

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1046341/1

### בבית הדין הרבני האזורי ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב מרדכי רלב"ג – ראב"ד, הרב יקותיאל כהן, הרב חיים ו' וידאל

התובע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד דב פרימר ועו"ד אליחי קדוש)

נגד

הנתבעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד פנינה שפירא)

הנדון: חיוב האישה בדמי שימוש כאשר גרים עימה גם הילדים

### פסק דין

לפנינו סיכומי הצדדים בעניין דמי שימוש ונזק בגין אי פינוי האישה את דירת הצדדים במועד שנקבע.

## רקע ועובדות

ביום ח' בשבט תשע"ט (14/1/2019) הביא ביה"ד את הצדדים להסכם גירושין. בהסכם נאמר:

ג. האישה תפנה את דירת הצדדים בה מתגוררת היום הנמצאת ב[...] תוך שלושה חודשים מיום חתימת ההסכם.

ד. ביום בו תפנה האשה את הדירה יסודר גט בין הצדדים בביה"ד. יום למחרת סידור הגט יכנס האיש לגור בדירה למשך שלושה חודשים.

ה. לאחר תום מועד שלושה חודשים יצא האיש מהדירה. האיש מסכים שיוצא צו פינוי בהסכמה על ידי ביה"ד למועד בו אמור לעזוב את הדירה. ובגין כל יום שיאחר ולא יפנה את הדירה יחויב בסך 1000 ₪ על כל יום לטובת האשה. בנוסף האיש מאפשר לביה"ד להשתמש בכל סנקציה שהיא על מנת לוודא את יציאתו של האיש מהדירה במועד הנ"ל.

בפועל האישה לא פינתה את הדירה בזמן שהוקצב לה. האיש הגיש בקשות לביה"ד בעניין זה, וביה"ד קבע דיון ליום 16/9/2019. לאחר הדיון הוחלט כי האישה תפנה את הדירה ביום 28/10/2019, ואז יסודר גט לצדדים, וכך קרה.

ביום י"ח באלול תשע"ט (18/09/2019) בהחלטה מהדיון הנ"ל, החליט ביה"ד כדלהלן:

ב"כ האיש יגיש לביה"ד סיכומים לתביעת הבעל לדמי שימוש ראויים עבור התקופה שהאשה התגוררה בדירת הצדדים ולא פינתה את הדירה כמתחייב מהסכם הגירושין ומהחלטות ביה"ד, ואף לתביעת הבעל בגין הפסד תשלום שכר דירה שנגרם לו בגין אי פינויה של האשה את דירת הצדדים. וזאת תוך 30 יום. ב"כ האשה תגיש את סיכומיה לאחר 30 יום נוספים, וביה"ד יכריע בתביעה רק על פי הסיכומים.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

סיכומי הצדדים הגיעו, ולהלן טענותיהם.

### טענות האישה

- א. על האישה לשלם דמי שימוש עבור חלקו בדירה החל מהיום שאמורה הייתה לפנות את הדירה, 14/4/2019. מדובר בדירת 5 חדרים ב[...], והשכירות המוערכת שלה היא 6,000 ₪ לחודש לפי חו"ד של מתווך. לפיכך עליה לשלם 3,000 ₪ לחודש החל מיום 14/4/19 ועד יום 28/10/19.
- ב. האישה נאלץ לשכור דירה במחיר של 3,100 ₪ לחודש בגין העיכוב הנ"ל, ולכן על האישה לשלם לו 3,100 ₪ לחודש החל מיום 14/4/19 ועד יום 28/10/19.
- ג. על האישה לשלם לאיש הוצאות משפט שנגרמו לו בגלל סרבנותה לקיים את הסכם הגירושין ופסק ביה"ד.

### טענות האישה

- א. האישה גרה בבית ביחד עם הילדים, והאיש חייב במדורם, ונמצא שהאישה גרה בחלקה ואילו הילדים בחלק האישי. לפיכך יש לפטור את האישה לגמרי מדמי שימוש.
- ב. לדעת האישה השכירות המקובלת על דירה כמו שלהם היא 5,000 ₪ לחודש ולא 6,000 ₪. יצוין שבחו"ד שהציג האישה נאמר שהשכירות המקובלת היא 5,500 - 6,000 ₪, ואם כן גם לפי דברי האישה אין לחייב אלא לפי ערך של 5,500 ₪ בלבד.
- ג. אם תחויב האישה אין לחייב אותה חיוב כספי אלא להניח לאיש לגור בדירה אותו משך זמן שהיא גרה בה.
- ד. בקשת האישה לחייב את האישה לשלם 3,100 ₪ לחודש תמוהה, זהו חיוב כפול, גם דמי שימוש וגם שכירות. מלבד זאת מדובר בנוזקי גרמא, ואין לחייב את האישה לשלם אותם.
- ה. בקשת האישה חסרת תום לב, שכן הוא חייב לאישה הרבה כסף, יש נגדו תביעה בסך של כ-60,000 ₪ בהוצל"פ, ומאידך גיסא הוא תובע כספים. אם היה משלם לאישה את חובותיו הייתה יכולה מזמן לצאת מהדירה ולשכור אחרת.

