יתקיימו הסדרי שהות בזמנים קצובים. הדעת נותנת כי האם שמחה על כך ושווה לה חיסור הדירה הנובעת משימוש רגיל ויום-יומי של הילדים והוא מתקזז מול הנאת האישה בשהות הילדים אצלה, וממילא אינו מוגדר כחיסור ממון שנגרם על ידי שימוש האב.

אם הבעלים מוחה מלכתחילה שלא ייהנו מהנכס אין לפטור מתשלומין ב'זה נהנה וזה לא חסר' נותר לנו לדון אם עלינו לחייב את האב בתשלום לאם מאחר שכל הדין ש'כופין על מידת סדום' וכאשר 'זה נהנה וזה לא חסר' – פטור, נאמר רק אם נהנה – לשעבר, אולם נפסקה הלכה שביד בעל הבית למחות ביד כל אחד שלא ידור בביתו, ואם ידור למרות מחאת בעל הבית – יהיה חייב לשלם. על כן כל הפטור אינו אלא למפרע – שאם דר שלא מדעתו פטור, אבל אם דר לאחר שבעל הבית מיחה הרי הוא חייב. ואם כן, לכאורה במקרה שלפנינו שהאם מודיעה מלכתחילה שאינה מוותרת על התשלום, אולי יתחייב האב לשלם.

### חילוק בין המוחה שלא ידור הנהנה בביתו כלל לבין האומר "ידור בשכר"

ונראה כי רק היכן שבעל הבית אומר לאדם 'צא' ואינו מרשהו לדור בביתו – בזה אנו אומרים שאם דר למרות מחאת בעל הבית, עליו לשלם לו דמי שכירות הדירה, מאחר שזכות האדם למחות ולסרב להכניס אדם לביתו. אבל אם בעל הבית אינו אומר "צא" אלא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הוא אומר "דור אבל תשלם" – אם הגדרת המגורים היא 'זה נהנה וזה לא חסר' הרי הוא פטור.

דין של 'כופין על מידת סדום' נוגע למי שכבר דר ולא החסיר מאומה לבעל הבית, שאף על פי שדר שם שלא מדעת בעל הבית, אין לנו סיבה לומר שעצם הדיור שלא בהסכמה הינו מהווה 'חֶסֶר' כלשהו לבעל הבית, כי מדרכם של בני אדם שלא להקפיד על דיור אנשים ברשותם אלא שרצונם להרוויח על כך, אולם אם האדם מוחה ואומר במפורש "צא" ואינו מתנה זאת בסיבת אי תשלום, על כך אין משום 'כופין על מידת סדום', וזוהי זכותו של אדם לסרב שלא יגורו זרים בביתו. ובזה נפסקה הלכה שאם אמר לו "צא" ולא יצא, עליו לשלם. מכאן שאם אינו אומר "צא" אלא הוא מסכים שידור בביתו אלא שמתנה זאת בתשלום, וכמו במקרה שבו אנו דנים – שהרי האם רוצה שהילדים יגורו עמה וכן"ל, פטור הדר, ובנידונו – האב, אב מתשלום כמו כל 'זה נהנה וזה לא חסר' שהוא פטור.

הבדל זה נלמד, לכאורה, מלשונות הראשונים וכל הפוסקים שדנו בעניין זה.

השולחן ערוך (סימן שסג סעיף ו) כתב:

"הדר בחצר חברו שלא מדעתו שאמר לו 'צא' ולא יצא – חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו 'צא' – אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר."

לשון השולחן ערוך היא לשון הטור שכתב שם: "אבל אם אמר לו 'צא' ולא יצא ודאי חייב ליתן לו כל שכרו."

ברור שהלכה זו נאמרה רק ב"אמר לו: 'צא'" ומיחה בו שלא ידור בביתו, ולא ב"אמר לו: 'דור ושלם'".

וכן הוא במקור הדין – בתוספות בבבא בתרא (דף יב ע"ב דיבור המתחיל "כגון") שכתבו:

"[...] ועוד הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכר דר בחצר חברו שאינו מעלה לו שכר אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו."

ובתוספות בבבא קמא (דף כ ע"ב דיבור המתחיל "הא איתהנית"):

"הא איתהנית – אפילו למאן דאמר בפרק קמא דבבא בתרא (דף יב ע"ב) 'כופין אותו על מדת סדום ויהיבין ליה אחד מצרא' שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו. ולמאן דאמר התם 'מעלינן ליה כנכסי דבר מוריון' משום דדמי למונע חברו מתחילה לדור בביתו אבל הכא כבר דר."

וכן כתב רבנו ירוחם (מישרים נתיב יב חלק א דף מב) זה לשונו:

"וכתב ה"ר יונה כי בכל מקום שאמרנו שפטור להעלות לו שכר: אם מיחה בו בעל הבית שלא ידור בו ודר בו אחר מחאתו – נותן לו שכרו משלם, ואפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר קמא."

וכך כתב מהרש"ל בים של שלמה (בבא קמא פרק ב סימן טז):

"דין 'הדר בחצר חברו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר', ומבואר בכל גווני. ואם דר בו בעל כורחו על כל פנים צריך ליתן לו שכר. ואין כופין הבעל הבית להניח אדם לדור בביתו משום מידת סדום [...]"

גם הסמ"ע (סימן שסג ס"ק יד) ביאר טעם הדין שאם אמר לו "צא" ולא יצא חייב, וזו לשונו:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

”שאמר לו ‘צא’ כו’ – בכהאי גוונא בכל ענין אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר צריך לשלם לו כל שכרו, כיון דגילה דעתו דלא ניחא ליה ביה, ואין אומרים בכהאי גוונא כופין על מדת סדום וכמו שכתוב בסמוך בהג”ה.”

כלומר: עיקר המחייב הוא משום שלא נוח לבעל הבית שידורו בביתו, ולא כתב שחייב בגלל שרצון בעל הבית בתשלום.

דבריו אלו גם הם מחודשים משום שלכאורה סברה זו סותרת את הדין המוזכר באותו סעיף בהג”ה בשם המרדכי: ”ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כורחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי פרק כיצד הרגל).”

לכאורה אם הוציא את בעל הבית בעל כורחו ודאי שהאומדנה היא שלא ניחא ליה במגורי אותו אדם שהוציא אותו בכוח מביתו שלו, ומכל מקום הוא פטור מתשלום.

ובאמת המהרש”ל בספר ים של שלמה (בבא קמא פרק ב סימן טז) הבין ששתי ההלכות הללו סותרות וכתב:

”וכתב עוד (הטור) שאם אמר לו ‘צא’ ולא יצא חייב בכל עניין [...] ולא כהגהת מהרי”ח (הגהות אשרי סימן ו אות ב) שכתב אפילו דר בו בעל כרחו אין צריך להעלות לו שכר, כיון שזה הבית לא עביד למיגר, דהא כשמוחה בו הוי לגביה כבית דעביד למיגר. לכן דברי הטור עיקר. וכן כותבים התוספות להדיא (סוף פרק קמא דבבא בתרא דף יב ע”ב דיבור המתחיל “כגון”) גבי כופין על מדת סדום כו’ [...]”

אולם הרמ”א ראה את שתי ההלכות כאינן סותרות, שכן בתחילת הסעיף הביא המחבר את ההלכה שאם אמר לו “צא” ולא יצא חייב, והרמ”א הוסיף את ההלכה השנייה שפטור אף אם הוציא את בעל הבית בעל כורחו מביתו והוא דר בו.

לפיכך עולה להלכה שרק אם אמר לו “צא” ומחה בו שלא ידור בביתו, חייב לשלם, אולם גם אם ברור לנו שאינו רוצה שידור בביתו שהרי הוציאו בעל כורחו מביתו, אם רק לא אמר לו ברורות “צא” הרי הוא פטור מלשלם. וכל שכן שאם אמר לו “דור רק תשלם” פטור כשזה נהנה וזה לא חסר.

ויעוין עוד בעניין זה בשו”ת ישועות מלכו (חושן משפט סימן כב) ובספר דברי חיים (אויצרבאך, חושן משפט דיני גניבה וגזלה סימן כט). בדברי חיים הנ”ל הוסיף ודייק מדברי המרדכי (בבא קמא פרק כיצד הרגל רמז טז) שכתב: “[...] כך פירש ר”י דאין כופין להבא אך אם עבר ונהנה אין צריך להעלות לו שכר [...]” משמע מדבריו דהר”י בעל התוספות סובר דאף במוחה בו והוא לא השגיח ודר – אין צריך לשלם בדיעבד אלא דלכתחילה יכול למחות שלא לדור בו, וכך כתב בדרכי משה בשם הנימוקי יוסף שהביא הסמ”ע (ס”ק טז) עיין שם.