### דיון והכרעה

אומנם האישה תבעה גירושין, ולכאורה היה לה דין מורדת, ואין לה מזונות אישה ומדור, ובפרט לפי האמור בשו"ע (אה"ע ע, יב) שאם האישה אינה עם בעלה אין לה מזונות, ובנדון דנן לא היו יחד. אך באמת יש כמה וכמה פוסקים שלדעתם גם אם האישה מורדת מכל מקום כל עוד לא התגרשו מגיע לה מזונות אישה, ובכלל זה מדור, אם יש הצדקה למרידתה:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

א. בשו"ת עזרת כהן (סימנים נה-נו) כתב שהמורדת הטוענת "מאיס עלי" זכאית למזונות אשה. עיין שם שחילק בין אם יש לה טענה מבוררת שאז גם מחייבים אותו לשלם, ובין אם לא הוכיחה את טענתה, שאז אם תפסה אין מוציאים מידה, וז"ל שם (סימן נו):

"מדברים אלו למדנו שני דברים. חדא, דדוקא במאיס עלי בלא שום טענה כל דהו, אז אמרינן דמפסידה מזונות, וגם בזה, אם תפסה ממה שהכניסה לו, יש לה מזונות מזה שתפסה. ועוד דלענין לזכות אותה במזונות, לא בעינן שתהי' האמתלא חזקה ומוכרחת, כי אם שתהי' טענה כל דהו, שנראית בתור דבר אפשרי, שבאמת הוא מאיס עליה בשביל כך, כי דוקא באומרת מאיס עלי בלא טענה כל דהו אין לה מזונות, וא"כ ק"ו כשאומרת מאיס עלי בטענות מכריחות אז י"ל דכו"ע ס"ל דיש לה מזונות."

שם בתשובה מבאר שהיא אנוסה, ואם כן למה תפסיד מזונות מתנאי כתובה אם אינו משחרר אותה. במקרה שטענתה אינה מבוררת דיה יש לחוש למורדת בעינא ליה ומצערנא ליה, ואם כן אינה אנוסה, ולכן לא מגיעים לה מזונות, אבל כשהיא אנוסה אין להפסידה.

ב. בספר בת נעוות המרדות לרב רפאל אהרן בן שמעון, ראש רבני מצרים, פסק אף הוא בפשיטות שיש למורדת מאיס עלי בטענה מבוררת מזונות, והוא תמה על בתי הדין שנהגו שלא לפסוק לה מזונות.

ג. דעת הר"ן בחי' על הרי"ף במסכת כתובות (דף כז ע"א בדפי הרי"ף), פסקי ריא"ז (כתובות פרק ה'), מרדכי (כתובות קפו) בשם יש מן הגאונים ורבנו חננאל שיש לה כתובה, שהרי היא אנוסה, ואם כן לא הפסידה כלום מזכויותיה, ונראה שהוא הדין שיש לה מזונות, וכן בשו"ת הריטב"א (סי' ק"נ). אמנם בספר בית יעקב כתב שגם לשיטות אלה אין לה מזונות מפני שאינה עמו, וגם אם נחייב אותו במזונות נמצא שאנו כופין אותו לגרש. גם בספר יביע אומר (ח"ה חאה"ע סי' יד אות ה') כתב שאין לה מזונות, אך כתב כן מחמת הספק, ולכאורה אם האשה תהיה מוחזקת כמו בנדון דנן יודה שאין מוציאים ממנה.

ד. ראה במאמר של הרה"ג אוריאל לביא שליט"א שפורסם בשורת הדין (חלק ד' עמוד עג) "מזונות אשה שעזבה בטענה מוצדקת ותובעת גט" שהאריך לבאר שכל עוד לא נקבע באופן גמור שהאשה מורדת לא הפסידה מזונות, והביא ראיות רבות לכך. יצוין שבנדון דנן לא הוכרזה האשה כמורדת, היא טענה שהאיש נוהג נגדה באלימות אך לא הייתה לה ראיה ברורה לדבריה. לפיכך, לאור האמור שם לא הפסידה בנדון דנן מזונות.

ה. עוד יצוין לספר אוצר הפוסקים (סי' ע"ז ס"ק יז אות יח בדף מז ע"א) שהביאו מספר זכור לאברהם ומספר דברי חזקיהו ומספר בני בנימין שהאשה יכולה לטעון קים לי כדעת הפוסקים שהמורדת אינה מפסידה מזונות.

אין כאן מקום להאריך בסוגיא זו, באשר לצורך טענת קים לי די בשני פוסקים בלבד כל עוד הלכה זו של מזונות כמורדת האומרת מאיס עלי לא הוכרעה בשו"ע, בשונה ממורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה שמפורש בשו"ע שאינה זכאית למזונות.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אך כאמור בנדון דנן לא התברר לנו שמרידת האישה הייתה מוצדקת, ולכן יש ספק בדבר האם הייתה זכאית למדור לפני הגירושין או לא.

מלבד זאת יש לפנינו ספק נוסף: האישה במסגרת הסכם הגירושין מחלה על כתובתה בכפוף לסידור הגט. כלומר, מעת ההסכם כבר מחלה על כתובתה, ובלבד שיתגרשו בסופו של דבר. לגבי אישה שמחלה על כתובתה יש מחלוקת בין הפוסקים האם יש לה מזונות ומדור או לא, ראה שולחן ערוך אבן העזר (סימן צג סעיף ט): "מחלה כתובתה לבעלה, הפסידה מזונותיה שאחר מותו, אבל בחייו יש לה מזונות. ויש מי שאומר שאף בחייו הפסידה מזונות".

לפיכך מחמת הספק לכאורה אין לחייב את האישה לשלם דמי שימוש לבעלה מפני שאפשר שחייב במדורה. אומנם ביום י"ז בסיון תשע"ט (20/6/2019) פסקנו שאין לאישה מזונות אישה, אך זה היה מחמת הספק. אך באמת מאידך גיסא האיש חייב לאישה סך רב בגין מזונות הילדים, ולכן צריך לומר שאין להוציא מהאיש כל כך, ויש לחייב את האישה בדמי שימוש מחמת הספק. אין לדחות זאת ולומר שהמזונות הם חוב לילדים, מפני שבאמת הילדים כבר אכלו, והתביעה היא של האישה להשבת הוצאותיה, ולכן זהו חוב כלפי האישה.

## דמי שימוש ראויים

נראה שיש לחייב את האישה לשלם לאיש דמי שימוש, וביה"ד נעתר לבקשת האיש לשלם לו סך זה במסגרת חלוקת תמורת הדירה. אך יש לברר את גובה דמי השימוש, האם עליה לשלם מחצית השכירות הראויה על הדירה או פחות מזה מפני שלא גרה לבדה אלא עם הילדים.

מכיוון שהאישה לא גרה לבדה בדירה, ולא השתמשה לבדה בחלקו של האיש לכאורה אין זה מן הדין לחייב אותה לשלם לו את מלוא דמי השימוש. צריך לברר כמה אם כן עליה לשלם, ונבאר זאת להלן.

## שימוש של שותף בחצר השותפין – האם משתמש בשלו או גם בשל חברו

לכאורה יש מקום לומר שאין לחייב את האישה כלל בדמי שימוש, שהרי מחצית הדירה שייכת לה, ונמצא שהיא משתמשת בחלקה, וכשם שמצאנו בבבלי נדרים (דף מה ע"ב): "השותפין שנדרו הנאה זה מזה - אסורין ליכנס לחצר; ר"א בן יעקב אומר: זה נכנס לתוך שלו, וזה נכנס לתוך שלו". כלומר, לפי ר' אליעזר בן יעקב (שהלכה כמותו), שהרי משנתו קב ונקי, ראה יבמות דף מט ע"ב) אע"פ שאסור לכל אחד להשתמש בשל חברו מחמת שנדרו הנאה זה מזה, מכל מקום כל אחד יכול להמשיך ולהשתמש בחצר כמקודם, שהרי משתמש בחלקו ולא בחלקו של חברו.

וביאור הדבר מבואר בריש פרק השותפין ובר"ן שם ששותפין שנדרו הנאה זה מזה מותרים להיכנס לחצר השותפין אע"פ שאסורים בהנאה מפני שמתברר שבאותה שעה החצר שלו לגמרי, ויש ברירה לעניין זה, וכמש"כ הר"ן במסכת נדרים (דף מה ע"ב):

"ורבי אליעזר בן יעקב פליג עלייהו משום דסבירא ליה דיש ברירה ומש"ה אמרינן דכל שעה ושעה שנכנס לחצר בדנפשיה קא עייל וגוף החצר קנויה לו לגמרי לאותו תשמיש שאינו משתמש בה מקנין שעבוד אלא מקנין הגוף".

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ובשם הרמב"ן ביאר:

"דחצר שאין בה דין חלוקה הוא וכל חד משתמש בכולה וכיון דשותפין נינהו כי האי גוונא הוי תשמישתייהו מהשתא אמרינן כמאן דעייל בדנפשיה הוא ולא משתמש בדחבריה שאם תאסור עליו נמצא זה מוציא אותו מחצירו ואין אדם אוסר נכסי חברו על בעליהן."

ועוד הוסיף לבאר:

"מיהו הכא נמי אנו צריכין לברירה דאיגלי מילתא למפרע כברירה דעלמא משום דליכא למימר אהאי חצר כולה דמר וכולה דמר דאי דמר לאו דמר ואי דמר לאו דמר אלא הכי קאמרינן ששותפין הללו בשעה שלקחו החצר על דעת כן לקחיה שבשעה שישתמש בה אחד מהם תהא כולה שלו לתשמיש ולפי שמשעה ראשונה אין אנו יודעין באי זה יום ובאיזו שעה ישתמש בו כל אחד מהם אנו צריכין לברירה לומר שעכשיו שאחד מהם משתמש בה הוברר הדבר למפרע שמשעה ראשונה קנה אותה כולה לשעה זו ובודאי יכול אדם להקנותה חדש אחד לראובן וחדש אחד לשמעון ובזמן כל אחד ואחד קנוי הוא לו לגמרי דהיינו נכסי לך ואחריך לפלוני אלא משום דהכא אין זמן כל אחד ואחד ידוע לא מהני אלא למאן דאית ליה ברירה דאמרינן דאיגלי מילתא דמשעה ראשונה קנו לזמנים הללו."