אמנם בשו”ת תשב”ץ (חלק א סימן קעד הובא בבית יוסף סימן סג) כתב בפירוש שגם אם לא אמר “צא” אלא אם אמר לו “דור בשכר” חייב, וזו לשונו:

”ואחר שנתברר זה נאמר לענין הנדון שלפנינו שראובן הדר בחצר שמעון שלא השכירו לו בפירוש אלא אמר לו ‘דור בחצרי’ סתם שהוא פטור, שאפילו נכנס הוא מעצמו בחצר זו בלא רשות בעל החצר, פירוש: דר בחצר חברו שלא מדעתו, היה פטור ד’זה נהנה וזה לא חסר’ הוא, ששמעון לא חסר בשביל דירתו שכירות שהיה נוטל מאחרים שהוא היה דר בה, וזה פירוש



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

'דלא קימא לאגרא' והוא הלשון שכתב הרמב"ם ז"ל שאינה עשויה לשכר שנשתבשו בהבנתו גסי ההבנה.

וכשפירש שמעון בים לצרכיו אמר לזה 'דור בחצרי' דודאי פטור, ויש לנו לומר בזה מה שאמרו בגמרא על זה 'וכי מה חסרו ומה הזיקו' ואי זה שכירות היה נוטל מחצר זו שנאמר שחסר אותו בשביל הנאתו של זה וזה פשוט הוא למי שראה אור התלמוד.

ולא עוד אלא אפילו פירש בים ולא אמר לו 'דור בחצרי' אלא מעצמו דר בו – שזהו פירוש 'דר בחצר חבירו שלא מדעתו' היה פטור. כל שכן כשהוא בעצמו אמר לו 'דור בחצרי' דודאי פטור אפילו נאמר ד'זה נהנה וזה חסר' הוא, דחייב, כדעת הרב בעל העטור ז"ל, לפי שזה מדעתו דר בו.

וכל שכן שזה היה דר בו בחנם בפירוש – שאמר לו 'דור בחצרי חנם' ואחר כך לא חדש לו דברים בעניין הדירה ההיא אלא עמד סתם בה, דודאי אפילו למאי דהוה מספקא לן מעיקרא בגמרא 'הדר בחצר חברו שלא מדעתו' אם מעלה לו שכר אם לא, בהא הוה פשיטא לן דאינו מעלה לו ואפילו דר בה הרבה שנים עד שיפרש ויאמר לו 'מכאן ולהבא תדור בשכר'. וזה לא ניתן ליכתב לרוב פשיטתו. זהו עקר הדין בזה. ומי שירצה להשיב יבא וישיב ולא יקשה בעיני כלל כי מחמת הקושיות וההיות תרבה הדעת ורווחת שמעתתא כדאיתא בפרק הפועלים (מציעא דף פד ע"א).

אלא שהב"ח כתב שהרשב"ץ מיירי ב'גברא דעביד למיגר' ו'חצר דקיימא לאגרא', וכך כתב הש"ך (בס"ק יג) – שעל מה שכתב הרמ"א (בשם הרשב"ץ בסעיף י): "האומר לחבירו 'דור בחצרי' אינו צריך ליתן לו שכר", כתב הש"ך: "והיינו דווקא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר [...]" וכך כתב בקצות החושן (שם ס"ק ט).

אמנם בביאור הגר"א (ס"ק לא) חלק על הב"ח וכתב: "עיין באר הגולה בשם ב"ח ודבריו צריך עיון דהא כאן מיירי דלא עבידא לאגרא כמו שכתב התשובה שם [...] אולם גם לשיטתו, מעיון בדברי התשב"ץ נראה שכוונתו שכשאומר "תדור עמי בשכר" באופן שלא פירש לים, כוונת בעל הבית מעתה ואילך להשכיר את הבית בכל מקרה, ואם אותו אדם שגר בו לא ידור בו – ישכירהו בעל הבית לאחרים, ואם כן נעשה הבית 'חצר דקיימא לאגרא'.

לסיכום: לשונות הראשונים ולשונות כל הפוסקים הן כמבואר, שרק אם אמר "צא" ולא יצא חייב לשלם, ואפילו אם נאמר כהגר"א שהרשב"ץ חולק על כך – יכול האב לומר 'קים לי ככל הפוסקים שלא כתבו כן' וכשיטת הב"ח והש"ך שפירשו גם את דברי הרשב"ץ כשאר הפוסקים.