העולה מדבריו אלו, שכל שותף בשעה שהוא משתמש בחלקו בחצר, למרות שהוא נהנה מכל החצר, נחשב הדבר כנהנה מחלקו בלבד.

לפי האמור, שותף אינו צריך לשלם דמי שימוש לחברו. וכן כתב הרמ"א (חושן משפט סימן קעא סעיף ח):

"וכן כל דבר שראוי להשתמש בו (יחד) ואינו עשוי לשכור, כגון ספר תורה או מצע, אינו יכול לומר לו: השתמש אתה יום ואני יום, שהרי אומר לו: בכל יום אני רוצה להשתמש בו. ואם הוא דבר שאין יכולין להשתמש בו כאחד, חולקין אותו בימים. הגה: לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר: אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש (רשב"א ח"ב קמ"א)."

העולה מפסיקת הרמ"א הוא שאם השתמש האחד לאורך זמן לבדו כל זמן שהאחר יכול היה גם הוא לבוא ולהשתמש בנכס אין הראשון מתחייב בדמי שכירות עבור הזמן שבו השתמש לבדו.

## חיוב שותף בדמי שימוש לחברו במקום שמונע מהשותף להשתמש

אומנם האמור לעיל הוא דווקא כשהשימוש שעושה האחד אינו מונע מהשני להשתמש בחלקו אז, ורק אז, נחשב שכל אחד משתמש בחלקו. אך אם כתוצאה מהשימוש של האחד נמנע מהשני להשתמש בחלקו, כגון אם הם גרושים ואינם יכולים לגור יחד וכיו"ב, בוודאי שהאחד משתמש בכל הרכוש, גם בחלקו של חברו. שהרי בוודאי שאי אפשר שרק אחד השותפים יעשה שימוש בלעדי בכל הרכוש: איך ייתכן שייעלם חלקו של השותף האחר? ובוודאי שלא יעלה על הדעת שבעבד של שני שותפים ישתמש בו האחד לבדו ויאמר "בשלי אני משתמש", אלא עובד את זה יום אחד ואת זה יום אחד (ראה גיטין מא ע"א במשנה).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וכן מבואר במקור דברי הרמ"א, שו"ת הרשב"א (חלק ב סימן קמא), בעניין שותפות של שניים במקום בבית הכנסת, וזה לשונו:

"נראין לי דברים ברורים שאינו חייב להעלות לו שכר. דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש. ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי. וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה. דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו.

וה"ה דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדן. דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש. ואלו רצה חבירו היה משתמש בו."

כלומר, היות שלא מנע מחברו שימוש לכן נמצא שהשתמש בחלקו, אך אם בשימוש היה מונע את חברו מלהשתמש – לא יכול היה לטעון "בשלי אני משתמש". וכן כתב בשו"ת בית דוד (חלק חו"מ סימן נ"ה). ועי' שו"ת מהרש"ם (ח"א סימן ח):

"ובדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב, ויהודה סירב מלציית דין תורה, ותובע שישלם שכר דירה מה ששנה חלקו יותר מחלק ראובן – יפה כתב רום מעלתו שמחויב יהודה לשלם, דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו היה משתמש גם כן וזה לא שייך בנדון דידן. וכבר העלה כן בשו"ת בית שלמה (חושן משפט סימן מח)."

וכן נמצא מפורש בשו"ת מהר"ם די בוטון (סימן נד) שבמקום שאחת מהשותפות מונעת מהשותפה השנייה להיכנס לחצר המשותפת אף ראב"י מודה שאין אומרים בזה ברירה, ונחשב הדבר שהיא משתמשת גם בחלקה של השנייה:

"ועכ"ז לאה אינה מתרצית רק מונעת רגל אחותה מהבתים אם כן בהא אפילו ראב"י מודה דאסור דריסת רגל בחצר שאין בו דין חלוקה, משום דע"כ לא קאמר ראב"י התם משום דע"מ כן לקתוהו שתהא קנויה לגמרי לכל אחד לשעתו, והיינו כשהמדות שוות שזה מקנה לזה חלקו וזה מקנה לזה חלקו משום דלא סגייא בלאו הכי, דאי לא תימא הכי נמצא שזה מוציא אותו מחצרו ואין אדם אוסר נכסי חברו על בעליו אבל שנאמר שהוא הקנה לחברו חלקו להשתמש בכולו לשעתו אפילו שחברו לא יניחנו להשתמש כלל בשום זמן בהא ודאי לא שרי ראב"י אפילו דריסת רגל."

ומעתה, בנידון דידן שלאחר הגירושין בין הצדדים היה האב מנוע מלהיכנס לדירה נחשב הדבר שהאישה השתמשה גם בחלקו של האב בדירה, ולכן חייבת לשלם דמי שימוש לאב עבור חלקו.

## האם הילדים שגרים יחד עם האם חייבים בדמי שימוש

אמנם יש לדון מצד אחר, דהיינו במקרה שגרו יחד עם האישה ילדי הצדדים, בחלקו של מי הם יושבים ומשתמשים? האם ניתן להפחית מחוב האישה בדמי שימוש מחמת כך?