ובעזר ה' יתברך מצאתי דברים מפורשים בעניין זה בשו"ת דברי חיים להגאון הקדוש מצאנז זיע"א (חושן משפט חלק א סימן לט) שכתב בתוך דבריו בזה הלשון:

"ואין לומר בנידון דידן הוי כמו שמיחה בו שלא ידור בביתו שחייב (שם ריש סעיף ו) דזה ליתא שהרי אדרבא ידע מזה ורק שרצה שיפצה אותו שפיר הוי זה נהנה וזה לא חסר."

במקרה שלפנינו, האם רוצה ומבקשת שהילדים ישהו אצלה בקביעות, ואינה אומרת בשום אופן "צא" לילדיה, ובקשתה היא לכל היותר "דור ותשלם". על כן נותר הדין 'זה נהנה וזה לא חסר פטור'.

תוספת בעקבות העיון בדברי חבר בית הדין הגאון הרב דוד בר שלטון שליט"א (להלן):

ביחס לראייתו מלשון הרמ"א שכתב:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"ודווקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו. אף על פי דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר – הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות, אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרוויח להשכיר חצירו היה יכול אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (מרדכי ונימוקי יוסף פרק הנ"ל)".

דברים אלו אינם כתובים במקור דברי הרמ"א – במרדכי ובנימוקי יוסף – וכפי שכתב הרב בר שלטון שליט"א, והם נסובים על תחילת דבריו "אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו". ונראה לי שרק במקרה שלא הניחו לדור ודר שלא ברשות, אמר הרמ"א ש"אין כופין לעשות בחינם", כלומר: אין כופין את בעל הבית שיניחנו לדור בביתו אם אינו רוצה לשלם, אבל אם תבע תשלום אך הניחו לדור, גם אם ללא ששילם – הרי הרשהו לדור, ואם הוא עדיין בהגדרה של 'זה נהנה וזה לא חסר', וגם הדר לא גילה בדעתו שהוא רוצה לשלם, הריהו פטור, אף אם הלה תובע תשלום כשהחצר אינה קיימת לאגרא.

ביחס לראייתו מחידושי הרשב"א (בבא קמא דף כא ע"א) שכתב:

"כהדיוט מדעת דמי – פירש רש"י ז"ל: שהרי יש דעת שכינה. ואינו מחוור ד'שלא מדעת' דהדיוט אינו דוקא כשלא ידע שזה דר בביתו, אלא אפילו ידע נמי דינא הכי, דהא לא חסרו, ו'שלא מדעת' – אורחא דמלתא נקט. אלא הכי קאמר כ'הדיוט מדעת – ומתנה עמו שיעלה לו שכר' הוא שכן אמרה תורה שלא יהנה אדם בלא מעילה [...]"

נראה לי שכוונת הרשב"א כלשונו בהמשך דבריו – שהובא בבית יוסף – "כיון שירד בתורת שכירות", כלומר שהשוכר ירד ברשות על דעת שכירות, שאם לא כן לא מיקרי "מדעתו". וכן אפשר לדייק מלשון המהר"ם שפירש את דברי התוספות: "[...] כדעת הדיוט שהתנה עמו הדר בו על מנת שייתן לו שכר."

לפיכך, אני מצטרף לדעתו של כבוד אב בית הדין הגאון רבי יגאל לרר שליט"א לדחות את תביעת האם מהאב לתשלום דמי מדור הילדים.

### הרב מנחם האגר

**זה לא חסר' בשל קיזוז חסרונו של בעל הבית עם הנאתו לא נאמר בהנאה שאינה ממונית ראייתי מה שכתבו חבריי הרבנים הגאונים ודעתי שונה מדעתם.**

ראשית בעניין סברתם שהחיסרון הנגרם ממגורי הילדים מתקוז בשל הנאת האישה ממגורי הילדים אצלה:

כפי שהעיר כבוד אב בית הדין הדוגמאות המופיעות בגמרא (בבא קמא כא ע"ב) לקיזוז הנאה בגוף הבית עצמו. הגמרא מזכירה שתי טובות הנאה לבעל הבית כאשר גרים בביתו:

האחת: "ביתא מיתבא" – בית מיושב – "יתיב", וזו לשון רש"י (שם ד"ה "ביתא"): "בית שהוא מיושב בדירת בני אדם יתיב ישובו קיים, לפי שהדרין בתוכו רואין מה שהוא צריך ומתקנין אותו."

השנייה: טובת ההנאה של "ושאיה יוכת שער" ומסביר רש"י (שם ד"ה "שנאמר"): "שד ששמו שאיה מכתת שער בית שאין בני אדם דרין בו והלכך זה שעמד בו ההנהו."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מבואר מדברי הגמרא שטובות ההנאה של הדר בחצר חברו הן טובות ממוניות ולכן יש בהן כדי לקזז נזק ממוני, אולם שהות הילדים בבית היא נחת רוח שאינה נמדדת בערך ממוני ועל כן אינה מתקזזת עם הנזק הממוני.

אין הבדל בין האומר "צא" לבין האומר "דור ושלם שכר" גם במדור שלא עומד לשכירות בנוסף כל הדיון בעניין הנ"ל הוא חיוב תשלום של 'הדר בחצר חברו' למפרע, אולם מכאן ואילך הגדר הוא אחר כפי שנבאר.

השולחן ערוך (חושן משפט הלכות גזלה סימן שסג סעיף ו) פסק:

"הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו: 'צא' ולא יצא – חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו: 'צא' – אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר. ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כורחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי פרק כיצד הרגל). ואפילו היה רגיל להשכיר, רק שעכשיו לא עביד למיגר – בתר האי שעתא אזלינן (נימוקי יוסף פרק הנ"ל), אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, ש'זה נהנה וזה אינו חסר'.

הגה: ודווקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אף על פי ד'כופין על מדת סדום' במקום ש'זה נהנה וזה אינו חסר' – הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות, אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה – אין כופין אותו לעשות בחנם (מרדכי ונימוקי יוסף פרק הנ"ל).

בדברי הרמ"א (שבמודגש) כלולים שני מקורות לכך שלא ניתן לכופו מכאן ואילך את בעל הבית לאפשר מגורים בכלל או בחינם לדר בחצירו.

המקור הראשון, על פי ביאור הגר"א (ס"ק יז), הוא דברי תוספות (שם דף כ ע"ב דיבור המתחיל "הא איתהנית"):

"אפילו למאן דאמר בפרק קמא דבבא בתרא (דף יב ע"ב) 'כופין אותו על מדת סדום ויהיבין ליה אחד מצרא' שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו."

מבואר מדברי תוספות שאין זו מידת סדום למנוע מאדם אחר מלדור בביתו לכתחילה משום שאין מפקיעים קנינו של אדם משום כופין על מידת סדום וכל הסוגיה עוסקת באדם שכבר דר בחצירו שזו מידת סדום לתבוע דמי שימוש. נמצא שהואיל וזכותו של בעל הבית למנוע את מגורי הדר ודאי שיכול גם לתבוע ממנו שכר דירה.

נטען על ידי חברי שליט"א שדברי תוספות דווקא באומר לו "צא" יכול לתבוע שכר אולם באומר "דור ושלם" – פטור הדר.

לדעתי, תוספות ודאי לא באו לאפוקי מקרה של "דור ושלם" אלא באו לחדש שגם באומר "צא" ומסרב לקבל שכר אין בזה דין של 'כופין על מידת סדום', אף על פי שאינו מפסיד ממון אלא מרוויח, והסביר העונג יום טוב (סימן מח בהג"ה דיבור המתחיל "ולכאורה") שבאמירה "צא" הוא מבטא את בעלותו ושליטתו בנכסיו וכניסה ללא רצונו – גם אם משלם שכר – היא פגיעה בבעלותו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נמצא שהאמירה "צא" אינה 'סיבה' אלא 'סימן' – סימן לביטוי בעלות האדם על נכסיו ולכן מה לי אם אומר "צא" ולא יצא לבין או אם אומר לו "דור ושלם" שבזה מבטא את בעלותו, וודאי צריך לשלם.

הבנה זו עולה בקנה אחד עם המשך דברי הרמ"א בשם המרדכי (בבא קמא רמז טז). המרדכי (שם) הביא בשם ר"י מחלוקת בין רבנו אבי העזרי לבין 'יש מפרשים' אם לכתחילה 'כופין על מידת סדום' ב'חצר דלא קיימא לאגרא':

דעת אבי העזרי שכופין, ודעת 'יש מפרשים' שכיוון שאם היה רוצה להרוויח היה מרוויח אין כופין 'על מדת סדום'. הרמ"א פסק כשיטה זו והוסיף "ולכן אין כופין אותו לעשות בחנם". מבואר מדברי הרמ"א שבכל מקום שיכול בעל הבית להשכיר את דירתו, גם אם בפועל אינו מעוניין בכך ולא יעשה זאת – "אין כופין אותו לעשות בחנם" ויכול לדרוש דמי שכירות על הדירה.