אם הם משתמשים בחלק האיש – נמצא שהאישה לא השתמשה לבדה בחלקו, היו לה שותפים, ואין לה לשלם אלא את חלקה לפי החשבון.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אך אפשר לומר שהם משתמשים בחלק האישה כאורחים שלה, שכן היא מעוניינת שישוה עימה, ומארכת אותם בדירתה. אם נאמר כך נמצא שהאישה לבדה השתמשה בחלק האישה, ועליה לשלם את מלוא המחיר, מחצית דמי השכירות הראויים.

אם הילדים קטינים והאב חייב במזונותיהם ומדורם – בוודאי שהאישה תעדיף שישתמשו בחלק האישה, שהרי הוא חייב במדורם, והיא אינה רוצה להתחייב במלוא דמי השימוש, ויש אומדנא שזו דעתה.

אך גם אם הילדים בגירים, למרות שהאב כבר אינו חייב במדורם, מכל מקום יש אומדנא שאינה רוצה לארח אותם בחלקה דווקא ולהתחייב במלוא השכירות של חלק הבעל (ובמקרים שבהם הילדים מסוכסכים עם האב יש סברה נוספת לומר שהם משתמשים בחלקה דווקא שקיימת אומדנא שהאב אינו מרשה להשתמש בחלקו, וצ"ע).

## צד ג' שמודר הנאה מאחד השותפין, והנפקא מינה לנידון דידן

והנה במשנה בנדרים (מו ע"א) מבואר שאם אחד מודר הנאה מאחד השותפים יכול המודר, לדעת ר' אליעזר בן יעקב שהלכה כמותו, להיכנס לחצר ולומר לתוך של חברך אני נכנס. הרשב"א והר"ן שם סייגו זאת דווקא כשנכנס לצורך השותף, בין אם הוא צריך את השותף ובין אם השותף צריך אותו. אך אם נכנס לצורך עצמו בלבד – אינו יכול לומר שהוא משתמש בחלק האחד דווקא. כך נפסק גם בטור יו"ד (סי' רכו') ובשו"ע (שם ס"א). אומנם הרא"ה חולק, אך דעתו לא נפסקה. יתרה מזאת, לדעת הב"ח רק אם השותף צריך אותו נחשב שנכנס לחלקו, אך לא אם הוא צריך את השותף.

לפי זה היה מקום לומר כשהילדים הבוגרים שמתגוררים בדירה עם האם נוכחותם בדירה היא לצורך האם שמעוניינת שהילדים יתגוררו איתה ביחד, ולפי המבואר לעיל הרי שבמקום שאחד מהשוק נכנס לחצר השותפין לצורך השותף, נחשב הדבר כשימוש של השותף בעצמו, והילדים ייחשבו כמתגוררים בחלקה של האם בדירה ולא בחלקו של האב, שהרי מהאי טעמא מותר לצד ג' שהוא מודר הנאה מאחד השותפין ליהנות מהחצר מטעם שנחשב שימוש של השותף השני שאינו מודר הנאה ממנו, וממילא בנידון דידן לא יופחת חוב דמי השימוש של האם מחמת מגורי הילדים.

אבל יש לדחות זאת מכמה טעמים, ראשית, במקרה שהילדים גדולים קשה לומר שכל נוכחותם בבית היא לצורך ההורה או שהם צריכים את ההורה. ברוב הפעמים הילד גר בבית כי יש לו שם קורת גג, הוא צריך לישון במקום כלשהו, ובאופן טבעי הוא גר עם ההורה. אומנם באופן כללי הוא צריך דברים מההורה, תמיכה נפשית, כלכלית ועוד. אך קשה לומר שכל נוכחותו בבית היא לצורך זה. ואפילו לשיטת השו"ע ודעימיה שמותר למודר הנאה ליהנות מהחצר, בין אם השותף צריך לו ובין אם הוא צריך להשותף (ודלא כשיטת הב"ח שם), מכל מקום, מנא לן שבמקום שיש משתמש גם לצורכו וגם לצורך השותף מותר למודר הנאה להיכנס לחצר, ומסברא נראה שבכהאי גוונא אסור לו ליהנות מהחצר מפני שגם הוא נהנה לעצמו מהחצר ולא יועיל לכך מה שגם השותף צריך אותו. ועיין בגמ' ב"מ (ל ע"א) לצורכו ולצורכה מאי ועלתה בתיקו.

ועוד יש לדחות, שאע"פ שלגבי מודר הנאה יכול לומר שנכנס לצורך השותף, אבל מכל מקום אין הדבר מחייב לומר שבכל גווני נכנס בחלקו של השותף בלבד. שלשון המשנה הוא "יכול לומר

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בחלקו של חברך אני נכנס" והיינו שלעניין איסור סגי בזה שיוכל לומר שנכנס לצורך השותף בכדי שלא ייחשב שנהנה מהשותף שהדיר הנאה ממנו, אלא נהנה מחלקו של השותף השני, אבל מ"מ אין הדבר מוכרח שיהיה כך בפועל אם אין לו הכרח בזה כל זמן שאינו מצהיר כך במפורש. ולכן בנידון דידן שדנים לגבי חיוב תשלום דמי שימוש למפרע על התקופה שגרו בעבר והילדים לא דיברו וגילו דעתם על זמן זה, יכולה האם לומר שהילדים השתמשו בחלקו של האב כמו בחלקה שלה.

מעתה, יש לומר שהילדים לא יוכלו לומר שמשתמשים בחלק האם או האב דווקא, דמאן פלג להו, שמוכח מהא דנדרים שאסור למודר הנאה משותף אחד ליהנות מחצר השותפין ואינו יכול לומר שהוא נהנה רק מחלקו של השותף השני שאינו מודר הנאה ממנו, וחזינן שבסתמא נחשב שנהנה משני חלקי השותפות, ואם כן אף לגבי ממון נמצא שאפשר לתבוע מהם את חלקם בדמי השימוש, וממילא אין לחייב את האם בחלק זה. לפי זה ולפי האמור לעיל נמצא שהילדים משתמשים בחלקם של שני ההורים. אם כן אי אפשר לומר שהאם השתמשה לבדה בחלקו של האיש, אלא היו לה שותפים להשתמשות.

והנה, במשנה בנדרים שם (מו ע"א) מבואר שמודה ראב"י שאין השותף רשאי להעמיד תנור וריחיים בחצר. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר. בר"ן מבואר שהוא משום שהשותף מקפיד על שימושים אלו שהם קבועים, אך בשיטמ"ק (מה ע"ב) מבואר הטעם שבאופן של שימוש קבוע נחשב הדבר כאילו משתמש בחלקו של חברו:

"רבי אליעזר בן יעקב אומר מותרין ליכנס. דאמרינן כיון דיוצא ונכנס אינו נראה כמשתמש לתוך של חברו אלא זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו ולא לתוך של חברו ושניהם אסורין להעמיד רחים וכו' לדברי הכל דכיון דקבע להן מקום ודאי נראה כמשתמש לתוך של חברו. פירוש."

הריטב"א שם כתב:

ושניהם אסורין להעמיד רחים ותנור ולגדל תרנגולים בחצר פירוש דאע"ג דאהעמדה כדי לא קפדי אינשי כדאיתא בפרק חזקת הבתים מ"מ כיון שיכול הוא לעכב חבירו שלא להעמיד בחצר דברים אלו כשזה עושה כן אינו מדין זכותו אלא כשעושה ברשות חבירו ונמצא נהנה ממנו."

ויש לדון במה שכתב שנאסר העמדת תנור וריחיים מפני שהוא "כשעושה ברשות חבירו", האם כוונתו לומר שנחשב שנהנה מחלק חברו, ופי' "ברשות חבירו" היינו בחלק חברו, ואין בזה ברירה וכדברי השטמ"ק. או שכוונתו לומר שהוא נהנה מחברו במה שאינו מקפיד עליו, ומסכים לו שישתמש, ופי' "ברשות חבירו" היינו בהסכמת חברו, ולכן אסור במודר הנאה וכדברי הר"ן.

מעתה יש לדון בסוג שימוש קבוע כגון נידון דידן שהילדים מתגוררים בדירה באופן קבוע, והדבר דומה לכאורה לשימוש של תנור וריחיים, שמודה ראב"י שאסור לשותף שמודר הנאה להשתמש שימוש זה, ולא אומרים בזה שמשתמש רק בחלקו. ולפי זה אף הכא הילדים משתמשים בשני חלקי הבית, ויהיו חייבים לשני ההורים בשווה.

ואמנם לטעמו של הר"ן אין הכרח לומר שבשימוש קבוע נחשב שמשתמש בחלקו של השני, ורק להעמיד ריחיים אסור, מפני שזכות השותף להקפיד על שימוש זה שפוגע ומזיק לו בכך. אך לדעת השטמ"ק שכתב הטעם שבשימוש כזה נחשב שנהנה מחלק חברו הוא הדין שבכל שימוש קבוע נחשב שנהנה משני החלקים של שני השותפין (אמנם בשו"ת פני יהושע סימן צד מבואר שלגבי בני ביתו אין הקפדה כלל, וממילא מצד זה אין הכרח שבמקרה כזה נחשב שמשתמש בחלק חברו).



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ובנוסף, בנידון דידן נראה שיש אומדנא שהאישה אינה רוצה שהילדים ישתמשו בחלקה, וזאת על מנת שלא תתחייב במלוא השכירות לאב.

## דיון מצד דינא דרבי נתן

והנה, בנדון דנן יש מקום לומר שלא יהיה האב רשאי לגבות מהילדים, שהרי אם יתבע אותם האב יוכלו לומר שדרו בחלק האם, והאם הרשתה להם במפורש לדור בחלקה שלה בלבד, ולפי זה הדר דינא שיוכל האב לתבוע מהאישה לשלם מחיר מלא עבור חלקו, מאחר שאינו יכול לתבוע מהילדים בגין מגוריהם. ואף שהובא לעיל שמי שמתגורר בחצר של שני שותפין, בסתמא נחשב כמי שנהנה משני חלקי השותפות, ולכן אסור למודר הנאה ליהנות מחצר השותפין שאחד ממנו הדיר הנאה ממנו, הני מילי לעניין איסור של מודר הנאה, שאסור להיכנס לחצר מאחר שאינו יכול לומר בוודאות שנהנה רק מחלק השותף שאינו מודר הנאה ממנו, אבל לגבי הוצאת ממון, אם יטען בברי שנהנה רק מחלקו של השותף השני, כגון שהרשהו להדיא, לכאורה אי אפשר להוציא ממנו ממון בכהאי גוונא.