הרמ"א הביא את דברי התוספות והמרדכי יחד, ואם הביאור בתוספות הוא שרק ב"צא" יכול לתבוע שכר דירה ולא ב"דור ושלם" – הרי זה סותר את דברי המרדכי שבחצר שניתן להשכירה "אין כופין אותו לעשות בחנם" אלא יכול לדרוש שכר גם ללא אמירת "צא".

ומצאתי ברשב"א (בהמשך הסוגיה) על דברי הגמרא "הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי" שכתב במפורש שב"דור ושלם" חייב לשלם, וזו לשון חידושי הרשב"א (בבא קמא דף כא ע"א):

"כהדיוט מדעת דמי – פירש רש"י ז"ל: שהרי יש דעת שכינה. ואינו מחזור, ד'שלא מדעת' דהדיוט אינו דווקא כשלא ידע שזה דר בביתו, אלא אפילו ידע נמי דינא הכי, דהא לא חסרו, ו'שלא מדעת' – אורחא דמלתא נקט. אלא הכי קאמר 'כהדיוט מדעת' – ומתנה עמו שיעלה לו שכר' הוא שכן אמרה תורה שלא ייהנה אדם בלא מעילה וכן פירש רבנו חננאל ז"ל וזו לשונו: 'כדרבה – דאמר: שכירות הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי.'"

מבואר מדברי הרשב"א שבמקום שאדם 'דר בחצר חברו שלא מדעתו' באופן של 'זה נהנה וזה לא חסר' ובעל הבית מתנה עמו שישלם לו, גם אם לא מחה בו ואמר לו לצאת – חייב לשלם לו.

וכך למד המהר"ם בשיטת תוספות (שם דיבור המתחיל "כהדיוט"): "דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה – רצונם לומר והוי כאילו הוי כדעת הדיוט שהתנה עמו הדר בו על מנת שיתן לו שכר."

נמצא שתוספות סוברים כרשב"א ונמצא מפורש כדברינו שתוספות הסוברים שחייב לשלם ב"צא" מחייבים גם ב"דור ושלם".

### בנדון שלנו חדר הילדים היה יכול לעמוד להשכרה

במקרה שלפנינו מדובר באישה שגרה בדירת שלושה חדרים שבבעלותה והחדר השלישי משמש למגורי הילדים, ודאי אם הייתה רוצה הייתה יכולה להשכיר חדר זה ולגבות שכר דירה וגם לכן היא כלולה (גם) בדברי הרמ"א הנ"ל ("בכי האי גוונא דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה – אין כופין אותו לעשות בחנם"), וודאי יכולה עקרונית לתבוע שכר דירה מאבי הילדים.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כיוון שהחיוב מדין 'נהנה' שומת התשלום אינה בדרך הרגילה של אחוזים לפי מספר הילדים, אלא לפי הערכת שכר הדירה שהייתה האם יכולה לגבות עבור מגורים בחדר השלישי.

**בהתחשב במצבו הכלכלי של האב יש לחלק את נטל הדיור בין האב והאם**  
**אומנם לגופו של תיק זה:** כיוון שיכולתו הכלכלית של האב אינה רבה – אין לו דירה והוא גר אצל אמו, ומנגד: האם בעלת אמצעים רבים יותר ובעלת דירה – יש להתחשב בדעות שחיוב מזונות ומדור מעל גיל 'ש' הוא מדין 'צדקה' כפי שכתב כבוד אב בית הדין ולחלק את נטל המדור בין האב והאם.

**הרב דוד בר שלטון**

**פסק דין**

ברוב דעות הרכב בית הדין, מחליט בית הדין בתיק המונח בפנינו לדחות את בקשת האם לחייב את האב בדמי מדור, ופוסק כי כל עוד תגור האם בדירתה עם ילדי הצדדים פטור האב מלשלם דמי מדור עבור ילדיו הגרים עם אמם בדירתה.

ניתן לפרסם בהשמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום י"ג בתמוז התשע"ז (7.7.2017).

הרב דוד בר שלטון

הרב מנחם האגר

הרב יגאל לרר – אב"ד