מעתה, יש לדון לכאורה לחייב את האם מחמת דינו של רבי נתן – כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי (בבא קמא יג ע"א ודף נג ע"א), שאם שניים הזיקו ואי אפשר להשתלם מהאחד – יכול הניזק לגבות את כל נזקו מהאחר.

אך יש לדחות זאת, שהרי הטור חושן משפט (סימן תי) מביא מחלוקת בינו לבין הרמ"ה:

”וכתב הרמ"ה דה"ה נמי שנים שמזיקין ושניהם בני חיובא אלא שהאחד ברח או שהוא כאן ואין לו לשלם משתלם מן האחר ודוקא עד שיעור מה דהוה חייב ביה אהאי נזקא היכא דהוה עביד ליה איהו לחודיה אבל טפי לא ע"כ ואין נראה דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך אלא היכא שפטור מדינא דכיון שהתורה פטרה אותו שעמו והוא עשה כל הנזק צריך לשלם אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם למה יפרע הוא בשבילו וכ"כ הר"ר חזקיה.”

כלומר, אומנם דעת הרמ"ה שבכל עניין שלא משתלמים מהשותף האחד יכול הניזק לתבוע את מלוא הנזק מהאחר, אך דעת הטור אינה כן, אלא דווקא במקום שהאחד פטור מדינא, כגון שהזיק בגרמא וכיו"ב, יכול לתבוע את האחר. במקרה של אישה וילדים ייתכן שהם חייבים, אלא שבפועל אינו יכול לתבוע מהם מחמת הספק, ומחמת ספק זה אין לו לתבוע את האם כשאפשר שהילדים חייבים. השו"ע (שם סעיף לז) הביא את שתי הדעות, ואם כן מספק אי אפשר להוציא מהאם.

## יסוד חיוב נהנה והנ"מ לנידון דידן

אך מצד אחר יש לומר שהגם שנדון דידן אינו דומה להא דהטור והרמ"ה ולדינא דר' נתן, מאחר ששם מדובר בהלכות נזיקין, ששניים הזיקו יחד, ולכן יש סברא לומר שאין לחייב את האחד עבור חלקו של השני, לדעת הטור. אבל בנידון שלפנינו שישוד החיוב של האישה הוא מתורת נהנה, שהיא נהנתה מהשימוש בדירה, היה מקום לומר שחייבת בכל דמי השימוש שהרי השימוש שלה היה בכל הדירה כולה, ואף שהיו בני בית נוספים בדירה, אין זה מגרע מהשימוש שלה בדירה, וכל אחד מבני הבית שנהנה מהדירה הנאתו עומדת בפני עצמה ואין לשימוש של אחד שייכות

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לשימוש של השני, וממילא חזר הדין שכל אחד מבני הבית חייב לשלם על השימוש שלו בפני עצמו. ואינו דומה לנזיקין שאין לפנינו אלא מעשה נזק אחד שנשתתפו בו שני מזיקין, דהתם מעשה הנזק וההפסד אחד הוא אלא שיש שני מזיקין, ולכן שניהם יתחלקו בנזק, אבל כאן שיסוד החיוב הוא ההנאה והשימוש, הרי כל אחד ואחד נהנה והשתמש בדירה, וממילא יש לחייב כל אחד בחיוב מלא ולכל היותר רצה מזה גובה ורצה מזה גובה.

אכן, כבר כתב הברכ"ש (ב"ק סימן י"ד) שיסוד החיוב בנהנה הוא שלא ייחשב גזלן, שאם לא ישלם עבור הנאתו נמצא שגזל מבעל החפץ את ההנאה והשימוש. ודומה לזה כתב בשיעורי הגר"ש רוזובסקי (ב"ק כא ע"ב), שיסוד חיוב נהנה הוא מטעם גזלן או מזיק, עיי"ש במה שביאר את דין אוכל חסרונו של חברו בדעת הרי"ף. ולפי זה יש לומר שגם בנהנה יסוד החיוב אינו עבור ההנאה עצמה אלא בגין הנזק שנגרם לבעל הדירה במה שנהנו ממנו בלא תשלומין, ומעתה שוב יש לבחון את גדר החיוב כפי גדר מזיק וגזלן, שלגביהם התברר לעיל שנידון דידן שנוי במחלוקת הרמ"ה והטור כמבואר לעיל, ודו"ק.

עוד יש לומר, שגם אם נאמר שהחיוב הוא מצד ההנאה שבדבר ולא מצד הנזק או הגזלה יש לומר שאין לחייב את האם במלוא דמי השימוש בגין חלקו של האב למרות שהשתמשה כביכול בכל הדירה: באמת לא השתמשה לבד, ולכן אי אפשר לומר שנהנתה מכל הדירה. והרי ההנאה נמדדת לפי כמה שאנשים משלמים על הנאה כזאת, וכאשר אדם גר בדירה יחד עם שותפים בוודאי שאינו משלם את מלוא השכירות. אם כן הוא הדין כשמחייבים אותו לשלם מדין נהנה לא ישלם את מלוא השכירות. ויתרה מזאת, בדין נהנה מצאנו שאף מקילים עליו, ומשלם פחות ממה שמקובל לשלם, ראה בבלי בבא קמא (כ ע"א) שבמקרה של בהמה שאכלה ברה"ר ומשלמת מדין נהנה אינה משלמת אלא דמי עמיר או דמי שעורים בזול, ובב"ק (ק"ב ע"א), יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחוה ואכלוה משלמים דמי בשר בזול, אם כן איך יעלה על הדעת לומר שבמקרה של שימוש בדירה יחד עם עוד משתמשים נוספים נחייב את האישה לשלם שכירות מלאה, יותר מאילו הייתה שוכרת ממש?!

ובאשר למה שכתב הר"ן בפרק השותפין שכל אחד נכנס ומשתמש בשלו, ואם כן נמצא שנהנה בכל הדירה, זהו רק לעניין שכשמשתמש משתמש בשלו, ונפקא מינה למודר הנאה, אך לעניין שוויות השימוש – בוודאי שאין החצר או הדירה שלו כל הזמן, אלא חלק מהזמן היא של שותפו, ולכן אין לחייב אותו מחיר מלא אלא רק חצי!

## דמי שימוש לעומת מדור

לכאורה קשה: לעיל ביססנו את עמדתנו שלעניין דמי שימוש יש לראות את האם והילדים כשותפים, ואין לחייב את האם אלא לפי חלקה. מאידך גיסא, המקובל בפסיקה הוא לחייב את האב בדמי מדור עבור ילד אחד בסך של 30% מהשכירות, שני ילדים – 40% וכו'. אם האם נחשבת כשותף יש לכאורה לחייב את האב בדמי מדור גבוהים בהרבה.

אך נראה שיש חילוק ברור בין דמי שימוש לדמי מדור: כאשר מחייבים את האב בדמי מדור אנו בודקים כמה הוצאות נוספו לאם בגין הילדים. לולא הילדים הייתה שוכרת דירת שני חדרים או חדר, וכעת, בגלל הילדים, עליה לשכור דירת 3 או 4 חדרים. יש לחייב את האב בהפרש, ונהגו לאמוד את ההפרש בסך של 30% לילד אחד, 40% לשני ילדים וכו'. אולם בדמי שימוש אנו בודקים מה חלק האישה בהנאה והשימוש, ולא מה ההוצאות שנוספו לה! מכאן ההבדל בין השומות הללו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### מסקנת ביניים

לאור האמור לעיל אנו פוסקים כי דין האישה והילדים, הבגירים והקטינים, כדין שותפים שהשתמשו בחלקו של האיש, ולכן האישה תשלם את חלקה בדמי השימוש בהתאם לכך. לפי האמור, מכיוון שבנדון דנן האישה גרה יחד עם חמישה ילדים נוספים, לפיכך אין לחייבה אלא ב-1/6 מדמי השימוש הראויים בגין חלק האיש בבית, ומכיוון שחלקו הוא מחצית מהבית נמצא שיש לחייבה ב-1/12 מדמי השימוש הראויים עבור הבית. זאת למשך 6.5 חודשים. מדובר בסך של כ-3,000 ₪, תלוי אם שווי השכירות הוא 5,000 או 6,000 ₪, ומכיוון שאין טעם לשכור שירותי שמאי לצורך סך פעוט כזה לפיכך קובע ביה"ד שהאישה תשלם 3,000 ₪ בלבד על דרך פשרה הקרובה לדין. סך זה יקוזז מחוב האיש לאישה בגין מזונות הילדים.

### טענת הנזק שנגרם לאיש

באשר לטענת האיש כי על האישה לשלם לו 3,100 ₪ לחודש, אין ספק שהאישה צודקת שמדובר בתשלום כפול ובנזקי גרמא.

### הוצאות משפט

באשר להוצאות משפט – ביה"ד מקבל את טענת האישה שלא היה לה כסף לשכור, האיש לא שילם מזונות, ורק כאשר הוחלט בדיון שהתקיים באלול שיעביר לה סך כסף מכובד בגין המזונות יכלה האישה לשכור דירה ולפנות את הדירה המשותפת. לפיכך אין לחייב את האישה בהוצאות משפט היות שהייתה כמעט אנוסה בעניין זה.

### מסקנות

- א. ביה"ד מחייב את האישה לשלם לאיש בגין השימוש בדירה בתקופה שקדמה לגירושין סך של 3,000 ₪. סך זה יקוזז מחוב המזונות שחייב האיש לאישה בגין מזונות הילדים.
  - ב. ביה"ד פוטר את האישה מלשלם עבור שכירות האיש בתקופה שלא פינתה את הדירה.
  - ג. ביה"ד פוטר את האישה מהוצאות משפט.
- אפשר לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום כ' באדר התש"פ (16/03/2020).

הרב חיים ו' וידאל

הרב יקותיאל כהן

הרב מרדכי רלב"ג – ראב"ד

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה